

ISTITUZIONI DEL FEDERALISMO

Rivista di studi giuridici e politici

1

2019 • ANNO XL
gennaio/marzo

IMMIGRAZIONE E DIRITTI

DIRETTORE DELLA RIVISTA

Gianluca Gardini

COMITATO SCIENTIFICO

Gianluca Gardini (Direttore)

Marcos Almeida Cerreda

Brunetta Baldi

Francesco Bilancia

Stefano Civitaresse Matteucci

Justin Orlando Frosini

Alfredo Galán Galán

Giancarlo Gasperoni

Tommaso Francesco Giupponi

Peter Leyland

Marco Magri

Andrea Morrone

Alessandra Pioggia

Giuseppe Piperata

Claudia Tubertini

Josephine van Zeben

COMITATO DI REDAZIONE

Marina Caporale

Marzia De Donno

Giulia Massari

Anna Margherita Russo



Condizioni di abbonamento

La quota di abbonamento alla Rivista per il 2019

è di € 136,00 da versare

sul c.c. postale n. 31666589

intestato a Maggioli s.p.a.

– Periodici, Via del Carpino, 8

– 47822 Santarcangelo

di Romagna (RN).

La Rivista è disponibile

nelle migliori librerie.

Il prezzo di vendita per singoli

numeri è di € 35,00.

Il prezzo per ciascun fascicolo

arretrato è di € 39,00.

I prezzi suindicati si intendono

Iva inclusa.

L'abbonamento decorre

dal 1° gennaio

con diritto al ricevimento

dei fascicoli arretrati ed avrà

validità per un anno.

La Casa Editrice comunque,

al fine di garantire la continuità

del servizio, in mancanza

di esplicita revoca,

da comunicarsi in forma scritta

entro il trimestre seguente

alla scadenza dell'abbonamento,

si riserva di inviare il periodico

anche per il periodo successivo.

La disdetta non è comunque

valida se l'abbonato non è

in regola con i pagamenti.

Il rifiuto o la restituzione

dei fascicoli della Rivista

non costituiscono disdetta

dell'abbonamento a nessun

effetto.

I fascicoli non pervenuti possono

essere richiesti dall'abbonato non

oltre 20 giorni dopo la ricezione

del numero successivo.

REDAZIONE E GESTIONE SITO WEB

presso Regione Emilia-Romagna

Viale Aldo Moro, 52 – 40127 Bologna

Tel. 051 5275475 - 051 5277658

E-mail: istituzionidelfederalismo@regione.emilia-romagna.it

Sito web: http://www.regione.emilia-romagna.it/affari_ist/federalismo

REFERENTE REGIONE EMILIA-ROMAGNA

Francesca Paron

Gabinetto Presidente della Giunta regionale

Viale Aldo Moro, 52 – 40127 Bologna

francesca.paron@regione.emilia-romagna.it

EDITORE

Maggioli Editore è un marchio di Maggioli s.p.a.

via del Carpino, 8 – 47822 Santarcangelo di Romagna (RN)

tel. 0541.628111 – fax 0541.624887

Servizio Abbonamenti: tel. 0541.628242

Sito web: www.periodicimaggioli.it

E-mail: abbonamenti@maggioli.it

Azienda con sistema qualità certificato ISO 9001:2008

Tutti i diritti riservati – È vietata la riproduzione, anche parziale,

del materiale pubblicato senza autorizzazione dell'Editore

STAMPA

Stabilimento Maggioli s.p.a. – Santarcangelo di Romagna (RN)

Maggioli s.p.a. è iscritta al registro operatori della comunicazione

Pubblicazione registrata al Tribunale di Bologna il 4 luglio 1980, n.4824

Direttore responsabile: Stefano Aurighi



INDICE

SAGGI E ARTICOLI

- 5 La *governance* multilivello delle politiche di accoglienza
 dei richiedenti asilo e rifugiati in Italia
 Francesca Campomori
- 21 Servizi sociali e immigrazione
 Annalisa Gualdani
- 45 Il diritto alla salute alla prova delle migrazioni
 Cecilia Corsi
- 77 Il diritto all'abitare per i nuovi abitanti
 Paola Capriotti
- 99 La integración de los inmigrantes y el acceso a la vivienda:
 un doble reto para la Administración española
 María Antonia Arias Martínez
- 149 Obbligo di soccorso in mare, funzioni della Guardia co-
 stiera e respingimenti "delegati": sui poteri del Ministro
 dell'interno
 Marco Magri
- 181 Le cooperative sociali e lo svolgimento di attività di inte-
 resse generale tra riforma del Terzo settore e normativa
 regionale: il ruolo della regolazione pubblica
 Alceste Santuari

NOTE E COMMENTI

- 207 *De Social Housing*, diritto sociale all'abitazione o all'abita-
 zione sociale?
 Alvise Vittorio Alessandro Divari

OSSERVATORIO REGIONALE

- 231 Sviluppo e aspetti critici nel sistema della decretazione attuativa dello Statuto di autonomia della Regione Trentino-Alto Adige/Südtirol
Gabriele Giovannetti

LETTURE E SEGNALAZIONI

- 269 Il sistema sanitario italiano e le sue nuove sfide. Riflessioni attorno all'opera di C. Bottari, *Profili innovativi del sistema sanitario*, Torino, 2018
Claudia Tubertini
- 273 Table of contents and abstracts
- 277 Notizie sugli autori

La *governance* multilivello delle politiche di accoglienza dei richiedenti asilo e rifugiati in Italia

Francesca Campomori

Le misure di accoglienza dei richiedenti asilo e rifugiati, così come disegnate nel d.lgs. 142/2015, implicano un elevato grado di cooperazione tra i livelli di governo. La realtà mostra invece tensioni tra il Governo centrale, che punta a dare attuazione ad una distribuzione dei profughi nei vari territori, e una parte dei Comuni che cercano di resistere a questa impostazione. Anche le relazioni tra attori pubblici e privati a livello locale non è sempre improntata alla cooperazione e si caratterizza per un'elevata complessità di configurazioni riconducibile alle caratteristiche e al posizionamento degli attori della società civile riguardo all'accoglienza dei profughi e alle misure di policy promosse dai governi locali. Il saggio analizza le dinamiche di governance multilivello nel caso specifico delle politiche di ricezione dei richiedenti asilo e rifugiati dopo la cosiddetta "crisi dei rifugiati" e dopo le novità peggiorative portate dall'entrata in vigore del decreto Salvini (n. 113/2018).

1. Introduzione

Mentre le politiche di controllo migratorio e di gestione dei flussi sono di competenza prevalente dei Governi nazionali, vincolati per limitati aspetti dalle direttive dell'Unione europea, le misure di integrazione degli immigrati e di accoglienza dei richiedenti asilo e rifugiati sono invece oggetto di un sistema di governo più articolato, nel quale le dinamiche multilivello sono più accentuate. Con l'espressione *multi-level governance* ci si riferisce a due dimensioni che si incontrano e si intrecciano¹: da una parte la dimensione verticale, caratterizzata dalle

(1) Si veda in proposito S. PIATTONI, *The Theory of multi-level governance. Conceptual, empirical and normative challenges*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

relazioni tra centro e periferia, ovvero dai rapporti tra i vari livelli di governo; dall'altra la dimensione orizzontale, che riguarda la sfera delle relazioni tra gli attori pubblici e privati, con particolare riferimento alle associazioni del Terzo settore e del volontariato che operano a favore degli immigrati. La diffusione di un approccio multilivello negli studi sull'immigrazione, a partire dalla fine degli anni Novanta, si collega alla maggiore attenzione ai livelli di governo subnazionali nell'analizzare le politiche di integrazione degli immigrati²: questo livello di governo si è infatti rivelato cruciale non solo nella fase di implementazione, ma anche nelle fasi di formulazione e decisione. In uno scenario nel quale lo stato nazione è stato sfidato da processi quasi simultanei di devoluzione sia verso il livello sovranazionale, sia verso il livello subnazionale (dimensione verticale) e nel quale gli attori del privato sociale hanno assunto ruoli sempre più decisivi nell'implementazione locale delle politiche (dimensione orizzontale), la prospettiva della *multi-level governance* (MLG) si presenta come uno strumento analitico adatto a rendere più efficace la comprensione dei processi di *policy-making*.

Questo contributo propone un'analisi delle dinamiche multilivello relative alle politiche italiane di ricezione dei richiedenti asilo e rifugiati dopo la cosiddetta "crisi dei rifugiati" (2015), ovvero dopo l'evento focalizzante da cui ha preso il via una volontà politica, fino ad allora assente, riguardo alla necessità di progettare un sistema di accoglienza non meramente emergenziale. Le relazioni di *governance* sono state al centro dell'analisi anche delle politiche di integrazione degli immigrati economici degli anni Novanta e del primo decennio degli anni Duemila³, ma la questione dei richiedenti asilo ha portato ad un cambiamento significativo delle modalità di relazione tra i livelli di governo, tra i vari attori

(2) T. CAPONIO, M. BORKET, *The Local Dimension of Migration Policy-Making*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2010.

(3) P. SCHOLTEN, *Agenda Dynamics and the Multi-Level Governance of Intractable Policy Controversies: the case of Integration Policies in the Netherlands*, in *Policy Sciences*, 3, 2013, pp. 217-236; E. HEPBURN, R. ZAPATA-BARRERO (a cura di), *The Politics of Immigration in Multilevel States. Governance and Political Parties*, Houndmills, Palgrave-Macmillan, 2014; F. CAMPOMORI, T. CAPONIO, *Immigrant Integration Policy-Making in Italy. Regional Policies in a Multilevel Governance Perspective*, in *International Review of Administrative Sciences*, 2016.

della società civile e tra gli attori della società civile e gli attori pubblici. Si è passati da un debole coordinamento tra i livelli di governo ad un vero e proprio conflitto tra il livello nazionale e una parte degli Enti locali, mentre le Regioni hanno perso terreno nella loro possibilità di avere una voce in capitolo nelle politiche di ricezione e integrazione, soprattutto per quanto riguarda l'accoglienza nei progetti SPRAR (Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati), che prevedono una relazione diretta tra livello centrale e Comuni⁴. Allo stesso tempo si è assistito ad un'*escalation* nelle politiche di esclusione attuate dai Comuni che in alcuni casi ha portato i decisori politici locali ad ostacolare le iniziative di solidarietà messe in atto da una parte della società civile. Tra gli attori della società civile che prendono posizione sulle questioni sollevate dalle migrazioni forzate si distinguono infatti due gruppi composti: gli attori pro-immigrati, che cercano di sfidare le politiche di esclusione, e gli attori anti immigrati (spesso collegati a gruppi di estrema destra) che tentano di ostacolare la ricezione dei richiedenti asilo⁵. Questo variegato scenario nella relazione tra i livelli di governo, tra attori pubblici e privati e anche tra attori della società civile ha suggerito ad Ambrosini⁶ l'immagine del campo di battaglia (*battleground*), nel quale i vari attori confluiscono portando ciascuno i propri interessi, valori e frames cognitivi: le dinamiche di governance tendono a rispecchiare le dinamiche a volte cooperative, a volte competitive e conflittuali che si giocano in tale campo.

Infine, le recenti modifiche del sistema d'asilo italiano approvate nella legge n. 132/2018, che ha convertito il decreto legge n. 113/2018 (decreto Salvini), vanno in una direzione restrittiva rispetto al percorso di accoglienza e creano potenziali effetti collaterali con ricadute anche sulle dinamiche multilivello.

(4) T. CAPONIO, G. TESTORE, V. WISTHALER, *Intergovernmental relations on immigrant integration in Italy. Insights from Piedmont and South Tyrol*, in *Regional & Federal Studies*, 2018.

(5) E. FONTANARI, M. AMBROSINI, *Into the Interstices: Everyday Practices of Refugees and Their Supporters in Europe's Migration 'Crisis'*, in *Sociology*, 3, 2018, pp. 587-603.

(6) M. AMBROSINI, *Irregular immigration in Southern Europe. Actors, Dynamics and Governance*, Palgrave-Macmillan, 2018.

L'articolo è strutturato come segue: nel prossimo paragrafo viene proposta una sintesi delle politiche di asilo in Italia a partire dal dopo evidenziandone le gravi lacune fino alla cosiddetta crisi dei rifugiati. Il paragrafo 3 presenta le caratteristiche dell'attuale sistema di accoglienza, nato dal d.lgs. 142/2015, ed esamina le relazioni di *governance* che sono scaturite a partire dalla "crisi dei rifugiati". Il paragrafo 4 presenta le principali modifiche al sistema d'asilo italiano (legge n. 132/2018) mettendo in luce le potenziali conseguenze inattese a livello di relazioni di *governance*. Le conclusioni costituiscono una sintesi dell'analisi e puntualizzano la necessità di inserire tale analisi in uno scenario più vasto di politiche di accoglienza a livello di UE.

2. Le politiche di asilo in Italia: tra vuoti legislativi e gestione emergenziale

Il tema delle misure di accoglienza e protezione dei richiedenti asilo è stato a lungo escluso dall'agenda istituzionale dei Governi italiani. Nonostante il riconoscimento costituzionale del diritto di asilo (art. 10, comma 3), infatti, l'Italia non ha mai varato una normativa organica che disciplinasse le condizioni e le modalità di fruizione di tale diritto. Di fatto, fino al 1990 non esisteva alcuna legge su questa materia, né erano in atto programmi per disciplinare la procedura di riconoscimento dello status di rifugiato. Inoltre, quando nel 1954 l'Italia aderì alla Convenzione di Ginevra, optò per il sistema di limitazione geografica dell'asilo, in base al quale solo le persone straniere di provenienza europea potevano fare domanda per il riconoscimento dello *status* di rifugiato. La legge Martelli (l. n. 39/1990) ha introdotto nella legislazione italiana un riferimento all'asilo e ha eliminato la limitazione geografica, ma non ha previsto un sistema di protezione per i richiedenti asilo che, pur sprovvisti dei requisiti specifici previsti dalla Convenzione di Ginevra, si erano trovati costretti a migrare a causa di guerre o persecuzioni. Solamente nel 2007 (d.lgs. n. 251/2007) l'Italia ha recepito la direttiva europea 2004/83 introducendo una regolazione per la protezione internazionale che prevede la protezione sussidiaria e quella umanitaria, in aggiunta allo *status* di rifugiato (la protezione umanitaria è stata recentemente eliminata con la l. 132/2018 che ha convertito il testo del decreto legge n. 113/2018). Tuttavia, nonostante negli ultimi decenni il vuoto legislati-

vo sia stato in parte colmato dal recepimento della normativa dell'Unione europea⁷, almeno fino al 2015 il nostro Paese non poteva contare su un vero e proprio sistema di ricezione dei profughi.

2.1. *L'Italia come Paese di transito (1945-1989)*

Per affrontare gli effetti delle crisi internazionali e umanitarie che hanno investito anche il nostro Paese fin dal periodo della Guerra fredda l'Italia ha dovuto innanzi tutto porre delle eccezioni al vincolo della limitazione geografica. Nel 1973 ad esempio venne concesso lo *status* di rifugiato a 609 cileni fuggiti dopo il *golpe* di Pinochet; nel 1978-1979 vennero riconosciuti come rifugiati più di tremila indocinesi; nel 1982 vennero accolti e riconosciuti come rifugiati alcuni afghani in fuga dal loro Paese dopo l'invasione dell'Urss e nel 1988-1989 ad alcuni curdi e caldei iracheni in fuga venne riconosciuto lo *status* di rifugiati⁸. Tra gli anni Cinquanta e gli anni Ottanta la maggior parte dei richiedenti asilo che arrivavano in Italia comunque rimanevano solo il tempo necessario per aspettare il reinsediamento nei Paesi che mettevano a disposizione strutture di accoglienza ed integrazione (in quegli anni soprattutto l'Australia, gli Stati Uniti, il Canada e la Nuova Zelanda). Di fatto l'Italia nel 1989 contava solo 11.500 persone in possesso dello *status* di rifugiato, nonostante il numero di migranti forzati arrivati nel Paese fosse molto superiore.

Meno di un anno dopo l'approvazione della legge Martelli, l'arrivo degli albanesi, seguito dagli sfollati dalla ex-Jugoslavia e dai migranti in fuga dalla Somalia, ha svelato l'inadeguatezza di una legge che, pur avendo avuto il merito di introdurre per la prima volta una regolamentazione sull'asilo, non aveva tuttavia immaginato un allargamento della protezione internazionale al di là dei requisiti molto restrittivi dello *status* di rifugiato. Dal punto di vista legislativo nulla è cambiato fino al 2002, tut-

(7) Dal 1999 l'Unione europea ha dato l'avvio ad un Sistema Europeo di Asilo (Ceas) sulla base delle indicazioni della Convenzione di Ginevra del 1951.

(8) C. MOLFETTA, *Il diritto di asilo in Italia. Una lunga storia: dal dis-sistema dell'accoglienza ai tentativi di sistema degli ultimi anni*, in M. AFFRONTI, M.C. MONTI (a cura di), *Quale sguardo sui migranti forzati? L'esperienza dell'ambulatorio del Policlinico di Palermo*, Bologna, Pendragon, 2015.

tavia l'arrivo dei rifugiati provenienti dal Kosovo (1998) ha reso evidente la necessità di un sistema di ricezione più strutturato. Di fatto, come si è detto sopra, la mancanza di un riferimento legislativo preciso aveva spesso forzato il Governo ad istituire procedure e regolamentazioni *ad hoc* per garantire almeno una protezione temporanea ai profughi arrivati in Italia. Il risultato è stato che ogni arrivo è stato affrontato come una specifica e nuova emergenza, mettendo scarsamente in moto un apprendimento organizzativo e istituzionale.

2.2. Dalla crisi del Kosovo all'emergere di un embrionale sistema di ricezione dei richiedenti asilo

La nascita di un embrionale sistema di ricezione risale a metà degli anni Novanta con la legge Puglia (l. n. 541/1995) ed è stata preceduta da un periodo in cui erano fiorite varie iniziative a livello di società civile e di singoli comuni senza tuttavia raggiungere un livello maturo di coordinamento. Bisogna anche ricordare che la cosiddetta legge Puglia (l. n. 541/1995) aveva sì previsto l'attivazione di centri per rifugiati collocati appunto in Puglia, ovvero nella Regione che in quegli anni riceveva il maggior numero di rifugiati. I tre centri che nel 1996 erano entrati in funzione, tuttavia, avevano lo scopo quasi esclusivo di identificare le persone straniere sbarcate senza che ad esse venisse fornito nessun tipo orientamento legale e di inserimento nel territorio italiano⁹.

È stata quindi soprattutto l'emergenza dei profughi del Kosovo a creare le basi per un primo passo in avanti nella costruzione di un sistema di ricezione: nel 1999 è diventato operativo il progetto "Azione comune" che prevedeva una *partnership* tra attori pubblici (in particolare il Consiglio italiano per i rifugiati) e attori privati provenienti dal mondo del Terzo settore che già da tempo erano attivi nell'accoglienza dei profughi. Il progetto puntava per la prima volta ad andare oltre alla presa in carico dei soli bisogni primari dei migranti. A partire dalla filosofia di questo progetto nel 2000 è nato il "Piano nazionale asilo" (PNA), finanziato anche dal Fondo europeo per i rifugiati (FER), con

(9) M.S. OLIVERI (a cura di), *Rifugiati in Italia: la protezione negata. Primo rapporto sul diritto d'asilo in Italia*, Consorzio Italiano di Solidarietà, Onlus, 2015.

l'obiettivo di dar vita ad una rete di servizi per i richiedenti protezione internazionale e favorire in particolare l'integrazione dei titolari dello *status* di rifugiato.

2.3. *La Bossi-Fini e la nascita dello SPRAR*

La prima decade degli anni duemila ha segnato un avanzamento in materia di asilo, in gran parte dettato dalla necessità di adeguarsi alle direttive comunitarie alle prese con il tentativo di creare un sistema comune di asilo. Tra il 2005 e il 2008 l'Italia ha dato attuazione a tre direttive europee relative all'accoglienza dei richiedenti asilo, al procedimento sul riconoscimento della protezione internazionale e alla definizione stessa di rifugiato e di protezione sussidiaria¹⁰. Prima ancora di questi decreti, comunque, la legge sull'immigrazione Bossi-Fini (l. n. 189/2002) aveva introdotto alcune novità riguardo in particolare al sistema di accoglienza per i richiedenti asilo, sulla scorta dell'esperienza del "Piano nazionale asilo", che prevedeva il coinvolgimento dei Comuni nell'ospitare i richiedenti asilo utilizzando piccole e medie strutture abitative collettive e offrendo anche servizi alla persona per favorire l'integrazione dei migranti (corsi di lingua, assistenza nelle pratiche, accompagnamento psicologico, mediazione culturale). La Bossi-Fini di fatto ha riconosciuto il valore del progetto che è stato denominato "Sistema di protezione dei rifugiati e richiedenti asilo" (SPRAR) e che da allora è diventato, almeno sulla carta, il sistema ordinario con cui accogliere i richiedenti asilo. «Un piccolo miracolo» – rileva Hein¹¹ – «considerando che questa legge ha introdotto pesanti restrizioni, non solo nei confronti degli immigrati, come l'abolizione delle possibilità di ingresso in Italia per cercare un lavoro sulla base di una *sponsorship* e l'aumento della detenzione amministrativa da 30 a 60 giorni, ma anche nei confronti dei richiedenti asi-

(10) D.lgs. n. 140/2005, che attua la direttiva 2003/09/CE, che stabilisce le norme minime relative all'accoglienza negli Stati membri; d.lgs. n. 251/2007 che attua la direttiva 2004/83/CE, cosiddetta "direttiva qualifiche", che stabilisce le condizioni per la concessione della protezione internazionale); d.lgs. n. 25/2008 che attua la direttiva 2005/85/CE relativa alle procedure dell'asilo. La direttiva qualifiche è stata poi riformata nel 2011 (2011/95/CE) e l'Italia l'ha recepita con il d.lgs. n. 18/2014.

(11) C. HEIN (a cura di), *Rifugiati. Vent'anni di storia del diritto d'asilo in Italia*, Roma, Donzelli Editore, 2010, p. 70.

lo, introducendo gravi restrizioni alla loro tutela legale». La nascita del sistema SPRAR ha rappresentato sicuramente un'importante innovazione nel sistema di ricezione ed accoglienza pur soffrendo ancora di limiti e carenze, prima tra tutte la carenza di posti disponibili, come si spiegherà nel paragrafo 3.

2.4. *L'emergenza Nord Africa*

Gli oltre 62.000 migranti sbarcati in gran parte a Lampedusa nel 2011 hanno rappresentato, a livello di numeri, la prima vera emergenza profughi per il nostro Paese. Il Governo ha affrontato la crisi utilizzando la Protezione civile come braccio operativo, mentre dal punto di vista della concessione della protezione internazionale decise di far accedere gran parte di questi migranti ai benefici della protezione umanitaria, che garantiva di ottenere un permesso regolare di soggiorno convertibile successivamente in permesso di lavoro. La cosiddetta "emergenza Nord Africa", come è stata chiamata, ha avuto il limite principale di essere organizzata appunto come un'emergenza, senza una visione di lungo termine. A inizio del 2013 il piano che coinvolgeva la Protezione civile è stato chiuso e i profughi sono stati dimessi dalle varie strutture (tranne i soggetti più vulnerabili che sono stati accolti nella rete SPRAR), spesso senza vere prospettive abitative e lavorative. Nonostante lo scenario internazionale lasciasse presagire che quella "emergenza" non era destinata ad essere isolata, non si è innescato un processo di *policy-making* articolato, né una precisa definizione di ruoli e responsabilità dei vari livelli di governo¹².

3. *La "crisi" dei rifugiati e la conseguente crisi di governance*

Dopo due anni di arrivi relativamente più contenuti il 2014 ha segnato un momento di svolta, a seguito soprattutto dell'acuirsi della guerra siriana, ma dovuto anche allo scoppio di altri focolai di guerra in Africa. Il Governo questa volta ha reagito con più lungimiranza, in primo

(12) F. CAMPOMORI, M. FERACO, *Integrare i rifugiati dopo i percorsi di accoglienza: tra le lacune della politica e l'emergere di (fragili) pratiche socialmente innovative*, in *Rivista italiana di politiche pubbliche*, 1, 2018.

luogo formalizzando (in sede di Conferenza unificata¹³) un accordo con le Regioni e gli Enti locali che ha impegnato ogni Regione ad accogliere un certo numero di profughi in base a parametri predefiniti. Inoltre, il sistema SPRAR è stato ampliato assegnando per il triennio 2014-2016 complessivamente circa 21 mila posti distribuiti sul territorio italiano¹⁴. Infine, nel 2015 è entrato in vigore un importante decreto (d.lgs. n. 142/2015) che ha dato attuazione alla direttiva europea sulle condizioni di accoglienza (n. 2013/33/UE): esso ha tentato di intervenire sul caso che regnava nel sistema di accoglienza articolando il sistema in fasi, secondo quanto già previsto nell'accordo del 2014.

Il sistema prevede: una fase di primo soccorso e di assistenza, che si svolge nei principali luoghi di sbarchi; una prima accoglienza da attuare nei centri collettivi già esistenti o da istituire, oppure, dove non ci sia disponibilità di questi centri, in strutture definite "temporanee" (i cosiddetti CAS, Centri di accoglienza straordinari); una fase di seconda accoglienza che si svolge nelle strutture del sistema SPRAR. La legge prevede inoltre una distribuzione di competenze tra i vari livelli di governo: il primo soccorso e la prima accoglienza si svolgono in centri governativi, mentre la seconda accoglienza dovrebbe avere luogo di norma nella rete SPRAR, promossa dai Comuni che volontariamente decidono di aderire a tale progettazione dopo aver risposto ad un bando ministeriale che finanzia i progetti. I Comuni che scelgono di aderire alla rete SPRAR appaltano poi ad uno o più enti gestori (normalmente organizzazioni del Terzo settore) l'attuazione del progetto stesso. I progetti SPRAR presentano *standard* qualitativi elevati: assistenza psicologica e legale, corsi di italiano e percorsi mirati all'inserimento socio-economico dei beneficiari, anche attraverso la costruzione di percorsi individuali di autonomia. Nonostante i positivi elementi di razionalizzazione previsti dalla legge del 2015, le modalità di attuazione del sistema di accoglienza hanno fatto emergere alcune evidenti criticità che minano l'impianto stesso della normativa. I posti disponibili negli SPRAR sono

(13) Conferenza unificata 10 luglio 2014: http://www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/sub-allegato_n_5_accordo_conferenza_unificata_luglio_2014.pdf.

(14) FONDAZIONE LEONE MORESSA, *Rapporto annuale sull'economia dell'immigrazione*, Bologna, Il Mulino, 2015.

infatti largamente insufficienti ad ospitare i richiedenti asilo e, per tale motivo, il Governo si è ampiamente avvalso dei Centri di accoglienza straordinaria (CAS), attivati dai Prefetti e dati in gestione ad enti del Terzo settore, ma anche a privati cittadini, come i proprietari di strutture alberghiere che hanno messo a disposizione i propri locali per l'accoglienza. I CAS, di competenza dei Prefetti, si inseriscono all'interno di specifici territori in assenza tuttavia di regole chiare che definiscano ruoli e responsabilità degli Enti locali di riferimento. A fine agosto del 2017 le persone in accoglienza risultavano essere 196.285, di cui quasi l'80% accolti nei CAS¹⁵.

Se da una parte l'insufficienza dei posti disponibili negli SPRAR deriva da insufficienti risorse governative messe a disposizione per aprire nuovi progetti, dall'altra – soprattutto dal 2015 – essa è da collegarsi alla resistenza dei Comuni a farsi promotori di progetti SPRAR, probabilmente per timore di intraprendere un'azione che avrebbe potuto avere ricadute elettorali negative in un momento in cui l'opinione pubblica è stata particolarmente esposta alla retorica dell'invasione. A partire dal 2015 si è infatti registrato un crescendo di diffidenza, paura e – allo stesso tempo – disinformazione, come emerge per esempio nei sondaggi a cura di Ipsos (*Perils of Perceptions*), che puntano a rilevare la distanza tra i fatti e le percezioni. La presenza di progetti SPRAR nelle Regioni italiane è piuttosto disomogenea, con un forte sbilanciamento dei Comuni collocati nelle Regioni meridionali e un impegno modesto degli Enti locali di Regioni che pure accolgono un numero rilevante di profughi come il Veneto (vedi fig. 1).

Il bando ministeriale del 2016, che prevedeva nuovi fondi per aprire progetti SPRAR, è andato praticamente deserto. Successivamente la situazione è migliorata, pur non raggiungendo cifre elevate: hanno aderito allo SPRAR 1.200 Comuni sui quasi 8.000 esistenti. Il rifiuto ad una progettazione SPRAR non esime comunque i Comuni dall'accoglienza: i CAS possono essere aperti dai Prefetti nei vari territori anche senza il consenso delle amministrazioni comunali. Questo è avvenuto in diverse occasioni creando situazioni di tensione istituzionale tra i vari livelli di go-

(15) F. CAMPOMORI, *Criticità e contraddizioni delle politiche di ricezione dei richiedenti asilo in Italia*, in *Politiche Sociali/Social Policies*, 3, 2018, pp. 429-236.

verno. Nel giugno del 2015, per esempio, l'allora Governatore della Regione Lombardia Roberto Maroni scrisse una lettera ai Prefetti per chiedere di sospendere l'accoglienza dei richiedenti asilo così come prevista nell'accordo del 2014¹⁶. Maroni inoltre aveva dichiarato di voler premiare con incentivi economici i Comuni che avessero deciso di opporsi all'accoglienza imposta dai Prefetti.

Fino a qui ci siamo soffermati sulle relazioni verticali tra i vari livelli di governo. L'altra dimensione significativa è quella orizzontale, relativa alle relazioni tra attori pubblici e privati. Da questo punto di vista il livello locale, nel quale le politiche pubbliche di accoglienza vengono concretamente implementate e dunque diventano visibili, è protagonista. Le relazioni tra gli Enti locali e gli attori della società civile non possono essere ricomprese in una categoria omogenea, variando piuttosto a seconda dei valori di riferimento e delle modalità d'azione degli uni e degli altri. Per quanto una ricerca sistematica e comprensiva a questo proposito non sia stata condotta, l'analisi dei dati di alcune ricerche¹⁷ e una rassegna stampa su alcuni quotidiani *online* fa emergere diverse possibili configurazioni: in alcuni casi i Comuni contrari all'accoglienza hanno assunto un atteggiamento ostile (e ostacolante) anche verso le forme di solidarietà privata (è accaduto ad esempio a Ventimiglia); una seconda configurazione si verifica in molti territori nei quali gli amministratori locali, pur implementando politiche poco accoglienti se non di aperta esclusione, sono tuttavia tolleranti verso le organizzazioni della società civile che sostengono i percorsi dei richiedenti asilo e rifugiati; un'altra possibile configurazione si verifica quando le Giunte comunali hanno un atteggiamento accogliente nei confronti dei richiedenti asilo (per esempio decidono di aprire un progetto SPRAR) ma vengono ostacolate dai gruppi anti-rifugiati che organizzano proteste e manifestazioni di piazza; l'ultima possibile configurazione emerge quando tra gli at-

(16) https://www.repubblica.it/politica/2015/06/09/news/migranti_maroni_a_prefetti_stop_assegnazioni_-116439225/

(17) M. AMBROSINI, J. VAN DER LEUN, *Introduction to the Special Issue: Implementing Human Rights: Civil Society and Migration Policies*, in *Journal of Immigrant & Refugee Studies*, 2, 2015, pp. 103-115; S. SPENCER, *Multi-level governance of an intractable policy problem: migrants with irregular status in Europe*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2017.

tori pubblici e privati si genera un certo grado di cooperazione e dialogo, per esempio tra i Comuni e gli enti gestori degli SPRAR. Questa ultima configurazione rappresenta una forma di *governance* positiva che tende a portare allo sviluppo di sistemi di accoglienza virtuosi. Buone pratiche appartenenti a tale configurazione si trovano in particolare in diversi comuni dell'Emilia-Romagna e della Toscana.

Fig.1: Progetti territoriali SPRAR aggiornati a luglio 2018

REGIONE	TOTALE (con posti aggiuntivi)	di cui per Disagio Mentale o disabilità fisica	di cui Minori* non accompagnati	numero Enti locali titolari di progetto	numero progetti
ABRUZZO	694	0	40	14	16
BASILICATA	625	10	87	19	22
CALABRIA	3.727	95	417	112	126
CAMPANIA	2.898	0	209	87	90
EMILIA-ROMAGNA	3.038	73	540	23	35
FRULI-VENEZIA GIULIA	429	20	70	12	12
LAZIO	4.467	35	71	48	55
LIGURIA	1.038	0	87	27	28
LOMBARDIA	2.441	13	241	57	64
MARCHE	1.325	13	72	22	26
MOLISE	1.008	0	81	30	32
PIEMONTE	1.986	26	92	37	40
PUGLIA	3.459	169	353	93	112
SARDEGNA	400	0	32	17	17
SICILIA	4.841	226	803	84	114
TOSCANA	1.850	43	162	29	36
TRENTINO ALTO ADIGE	372	0	17	7	8
UMBRIA	474	11	63	14	18
VALLE D'AOSTA	25	0	0	1	1
VENETO	784	0	63	21	25
TOTALI	35.881	734	3.500	754	877

*Comprensivi di 413 posti finanziati dal FAMI in 24 progetti

Fonte: <https://www.sprar.it/i-numeri-dello-sprar>

4. La governance multilivello al tempo del “decreto sicurezza”

Il “decreto sicurezza” (d.l. 113/2018), diventato legge il 29 novembre 2018, ha modificato in senso restrittivo alcuni dispositivi centrali del sistema di accoglienza. Ci soffermiamo qui in particolare sulle misure che riteniamo abbiano un impatto più diretto sulle dinamiche di *governance* verticale e sullo “schieramento” della società civile, pro o contro i rifugiati, a cui si accennava nell'introduzione: l'abolizione della protezione umanitaria e l'abbassamento degli *standard* nei centri di accoglienza per i richiedenti asilo, che la nuova legge esclude dagli SPRAR (i quali

saranno accessibili solo per i titolari di protezione internazionale e per i minori stranieri non accompagnati).

Il permesso di soggiorno per motivi umanitari in base al Testo unico sull'immigrazione (d.lgs. n. 286/1998) veniva concesso ai migranti che presentavano seri motivi di carattere umanitario, come la fuga da conflitti o disastri naturali o forti traumi riportati nel viaggio. La nuova normativa abolisce la protezione umanitaria e la "sostituisce" con nuove tipologie di permesso di soggiorno¹⁸: si tratta tuttavia di tipologie per la maggior parte insufficienti ad assicurare una tutela alle persone che – secondo l'art. 10 della Costituzione – avrebbero diritto ad una protezione, ma neppure puntano ad un'integrazione sul territorio per le persone alle quali viene effettivamente accordata: i tempi del permesso di soggiorno sono infatti molto brevi (1 anno al massimo) e, inoltre, tale permesso in molti casi non può essere convertito in permesso di lavoro¹⁹. Per quanto riguarda l'abbassamento degli *standard* per i richiedenti asilo, la nuova normativa stabilisce che essi vengano accolti esclusivamente nei centri di prima accoglienza (CARA e CAS), privilegiando tra l'altro i grandi centri collettivi, e per tali centri i nuovi capitolati stabiliscono che il gestore si occupi esclusivamente dei servizi minimi, escludendo totalmente le misure di integrazione, inclusi i corsi di lingua e la tutela legale. L'invito esplicito per i gestori è pertanto quello di puntare alla massima economia di scala, aumentando i numeri e abbassando gli *standard*²⁰.

Entrambe le misure tendono ad aumentare la precarietà dei migranti riguardo al loro *status* legale e a favorire l'irregolarità del soggiorno, sia perché non è possibile rimpatriare tutte le persone con domanda rigettata (e questo è un problema non nuovo), sia perché – come detto sopra – i nuovi permessi in molti casi rappresentano dei vicoli ciechi, non essendo convertibili in permessi di lavoro.

(18) Permesso per "casi speciali"; permesso per cure mediche per persone in condizione di salute di eccezionale gravità; permesso per calamità; permesso di soggiorno per atti di particolare valore civile; permesso per "protezione speciale".

(19) C. PERI, *Decreto sicurezza: l'Italia che non vogliamo*, in *Aggiornamenti Sociali*, 1, 2019, pp. 16-25.

(20) *Ibidem*.

Il fatto che i richiedenti asilo e i titolari dei nuovi permessi di soggiorno che sostituiscono la protezione umanitaria non siano più ammissibili negli SPRAR ridimensiona notevolmente la progettazione SPRAR (solo il 16% dei richiedenti ha ricevuto una protezione internazionale nel 2017), che negli ultimi 5 anni era invece cresciuta esponenzialmente come numero di posti finanziati. La conseguenza è che i migranti vengono accolti più spesso nei CAS, ovvero i centri governativi coordinati dai Prefetti, senza necessariamente un coordinamento e un “consenso” da parte degli Enti locali coinvolti. Mentre la progettazione SPRAR è promossa volontariamente dai Comuni, i CAS sono imposti dall’alto (dal Governo) e tendono a innescare quei conflitti tra livelli di governo di cui si è detto nella sezione precedente. In sintesi, meno SPRAR e più CAS può portare come conseguenza un inasprimento delle tensioni tra i livelli di governo.

Veniamo ora alla misura relativa all’abbassamento degli *standard* di accoglienza per i richiedenti asilo. I richiedenti asilo si ritroveranno esattamente nella situazione che maggiormente viene stigmatizzata dall’opinione pubblica anti-immigrato: privati della possibilità di impiegare il tempo in maniera costruttiva (per esempio attraverso i corsi di lingua) si troveranno a “vagare” nelle città alimentando la propaganda xenofoba del richiedente asilo che viene mantenuto dallo Stato per non fare nulla. Le tensioni tra gli attori a favore e contro gli immigrati non potranno che aumentare insieme al rischio di pericolose derive razziste.

Ci concentriamo qui sulle possibili conseguenze di due disposizioni: la cancellazione della protezione umanitaria e l’impossibilità per i richiedenti asilo di ottenere l’iscrizione anagrafica nel Comune nel quale abitano. Riguardo alla prima disposizione, il decreto “sostituisce” la protezione umanitaria con un permesso di soggiorno per protezione speciale che ha validità un anno ma che non può essere convertito in permesso da lavoro (come invece accadeva per la protezione umanitaria). Inoltre, i titolari di una protezione speciale non possono accedere ai progetti SPRAR, riservati ai titolari di *status* di rifugiato o di protezione sussidiaria. Ciò significa che le persone con vulnerabilità che ottengono una protezione speciale hanno come unica possibilità di accoglienza i CAS, nei quali tuttavia sono stati tagliati i servizi psicologici, di supporto alla fragilità e di integrazione. La presa in carico di questi

bisogni spetterà dunque ai Comuni, che non potranno più contare sul finanziamento ministeriale accordato ai progetti SPRAR. Per quanto riguarda la revoca del diritto all'iscrizione anagrafica per i richiedenti asilo una delle possibili conseguenze è che, nel caso in cui ci si trovi in presenza di persone con vulnerabilità che necessita di assistenza, non sia possibile identificare il Comune da cui il richiedente proviene e che dovrebbe essere competente per l'assistenza alla persona. Questo potrebbe pertanto creare situazioni caotiche e conflittuali tra gli Enti locali, tenuto conto che in caso di indifferibilità ed urgenza del bisogno i Comuni sono tenuti ad intervenire. Il decreto è entrato in vigore il 5 ottobre 2018 e nei prossimi mesi gli effetti si manifesteranno in maniera più chiara, ma le disposizioni che abbiamo segnalato fanno presagire che i Comuni avranno delle ripercussioni trovandosi a dover affrontare un maggior numero di persone in situazioni di marginalità. E possiamo presagire che questo creerà anche ulteriori tensioni tra i livelli di governo.

5. Conclusioni

L'articolo ha presentato l'articolazione della dimensione verticale e orizzontale della *governance* multilivello che caratterizza le politiche di ricezione dei richiedenti asilo e rifugiati in Italia dopo la crisi dei rifugiati del 2014. Riguardo alle relazioni tra i vari livelli di governo è emerso come, a fronte di una maggiore strutturazione di un sistema di accoglienza che prevede una precisa divisione di responsabilità (l. 142/2015), siano aumentati i conflitti istituzionali e come questi coinvolgano in particolare il livello centrale e il livello dei Comuni (a volte sostenuti dalle amministrazioni regionali nella loro resistenza ad accogliere i richiedenti asilo). Le relazioni di *governance* orizzontali tra attori pubblici e privati a livello locale presentano un'elevata variabilità riconducibile alle caratteristiche e al posizionamento degli attori della società civile riguardo all'accoglienza dei profughi e alle misure di *policy* promosse dai governi locali. L'articolo ha infine evidenziato come alcune misure del decreto Salvini tendano ad esasperare le tensioni presenti nel campo di battaglia relativo all'accoglienza dei richiedenti asilo e rifugiati, sia a livello di relazioni tra i diversi livelli di governo, sia tra gli attori della società civile schierati pro o contro gli immigrati.

Queste considerazioni si inseriscono in uno scenario più vasto, che deve tenere conto del progressivo irrigidimento sia italiano sia a livello di UE rispetto all'accoglienza dei migranti. L'accordo con la Libia del 2017 e la politica della "chiusura dei porti" portata avanti dal Governo giallo-verde ha portato ad una drastica diminuzione degli sbarchi mentre ancora è quasi inesistente la previsione di percorsi legali e sicuri di accesso all'Europa per persone in cerca di protezione. È diventato peraltro sempre più evidente che i Paesi membri dell'UE si trovano immersi in una crisi di *governance* e sembrano incapaci di una visione comune sulla gestione dell'immigrazione, come emerso per esempio nel Consiglio europeo del 28-29 giugno 2018: l'accordo faticosamente raggiunto non ha fatto altro che ribadire la volontarietà degli Stati nel trasferimento dei richiedenti asilo e quindi nella loro accoglienza, senza cambiare di una virgola i punti cardine del Regolamento di Dublino (che danneggia l'Italia in quanto Paese di frontiera dell'UE). L'unica *partnership* possibile sembra quella che ha come fine il contenimento dei flussi, che si sostanzia nel progetto volto a ridurre i fattori che spingono le persone a migrare (il famoso "aiutiamoli a casa loro"), nel rendere più restrittivo il contesto normativo e nell'esternalizzare il controllo dei confini fuori dai Paesi UE.

Servizi sociali e immigrazione

Annalisa Gualdani

Lo scritto ha ad oggetto il tema dell'accesso alle prestazioni di welfare da parte degli immigrati. Dopo aver dato conto dell'evoluzione del concetto di cittadinanza e di quanto essa, unitamente alla questione della penuria delle risorse pubbliche, vada ad incidere sull'erogazione dei servizi sociali agli stranieri, l'analisi prende in esame il complesso di norme disciplinanti i presupposti e i limiti che il nostro ordinamento prevede per estendere anche agli immigrati le prestazioni socio-assistenziali. La conclusione a cui si perviene è che il limite invalicabile, da parte del sistema di welfare italiano, è rappresentato dalla tutela dei diritti fondamentali, il nucleo intangibile dei quali non può che essere identificato con i livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, comma 2, lett. m) da garantire sia al cittadino, che allo straniero senza distinzione alcuna alla stregua del principio di eguaglianza.

1. Premessa

L'immigrazione di massa che negli ultimi anni ha fortemente interessato il nostro ordinamento ha messo in luce la questione dell'accesso alle prestazioni di *welfare* da parte dei soggetti immigrati.

Il tema assume rilevanza sotto un duplice profilo: da un lato la penuria di risorse che non consente al nostro sistema di servizi sociali di fornire risposte adeguate alle necessità dei soggetti in difficoltà *tout court*¹, dall'altro l'esistenza di una legislazione non organica e talvolta contraddittoria sui diritti spettanti ai bisognosi, ivi compresi gli stranieri.

La crisi economica e sociale che ha investito il nostro Paese e la necessità di predisporre misure di contrasto alla povertà (in crescita esponenziale tra gli stessi cittadini italiani) stanno sempre più influenzando un dibattito che, da un profilo squisitamente giuridico, avente ad oggetto il

(1) Il riferimento è alla questione dei diritti sociali come diritti finanziariamente condizionati. Sul punto cfr. L. Bifulco, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003, p. 18.

quantum di diritti sociali da garantire agli immigrati, rischia di spostarsi su quello eminentemente politico.

Anche i vincoli imposti dal *Fiscal compact* e i conseguenti tagli ai finanziamenti per la spesa sociale degli Enti locali hanno inciso notevolmente sull'identificazione dei soggetti destinatari dei servizi socio-assistenziali. Non è un caso allora che i Comuni abbiano sovente dettato regole volte a restringere la platea dei beneficiari dei servizi sociali utilizzando come *discrimen* i criteri della cittadinanza o della residenza, mentre la giurisprudenza, sulla scorta del principio di eguaglianza o della tutela dei diritti fondamentali², abbia, di contro, esteso, anche agli immigrati, la tutela dei diritti sociali.

Il presente contributo si prefigge dunque di analizzare, unitamente alle questioni richiamate, le ragioni originarie che hanno condotto ad utilizzare, nel settore che ci occupa, la cittadinanza come presupposto per l'erogazione delle prestazioni socio-assistenziali e l'evoluzione che tale nozione ha subito, grazie agli ordinamenti sovranazionali e ad altre discipline.

Si darà altresì conto di come, nonostante il legislatore sia giunto a qualificare il diritto dell'utente dei servizi sociali quale diritto della persona umana (art. 128 del d.lgs. n. 112/1998 e art. 1, comma 2, legge n. 328/2000), quest'ultimo, a differenza di quanto accade per il diritto alla salute e all'istruzione, venga riconosciuto all'immigrato solo in presenza di determinati requisiti e condizioni e di come la residenza e il radicamento con il territorio assumano, a riguardo, rilevanza preponderante.

2. Il requisito della cittadinanza come criterio di accesso ai servizi sociali

Il requisito della cittadinanza ha da sempre rappresentato il criterio principale per accedere al sistema dei servizi alla persona.

Il fondamento di tale scelta rinviene il proprio presupposto formale nel dettato costituzionale, di cui all'art. 38, comma 1, Cost.: «Ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale».

(2) Sul punto cfr. M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari di diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1992, p. 203 ss.

Rappresentando il diritto all'assistenza sociale il parallelo del diritto al lavoro: «La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto. Ogni cittadino ha il dovere di svolgere secondo le proprie possibilità e la propria scelta, una attività o una funzione che concorra al progresso materiale e spirituale della società» (art. 4 Cost.) e all'equa retribuzione (art. 36 Cost.), ne è derivato che così come l'ordinamento giuridico riconosce a ogni cittadino abile al lavoro il diritto-dovere di svolgere un'attività professionale e di trarre da questa mezzi sufficienti di sostentamento, parimenti viene garantito a ogni cittadino inabile al lavoro il diritto ad avere mezzi materiali per godere di un'esistenza libera e dignitosa, accedendo così alle prestazioni erogate dallo Stato sociale³.

È in sostanza quella appena descritta la ragione per cui il Costituente ha qualificato il diritto all'assistenza sociale come diritto del cittadino e quello alla salute (art. 32 Cost.) come diritto fondamentale dell'individuo.

Vero è che del diritto all'assistenza sociale, nel corso del tempo, è stata effettuata una lettura restrittiva. A ben vedere però, si potrebbe essere indotti a ritenere che il riferimento al «diritto al mantenimento e all'assistenza sociale» evidenzia, in realtà, l'intento del Costituente di creare un sistema dinamico di interventi, adattabili alle contingenze che la storia politico-sociale pone di fronte, rifuggendo qualsivoglia forma di tassatività e di esclusività⁴. Il sistema assistenziale si configurerebbe, pertanto, come estremamente moderno, idoneo a soddisfare e prevenire, sia i bisogni attuali della comunità di riferimento, sia quelli futuri e potenziali, ponendo al centro (così come richiesto dal combinato disposto de-

(3) Sul punto cfr. quanto rilevato da B.G. MATTARELLA, *Il problema della povertà nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2012, p. 359 ss., che evidenzia come: «Il rapporto tra l'assistenza e il lavoro è forte già nel testo della Costituzione dove il diritto all'assistenza è disciplinato nel contesto della tutela dei lavoratori ed è espressamente riconosciuto solo al cittadino inabile al lavoro. Nella logica della Costituzione, la povertà è un'ipotesi marginale, rispetto all'auspicata situazione di piena occupazione: se fosse mantenuta la promessa costituzionale implicita nell'affermazione del diritto al lavoro, il problema della povertà sarebbe sostanzialmente risolto e il bisogno di prestazioni assistenziali potrebbe effettivamente porsi solo per gli inabili al lavoro».

(4) In tal senso anche P. SICONOLFI, *L'assistenza fra Stato e Regioni*, Bologna, 1989, p. 50.

gli articoli 2 e 3, comma 2, Cost.), non solo il cittadino, ma la persona umana nella sua complessità⁵.

E infatti è stato a tal riguardo sostenuto che se da un lato la «catena della cittadinanza»⁶ potrebbe condurre ad un parziale riconoscimento dei diritti dell'immigrato, dall'altro i diritti sociali dei non cittadini dovrebbero essere riconosciuti come evoluzione degli artt. 2 Cost. (principio personalistico) e 3 Cost. (principio di non discriminazione).⁷

Una svolta fondamentale nella direzione descritta è stata segnata dalla nozione elaborata dall'art. 128, del d.lgs. n. 112/1998, il quale, dettando una definizione ampia di servizi sociali (sintesi delle prestazioni riconducibili sia all'assistenza sociale, che alla beneficenza pubblica) – «tutte le attività relative alla predisposizione ed erogazione di servizi gratuiti e a pagamento di prestazioni economiche destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona umana incontra nel corso della sua vita, escluse soltanto quelle assicurate dal sistema previdenziale e da quello sanitario, nonché quelle assicurate in sede di amministrazione della giustizia» – ha individuato come destinatario dei medesimi la persona umana, qualificando il diritto degli utenti dei servizi sociali come diritto dell'individuo in quanto tale.

Si sarebbero pertanto creati i presupposti, normativamente positivizzati, per il definitivo superamento di quell'interpretazione che identificava nei soli cittadini i destinatari dei servizi sociali.

Senonché il legislatore della legge 8 novembre 2000, n. 328, «Legge quadro per la realizzazione di un sistema integrato di interventi e servizi sociali», nel recepire la nozione di servizi sociali contenuta nell'art. 128, del d.lgs. n. 112/1998 – come è dato evincere dal rinvio contenuto al comma 2, dell'art. 1, laddove afferma che: «Ai sensi della presente legge, per “interventi e servizi sociali” si intendono tutte le attività previste dall'articolo

(5) Sulla tenuta del sistema assistenziale delineato nel nostro ordinamento sebbene la crisi che ha investito il *welfare State*, cfr. G. PASTORI, *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale*, in *Scritti Ottaviano*, Milano, 1993.

(6) B. PEZZINI, *Una questione che interroga l'uguaglianza: i diritti sociali del non cittadino*, in *Annuario 2009. Lo statuto costituzionale non cittadino*, Napoli, 2010, p. 163 ss.

(7) A. CIERVO, *I diritti sociali degli stranieri: un difficile equilibrio tra principio di non discriminazione e pari dignità sociale*, in F. ANGELINI, M. BENVENUTI, A. SCHILLACI (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza*, Napoli, 2011, p. 368.

lo 128, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112» – non ha compiuto quella scelta definitiva volta a qualificare il diritto degli utenti dei servizi sociali come diritto della persona, precisando che: «Hanno diritto di usufruire delle prestazioni e dei servizi del sistema integrato di interventi e servizi sociali i cittadini italiani e, nel rispetto degli accordi internazionali, con le modalità e nei limiti definiti dalle leggi regionali, anche i cittadini di Stati appartenenti all'Unione europea ed i loro familiari, nonché gli stranieri, individuati ai sensi dell'articolo 41, del Testo unico, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286. Ai profughi, agli stranieri ed agli apolidi sono garantite le misure di prima assistenza, di cui all'articolo 129, comma 1, lettera b), del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112», restringendo, così, tramite il rinvio ad altre disposizioni normative, la portata innovativo/estensiva dell'art. 128, del d.lgs. n. 112/1998⁸.

3. La duplice accezione della nozione di cittadinanza

In ragione delle premesse effettuate occorre tracciare le linee che hanno condotto ad annoverare alcuni diritti sociali (quali quello all'assistenza sociale) nell'alveo dei diritti di cittadinanza. Per comprendere appieno gli aspetti salienti della questione occorre preliminarmente definire in senso giuridico la cittadinanza, senza, tuttavia, dimenticare l'ambiguità che, da sempre, ha caratterizzato detto termine.

La cittadinanza, in senso lato, può essere definita come: «la condizione giuridica di chi fa parte di uno Stato» e in senso stretto come: «la condizione giuridica di un gruppo di persone appartenenti allo Stato e, precisamente, di quelle che in esso sono titolari di particolari diritti e obblighi, fra i quali primeggiano i c.d. diritti politici»⁹. Due sono gli elementi giuridici che ineriscono al concetto di cittadinanza: la soggezione stabile e permanente a una autorità statale e la partecipazione a una comunità politica statalmente organizzata¹⁰, la quale comporta l'attribuzione

(8) T. VECCHIATO, *Dall'assistenza ai servizi alle persone*, in *Studi Zancan*, 6, 2000, p. 10, afferma che con la legge quadro si ha l'affermazione di «una visione della cittadinanza sociale, intesa come incontro di diritti e di doveri grazie al volontariato, all'associazionismo di impegno sociale, alle organizzazioni solidali di famiglie, al diffondersi dell'auto mutuo aiuto».

(9) G. BISCOTTINI, *Cittadinanza*, EdD, VII, Milano, 1966, p. 145.

(10) Sulla cittadinanza cfr. F. CLERICI, *Cittadinanza*, in *Dig. Disc. pubbl.*, Torino, 1989 (vol. III),

di diritti e doveri distinti, rispetto a quelli riservati agli stranieri¹¹. Pertanto, la cittadinanza è uno *status* (lo *status civitatis*)¹² che indica l'appartenenza di un soggetto a una determinata categoria a cui sono correlati determinati diritti (tra cui quelli politici e *in primis* il diritto di voto) e doveri¹³.

Per comprendere le problematiche sottese alla nozione in esame occorre evidenziare che in essa convivono due anime: la prima che considera la cittadinanza come "appartenenza" orizzontale a una comunità – dalla quale si diramano le teorie della cittadinanza come fattore di identificazione e integrazione politica di una comunità –, la seconda che considera la cittadinanza come quello *status* che lega in un rapporto verticale l'individuo e l'autorità. Nel XIX secolo queste due radici hanno subito una sovrapposizione, determinata dal principio di nazionalità e dal progressivo affermarsi dell'idea di Nazione, che ha condotto all'identificazione tra cittadinanza e nazionalità. Ciò ha fatto sì che se da un lato la cittadinanza è stata valorizzata come elemento identificativo di una comunità, dall'altro essa ha perso il suo carattere tipicamente politico, divenendo, così, il riflesso individuale dell'appartenenza alla comunità nazionale¹⁴.

p. 112 ss.; Id., *Problemi in tema di cittadinanza nella giurisprudenza italiana*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1982, p. 4051; T. BALLARINO (a cura di), *Disposizioni in materia di cittadinanza*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1984, p. 969 ss.; C. ARENA, *La cittadinanza italiana*, Bologna 1984; S. BARIATTI, *La disciplina giuridica della cittadinanza italiana*, II, l. 5 febbraio 1992, n. 91, Milano, 1996; L. CASALI, M.P. SEMPERINI, *La cittadinanza italiana*, Rimini, 1994.

(11) Dalla rivoluzione francese in poi, il concetto giuridico di cittadinanza assume una connotazione sua propria. Ai cittadini viene infatti riconosciuta la partecipazione alla sovranità e ad essa si ricollega l'attribuzione dei diritti politici ai cittadini. Si effettua, così una distinzione tra diritti politici riconosciuti solo ed esclusivamente ai cittadini e diritti civili che spettano in base al diritto naturale ad ogni individuo in quanto tale.

(12) Si è discusso in dottrina se nella cittadinanza si configurasse un rapporto giuridico, sia di natura contrattuale, sia un rapporto di soggezione oppure se essa esprimesse piuttosto uno *status*.

(13) La distinzione cittadino e straniero è sempre stata fondata in relazione al rapporto con il sovrano. Il soggetto beneficia dello *status* di cittadino poiché obbedisce al sovrano, il quale, in cambio della sua obbedienza gli assicura la propria prestazione. Chi non è in tale condizione, è *contra ius*, è straniero.

(14) Sul punto sia consentito rinviare ad A. GUALDANI, *Diritto dei servizi sociali*, Torino, 2018.

La teoria sopra esposta ha esplicitato i propri riflessi non solo sulla nozione di cittadinanza, ma anche nei confronti dei diritti fondamentali, i quali in alcuni ordinamenti hanno cessato di essere considerati come diritti del cittadino e sono stati formalizzati nelle Costituzioni come diritti fondamentali dell'uomo, introducendo il principio in base al quale la tutela formale delle libertà borghesi non dipende dal possesso della cittadinanza in senso giuridico.

Con riguardo al nostro ordinamento occorre evidenziare come esso si connoti per l'assenza di una definizione giuridica di cittadinanza, valida per tutti i rami del diritto. Tale lacuna ha così permesso l'introduzione e la contaminazione nella legislazione della concezione sociologica di cittadinanza, elaborata da T.H. Marshall, nel suo saggio del 1950, *Citizenship and social class*, dove l'autore, prescindendo dai risultati degli studi giuridici in materia, definì la cittadinanza l'insieme dei diritti civili, politici e sociali¹⁵. L'eccessiva dilatazione di tale nozione ha comportato l'obliterazione del concetto di persona o di personalità alle quali sono legati una molteplicità di diritti, influenzando, così, le scelte di politica sociale dei singoli ordinamenti (tra cui il nostro) che hanno condotto ad individuare come titolari di alcuni diritti sociali il cittadino e non la persona¹⁶. E così, la cittadinanza continua ad essere considerata come «lo *status* di appartenenza allo Stato»¹⁷, interessando non solo l'esercizio dei diritti politici, ma anche taluni diritti sociali (v. l'assistenza)¹⁸.

(15) Due sono le direzioni di interesse intorno alle quali Marshall costruisce il suo saggio sulla cittadinanza: quella etica e quella di analisi. Il problema della stratificazione sociale, cioè il problema della disuguaglianza e dei rapporti fra le classi nella società capitalistica è il problema dei fondamenti etici del sistema sociale. L'interpretazione di Marshall dei mutamenti in cui è incorsa la società capitalistica, possono essere riassunti in due sviluppi tra loro antitetici: *La creazione dello stato assistenziale*, del *Welfare State* e la vittoria della società opulenta. Cfr. T. H. MARSHALL, *Cittadinanza e classe sociale*, trad. it. a cura di P. MARANINI, Torino, 1976.

(16) P. DONATI, *La cittadinanza societaria*, Roma-Bari, 2000, p. 27, afferma che per il pensiero occidentale classico cittadinanza è «la realizzazione che i soggetti qualificano come politici (talí perché aventi diritto a decidere in merito alla *res publica*) e riconosciuti tali dalla società hanno tra di loro, in quanto si identificano in un'autorità collettiva e da essa vengono mediati attraverso i rapporti sociali che mettono in gioco ciò che essi hanno in comune». La cittadinanza, per l'autore, non ha soltanto una funzione politica, ma è anche realizzazione sociale implicando, in questo senso una serie di dimensioni: psicologiche, culturali, economiche.

(17) E. GROSSO, *Le vie della cittadinanza*, Padova, 1997, p. 297.

(18) V. ONIDA, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, in *Diritto e società*, 2009, p. 537 ss.

Tuttavia, se *prima facie* una lettura isolata dell'art. 38 Cost. potrebbe indurre a ritenere che l'accezione di cittadinanza accolta dal Costituente sia strettamente correlata al concetto di nazionalità, a ben vedere, un'interpretazione evolutiva della richiamata previsione costituzionale, attraverso il combinato disposto di cui agli artt. 2 e 3, comma 2, Cost. potrebbe indurre a ritenere che il destinatario delle prestazioni assistenziali sia identificabile nella persona appartenente (per ragioni diverse) ad una determinata comunità e legata al suo territorio¹⁹. Ed invero, come evidenziato dall'evoluzione pretoria si sta delineando una vera e propria nozione di "seconda cittadinanza", intesa come «partecipazione dello straniero regolarmente soggiornante a una comunità di diritti, più ampia e comprensiva di quella fondata sulla cittadinanza in senso stretto»²⁰, comprendente tutti coloro che, «condividendo le sorti di un territorio per il solo fatto di viverci, sono tra loro legati da vincoli di diritti e doveri, ivi compreso quindi il dovere di solidarietà *ex art. 2 Cost.* e il diritto di essere aiutati nel bisogno *ex art. 38 Cost.*»²¹ o ancora di "cittadinanza amministrativa", intesa come «appartenenza ad una comunità diversa da quella sovrana, con legittimazione a posizioni soggettive che non dipendono dallo *status* di cittadino-sovrano»²².

In questo senso parrebbero muoversi il T.U. sull'immigrazione, la legge 328/2000 – che pur citando come primo destinatario il cittadino effettua poi una gradazione delle diverse categorie di assistibili (i cittadini di Stati appartenenti all'Unione europea e ai loro familiari, se pur nel rispet-

(19) Sul punto cfr. anche A. CIERVO, *I diritti sociali degli stranieri*, cit., p. 369, il quale sottolinea che «per pari dignità sociale si deve intendere quella capacità, da parte dello Stato, di garantire a tutti gli appartenenti di una comunità politica – cittadini e non – una serie di tutele e di posizioni giuridiche soggettive minime, da riconoscere quindi agli stranieri irregolari».

(20) Cass. SS.UU. 20661/14, in tema di accesso agli stranieri al servizio civile.

(21) In tal senso A. GUARISO (a cura di), *Stranieri e accesso alle prestazioni sociali, Normativa nazionale ed europea. Schede pratiche*. Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione, Fondazione Charlemagne, 2018.

(22) In tal senso R. CAVALLO PERIN, *La configurazione della cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 202 ss. In tema cfr. anche A. BARTOLINI, A. PIOGGIA, *Le cittadinanze amministrative. Percorsi e prospettive dell'amministrazione tra diritti e doveri a 150 anni dalle leggi di unificazione amministrativa*, in A. BARTOLINI, A. PIOGGIA (a cura di), *Cittadinanze amministrative*, vol. VIII della raccolta diretta da L. FERRARA, D. SORACE, *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Firenze, 2016, pp. 9-10.

to degli accordi internazionali, con le modalità e nei limiti definiti dalle leggi regionali; gli stranieri titolari della carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore a un anno, nonché i minori iscritti nella carta di soggiorno o nel loro permesso di soggiorno)²³ – e infine le leggi regionali che sovente hanno equiparato alla cittadinanza il requisito della residenza e il legame con il territorio.

Spostando l'angolo visuale dall'ordinamento interno alla dimensione europea è dato rilevare come anche la Carta dei diritti dell'Unione depinga in tal senso²⁴. E invero il godimento dei diritti economici e sociali non sono di esclusiva prerogativa dei soli cittadini²⁵, essendo riconosciuto ad «ogni individuo che risiede o si sposti legalmente all'interno dell'Unione» il «diritto alle prestazioni di sicurezza sociale e ai benefici sociali» (art. 34, par. 2).

Occorre da ultimo segnalare che una spinta verso il depotenziamento della sovranità e della connessa esclusività da un lato²⁶ e l'ampliamento delle categorie dei destinatari delle prestazioni sociali dall'altro, è stata fornita dall'introduzione degli istituti della cittadinanza europea²⁷ (che l'art. 17, comma 1, Trattato CE²⁸, ritiene complementare alle cittadinanze nazionali²⁹) e della doppia cittadinanza (art. 11, della legge 15 febbraio

(23) Sul punto cfr. R. BIN, D. DONATI, G. PITRUZZELLA, *Lineamenti di diritto pubblico dei servizi sociali*, Torino, 2017, p. 268.

(24) Cfr. *Comunicazione de la Commission sur la nature de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*, Bruxelles, 11 ottobre 2000.

(25) A riguardo si ricorda che il paragrafo 3 dell'art. 15 della Carta dei diritti dell'Unione Europea, afferma che: «i cittadini dei Paesi terzi che sono autorizzati a lavorare nel territorio degli stati membri hanno diritto a condizioni di lavoro equivalenti a quelle di cui godono i cittadini dell'Unione».

(26) D.U. GALETTA, *La tutela dei diritti fondamentali (in generale, e dei diritti sociali in particolare) nel diritto UE dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, Relazione al Convegno "Integrazione europea, servizi pubblici e diritti fondamentali"*, Catania, 31 gennaio 2014, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, pp. 181-193.

(27) fortemente criticata da M. CARTABIA, *Cittadinanza europea*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1995, p. 2, che contesta la stessa utilizzazione del termine cittadinanza in quanto, a livello comunitario mancherebbe il nesso con l'esperienza storica dello Stato.

(28) Come modificato dal Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997.

(29) Trattato entrato in vigore il 1° maggio 1999.

1992, n. 91), che hanno notevolmente inciso sul binomio sovranità/nazionalità e di conseguenza sulla cittadinanza³⁰.

4. Il tema della penuria delle risorse come ostacolo all'ampliamento dei beneficiari delle prestazioni assistenziali

Il tema della penuria delle risorse è strettamente correlato al *quantum* di prestazioni che il nostro Stato sociale è in grado di erogare ai soggetti in difficoltà. La questione assume rilevanza non solo nei confronti degli immigrati, ma anche degli stessi cittadini italiani. Non è un caso allora che sin dall'introduzione, con la riforma del Titolo V della Cost., della disposizione sui livelli essenziali di cui all'art. 117, comma 2, lett. *m*), si sia sviluppato un interessante dibattito sul significato da conferire al termine essenziale e in particolare se lo stesso dovesse essere parametrato alla effettiva soddisfazione del bisogno dei destinatari o subordinato alle risorse disponibili³¹.

La costante riduzione delle risorse pubbliche da destinare agli interventi sociali ha fatto sì che, posteriormente all'entrata in vigore del nuovo Titolo V Cost., siano state intraprese decisioni (contenute per lo più nelle leggi finanziarie) che hanno contraddetto le linee ispiratrici della riforma costituzionale volte a svincolare la tutela dei diritti degli utenti dei servizi sociali dai problemi di bilancio. A tal riguardo si rammenta infatti che l'art. 46, comma 3, della legge finanziaria per il 2003, affermando che: «nei limiti delle risorse ripartibili del Fondo per le politiche sociali (...) sono determinati i livelli essenziali delle prestazioni da garantire su tutto il territorio nazionale», aveva fatto riemergere la questione, che sembrava apparentemente risolta, della natura finanziariamente condizionata dei diritti degli utenti dei servizi sociali³². Il legislatore ordina-

(30) Sul tema della cittadinanza europea cfr. F. DINELLI, *Le appartenenze territoriali. Contributo allo studio della cittadinanza, della residenza e della cittadinanza europea*, Napoli, 2011 e ivi ampia bibliografia.

(31) Sul tema dei livelli essenziali nell'assistenza sociale si consento rinviare ad A. GUALDANI, *I livelli essenziali delle prestazioni sociali, l'imprescindibilità di una loro determinazione*, in G. COSTA (a cura di), *Diritti in costruzione. Presupposti per una definizione efficace dei livelli essenziali di assistenza sociale*, Milano, 2012, pp. 20-34.

(32) A riguardo cfr. quanto contenuto nel documento stilato dall'Associazione ASTRID, *L'amministrazione del welfare fra pubblico e privato*, Roma, marzo 2004, dove si rileva che l'art. 46 del-

rio ha in sostanza operato una sorta di “controriforma”, rispetto a quanto sancito dall’art. 117, comma 2, lett. *m*), subordinando nuovamente i livelli essenziali alle risorse disponibili, riaprendo, così, il dibattito sulla natura del diritto all’assistenza sociale e sulla sua effettiva esigibilità³³. In tale contesto pertanto la leva della cittadinanza (o la individuazione di criteri ad essa alternativi come ad es. il permesso di soggiorno prolungato per un certo tempo) ha rappresentato lo strumento di selezione per l’individuazione dei soggetti destinatari delle prestazioni sociali, in un sistema che (a causa della riduzione della spesa pubblica per gli interventi sociali) stenta a soddisfare i bisogni degli italiani medesimi. E invero nel corso degli ultimi anni si è assistito a un progressivo depauperamento dei finanziamenti destinati a sostenere la spesa sociale, anche a causa della politica di austerità derivante dal «Trattato sulla stabilità, coordinamento e *governance* nell’unione economica e monetaria» (c.d. *Fiscal compact*)³⁴, il quale vincola le parti contraenti a rispettare una serie di regole per il disavanzo pubblico, la riduzione del debi-

la legge finanziaria 2003 ha profondamente inciso sull’assetto strutturale delle decisioni operative a livello centrale e sulla natura delle posizioni soggettive degli utenti dei servizi sociali: in entrambi i casi si nota un ritorno al passato, nel senso della marginalizzazione del settore. Ciò emerge chiaramente se si pone attenzione al fatto che una delle storiche rivendicazioni di coloro che hanno inteso istituire un sistema integrato di servizi sociali era costituita dalla emancipazione e dall’irrobustimento delle strutture amministrative preposte, in modo da conferire loro un assetto adeguato e sottrarre le decisioni strategiche al Tesoro. Il ritorno alla marginalizzazione che ha contraddistinto quest’area per tutto il periodo di inattuazione del disegno poi previsto dalla legge 328 emerge invece dalle norme dell’art. 46, che hanno introdotto il necessario concerto del Ministero dell’economia in riferimento a tutti gli atti di rilievo che il Ministero del lavoro e delle politiche sociali deve adottare in materia. Il concerto infatti è previsto non solo per gli atti di riparto del Fondo per le politiche sociali, ma financo per la determinazione dei livelli essenziali. Il processo di valorizzazione della riforma dei servizi sociali perseguito con il nuovo ministero previsto dal d.lgs. 300 e dalla legge quadro viene quindi bruscamente invertito e il prevalere di una logica nella quale la materia ritorna ad essere ancella delle decisioni di spesa è nuovamente confermata. Questa logica riduttiva e residuale ispira anche il comma 3 dell’art. 46 dove le enunciazioni previste dalla legge n. 328/00 in tema di diritto soggettivo alle prestazioni relative ai livelli essenziali vengono ricondotte nella più tradizionale categoria dei diritti finanziariamente condizionati.

(33) Sul punto cfr. F. MIDIRI, *Diritti sociali e vincoli di bilancio nella giurisprudenza costituzionale*, in *Studi in onore di Francesco Modugno*, III, 2011, Napoli, p. 2235 ss., il quale evidenzia che la necessità di contemperare i diritti sociali con l’equilibrio di bilancio ha condotto a garantire l’inviolabilità dei primi solo nel loro contenuto minimo essenziale.

(34) Approvato in data 2 marzo 2012 e sottoscritto da 25 dei 28 Stati membri dell’Unione europea ed entrato in vigore il 1° gennaio 2013.

to e il conseguente pareggio di bilancio. Pur non essendo rintracciabile nei documenti dell'Unione³⁵ un dovere giuridico di revisione costituzionale³⁶, l'Italia, modificando l'art. 81 Cost., ha introdotto in Costituzione il pareggio di bilancio (*rectius* dell'equilibrio finanziario)³⁷, divenuto un dovere per lo Stato e per le amministrazioni e ha intrapreso una serie di misure, volte «ad abbattere l'indebitamento pregresso»³⁸. Si è, così, proceduto alla drastica contrazione delle risorse destinate al Fondo nazionale per le politiche sociali e a un consistente taglio dei trasferimenti agli Enti locali, i quali per proseguire nell'erogazione dei servizi hanno dovuto necessariamente accrescere la pressione fiscale locale.

L'insufficienza dei mezzi economici per rispondere a una domanda sempre più crescente e volta ad alleviare bisogni di diversa natura, a causa dei tagli sopra richiamati, ha poi confermato, in analogia con l'antico sistema dei finanziamenti a pioggia, la tendenza a creare o mantenere in vita fondi settoriali, deputati a fronteggiare le contingenti esigenze delle diverse categorie di assistibili, contrastando, peraltro, con le disposizioni costituzionali introdotte dal novellato Titolo V Cost. E invero pochi mesi prima dell'approvazione della legge n. 248/2006, «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, recante disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale», la Corte costituzionale, con la sentenza 24 marzo 2006, n. 118, era stata categorica nell'affermare l'illegittimità delle disposizioni con le quali si

(35) Patto *Euro Plus*, *Six Pack* e *Fiscal compact*.

(36) A. BRANCASI, *L'introduzione del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, in www.forumcostituzionale.it; M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini. Relazione tenuta al LVIII Convegno di Varenna, Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità*, Varenna, 20 - 22 settembre, in *Astrid Rassegna*, 3, p. 1 ss.; G.L. TOSATO, *La riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio alla luce della normativa dell'Unione: l'interazione fra i livelli europeo e interno*, in *Riv. dir. internaz.*, p. 5 ss.

(37) In tal senso A. BRANCASI, *Il principio del pareggio di bilancio in Costituzione*, in <http://www.osservatoriosullefonti.it>, 2012, p. 1 ss.

(38) Per un'ampia trattazione del tema cfr. L. MARCATI, *Fiscal compact: doveri dello Stato e diritti di cittadinanza al tempo dell'equilibrio di bilancio*, in A. BARTOLINI, A. PIOGGIA (a cura di), *Cittadinanze amministrative*, cit., p. 379.

consente allo Stato di prevedere l'istituzione di appositi fondi a destinazione vincolata in materie riservate alla competenza residuale regionale (quale quella dei servizi sociali)³⁹. L'*obiter dictum* della richiamata pronuncia confermava che la previsione di un preciso vincolo di destinazione delle risorse da assegnare alle Regioni fosse contraria ai criteri e ai limiti preposti al sistema di autonomia finanziaria regionale previsto dall'art. 119 Cost., il quale vieta finanziamenti di scopo non riconducibili a funzioni attribuite alla competenza dello Stato. La questione è di interesse anche con riguardo al tema trattato, atteso che, pur essendo l'«immigrazione» e la «condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea» riconducibili nell'ambito delle materie di potestà legislativa esclusiva statale, le prestazioni sociali e di integrazione destinati agli stranieri (come ribadito dalla stessa Corte costituzionale), in quanto annoverabili nell'ambito del settore dei servizi sociali, rientrano nella competenza legislativa residuale delle Regioni⁴⁰.

Con riguardo al tema che ci occupa la crescente necessità di far fronte al fenomeno migratorio, unitamente ai tagli che hanno interessato il Fondo nazionale per le politiche sociali⁴¹, ha condotto il legislatore

(39) Richiamando una precedente sentenza, la n. 423/2004 e il principio in essa sancito, in base al quale: «opera, fino all'attuazione dell'art. 119 Cost. un ulteriore limite per il legislatore statale, rappresentato dal divieto imposto di procedere in senso inverso a quanto oggi prescritto dall'art. 119 Cost. e così di sopprimere semplicemente senza sostituirli, gli spazi di autonomia già riconosciuti dalle leggi statali in vigore», il Giudice delle leggi, dichiarava l'incostituzionalità dell'art. 1, comma 111, della legge 30 dicembre 2004, n. 311 («Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato», legge finanziaria 2005), nella parte in cui prevedeva l'istituzione di un fondo per il sostegno all'acquisto di unità immobiliari da adibire ad abitazione principale allo scopo di facilitare l'accesso alla prima casa da parte delle giovani coppie, reperibile in www.giurcost.org.

(40) Sul punto cfr. Corte cost. 22 luglio 2005, n. 300 e 14 aprile 2006, n. 156, la quale, chiamata a pronunciarsi, su sollecitazione del Governo, sulla legittimità costituzionale delle l.r. Emilia Romagna n. 5/2004 e l.r. Friuli Venezia Giulia n. 5/2005, affermò che con riguardo al settore in esame l'intervento pubblico non si limita al doveroso controllo dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri sul territorio nazionale, ma riguarda necessariamente altri ambiti, dall'assistenza, all'istruzione, dalla salute all'abitazione, che ineriscono materie di potestà regionale esclusiva o concorrente.

(41) La Corte costituzionale, con la sentenza n. 423 del 2004, ha affrontato il delicato tema del rapporto tra finanziamento del Fondo nazionale per le politiche sociali e il sistema descritto dall'art. 119 Cost. pervenendo ad affermare una sua temporanea legittimità del Fondo nazionale per le politiche sociali continuerebbe ad avere ragion d'essere nei seguenti termini: «sia perché lo stesso è destinato a finanziare anche funzioni statali, sia perché la sua perdurante ope-

ad istituire appositi fondi dedicati all'accoglienza degli stranieri, quali il Fondo nazionale per l'inclusione sociale degli immigrati⁴² e il Fondo nazionale per l'accoglienza dei minori stranieri non accompagnati (l'art. 23, comma 11, della legge n. 135/2012, di conversione del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95)⁴³. Quest'ultimo, sorto dall'indispensabilità di garantire tutele nei confronti dei minori che giungono da soli nel nostro Paese, si è posto il fine di assicurare la prosecuzione degli interventi connessi al superamento dell'emergenza umanitaria e consentire una gestione ordinaria dell'accoglienza⁴⁴. Il Fondo risponde inoltre all'impegno assunto dal Governo in sede di Conferenza unificata (30 marzo 2011) di individuare risorse stabili e pluriennali destinate al sostegno delle necessità dei minori non accompagnati. Si è così garantita la presa in carico di questi ultimi attraverso i Comuni⁴⁵, i quali ricevono trimestralmente dal Ministero degli interni, un contributo giornaliero per ospite, dato in affido a famiglie o collocato in strutture autorizzate e/o accreditate.

Negli ultimi anni è stato altresì incrementato l'importo del Fondo nazionale per le politiche e servizi di asilo (SPRAR), destinato a finanziare le iniziative degli Enti locali, la cui disciplina si rinviene, ancora oggi, nell'art. 1-*septies*, del d.l. n. 416/1989. Esso viene alimentato attraverso apposite risorse iscritte nel bilancio di previsione del Ministero dell'interno, da assegnazioni annuali del Fondo europeo per i rifugiati e infine da donazioni di privati ed enti.

rattività per gli aspetti di incidenza sul sistema dell'autonomia finanziaria regionale si giustifica in via transitoria (...) fino all'attuazione del modello delineato dall'art. 119 Cost.» (il c.d. federalismo fiscale).

(42) volto a favorire l'inclusione sociale di questi ultimi e dei loro familiari attraverso la realizzazione di un piano per l'accoglienza degli alunni stranieri, favorendo altresì il rapporto scuola-famiglia, mediante l'utilizzo dei mediatori culturali (art. 1, comma 1267, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 c.d. legge finanziaria 2007).

(43) Cfr. F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza*, Torino, 2013; M. GONDONI, E. MAGRI, *La disciplina dei servizi sanitari e assistenziali previsti per gli immigrati: condizioni di accesso e prestazioni erogabili*, in *Sanità pubblica*, 7-8, 2002, pp. 881-931.

(44) Sul punto cfr. E. CODINI, *Immigrazione e stato sociale*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2012, pp. 599-660 e C. DEVILLANOVA, *I costi dell'immigrazione per la finanza pubblica*, in *Fondazione Ismu, Quattordicesimo rapporto sulle migrazioni 2008*, Milano, 2009, pp. 205-218.

(45) <http://sitiarcheologici.lavoro.gov.it/AreaSociale/Immigrazione>.

La previsione di questi fondi “emergenziali” tuttavia non ha risolto la questione dell'esiguità delle voci di spesa pubblica destinate a fronteggiare le richieste di soggetti provenienti da Paesi extracomunitari. Non è un caso allora che le Regioni o i Comuni, in ragione della scarsità delle risorse, abbiano sovente creato presupposti restrittivi di accesso e abbiano previsto criteri preferenziali nei confronti dei cittadini italiani. È quanto accaduto, per esempio, in Lombardia con la legge regionale n. 12 gennaio 2002, n. 1 («Interventi per lo sviluppo del trasporto pubblico regionale e locale»), come modificato dall'art. 5, comma 7, della legge regionale 9 dicembre 2003, n. 25 («Interventi in materia di trasporto pubblico locale e di viabilità»), caduta sotto la scure della Consulta, nella parte in cui non includeva i cittadini stranieri residenti nella Regione Lombardia fra gli aventi il diritto alla circolazione gratuita sui servizi di trasporto pubblico di linea riconosciuto alle persone totalmente invalide per cause civili. E invero «distinguere, ai fini dell'applicabilità della misura in questione, cittadini italiani da cittadini stranieri (...) finisce dunque per introdurre nel tessuto normativo elementi di distinzione del tutto arbitrari, non essendovi alcuna ragionevole correlabilità tra quella condizione positiva di ammissibilità del beneficio (la cittadinanza italiana, appunto) e gli altri peculiari requisiti (invalidità al 100% e residenza) che ne condizionano il riconoscimento e ne definiscono la ratio e la funzione» (Corte cost. n. 432/2005). In seguito la Consulta, sulla base del medesimo *iter* logico-giuridico, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge regionale del Friuli-Venezia Giulia del 31 marzo 2006, n. 6, la quale escludeva gli extracomunitari dal sistema integrato di interventi e servizi sociali⁴⁶.

Altro esempio, che ha suscitato un acceso dibattito, è quello del Comune di Lodi che nel «Regolamento per prestazioni sociali agevolate», approvato il 4 ottobre 2017, ha previsto che per ricevere l'accesso alle prestazioni sociali agevolate, riguardanti non solo la scuola, ma tutti i servizi sociali, i cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea debbano produrre una certificazione rilasciata dalla competente autorità dello Stato estero – corredata di traduzione in italiano – sulle proprietà e

(46) Per un'ampia trattazione del tema cfr. C. CORSI, *L'accesso degli stranieri ai diritti sociali*, in A. BARTOLINI, A. PIOGGIA (a cura di), *Cittadinanze amministrative*, cit., p. 138.

sulla la composizione del nucleo familiare nel Paese di origine⁴⁷. La vicenda ha, peraltro, assunto di recente rilevanza mediatica, atteso che la disposizione regolamentare è stata applicata anche al servizio di mensa scolastica escludendo, così, dall'erogazione del vitto oltre 200 bambini extracomunitari per impossibilità da parte dei loro genitori di produrre la documentazione aggiuntiva richiesta, non essendo sufficiente la presentazione dell'ISEE, bastevole per i cittadini italiani.

Anche il legislatore nazionale, in passato, si era inserito nel medesimo *trend* quando aveva richiesto il possesso della cittadinanza italiana o europea quale presupposto per accedere al *bonus bebè* e alla *social card*, previsti rispettivamente dalle leggi finanziarie del 2006 e 2009. In seguito, tuttavia, anche in attuazione degli orientamenti giurisprudenziali in materia si è disposto in un primo momento l'estensione del beneficio ai cittadini stranieri in possesso di permesso di soggiorno di lungo periodo⁴⁸ e successivamente anche ai titolari della carta di soggiorno per familiare e della carta di soggiorno permanente per familiare⁴⁹.

5. Le prestazioni sociali degli immigrati: presupposti e limiti

La presente trattazione deve ora essere indirizzata all'analisi delle singole prestazioni di *welfare* spettanti agli immigrati⁵⁰.

(47) La specifica non si applica ai rifugiati politici e ai cittadini di Afghanistan, Libia, Siria e Yemen, Paesi che il Comune di Lodi ha escluso sulla base della cosiddetta *Cargo Watch List* che valuta il rischio del transito di merci e persone tra un Paese e l'altro. Sono inoltre esclusi anche tutti i cittadini italiani per cui è sufficiente presentare l'ISEE.

(48) Cfr. circolare n. 93 dell'8 maggio 2015.

(49) Cfr. circolare Inps n. 214 del 6 dicembre 2016.

(50) In tema di prestazioni sociali degli immigrati cfr. W. CHIAROMONTE, *Le prestazioni di assistenza sociale per i cittadini non comunitari ed il principio di non discriminazione. Una rassegna critica della giurisprudenza nazionale ed europea*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 2008, p. 101 ss.; C. CORSI, *Servizi sociali agli immigrati*, in F. ASTONE, F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAITTA (a cura di), *Cittadinanza inclusiva e flussi migratori*, Catanzaro, 2009, p. 95 ss. Relativamente ai diritti sociali degli immigrati cfr. G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali*, Napoli, 2007 e G. BASCHERINI, A. CIERVO, *I diritti sociali degli immigrati*, in C. PINELLI (a cura di), *Esclusione sociale. Politiche pubbliche e garanzia dei diritti*, Firenze, 2012, p. 17 ss.; B. PEZZINI, *Una questione che interroga l'uguaglianza: i diritti sociali del non cittadino*, in *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, in *Atti del XXIV Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, Cagliari, 16-17 ottobre 2009, Napoli, p. 163 ss.

Dopo la cittadinanza il principale criterio utilizzato per individuare i diritti sociali spettanti agli stranieri è stato quello relativo alla loro posizione giuridica di regolari (in possesso cioè di permesso di soggiorno) e irregolari.

Il d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 «Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero», infatti, dopo aver affermato che lo straniero regolarmente soggiornante gode «dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano salvo che le convenzioni internazionali in vigore per l'Italia o il presente Testo unico dispongano diversamente» (art. 2, comma 2), con riguardo al diritto alla salute assicura allo straniero, comunque presente nel territorio nazionale, non in regola con le norme relative all'ingresso ed al soggiorno, l'erogazione delle cure mediche «ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative, per malattia e infortunio e sono estesi i programmi di medicina preventiva a salvaguardia della salute individuale e collettiva» (art. 35, comma 3) nei presidi pubblici e accreditati. Ed invero il riconoscimento costituzionale del diritto alla salute, quale diritto dell'individuo, ha consentito l'estensione anche agli irregolari della gratuità delle prestazioni, di cui al comma 3, dell'art. 35 T.U. immigrazione, qualora privi di risorse economiche sufficienti, fatte comunque salve le quote di partecipazione alla spesa ed altresì la garanzia della non segnalazione all'autorità, ad eccezione dei casi in cui sia obbligatorio il referto, a parità di condizioni con il cittadino italiano⁵¹.

Se dunque per l'immigrato irregolare il presupposto per l'erogazione delle prestazioni da parte del Servizio sanitario nazionale è rappresentato dall'urgenza e dall'essenzialità della prestazione di cura, rientrando il diritto alla salute nell'ambito dei diritti fondamentali, lo straniero regolarmente soggiornante, gode di una tutela sanitaria più ampia, come ad esempio l'iscrizione obbligatoria al Servizio sanitario nazionale⁵².

(51) Per un'ampia trattazione del tema si rinvia a M. D'ANGELOSANTE, C. TUBERTINI, *Cittadinanza amministrativa, salute e sanità*, in A. BARTOLINI, A. PIOGGIA (a cura di), *Cittadinanze amministrative*, cit., p. 101 ss.

(52) Sui livelli essenziali in sanità cfr. C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni: il caso della tutela della salute*, Bologna, 2008.

Anche con riguardo al diritto all'istruzione, si prescinde dal requisito della cittadinanza, essendo riconosciuto l'obbligo scolastico per i minori stranieri comunque presenti nel territorio nazionale, applicando ad essi: «tutte le disposizioni vigenti in materia di diritto all'istruzione, di accesso ai servizi educativi, di partecipazione alla vita della comunità scolastica» (art. 38, comma 1 del T.U. immigrazione).

Diversa è la posizione del legislatore riguardo alle prestazioni di assistenza sociale destinate agli stranieri. Accedono, infatti, al sistema integrato di interventi e di servizi sociali soltanto gli stranieri regolari, in possesso, cioè del permesso di soggiorno (art. 41)⁵³. Tuttavia per l'erogazione di alcune tipologie di prestazioni di *welfare* il legislatore opera un ulteriore distinguo tra soggetti immigrati in possesso del permesso di soggiorno di breve o di lungo periodo (conseguibile quest'ultimo solo dopo 5 anni di residenza regolare in presenza di determinati requisiti)⁵⁴. E infatti, relativamente alle prestazioni economiche che costituiscono diritti soggettivi l'art. 80, comma 19, della legge n. 388/2000, dispone che «ai sensi dell'articolo 41 del d.lgs. n. 286/98, l'assegno sociale e le provvidenze economiche che costituiscono diritti soggettivi in base alla legislazione vigente in materia di servizi sociali sono concesse, alle condizioni previste dalla legislazione medesima, agli stranieri che siano titolari di carta di soggiorno» (oggi permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo *ex* art. 9 T.U. immigrazione); «per le altre prestazioni e servizi sociali l'equiparazione con i cittadini italiani è consentita a favore degli stranieri che siano almeno titolari di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno». Sul punto si è espressa la stessa Corte costituzionale rilevando che il criterio di parità di trattamento condizionata al permesso di almeno un anno costituisce il «necessario paradigma sulla cui falsariga calibrare lo scrutinio della ragionevolezza»⁵⁵.

(53) Sul punto cfr. Corte cost. n. 432/2005, in www.giurcost.org, la quale ha affermato che il criterio contenuto nell'art. 41 T.U. sull'immigrazione (parità di trattamento condizionata al permesso di almeno un anno) costituisce il «necessario paradigma sulla cui falsariga calibrare lo scrutinio della ragionevolezza».

(54) Definite discriminazioni indirette.

(55) Sent. n. 432/2005.

Relativamente all'accesso agli alloggi di edilizia residenziale pubblica l'art. 40, comma 6, del T.U. sull'immigrazione, afferma che esso è consentito soltanto agli stranieri titolari di permesso di soggiorno di lungo periodo e agli stranieri regolarmente soggiornanti in possesso di un permesso di soggiorno almeno biennale e che esercitino una regolare attività lavorativa⁵⁶. Vero è, però, che alcune leggi regionali (l.r. Friuli-Venezia Giulia n. 18/2000 e della Lombardia n. 1/2000, come mod. dalla legge n. 7/2005), nel tempo avevano richiesto, in aggiunta ai requisiti previsti dal T.U. sull'immigrazione, il possesso di requisiti ulteriori quale quello della residenza⁵⁷. La stessa Corte costituzionale, investita della questione, nell'ordinanza 21 febbraio 2008, n. 32, ha ritenuto però manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 41-*bis*, l.r. Lombardia 5 gennaio 2000 n. 1, introdotto dall'art. 1, lettera *a*), l.r. 8 febbraio 2005 n. 7, censurato, in riferimento all'art. 3 Cost., nella parte in cui prevede, tra i requisiti per la presentazione delle domande di assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica, che «i richiedenti debbano avere la residenza o svolgere attività lavorativa in Regione Lombardia da almeno cinque anni per il periodo immediatamente precedente alla data di presentazione della domanda, in quanto tale disposizione introdurrebbe un fattore discriminatorio irragionevole e ingiustificato per l'accesso all'edilizia residenziale rapportato alla durata della residenza o del lavoro in Lombardia». Il requisito della residenza continuativa, ai fini dell'assegnazione, risulta infatti, ad avviso della Corte, non irragionevole quando si pone in coerenza con le finalità che il legislatore intende perseguire, specie là dove le stesse realizzino un equilibrato bilanciamento tra i valori costituzionali in gioco (sent. nn. 493 del 1990, 432 del 2005; ord. n. 393

(56) Preme a tal riguardo rilevare che sebbene la Carta costituzionale non faccia espresso riferimento al diritto all'abitazione, la Corte costituzionale ne ha sancito la natura di diritto fondamentale collegandolo alla nozione di dignità della persona umana riconducibile all'art. 2 Cost., all'art. 25 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 e all'art. 11 del Patto internazionale dei diritti economici, sociali e culturali del 1966 con le pronunce n. 404/1988, 217/1988 e n. 599/1989. Sul tema cfr. C. CORSI, *Il diritto all'abitazione è ancora un diritto costituzionalmente garantito?*, in *Dir. Imm. e Citt.*, 3-4, 2008, p. 141 ss.

(57) In materia cfr. F. CORVAJA, *Libera circolazione dei cittadini e requisito di residenza regionale per l'accesso all'edilizia residenziale pubblica*, in *Le Regioni*, 2008, p. 611 ss.

del 2007)⁵⁸. Viene in sostanza assegnata rilevanza al radicamento al territorio per beneficiare di una misura di lungo periodo⁵⁹.

La Corte costituzionale ha invece adottato una posizione critica in relazione al requisito del permesso di lungo periodo (quello cioè della residenza ultraquinquennale) quale presupposto per l'accesso alle prestazioni di invalidità da parte dello straniero, sull'assunto della sua irragionevolezza o non proporzionalità, atteso che esso «appare idoneo a compromettere esigenze di tutela che, proprio in quanto destinate al soddisfacimento di bisogni primari delle persone invalide, appaiono per se stessi indifferibili e indilazionabili»⁶⁰. E così, facendo leva sul nucleo essenziale dei diritti sociali che devono essere riconosciuti a tutti gli individui «essendo finalizzati al soddisfacimento dei bisogni primari inerenti alla stessa sfera di tutela della persona umana», la Corte ha, a più riprese, dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 80, comma 19, della legge n. 388/2000, nella parte in cui subordina al requisito della titolarità della carta di soggiorno (permesso di soggiorno UE) di lungo periodo la concessione ai cittadini extracomunitari legalmente soggiornanti nello Stato italiano delle seguenti prestazioni assistenziali: indennità di accompagnamento (sentenza n. 306/2008 e 40/2013 n. 230/2015), pensione di inabilità (sentenza n. 11/2009 e n. 40/2013), assegno mensile di invalidità (sentenza n. 187/2010), indennità di frequenza (sentenza n. 329/2011), pensione per ciechi e relativa indennità prevista dall'art. 3, comma 1, della legge 21 novembre 1988, n. 508⁶¹. Ne deriva pertanto che le richiamate provvidenze assistenziali dovranno essere concesse a tutti gli stranieri regolarmente soggiornanti, anche se privi di permesso

(58) In *Giur. cost.*, 2008, 1, p. 351. Ha inoltre puntualizzato la Consulta che: «posto che la materia "edilizia residenziale pubblica" rientra nella competenza residuale delle Regioni, riguardando la gestione del patrimonio immobiliare di edilizia residenziale pubblica, in relazione ad essa non rileva la problematica della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni relative ai diritti civili e sociali da garantire su tutto il territorio nazionale (sent. n. 94 del 2007)».

(59) Così E. CODINI, *Gli stranieri*, in E. CODINI, A. FOSSATI, S. A. FREGO LUPPI (a cura di), *Manuale dei servizi sociali*, Torino, 2017, p. 286.

(60) In tal senso Corte cost. sent. n. 230/2015, in <http://www.giurcost.org>.

(61) Sul punto cfr. A. CIERVO, *La sentenza n. 22/2015 della Corte costituzionale in materia di prestazioni assistenziali a favore degli stranieri extracomunitari. Cronaca di una dichiarazione di incostituzionalità annunciata*, in *federalismi.it*, 2, 2015.

di soggiorno CE di lungo periodo, alla sola condizione che siano titolari del requisito del permesso di soggiorno di almeno un anno, di cui all'art. 41 del T.U. sull'immigrazione.

Coloro che invece accedono irregolarmente nel nostro Paese, stante l'obbligo di lasciare in tempi brevi il territorio nazionale, non possono invece essere destinatari di prestazioni socio-assistenziali che abbiano come presupposto un legame con il territorio. Contrariamente, però, il legislatore regionale (legge regionale Toscana n. 29/2009) ha ritenuto, in taluni casi, di dover erogare anche agli immigrati irregolari servizi socio-sanitari considerati indifferibili e urgenti, superando, per altro, in modo indenne, il vaglio della Consulta⁶². Il medesimo orientamento espansivo è stato adottato dalla Corte costituzionale con la pronuncia del 25 maggio 2011, n. 61, la quale nel respingere le censure mosse dal Governo nei confronti della legge regionale Campania n. 6/2010 – nella parte in cui riteneva applicabili anche agli stranieri irregolari oltre alle prestazioni concernenti il diritto alla salute, all'istruzione e alla formazione professionale anche quelle relative all'assistenza sociale e all'abitazione – ha affermato che legittimamente le Regioni, nelle materie di potestà legislativa esclusiva o concorrente, possono prevedere alcune prestazioni di assistenza e servizi sociali anche a favore degli stranieri irregolari, evidenziando il collegamento delle prestazioni *de quibus* con la tutela dei diritti fondamentali.

Un diverso trattamento viene invece riservato ai minori stranieri, i quali godono di una tutela più ampia rispetto a coloro che hanno raggiunto la maggiore età⁶³. Non sussiste infatti differenza alcuna tra coloro che giungono in Italia non accompagnati e coloro che seguono i genitori sia regolari che irregolari. Ai minori stranieri si applica, infatti, senza distinzione alcuna, il medesimo trattamento riservato ai minori italiani sia per ciò che concerne l'accesso alle prestazioni di *welfare* sociale e sanitario, sia per ciò che concerne il diritto allo studio⁶⁴.

(62) Così E. CODINI, *Gli stranieri*, cit., p. 279.

(63) F. SCUOTO, *Le Regioni e l'accesso ai servizi sociali degli stranieri regolarmente soggiornanti e dei cittadini dell'Unione*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1, 2013, pp. 56-78.

(64) Sul punto cfr. F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza*, Torino, 2013. Relativamente alla frequenza alla scuola materna la giurisprudenza di merito ha affermato che pur

6. Considerazioni conclusive

Le considerazioni che precedono consentono di delineare un quadro di sintesi.

Il T.U. sull'immigrazione, la legge quadro sul sistema integrato di interventi e servizi sociali e le leggi regionali emanate dopo la riforma del Titolo V Cost. hanno nei fatti consentito il superamento della rigidità con cui precedentemente veniva individuato il destinatario delle prestazioni assistenziali (il solo cittadino).

E invero l'ampliamento della platea dei beneficiari è avvenuta o in ragione dell'appartenenza all'Unione europea, o in virtù del verificarsi di situazioni emergenziali e/o del legame di permanenza duraturo sul nostro territorio nazionale (legittimato dal permesso di soggiorno di breve o di lungo periodo).

Si è dato tuttavia conto di come il crescente aumento del debito pubblico e la penuria di risorse abbia inciso sul *quantum* di prestazioni erogabili agli immigrati, anche se, come ha avuto modo di sottolineare la Corte europea dei diritti dell'uomo, «tra le ragioni molto forti che consentono limitazioni dei diritti fondamentali non rientrano quelle finanziarie o di bilancio»⁶⁵. In sostanza il limite invalicabile ai fini dell'accesso alle prestazioni concernenti i diritti sociali, sarebbe rappresentato dalla tutela dei diritti fondamentali⁶⁶, da garantire questi ultimi – come peraltro ribadito dalla Corte costituzionale a partire dalla sent. n. 120/1967 – agli immigrati regolari e in certi casi (vedi le prestazioni sanitarie) anche agli irregolari⁶⁷.

Potrebbe allora ritenersi che il nucleo fondamentale intangibile sia identificabile con i livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, comma 2, lett. *m*) da garantire sia al cittadino, che allo straniero, senza distinzione alcuna, alla stregua del principio di eguaglianza⁶⁸. Se ciò è ve-

trattandosi di una prestazione inserita in una logica di breve periodo è comunque di per sé atta a tutelare un diritto fondamentale (Trib. Milano, sez. I civ., 11 febbraio 2008, n. 9792).

(65) Causa *Koua Poirrez c. Francia* del 30 settembre 2003.

(66) In tal senso E. CODINI, *Immigrazione e Stato sociale*, in *Diritto pubblico*, 2, 2012, p. 612.

(67) A. PACE, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, in *Rivista AIC*, 10, 2010.

(68) G. CORSO, *La disciplina dell'immigrazione tra diritti fondamentali e discrezionalità del le-*

ro in astratto non va, tuttavia, dimenticato che il legislatore statale si è reso inadempiente nel dare attuazione al dettato costituzionale relativo alla determinazione dei livelli essenziali concernenti le prestazioni socio-assistenziali, creando una forte incertezza sul contenuto da assegnare ai medesimi. Vero è però che, allo stato dell'arte, le prestazioni contenute nell'elenco di cui all'art. 22 della legge n. 328/2000, dedicato ai livelli essenziali, potrebbero fungere da parametro invalicabile, al di sotto del quale vi sarebbe la compressione del nucleo intangibile del diritto alle prestazioni socio-assistenziali della "persona umana". Si troverebbe, così, un punto di equilibrio tra prestazioni di *welfare* accessibili agli stranieri, disposizioni costituzionali (artt. 2, 3, 38 Cost.) e intangibilità dei diritti fondamentali.

Diversamente si configura il caso di quelle prestazioni sociali eccedenti il limite dei livelli essenziali, essendo nella potestà residuale delle Regioni quella di prevedere, nell'ambito dell'esercizio del loro potere discrezionale, livelli essenziali ulteriori (rispetto a quelli stabiliti in sede nazionale) e dunque prestazioni aggiuntive da destinare, ad esempio, ai soli cittadini, agli immigrati regolari o anche agli irregolari. Sotto tale ed esclusivo profilo sarebbe allora legittimo procedere, per ragioni di bilancio, ad una selezione (anche essa discrezionale) dei destinatari di determinati servizi socio-assistenziali o persino decidere di ridurre la tipologia delle prestazioni da erogare per aumentare invece il numero dei destinatari delle medesime⁶⁹.

giatore nella giurisprudenza costituzionale, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei costituzionalisti, rivista on line*, 26 ottobre 2012. Sul punto cfr. A. GUAZZAROTTI, *Lo straniero, i diritti, l'eguaglianza*, in *Quaderni giustizia*, 2009, p. 87 ss.

(69) Così, A. GUARISO (a cura di), *Stranieri e accesso alle prestazioni sociali, Normativa nazionale ed europea. Schede pratiche*, cit., p. 16.

Il diritto alla salute alla prova delle migrazioni

Cecilia Corsi

Il saggio intende ricostruire un quadro articolato della normativa e della giurisprudenza sul tema della tutela della salute degli stranieri. Dopo aver ripercorso le garanzie assicurate all'immigrato regolarmente soggiornante sul nostro territorio, sono poste in evidenza le problematiche relative al trattamento dello straniero irregolare. Specifica attenzione è dedicata ai rapporti tra tutela della salute e potere dello Stato di disciplinare l'ingresso, il soggiorno e l'espulsione degli stranieri. Il saggio si conclude mettendo in risalto l'importanza di quelle misure necessarie per rendere davvero effettivo il godimento del diritto alla salute da parte degli immigrati.

1. La tutela della salute dello straniero regolarmente soggiornante

La titolarità dei diritti sociali anche da parte degli stranieri¹ è ormai un dato acquisito sia sul piano costituzionale² e legislativo³, che sul piano

(1) Questo saggio ha ad oggetto le questioni connesse alla tutela della salute dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea e degli apolidi, indicati come stranieri (cfr. art. 1 TUI). Non tocca il tema della mobilità dei pazienti di cittadinanza europea (o loro familiari) nell'ambito dell'Unione.

(2) Cfr. Corte cost. 30 dicembre 1998, n. 454; 2 dicembre 2005, n. 432; 9 febbraio 2011, n. 40. Si rinvia *ex multis*: F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza*, Torino, Giappichelli, 2013; W. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri*, Torino, Giappichelli, 2013; E. ROSSI, F. BIONDI DAL MONTE, M. VRENNÀ (a cura di), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, Bologna, il Mulino, 2013; G. BASCHERINI, A. CIERVO, *I diritti sociali degli immigrati*, in *Esclusione sociale. Politiche pubbliche e garanzie dei diritti*, Firenze, Passigli, 2012; A. CIERVO, *I diritti sociali degli stranieri: un difficile equilibrio tra principio di non discriminazione e pari dignità sociale*, in A. ANGELINI, M. BENVENUTI, A. SCHILLACI (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza*, Napoli, Jovene, 2011; C. CORSI, *Lo stato e lo straniero*, Padova, Cedam, 2001.

(3) Art. 2, comma 5 TUI: «Allo straniero è riconosciuta parità di trattamento con il cittadino relativamente alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, nei rapporti con la pubblica amministrazione e nell'accesso ai pubblici servizi, nei limiti e nei modi previsti dalla legge».

della normativa sovranazionale⁴. La possibilità di fruire in concreto di prestazioni sociali è inoltre connessa al collegamento effettivo con la comunità nella quale l'immigrato vive⁵, per cui spetta al legislatore un compito assai delicato, in quanto è chiamato ad individuare le situazioni che danno accesso ai servizi pubblici⁶. In particolare il diritto alla salute, che inerisce così strettamente alla vita e all'integrità fisica di ciascun individuo e costituisce altresì interesse della collettività, gode di una tutela rafforzata in quanto, entro certi limiti, esso deve essere garantito anche a coloro che sono presenti sia pur irregolarmente sul territorio italiano, oltre a poter costituire un limite all'allontanamento stesso dello straniero. E il testo unico sull'immigrazione (d'ora in poi Tui) dedica il Capo I del Titolo V alle disposizioni in materia sanitaria, dettando le norme fondamentali in materia, da integrare con le disposizioni del regolamento di attuazione del Tui (d.P.R. 31 agosto 1999, n. 394) e con non poche circolari ministeriali e linee guida⁷. L'art. 34 Tui individua *in primis* gli stranieri regolarmente soggiornanti (con permesso di medio e lungo periodo⁸) che hanno l'obbligo di iscriversi al servizio

(4) In particolare sul riconoscimento a livello internazionale della tutela del diritto alla salute a favore dei migranti, vedi B. CATALLO, *Il diritto alla salute nel contesto delle migrazioni e la protezione sussidiaria: l'orientamento della Corte di giustizia dell'Unione europea nella sentenza c-542/13 del 18 dicembre 2014*, in *DPCE online*, 2, 2015, p. 178 ss. Per un inquadramento sul piano del diritto europeo della tutela della salute dei migranti, vedi A. ALBANESE, *La tutela della salute dei migranti nel diritto europeo*, in *Rivista AIC*, 4, 2017.

(5) Diversamente dai diritti di libertà che sono comunque parimenti garantiti, per poter fruire, in concreto, dei diritti sociali occorre che esista un collegamento significativo con la comunità.

(6) Il rinvio alla legge «nei limiti e nei modi previsti dalla legge» contenuto nell'art. 2, comma 5 Tui non è per fondare una titolarità (che ha già il suo riconoscimento in Costituzione), ma per indicare il compito del legislatore nell'individuare le situazioni che danno accesso ai servizi pubblici.

(7) P. BONETTI, M. PASTORE, *L'assistenza sanitaria*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, Cedam, 2004, p. 974 ss. Per un quadro dell'assistenza sanitaria nei confronti degli stranieri prima dell'approvazione della l. n. 40 del 1998, vedi anche A. PITINO, *Il diritto alla salute degli immigrati tra leggi ordinarie e Costituzione*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Trent'anni di servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare*, Bologna, il Mulino, 2009, p. 346 ss.

(8) Stranieri regolarmente soggiornanti che abbiano in corso attività di lavoro subordinato o autonomo o siano iscritti nelle liste di collocamento a prescindere dal fatto che il permesso sia stato rilasciato per motivi di lavoro o il motivo del permesso non preveda l'iscrizione obbligatoria (ad esempio permesso di soggiorno per assistenza minore, per ricerca scientifica, per motivi religiosi, cfr. Nota Min. Lavoro 16 aprile 2009); stranieri in possesso di un permesso Ce per

sanitario⁹. Stabilisce poi al terzo comma che gli stranieri regolarmente soggiornanti con un permesso di durata superiore a tre mesi che non rientrano nelle predette categorie sono tenuti ad assicurarsi, stipulando apposita polizza oppure iscrivendosi volontariamente al SSN dietro pagamento di un contributo annuale¹⁰. Infine agli stranieri titolari di un permesso di soggiorno per studio e agli stranieri collocati alla pari, anche se titolari di un permesso inferiore ai novanta giorni, è consentito

soggiornanti di lungo periodo; stranieri regolarmente soggiornanti o che abbiano chiesto il rinnovo del titolo di soggiorno, per lavoro subordinato, per lavoro autonomo, per motivi familiari, per asilo, per protezione sussidiaria, per casi speciali, per protezione speciale, per cure mediche ai sensi dell'art. 19, comma 2, lett. *d-bis*), per richiesta di asilo, per attesa adozione, per affidamento, per acquisto della cittadinanza; minori stranieri non accompagnati, anche nelle more del rilascio del permesso di soggiorno, a seguito delle segnalazioni di legge dopo il loro ritrovamento nel territorio nazionale. Come ha chiarito poi l'accordo tra il Governo, le Regioni e le Province autonome del 20 dicembre 2012 recante «indicazioni per la corretta applicazione della normativa per l'assistenza sanitaria alla popolazione straniera da parte delle Regioni e delle Province autonome», sono soggetti all'iscrizione obbligatoria anche i titolari di un permesso per attesa occupazione, i minori stranieri presenti sul territorio a prescindere dal possesso di un permesso di soggiorno, le donne in possesso di permesso per cure in stato di gravidanza e nei sei mesi successivi alla nascita del figlio (stesso trattamento spetta al marito convivente), maggiorenni titolari di permesso per motivi di studio precedentemente iscritti a titolo obbligatorio, titolari di permessi per motivi di giustizia, di permessi per residenza elettiva con titolarità di pensione contributiva italiana e gli apolidi. In base al d.lgs. n. 230/1999 è prevista l'iscrizione obbligatoria al SSN di tutti gli stranieri detenuti o internati in possesso o meno del permesso di soggiorno, ivi compresi i detenuti in semilibertà e con forme alternative di pena. In tutti questi casi è assicurata parità di trattamento al cittadino. Agli stranieri trattenuti nei centri di permanenza per il rimpatrio sono invece garantite le più circoscritte forme di assistenza previste per gli stranieri irregolari. Come chiarisce l'art. 42, comma 4 del d.P.R. n. 394, l'iscrizione non decade nella fase di rinnovo del permesso di soggiorno. Cessa, invece, per mancato rinnovo, revoca o annullamento del permesso di soggiorno, ovvero per espulsione, salvo che l'interessato esibisca la documentazione comprovante la pendenza del ricorso. Come precisa la circ. n. 5 i permessi di soggiorno che danno luogo all'iscrizione obbligatoria possono essere prorogati per motivi di salute, in tutti quei casi che lo straniero abbia contratto una malattia o subito un infortunio o malattia professionale che non consentano di lasciare il territorio nazionale in caso di scadenza del permesso.

(9) L'assistenza sanitaria spetta altresì ai familiari a carico regolarmente soggiornanti.

(10) Così i genitori ultrasessantacinquenni a carico entrati in Italia per ricongiungimento familiare dopo il 5 novembre 2008, i soggiornanti per motivi di studio, gli stranieri collocati alla pari, i titolari di permesso per residenza elettiva, il personale religioso, gli stranieri che partecipano a programmi di volontariato, i dipendenti di organizzazioni internazionali. In base all'art. 9, comma 7 del Regolamento di attuazione del Tui al momento della richiesta del permesso di soggiorno, lo straniero è avvertito che all'atto del ritiro dovrà essere esibita la documentazione attestante l'assolvimento degli obblighi in materia sanitaria di cui all'articolo 34, comma 3 Tui.

iscriversi volontariamente al servizio sanitario, salvo che non preferiscano scegliere una copertura sanitaria assicurativa¹¹.

Gli stranieri temporaneamente presenti (per un periodo cioè non superiore a novanta giorni, ad esempio turisti o titolari di un permesso per affari) e non rientranti nelle due predette categorie non possono iscriversi al SSN, ma sono loro garantite le prestazioni sanitarie urgenti, a fronte delle quali saranno corrisposte le relative tariffe al momento della dimissione¹²; essi possono poi usufruire di prestazioni sanitarie di elezione previo pagamento delle relative tariffe regionali. Restano comunque salvi gli accordi internazionali di reciprocità sottoscritti dall'Italia.

Inoltre l'art. 36 TUI disciplina la possibilità di far ingresso in Italia per cure mediche (i cui costi gravano sul paziente straniero, al quale non è consentita l'iscrizione al SSN) e prevede il rilascio di un apposito visto per la persona bisognosa di cure e per un accompagnatore¹³. Il rilascio del permesso di soggiorno per cure mediche è altresì consentito, previa autorizzazione del Ministero della salute, di concerto col Ministero degli affari esteri, nell'ambito di programmi umanitari a favore di stranieri residenti in Paesi privi di strutture sanitarie idonee ed adeguate¹⁴. Infine un ulteriore visto d'ingresso o autorizzazione alla permanenza sul territorio, collegati anche a problematiche di salute, sono disciplina-

(11) Art. 34, comma 4 TUI.

(12) Gli stranieri per i quali è richiesto un visto d'ingresso (dipende dalla nazionalità) devono, per ottenere detto visto, aver stipulato un'assicurazione sanitaria.

(13) Lo straniero che intende ricevere cure mediche in Italia e l'eventuale accompagnatore possono ottenere uno specifico visto di ingresso ed il relativo permesso di soggiorno. A tale fine gli interessati devono presentare una dichiarazione della struttura sanitaria italiana prescelta che indichi il tipo di cura, la data di inizio della stessa e la durata presunta del trattamento terapeutico, devono attestare l'avvenuto deposito di una somma a titolo cauzionale, tenendo conto del costo presumibile delle prestazioni sanitarie richieste, secondo modalità stabilite dal regolamento di attuazione, nonché documentare la disponibilità in Italia di vitto e alloggio per l'accompagnatore e per il periodo di convalescenza dell'interessato. La domanda di rilascio del visto o di rilascio o rinnovo del permesso può anche essere presentata da un familiare o da chiunque altro vi abbia interesse.

Il permesso di soggiorno per cure mediche ha una durata pari alla durata presunta del trattamento terapeutico ed è rinnovabile finché durano le necessità terapeutiche documentate.

(14) Si tratta dei programmi ex art. 12, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 502/1992 e s.m. e dei programmi di intervento umanitario delle regioni (art. 32, comma 15, l. n. 449/1997). Vedi anche circ. n. 5/2000.

ti dall'art. 31, comma 3 TUI, in base al quale «il Tribunale per i minorenni, per gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico e tenuto conto dell'età e delle condizioni di salute del minore che si trova nel territorio italiano, può autorizzare l'ingresso o la permanenza del familiare, per un periodo di tempo determinato, anche in deroga alle altre disposizioni del testo unico»¹⁵. Questa disposizione è stata oggetto, in giurisprudenza, di diversa interpretazione: da un lato molti giudici di merito ne avevano offerto un'interpretazione estensiva, – e più consona ai principi sanciti sia a livello internazionale che costituzionale a tutela del minore –, facendo riferimento alla necessità di tutelare un armonioso sviluppo psicofisico, dall'altro l'orientamento più restrittivo, fatto proprio da una parte dei giudici di merito e dalla Corte di Cassazione, leggeva i gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico del minore in relazione a gravi stati di malattia o infermità, con la conseguenza di circoscrivere il campo di operatività della disposizione al ricorrere di peculiari esigenze terapeutiche legate a situazioni di malattia o disabilità¹⁶. Sebbene nel 2006 vi fosse stato un primo intervento delle Sezioni Unite della Cassazione che aderiva ad un'interpretazione circostanziata dell'art. 31¹⁷, rimaneva in giurisprudenza una significativa difformità nelle decisioni, difformità che ha indotto la Cassazione ad una nuova pronuncia nel 2010 delle Sezioni Unite ove si legge che «se un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 31, comma 3 non consente di condividere l'indirizzo c.d. restrittivo, laddove travalicando la lettera della legge qualifica la norma eccezionale o la correla a requisiti di emergenza o la ritiene applicabile solo in situazioni di estremo pericolo per la

(15) Al familiare autorizzato all'ingresso ovvero alla permanenza sul territorio nazionale ai sensi dell'articolo 31, comma 3, è rilasciato, in deroga a quanto previsto dall'articolo 5, comma 3-bis, un permesso per assistenza minore, rinnovabile, di durata corrispondente a quella stabilita dal Tribunale per i minorenni. L'autorizzazione è revocata quando vengono a cessare i gravi motivi che ne giustificano il rilascio o per attività del familiare incompatibili con le esigenze del minore o con la permanenza in Italia.

(16) Per un quadro più dettagliato della giurisprudenza, mi permetto di rinviare a C. CORSI, *La tutela dell'unità familiare nel diritto degli stranieri. Recenti evoluzioni normative e giurisprudenziali*, in G. CONTE, S. LANDINI (a cura di), *Principi, regole interpretazione. Contratti e successioni. Famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, I, Mantova, Universitas Studiorum, 2017, p. 585 ss.

(17) Cass. SS.UU., 16 ottobre 2006, n. 22216.

salute (fisica) del minore, è altrettanto inaccettabile muovere dal presupposto che la rottura dell'unità familiare comporti sempre e comunque per il minore un danno psichico». Aggiunge, infine, che la «tecnica di normazione a clausola generale dell'articolo 31 induce a comprendere qualsiasi danno effettivo, concreto, percepibile ed oggettivamente grave che in considerazione dell'età o delle condizioni di salute ricollegabili al complessivo equilibrio psico-fisico deriva, o è altamente probabile, deriverà al minore, dall'allontanamento del familiare o dal suo definitivo sradicamento dall'ambiente in cui è cresciuto»¹⁸. Come emerge chiaramente dalla lettura della sentenza, le sezioni unite cercano di rinvenire un bilanciamento fra esigenze diverse, affidando ai giudici di merito il delicato compito di valutare in concreto la situazione del minore. Ciò che in questa sede interessa rimarcare è l'interpretazione ampia che viene offerta delle esigenze di tutela della salute del minore e la necessità di una valutazione caso per caso rimessa al prudente apprezzamento del giudice¹⁹.

2. La tutela della salute dello straniero irregolarmente soggiornante

Se, in linea generale, la maggior parte dei diritti sociali è godibile solo dagli stranieri regolarmente presenti in Italia, il cui soggiorno non sia episodico o di breve durata²⁰, si è ora visto che l'accesso alle prestazioni sanitarie è previsto e disciplinato anche per coloro solo temporaneamente presenti sul territorio, sia pur dietro pagamento delle relative tariffe (art. 35, comma 1). Inoltre il Tui stabilisce che «[a]i cittadini stranieri presenti sul territorio nazionale, non in regola con le norme relative all'ingresso ed al soggiorno, sono assicurate, nei presidi pubblici ed accreditati, le cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative, per malattia ed infortunio e sono estesi

(18) Cass. SS.UU., 25 ottobre 2010, n. 21799. Vedi anche Cass. SS.UU., 25 ottobre 2010, n. 21803.

(19) «Non si tratta di una situazione anomala: la sensibilità verso la singola situazione è l'abito mentale del giudice minorile, e la necessità di trovare la migliore soluzione al caso concreto è la giustificazione della sua discrezionalità», così L. MIAZZI, *Superiore interesse del minore straniero e autorizzazione alla permanenza del familiare*, in *Dir. imm. citt.*, 4, 2004, p. 52.

(20) Cfr. Corte cost., 30 luglio 2008, n. 306.

i programmi di medicina preventiva a salvaguardia della salute individuale e collettiva²¹. Sono, in particolare garantiti:

- a) la tutela sociale della gravidanza e della maternità, a parità di trattamento con le cittadine italiane, ai sensi della l. 29 luglio 1975, n. 405, e della l. 22 maggio 1978, n. 194, e del decreto 6 marzo 1995 del Ministro della sanità, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 87 del 13 aprile 1995, a parità di trattamento con i cittadini italiani;
- b) la tutela della salute del minore in esecuzione della Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva ai sensi della legge 27 maggio 1991, n. 176;
- c) le vaccinazioni secondo la normativa e nell'ambito di interventi di campagne di prevenzione collettiva autorizzati dalle Regioni;
- d) gli interventi di profilassi internazionale;
- e) la profilassi, la diagnosi e la cura delle malattie infettive ed eventualmente bonifica dei relativi focolai».

Sono poi assicurati gli interventi curativi e riabilitativi in favore dei pazienti tossicodipendenti²².

Suddette prestazioni sono erogate senza oneri a carico dei richiedenti qualora privi di risorse economiche sufficienti, fatte salve le quote di partecipazione alla spesa a parità con i cittadini italiani²³.

(21) Non è l'unico diritto esplicitamente garantito anche in caso di soggiorno irregolare: l'art. 38 del Tui e l'art. 45 del relativo regolamento di attuazione esplicitano chiaramente, in riferimento al diritto all'istruzione, la parità di godimento da parte del minore straniero, comunque presente sul nostro territorio. Inoltre di fronte ad alcune leggi regionali che hanno disciplinato alcune provvidenze sociali anche a favore di stranieri non regolarmente soggiornanti, la Corte ne ha confermato la legittimità a fronte delle censure del Governo che vi coglieva una intromissione in materia di esclusiva competenza statale (vedi soprattutto Corte cost. 25 febbraio 2011, n. 61; cfr. anche 22 luglio 2010, n. 269 e 22 ottobre 2010, n. 299). Alla base delle censure governative vi era la volontà di ridurre al minimo i servizi offerti agli stranieri irregolari (impedendo pure alle Regioni di prevederli) con finalità anche di controllo dell'immigrazione, inducendo questi stranieri ad abbandonare il Paese, M. IMMORDINO, *La salute degli immigrati tra "certezza" del diritto e "incertezza" della sua effettività*, in *Nuove autonomie*, 3-4, 2013, pp. 200-201.

(22) Vedi circ. n. 5 del 2000: a favore degli stranieri non in regola con le norme relative all'ingresso ed al soggiorno si applicano, infine, le disposizioni di cui al «Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza».

(23) A seguito dell'approvazione del d.l. 24 aprile 2017, n. 50 conv. in l. 21 giugno 2017, n. 96 «Le competenze relative al finanziamento delle prestazioni di cui all'articolo 35, comma 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, già attribuite al Ministero dell'Interno, sono trasferite

Come precisa la circolare n. 5 del 2000, «per cure urgenti si intendono le cure che non possono essere differite senza pericolo per la vita o danno per la salute della persona; per cure essenziali si intendono le prestazioni sanitarie, diagnostiche e terapeutiche, relative a patologie non pericolose nell'immediato e nel breve termine, ma che nel tempo potrebbero determinare maggiore danno alla salute o rischi per la vita (complicanze, cronicizzazioni o aggravamenti)». E dato che la gran parte delle patologie, se non curate, tendono a determinare un maggiore danno per la salute, la lettera della circolare parrebbe consentire un ampio ventaglio di cure²⁴. La circolare ribadisce, poi, quanto già affermato dal Tui sul principio della continuità delle cure urgenti ed essenziali, confermando la necessità di assicurare all'infermo il ciclo terapeutico e riabilitativo completo riguardo alla possibile risoluzione dell'evento morboso. La verifica di detti requisiti è rimessa alla valutazione dei sanitari che hanno in cura il paziente.

È importante rimarcare che la garanzia di prestazioni a tutela di un nucleo irriducibile del diritto alla salute, come ambito inviolabile della dignità umana, trova il suo fondamento direttamente in Costituzione e la disposizione del Tui non fa altro che dare attuazione al principio costituzionale²⁵.

In ultimo, al fine di rendere davvero effettiva tale tutela, il Tui chiarisce che «l'accesso alle strutture sanitarie da parte dello straniero non in regola con le norme sul soggiorno non può comportare alcun tipo di segnalazione all'autorità, salvo i casi in cui sia obbligatorio il referto, a parità di condizioni con il cittadino italiano»²⁶. In particolare la prescrizione e la re-

al Ministero della Salute, con decorrenza dal 1° gennaio 2017, in coerenza con le risorse a tal fine stanziare nel bilancio dello Stato in apposito capitolo di spesa».

(24) S. D'ANTONIO, *Appunti introduttivi sul diritto alla salute degli stranieri nell'ordinamento italiano*, in F. RIMOLI (a cura di), *Immigrazione e integrazione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2014, p. 97.

(25) Cfr. Corte cost., 17 luglio 2001, n. 252; 22 luglio 2010, n. 269; 25 febbraio 2011, n. 61.

(26) Vedi anche art. 43, d.P.R. n. 394/1999. Sul tentativo nel 2008 nell'ambito della discussione parlamentare sul cd. pacchetto sicurezza di abrogare il divieto di segnalazione, che fu scongiurato grazie anche a molte prese di posizione assai critiche (comprese quelle dei medici), vedi C. GABRIELLI, *Il diritto alla salute degli stranieri irregolari tra diritto costituzionale e diritto internazionale*, in *Gli stranieri*, 3, 2010, pp. 31-32. A seguito poi dell'introduzione nel 2009 del rea-

gistrazione delle prestazioni nei confronti degli stranieri privi di permesso di soggiorno vengono effettuate utilizzando un codice regionale a sigla STP (Straniero temporaneamente presente) per il cui rilascio è sufficiente la dichiarazione delle generalità e della data e luogo di nascita, senza esibizione di alcun documento. Esso ha una validità di sei mesi ed è rinnovabile indefinitamente fino a che perdura la condizione di irregolarità. Il codice riconosciuto su tutto il territorio nazionale identifica l'assistito e deve essere utilizzato anche per la rendicontazione delle prestazioni effettuate a parità di partecipazione alla spesa con i cittadini italiani. Gli oneri per le prestazioni sanitarie di cui all'art. 35, comma 3 erogate ai soggetti privi di risorse economiche sufficienti (a cui è chiesto di sottoscrivere una dichiarazione d'indigenza) sono a carico delle Usl²⁷.

Se un nucleo fondamentale di tutela è garantito a tutti, non c'è dubbio che la posizione del soggetto in relazione alla normativa sull'ingresso e soggiorno condizioni il godimento delle prestazioni sanitarie²⁸, essendo previsto: per coloro che sono iscritti al Servizio sanitario nazionale parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti e doveri rispetto ai cittadini; per coloro regolarmente presenti ma solo temporaneamente e che non sono iscritti al SSN, le prestazioni sanitarie urgenti e quelle di elezione previo pagamento delle relative tariffe regionali; e infine per coloro irregolarmente presenti le cure urgenti o comunque essenziali, salvo alcune tipologie di cure, che vedendo coinvolti minori o interessi della collettività, sono garantite allo stesso modo che ai cittadini.

A questo proposito la dottrina si è interrogata se le cure essenziali cui fa riferimento l'art. 35 Tui possano corrispondere ai livelli essenziali di as-

to di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato, fu opportuno (Circ. Min. interno n. 12/2009 prot. 780/A7) chiarire che restava fermo il divieto di segnalazione dello straniero irregolare. L'obbligo di referto sussiste in presenza di delitti per i quali si deve procedere d'ufficio, pertanto tale obbligo non sussiste per il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato, attesa la sua natura di contravvenzione. Si conferma inoltre che per l'accesso alle prestazioni sanitarie di cui all'art. 35 Tui non è richiesta l'esibizione di documenti.

(27) F. SCUTO, *Il diritto sociale alla salute, all'istruzione e all'abitazione degli stranieri «irregolari»: livelli di tutela*, in *Rassegna Parlamentare*, 2008, 2, pp. 398-399; L. CHIEFFI, *La tutela della salute degli immigrati irregolari*, in R. PISILLO MAZZESCHI, P. PUSTORINO, A. VIVIANI, (a cura di) *Diritti umani degli immigrati*, Napoli, Editoriale scientifica, 2010, p. 188 ss.

(28) Vedi anche Corte cost., 17 luglio 2001, n. 252.

sistenza (LEA) di cui al d.lgs. n. 502/1992 i quali vincolano il legislatore regionale e devono essere garantiti a tutti gli iscritti al SSN²⁹.

Se immaginare livelli diversi di “essenzialità” può lasciare dubbiosi³⁰, occorre aver presente che, attraverso l’individuazione da parte del potere di regolazione dei livelli delle prestazioni, si è inteso far riferimento ad una uniformità territoriale di tutela e non all’individuazione di una dimensione minima garantita al di sotto della quale vi sarebbe una compressione incostituzionale del diritto³¹. Inoltre se la centralità dell’essere umano, della sua vita, della sua dignità indurrebbero a parificare la condizione dello straniero irregolare³², dall’altro è evidente che la lettera e la *ratio* della legge intendono distinguere il trattamento in base alla regolarità del soggiorno (e se ne trova conferma anche nel fatto che per alcune specifiche situazioni, es. maternità, si è sta-

(29) Art. 1, comma 2, d.lgs. n. 502: «Il Servizio sanitario nazionale assicura ... i livelli essenziali e uniformi di assistenza definiti dal Piano sanitario nazionale nel rispetto dei principi della dignità della persona umana, del bisogno di salute, dell’equità nell’accesso all’assistenza, della qualità delle cure e della loro appropriatezza riguardo alle specifiche esigenze, nonché dell’economicità nell’impiego delle risorse».

(30) Vedi G. VOSA, “Cure essenziali”. *Sul diritto alla salute dello straniero irregolare: dall’auto-determinazione della persona al policentrismo decisionale*, in *Dir. pubbl.*, 2016, p. 756: «se un dato livello di assistenza è essenziale per il legislatore ... quanto alla tutela dei diritti della persona, tale essenzialità non può coprire aree tra loro asimmetriche per il solo fatto di riferirsi alle prestazioni di cui beneficia lo straniero irregolare. Se così fosse, infatti, vi sarebbero due ‘essenzialità’ diverse: una per i LEA e una per le cure dello straniero irregolare, e quest’ultima ricoprirebbe un’area inferiore alla prima. In altri termini, ciò che è essenziale per la salute di tutti non sarebbe più essenziale ove riguardasse lo straniero irregolare; configurandosi in tal modo una *deminutio* fondata sullo status personale di questi, dunque evidentemente inammissibile». Cfr. S. D’ANTONIO, *Appunti introduttivi*, cit., pp. 101-102 che muove però dal presupposto che i LEA individuino il nucleo incompressibile del diritto alla salute.

(31) Cfr. A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 57: «l’uniformità territoriale, da assicurarsi attraverso la definizione di identici livelli di prestazioni, [è] da riferirsi al contenuto necessario a garantire effettivamente il diritto, in modo che questo sia egualmente soddisfatto su tutto il territorio nazionale. ... Tale ricostruzione aiuta anche a distinguere fra il riferimento all’essenzialità dei livelli che fa la Costituzione e quello al “nucleo minimo”, essenziale o incompressibile al quale la Corte costituzionale ha spesso fatto appello per indicare la soglia al di sotto della quale un diritto costituzionale deve ritenersi non più assicurato e quindi violato».

(32) Dà per scontato, senza argomentare, che l’entità quantitativa e qualitativa delle prestazioni per gli stranieri irregolari siano i LEA, come adesso disciplinati dal d.P.C.M. 12 gennaio 2017, L. MEZZETTI, *I sistemi sanitari alla prova dell’immigrazione. L’esperienza italiana*, in *Rivista AIC*, 2018, p. 10; cfr. A. PITINO, *Il diritto alla salute degli immigrati*, cit., pp. 371-372.

bilita esplicitamente una parità di trattamento)³³. Lo stesso d.P.C.M. 12 gennaio 2017 di definizione e aggiornamento dei LEA, nell'ambito del capo dedicato all'«assistenza specifica a particolari categorie», si limita all'art. 63, dedicato ai «cittadini di stati non appartenenti all'Unione europea non in regola con il permesso di soggiorno», a riprendere pari pari la disposizione legislativa del Tui. Ed anche la giurisprudenza della Corte fa riferimento a un «nucleo irriducibile»³⁴ del diritto alla salute che deve essere riconosciuto anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alla normativa sull'ingresso e soggiorno³⁵. Comprensibilmente si è parlato anche di natura paradossale del diritto alla salute che è diritto fondamentale, ma condizionato da molti fattori³⁶ e per gli stranieri anche da esigenze riguardanti la disciplina delle politiche migratorie³⁷.

Evidentemente nel momento in cui collegassimo il riferimento al carattere essenziale delle cure di cui all'art. 35 Tui ai LEA, verrebbe meno in pratica una distinzione di trattamento tra iscritti e non iscritti al SSN, po-

(33) S. D'ANTONIO, *Appunti introduttivi*, cit., p. 98. L. GILI, *Considerazioni sul diritto alla salute degli stranieri, anche alla luce delle modifiche al titolo V della Costituzione*, in *Dir. imm. e citt.*, 1, 2003, p. 26: «l'ambito applicativo delle cure essenziali da prestare anche agli stranieri senza regolare permesso di soggiorno...e quello dei LEA paiono essere non coincidenti».

(34) Cfr. A. RUGGERI, *I diritti sociali al tempo delle migrazioni*, in *Rivista AIC*, 2, 2018, p. 19 che stigmatizza come la nozione di «nucleo duro» possa prestarsi ad usi strumentali, irragionevolmente discriminatori.

(35) Corte cost., 17 luglio 2001, n. 252; non chiarissimo risulta il riferimento della Corte alla possibilità per il legislatore di «prevedere diverse modalità di esercizio» di questo nucleo irriducibile del diritto alla salute, e come è stato rilevato sarebbe una forzatura scambiare un nucleo di prestazioni di assistenza con le modalità di esercizio del diritto, G. COCCO, *In direzione ostinata e contraria: spunti in tema di diritto alla salute e immigrazione*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Sistemi costituzionali, diritto alla salute e organizzazione sanitaria*, Bologna, il Mulino, 2009, p. 94. Cfr. G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali*, Napoli, Jovene, 2007, p. 305 che segnala il rischio che un bilanciamento quale quello operato dalla Corte, dinanzi ad un legislatore sempre più interessato al contenimento della spesa pubblica, rischi di promuovere una concezione recessiva della garanzia del diritto alla salute.

(36) La Corte ha più volte ribadito che il diritto ai trattamenti sanitari necessari per la tutela della salute è costituzionalmente condizionato dalle esigenze di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti; *ex multis* vedi sent. n. 455/1990. Cfr. da ultimo G. BIANCO, *Persona e diritto alla salute*, Milano, Wolters Kluwer, 2018, p. 82 ss.

(37) G. BASCHERINI, A. CIERVO, *L'integrazione difficile: il diritto alla salute e all'istruzione degli stranieri nella crisi del welfare state*, in R. NANIA (a cura di), *L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 347-348.

tendosi differenziare solo per le eventuali prestazioni integrative predisposte dalla legislazione regionale. Certo la posizione è ampiamente argomentabile, ritenendo discriminatoria una differenziazione di trattamento in relazione ad un bene così strettamente connesso alla vita stessa dell'individuo³⁸, un bene intimamente legato alla dignità umana da essere così forte da affievolire il rilievo che assume, in relazione alla possibilità di fruire delle prestazioni sociali, il collegamento di un soggetto con una comunità sociale, il quale implichi un grado di ragionevole reciprocità tra gli uni e gli altri³⁹ e una presenza sul territorio regolare e minimamente stabile. Tanto più che la differenza di trattamento fra straniero regolarmente soggiornante e straniero non in regola con la normativa sul soggiorno in relazione al diritto alla salute non inerisce, come è stato rilevato, al diritto stesso, bensì dipende da un ulteriore apprezzamento relativo all'interesse pubblico sul controllo degli ingressi⁴⁰. E la soluzione adottata dal legislatore è parsa non come la scelta più avanzata in grado di sbloccare esigenze contrapposte, ma come una riduzione *tout court* del numero delle prestazioni erogabili⁴¹.

È stato inoltre posto in evidenza come favorire l'accesso ai servizi sanitari ed operare in modo che la salute degli immigrati sia tutelata al pari di quella degli autoctoni può risolversi in un vantaggio per tutti,

(38) A. RANDAZZO, *La salute degli stranieri irregolari: un diritto fondamentale "dimezzato"?*, in *Consulta Online*, 2012, p. 18 ss.; in particolare p. 24: «si è dell'idea che un diritto che si dica "fondamentale" non può essere garantito solo in parte (come di fatti sarebbe se si riconoscesse protezione solo ad un "nucleo" a non a tutto il diritto nel suo complesso), dovendosi salvaguardare a "tuttotondo", senza condizionamenti e limitazioni di sorta».

(39) «Il diritto sociale presuppone l'individuazione (e corrisponde alla costruzione) di una comunità solidale di diritti e doveri ed implica un grado di ragionevole reciprocità tra gli uni e gli altri», B. PEZZINI, *Una questione che interroga l'uguaglianza: i diritti sociali del non cittadino*, in *Lo statuto costituzionale del non cittadino* (Atti del XXIV Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Cagliari 16-17 ottobre 2009), Napoli, Jovene, 2010, p. 224. Cfr. Corte cost. 30 luglio 2008, n. 306.

(40) G. VOSA, *"Cure essenziali"*, cit., p. 755; A. GENTILINI, *La tutela della salute dei migranti*, in L. RONCHETTI (a cura di), *I diritti di cittadinanza dei migranti*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 199; S. D'ANTONIO, *Appunti introduttivi*, cit., p. 101: la precarietà del soggiorno dell'irregolare costituisce più che un dato di fatto, un problema giuridico creato dalle norme che regolano il soggiorno degli stranieri.

(41) A. GENTILINI, *La tutela della salute dei migranti*, cit., p. 200.

in un'ottica di prevenzione collettiva⁴² ed anche di contenimento della spesa pubblica⁴³.

Il punto è tutt'altro che banale perché tira in ballo il rapporto tra individuo e territorio e le conseguenze che possono determinarsi nel godimento dei diritti fondamentali a seconda dell'intensità di questo legame⁴⁴ e al contempo coinvolge il ruolo che vengono a giocare la regolarità o la irregolarità del soggiorno⁴⁵.

Ciò che però pare certo, ad avviso di chi scrive, è che al di là della volontà del legislatore⁴⁶ che ha senz'altro inteso differenziare (legittimamente?) il trattamento degli stranieri in base alla regolarità del soggiorno⁴⁷, nella pratica medica può diventare impalpabile questa distinzione, e molto finisce per essere rimesso alla discrezionalità dei sanitari⁴⁸, anche perché cure essenziali non è sinonimo di cure di «assoluta urgenza», ma come ha chiarito la Corte deve trattarsi di «tutte le cure necessarie», «comunque essenziali»⁴⁹. Non c'è dubbio che al di là delle indicazioni di

(42) Così G. COCCO, *In direzione ostinata e contraria*, cit., pp. 97-98.

(43) G. COCCO, *In direzione ostinata e contraria*, cit., p. 101. L'autore argomenta poi su alcune buone ragioni (es. evitare la cronicizzazione di malattie che poi comporterebbero maggiori oneri) che spingono per il riconoscimento di una parità di trattamento anche a fronte delle concrete esigenze di equilibrio finanziario e di contenimento della spesa pubblica. Inoltre, nella concretezza della reale situazione in cui vivono gli immigrati irregolari, va osservato che essi non si accostano al SSN con una tale intensità di richieste da porre in crisi il sistema.

(44) A. RUGGERI, *I diritti fondamentali degli immigrati e dei migranti, tra la linearità del modello costituzionale e le oscillazioni dell'esperienza*, in *Consulta online*, 2, 2017, p. 370 ss.

(45) L. BUFFONI, *La cura del corpo: i diritti costituzionali e il "campo" tra uomo e cittadino*, in *Forum Quad. cost.*, 2016, p. 10 ss.

(46) Auspica *in primis* un intervento del legislatore A. RANDAZZO, *La salute degli stranieri irregolari*, cit., p. 23; altrimenti spetta alla Corte costituzionale fare maggiore chiarezza. In realtà, al momento, la giurisprudenza della Corte parrebbe confermare la legittimità della distinzione operata dal legislatore.

(47) Cfr. M. IMMORDINO, *La salute degli immigrati*, cit., p. 200: in relazione alla tendenza «della legislazione sociale e sanitaria a selezionare l'accesso ed a ridurre al minimo essenziale i servizi offerti agli immigrati, ed in particolare ai c.d. irregolari».

(48) Propone di considerare i LEA punto di riferimento anche per gli irregolari per la determinazione delle prestazioni sanitarie che comunque concernono «patologie non pericolose nell'immediato e nel breve termine, ma che nel tempo potrebbero determinare maggiore danno per la salute», L. GILI, *Considerazioni sul diritto alla salute degli stranieri*, cit., p. 27.

(49) Corte cost., 17 luglio 2001, n. 252.

principio del Tui e delle integrazioni, comunque generiche, del regolamento attuativo e delle circolari, spetti, da un lato, un ruolo importante alle singole regioni a cui compete individuare le modalità più opportune per garantire le cure essenziali e continuative previste dall'art. 35, comma 3 Tui⁵⁰ e, dall'altro, molto resta, alla fine, rimesso ad un decisore tecnico⁵¹ (salvo sempre l'intervento di un giudice) che dovrà determinare l'essenzialità delle prestazioni⁵² in relazione anche alla situazione concreta di un soggetto, passibile di allontanamento (salvo che proprio i motivi di salute lo impediscano, vedi *infra*) e il cui soggiorno in Italia potrebbe anche essere di breve durata⁵³, ma che ha diritto non solo a cure dettate dall'urgenza ma anche alle cure relative a patologie che nel tempo potrebbero determinare maggiore danno alla salute o rischi per la vita (complicanze, cronicizzazioni o aggravamenti).

3. Le esigenze di tutela della salute come limite al potere di espulsione

Il Tribunale di Genova aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 19 del Tui⁵⁴ nella parte in cui non prevedeva il divieto di espulsione dello straniero, che essendo entrato irregolarmente nel territo-

(50) Vedi art. 43, comma 8, d.P.R. n. 394/1999. Ai fini organizzativi le regioni possono prevedere l'assegnazione del medico di medicina generale o del pediatra in libera scelta.

(51) G. VOSA, "Cure essenziali", cit., p. 758: alla fine è rimessa ad un decisore tecnico «quella capacità di oggettività *una tantum* nella decisione pubblica», che alla rappresentanza politica «era stata riconosciuta quando nacque il diritto dello Stato». Vedi anche circ. n. 5/2000: «l'individuazione delle cure essenziali è di esclusiva competenza del Ministero della sanità e l'accertamento della essenzialità della prestazione, come per l'urgenza, rientra nell'ambito della responsabilità del medico».

(52) A. GENTILINI, *La tutela della salute dei migranti*, cit., p. 201 nota 201: «quale medico potrebbe con sollievo prendersi la responsabilità di definire non urgenti o non essenziali prestazioni sanitarie relative ad alcune patologie, rifiutandone la somministrazione? Ciò oltre a pesare (eventualmente) sul piano della coscienza, pesa anche sul piano giuridico». E. GROSSO, *Stranieri irregolari e diritto alla salute: l'esperienza giurisprudenziale*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Cittadinanza, corti e salute*, Padova, Cedam, 2007, p. 164: «il medico è sostanzialmente in grado – se lo ritiene – di garantire l'intervento in tutti i casi di patologia di una qualche importanza. E non a caso, nella pratica medica, la formulazione legislativa è stata intesa con il massimo dell'estensione». Anche il contenzioso è legato a provvedimenti espulsivi (vedi *infra*), ma non a rifiuto di determinate prestazioni nelle strutture sanitarie nei confronti di stranieri irregolari.

(53) Cfr. E. CODINI, *Immigrazione e stato sociale*, in *Diritto pubblico*, 2012, p. 616 ss.

(54) La disposizione disciplina determinati divieti di espulsione e di respingimento.

rio dello Stato, vi permanesse al solo scopo di terminare un trattamento terapeutico da considerarsi essenziale in relazione alle sue pregresse condizioni di salute, ma la Corte⁵⁵ dopo aver asseverato che un nucleo irriducibile di tutela della salute deve essere assicurato anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alla normativa sull'ingresso e soggiorno, ed aver ricordato le disposizioni del Tui e le garanzie approntate anche nei confronti di coloro che sono irregolarmente presenti sul territorio, respinge la questione, in quanto ritiene errato il presupposto argomentativo da cui muove il giudice *a quo*, e giunge a negare la necessità dell'inserimento di uno specifico divieto di espulsione per motivi di salute. Di fronte, infatti, ad un provvedimento di allontanamento qualora siano invocate esigenze di salute dell'interessato, esse dovranno essere valutate, e qualora risultino fondate il provvedimento non potrà essere eseguito se il soggetto ne possa subire un irreparabile pregiudizio a tale diritto⁵⁶.

La Corte se, da un lato, ha ribadito fermamente alcuni punti cardine in tema di tutela del diritto alla salute, tanto che questa sentenza è venuta a costituire un punto di riferimento per la giurisprudenza successiva, dall'altro, ha scelto di adottare una sentenza interpretativa di rigetto, che ha comportato la non esplicita previsione normativa di un divieto di espulsione, il che, come è stato rilevato, poteva rendere meno agevole la garanzia del rispetto dei diritti dell'espellendo⁵⁷.

(55) Corte cost. 17 luglio 2001, n. 252. Vedi già prima Trib. Roma 25 febbraio 2000, in *Dir. imm. e citt.*, 1, 2001, p. 112 ss.: «pur non essendo espressamente previsto dall'art. 19 del T.U. un divieto di espulsione nei confronti degli stranieri per i quali l'esecuzione del provvedimento sia inconciliabile con il loro stato di salute, mettendo a repentaglio la propria vita, deve ritenersi che l'esistenza di tale divieto discenda da una lettura della legge conforma a Costituzione».

(56) Cfr. adesso anche l'art. 5 della direttiva rimpatri 2008/115/CE che dispone che gli Stati membri tengano nella debita considerazione, tra le altre, anche le condizioni di salute del cittadino di un Paese terzo interessato da un provvedimento di rimpatrio; vedi l'art. 14 in base al quale gli Stati membri devono provvedere che siano assicurate le prestazioni sanitarie d'urgenza e il trattamento essenziale delle malattie ai cittadini di Paesi terzi durante il periodo per la partenza volontaria concesso a norma dell'articolo 7 e durante i periodi per i quali l'allontanamento è stato differito ai sensi dell'articolo 9; vedi poi l'art. 16 in base al quale le prestazioni d'urgenza ed essenziali devono essere garantite agli stranieri che si trovano nella condizione di trattamento. Vedi Corte di giustizia 18 dicembre 2014, *Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve c. Abdida*, causa C-562/13.

(57) A. ALGOSTINO, *Espulsione dello straniero e tutela del diritto alla salute: spetta al giudice decidere caso per caso*, in *Giur. it.*, 2002, p. 909.

Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ha in più occasioni avuto modo di precisare a quali condizioni provvedimenti di allontanamento, lesivi della salute dei destinatari, possono determinare una violazione degli artt. 2 e 3 della CEDU. Un primo caso che merita di essere segnalato – e nel quale la Corte mostra una visione aperta – (*D. c. Regno Unito*) aveva ad oggetto un'espulsione nei confronti di un soggetto condannato per traffico di stupefacenti, ma malato di AIDS e la cui aspettativa di vita era di pochi mesi. La Corte ha ritenuto che date le condizioni di salute del ricorrente e la situazione che lo avrebbe aspettato nel suo Paese (St. Kitts, isola delle Antille), esisteva un rischio reale che la sua espulsione fosse contraria all'art. 3. Le cure che avrebbe potuto ricevere a St. Kitts non potevano essere adeguate alle sue condizioni, per cui l'espulsione lo avrebbe esposto a un rischio reale di morire in circostanze particolarmente dolorose ed inumane e quindi contrarie all'art. 3⁵⁸.

Nel caso invece (*Arcila Henao c. Olanda*) di un cittadino colombiano sieropositivo, condannato per reati di droga, la seconda sezione della Corte ha ritenuto inammissibile il ricorso contro la decisione di allontanamento assunta dalle autorità olandesi, in quanto non appariva un rischio reale di trattamento inumano o degradante a causa dello stato di salute del ricorrente. A differenza, infatti, del caso *D. c. Regno Unito* ove l'avanzato stato della malattia richiedeva adeguate cure, la cui sospensione avrebbe ravvicinato la morte del soggetto e lo avrebbe sottoposto ad acute sofferenze fisiche e mentali, nel caso del sig. Arcila Henao le condizioni di salute non parevano così critiche, ed inoltre i trattamenti necessari sarebbero stati disponibili anche in Colombia⁵⁹.

La Corte si allontana ancora di più dall'indirizzo seguito nella sentenza *D. c. Regno Unito* del 1997, nel caso *N. c. Regno Unito del 2008*⁶⁰: il fatto che l'espellenda fosse gravemente malata di AIDS non rendeva illegittima l'espulsione in Uganda, in quanto non sussistono condizioni di ec-

(58) Corte EDU, 2 maggio 1997 Cfr. anche Corte EDU, 2 settembre 1998, *B.B. c. Francia*.

(59) Corte EDU, 24 giugno 2003 *Arcila Henao c. Olanda*, n. 13669/03. Cfr. anche Corte EDU, 6 maggio 2001 *Bensaid c. Regno Unito*, n. 44599/98, che riguardava una persona affetta da schizofrenia; la Corte rileva che sebbene lo stato di salute del ricorrente fosse grave, non esisteva un concreto rischio che l'espulsione fosse incompatibile con l'art. 3, CEDU.

(60) Corte EDU, 27 maggio 2008, *N. c. Regno Unito*.

cezionale gravità allorché lo straniero «non versi in uno stato di salute terminale e quando le cure ... siano anche solo “astrattamente” disponibili nel Paese di destinazione»⁶¹. In quest'ultima sentenza la Corte compie davvero un passo indietro rispetto alla più coraggiosa decisione *D. c. Regno Unito*: nonostante fosse evidente che l'espulsione avrebbe ridotto le speranze di vita della ricorrente, ribadisce che lo Stato ospitante non deve farsi carico delle disparità nel livello delle cure rispetto al Paese verso il quale l'espellenda sarebbe stata rinviata⁶² e non può vedersi obbligato a erogare cure sanitarie illimitate a stranieri privi del diritto di soggiornare⁶³.

Pare infine pervenire ad un più equilibrato bilanciamento fra esigenze contrastanti, nel caso *Paposhvili c. Belgio*⁶⁴, allorché la Corte ha precisato che per accertare l'eccezionalità della situazione occorre verificare, sul piano sostanziale, se l'allontanamento espone il richiedente, per l'assenza di, o impossibilità di accedere a, trattamenti medici adeguati nel Paese di destinazione, a un rapido declino delle condizioni di salute che comporti una significativa riduzione dell'aspettativa di vita o sofferenze intense. E sotto il profilo procedurale, occorre accertare se l'interessato dispone di procedure interne che effettivamente garantiscano tale verifica. «La sen-

(61) A. ALBANESE, *La tutela della salute*, cit., p. 16.

(62) Vedi anche Corte EDU, 20 dicembre 2011, *Yob-Ekale Mwanje c. Belgio*, n. 10486/10, § 80; Corte EDU, 29 gennaio 2013; *S.H.H. c. Regno Unito*; Corte EDU, sez. V, 27 febbraio 2014, *Josef c. Belgio*, n. 70055/10. *Per un commento assai critico alle sentenze N. c. Regno Unito e Josef c. Belgio*, vedi J.P. MARGUÉNAUD, *L'expulsion des étrangers malades sous le regard de la Cour européenne des droits de l'homme*, in E. BROSSET (a cura di), *Droit européen et protection de la santé*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 261 ss.

(63) A. ALBANESE, *La tutela della salute*, cit., p. 16: «La Corte in definitiva – forse non casualmente nel momento culminante della crisi economica – ha reso esplicita la tensione esistente fra tutela dei diritti individuali e interessi generali (finanziari) della collettività dello Stato ospitante, che costituisce il punto più problematico della tutela dei diritti sociali degli immigrati, soprattutto di quelli irregolari».

(64) Corte EDU, Grande Camera, sentenza del 13 dicembre 2016; il caso è relativo a un richiedente asilo affetto da una particolare forma di leucemia, al quale era stato rifiutato in Belgio un permesso di soggiorno per motivi di salute. Nel caso di specie, la Corte nota che le autorità interne si erano limitate a esaminare le attività criminali del richiedente, senza procedere ad alcuna valutazione delle sue condizioni di salute e della sua situazione familiare in seguito all'allontanamento, violando così gli artt. 3 e 8 CEDU. Vedi M. BALBONI, C. DANISI, *Rassegna di giurisprudenza europea*, in *Dir. imm. e citt.*, 1, 2017. Cfr. N. KLAUSSER, *Malades étrangers: la CEDH se réconcilie (presque) avec elle-même et l'Humanité*, in *La revue des droits de l'homme*, 2017.

tenza, in definitiva cerca di delineare una sorta di contenuto minimo della dignità della persona umana, tutelato dall'art. 3 della Convenzione, di cui fanno parte anche diritti e garanzie di tipo procedurale⁶⁵.

Come emerge dalla lettura di queste sentenze, la Corte di Strasburgo, pur con non poche oscillazioni, accede ad una interpretazione più restrittiva (rispetto alla Corte costituzionale per la quale il nucleo irriducibile di tutela della salute quale diritto incompressibile deve riguardare, invece, tutte le ipotesi contemplate dall'art. 35 TUI) dei motivi di salute che possono non consentire un'espulsione, dovendosi trattare di casi eccezionali, nei quali è in gioco l'aspettativa di vita o un rapido declino delle condizioni di salute, non potendo meramente rilevare una disparità seppur significativa nel livello delle cure. La Corte di Strasburgo si dimostra così senz'altro cauta nel disegnare limiti al potere degli Stati di far rispettare le normative sull'ingresso e soggiorno nel loro territorio.

È nell'ambito di questa cornice costituzionale e sovranazionale, in assenza di una previsione legislativa, che i giudici ordinari sono stati chiamati a valutare i casi sottoposti alla loro attenzione⁶⁶. Ci limiteremo, in questa sede, a ricordare alcune decisioni della Corte di Cassazione. Nella sentenza n. 20561 del 2006⁶⁷ è stato affermato che la garanzia offerta agli stranieri irregolari va ben al di là dell'area del pronto soccorso e della medicina d'urgenza, pertanto se per conservare la vista del paziente sia indicata l'effettuazione di un secondo e conclusivo intervento sulla retina, con l'effettuazione di controlli e prestazioni *laser* tra il primo ed il secondo non si scorge come possa negarsi la piena ricorrenza della situazione di cui all'art. 35 comma 3⁶⁸.

(65) A. ALBANESE, *La tutela della salute*, cit., p. 17.

(66) Sulla centralità dell'elaborazione giurisprudenziale per "riempire di contenuti" il diritto alle prestazioni sanitarie dello straniero irregolare, vedi P. PALERMO, *Clandestinità e permesso temporaneo atipico per cure mediche*, in *Gli stranieri*, 3, 2001, p. 126 ss.

(67) Cass. 22 settembre 2006, n. 20561, in *Dir. imm. e citt.*, 1, 2007, p. 129 ss. In una sentenza del 2001 (n. 15830) era stato respinto il ricorso di una tossicodipendente, in quanto deve escludersi che possano essere considerate cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative le cure di cui ha bisogno un tossicodipendente che non si trovi in una situazione patologica acuta.

(68) Si trattava di un cittadino peruviano che si era sottoposto ad un intervento chirurgico alla

La suprema Corte è parsa invece fare un passo indietro nella sentenza 1531 del 2008⁶⁹ ove ha ritenuto che «restano esclusi quei trattamenti di mantenimento o di controllo che, se pur indispensabili ad assicurare una *spes vitae* per il paziente, fuoriescono dalla correlazione strumentale con l'efficacia immediata dell'intervento sanitario indifferibile e urgente». E poiché nel caso in esame la pretesa protrazione dell'inespellibilità, pur dopo gli interventi chirurgici, si sarebbe fondata sulla necessità di terapie destinate a durare per tutta la vita, non ricorrevano gli estremi di cui all'art. 35 Tui. La Corte ha cioè ritenuto (in questa ed in alcune successive sentenze⁷⁰) necessario che le cure debbano essere temporanee e strumentali rispetto alle cure iniziali, caratterizzate da urgenza e necessità, restando esclusi quei trattamenti c.d. di mantenimento anche se indispensabili alla sopravvivenza del paziente.

Finalmente con una sentenza delle Sezioni Unite del 2013 la Cassazione è giunta a chiarire che devono ritenersi essenziali «anche le semplici somministrazioni di farmaci quando si tratti di terapie necessarie a eliminare rischi per la vita o il verificarsi di maggiori danni alla salute, in relazione all'indisponibilità dei farmaci nel Paese verso il quale lo straniero dovrebbe essere espulso»⁷¹.

retina e mentre era in attesa di un secondo intervento effettuava periodiche sedute di laser-terapia. C. LAZZERI, *Il diritto alla salute e la nuova apertura della Corte di cassazione*, in *Dir. imm. e citt.*, 1, 2007, p. 86 ss.

(69) Cass. 24 gennaio 2008, n. 1531 in *Dir. imm. e citt.*, 1, 2008, p. 163 ss. con scheda di C. LAZZERI. Il caso riguardava un cittadino senegalese sottoposto ad un intervento di valvuloplastica mitralica che necessitava, per la sopravvivenza, della somministrazione di terapie anticoagulanti continuative.

(70) Cfr. anche Cass. 11 dicembre 2009, n. 26133 e 4 aprile 2011, n. 7615: «si intende significare che sono coperti dalla garanzia della temporanea inespellibilità quegli interventi e solo quelli che, successivi alla somministrazione immediata di farmaci essenziali per la vita, siano indispensabili al completamento dei primi od al conseguimento della loro efficacia, nel mentre restano esclusi quei trattamenti di mantenimento o di controllo che, se pur indispensabili ad assicurare una *spes vitae* per il paziente, fuoriescono dalla correlazione strumentale con l'efficacia immediata, dell'intervento sanitario indifferibile ed urgente». Si tratta di distinguere tra interventi indifferibili (anche se di consistenza temporale non irrilevante) ed interventi sanitari che qualunque straniero può fruire in Italia ove chieda ed ottenga, il previsto permesso di soggiorno per cure mediche.

(71) Cass. SS.UU., 10 giugno 2013, n. 14500, in *Dir. imm. e citt.*, 3, 2013, p. 162 ss.

Merita infine di essere segnalata una recente sentenza⁷² della Cassazione penale che in relazione, questa volta, ad una espulsione a titolo di sanzione alternativa alla detenzione disposta dal magistrato di sorveglianza, non condivide il presupposto argomentativo seguito dal Tribunale di sorveglianza secondo cui le ipotesi di inespellibilità previste dall'art. 19, commi 1 e 2, Tui sono rigidamente tassative, dovendosi, invece, per la Cassazione pervenire ad una interpretazione costituzionalmente orientata della norma alla luce dei principi enucleati dalla Corte Edu e dalla giurisprudenza costituzionale (sentenza n. 252/2001). Nel caso di specie, le condizioni di salute del condannato, affetto da grave disabilità motoria (amputazione di un arto inferiore), esulano dalla stretta previsione di cui all'art. 35 Tui, non necessitando di cure urgenti o essenziali; tuttavia non può disconoscersi che il provvedimento oggettivamente leda il «nucleo irriducibile» di tutela della salute quale ambito inviolabile della dignità umana, così come qualificato dalla citata sentenza della Corte costituzionale. Tanto più che la stessa Corte costituzionale richiama il giudice alla necessità di una valutazione caso per caso, da inquadrarsi nella cornice costituzionale e legislativa. Di qui l'annullamento del decreto con rinvio al Tribunale di sorveglianza in diversa composizione.

È interessante quest'ultima sentenza perché di fronte ad una menomazione fisica che di per sé non necessita di cure urgenti o essenziali, ma di presidi sanitari, affinché la persona possa essere in grado di far fronte alle minime esigenze di vita, la Cassazione, rifacendosi proprio alle premesse interpretative enunciate dalla Corte costituzionale, afferma che non si può, aprioristicamente, invocare la tassatività dei presupposti di cui all'art. 19 Tui, senza accertare che il provvedimento di espulsione non leda quel «nucleo irriducibile» del diritto alla salute garantito dall'art. 32 Cost., né incorra in violazione dei fondamentali diritti riconosciuti dalla CEDU⁷³.

(72) Cass. pen., sez. I, 26 maggio 2017, n. 38041.

(73) Ricordo infine l'art. 19, comma 2-bis: «Il respingimento o l'esecuzione dell'espulsione di persone affette da disabilità, degli anziani, dei minori, dei componenti di famiglie monoparentali con figli minori nonché dei minori, ovvero delle vittime di gravi violenze psicologiche, fisiche o sessuali sono effettuate con modalità compatibili con le singole situazioni personali, debitamente accertate».

Adesso il d.l. 5 ottobre 2018, n. 113 conv. con modificazioni dalla l. 1 dicembre 2018, n. 132 ha aggiunto la lett. *d-bis*) al secondo comma dell'art. 19 TUI, prevedendo esplicitamente il divieto di espulsione «degli stranieri che versano in condizioni di particolare gravità, accertate mediante idonea documentazione, rilasciata da una struttura sanitaria pubblica o da un medico convenzionato con il Servizio sanitario nazionale, tali da determinare un rilevante pregiudizio alla salute degli stessi, in caso di rientro nel Paese di origine o di provenienza. In tali ipotesi, il questore rilascia un permesso di soggiorno per cure mediche⁷⁴, per il tempo attestato dalla certificazione sanitaria, comunque non superiore ad un anno, rinnovabile finché persistono le condizioni di particolare gravità debitamente certificate, valido solo nel territorio nazionale»⁷⁵. E una volta ottenuto il permesso per cure mediche, il soggetto sarà iscritto al Servizio sanitario nazionale.

Il legislatore nel venire a disciplinare questa fattispecie di inespellibilità fa riferimento a «condizioni di particolare gravità ... tali da determinare un rilevante pregiudizio alla salute»; è evidente che le maglie interpretative potranno essere più o meno stringenti e che rileverà significativamente la valutazione caso per caso da parte delle autorità sanitarie e poi, eventualmente, dell'autorità giudiziaria, ma ciò che deve essere fermo, alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale, è il rispetto di quel nucleo irriducibile di tutela del diritto alla salute che concerne non solo le cure urgenti, ma anche tutte quelle situazioni che potrebbero recare danno alle condizioni del soggetto. E sicuramente il

(74) Il permesso ora previsto dall'art. 19, comma 2, lett. *d-bis*) non va confuso con il permesso per cure mediche disciplinato dall'art. 36 TUI (vedi *supra*).

Era controverso nella giurisprudenza amministrativa se un permesso di soggiorno poteva essere rilasciato allo straniero inespellibile per motivi di salute e se mai quale tipo di permesso rilasciare (un permesso atipico per cure mediche?), sul punto v. M. CONSTITO, *La tutela amministrativa del migrante involontario*, Napoli, Jovene, 2016, p. 112 ss.; M. DE MASI, *L'erogazione delle prestazioni sociali agli immigrati: il diritto all'istruzione e il diritto alla salute*, in *Immigrazione e integrazione*, cit., pp. 142-144. Cfr. G. SAVIO, *Espulsioni e respingimenti: i profili sostanziali - Scheda pratica*, in www.asgi.it, 2016, che individuava nel permesso di soggiorno per motivi umanitari lo strumento più idoneo; analogamente A. ORTIZ, *Accesso alle cure degli stranieri presenti in Italia*, in *Dir. imm. e citt.*, 4, 2005, pp. 84-85.

(75) La formulazione originaria del decreto Salvini faceva riferimento a condizioni di salute di "eccezionale" gravità, con la legge di conversione il testo della disposizione è stato modificato nella versione attuale.

percorso interpretativo compiuto in questi anni sia dalla Cassazione che dai giudici di merito avrà un peso. Infine, come è stato rilevato, «la discrezionalità del questore nel rilasciare il titolo di soggiorno trova un limite invalicabile nella certificazione sanitaria, la quale attesta i motivi di salute la cui gravità dovrà essere valutata... considerando le reali possibilità di cura che una patologia può ricevere nel Paese di origine del richiedente e con riferimento alle sue concrete possibilità ... di accedervi se ivi rimpatriato»⁷⁶.

4. Il divieto di respingimento di fronte a esigenze di tutela della salute

Se come si è visto, le condizioni di salute di un individuo possono venire a incidere sui provvedimenti relativi all'espulsione di uno straniero, occorre adesso comprendere se e in che limiti le condizioni di salute possano avere un rilievo per consentire la permanenza nel nostro territorio allo straniero giunto irregolarmente.

Sebbene la lett. *d-bis*) del comma 2 dell'art. 19 TUI che ha introdotto il permesso di soggiorno per cure mediche faccia riferimento ai divieti di espulsione, è certo che un respingimento dal territorio che rischi di mettere a repentaglio «quel nucleo irriducibile del diritto alla salute» non può ritenersi costituzionalmente ammissibile e la persona non può certo essere allontanata. Attraverso quindi un'interpretazione sistematica si deve concludere che anche in queste ipotesi debba essere rilasciato un permesso per cure mediche.

Inoltre, come ben noto, il diritto di asilo costituisce un limite al potere discrezionale del legislatore di disciplinare l'ingresso nel territorio dello Stato, diritto che trova oggi la sua disciplina oltreché nel testo costituzionale (art. 10, comma 3), nelle convenzioni internazionali, nella normativa dell'Unione europea e nella legislazione ordinaria. Accanto alle ipotesi che danno luogo alla cd. protezione internazionale (*status* di rifugiato e protezione sussidiaria⁷⁷), l'art. 5, comma 6 del TUI disponeva

(76) D. BELLUCCIO, *L'abrogazione della protezione umanitaria, i permessi di soggiorno per protezione speciale ed i nuovi titoli di soggiorno*, in F. CURI (a cura di), *Il decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza*, Ospitaletto, Pacini Giuridica, 2019, pp. 42-43.

(77) In alcune ipotesi le condizioni di salute del richiedente protezione possono consentire il rilascio di un permesso per protezione sussidiaria; vedi la recente sentenza della Corte di giu-

che ove ricorressero «seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano» dovesse essere rilasciato un permesso di soggiorno per motivi umanitari. Si trattava di una forma di tutela posta a chiusura del sistema complessivo che non vedeva una tipizzazione «neppure in via esemplificativa, dal legislatore, cosicché costitui[va] un catalogo aperto (Cass. n. 26566/2013)⁷⁸, ... [col] fine di tutelare situazioni di vulnerabilità attuali o accertate, con giudizio prognostico, come conseguenza discendente dal rimpatrio dello straniero, in presenza di un'esigenza qualificabile come umanitaria, cioè concernente diritti umani fondamentali protetti a livello costituzionale e internazionale (cfr. Cass. SS.UU., 19393/2009, par. 3)⁷⁹. E come esemplificava la stessa Cassazione, «la vulnerabilità può essere la conseguenza di un'esposizione seria del diritto alla salute, non potendo tale primario diritto della persona trovare esclusivamente tutela nell'art. 36⁸⁰ del Tui.

stizia 24 aprile 2018, *MP c. Secretary of State for the Home Department*, causa C-353/16, nella quale la Corte afferma che «è ammissibile allo *status* di protezione sussidiaria il cittadino di un Paese terzo torturato in passato dalle autorità del suo Paese di origine e non più esposto a un rischio di tortura in caso di ritorno in detto Paese, ma le cui condizioni di salute fisica e mentale potrebbero, in un tale caso, deteriorarsi gravemente, con il rischio che il cittadino di cui trattasi commetta suicidio, in ragione di un trauma derivante dagli atti di tortura subiti, se sussiste un rischio effettivo di privazione *intenzionale* in detto Paese delle cure adeguate al trattamento delle conseguenze fisiche o mentali di tali atti di tortura, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare». Vedi anche la sentenza 18 dicembre 2014, *M'Bodj c. Belgio*, causa C-542/13: il danno grave che dà diritto alla protezione sussidiaria non ricomprende una situazione in cui il trattamento inumano o degradante che un richiedente affetto da una grave malattia potrebbe subire in caso di ritorno nel suo Paese d'origine, sia dovuto all'assenza di terapie adeguate in tale Paese, senza che sia in discussione una privazione di assistenza sanitaria inflitta *intenzionalmente* a tale richiedente. Resta possibile il riconoscimento, da parte di uno Stato membro, di uno *status* di protezione nazionale, per ragioni caritatevoli o umanitarie allorché l'allontanamento determini il deterioramento del suo stato di salute dovuto all'assenza di terapie adeguate nel Paese d'origine, senza che vi sia una privazione intenzionale delle cure. Per commenti alla sentenza *M'Bodj c. Belgio*, cfr. B. CATALLO, *Il diritto alla salute nel contesto delle migrazioni*, cit., p. 167 ss. e N. KLAUSSER, *Étrangers malades et droit de l'Unione européenne: Entre accroissement et restriction des garanties juridiques*, in *La revue des droits de l'homme*, 2015.

(78) «Un catalogo aperto non necessariamente fondato sul *fumus persecutionis* o sul pericolo di danno grave per la vita o l'incolumità psicofisica secondo la declinazione del d.lgs n. 251 del 2007, art. 14».

(79) Così da ultimo Cass, sez. I, 23 febbraio 2018, n. 4455.

(80) Ancora Cass, sez. I, 23 febbraio 2018, n. 4455. M. ACIERNO, *La protezione umanitaria nel sistema dei diritti umani*, in *Quest. Giust.*, 2, 2018, p. 99 ss.

E sulla base dell'art. 32, d.lgs. 25/2008 nei casi in cui la Commissione territoriale decideva di non accogliere la domanda di protezione internazionale, ma riteneva sussistenti gravi motivi di carattere umanitario (tra i quali rilevavano le condizioni di salute), trasmetteva gli atti al questore per l'eventuale rilascio del relativo permesso di soggiorno⁸¹.

Adesso con il d.l. n. 113/2018 è stato abolito l'istituto della protezione umanitaria ed è stato novellato l'art. 32, il quale ora dispone che nei casi in cui non sia accolta la domanda di protezione internazionale, ma ricorrano i presupposti di cui all'art. 19, commi 1 e 1.1 TUI (rischio di persecuzione o tortura), la Commissione territoriale trasmette gli atti al questore per il rilascio di un permesso di soggiorno annuale che reca la dicitura "protezione speciale". Sebbene non vi sia un richiamo esplicito alla fattispecie di cui alla lett. *d-bis*) del comma 2 dell'art. 19 TUI, in virtù del divieto di allontanamento delle persone in gravi condizioni di salute, dovrà essere rilasciato al richiedente che versi in dette condizioni un permesso di soggiorno per cure mediche, il quale però offre una condizione di maggior precarietà rispetto a quella che era garantita dal permesso per motivi umanitari che aveva una validità biennale. Il permesso per cure mediche è infatti rilasciato per il tempo attestato dalla certificazione sanitaria che comunque non può essere superiore ad un anno⁸².

(81) N. ZORZELLA, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, in *Dir. Imm. e Citt.*, 1, 2018, pp. 10-11: se il permesso ex art. 36 TUI fa seguito ad un visto d'ingresso rilasciabile in relazione a cure programmabili (vedi *supra*), nel caso in esame si tratta di persone già sul territorio nazionale che si trovano in una condizione di vulnerabilità per motivi di salute.

Ricordo che anche il trasferimento, ai sensi delle procedure previste dal Regolamento di Dublino, verso lo Stato competente ad esaminare la domanda di un richiedente asilo, il quale presenti un disturbo mentale o fisico particolarmente grave può costituire un trattamento inumano e degradante, se comporta il rischio reale e acclarato di un deterioramento significativo e irrimediabile dello stato di salute dell'interessato, vedi Corte giust., 16 febbraio 2017, *C.K., H.F., A.S. c. Repubblica Slovenia*, causa C-578/16 PPU. Cfr. Trib. Roma, ord. 22 gennaio 2018 in *Dir. Imm. e Citt.-Rassegna asilo e protezione internazionale*, 2, 2018, che ha annullato il provvedimento con cui l'Unità Dublino del Ministero dell'interno aveva disposto il *rinvio in Svizzera* di un richiedente protezione internazionale afghano, il quale lamentava il rischio di aggravamento del suo stato di salute in caso di trasferimento in detto Paese. In Italia, infatti, stava seguendo una specifica terapia per curare la depressione timica che lo affliggeva, causata «da vissuti drammatici e minacciosi legati alla sua storia personale», legata alla preoccupazione per i familiari lontani e alla «instabilità esistenziale» in cui versava.

(82) Non è poi chiaro se questo permesso sia convertibile, ma nel silenzio del legislatore si può ritenere che ove si concretizzino i presupposti possa essere convertito in altro tipo di permesso.

5. *Le esigenze di tutela della salute come limite al potere di trattenimento*

Il Tui disciplina le ipotesi nelle quali è possibile trattenere in appositi centri (adesso Centri di permanenza per il rimpatrio CPR) stranieri, irregolarmente soggiornanti, in attesa di essere allontanati. Di prassi al momento dell'ingresso nei centri di detenzione amministrativa il trattenuto è sottoposto a visita medica al fine di accertare la sussistenza di condizioni sanitarie incompatibili con la misura e con la convivenza comunitaria⁸³. Tuttavia, vi sono patologie che non emergono palesemente ad una mera visita generica, oppure capita che la documentazione sanitaria non sia di immediato reperimento; frequentemente in questi casi i giudici di pace convalidano comunque il trattenimento delegando la questura ad ulteriori accertamenti sanitari, se la persona trattenuta deduce l'esistenza di patologie che non sono state riscontrate. Questa prassi consolidata è stata dichiarata illegittima dalla Corte suprema⁸⁴ che ha cassato il decreto di convalida del trattenimento di un giudice di pace disposto con la motivazione «previo accertamento sanitario sulla compatibilità dello straniero con il trattenimento nel CIE», sull'ovvio presupposto che ogni accertamento sanitario, «condizione ineludibile di validità del trattenimento, avrebbe dovuto essere effettuato prima della convalida, e non dopo»⁸⁵.

Pertanto anche la Corte di Strasburgo, dopo avere ricordato che la CEDU impone comunque una valutazione delle circostanze individuali del

(83) L'art. 14 Tui che disciplina il trattenimento degli stranieri non detta alcuna disposizione in relazione alle condizioni di salute degli stessi, ma è la direzione sanitaria del Centro a stabilire se le condizioni di salute siano o meno compatibili con la detenzione. Esiste invece una norma *ad hoc* per i richiedenti protezione internazionale che ne vieta il trattenimento allorché le condizioni di salute o di vulnerabilità non siano compatibili con la detenzione (art. 7, comma 5, d.lgs. n. 142/2015). Cfr. Cass., sez. VI civ., 14 dicembre 2016, n. 25767 che pare suggerire un'estensione analogica della disciplina dei richiedenti asilo trattenuti a quella dei trattenuti ordinari.

(84) Cass., sez. VI, ord. 19 giugno 2017, n. 15106.

(85) E. RIGO, G. SAVIO, *Rassegna di giurisprudenza italiana: Allontanamento e trattenimento*, in *Dir. imm. e citt.*, 3, 2017: «la vicenda che ha originato l'ordinanza della cassazione è emblematica della superficialità con cui è esercitato il controllo giurisdizionale all'atto della convalida del trattenimento, in casi come questo si tratta di vera denegata giustizia, perché il giudice delega all'amministrazione accertamenti obbligatori che lui stesso dovrebbe compiere prima di assumere la decisione: la convalida del trattenimento sottoposta a condizione futura, incerta e soprattutto incontrollabile non è prevista dall'ordinamento».

trattenimento automatico delle persone in posizione irregolare, afferma che, in ogni caso, gli Stati parte sono tenuti a osservare l'obbligo di ricercare soluzioni meno restrittive alla privazione della libertà personale nei confronti di coloro che presentano qualche tipo di vulnerabilità, come quella derivante dalle condizioni di salute⁸⁶.

6. Dall'affermazione del diritto all'effettività della tutela

Nei precedenti paragrafi è stato delineato un quadro delle garanzie che sul piano giuridico sono offerte a tutela del diritto alla salute degli stranieri, le quali, come si è visto, possono condizionare anche il potere dello Stato di limitare la libertà di ingresso e soggiorno sul territorio. In relazione però al godimento di molti diritti sociali, non è sufficiente sancirne una astratta titolarità, occorre assicurare le condizioni affinché un diritto sia effettivamente fruibile⁸⁷. Difficoltà linguistiche, barriere burocratiche, carenza di informazioni, diversità culturali, differenti interpretazioni delle pratiche di cura⁸⁸ possono, anche a fronte di una astratta parità di trattamento con i cittadini, tradursi in un diseguale utilizzo dei servizi di assistenza⁸⁹ o in un utilizzo non appropriato⁹⁰. E «un sistema sanitario consegue l'equità se è in grado di garantire a tutti l'opportunità di ottenere un dato *target* di livello di salute, indipendentemente dalle condizioni economiche, sociali e ambientali»⁹¹. Inoltre favorire la salute degli immigrati non è solo questione di rispetto dei diritti, ma si configura anche «come un vantaggio per la so-

(86) Corte EDU, caso *Tbimothawes c. Belgio* (sentenza del 4 aprile 2017).

(87) M. IMMORDINO, *La salute degli immigrati*, cit., p. 217 ss.

(88) M. TOGNETTI BORDOGNA, P. ROSSI (a cura di), *Salute e inclusione sociale degli immigrati*, Milano, FrancoAngeli, 2016, pp. 10-11; G. COCCO, *In direzione ostinata e contraria*, cit., p. 102 ss.

(89) M. TERRANEO, *Ineguaglianze nell'utilizzo dei servizi sanitari*, in *Salute e inclusione sociale*, cit., p. 47.

(90) Si rileva ad esempio un utilizzo del pronto soccorso non di rado improprio, o un accesso tardivo ai servizi rispetto al decorso della patologia, cfr. G. CAPITANI, *Il punto di vista degli operatori e le opinioni degli utenti immigrati*, in S. NUTI, G. MACIOCCO, S. BARSANTI (a cura di), *Immigrazione e salute*, Bologna, il Mulino, 2012, p. 155 ss.

(91) C.F. GUIDI, A. PETRETTO, *Cura della salute e immigrazione: un'analisi comparata sotto il profilo economico finanziario*, in *Rivista AIC*, 4, 2017, p. 6.

cietà ospitante. La malattia ostacola l'integrazione degli individui influenzando la loro capacità di partecipare ad ambiti importanti della vita sociale»⁹².

Tra l'altro si assiste ad una sorta di paradosso rappresentato dal fatto che gli immigrati spesso hanno un buon livello di salute all'inizio del loro percorso migratorio, ma il loro stato complessivo tende a deteriorarsi nel corso del tempo per una pluralità di fattori: condizioni di lavoro pesanti (e svolgimento di attività caratterizzate da un maggior tasso di incidentalità), soluzioni abitative precarie, difficoltà relazionali e in generale una maggiore fragilità sociale⁹³.

Inoltre differenti tipologie di flussi migratori generano bisogni sanitari diversi: «l'arrivo di lavoratori, per lo più giovani, produce nel breve periodo un impatto praticamente irrilevante sulla salute pubblica; i ricongiungimenti familiari fanno emergere bisogni connessi alla salute riproduttiva delle donne e alla salute dei bambini; l'accoglimento dei profughi richiede il sostegno psicologico immediato di coloro che fuggono da guerre e persecuzioni e, spesso, anche l'immediato supporto medico dei soggetti che giungono in condizioni critiche, situazione frequente tra le persone salvate in mare»⁹⁴.

Anche i mutamenti che ci sono stati in Italia in questi anni nella composizione dei flussi migratori hanno determinato e determinano necessità diverse: se negli anni '90 e nel primo decennio del duemila giungevano nel nostro Paese in prevalenza migranti economici, negli anni più recenti, la maggioranza degli arrivi (a parte i ricongiungimenti familiari) ha riguardato stranieri richiedenti protezione⁹⁵, i quali ovviamente presentano non di rado problematiche anche di salute.

(92) M. TERRANEO, *Ineguaglianze*, cit. p. 48.

(93) S. NUTI, G. MACIOCCO, S. BARSANTI (a cura di), *Immigrazione e salute*, cit., pp. 13-14; G. CASELLI, S. LOI, S. STROZZA, *Immigrazione, salute e mortalità degli stranieri in Italia*, in *Rivista AIC*, 4, 2017, p. 10 ss.; C.F. GUIDI, A. PETRETTO, *Cura della salute*, cit., p. 8.

(94) G. CASELLI, S. LOI, S. STROZZA, *Immigrazione, salute*, cit., p. 10.

(95) In questi ultimi anni i decreti flussi hanno consentito l'ingresso quasi esclusivamente a lavoratori stagionali (oltre a regolamentare la possibilità di conversione di altri titoli di soggiorno in permessi per motivi di lavoro), bloccando in pratica i flussi in ingresso da parte dei "migranti economici".

L'evidente vulnerabilità di queste persone ha richiesto interventi *ad hoc*, e finalmente⁹⁶ con il d.m. 3 aprile 2017 in attuazione dell'art. 27, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 251/2007 (introdotto dal d.lgs. n. 18/2014), sono state adottate le linee guida «per la programmazione degli interventi di assistenza e riabilitazione nonché per il trattamento dei disturbi psichici dei titolari dello *status* di rifugiato e dello *status* di protezione sussidiaria che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica o sessuale»⁹⁷. Attraverso di esse s'intendono garantire interventi appropriati e uniformi su tutto il territorio nazionale, grazie anche a percorsi per l'individuazione, la presa in carico ed il trattamento di vittime di violenza intenzionale e di torture. Nell'ambito poi di questi *standard* definiti a livello ministeriale spettano alle Regioni e alle Province autonome compiti attuativi, fermo restando la loro autonomia nell'adottare le soluzioni organizzative più idonee.

Un ulteriore importante passo avanti è stato, poi, compiuto con l'approvazione delle linee guida relative ai «controlli sanitari all'arrivo e [ai] percorsi di tutela per i migranti ospiti nei centri di accoglienza», elaborate dall'Istituto nazionale per la promozione della salute delle popolazioni migranti e per il contrasto delle malattie della povertà, in collaborazione con l'Istituto superiore di sanità e la Società italiana di medicina delle migrazioni, le quali sono state recepite dalla Conferenza Stato/Regioni con accordo del 10 maggio 2018⁹⁸. Con queste linee guida – a fronte dell'incertezza e della variabilità delle pratiche nei diversi contesti regionali e locali – si è inteso offrire raccomandazioni *evidence-based* relative ai controlli sanitari su migranti e profughi richiedenti protezione internazionale al momento dell'arrivo in Italia e durante le fasi dell'accoglienza⁹⁹, al fine

(96) Cfr. MEDICI SENZA FRONTIERE, *Traumi ignorati. Richiedenti asilo in Italia: un'indagine sul disagio mentale e l'accesso ai servizi sanitari territoriali*, 2015, in www.medicisenzafrontiere.it, ove si mettono in rilievo le tante carenze del nostro sistema di accoglienza di fronte alle problematiche di salute mentale di cui frequentemente i richiedenti asilo soffrono.

(97) Ministero della salute d.m. 3 aprile 2017, in G.U. 24 aprile 2017.

(98) Si tratta di un accordo ex art. 4, d.lgs. n. 281/1997.

(99) Cfr. S. ALBIANI, G. BORGIOI, *Il diritto alla salute e le sue applicazioni*, in G. TIZZI, S. ALBIANI, G. BORGIOI (a cura di), *La "crisi dei rifugiati" e il diritto alla salute*, Milano, FrancoAngeli, 2018, pp. 45-46, che danno conto dell'*iter* della verifica delle condizioni di salute dei migranti che ha inizio già durante le operazioni di soccorso e prima dello sbarco.

di promuovere l'appropriatezza clinica e organizzativa all'interno di percorsi sperimentati come validi e efficaci, al fine di evitare sprechi legati all'effettuazione di accertamenti inutili, e di evitare/ridimensionare le pratiche difensive sostenute da eventuali ingiustificati allarmismi. Accanto a indirizzi di carattere più propriamente diagnostico e terapeutico, le linee guida raccomandano poi attenzione alla dimensione linguistica e socio-relazionale attraverso l'adattamento dei contenuti e della forma dei messaggi ai sistemi culturali di riferimento delle persone; da cui la necessità di formare il personale socio-sanitario all'approccio interculturale e di fornire allo stesso personale supporto psicologico nella gestione di situazioni che possono rivelarsi emotivamente stressanti¹⁰⁰.

Adesso l'approvazione del decreto legge n. 113/2018, che riserva solo ai titolari di forme di protezione e non più anche ai richiedenti asilo l'accesso al sistema di protezione gestito dagli Enti locali e che ha tagliato i fondi destinati all'accoglienza, rischia di avere effetti negativi anche in termini di tutela della salute dei migranti, soprattutto per le tante persone che giungono in condizioni di fragilità, le quali potrebbero non trovare nei Centri di accoglienza straordinaria misure adeguate alla presa in carico delle specifiche vulnerabilità «con ricadute negative dal punto di vista della salute individuale e pubblica, della spesa sanitaria e dei costi sociali per l'integrazione»¹⁰¹. Sotto questo profilo è da stigmatizzare l'abrogazione del quarto comma dell'art. 17, d.lgs. n. 142/2015, che dettava norme proprio per l'accoglienza dei richiedenti asilo portatori di esigenze particolari attraverso l'attivazione di servizi speciali che permettevano, tra l'altro, di creare le condizioni che consentivano alle vittime di eventi traumatici di accedere alle procedure per il riconoscimento del loro *status*¹⁰².

(100) Cfr. P. CASTELLI GATTINARA, A. ONOFRI, *La salute psichica e il lavoro terapeutico con i rifugiati e i richiedenti asilo con gravi esperienze traumatiche*, in *Dir. imm. e citt.*, 2, 2018, p. 16; COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Immigrazione e salute*, Roma, 2017, p. 17.

(101) Lettera delle organizzazioni medico-umanitarie al Parlamento «Correggere decreto per garantire il diritto alla salute», consultabile in www.simmweb.it/.

(102) M. GIOVANNETTI, *Disposizioni in materia di accoglienza dei richiedenti asilo*, in F. CURI (a cura di), *Il decreto Salvini*, cit. p. 166: non essendo più contemplato l'inserimento dei richiedenti nello SPRAR «e risultando assenti servizi adeguati alla valutazione delle esigenze particolari nell'ambito dei centri governativi, il rischio concreto è che non sarà garantita la presa in carico della vulnerabilità».

È evidente che le sfide sono molte e richiedono interventi diversificati, perché le esigenze possono essere assai differenti: dalle prime cure e al sostegno psicologico per chi è appena arrivato, al riuscire ad intercettare le vulnerabilità di chi è presente irregolarmente sul nostro territorio¹⁰³, fino a rendere possibile un utilizzo ottimale dei servizi sanitari da parte di coloro che già vivono in Italia e sono iscritti al SSN, ma i quali possono comunque incontrare barriere linguistiche, culturali, burocratiche. Si raggiunge, infatti un'«uguaglianza delle opportunità quando agli individui, con lo stesso livello iniziale di salute, è garantito l'accesso allo stesso insieme di servizi ... Invece gli individui con peggiore stato di salute iniziale dovrebbero poter accedere ad un sistema di servizi con almeno una componente (livello di servizio specifico) strettamente superiore»¹⁰⁴. E questo processo di conformazione dei servizi sanitari ad una pluralità di esigenze chiama in causa anche il livello regionale a cui compete la dimensione organizzativa e quindi il coordinamento delle strutture sul territorio¹⁰⁵. Se l'autonomia di ciascuna Regione è funzionale alla necessità di adattare l'organizzazione dei servizi alle esigenze delle diverse realtà locali, sono state, però, riscontrate, non di rado, disomogeneità nell'applicazione delle norme destinate a tutelare la salute di tutti gli stranieri le quali possono davvero creare un *vulnus*¹⁰⁶. Da qui anche la necessità di strumenti di *governance* a cui far concorrere le istituzioni nazionali, regionali, gli enti di intervento tecnico e le organiz-

(103) COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Immigrazione e salute*, cit., p. 26 ss. che sottolinea anche le carenze sul piano dell'attenzione alle esigenze di salute che si riscontrano nei CPR (ex CIE).

(104) C.F. GUIDI, A. PETRETTO, *Cura della salute*, cit., p. 6; vedi anche p. 24: «il problema sarà quello di attrezzare i sistemi di welfare stessi ad una popolazione eterogenea come livello di reddito e ricchezza». Cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Immigrazione e salute*, cit., p. 32 ss. ove si mettono, ad esempio, in evidenza le maggiori difficoltà che incontrano le donne straniere residenti in Italia quando affrontano una gravidanza, pur avendo «sulla carta» parità di accesso ai servizi sanitari.

(105) A. GENTILINI, *La tutela della salute dei migranti*, cit., p. 203 ss.

(106) L'accordo del 2012 (vedi *supra* nota n. 8) stipulato in sede di Conferenza Stato/Regioni mira proprio a risolvere tale problematica; si tratta infatti di una sistematizzazione delle indicazioni normative vigenti, che risponde all'esigenza di eliminare le difformità nell'accesso ai servizi sanitari regionali. Vedi anche il *Piano nazionale d'integrazione dei titolari di protezione internazionale* approvato nel settembre 2017 che indica tra gli obiettivi la piena implementazione dell'accordo del 2012. Cfr. S. ALBIANI, G. BORGIOLI, *Il diritto alla salute*, cit., p. 48, ove si mettono in rilievo le disomogeneità regionali nel dare applicazione all'accordo del 2012.

zazioni del privato sociale¹⁰⁷, dato che l'impegno e la collaborazione di tutte le realtà che operano sul territorio sono fondamentali, anche perché le dinamiche tra salute e immigrazione sono evidentemente complesse e anche mutevoli, ed occorre essere sempre consapevoli che le scelte in ambito sanitario «non riguardano solo la medicina, ma hanno anzi più a che fare con la politica, con le leggi, con l'etica»¹⁰⁸.

(107) S. GERACI, E. EUGENI, G. BAGLINO, *Migrazione e salute: evidenze e policy per un'azione di sistema*, in *Dossier Statistico Immigrazione 2017*, Roma, 2017, p. 243.

(108) N. PASINI, M. PICOZZI, *Introduzione*, in N. PASINI, M. PICOZZI (a cura di), *Salute e immigrazione*, Milano, FrancoAngeli, 2005, p. 10.

Il diritto all'abitare per i nuovi abitanti

Paola Capriotti

Quali opportunità sono offerte ai cittadini extracomunitari nell'accesso all'autonomia abitativa? Per rispondere al quesito il contributo tenta di ricostruire lo stato dell'arte muovendo dal percorso interpretativo sul diritto all'abitare compiuto dalla Corte costituzionale, recentemente impegnata nella verifica di legittimità del requisito di lungo-residenza per l'individuazione dei destinatari delle politiche abitative. Un requisito che ha inevitabili impatti sugli stranieri contribuendo ad aggravare una situazione già complessa – caratterizzata da carenza di alloggi pubblici e da fenomeni discriminatori nel mercato delle locazioni – che le più recenti novelle legislative non sembrano certo semplificare.

1. La titolarità del diritto all'abitare nell'interpretazione della Corte costituzionale

L'espressione "diritto all'abitare", maggiormente ampia rispetto a quella più angusta di "diritto all'abitazione", si deve al «carattere non meramente individuale ma sociale dei bisogni che attorno ad esso ruotano»¹. A confermarlo l'art. 25 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (New York, 10 dicembre 1948) che contempla il diritto all'abitazione tra quelli che, in particolare, compongono il diritto di ogni individuo «ad un tenore di vita sufficiente a garantire la salute e il benessere proprio e della sua famiglia». Più in generale, il diritto internazionale pattizio concepisce l'accesso alla casa come funzionale al godimento degli altri diritti umani² e «particolarmente idoneo a combattere l'emarginazione sociale e la povertà»³.

(1) E. OLIVITO, *Il diritto costituzionale all'abitare. Spinte prioritarie, strumenti della rendita e trasformazioni sociali*, Napoli, Jovene Editore, 2017, p. 13.

(2) R. ROLLI, *Il diritto all'abitazione come diritto fondamentale*, 2002, Bologna, Bonomo Editrice, p. 7.

(3) F. PALLANTE, *Gli stranieri e il diritto all'abitazione*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2016, p. 139.

Perseguono il diritto all'abitare una varietà di politiche pubbliche volte a: incrementare l'offerta di alloggi pubblici, favorire l'accesso alla casa di proprietà, ampliare la locazione a prezzi calmierati, e sostenere economicamente la locazione. La tutela di tale diritto si inserisce quindi non solo in una dimensione multilivello con riferimento al coinvolgimento delle fonti normative internazionale, europea, nazionale e regionale⁴, ma anche con riguardo alla molteplicità di materie attraversate che vanno dalla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali al governo del territorio fino alla gestione del patrimonio immobiliare⁵.

Nella Costituzione italiana non vi è un riconoscimento espresso al diritto all'abitare ma più di un enunciato è stato ad esso ricondotto costruendo un ancoraggio costituzionale che si è andato via via rafforzando secondo un *climax* ascendente⁶. Il fondamento teorico di tale diritto è stato inizialmente individuato nell'art. 47, comma 2, della Costituzione secondo cui «la Repubblica [...] favorisce l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione» dove la proprietà della casa non è favorita in quanto tale «ma solo nella misura in cui [...] sia destinata ad essere l'abitazione del proprietario»⁷.

A questo nucleo iniziale la Corte costituzionale ha ricondotto, a fondamento del diritto all'abitare, ulteriori disposizioni attraverso un percorso interpretativo che sembra essere scandito sostanzialmente da quattro

(4) G. MARCHETTI, *La tutela del diritto all'abitazione tra Europa, Stato e Regioni e nella prospettiva del Pilastro europeo dei diritti sociali*, in *federalismi.it*, 4, 2018, p. 184.

(5) Sui livelli normativi interessati dall'edilizia residenziale pubblica si rinvia a quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 94 del 2007, punto 4. 3 del Considerato in diritto. In merito giova richiamare anche P. URBANI in *questa Rivista*, 3-4, 2017, p. 267.

(6) Come opportunamente messo in luce da E. OLIVITO il diritto all'abitare «costituisce la precondizione dell'inviolabilità del domicilio (art. 14 Cost.), ma è anche il presupposto per il godimento di diritti sociali che in qualche misura sottintendono il godimento di un alloggio adeguato. La prestazione sociale in cui si traduce il diritto all'abitare è, difatti, prerequisito per «la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose» (art. 31 Cost.), nonché condizione per l'effettivo esercizio del diritto alla salute (art. 32 Cost.)», *Il diritto costituzionale all'abitare nella deriva emergenziale*, Menabò, 30 luglio 2015.

(7) S. CIVITARESE MATTEUCCI, *L'evoluzione della politica della casa in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2010, p. 163 ss. Secondo G. SCOTTI, tale disposizione piuttosto che il diritto alla casa tutela il diritto sulla casa senza dare luogo a un vero e proprio diritto soggettivo, *Il diritto alla casa tra la Costituzione e le Corti*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2015, p. 7.

tempi. Il primo, caratterizzato da una lettura isolata delle disposizioni costituzionali, prende avvio con la sentenza n. 3/1976, che ha agganciato il diritto all'abitare all'art. 42, comma 2, della Costituzione. La funzione sociale della proprietà è stata infatti richiamata al fine di legittimare le ingerenze statali nella disciplina delle locazioni per contemperare gli interessi dei locatori a trarre un adeguato profitto dalla proprietà immobiliare con quelli dei conduttori non in grado di accedere al bene primario dell'abitazione a condizioni di mercato⁸. In questo senso infatti, mentre è stato escluso «un diritto soggettivo alla locazione e dunque un obbligo per i proprietari di stipulare un contratto di locazione con chiunque si trovi nella necessità di disporre di un'abitazione»⁹, la Corte, con la sentenza n. 252/1983, ha ritenuto legittimo l'intervento discrezionale del legislatore volto a limitare le facoltà del locatore, sia con riferimento all'ammontare che alla durata, in quanto «mezzo straordinario di intervento pubblico [...]» per «fronteggiare crisi congiunturali del settore dell'edilizia abitativa».

Il secondo ciclo inaugura invece una stagione volta a delineare un diritto sociale all'abitazione superando così la precedente «ricostruzione riduttiva [...]» per abbracciarne una più attenta al complesso delle disposizioni costituzionali¹⁰ affidando allo Stato, fra le condizioni minime per la realizzazione di uno Stato sociale, l'effettività del diritto all'abitazione per il maggior numero di persone possibile. Gli enunciati costituzionali richiamati dalla sentenza n. 217/1988 sono quindi, in particolare, l'art. 3,

(8) Il riferimento è al blocco dei canoni delle locazioni ad uso abitativo introdotto dalla legge n. 1444 del 6 novembre 1963 che la Corte costituzionale ha riconosciuto legittimo proprio in virtù della funzione sociale della proprietà «che si identifica nello scopo di assicurare il bene primario dell'abitazione a categorie di soggetti non superanti determinati livelli di reddito e, quindi, non in grado di accedervi in base alle leggi del libero mercato» (Corte cost. n. 3/1976, punto 3 del Considerato in diritto). La *ratio* della legge n. 1444/1963 è alla base dell'art. 12 della legge 27 luglio 1978, n. 392, che predeterminava la durata delle locazioni ad uso abitativo e l'importo del canone in base alle caratteristiche dell'immobile locato (il cosiddetto equo canone). L'articolo è stato poi abrogato dall'art. 14, comma 4, della legge 9 dicembre 1998, n. 431 in ragione della scarsa efficacia della norma alla quale «i proprietari reagirono comprimendo l'offerta di abitazioni in affitto, e quindi introducendo un incentivo implicito all'acquisto della casa», S. CAVITARESE MATTEUCCI, *L'evoluzione della politica della casa in Italia*, cit., p. 163 ss.

(9) A. GIORGIS, *Il diritto costituzionale all'abitazione. I presupposti per una immediata applicazione giurisprudenziale*, in *Questione Giustizia*, 6, 2007, p. 1131.

(10) E. OLIVITO, *Il diritto costituzionale all'abitare*, cit., p. 33.

comma primo, con riferimento al diritto alla pari dignità sociale, e il secondo, che, prevedendo il principio di uguaglianza sostanziale, si candida a ridurre i divari nel godimento dei diritti primari, tra cui rientra il diritto all'abitazione¹¹. I soggetti titolari dei diritti all'uguaglianza sostanziale sono «tutti coloro che non sono economicamente in grado di procurarsi a prezzo di mercato i beni e servizi che sono considerati “essenziali” o “indispensabili”»¹². Con la sentenza n. 404/1988 la Corte è giunta a riconoscere l'esistenza di un «diritto sociale all'abitazione collocabile fra i diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 della Costituzione». Tale riconoscimento ha importanti conseguenze sul piano della titolarità del diritto all'abitare, i diritti inviolabili infatti non riguardano solo i cittadini italiani ma si estendono anche agli stranieri¹³. Possono, tuttavia, essere introdotte «modalità di godimento differenziato» legate al possesso dello *status* di cittadino¹⁴ in ragione del suo rapporto con lo Stato «di solito originario e comunque permanente»¹⁵.

Il terzo ciclo comincia fra la fine degli anni '80 e i primi anni '90 ed è caratterizzato da forti frizioni tra proprietà privata ed esigenze abitative e fra queste e le risorse pubbliche disponibili che attengono a politiche abitative non direttamente sindacabili dal giudice costituzionale. La Corte, con la sentenza n. 252/1989, si è infatti trovata a restringere il proprio campo di intervento a favore della discrezionalità del legislatore affermando che «come ogni altro diritto sociale, anche quello all'abitazione, è diritto che tende ad essere realizzato in proporzione delle risorse del-

(11) La primarietà del diritto all'abitazione è stata espressamente affermata nella sentenza della Corte costituzionale n. 252/1983, sebbene condizionata dalla discrezionalità del legislatore, e rafforzata invece con la sentenza n. 217/1988.

(12) A. GIORGIS, *Il diritto costituzionale all'abitazione*, cit., p. 1138.

(13) È bene ricordare che il principio di uguaglianza «pur essendo apparentemente riferito in via esclusiva ai cittadini, debba ritenersi esteso agli stranieri allorché si tratti della tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, garantiti in favore di chiunque, anche in conformità all'ordinamento internazionale». L. BUSCEMA, *Diritti fondamentali del “non cittadino” e principio di unità dell'ordinamento giuridico*, in F. CORTESE, G. PELACANI (a cura di), *Il diritto in immigrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, richiamando la sentenza della Corte costituzionale n. 104/1969.

(14) *Ivi*, p. 132.

(15) Corte cost. n. 104/1969.

la collettività», proporzionalità che solo il legislatore può stabilire. Allo stesso modo, nella pronuncia n. 19/1994 viene affermata la necessità di un «ragionevole bilanciamento [...] fra gli interessi costituzionalmente rilevanti», emergendo così chiaramente l'intreccio fra le condizioni poste al diritto sociale all'abitazione e la sua effettività¹⁶.

In materia di ragionevole bilanciamento con altri interessi costituzionalmente rilevanti è stata sottoposta all'attenzione della Corte la scelta operata da alcune Regioni¹⁷ di inserire, tra i requisiti da possedere per potere accedere all'alloggio di edilizia residenziale pubblica, la residenza di lunga durata o lo svolgimento di attività lavorativa per un determinato lasso di tempo nel territorio regionale.

Non si tratta di disposizioni isolate e i periodi di radicamento territoriale variano dai 10 anni della Liguria (di recente censurata)¹⁸, ai 5 anni imposti dalla Regione Lombardia¹⁹ ai 3 previsti dalle Regioni Emilia-Romagna²⁰ e Piemonte²¹, in quest'ultimo caso prolungabile di ulteriore 2 anni dai Comuni in sede di bando; ai 24 mesi della Regione Umbria²². La

(16) Ai fini dell'effettività del diritto all'abitazione con riferimento alle risorse disponibili è utile tenere presente che il contesto italiano si colloca, come ricordato da S. CIVITARESE MATTEUCCI, «agli ultimi posti per quanto riguarda le politiche di sostegno al *social housing*, riservando ad esse soltanto l'1% della spesa sociale complessiva, rispetto ad esempio al 5,6% del Regno Unito (al primo posto), al 3,2% dell'Irlanda e al 2,9% della Francia», *L'evoluzione della politica della casa in Italia*, cit.

(17) Come afferma C. CORSI, il proliferare di tali disposizioni in termini discriminatori da parte dei legislatori regionali coincide con i primi anni 2000 quando «il tema dell'immigrazione diventa sempre più un tema politico sensibile, spesso strumentalizzato dalle forze politiche», *Peripezie di un cammino verso l'integrazione giuridica degli stranieri. alcuni elementi sintomatici*, in *Rivista AIC*, 1, 2018, p. 6.

(18) L.r. Liguria n. 13/2017 dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale con sent. n. 106/2018 nella parte in cui prevede per i soli cittadini extracomunitari la residenza nel territorio nazionale di almeno dieci anni per poter accedere agli alloggi ERP.

(19) L'art. 22 comma 1, lett. b) della l.r. Lombardia n. 16/2016 prevede la residenza anagrafica o svolgimento di attività lavorativa in Regione Lombardia per almeno cinque anni nel periodo immediatamente precedente la data di presentazione della domanda.

(20) Deliberazione dell'Assemblea legislativa della Regione Emilia-Romagna 9 giugno 2015, n. 15, «Specificazione dei requisiti per l'accesso e la permanenza negli alloggi di ERP, di cui all'art. 15 della l.r. 8 agosto 2001, n. 24, e metodologia per il calcolo dei canoni di ERP».

(21) Art. 3, comma 1, lett. a) della l. r. n. 3/2010.

(22) La legge n. 23/2003 art. 20, comma 1, lett. b) è stata modificata dalla l.r. n. 12/2013 e poi

durata della residenza nel territorio comunale compare inoltre in alcuni regolamenti relativi all'assegnazione degli alloggi ERP come elemento premiale ai fini della formazione delle graduatorie, dando quindi precedenza a coloro che vantano un'anzianità maggiore nel Comune interessato²³. La residenza prolungata rileva anche in materia di sostegno al pagamento del canone di locazione che la legge provinciale trentina²⁴ riserva ai nuclei familiari nei quali almeno un componente sia residente in un Comune della Provincia di Trento da 3 anni.

Rispetto alla legittimità di tale requisito, la Corte costituzionale con sentenza n. 222/2013 – che segna l'avvio di un quarto ciclo, caratterizzato da una maggiore incisività sulla discrezionalità del legislatore nel contemperamento di interessi – ha affermato la facoltà per le Regioni di subordinare la fruizione di determinate prestazioni sociali al legame del beneficiario con la comunità di riferimento ma ha raccomandato, nel farlo, di non volgere lo sguardo solo alla durata della residenza «ma anche, in prospettiva, alla presenza o all'assenza di indici idonei a testimoniare il legame tendenzialmente stabile tra la persona e la comunità». Si tratta di una posizione già assunta con sentenza n. 432/2005 – con riferimento all'accesso a particolari agevolazioni nel trasporto pubblico²⁵ – e ribadita, da ultimo, con la pronuncia n. 166/2018 dove, nel censurare l'art. 11, comma 13, del d.l. n. 112/2008, per aver subordinato, nei

dalla l.r. n. 6/2017 portando il requisito della residenza da 3 a 2 anni. Il limite minimo dei 24 mesi si ritrova anche nelle leggi nn. 1/2016 e 3/2013, rispettivamente della Regione Friuli Venezia Giulia e Valle d'Aosta.

(23) Il Regolamento per l'assegnazione degli immobili ERP del Comune di Reggio Emilia, così come modificato in data 6 giugno 2016 con delibera del Consiglio comunale n. 110, prevede ex art. 6, comma 2, che «la successione in graduatoria sarà così determinata: prima i richiedenti residenti nel Comune di Reggio Emilia ordinati secondo l'anzianità di residenza, poi i richiedenti non residenti ma con attività lavorativa nel Comune». Il regolamento del Comune di Parma, approvato con deliberazione del Consiglio comunale n. 77 del 3 novembre 2015, assegna, invece, a partire dal sesto anno di residenza nel Comune, 0,25 punti per ciascun anno compiuto fino al concorso massimo di 5 punti.

(24) Art. 3, comma 2, della l.r. n. 15/2015.

(25) La Corte si pronuncia infatti nei confronti dell'art. 8 della legge regionale lombarda n. 1/2002 che rivolgeva l'accesso gratuito al trasporto pubblico ai soli «cittadini italiani invalidi civili, inabili ed invalidi del lavoro residenti in Lombardia con grado di invalidità pari al 100% [...] e loro eventuali accompagnatori, secondo le modalità stabilite con apposito atto della Giunta regionale» con esclusioni quindi degli stranieri.

confronti dei soli immigrati, l'accesso al Fondo nazionale per il sostegno all'accesso alle abitazioni in locazione²⁶ a una residenza prolungata nel territorio nazionale di dieci anni, o in alternativa di cinque anni nella medesima Regione, ha rammentato la necessità, da un lato, di non venir meno agli obblighi europei che, per quanto riguarda le prestazioni sociali, esigono la parità di trattamento tra i cittadini italiani ed europei e i soggiornanti di lungo periodo²⁷, e, dall'altro, di rispettare il principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.

Un principio che può essere ritenuto adempiuto solo in presenza di una «causa normativa della differenziazione». Tale causa – prosegue la Corte – «può in astratto consistere nella richiesta di un titolo che dimostri il carattere non episodico o di breve durata della permanenza sul territorio dello Stato», ma «occorre una ragionevole correlazione tra la richiesta e le situazioni di bisogno o di disagio, in vista delle quali le singole prestazioni sono state previste»²⁸. In ogni caso, la distinzione non deve mai tradursi «nell'esclusione del non cittadino dal godimento dei diritti fondamentali che attengono ai “bisogni primari” della persona»²⁹. Tanto più se da questi dipende il godimento di altri diritti. Per gli stranieri la casa è infatti premessa per il rilascio e il rinnovo del permesso di soggiorno, per l'ottenimento del permesso di soggiorno di lungo periodo³⁰, per lo svolgimento dell'attività lavorativa³¹ e per il ricongiungimento familiare³².

(26) Il fondo è stato introdotto dalla legge n. 431/1998 e con l'art. 11 del d.l. n. 112/1998 è stata inserita una distinzione fra i conduttori beneficiari.

(27) La Corte a questo proposito ha ritenuto essere viziato di irrazionalità intrinseca il termine individuato dalla norma dato che coincide con quello necessario e sufficiente a richiedere la cittadinanza italiana e comunque determina una condizione di svantaggio per i titolari di permesso di lungo periodo che invece vantano un diritto assoluto di fonte eurolunitaria alla parità di trattamento.

(28) Punto 6 del Considerato in diritto della sentenza della Corte costituzionale n. 166/2018.

(29) Punto 4 del Considerato in diritto della sentenza della Corte costituzionale n. 166/2018.

(30) Così dispone l'art. 9 del d.lgs. n. 286/1998.

(31) L'art. 22, comma 2, lett. b) del d.lgs. n. 286/1998 prevede che il datore di lavoro che voglia instaurare un rapporto di lavoro subordinato determinato o indeterminato con un lavoratore straniero residente all'estero deve presentare adeguata documentazione relativa alla sua sistemazione alloggiativa.

(32) Art. 29 del d.lgs. n. 286/1998.

In breve, il diritto all'abitare, in quanto diritto sociale finanziariamente condizionato, può vedere legittimamente circoscritta la platea dei suoi beneficiari a patto che vi sia una causa normativa non viziata da irragionevolezza, ovvero incoerente con le finalità che il legislatore intende perseguire. Ciò porta necessariamente «ad una valutazione caso per caso della singola misura adottata e della proporzionalità della restrizione contemplata con riferimento al tipo e alla natura di provvidenza o intervento sociale preso in considerazione»³³.

Secondo gli argomenti della Corte, per quanto attiene l'accesso alla residenza pubblica, il requisito della residenza prolungata può essere ammissibile solo quando sia funzionale, da un lato, a dimostrare un livello di radicamento sufficiente per accedere a un bene duraturo come l'abitazione e, dall'altro, a evitare «avvicinamenti troppo ravvicinati tra conduttori, aggravando l'azione amministrativa e riducendone l'efficacia»³⁴. Quando invece per l'eccessiva durata imposta risulti arbitraria o sproporzionata deve ritenersi illegittima per violazione dell'art. 3 della Costituzione, in quanto si risolverebbe in una forma dissimulata di discriminazione³⁵ nei confronti dei cittadini di Paesi terzi in ordine al diritto sociale all'abitazione, «che è diritto attinente alla dignità e alla vita di ogni persona e, quindi, anche dello straniero presente nel territorio dello Stato»³⁶. L'eccessiva durata rischia di porsi in contraddizione

(33) M. BELLETTI, *La Corte costituzionale torna, in tre occasioni ravvicinate, sul requisito del radicamento territoriale per accedere ai servizi sociali. Un tentativo di delineare un quadro organico della giurisprudenza in argomento*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2019, p. 12.

(34) Punto 3.3 del Considerato in diritto della sentenza della Corte costituzionale n. 106/2018.

(35) Vale a dire quella che viene definita anche discriminazione indiretta in quanto «utilizza un criterio apparentemente neutrale ma che svantaggia in modo proporzionalmente maggiore gli appartenenti ad una determinata categoria», F. CORVAJA, *Cittadinanza e residenza qualificata nell'accesso al welfare regionale*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2011, p. 10. Una situazione di svantaggio per gli stranieri che secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia «può ritenersi acquisita secondo la comune esperienza» e che ha un impatto preclusivo su altri diritti. A. GUARISO, *Le sentenze della Corte costituzionale 106, 107 e 166 del 2018*, cit., p. 10. Opportunamente C. CORSI afferma che l'alloggio per lo straniero «costituisce un onere da soddisfare prima ancora che un diritto di cui fruire», *Peripezie di un cammino verso l'integrazione giuridica degli stranieri. Alcuni elementi sintomatici* (Relazione al Convegno "Strumenti, percorsi e strategie dell'integrazione nelle società multiculturali", Università degli Studi di Firenze, 19-20-21 ottobre 2017), in *Rivista AIC*, 1, 2018, p. 14.

(36) Punto 3.4 del Considerato in diritto della sentenza della Corte costituzionale n. 106/2018.

anche con gli articoli 120, comma primo – con riferimento al diritto di libera circolazione delle persone³⁷ –, 117, comma primo, e 10 della Costituzione con riferimento alla violazione dei vincoli europei e internazionali, laddove impongono la parità di trattamento tra cittadini italiani ed europei e cittadini extracomunitari.

Con riferimento invece al già citato Fondo nazionale, proprio per la sua *ratio* di «favorire la mobilità nel settore della locazione attraverso il reperimento di alloggi da concedere in locazione per periodi determinati» (art. 11, comma 3, legge n. 431 del 1998) il requisito anche solo quinquennale di residenza prolungata, a giudizio della Corte, è irragionevole³⁸ in quanto viene meno alle esigenze transitorie cui il Fondo è altresì preposto.

Inoltre, aggiunge la Corte, vista la scarsità di risorse destinate alle politiche sociali in questo contesto storico, riservate «a casi di vera e propria indigenza, non si può ravvisare alcuna ragionevole correlazione tra il soddisfacimento dei bisogni abitativi primari della persona che versi in condizioni di povertà e sia insediata nel territorio regionale, e la lunga protrazione nel tempo di tale radicamento territoriale»³⁹.

2. Effettività del diritto all'abitare per lo straniero tra edilizia residenziale pubblica, locazione e proprietà

Il servizio pubblico per l'accesso alla casa e il libero mercato degli alloggi pongono problematiche radicalmente distinte dal punto di vista giuridico la cui matrice è essenzialmente riconducibile alla tipologia dei beneficiari, ristretta, nel primo caso, solamente ai soggetti in situazione di disagio economico acuto⁴⁰.

(37) Punto 5 del Considerato in diritto della sentenza della Corte costituzionale n. 107/2018.

(38) Punto 7 del Considerato in diritto della sentenza della Corte costituzionale n. 166/2018.

(39) *Ibidem*. L'argomentazione con la quale la Corte costituzionale chiosa il suo giudizio, richiamando la pronuncia n. 222/2013, pare mettere del tutto in discussione la legittimità del criterio della residenza qualificata.

(40) Sul rapporto di strumentalità tra la soddisfazione di interessi individuali e la soddisfazione di interessi collettivi si rinvia a M. NIGRO, *L'edilizia popolare come servizio pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, pp. 165-166.

Diverse sono di conseguenza le implicazioni sul piano costituzionale, mentre sul primo fronte sono chiamati in causa i diritti sociali, come diritti di prestazione da far valere nei confronti dello Stato per riequilibrare le situazioni dei singoli all'interno della società⁴¹, nel secondo entra in gioco la cosiddetta Costituzione economica che, se, da un lato, tutela la libertà di iniziativa economica e la proprietà privata, dall'altro, attraverso concetti valvola come quello della funzione sociale, consente allo Stato di intervenire per garantire altri diritti costituzionali, tra cui rientra evidentemente quello all'abitare. Possiamo quindi affermare che, mentre nel primo caso il diritto alla casa viene perseguito direttamente, nel secondo può parlarsi di un'azione indiretta⁴² attraverso l'eventuale contrazione dell'autonomia contrattuale. Per questa ragione la sua effettività verrà esplorata su entrambi i fronti.

Con specifico riferimento agli stranieri, il diritto alla casa, sia esso garantito dallo Stato o offerto dal mercato, sottostà a due principali invarianti le cui fonti sono tanto internazionali quanto interne: la regolarità del soggiorno e il divieto di discriminazione.

Il primo riferimento in questo senso va alla Convenzione sui lavoratori migranti del 1949, promossa dall'Organizzazione internazionale del lavoro, che impone agli Stati di riconoscere ai lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti e ai loro familiari un trattamento non meno favorevole rispetto ai cittadini nell'accesso all'alloggio (art. 6). Il divieto di discriminazione tra cittadini europei e tra questi e gli stranieri è invece sancito a partire dai Trattati fondamentali (e specialmente dall'art. 10 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dall'art. 21 della Carta fondamentale dei diritti dell'Unione europea). Con riguardo particolare, poi, al diritto all'abitare, la direttiva 2003/109/CE del Consiglio europeo, del 25 novembre 2003, prevede che coloro che risultano titolari di permesso di soggiorno per soggiornanti di lungo periodo godono di parità di trattamento rispetto ai cittadini nazionali con riferimento specifico alla «procedura per l'ottenimento di un alloggio»⁴³. La direttiva 2004/83,

(41) A. BARBERA, C. FUSARO, *Corso di diritto costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 225.

(42) M. NIGRO, *L'edilizia popolare come servizio pubblico*, cit., p. 122.

(43) Art. 11, comma 1, lett. f).

così come recepita dal d.lgs. n. 251/2007, all'art. 29, comma 3-ter, prevede che «l'accesso ai benefici relativi all'alloggio previsti dall'articolo 40, comma 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, è consentito ai titolari dello *status* di rifugiato e di protezione sussidiaria, in condizioni di parità con i cittadini italiani».

Vi è poi una serie di disposizioni che introducono regimi differenziati in considerazione del titolo di soggiorno mostrando un'evidente tendenza ad equiparare i diritti all'abitazione dei cittadini UE e cittadini *extra UE*⁴⁴. Così per i lavoratori altamente qualificati, la parità nelle procedure per l'ottenimento di un alloggio, anche pubblico, è garantita dall'art. 14, comma 2, lett. g), direttiva 2009/50 mentre, per i titolari di permesso unico di lavoro, l'art. 12, comma 1, lett. g), direttiva 2011/98 prevede la parità di trattamento nell'accesso a beni e servizi, ivi comprese le procedure per l'ottenimento di un alloggio, ma con la possibilità, contemplata dal successivo comma 2, lett. d) ii), che gli Stati membri possano «limitare la parità di trattamento per quanto concerne l'assistenza abitativa». Analoga previsione è prevista per i ricercatori universitari dall'art. 22 della direttiva 2016/801.

In tutte le disposizioni citate assume rilevanza la regolarità dell'ingresso e soggiorno nel territorio nazionale⁴⁵, un requisito confermato dalle fonti nazionali.

L'art. 2, comma 2, del Testo unico sull'immigrazione, d.lgs. n. 286/1998, riserva infatti il godimento dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano allo straniero regolarmente soggiornante, salvo che le convenzioni internazionali in vigore per l'Italia o lo stesso Testo unico dispongano diversamente. Una deroga al principio paritario è introdotta dall'art. 41 in materia di assistenza sociale laddove fa riferimento solamente agli stranieri titolari di carta di soggiorno o di permesso di soggiorno della durata di almeno un anno⁴⁶. Così come l'art. 40, comma 6,

(44) A. GUARISO, *Le sentenze della Corte costituzionale 106, 107 e 166 del 2018: diritto alla mobilità e illegittimità dei requisiti di lungo-residenza per l'accesso all'alloggio e alle prestazioni sociali*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 3, 2018, p. 5.

(45) Recentemente modificato con il d.l. n. 113/2018 convertito in legge n. 132/2018.

(46) Si tratta, come rilevato da A. GUARISO, *Cittadini extra Ue e accesso alle prestazioni di sicurezza sociale*, in <https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2014/02/SCHEDA-ASGI-PRESTAZIONI->

limita l'accesso agli alloggi di edilizia residenziale pubblica e ai servizi di intermediazione delle agenzie sociali per agevolare l'accesso alle locazioni abitative e al credito agevolato in materia di edilizia ai soli stranieri titolari di carta di soggiorno (ovvero del permesso di soggiorno di lungo periodo) o di un permesso di soggiorno almeno biennale esercitanti regolare attività di lavoro.

La regolarità del soggiorno è richiesta anche per accedere al mercato delle locazioni. L'articolo 12, comma 5-*bis* del TUM, sanziona penalmente coloro che, al fine di ottenere un ingiusto profitto, cedano in locazione, ovvero diano alloggio a titolo oneroso un immobile di cui abbia la disponibilità, ad un cittadino straniero irregolarmente soggiornante nel territorio dello Stato. La *ratio* della norma, introdotta con l. 125/2008, è quella di «contrastare [...] il fenomeno della clandestinità colpendo gli immigrati in uno dei bisogni primari (l'abitazione) e, dall'altro, quello di reprimere efficacemente il mercato nero degli affitti»⁴⁷. Come rilevato dalla Corte di Cassazione la condotta era comunque già punibile con il più grave fatto di reato contemplato dal comma 5 del medesimo articolo⁴⁸, anzi, stando all'orientamento ormai consolidato della giurisprudenza la clausola di riserva, in esso contenuta, «salvo che il fatto costituisca più grave reato», ha di fatto reso inapplicabile la novella legislativa. Tuttavia, la regolarità del soggiorno è condizione necessaria ma non sufficiente per vedersi garantito il diritto all'abitare.

Con riferimento alla casa pubblica, anche per gli aventi diritto – al netto del possesso dei requisiti già richiamati di lungo-residenza – si riscontra una seria questione di effettività. Il patrimonio residenziale pubblico ri-

18.7.17-*def.pdf*, di una «limitazione dagli effetti modestissimi, perché una volta esteso a 12 mesi il permesso per attesa occupazione (art. 22, comma 11 Tu, come modificato dall'art. 4, comma 30, l. 92/2012) l'equiparazione ha effetti pressoché totali, lasciando scoperti dalla tutela i soli permessi brevi per lavoro stagionale».

(47) Punto 3 del Considerato in diritto della sentenza della Corte di cassazione penale, sez. III n. 20889/2017.

(48) Secondo la pronuncia della Cassazione penale n. 20889/2019, al punto 3 del Considerato in diritto l'elemento soggettivo richiesto per la configurazione del delitto si realizza «quando il soggetto attivo del reato, approfittando [dello stato di irregolarità del conduttore], agisce al fine di assicurarsi un utile non dovutogli». Secondo la Corte «l'ingiustizia del profitto [può] essere desunta dalle condizioni contrattuali comunque gravose imposte al conduttore dell'immobile rispetto ai normali valori di mercato».

sulta infatti carente innanzi alla numerosità dei nuclei familiari in stato di disagio economico acuto, si stima che solo 1/4 di questi possa trovare risposta nel servizio pubblico⁴⁹. L'ultimo rapporto ISTAT sulla povertà in Italia ha infatti rilevato 1 milione e 778 mila nuclei familiari (pari a 5 milioni e 58 mila persone) in stato di povertà assoluta⁵⁰ – di cui i nuclei di soli stranieri «rappresentano il 29,2%»⁵¹ – a fronte di un numero di alloggi di edilizia residenziale pubblica che si aggira attorno ai 790 mila secondo i dati in possesso da Federcasa⁵².

Tale scarsità di alloggi, che è il riflesso di una scarsità di risorse dedicate, genera «una lista d'attesa produttrice di tensioni sociali»⁵³ che spesso e volentieri rischiano di mettere in competizione cittadini e stranieri, accomunati dalla condizione di fragilità, e che sono poste a fondamento delle cosiddette politiche di esclusione⁵⁴.

Gli inquilini stranieri degli alloggi pubblici ammontano a circa 168.000 (pari al 12% del totale)⁵⁵ pertanto solo 1/4 di coloro che versano in condizioni di povertà assoluta trova risposta nell'edilizia residenziale pubblica. La restante parte si riversa di conseguenza, per lo più, nel mercato delle locazioni imbattendosi in numerosi ostacoli. Si registrano, infatti, trattamenti differenziati riservati agli stranieri sia nell'accesso alla casa, come la preclusione per i cittadini extracomunitari⁵⁶ o per quelli provenien-

(49) Ammontano a 1 milione e 400 mila gli utenti degli alloggi ERP, FEDERCASA-NOMISMA, *Osservatorio Federcasa Edilizia Residenziale Pubblica (dati 2016)*, 2019, p. 20.

(50) L'incidenza della povertà assoluta è calcolata sulla base di una soglia corrispondente alla spesa mensile minima necessaria per acquisire un paniere di beni e servizi che, nel contesto italiano e per una famiglia con determinate caratteristiche, è considerato essenziale a uno *standard* di vita minimamente accettabile. Sono classificate come assolutamente povere le famiglie con una spesa mensile pari o inferiore al valore della soglia (che si differenzia per dimensione e composizione per età della famiglia, per ripartizione geografica e per tipo di Comune di residenza), *Report ISTAT sulla povertà in Italia* 2017, p. 2.

(51) ISTAT, *Rapporto sulla povertà in Italia* 2017, pp. 5 e 11.

(52) FEDERCASA-NOMISMA, *Osservatorio Federcasa Edilizia Residenziale Pubblica (dati 2016)*, 2019.

(53) M. DELSIGNORE, *I servizi sociali nella crisi economica*, in *Dir. amm.*, 3, 2018, p. 587 ss.

(54) C. CORSI, *Peripezie di un cammino verso l'integrazione giuridica*, cit., p. 20.

(55) FEDERCASA-NOMISMA, *Osservatorio Federcasa Edilizia Residenziale Pubblica (dati 2016)*, 2019, p. 20.

(56) Tale esclusione è stata rilevata nel *Dossier sull'accesso alla casa. Regione Emilia-Roma-*

ti da determinati Paesi⁵⁷, ma anche nella determinazione del canone, che sconta maggiorazioni rispetto a quello applicato ai cittadini italiani per appartamenti con le medesime caratteristiche⁵⁸. A parità di condizione reddituale, inoltre, le sistemazioni a cui accedono gli immigrati sono tendenzialmente inferiori in termini di *standard*⁵⁹. Questo si deve a una diffusa resistenza dei proprietari privati a locare la propria casa agli stranieri derivante dall'attribuzione a questi ultimi di comportamenti quali: «morosità, trascuratezza nel mantenimento degli immobili, abitudini difficilmente conciliabili con quelle degli altri condomini, rumorosità e percezione di insicurezza»⁶⁰. La conseguenza è che l'accesso alla casa degli immigrati è spesso subordinato alle scelte della popolazione locale e sono quindi loro lasciati gli alloggi peggiori, sia in termini di caratteristiche manutentive che contestuali. Inoltre, la necessità di ottenere alloggi in tempi brevi, in quanto l'alloggio è il presupposto per accedere ad altre prestazioni, e le loro contenute capacità economiche concorrono a vederli relegati negli spazi interstiziali della città⁶¹ con tutto ciò che ne deriva in termini di impatto sul processo di integrazione⁶².

gna, Edicta Edizioni, 2011, ma anche nell'indagine condotta da Mambretti e Quassoli nel 2015 sui mercati abitativi di Milano e Pavia che ha messo in evidenza attraverso interviste telefoniche come a seconda della nazionalità dell'interlocutore il medesimo alloggio risultava disponibile o meno (52% di risposte positive per il contatto italiano e 41% per quello straniero). Lo studio è stato richiamato da F. COLOMBO, *L'autonomia abitativa di richiedenti asilo e titolari di protezione internazionale in Italia*, Report di ricerca progetto FAMI PROG-344 "Communitas", p. 6.

(57) Si veda in proposito l'articolo dedicato al mercato delle locazioni torinese *L'integrazione negata. Se sei immigrato niente casa in affitto*, pubblicato sulla Stampa.it il giorno 28 gennaio 2017.

(58) Secondo l'indagine del CENSIS, *La domanda abitativa negli anni 2000. Indagine sulla condizione abitativa delle famiglie italiane, sui segmenti di domanda debole e sugli strumenti finanziari per il rilancio dell'edilizia sociale*, a parità di condizione reddituale, le sistemazioni a cui accedono gli immigrati sono tendenzialmente più care e peggiori in termini di standard rispetto a quelle degli autoctoni, Roma, 2004.

(59) EXTRAFONDATE - ASSOCIAZIONE FRA PROFESSIONISTI DI MARINA PIRAZZI E LAURA POZZOLI, *Sguardi sull'abitare degli stranieri a Bologna e provincia*, Dossier n. 1, 2011, p. 47.

(60) *La discriminazione nell'accesso alla casa. Ricerche sul mercato dell'affitto e sull'edilizia residenziale pubblica in Emilia-Romagna*, Edicta, 2011, p. 22.

(61) E. OSTANEL, A. CANCELLIERI, *Diritto all'abitare e immigrazione: territori, geografie e attori*, in *Archivio di studi urbani e regionali*, 114, 2015.

(62) La letteratura sociologica indica con l'espressione *neighbourhood effects* «le influenze che

Tali dinamiche evidentemente sono accentuate nei centri ad alta tensione abitativa mentre si attenuano nei Comuni montani o di campagna in cui «non sono sporadici i casi in cui si tende a concordare al ribasso l'affitto per far fronte a temporanee situazioni di indigenza del committente»⁶³.

Per arginare il fenomeno discriminatorio, il Testo unico sull'immigrazione, d.lgs. n. 286/1998, prevede, all'articolo 44, comma 2, in combinato disposto con l'art. 43, la possibilità di attivare una procedura civile nei confronti di «chiunque illegittimamente imponga condizioni più svantaggiose o si rifiuti di fornire l'accesso [...] all'alloggio [...] soltanto in ragione della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità». Come disposto dall'art. 28, comma 5, del d.lgs. n. 150/2011 cui l'art. 44 rinvia, con l'ordinanza che definisce il giudizio il giudice può condannare il convenuto al risarcimento del danno non patrimoniale e ordinare la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio pregiudizievole, adottando, anche nei confronti della pubblica amministrazione, ogni altro provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti.

Il divieto di discriminazione, in quanto espressione del principio di eguaglianza⁶⁴, è dunque idoneo a limitare l'autonomia contrattuale in virtù dell'art. 41, comma 2 della Costituzione, poiché mina la libertà e la dignità umana. Tuttavia, le pronunce rilevate⁶⁵ non sembrano essere proporzionate all'entità del fenomeno discriminatorio mettendo in evidenza quindi la necessità di introdurre ulteriori strumenti per contra-

il quartiere, inteso anche come aggregato sociale e comunità, può avere sugli individui e sulle loro realizzazioni», D. BENASSI, M. ALBERIO, *Povertà Urbana*, in S. VICARI (a cura di), *Questioni Urbane*, Bologna, Il Mulino, 2013.

(63) *La discriminazione nell'accesso alla casa. Ricerche sul mercato dell'affitto e sull'edilizia residenziale pubblica in Emilia-Romagna*, cit., p. 24.

(64) *Ibidem*. L'autore richiama la seguente giurisprudenza: Cass., sez. un., 15 febbraio 2011, n. 3670, in *F. it.*, 2011, 4, I, c. 1101 ss.; Cass., sez. un., 30 marzo 2011, n. 7186.

(65) Fra le pronunce significative in questo senso emerge la censura del Comune di Bologna, ord. 22 febbraio 2001, nei confronti di un sito internet per la ricerca di alloggi riferito ai soli cittadini extracomunitari o la condanna del Tribunale di Milano, ord. 3 marzo 2000, nei confronti di un'agenzia immobiliare che si era rifiutata di concludere contratti di locazione con cittadini extracomunitari.

starlo nei diversi momenti dell'attività contrattuale: dalla fase «prenegoziale (rifiuto di trattare o di concludere il contratto), alla determinazione del contenuto del regolamento (applicazione di condizioni più svantaggiose), fino all'attuazione del rapporto (rifiuto di adempiere, scelta delle modalità di adempimento o esercizio discriminatorio dei poteri contrattuali)»⁶⁶.

Infine, venendo all'accesso alla casa di proprietà si tratta di un'ipotesi in recessione all'indomani della crisi. Nel 2017, quelle che interessano gli stranieri, rappresentano solo l'8% del volume delle compravendite residenziali, mentre nel 2007 erano il 17%⁶⁷. Si stima infatti che questa fetta di popolazione viva per il 64,7% in affitto, per l'8,9% presso la famiglia in cui lavora e per il 7,3% da parenti o altri connazionali. In sostanza, chi ha potuto permettersi di comprare casa lo ha fatto soprattutto negli anni passati, quando le banche selezionavano con minor rigidità, rispetto a oggi, i destinatari del credito⁶⁸.

3. Vecchi e nuovi abitanti, quali prospettive per il diritto all'abitare?

Le politiche abitative nel nostro Paese sono segnate nella loro fase genetica da due obiettivi principali: il rafforzamento dell'intervento pubblico diretto e la regolazione dei prezzi di locazione finalizzata ad allargare l'offerta per la fascia di beneficiari più deboli.

Il perseguimento di questi obiettivi ha portato, da una parte, alla creazione di un fondo strutturale destinato all'edilizia pubblica finanziato attraverso una ritenuta sui proventi dei lavoratori gestita dalla Gestione case per lavoratori - GESCAL (l. n. 60/1963) e, dall'altra, alla legge 27 luglio 1978, n. 392 che ha introdotto l'equo canone sulla locazione abitativa.

Il punto di rottura di tale meccanismo si ha nel 1998 quando terminano le trattenute sugli stipendi dei lavoratori (l. n. 335/1995, art. 3, comma

(66) G. CARAPEZZA FIGLIA, *Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2015, p. 11387 ss.

(67) A. LOVERA, *Agli immigrati il 4% delle compravendite residenziali*, in *Il Sole 24 ore*, 2 agosto 2017.

(68) *Ibidem*.

24) e vengono meno anche le disposizioni sull'equo canone definitivamente superate con la legge n. 431/1998⁶⁹.

A questo deve aggiungersi, da un lato, il massiccio fenomeno della vendita del patrimonio di edilizia residenziale pubblica, solo mascheratamente volto al suo potenziamento dato che, come rilevato dalla Corte dei Conti, «la vendita di un alloggio finanzia il costo di una nuova realtà immobiliare in misura prevalentemente compresa tra il 30% e il 50%»⁷⁰ e, dall'altro, la difficoltà di garantire un effettivo *turn over* nell'accesso alla casa pubblica, dovuto alla permanenza di soggetti che non ne avrebbero più il diritto.

Sul fronte del sostegno alle locazioni si assiste poi a una progressiva erosione⁷¹ del Fondo nazionale per il sostegno all'accesso alle abitazioni in locazione, di cui all'art. 11 della legge n. 431/1998.

Il risultato è che il diritto all'abitare oggi non è garantito a tutti coloro che non possono accedere a una casa a valori di mercato ed è ancor di più compromesso per gli stranieri ai quali sono posti una serie di ostacoli ulteriori che vanno dalla già richiamata anzianità di residenza, alle clausole di reciprocità⁷² fino alla richiesta di dimostrare l'assenza di titolarità di diritti di proprietà o di altri diritti reali di godimento su beni immobili adeguati alle esigenze del nucleo familiare, ubicati nel territorio

(69) Con il risultato che solo il 20% dell'ammontare delle locazioni si serve del canone concordato con un impatto moderato sulla determinazione del canone. F. COLOMBO, *L'autonomia abitativa di richiedenti asilo e titolari di protezione internazionale in Italia*, cit., p. 9.

(70) Corte dei Conti, Sezione delle autonomie, *Relazione sulla gestione dell'edilizia residenziale pubblica*, deliberazione n. 10/2007, p. 51.

(71) «Dopo che nel 2011 si era toccata l'irrisoria cifra di dieci milioni di euro, un ulteriore stanziamento di cento milioni si era avuto per ciascuno degli anni 2014 e 2015 (sebbene le risorse effettivamente trasferite dalle Regioni ai Comuni siano state poco più del venti per cento). Successivamente, la legge di stabilità n. 208/2015 non aveva disposto alcun finanziamento per il 2016, mentre da ultimo, l'art. 1, commi 20 e 21, della legge n. 205/2017 ha assegnato nuovamente al Fondo una dotazione di soli dieci milioni di euro per ciascuno degli anni 2019 e 2020, prevedendo inoltre che le Regioni possano destinare al Fondo in questione le somme non spese della dotazione del Fondo destinato agli inquilini morosi incolpevoli (art. 6, quinto comma, del decreto-legge n. 102/2013, convertito con modificazioni in legge n. 124/2013)». E. OLIVITO, *Cosa resta del diritto all'abitare*, cit.

(72) Il Comune di Chiari aveva introdotto nel proprio regolamento tale clausola che è stata censurata dal TAR Lombardia con l'ordinanza n. 264 del 2005, in quanto la disposizione contrastava con l'articolo 2, comma 2 TUM in base al quale «lo straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello stato gode dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano».

italiano o all'estero⁷³ che rappresenta un criterio di assoluta esclusione per i titolari di protezione internazionale che non possono avanzare richieste formali ai propri Paesi di origine⁷⁴.

Questo scenario di scarsità di risorse combinato alla necessità da parte delle politiche di produrre interventi che evitino l'ulteriore consumo di suolo⁷⁵, porta inevitabilmente a volgere lo sguardo al patrimonio esistente potenzialmente a disposizione della domanda abitativa.

Sul fronte del patrimonio privato sottoutilizzato, secondo i dati dell'Agenzia delle entrate lo *stock* abitativo non utilizzato di proprietà di persone fisiche ammonterebbe a 5.998.490 unità⁷⁶. Se questo ammontare viene depurato delle "seconde case", emergono circa 3 milioni di unità abitative che potrebbero essere utilizzate per esigenze temporanee⁷⁷ (9,2 % del totale).

Sul fronte pubblico, secondo i dati del «Rapporto sui beni immobili delle amministrazioni pubbliche 2018» redatto dal MEF sulla base delle comunicazioni inviate al Dipartimento del tesoro da parte delle amministrazioni tenute ai sensi dell'art. 2, comma 222, della legge n. 191 del 2009, con riferimento all'anno 2015, che comprende il 69% delle amministrazioni pubbliche tenute al rilevamento, sarebbero 48.904 i beni immobili ad uso residenziale e commerciale inutilizzati.

(73) Lo prevede l'art. 22, comma 1, lett. d della l.r. 16/2016 della Regione Lombardia. A questo proposito merita di essere citata l'ordinanza del Tribunale di Milano n. 20954/2018 che ha imposto al Comune di Lodi di rivedere il proprio regolamento per l'accesso alle prestazioni sociali agevolate nella parte in cui prevede regimi differenziati per italiani e stranieri, richiedendo a questi ultimi di produrre la certificazione asseverata rilasciata dalla competente autorità dello Stato estero, resa ai sensi dell'art. 3 d.p.r. 445/2000, che attesti l'assenza di redditi e proprietà nello stato estero di provenienza.

(74) F. COLOMBO, *L'autonomia abitativa di richiedenti asilo e titolari di protezione internazionale in Italia*, cit., p. 5.

(75) Si rinvia a questo proposito al fascicolo 3, 2017 di *questa Rivista* per l'appunto dedicato a *La rigenerazione urbana e le nuove sfide per il governo del territorio*.

(76) Nelle grandi città la percentuale di unità immobiliari ad uso residenziale è per Milano il 10%, seguita da Roma con il 9% e Napoli con l'8%. Agenzia delle Entrate, *Gli immobili in Italia 2017*, cit., p. 26.

(77) *Ivi*, p. 17.

Questi numeri non tengono poi conto del patrimonio immobiliare dismesso con altre destinazioni d'uso che potrebbe essere riconvertito a fini abitativi.

Se l'ottimizzazione dell'offerta sembra poter essere la soluzione più ragionevole, molte incognite restano da sciogliere. In primo luogo, la localizzazione di questo patrimonio è coerente con la domanda? Ha le caratteristiche strutturali e funzionali necessarie a rispondere alle esigenze abitative? A quale soggetto sarebbe più opportuno affidarne la gestione o l'intermediazione? Come identificare la platea di beneficiari?

Per concludere la prefigurazione di possibili scenari futuri relativi al diritto all'abitare per i nuovi abitanti, un cenno meritano certamente le novità introdotte dai d.l. nn. 113/2018 e 4/2019, con riguardo rispettivamente, a iscrizione anagrafica e occupazioni arbitrarie di immobili, e alle misure di contrasto alla povertà.

Sul primo fronte, il d.l. 113/2018 ha escluso l'idoneità del permesso di soggiorno per richiesta di asilo quale titolo per l'iscrizione anagrafica. Sono per il momento due le interpretazioni contrapposte della novella, secondo alcuni costituirebbe una preclusione rivolta a una specifica categoria di persone (i richiedenti asilo) a un diritto fondamentale quale è l'iscrizione anagrafica, secondo altri verrebbe solo meno una procedura semplificata che rendeva automatica l'iscrizione per gli ospiti delle strutture di accoglienza⁷⁸.

Indipendentemente dall'interpretazione per la quale si propenda⁷⁹, con riferimento all'accesso ai servizi erogati da soggetti privati tra cui rientrano quelli forniti dalle agenzie immobiliari, non dovrebbe produrre

(78) La procedura è stata richiamata dalla circolare del Comune di Crema n. 10871 del 7/03/2019 che ha accolto questa interpretazione.

(79) Il d.l. n. 113/2018 ha aggiunto all'art. 4 del d.lgs. 142/2015 il comma 1-*bis* secondo cui il permesso di soggiorno per richiesta asilo «non costituisce titolo per l'iscrizione anagrafica». Stando alla ricostruzione sulle conseguenze di tale provvedimento proposta da D. CONSOLI, N. ZORZELLA, *L'iscrizione anagrafica e l'accesso ai servizi territoriali dei richiedenti asilo ai tempi del salvinismo*, pubblicata sul sito *web* dell'Asgi l'8 gennaio 2019, sarebbe ipotizzabile, in virtù della mancanza di un espresso divieto di iscrizione, l'idoneità di altri titoli a questo scopo, come il modulo C3 con il quale prende avvio il procedimento volto a verificare la fondatezza della richiesta di protezione internazionale. Le autrici sottolineano come, qualora non potesse essere perseguita tale ipotesi, eventualità che dovrebbe condurre ad adire la Corte costituzionale per violazione dell'art. 3 Cost., resta comunque fatto salvo l'accesso ai servizi di cui al d.lgs. 142/2015 erogati sul territorio in virtù dell'art. 5.

conseguenze. Nessuna norma prevede infatti che venga esibito il certificato di residenza⁸⁰, l'art. 4, comma 1, d.lgs. 142/2015, stabilisce infatti che «[...] il permesso di soggiorno costituisce documento di riconoscimento ai sensi dell'articolo 1, comma 1, lett. c), del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445». Evidenti sono invece le ripercussioni preclusive che la mancata iscrizione avrebbe sull'accesso ai servizi sociali vincolati alla residenza⁸¹.

Un cenno merita altresì l'art. 31-ter del d.l. 113/2018, in materia di occupazioni arbitrarie di immobili, che prevede una sorta di presa in carico di quegli occupanti che «non sono in grado di reperire autonomamente una sistemazione alloggiativa alternativa» da parte del prefetto, mediante la costituzione di una cabina di regia, composta da rappresentanti della Regione e degli Enti locali e degli enti competenti in materia di edilizia residenziale pubblica. Viene spontaneo chiedersi quali interventi potranno essere messi in campo, in mancanza di risorse aggiuntive con le quali far fronte alla carenza di alloggi pubblici cui si è già fatto cenno. Le uniche risorse stanziare dal d.l., pari a 2 milioni di euro, sono infatti destinate a indennizzare i proprietari per il mancato godimento degli immobili occupati oltre il termine di novanta giorni entro cui la cabina di regia è chiamata a provvedere alla loro liberazione. Venendo infine al reddito di cittadinanza introdotto dal d.l. 4/2019, definito dall'art. 1, comma 1, quale «politica attiva del lavoro a garanzia del diritto al lavoro, di contrasto alla povertà, alla disuguaglianza e all'esclusione sociale» e che può sostenere in parte il pagamento del canone di locazione o il mutuo relativo all'abitazione di residenza⁸², elenca, all'art. 2, comma 1, lett. a) e b), tra i requisiti rilevanti per gli stranieri: la titolarità del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo

(80) *Ibidem*.

(81) M. BELLETTI, *La Corte costituzionale torna, in tre occasioni ravvicinate, sul requisito del radicamento territoriale*, cit., p. 5.

(82) L'art. 3, comma 1, lett. b) prevede che una componente del beneficio economico integri il reddito dei nuclei familiari residenti in abitazione in locazione, pari all'ammontare del canone annuo previsto nel contratto in locazione, fino ad un massimo di euro 3.360 annui. Il comma 2 aggiunge inoltre che «è concessa altresì nella misura della rata mensile del mutuo e fino ad un massimo di 1.800 euro annui ai nuclei familiari residenti in abitazione di proprietà».

periodo e la residenza in Italia da 10 anni, di cui gli ultimi due in modo continuativo.

Entrambi si prestano al giudizio di legittimità della Corte costituzionale. Con riferimento al primo poiché, essendo ottenibile solo da chi abbia un reddito minimo pari all'assegno sociale e un alloggio idoneo secondo l'art. 9, comma 1, del TUM, risulta irragionevole rispetto alla *ratio* della norma laddove condiziona il beneficio che dovrebbe contrastare la povertà al possesso di un requisito che quella povertà esclude⁸³. Parimenti per il requisito di lungo-residenza⁸⁴, stando alla giurisprudenza già richiamata, anche il reddito di cittadinanza, in quanto «riservato a casi di vera e propria indigenza», non dovrebbe essere correlato alla lunga protrazione nel tempo del radicamento territoriale⁸⁵.

La Corte sarà quindi con molta probabilità chiamata a pronunciarsi nuovamente e, non essendo mutati i fattori, non si vede come possa mutare il risultato. Il sospetto è che anche in questo caso ci si trovi di fronte a norme di cui si conoscono già i profili di illegittimità e che si risolvono, in definitiva, in «leggi bandiera che rispondono a logiche di retorica politica e di propaganda»⁸⁶.

(83) A. GUARISO, *Stranieri e reddito di cittadinanza: prime osservazioni*, 15 febbraio 2019, in <https://www.asgi.it/discriminazioni/reddito-cittadinanza-discriminazioni-illogicit/>, p. 8.

(84) Alle medesime conclusioni giungono M. BELLETTI, *La Corte costituzionale torna, in tre occasioni ravvicinate, sul requisito del radicamento territoriale*, cit., p. 26 e C. CORSI, *La trilogia della Corte costituzionale: ancora sui requisiti di lungo-residenza per l'accesso alle prestazioni sociali*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2019, p. 14.

(85) Punto 7 del Considerato in diritto della sentenza della Corte costituzionale n. 166/2018.

(86) C. CORSI, *La trilogia della Corte costituzionale: ancora sui requisiti di lungo-residenza per l'accesso alle prestazioni sociali*, cit., p. 11.

La integración de los inmigrantes y el acceso a la vivienda: un doble reto para la Administración española*

María Antonia Arias Martínez

Il legislatore regionale spagnolo ha sviluppato una serie di misure per affrontare la crisi residenziale che colpisce, fondamentalmente, i gruppi più vulnerabili tra cui possono annoverarsi anche gli immigrati, per i quali avere una sistemazione abitativa decente è essenziale non solo per lo sviluppo del loro progetto di vita, ma anche per la loro stessa integrazione nella società ospitante. Questo articolo analizza quindi le soluzioni approntate dal legislatore per affrontare questa doppia problematica e conclude sulla loro scarsa efficacia pratica. Sebbene una buona parte delle norme adottate dalle Comunità autonome spagnole in materia di alloggi abbiano una forte impronta sociale, la loro concreta attuazione richiede l'adempimento di una serie di requisiti che diventano per gli immigrati vere e proprie barriere amministrative impossibili da superare.

1. Introducción: el acceso a la vivienda crucial para la integración social de los inmigrantes

Si bien el fenómeno migratorio no es una novedad, la densidad y complejidad que ha alcanzado en los últimos tiempos ha convertido a los flujos migratorios transnacionales en uno de los grandes desafíos sociales que se plantean en el siglo XXI dentro del contexto de la globalización¹.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco de la red Armela y del Proyecto de Investigación DER2016-79913-R financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

(1) Como se pone de manifiesto en el texto de "El Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular", promovido por la ONU y firmado por 164 Países el 13 de julio de 2018: «Aprendimos que la migración es uno de los rasgos distintivos de nuestro mundo globalizado, que vincula a las sociedades dentro de todas las regiones y también a nivel interregional, haciendo que todas las naciones sean a la vez Países de origen, tránsito y destino» <https://undocs.org/es/A/CONF.231/3> (última consulta 07/03/2019). Un resumen de la evolución histórica en Europa de los movimientos migratorios puede verse en el estudio realizado por G. VESTRI bajo

Son múltiples y diversas las razones que llevan a una persona a desplazarse a un país extranjero abandonando el suyo propio². No obstante, se puede afirmar que, con carácter general, los migrantes huyen de la pobreza y de la miseria en ocasiones derivada de los enfrentamientos bélicos en los que se encuentran inmersos sus países de origen³.

En las últimas décadas se ha producido en España un cambio en el sentido de los flujos migratorios pasando de ser un país fundamentalmente de salida, para convertirse también en objeto de destino de muchos extranjeros que buscan una mejora de las condiciones de vida frente a situaciones de pobreza, hambre, guerra, persecución, etc⁴. Ello ha exigido a la Administración española poner en marcha políticas de inte-

el título *Una aproximación a la actual crisis migratoria en la Unión Europea*, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RECHTD) 9(2):105-116, maio-agosto 2017.

(2) De acuerdo con el politólogo francés SAMI NAIR, cabe mencionar como principales causas de estos movimientos migratorios: la crisis económica de 2008, el aumento de las desigualdades entre Europa y África del norte y subsahariana, el empobrecimiento súbito de los Países del este sometidos a políticas despiadadas de ajuste estructural, la extensión incontrolable del caos en Oriente Medio con la destrucción del Estado iraquí en 2003 y la descomposición de Siria desde 2011. Estos son los principales factores que desembocan en la huida de millones de personas hacia Europa. <https://ianasagasti.blogspot.com/2016/03/qu%C3%A9-debe-hacer-la-ue-so-bre-la-inmigraci%C3%B3n.html> (última consulta 07/03/2019).

(3) La Ue se enfrenta a dos tipos entremezclados de demanda migratoria, la de los inmigrantes económicos (estructural) y la de los solicitantes de asilo (coyuntural). Los primeros intentan escapar de la miseria en Países pobres no comunitarios, los segundos huyen de situaciones de guerras civiles. Así, como consecuencia de la guerra civil iniciada en el año 2011, Siria se encuentra entre los Países con más emigrantes: 6.864.445 sirios viven en el extranjero, esto es, un 37,57% de su población datosmacro.expansion.com/demografia/migracion/emigracion/siria (última consulta 07/03/2019).

(4) España es un caso excepcional en la historia europea ya que el País recibió 5 millones de nuevos habitantes en menos de 10 años, hasta representar actualmente el 12% de la población según los datos contenidos en *El plan estratégico de ciudadanía e integración [2011 | 2014]*, aprobado por el Consejo de Ministros el 23 de septiembre de 2011 p. 31 (http://extranjeros.mtramiss.gob.es/es/Programas_Integracion/Plan_estrategico2011/pdf/PE-CI-2011-2014.pdf, última consulta 07/03/2019).

En estos momentos, después de un período de crisis de las economías occidentales entre 2008 y 2013 que redujo los volúmenes de llegada de personas de origen extranjero, y con la mejora de los indicadores macroeconómicos y las perspectivas de futuro, se ha reactivado este fenómeno, reavivando incluso desde 2015 canteras o nacionalidades que se creían agotadas. En este sentido, cabe hacer referencia a una noticia publicada recientemente en el diario *El País* (https://elpais.com/politica/2019/01/27/actualidad/1548606032_411492.html, última consulta 07/03/2019) en la que se apunta, según datos de Frontex, que la agencia europea de fronteras, en las costas del sur de España recibieron en el año 2018 casi 57.000 migrantes, el doble que Italia y casi igual que Grecia.

gración con el fin de mejorar el acceso de los inmigrantes a servicios esenciales como la educación, los servicios sociales, la salud o la vivienda. En este sentido la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante la LODLEIS) dirige a todos los poderes públicos el mandato de promover «la plena integración de los extranjeros en la sociedad española, en un marco de convivencia de identidades y culturas diversas» (art. 2-ter). Concretamente, las administraciones públicas deben incorporar «el objetivo de la integración entre inmigrantes y sociedad receptora, con carácter transversal a todas las políticas y servicios públicos». Prioritariamente señala como factores esenciales de integración la incorporación al sistema educativo, garantizando en todo caso la escolarización en la edad obligatoria, el aprendizaje del conjunto de lenguas oficiales, y el acceso al empleo. Sin embargo, aunque el legislador orgánico no lo menciona, para el disfrute de estos derechos y aprovechamiento adecuado de los servicios públicos, es un requisito esencial que el migrante cuente con un establecimiento espacial en condiciones de habitabilidad y seguridad⁵. Sin una dirección para empadronarse es difícil acceder a los recursos sociales necesarios para iniciar el proceso de integración en la sociedad de acogida. El acceso a una vivienda digna se convierte así en un presupuesto esencial para la integración.

Sin embargo, la tenencia de un alojamiento en adecuadas condiciones de habitabilidad, seguridad y salubridad, a un precio asequible, se ha convertido en uno de los más graves problemas que afecta a la sociedad española en general y, en particular, a los colectivos más vulnerables entre los que se encuentran los inmigrantes. Este colectivo está integrado por extranjeros, principalmente, de baja cualificación y ren-

(5) A. VIANA GARCÉS (*El Derecho a la vivienda de los inmigrantes: mapa jurídico de una tela de araña*, en E. AJA (coord.), *El Derecho de los inmigrantes*, Valencia, Tirant lo Blanch-IDP, 2009, p. 540) considera que deliberadamente el legislador deja fuera de la LOE el derecho a la vivienda como objetivo prioritario de integración ignorando que «el empadronamiento es necesario para contar con una tarjeta sanitaria, para participar en un eventual proceso de regularización y para la tramitación de la reagrupación familiar, que sólo es posible si el alojamiento se adecúa a las condiciones mínimas tasadas por la Administración». En el mismo sentido S. DIEZ SASTRE, *Vivienda, Inmigración y Municipios*, en Id. (coord.), *Inmigración y gobiernos locales*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 273, quien sostiene que sin la posesión de una vivienda no es imaginable ningún tipo de integración en ninguna sociedad.

ta que han sufrido las consecuencias del incremento de los precios y de los alquileres durante el “boom” inmobiliario llevándolos en algunos casos a situaciones extremas⁶. Tras la crisis económica, simultánea al fin de la “burbuja”, se ve agravado su ya difícil acceso a un alojamiento digno⁷. El aumento de la precariedad laboral y el riesgo de pobreza de los hogares que ha dejado la crisis económica y financiera sufrida en los últimos años tiene una repercusión especialmente significativa en el ámbito de la vivienda, donde nos encontramos con un exceso de oferta que no se ajusta a las necesidades de la demanda⁸. Los inmigrantes, al igual que muchos españoles, no han podido afrontar el pago de las hipotecas o los alquileres, lo que ha repercutido aún más, tanto desde un punto de vista cualitativo como cuantitativo, en su precariedad residencial⁹.

En paralelo a la Gran Recesión se produce el despegue de las plataformas tecnológicas a través de las cuales se canaliza la economía cola-

(6) Nos referimos a aquellos migrantes que se vieron abocados a condiciones de vivienda a veces inhumanas, con índices de hacinamiento insoportables, que llegaban a extremos intolerables en la modalidad de subarriendo denominada como “cama caliente” en “pisos-patera”, con alquileres abusivos por turnos establecidos en función de los horarios laborales.

(7) En la presentación de la investigación *Las condiciones de Vida de la Población Inmigrante en España* del EAE Business School, se pone de manifiesto que el 47,1% de los inmigrantes extra-europeos que residen en España se encuentran en riesgo de exclusión o pobreza y que el 82% de las familias de este origen tiene dificultades para llegar a fin de mes. Datos obtenidos del *Informe España 2013. Una interpretación de su realidad social*, p. 364 (<https://www.informe-espana.es/download/vivienda/capitulo5.pdf>, última consulta 07/03/2019).

(8) Efectivamente, en la actualidad nos encontramos por un lado con un desorbitado parque de viviendas sin uso o infrutilizado (viviendas deshabitadas y viviendas no vendidas que quedan en manos de entidades financieras) y, por otro, con una demanda insatisfecha, con una oferta insuficiente, a precios no adecuados, y numerosos procesos de privación de vivienda, en particular por desahucios provenientes de ejecuciones hipotecarias derivadas de la imposibilidad de sus moradores de pagar el precio de adquisición o de alquiler. Los grupos vulnerables entre los que cabe situar a los inmigrantes en paro o subempleo se encuentran con una oferta insuficiente de vivienda social en alquiler adaptada a las distintas situaciones sociales.

(9) Según la *Encuesta Nacional de Inmigrantes 2007* realizada por el INE, la situación habitacional de los inmigrantes a finales de 2007 es la siguiente: los inmigrantes residían mayoritariamente en edificios compuestos por varias viviendas ocupadas en régimen de alquiler. Concretamente el 47,5% vivían en régimen de alquiler, el 32,7% lo hacían en una vivienda de su propiedad y un 14% en viviendas cedidas. Datos obtenidos del *Informe España 2013. Una interpretación de su realidad social*, p. 364 (<https://www.informe-espana.es/download/vivienda/capitulo5.pdf>). Esto significa que los inmigrantes también se embarcaron en la compra de viviendas y comparten con los autóctonos la angustia y preocupación de verse afectados por los desahucios.

borativa en el sector inmobiliario. Estas plataformas permiten que los particulares ofrezcan como alojamiento (fundamentalmente para turistas), bienes inmuebles, por cortos periodos de tiempo, a precios muy competitivos¹⁰. Este sistema de colaboración económica, es muy rentable para los turistas (demandantes de alojamiento) y para los propietarios (ofertantes), pero produce efectos que inciden muy negativamente en acceso a una vivienda por parte de los colectivos más vulnerables¹¹. Así pues, tanto el impacto de la crisis financiera y económica mundial que ha afectado con especial intensidad a los Estados de la zona euro, como el apogeo de las plataformas de alojamiento turístico, agravan el difícil acceso de los migrantes a un alojamiento digno cuya garantía efectiva corresponde a las Administraciones Públicas. Estas, como se expone a lo largo de este trabajo, se han visto obligadas a abordar nuevos planteamientos sobre las políticas públicas de vivienda¹².

La vivienda es, como se ha señalado, un área de actuación clave para la integración de los inmigrantes. El bloque de la constitucionalidad atribuye con carácter exclusivo la competencia sobre esta materia a las Comunidades Autónomas (en adelante CCAA). No obstante, el Estado también incide sobre este ámbito de actuación a través de sus títulos com-

(10) Señala M. ALMEIDA CERREDA, *Los desafíos de las políticas y de los servicios sociales municipales: de la superación de las secuelas de la Gran Recesión, a la adaptación a un nuevo entorno socioeconómico*, en *Participación ciudadana y regeneración política. Retos de la gestión de los servicios públicos y de los derechos sociales*, en *Anuario de Gobierno Local*, 2017, p. 195, que para el particular “huésped/turista” el precio del alojamiento es mucho más bajo que el de un hotel tradicional, mientras que para el particular “anfitrión/hotelero” este modelo de negocio, entre otras ventajas – lícitas o, incluso, ilícitas –, le permite obtener por su inmueble un rendimiento económico sustancialmente más alto que si lo arrendase al modo tradicional, como vivienda o por períodos largos de estancia.

(11) En este sentido véase M. ALMEIDA CERREDA, *op. ult. cit.*, p. 195, quien subraya que en las grandes ciudades, la llegada masiva de viajeros encarece las rentas de los inmuebles (la subida puede alcanzar hasta un 20 %), impidiendo el acceso al alojamiento, en su ciudad, a los vecinos con rentas más bajas.

(12) Algunas de ellas son como señala M. CARRILLO, *La crisis y los derechos sociales en las políticas públicas de la Generalitat*, en *Revista catalana de dret públic*, 16, 2018, p. 34: la reorientación de los planes de vivienda desde el fomento de la propiedad hacia el alquiler, o incluso reduciendo la obra nueva en favor de la rehabilitación de edificios; la promulgación de una nueva legislación sobre la vivienda a fin de contribuir a la efectividad del derecho a la vivienda y la adopción de medidas extraordinarias para afrontar problemas que han adquirido dimensiones considerables como el desahucio de sus viviendas habituales de personas y familias vulnerables.

petenciales transversales de carácter exclusivo como las «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica» (art. 149.1.3 CE). La Administración local es, sin embargo, por su proximidad al inmigrante, a la que le corresponde dar una respuesta inmediata a las demandas de prestaciones y servicios que dicho colectivo presente. De acuerdo con la LODLEIS uno de los principios que deben informar la actuación de las administraciones públicas en el ejercicio de sus competencias vinculadas con la inmigración es «la integración social de los inmigrantes mediante políticas transversales dirigidas a toda la ciudadanía» (art. 2-*bis*.c). Por lo tanto, el Estado, las CCAA y los entes locales deben favorecer la integración de los inmigrantes en el marco de sus competencias. Mientras que al Estado le corresponde realizar, principalmente, una adecuada gestión de los flujos migratorios, a las CCAA y a los entes locales les atañe la ordenación y ejecución de los títulos sectoriales que se encuentran dentro de su ámbito competencial como es el caso de la vivienda. Se trata de prevenir la marginación de la población inmigrante aplicando políticas públicas dirigidas a su integración. La articulación, desde un punto de vista jurídico, de los fenómenos de la vivienda y la emigración nos sitúa, sin duda alguna, ante una realidad compleja que exige la actuación coordinada del Estado, las CCAA y los entes locales en el ejercicio de sus respectivas competencias en estos ámbitos.

2. Referencia sucinta al concepto y características de la integración

El colectivo de migrantes que abandona su país de origen huyendo de la pobreza y de la inestabilidad e inseguridad está integrado, por lo que aquí interesa, por extranjeros no comunitarios que vienen a España para trabajar y mejorar sus condiciones de vida¹³. Con el fin de aprove-

(13) Como apuntó E. AJA, *Las funciones de las comunidades autónomas en el ámbito de la inmigración*, en *Informe Comunidades Autónomas 1999*, http://idpbarcelona.net/docs/public/ic-cao/1999/monog99_aja.pdf, última consulta 07/03/2019, aunque la Ley 4/2000 se refiere a los extranjeros «formalmente se aplica, pues, a todos los demás extranjeros (todos los que carezcan de nacionalidad española), pero en la práctica gran parte de las normas legales no va dirigida a los extranjeros en general (turistas, ejecutivos americanos o japoneses) sino a los inmigrantes, es decir, a los trabajadores extranjeros, y sus familias, que provienen de Países extracomunitarios más pobres que España y que han venido en busca de un trabajo que no encuentran en su País».

char las sinergias positivas que supone, tanto para la población autóctona como para los migrantes y sus descendientes, una inmigración bien planificada, es esencial la integración económica, social, cultural y política de los migrantes en la sociedad de acogida.

En la actualidad, la integración se entiende como el resultado de un conjunto de procesos bidireccionales, personales y sociales, entre la población de destino y las personas migrantes con el fin de que estas ocupen una posición en el seno de la sociedad de acogida en igualdad con los ciudadanos nacionales¹⁴. La primera característica de la integración es, por lo tanto, la bilateralidad con un compromiso mutuo de convivencia entre la población autóctona y los inmigrantes. Además, la integración debe tener un carácter dinámico y continuo ya que comienza con la fase inicial de acogida y asentamiento del migrante recién llegado pero debe continuar con las generaciones posteriores¹⁵. Otra de las exigencias de la integración es la universalidad de las actuaciones y el acceso normalizado de los migrantes a los servicios públicos y privados. Las actuaciones públicas en materia de integración deben ir dirigidas al conjunto de la población y los inmigrantes tienen que recibir una atención normalizada por el prestador de servicios tanto públicos como privados. Por último, es fundamental que las políticas de integración se incorporen de modo transversal a todas las políticas públicas orientadas a los ciudadanos. Esto supone que tanto la Administración General del Estado como la de las Comunidades Autónomas y la Administración Local, tengan en cuenta en su formulación y ejecución el hecho de la inmigración y sus características, necesidades y demandas es-

(14) En este sentido el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 aprobado por Real Decreto 557/2011 de 20 de abril, en su Exposición de Motivos manifiesta que «pretende fomentar la integración y la igualdad de derechos y deberes, fortaleciendo la integración y la cohesión social en un contexto de diversidad cultural, desde la lógica de la igualdad de derechos y deberes».

(15) La Ley catalana 10/2010, de 7 de mayo, de acogida de las personas inmigradas y de las regresadas a Cataluña define la «acogida» como la primera etapa del proceso de integración de la persona a la sociedad en que se establece con vocación de permanecer en ella de forma estable (art. 2).

pecíficas¹⁶. De hecho, como ya se ha señalado, la propia LODLEIS incluye dentro de su regulación varios preceptos relativos a la integración de los inmigrantes considerándolo un principio de actuación de los poderes públicos y uno de los objetivos de la Administración.

Antes de adentrarnos a analizar la integración a través de las políticas de vivienda que llevan a cabo, de acuerdo con el sistema de distribución competencial, las distintas administraciones públicas, se realizará un somero repaso del reparto competencial articulado por el bloque de la constitucionalidad en materia de migración con el fin de determinar cómo pueden incidir cada una de las administraciones territoriales en el proceso de integración.

3. Las comunidades autónomas y las entidades locales como principales protagonistas de la integración de los inmigrantes

3.1. El reconocimiento normativo de las competencias autonómicas en materia de integración

Corresponde centrarse en este momento en la actuación desarrollada en el proceso de integración por las estructuras territoriales en las que internamente se organiza el Estado español, dejando al margen, en este momento, las competencias que a la Unión europea le corresponden en la gestión de los flujos migratorios y en el apoyo expreso a dicho proceso¹⁷.

Nos encontramos ante una materia, “extranjería e inmigración”, que también se ve afectada por el complejo modelo de reparto competencial diseñado por el bloque de la constitucionalidad. Si bien, de acuer-

(16) Así se señala expresamente en *El plan estratégico de ciudadanía e integración (2011-2014)*, cit., p. 94 y ss.

(17) De acuerdo con el artículo 79, apartado 4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión europea «El Parlamento europeo y el Consejo podrán establecer, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para fomentar y apoyar la acción de los Estados miembros destinada a propiciar la integración de los nacionales de terceros países que residan legalmente en su territorio, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros». Así pues, se trata de una competencia compartida entre la Unión europea y los Estados miembros. No obstante, a aquella únicamente le corresponden competencias de apoyo y fomento de la integración ya que la tarea integradora y la regulación concreta corresponde a los Estados miembros.

do con el artículo 149.1.2 de la Constitución (en adelante CE) le corresponde al Estado la competencia exclusiva en materia de “nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo”, la mayor parte de los estatutos de autonomía, llamados de segunda generación, reconocen a las CCAA competencias sobre políticas de integración de los inmigrantes¹⁸. El Tribunal Constitucional, por su parte, ha realizado una interpretación singular de estos preceptos¹⁹. Ciñéndose a la exégesis literal del artículo 149.1.2 CE, rechaza la posible existencia de un ámbito competencial autonómico bajo el título “inmigración” pero, al mismo tiempo, no desactiva las competencias que aquellas pueden ejercer sobre dicha materia a través de sectores (asuntos sociales, educación, salud, vivienda, etc.) que caen bajo su titularidad. Se concentra la competencia exclusiva estatal, fundamentalmente, en la situación jurídico-ad-

(18) La asunción competencial en materia de inmigración se contempla en los Estatutos de las Comunidades Autónomas de Andalucía (art. 62), Cataluña (art. 138), Aragón (art. 75.6), Canarias (art. 144), Extremadura (art. 9.1.28), Illes Balears (art. 30.49) y Castilla León (art. 70.1.12). Un estudio detenido sobre esta cuestión puede ver en M. REVENGA SÁNCHEZ, *Las tareas de las Comunidades Autónomas en materia de inmigración, en particular a la luz de la Ley orgánica 2/2009, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social*, en *Informe Comunidades Autónomas 2009*, IDP, 2009, p. 118 y ss.

(19) El Tc se pronuncia por primera vez sobre el reparto competencial en materia de inmigración en la Sentencia 31/2010, de 28 de junio de 2010 (BoE núm. 172, de 16 de julio de 2010). En esta resolución determina la constitucionalidad del artículo 138 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña conforme al cual «1. Corresponde a la Generalitat en materia de inmigración: a) La competencia exclusiva en materia de primera acogida de las personas inmigradas, que incluirá las actuaciones socio-sanitarias y de orientación. b) El desarrollo de la política de integración de las personas inmigradas en el marco de sus competencias. c) El establecimiento y la regulación de las medidas necesarias para la integración social y económica de las personas inmigradas y para su participación social. d) El establecimiento por ley de un marco de referencia para la acogida e integración de las personas inmigradas. e) La promoción y la integración de las personas regresadas y la ayuda a las mismas, impulsando las políticas y las medidas pertinentes que faciliten su regreso a Cataluña. 2. Corresponde a la Generalitat la competencia ejecutiva en materia de autorización de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña. Esta competencia, que se ejercerá en necesaria coordinación con la que corresponde al Estado en materia de entrada y residencia de extranjeros, incluye: a) La tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena. b) La tramitación y la resolución de los recursos presentados con relación a los expedientes a que se refiere la letra a) y la aplicación del régimen de inspección y sanción. 3. Corresponde a la Generalitat la participación en las decisiones del Estado sobre inmigración con especial trascendencia para Cataluña y, en particular, la participación preceptiva previa en la determinación del contingente de trabajadores extranjeros a través de los mecanismos previstos en el Título V».

ministrativa del inmigrante y se consiente la actuación autonómica sobre el fenómeno migratorio mediante la prestación de los diversos servicios públicos que inciden en el proceso de integración²⁰. Por lo tanto, la intervención autonómica en dicho proceso queda desconectada de la asunción o no de dicha competencia en los estatutos de autonomía²¹. En todo caso, un examen de las distintas regulaciones autonómica evidencia que, al menos, desde el punto de vista normativo, las CCAA no han mostrado el mismo interés en la cuestión migratoria. La lectura de los estatutos reformados refleja que sólo hacen referencia expresa a la

(20) J.A. MONTILLA MARTOS, *Las competencias autonómicas en inmigración tras la STC 31/2010*, en REAF, 14, octubre 2011, p. 182, mantiene que «el aspecto rechazable de la sentencia no es, a mi juicio, el contenido del reparto competencial que plantea la sentencia en este punto sino el no reconocimiento de la complejidad de la materia competencial inmigración, que en la actualidad debe incluir necesariamente facultades competenciales autonómicas, provocando con ello una mutación del art. 149.1.2 CE. Al sostener la literalidad del 149.1.2 CE se obliga a sostener que la política de integración de los inmigrantes en la sociedad de acogida no es inmigración; sin embargo, si aceptara la evolución del contenido constitucional, no sería necesaria imponer una concepción que ningún «jurista persa» entendería. El pretendido equilibrio ha resultado insatisfactorio: mantener una concepción históricamente superada de inmigración y reconocer subrepticamente las competencias autonómicas». También es crítico con este pronunciamiento del Tribunal Constitucional V. AGUADO I CUDOLÁ en su trabajo *La decisión del Tribunal Constitucional con respecto a las competencias sobre inmigración en el estatuto de cataluña de 2006*, en *Revista Catalana de dret públic. Especial Sentència sobre el Estatut*, nº extraordinario 1, 2010, pp. 365-371.

(21) En este sentido se puede considerar que, por ejemplo, el Estatuto de autonomía del País Vasco (aprobado por Ley Orgánica 3/79, de 18 de diciembre), contiene una regulación suficiente para que la Comunidad Autónoma promueva las condiciones necesarias que garanticen una verdadera integración de las personas migrantes en su territorio ejerciendo en igualdad de condiciones con los nacionales, los derechos y libertades que la ley reconoce. Esta afirmación se apoya en las siguientes previsiones contenidas en la citada norma estatutaria: (i) en el artículo 7 reconoce la condición de vasco a toda persona que tenga vecindad administrativa en cualquiera de los municipios vascos; (ii) en su artículo 10 se recogen distintas competencias, entre las que destacan por su incidencia en materia de inmigración la competencia sobre Asistencia Social (artículo 10.12), Movimiento Asociativo (artículo 10.13), Cultura (artículo 10.17), Vivienda (artículo 10.31), Desarrollo Comunitario, Condición Femenina, Política Infantil, Juvenil y de la Tercera Edad (artículo 10.39), Educación (artículo 16), Policía Autónoma (artículo 17) y Sanidad (artículo 18); y (iii) en su artículo 9.2 establece que «los poderes públicos vascos, en el ámbito de su competencia: a) Velarán y garantizarán el adecuado ejercicio de los derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos. b) Impulsarán particularmente una política tendente a la mejora de las condiciones de vida y trabajo. c) Adoptarán aquellas medidas que tiendan a fomentar el incremento del empleo y la estabilidad económica. d) Adoptarán aquellas medidas dirigidas a promover las condiciones y a remover los obstáculos para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean efectivas y reales. e) Facilitarán la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social del País Vasco».

“integración”, como uno de los objetivos y/o de los principios rectores que deben presidir la políticas públicas autonómicas, los estatutos de Andalucía (arts. 10.3.17º y 37.1.9º), Aragón (art. 29) Extremadura (art. 7) Illes Balears (art.16.3) y Castilla-León (art. 70.1.12). Por su parte, el estatuto valenciano se refiere a la inmigración al relacionar en su artículo 10 los ámbitos primordiales de actuación de la Comunidad señalando entre ellos los «derechos y atención social de los inmigrantes con residencia en la Comunitat Valenciana».

Tampoco el nivel de especificación contenido en las normas estatutarias al relacionar las competencias asumidas en materia de inmigración es igual en todas las CCAA. En este sentido y por lo que aquí interesa cabe destacar el planteamiento realizado por los estatutos de Andalucía, Cataluña y Canarias que expresamente asumen el desarrollo de la política de integración de las personas inmigradas en el marco de sus competencias. Descendiendo en la jerarquía normativa son pocas – salvo error únicamente tres – las CCAA (Cataluña, Castilla-León y Comunidad Valenciana) que en desarrollo de estas previsiones estatutarias han aprobado, a través de sus legislativos, normas directamente destinadas a regular la integración de los inmigrantes en sus respectivos territorios²². Mientras que la Ley valenciana 15/2008, de 5 de diciembre, y la Ley castellano-leonesa 3/2013, de 28 de mayo de integración de los inmigrantes, dedican especial atención a la integración a través de actuaciones públicas de intervención en educación, sanidad, servicios sociales, empleo o vivienda; la Ley catalana 10/2010, de 7 de mayo, bajo el rótulo de “Ley de acogida de las personas inmigradas y de las regresadas a Cataluña”, se preocupa de regular en profundidad los servicios y programas de acogida remitiendo al legislador sectorial la integración de las personas inmigrantes en los diferentes ámbitos materiales de actuación que son, fundamentalmente, de competencia autonómica.

(22) Otras comunidades autónomas han aprobado leyes de inclusión social en las que se prevén recursos económicos para contribuir a la integración de las personas en situación de necesidad. Se considera determinante los bajos recursos y encontrarse en una situación de exclusión. La Ley gallega 10/2013, de 27 de noviembre, de inclusión social de Galicia incluye en su artículo 3.1.f) la migración como factor determinante para la valoración de la situación de exclusión cuando esa condición suponga especiales dificultades de integración social o laboral.

Por otra parte, tanto la Ley catalana como la castellano-leonesa ponen especial énfasis en la regulación de los instrumentos de planificación que se concretan en los Planes autonómicos y municipales de integración. A través de estos planes se identifican las necesidades concretas de la población extranjera, las áreas en las que necesitan intervención, determinan sus objetivos y se realiza una estimación presupuestaria para la implementación de las medidas previstas en el programa²³.

Finalmente, tanto la LODLEIS como, posteriormente, su reglamento de desarrollo, han reforzado levemente el papel de las CCAA y, como luego se verá, de los entes locales en materia de inmigración reconociéndoles facultades que contribuyen a colaborar con el Estado en el control de los flujos migratorios. En este sentido se reconoce la participación de aquellas en la renovación de las autorizaciones de residencia temporal, concesión de autorizaciones por arraigo y en la autorización o renovación de residencia por reagrupación a favor de familiares. En estos ámbitos les corresponde a las CCAA o, en su caso, a la entidad local²⁴, emitir informe positivo que acredite el esfuerzo de integración²⁵, informe de

(23) Entre los Planes de integración recientemente aprobados se encuentran: V Plan de Actuación en el ámbito de la Ciudadanía, Interculturalidad e Inmigración, 2018-2020 (Estrategia vasca por la Inmigración), www.euskadi.eus/contenidos/informacion/planes_estrategicos_inmigracio/es_planes/adjuntos/vplaninterculturalidad.pdf; Plan Integral para la Gestión de la Diversidad Cultural de Aragón. 2018-2021, www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Departamentos/CiudadaniaDerechosSociales/Documentos/Plandiversidadcultural.pdf; I Plan Estratégico de Cohesión Social con las Personas Inmigrantes y la Convivencia Intercultural en Castilla y León (2018-2021) file:///C:/Users/tona/Downloads/IVPlanEstrat%C3%A9gicoCohesi%C3%B3n-Social+PersonasInmigrantes+.pdf; Plan de Ciudadanía y de las Migraciones 2017-2020 (Cataluña) reballiaferssocials.gencat.cat/web/.content/01departament/08publicacions/ambits_tematic/immigracio/Plans_i_programes/06plainmigracio_cast_2017_2020/Plan_ciudadania_y_migraciones_2017-2020.pdf (última consulta 07/03/2019).

(24) La normativa prevé que tanto el informe que acredita la disposición por el reagrupante de una vivienda adecuada como el informe de arraigo, pueden ser emitidos por la Corporación Local en la que el extranjero tenga su domicilio habitual, cuando así haya sido establecido por la Comunidad Autónoma, siempre que ello haya sido puesto en conocimiento de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración. (arts. 55 y 124 respectivamente del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009).

(25) De acuerdo con el artículo 51.6 *in fine* del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, el informe tendrá como contenido mínimo la certificación, en su caso, de

arraigo e informe que acredite que cuenta con una vivienda adecuada para atender sus necesidades o las de su familia.

3.2. La trascendencia de las competencias locales en el proceso de integración

La inmigración es en la actualidad un hecho consolidado, con un fuerte crecimiento en determinados municipios que, indiscutiblemente, repercute en la demanda de servicios municipales y, más específicamente, de aquellos vinculados a las tareas de acogida e integración de la población inmigrante. Es evidente que la primera toma de contacto de la población inmigrante se produce con la administración municipal. Por razones de proximidad le corresponde a ella, por lo tanto, un papel principal en las fases de acogida e integración de dicha población²⁶. Se ha de tener en cuenta que, en este ámbito, la actuación de la Administración local y, más concretamente, la municipal, también se rige por el principio, integración entre inmigrantes y sociedad receptora, previsto en la LODLEIS.

Ahora bien, la actuación de los ayuntamientos no está exenta de dificultad derivada de la necesidad de enfrentarse diariamente a una problemática, diversa y cambiante, que exige respuestas inmediatas dentro y, en ocasiones, fuera de su marco competencial ya que la existencia de límites competenciales no puede significar sin más la inactividad de la Administración²⁷. Esto nos lleva a explorar, en primer lugar, las competencias que la normativa vigente atribuye a la administración municipal.

la participación activa del extranjero en acciones formativas destinadas al conocimiento y respeto de los valores constitucionales de España, los valores estatutarios de la Comunidad Autónoma en que se resida, los valores de la Unión europea, los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia y la igualdad entre mujeres y hombres, así como el aprendizaje de las lenguas oficiales del lugar de residencia. En este sentido, la certificación hará expresa mención al tiempo de formación dedicado a los ámbitos señalados.

(26) Como señala V. AGUADO I CUDOLÀ (*La aplicación del marco jurídico de la inmigración en las administraciones locales: un primer balance (II)*), en *QDL*, 2003, p. 59) «el factor de proximidad convierte a los entes locales en uno de los ámbitos clave para alcanzar de forma efectiva la integración de los inmigrantes en la sociedad española del siglo XXI».

(27) Véase en este sentido V. AGUADO I CUDOLÀ, *op. ult. cit.*, p. 10.

La LODLEIS hace referencia expresa a los principios que guían las funciones de la Administración Local pero apenas especifica las competencias que le corresponde ejercer a cada nivel territorial. Por lo que ahora nos ocupa, a la Administración municipal le encomienda la realización del informe de integración social para la solicitud del permiso de residencia por arraigo y le confía la acreditación de la habitabilidad de la vivienda para el proceso de reagrupación familiar.

Tampoco la legislación estatal de régimen local determina con carácter particular las competencias municipales en materia de inmigración. Esta omisión se reproduce a nivel autonómico puesto que únicamente el estatuto de autonomía de Cataluña²⁸ y un reducido grupo de leyes autonómicas de régimen local aluden, expresamente, a la inmigración al relacionar las competencias y/o facultades de carácter municipal²⁹.

Las actuaciones de las entidades municipales para hacer efectiva la integración de los inmigrantes se concretan, en primer término, en cada una de las materias sobre las que los municipios podrán ejercer competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas. Estas materias, por su particular incidencia en el ámbito de derechos, libertades e integración social de los migrantes, son: a) gestión de la vivienda de protección pública. Conservación y rehabilitación de la edificación; e) evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social; j) protección de la salubridad pública; k) cementerios y actividades funerarias; m) promoción de la cultura y equipamientos culturales; n) participar en la vigilancia del cumpli-

(28) De acuerdo con el artículo 84.2.m) de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, los gobiernos locales de Cataluña tienen competencias propias sobre las siguientes materias en los términos que determinen las leyes: «La regulación y la prestación de los servicios de atención a las personas, de los servicios sociales públicos de asistencia primaria y fomento de las políticas de acogida de los inmigrantes».

(29) Las normas autonómicas de régimen local que incluyen entre las competencias municipales propias la integración de los inmigrantes son: la Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y de régimen local de las Illes Balears (art. 29.2.a.a); la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía (art. 9.28); la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi (art. 17.1.35) y la Ley 3/2019, de 22 de enero, de garantía de la autonomía municipal de Extremadura (artículo 15.1.d) 6°).

miento de la escolaridad obligatoria y cooperar con las Administraciones educativas correspondientes en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes. La conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial; ñ) Promoción en su término municipal de la participación de los ciudadanos en el uso eficiente y sostenible de las tecnologías de la información y las comunicaciones; o) actuaciones en la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres, así como contra la violencia de género (art. 25.2 LBRL).

Asimismo, los municipios, por delegación del Estado y de las CCAA, pueden ejercer competencias en una serie de materias que, sin duda alguna, son esenciales en el proceso de integración de la población inmigrante: c) prestación de los servicios sociales, promoción de la igualdad de oportunidades y la prevención de la violencia contra la mujer; d) conservación o mantenimiento de centros sanitarios asistenciales de titularidad de la Comunidad Autónoma; e) creación, mantenimiento y gestión de las escuelas infantiles de educación de titularidad pública de primer ciclo de educación infantil; f) realización de actividades complementarias en los centros docentes; g) gestión de instalaciones culturales de titularidad de la Comunidad Autónoma o del Estado, con estricta sujeción al alcance y condiciones que derivan del artículo 149.1.28.^a de la Constitución Española; h) gestión de las instalaciones deportivas de titularidad de la Comunidad Autónoma o del Estado, incluyendo las situadas en los centros docentes cuando se usen fuera del horario lectivo (art. 27 LBRL).

Por último, los Municipios con población superior a 20.000 habitantes tiene la obligación de informar de las situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social (artículo 26.1 de la LBRL).

Los entes municipales tienen, por tanto, desde el punto de vista competencial, un papel importante que desempeñar para alcanzar la pretendida cohesión social mediante la integración de la inmigración al amparo de la normativa autonómica y local. Su efectividad dependerá de la voluntad política y de la disponibilidad de los medios económicos suficientes para ejercitarlas. En este marco algunas de las actuaciones em-

prendidas por la administración que coadyuva a robustecer su papel ante el fenómeno migratorio son:

- (i) la elaboración de planes municipales de integración en los que se fijan los objetivos, líneas prioritarias de actuación y acciones específicas que deben integrar la política municipal en materia de integración social de los inmigrantes;
- (ii) la adecuación de la estructura organizativa municipal para el desarrollo eficaz de las políticas de inmigración. Así, algunos ayuntamientos disponen de concejalías para la inmigración si bien la mayoría desarrollan sus actividades en este ámbito a través de las concejalías de servicios sociales o bienestar social³⁰;
- (iii) la cooperación con otros municipios, con las CCAA y con el Estado para el impulso de políticas de integración de los inmigrantes³¹.

3.3. El padrón municipal: instrumento clave para la integración

En manos de la administración local se encuentra un instrumento fundamental en el proceso de integración de los inmigrantes, el padrón municipal. Toda persona que viva en España está obligada a inscribirse en el Padrón del municipio en el que resida habitualmente adquiriendo la condición de vecino (art. 15 de la LBRL). Para los extranjeros, la inscripción también supone alcanzar la condición de vecino y aunque no constituye prueba de su residencia legal en España ni les atribuye ningún derecho que no les confiera la legislación vigente, sí puede constituir una forma de acreditar la permanencia del extranjero du-

(30) Asimismo, suelen existir instituciones de asistencia específica al inmigrante que dependen orgánicamente de la concejalía de servicios sociales como las casas de primera acogida, las oficinas específicas de atención a inmigrantes u oficinas municipales de inmigración o los observatorios municipales de inmigración.

(31) Algunos de los instrumentos de colaboración son: (i) el Consejo Superior de Política de Inmigración (art. 68 LODYLE, arts. 3 y 5 del Real decreto 344/2001, de 4 de abril – respecto a la participación de los entes locales). (ii) El Fondo de apoyo a la acogida e integración de inmigrantes. Este fondo se crea en el año 2005 con el fin de destinar recursos económicos a comunidades autónomas y ayuntamientos para que desarrollen actividades en materia de acogida e integración de acuerdo con ciertos parámetros de reparto preestablecidos. Sin embargo, desde el año 2012, este fondo se encuentra sin dotación presupuestario. (iii) La Conferencia Sectorial de Inmigración creada en 2008 donde los municipios tienen representación pero no voto.

rante un determinado periodo de tiempo en territorio español³². Sus datos constituyen prueba de residencia y del domicilio habitual en el mismo³³. Su formación, mantenimiento, revisión y custodia le corresponde al Ayuntamiento.

El incumplimiento de la obligación de empadronamiento si bien no implica la comisión de una infracción con la consiguiente sanción sí que puede suponer una desventaja a la hora de regularizar su situación³⁴ al tiempo que, dicha omisión, priva al inmigrante del acceso, en condiciones de igualdad con los autóctonos, a los servicios públicos municipales³⁵.

(32) Así conforme al artículo 124 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, figura entre los requisitos exigidos para obtener la residencia temporal por arraigo social, el informe de acreditación en el que deberá constar el tiempo de permanencia del interesado en su domicilio habitual, en el cual deberá estar empadronado.

(33) Cabe recordar que conforme al artículo 1.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LBRL) «el Padrón municipal es el registro administrativo donde constan los vecinos de un municipio. Sus datos constituyen prueba de la residencia en el municipio y del domicilio habitual en el mismo. Las certificaciones que de dichos datos se expidan tendrán carácter de documento público y fehaciente para todos los efectos administrativos».

(34) Para V. AGUADO I CUDOLÁ, *La aplicación del marco jurídico de la inmigración en las administraciones locales: un primer balance (II)*, cit, p. 62, la inscripción en el padrón no es una obligación sino una carga ya que se trata de una medida que se realiza en interés propio del sujeto sobre el que pesa y cuyo incumplimiento no entraña ilicitud alguna.

(35) En este sentido puede servir de ejemplo las previsiones contenidas en la Ley 10/2010, de 7 de mayo, de acogida de las personas inmigradas y de las regresadas a Cataluña en cuyo preámbulo manifiesta que el servicio de primera acogida es «una obligación de las administraciones garantizar la disponibilidad del servicio, pero únicamente para las personas extranjeras – inmigradas, solicitantes de asilo, refugiadas –, las apátridas y las regresadas, a partir del momento de su empadronamiento, (...)». La exigencia de empadronamiento es coherente con la propia obligación de los ciudadanos de empadronarse, a partir de cuyo momento se consideran vecinos y pueden exigir la prestación de los servicios derivados de las competencias propias de los municipios, según lo establecido por el artículo 39.1, la letra g del artículo 43.1 y el artículo 43.2 del Decreto legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña. La exigencia de empadronamiento se introduce también porque se estima que la posibilidad de prestar un nuevo servicio público a las personas extranjeras sin empadronar no es el mejor camino para disminuir el número de situaciones de irregularidad administrativa.

En segundo lugar, y en el marco del principio de autonomía para la defensa de los intereses propios de la colectividad que representan, de acuerdo con el artículo 86.3 del Estatuto de autonomía, se abre la puerta a la posibilidad de que los municipios presten también el servicio de primera acogida a las personas empadronadas que sean extranjeras o regresadas».

De entre los datos que obligatoriamente deben figurar en el padrón son especialmente relevantes los relativos a la acreditación de la identidad y al domicilio de residencia³⁶. Ambas cuestiones han sido objeto de desarrollo en la Resolución de 16 de marzo de 2015, de la Subsecretaría, por la que se publica la Resolución de 30 de enero de 2015, de la Presidencia del Instituto Nacional de Estadística y de la Dirección General de Coordinación de Competencias con las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales por la que se dictan instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre gestión del padrón municipal. Un examen detenido de esta resolución evidencia que la Administración trata de facilitar y flexibilizar el cumplimiento de ambos requisitos para favorecer el empadronamiento de toda la población en general y de los extranjeros en particular.

En primer lugar, en relación con la documentación acreditativa de la identidad exigida para la inscripción en el padrón, la resolución aclara que su finalidad es, exclusivamente, comprobar que los datos de identificación (nombre, apellidos, número del documento, nacionalidad, sexo, lugar y fecha de nacimiento) son correctos, con independencia de la situación legal de la persona extranjera en España. En este sentido es importante subrayar que al Ayuntamiento no le corresponde realizar ningún control sobre la regularidad o irregularidad de la residencia en

(36) Art. 16.2 de la LBRL: «2. La inscripción en el Padrón municipal contendrá como obligatorios sólo los siguientes datos: a) Nombre y apellidos. b) Sexo. c) Domicilio habitual. d) Nacionalidad. e) Lugar y fecha de nacimiento. f) Número de documento nacional de identidad o, tratándose de extranjeros:

- Número de la tarjeta de residencia en vigor, expedida por las autoridades españolas, o en su defecto, número del documento acreditativo de la identidad o del pasaporte en vigor expedido por las autoridades del país de procedencia, tratándose de ciudadanos nacionales de Estados Miembros de la Unión Europea, de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o de Estados a los que, en virtud de un convenio internacional se extienda el régimen jurídico previsto para los ciudadanos de los Estados mencionados.

- Número de identificación de extranjero que conste en documento, en vigor, expedido por las autoridades españolas o, en su defecto, por no ser titulares de éstos, el número del pasaporte en vigor expedido por las autoridades del país de procedencia, tratándose de ciudadanos nacionales de Estados no comprendidos en el inciso anterior de este párrafo, salvo que, por virtud de Tratado o Acuerdo Internacional, disfruten de un régimen específico de exención de visado en materia de pequeño tráfico fronterizo con el municipio en el que se pretenda el empadronamiento, en cuyo caso, se exigirá el correspondiente visado.

g) Certificado o título escolar o académico que se posea. h) Cuantos otros datos puedan ser necesarios para la elaboración del Censo Electoral, siempre que se garantice el respeto a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución».

territorio español de ninguno de sus vecinos. Asimismo, hay que señalar que la validez de la inscripción en el Padrón de estos extranjeros es independiente de la validez del documento que sirvió de base para la misma. Por tanto, la inscripción no caduca cuando deja de tener validez dicho documento.

Por otra parte, el Padrón es el registro administrativo que pretende reflejar el domicilio donde residen las personas que viven en España. De ahí que uno de los datos que debe constar en la inscripción padronal sea el domicilio habitual. En cuanto a la documentación acreditativa del domicilio de residencia, el art. 59.2 del Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales permite que el Ayuntamiento solicite del vecino «el título que legitime la ocupación de la vivienda» con la única finalidad de servir de elemento de prueba para acreditar que, efectivamente, el vecino habita en el domicilio que ha indicado. En consecuencia, tan pronto como el gestor municipal adquiere la convicción de que los datos que constan en la inscripción padronal se adecúan a la realidad, deja de estar facultado para pedir al vecino ulteriores justificantes que acrediten aquel hecho.

En todo caso, la posibilidad de que el Ayuntamiento solicite del vecino «el título que legitime la ocupación de la vivienda» no atribuye a las Administraciones Locales ninguna competencia para juzgar cuestiones de propiedad, de arrendamientos urbanos o, en general, de naturaleza jurídico-privada. Este título puede ser de propiedad (Escritura, contrato de compraventa, Nota del Registro, comprobación de bases de datos municipales donde conste dicha propiedad, etc.) o de un contrato vigente de arrendamiento de vivienda para uso de residencia habitual acompañado del último recibo de alquiler. Además, el Ayuntamiento tiene la potestad de aceptar otros documentos (suministros de luz, agua, etc.). Asimismo, el gestor municipal podrá comprobar por otros medios (informe de Policía local, inspección del propio servicio, etc.) que realmente el vecino habita en ese domicilio y, en caso afirmativo, inscribirlo en el Padrón. Están previstos tres supuestos especiales de empadronamiento que son significativamente relevantes para la población inmigrante:

(i) Empadronamiento en un domicilio en el que ya constan empadronadas otras personas. En estos casos no se solicita que aporte el documento que justifique su ocupación de la vivienda, sino que se le debe-

rá exigir la autorización por escrito de una persona mayor de edad que figure empadronada en ese domicilio. La persona que autorice deberá disponer de algún título acreditativo de la posesión efectiva de la vivienda (propiedad, alquiler...) a nombre de la misma.

(ii) Empadronamiento en establecimientos colectivos (residencias, conventos, etc.). La autorización deberá ser suscrita por la persona que ostente la dirección del mismo. En estos casos se hará constar en el apartado «tipo de vivienda» de la hoja padronal la mención «colectiva». En los demás casos, el tipo de vivienda es «familiar».

(iii) Empadronamiento de personas sin domicilio. Como se ha señalado, la inscripción padronal es completamente independiente de las controversias jurídico-privadas sobre la titularidad de la vivienda y de las circunstancias físicas, higiénico-sanitarias o de otra índole que afecten al domicilio. En consecuencia, las infraviviendas (chabolas, caravanas, cuevas, etc. e incluso ausencia total de techo) pueden y deben figurar, señala la citada resolución, como domicilios válidos en el Padrón. Las situaciones más extremas pueden plantear la duda sobre la procedencia o no de su constancia en el Padrón municipal. El criterio que debe presidir esta decisión viene determinado por la posibilidad o imposibilidad de dirigir al empadronado una comunicación al domicilio que figure en su inscripción. En el caso de que sea razonable esperar que esa comunicación llegue a conocimiento del destinatario, se le debe empadronar en esa dirección.

La correcta aplicación de este criterio determina, por un lado, que se deba aceptar como domicilio cualquier dirección donde efectivamente vivan los vecinos, y, por otro, que pueda y deba recurrirse a un «domicilio ficticio» en los supuestos en que una persona que carece de techo reside habitualmente en el municipio y sea conocida de los Servicios Sociales correspondientes³⁷.

(37) Las condiciones que deberían cumplirse para este tipo de empadronamiento son las siguientes:

- Que los Servicios Sociales estén integrados en la estructura orgánica de alguna Administración Pública o bajo su coordinación y supervisión.
- Que los responsables de estos Servicios informen sobre la habitualidad de la residencia en el municipio del vecino que se pretende empadronar.
- Que los Servicios Sociales indiquen la dirección que debe figurar en la inscripción padronal y

Teniendo en cuenta las ventajas que comporta el empadronamiento para el proceso de integración de la población inmigrante, algunos de los grandes ayuntamientos, como Madrid y Barcelona, en los que se concentra un elevado número de migrantes en situación irregular expiden a los habitantes extranjeros que lo soliciten las llamadas tarjetas de vecindad para cuya obtención es requisito imprescindible estar empadronado³⁸. Con este documento el inmigrante visibiliza la condición de vecino y vecina del municipio con lo que acredita su arraigo en la ciudad y puede evitar la posibilidad de internamiento en un CIE o de ser expulsados por mera estancia irregular. Además, les garantiza, como al resto de la ciudadanía, el acceso a los servicios públicos municipales: servicios sociales, salud, cultura y deportes, Agencia Municipal para el Empleo, etc. En ningún caso la Tarjeta de Vecindad sustituye al permiso de residencia, ni al permiso de trabajo, ni reconoce situaciones que correspondan al Ministerio del Interior. No es un documento identificativo de la persona, sino de su condición de vecino³⁹.

se comprometan a intentar la práctica de la notificación cuando se reciba en esa dirección una comunicación procedente de alguna Administración Pública.

En estas condiciones, la dirección del empadronamiento será la que señalen los Servicios Sociales: la dirección del propio Servicio, la del Albergue municipal, la del punto geográfico concreto donde ese vecino suela pernoctar, etc.

Evidentemente, para practicar este tipo de inscripción no es necesario garantizar que la notificación llegará a su destinatario, sino simplemente que es razonable esperar que en un plazo prudencial se le podrá hacer llegar.

(38) Se tratan de arbitrar distintas opciones con el fin de sortear las dificultades con las que se pueda encontrar el migrante para empadronarse y obtener así la tarjeta de vecindad. Se prevé que en aquellos casos en los que no puedan acreditar su residencia, porque no tienen la autorización del dueño del piso en el que están viviendo ni ningún recibo de luz o gas a su nombre, se les empadronará en la sede del servicio social con el que estén en contacto desde hace más de seis meses. En caso de que no estén siendo atendidos por un servicio social, aún tienen otra opción para poder empadronarse, que es a través de asociaciones si acreditan que les conocen desde hace más de seis meses.

(39) El primer Ayuntamiento en ponerlo en marcha es el de la ciudad de Barcelona y posteriormente se ha implantado en Madrid. No obstante, tanto los requisitos como la tramitación presentan diferencias apreciables.

Para su solicitud, el ayuntamiento madrileño exige tener documento identificativo en vigor, ser mayor de 18 años y estar empadronado en establecimientos colectivos del Distrito Centro (centros de servicios sociales, centros de recursos especializados municipales, entidades avaladas por el distrito o por la red especializada). En Barcelona se añade, además, estar en situación administrativa irregular, haber vivido en España un mínimo de 12 meses y un empadronamiento mínimo, continuado e inmediatamente anterior a la solicitud de seis meses.

4. Estatuto jurídico del inmigrante: ¿condicionante del derecho de acceso a la vivienda?

4.1. Normativa estatal: Integración de los “inmigrantes residentes” a través del ejercicio del derecho a la vivienda

El derecho a la vivienda se encuentra recogido en el Capítulo III (De los principios rectores de la política social y económica) del Título I (De los Derechos y Deberes fundamentales) de la Constitución, cuyo artículo 47 prevé que «todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada»⁴⁰. Una lectura aislada de este precepto parece indicar que el acceso a una vivienda digna queda restringido a los españoles. Sin embargo, una interpretación sistemática del mismo exige recordar que la Constitución impone, en primer lugar, interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades públicas de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2). Y, en segundo término, asegurar a los extranjeros en España el disfrute de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley

En cuanto a la documentación que se debe presentar para su obtención, en el caso de Madrid basta un documento de identificación, mientras que, en Barcelona, la documentación exigida es mayor y comprende el pasaporte original y un certificado histórico de otros municipios del último año, permitiendo incorporar elementos tan dispares como el Libro de familia, el carné de socio de entidades, vida laboral, contratos, nóminas, certificado bancario u otros medios de vida.

(40) En la doctrina iuspublicista existe una vivia polémica en torno al si el derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada debe ser considerado un principio programático que debe informar la actuación de los poderes públicos o, por el contrario, estamos ante un verdadero Derecho subjetivo exigible como tal ante los tribunales. Entre otros, pueden consultarse al respecto los siguientes trabajos: G. PISARELLO PRADOS, *Vivienda para todos un derecho en (de) construcción: el derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Barcelona, Icaria, 2003; F. LÓPEZ RAMÓN, *El derecho subjetivo a la vivienda en Revista Española de Derecho Constitucional*, 102, 2014, pp. 49-91; M. VAQUER CABALLERÍA, *Derecho a la vivienda y garantía de un mínimo vital: algunas propuestas*, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 48, 2014, pp. 34-39; J. PONCE SOLÉ, *El derecho subjetivo a la vivienda exigible judicialmente: papel de la legislación, análisis jurisprudencial y gasto público*, en M. VAQUEZ CABALLERÍA, J. PONCE SOLÉ, R. ARNAIZ RAMOS, *Propuestas jurídicas para facilitar el acceso a la vivienda*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2016, pp. 61-195; J. TORNOS MAS, *La dignidad humana y el derecho a una vivienda digna en El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 61-62, 2016, pp. 26-33.

(art. 13.1). Todo ello enmarcado en la cláusula del Estado social sancionada por el propio texto constitucional en su artículo 1.1⁴¹.

Pues bien, son numerosos los tratados y textos internacionales que hacen referencia al derecho a la vivienda para todas las personas en general⁴² y para los trabajadores migratorios en particular⁴³. De estos instrumentos lo más destacable es que resaltan la dimensión social de la vivienda como una necesidad vital para la persona en cuanto condicio-

(41) Cabe recordar que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el legislador se encuentra con tres niveles de intervención en relación con la ordenación de los derechos de los extranjeros. En primer lugar, cabe situar los derechos del Título I de la Constitución que corresponden a los extranjeros por mandato constitucional y que no es posible un tratamiento desigual respecto de los españoles. Son aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadanos. Es decir, son los inherentes a la dignidad humana (por ejemplo, derecho a la vida, a la integridad física y moral, etc.). En segundo lugar, respecto a derechos, como el de reunión o de manifestación, reconocidos directamente por la Constitución a los extranjeros, el legislador al regularlos puede establecer condiciones adicionales, pero en ningún caso eliminarlos. Finalmente, están los derechos de los que podrán ser titulares los extranjeros en la medida y condiciones que se establezcan en los tratados y las leyes. Se trata de derechos que la Constitución no les atribuye directamente, pero el legislador puede extenderlos a los mismos disponiendo de un mayor margen de libertad para su configuración. (STC 107/1984). Este planteamiento es hoy cuestionado por parte de la doctrina. Así F. J. DE LUCAS MARTÍN (en *Artículo 13.1 y 2*, en P. PÉREZ TREMPES, A. SAINZ ARNAIZ (dirs.), C. MONTESINOS PADILLA (coord.), *Comentario a la Constitución Española: 40 aniversario 1978-2018. Libro homenaje a Luis López Guerra*, Vol. 1., Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 310) cuestiona si en la actualidad, tras la integración de España en la UE y el proceso de globalización en el que estamos inmersos se puede aceptar la restricción de los derechos inherentes a la dignidad de la persona tal y como ha sido construida por la jurisprudencia constitucional desde la limiar STC 107/1984.

(42) Entre ellos cabe hacer referencia a la Declaración Universal de Derechos Humanos: «todo el mundo tiene derecho a un nivel de vida adecuado para la salud y el bienestar suyo y de su familia, incluyendo comida, ropa, cobijo...» (art. 25.1); al Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: «el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluidos alimentación, vestido y vivienda adecuados» (art. 11); la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea «con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales» (art. 34.3).

(43) Cabe hacer referencia, aunque no ha sido ratificada por España, a la Convención internacional sobre protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias, adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990 en cuyo artículo 34.1.d) dispone que: «Los trabajadores migratorios gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en relación con (...) El acceso a la vivienda, con inclusión de los planes sociales de vivienda, y la protección contra la explotación en materia de alquileres».

na el disfrute del resto de derechos, de modo que disfrutar de una vivienda digna permite tener una vida digna⁴⁴.

Sin embargo, el texto actual de la norma española de mayor rango en materia de extranjería, la LODLEIS, establece un derecho de acceso a la vivienda en conexión directa con la situación legal del inmigrante al disponer en su artículo 13 que “los extranjeros ‘residentes’ tienen derecho a acceder a los sistemas públicos de ayudas en materia de vivienda en los términos que establezcan las leyes y las Administraciones competentes. En todo caso, los extranjeros ‘residentes de larga duración’ tienen derecho a dichas ayudas en las mismas condiciones que los españoles”.

La LODLEIS condiciona el acceso al sistema público de ayudas en materia de vivienda al estatus legal del extranjero distinguiendo entre residentes y residentes de larga duración⁴⁵. Por lo tanto, quedan excluidos los inmigrantes que se encuentran en situación administrativa irregular. A partir del año 2000 este colectivo ha visto reducido de forma progresiva a través de cada una de las modificaciones experimentadas por la LODLEIS su derecho de acceso al sistema público de ayudas en materia de vivienda⁴⁶. Se ha pasado de requerir únicamente el empadronamiento del extranjero para acceder, en condiciones de igualdad con los espa-

(44) En este sentido, véase M.A. TRUJILLO, *Artículo 47*, en P. PÉREZ TREMPES, A. SAINZ ARNAIZ (dirs.), C. MONTESINOS PADILLA (COORD.), *Comentario a la Constitución Española: 40 aniversario 1978-2018. Libro homenaje a Luis López Guerra*, cit., p. 875.

(45) De acuerdo con la LODLEIS la residencia temporal es la situación que autoriza al extranjero a permanecer en España por un período superior a 90 días e inferior a cinco años. Sin perjuicio de que, a petición del interesado, puedan renovarse las autorizaciones de duración inferior a cinco años. Por otra parte, para que el extranjero alcance el estatus de residente de larga duración es condición indispensable haber tenido residencia temporal en España durante cinco años de forma continuada. Alcanzada esta situación legal podrán residir y trabajar en España indefinidamente, en las mismas condiciones que los españoles.

(46) El artículo 13 en su redacción original, vigente desde el 01/02/2000 hasta el 23/01/2001, disponía que: «Los extranjeros residentes y los que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente, tienen derecho a acceder al sistema público de ayudas en materia de vivienda en las mismas condiciones que los españoles». Desde el 23/01/2001 hasta el 03/12/2009, el texto del dicho precepto disponía que «Los extranjeros residentes tienen derecho a acceder al sistema público de ayudas en materia de vivienda en las mismas condiciones que los españoles». A partir de 03/12/2009 hasta la actualidad, el texto vigente es el transcrito en el texto. Es evidente la progresiva reducción del ámbito subjetivo de aplicación de dicho precepto.

ñosles, a dichas ayudas a exigirles, en todo caso, la residencia legal y determinar que, exclusivamente, los extranjeros residentes de larga duración tendrán derecho a solicitar las ayudas públicas en las mismas condiciones que los españoles. Remitiendo a los términos que establezcan las leyes y las Administraciones competentes el acceso a las mismas por parte de los residentes temporales. Por lo que los migrantes que carezcan de una autorización para residir, aunque estén empadronados, no estarán dentro del ámbito subjetivo de aplicación del artículo 13 de la LODLEIS⁴⁷. En definitiva, el estatus legal condiciona el derecho de acceso a la vivienda existiendo una brecha insalvable, conforme a la legislación actual, entre el inmigrante en situación regular e inmigrante en situación irregular. Este tiene vedado el acceso al mercado de trabajo y lo deja en una situación muy difícil para el acceso a una vivienda digna⁴⁸. Conforme a esta regulación, también se complica el acceso al sistema de ayudas para los extranjeros en situación de residencia temporal ya que deben demostrar que la vivienda para la que se solicita la ayuda va a constituir la “residencia habitual y permanente” del solicitante⁴⁹. Este deberá, en la práctica, acreditar que cumplimentará un periodo de residencia mínima que le permita probar que la ayuda solicitada irá destinada a la vivienda habitual⁵⁰. Además, de acuerdo con lo expuesto, ten-

(47) Así en perfecta sintonía con la LODLEIS, el Plan estatal de vivienda 2018-2021 aprobado por Real Decreto 106/2018, de 9 de marzo, exige para ser potencial beneficiario de las subvenciones previstas en los programas enmarcados en el mismo que en el caso de los extranjeros deberán tener residencia legal en España.

(48) En este sentido véase V. AGUADO I CUDOLÁ, A. CERILLO I MARTÍNEZ, *Las condiciones de vivienda de los inmigrantes: la intervención de los entes locales*, Madrid, INAP, 2005, p. 28. Hay que tener en cuenta que de acuerdo con la LODLEIS los permisos de residencia y de trabajo están vinculados y deben ser concedidos, respectivamente, por el Estado y la Comunidad Autónoma de forma coordinada.

(49) Sirva de ejemplo, la *ORDEN de 22 de junio de 2018 por la que se establecen las bases reguladoras para las ayudas al alquiler de vivienda del Plan estatal de vivienda 2018-2021 y se procede a su convocatoria para el año 2018, con carácter plurianual*, que en su artículo 3º prevé determina como requisito para ser beneficiario que «la vivienda arrendada constituya o vaya a constituir la residencia habitual y permanente de la persona beneficiaria durante todo el período por el que se conceda la ayuda». https://www.xunta.gal/dog/Publicados/2018/20180628/AnuncioG0423-210618-0004_es.html (última consulta 07/03/2019).

(50) Véase en este sentido, A. SELMA PENAIVA, *Artículo 13. Derechos en materia de vivienda*, en F. CAVAS MARTÍNEZ (dir.), *Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011, p. 242.

drán preferencia para el acceso a las ayudas en materia de vivienda los españoles y residentes de larga duración. Dependerá, por lo tanto, de la oferta de viviendas públicas el acceso a las mismas por parte de los residentes temporales.

Teniendo en cuenta que el parque de viviendas públicas es escaso aunque el residente temporal puede solicitar ayudas le resultará difícil obtenerlas lo que nos lleva a compartir la opinión de quienes sostienen que la LODLEIS prescribe un trato de gracia que opera en beneficio de los más favorecidos a los que tienen menos riesgo de exclusión, agudizando la situación de vulnerabilidad de quienes están en peores condiciones⁵¹.

4.2. Normativa autonómica: La vecindad administrativa requisito suficiente para la integración a través del acceso a la vivienda

La presencia en territorio español de un elevado número de inmigrantes sin regularizar es una realidad⁵². Este colectivo, a pesar de encontrarse en una situación socio-económica mucho más precaria y vulnerable que los residentes legales, tienen absolutamente vetada toda posibilidad de acceder al sistema público de ayudas para la vivienda por lo que quedan al margen del alojamiento subvencionado y relegados al mercado privado⁵³. Además de verse limitados a un mercado laboral informal y ganar significativamente menos que otros trabajadores, se ven obligados a pagar precios superiores a los del mercado por un alojamiento inadecuado⁵⁴. Aquellos que no son expulsados pueden lle-

(51) Estaríamos ante un derecho inasible, manifiesta A. VIANA GARCÉS, *Derecho a la vivienda para inmigrantes*, cit, p. 542.

(52) En 2016, las autoridades españolas detectaron a 37.295 inmigrantes viviendo en el territorio de manera irregular, la mayoría de ellos marroquíes, https://elpais.com/internacional/2017/05/29/actualidad/1496052784_493244.html (última consulta 07/03/2019).

(53) Son muchos los que se encuentran en una situación de supervivencia realizando trabajos en la economía sumergida y muy precarizados. En este enlace puede verse testimonios reales de las situaciones dramáticas que viven durante años en territorio español inmigrantes “sin papeles” invisibles para las estadísticas y los servicios públicos, https://elpais.com/politica/2018/03/23/actualidad/1521800122_036635.html (última consulta 07/03/2019).

(54) Esta es una situación común en Europa. Así este contexto, se ha puesto de manifiesto que muchos migrantes irregulares sufren condiciones de habitabilidad insuficientes, precarias y superpobladas a precios abusivos. Aprovechándose los propietarios, en ocasiones de su situación

gar a legalizar su situación obteniendo una autorización de residencia temporal por arraigo que impone, entre otros requisitos, la acreditación de permanencia continuada en España durante un número mínimo de años⁵⁵. Claramente durante este tiempo necesitan un techo bajo el que cobijarse en condiciones adecuadas que les proporcione privacidad y seguridad. Sin embargo, de forma frecuente los inmigrantes se ven abocados a habitar en viviendas de mala calidad, en condiciones de hacinamiento y en barrios degradados⁵⁶. En muchos casos, son las redes de compatriotas y de parentesco junto con un mercado ilícito de vivienda lo que les permite acceder a un alojamiento. Todo ello repercute finalmente en la generación de procesos de exclusión y segregación social⁵⁷. Esto pone en evidencia que además de reconocer a este colectivo determinados derechos como el de educación de sus hijos o la obtención

para cobrarles por encima de los precios de mercado por unas condiciones muy por debajo de lo adecuado. Esta inseguridad implica que los inmigrantes irregulares y sus familias tengan que mudarse frecuentemente, quizás apoyándose en amigos y familiares, quedándose en casas ocupadas o pasando noches a la intemperie. Así lo relatan las autoras del informe “Vivienda y carencia de hogar de los migrantes en situación administrativa irregular en Europa: desarrollo de estrategias y buenas prácticas para garantizar el acceso a la vivienda y a los refugios”, PICUM, 2014, http://picum.org/Documents/Public/2014/Annual_Conference_2013_report_HOUSING_ES.pdf (última consulta 07/03/2019).

(55) Si al inmigrante se le requiere el algún momento por las autoridades la autorización de residencia y carece de la misma es obligatorio iniciar un procedimiento administrativo sancionador que debe resolverse en el plazo máximo de seis meses y que puede establecer, o no, la sanción de expulsión. Sirva de ejemplo que durante el año 2018, según los datos de la Dirección General de la Policía Nacional publicados por el diario *El País* (https://elpais.com/politica/2018/12/14/actualidad/1544810185_157687.html) entraron irregularmente en España 10.816 ciudadanos marroquíes y el número de expulsiones fueron 1489. También es cierto según los datos que constan en este mismo medio que en otros años, como por ejemplo en el 2014 entraron 1186 marroquíes irregularmente y el número de expulsiones ascendió a más de tres mil.

(56) Una situación especialmente dramática es la que padecen los inmigrantes temporeros que – aunque el 70% de ellos tiene su situación administrativa regularizada en España – se ven obligados a “malvivir” en chabolas de cartón y plástico, en condiciones “indignas”, sin luz, sin agua, sin saneamientos e inseguros. Al respecto, puede verse el informe elaborado por varias ONG (Cáritas, Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía) bajo el título “Realidad de los asentamientos en la provincia de Huelva: análisis, diagnóstico y propuestas”, <https://www.apdha.org/media/Informe-Asentamientos-Mesa-Integracion-Huelva.pdf> (última consulta 07/03/2019).

(57) Véase, en este sentido, el trabajo de J.M. PARREÑO CASTELLANO, R. GUERRA TALAVERA, *La vivienda de los inmigrantes indocumentados residentes en Canarias (España)*, en *Revista electrónica de geografía y ciencias sociales*, Vol. X, 207, 2006 (<http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-207.htm>, última consulta 07/03/2019).

de determinadas prestaciones sanitarias precisan acceder a una vivienda digna para su integración en la comunidad de destino.

Mientras que la LODLEIS los ha excluido del acceso a las ayudas públicas en materia de vivienda, algunos estatutos de autonomía, en consonancia con el estándar mínimo internacional consagrado en el PIDESC, amplían el ámbito subjetivo establecido en aquella. Así lo han hecho el estatuto de autonomía de Andalucía, de Cataluña, de Canarias y el del País Vasco. Este último reconoce la condición política de vascos a quienes tengan la vecindad administrativa en cualquiera de los municipios integrados en el territorio de la Comunidad Autónoma (art. 7). Asimismo, la norma andaluza dispone que los destinatarios de las políticas públicas y titulares de derechos y deberes contenidos en el Estatuto son todas las personas con vecindad administrativa en Andalucía (art. 12). Por lo tanto, con independencia de la nacionalidad y de su situación administrativa la vecindad equipara en derechos a las personas empadronadas en dichos territorios. En sintonía con estas previsiones estatutarias sus respectivas leyes en materia de vivienda reiteran que todas las personas con vecindad administrativa en cualesquiera municipios de la Comunidad Autónoma tienen el derecho a disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible⁵⁸. Expresamente el *III Plan Integral para la Inmigración en Andalucía Horizonte 2016* tras reconocer la vivienda como un servicio básico (junto a la sanidad, educación, empleo, servicios sociales, atención jurídica), fija como uno de sus objetivos prioritarios garantizar el acceso a la misma por parte de la población extranjera, «independientemente de su situación administrativa»⁵⁹.

Por su parte, el estatuto de autonomía catalán y el recién modificado estatuto canario, reconocen el derecho a acceder a una vivienda digna a las «personas» que no tengan recursos suficientes o se encuadren en el seno de los colectivos sociales más vulnerables (arts. 26 y 22 respectivamente). Ambas normas no condicionan a la nacionalidad el ejercicio del derecho y reconocen expresamente como titulares del mismo a las

(58) Véase art. 7 de la Ley vasca 3/2015, de 18 de junio, de vivienda y artículos 1 y 2 de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía.

(59) https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/PIPIA_III.pdf (última consulta 07/03/2019).

personas más necesitadas, perfil en el que, sin duda, encaja el colectivo de inmigrantes irregulares o «sin papeles».

4.3. La apuesta autonómica por la cohesión social a través del derecho a la vivienda y del derecho a la ciudad

Uno de los peligros más graves que amenazan la integración a través de la vivienda es la segregación de las personas en el espacio en función de parámetros socioeconómicos, demográficos, etc. Conscientes de ello, tanto la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, de derecho a la vivienda como la Ley vasca 3/2015, de 18 de junio, de vivienda, o la Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunitat Valenciana, proclaman la erradicación de la discriminación en el ejercicio del derecho de acceso a la vivienda como un principio que debe informar la actuación de las instituciones públicas en este ámbito⁶⁰.

En el *V Plan de actuación vasco en el ámbito de la Ciudadanía, Interculturalidad e Inmigración 2018-2020*, se incluye como medidas programáticas en materia de vivienda: (i) facilitar el acceso a la vivienda de los colectivos de personas de ascendencia, origen y/o nacionalidad extranjera en igualdad de condiciones que el resto de la población vasca”, (ii) «evitar las concentraciones, segregaciones y la creación de guetos residenciales en promociones y/o edificios sociales promovidos por la administración vasca» y (iii) analizar y proponer la modificación (si procede) de los criterios de adjudicación de viviendas sociales por parte del Departamento de Vivienda, encaminada a evitar la excesiva concentración de personas de ascendencia, origen y/o nacionalidad extranjera en determinados edificios, urbanizaciones y/o áreas urbanas⁶¹.

El objetivo es conseguir que en las mismas zonas urbanas o en la misma unidad edificatoria coexistan viviendas destinadas a alquiler con viviendas en propiedad y mezclarse unidades convivenciales de distinto

(60) Véanse los artículos 2 h), 2 j) y 7 respectivamente.

(61) Véase las pp. 31 y 51 del Plan de actuación vasco en el ámbito de la Ciudadanía, Interculturalidad e Inmigración 2018-2020, www.euskadi.eus/contenidos/informacion/planes_estrategicos_inmigracio/es_planes/adjuntos/vplaninterculturalidad.pdf (última consulta 07/03/2019).

nivel de ingresos y de distintas edades y de composición familiar e incluso que se combinen viviendas protegidas de iniciativa pública y privada⁶². De esta forma se trata de conseguir que la composición final del grupo de adjudicatarios sea lo más parecida a la estructura social sin que tenga lugar una concentración excesiva de colectivos que ponga la promoción en riesgo de aislamiento social⁶³. En definitiva, se busca no sólo de favorecer el acceso a la vivienda sino también llevar a cabo una integración plena en la sociedad de destino evitando la formación de guetos que den lugar a la marginación y a la exclusión.

Las leyes arriba citadas, dan un paso más y apuestan por incluir, en estrecha conexión con el derecho a la vivienda, el derecho a un entorno y a un medio urbano o rural digno y adecuado calificado como “hábitat”⁶⁴. Por ello, una de las directrices del planeamiento urbanístico respecto de la vivienda es garantizar el derecho de todos los habitantes a disfrutar de condiciones de vida urbana y de hábitat que favorezcan la cohesión social⁶⁵. Se trata de cohesionar el derecho a un espacio habitable con el derecho a un entorno, a un medio urbano o rural digno y adecuado, sostenible y planificado.

5. La integración de los inmigrantes a través de las competencias autonómicas y locales en materia de vivienda

En relación con el efectivo acceso a la vivienda por parte de los inmigrantes es preciso recordar que en virtud de lo previsto en el artículo 148.3 CE todas las CCAA han asumido, a través de sus estatutos de autonomía, competencias exclusivas en materia de vivienda. No obstante, debido al sistema de reparto competencial configurado en el texto constitucional español, ello no ha implicado un monopolio absoluto

(62) Véase Exposición de motivos de la Ley vasca 3/2015, de 18 de junio, de vivienda.

(63) Así lo expresa la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda en su artículo 100.3.

(64) El concepto de hábitat es definido en la Exposición de Motivos de la Ley vasca 3/2015, de 18 de junio, de vivienda en los siguientes términos: «el lugar complejo en el que, además de la vivienda, se ubican los servicios, actividades, equipamientos y demás elementos en los que se desenvuelve la vida personal y comunitaria».

(65) Art. 16 g) de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda de Cataluña.

de la materia por parte de aquellas ya que el Estado, con apoyo en títulos competenciales estatales de carácter transversal, como el establecimiento de las bases de la ordenación del crédito (art. 149.1.11 CE), o las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE), también ha incidido en la regulación de la vivienda.

Ya en la primera década de su funcionamiento, el Tribunal Constitucional (en adelante Tc) ha tenido ocasión de delimitar las funciones correspondientes a ambas instancias territoriales en materia de vivienda y su posición ha sido, desde sus primeros pronunciamientos, pendular. Mientras que en ocasiones ha desarrollado una interpretación extensa de las bases estatales en detrimento de la competencia autonómica exclusiva en la materia⁶⁶, en otras se ha preocupado por no vaciar las competencias autonómicas realizando una lectura más ajustada al reparto competencial diseñado por el bloque de la constitucionalidad⁶⁷. La conflictividad competencial en materia de vivienda se ha vuelto a repetir recientemente cuando las CCAA han querido implementar una política totalmente autónoma en dicha materia⁶⁸. Todas y cada una de las normativas autonómicas, denominadas de segunda generación, aprobadas en materia de vivienda con la principal finalidad de solventar los problemas habitacionales que afectan a la población en general y, en particular, a aquellas personas que se encuentran en una situación más vulnerable tras padecer una disminución, o pérdida absoluta de recursos, derivados del desempleo y la precariedad laboral generada por la crisis económica, han sido objeto de los respectivos recursos de inconstitucionalidad inter-

(66) En este sentido puede verse la STC 152/1988, de 20 de julio.

(67) En este sentido puede verse la STC 37/1987, de 26 de marzo.

(68) La normas autonómicas bajo el fundamento del incumplimiento de la función social de la propiedad prevé entre otras medidas la facultad de ordenar, cuando se dan determinadas condiciones, la cesión de viviendas desocupadas y/o expropiación de viviendas deshabitadas cuyo propietario sea una persona jurídica. Asimismo, también bajo dicho fundamento, estas normas prevén la posibilidad de declarar de interés social la cobertura de necesidad de vivienda de las personas en especiales circunstancias de emergencia social, incurso en procedimientos de desahucio por ejecución hipotecaria, a efectos de expropiación forzosa del uso de la vivienda objeto de un procedimiento de esa naturaleza, por un determinado plazo (varía de 3 a 5 años) a contar desde la fecha del lanzamiento acordado por el órgano jurisdiccional competente.

puesto sucesivamente por el gobierno estatal⁶⁹. La situación es, muy resumidamente, la siguiente: mientras que hay una parte importante de la población que no puede hacer frente al pago de hipotecas o de alquileres, se constata, por otro lado, la existencia de un elevado número de viviendas vacías y deshabitadas muchas de las cuales están en manos de entidades financieras, sus filiales inmobiliarias o entidades de gestión de activos. Tanto el Estado, con apoyo en sus títulos competenciales de carácter transversal, como algunas CCAA, al amparo de sus competencias en materia de vivienda, adoptaron una serie de medidas con el fin de hacer frente a esta delicada situación habitacional⁷⁰.

El Tc en las sucesivas sentencias que ha ido pronunciando para la resolución de los citados recursos, ha condicionado la constitucionalidad

(69) La legislación autonómica a la que se hace referencia es: Ley 10/2016, de 1 de diciembre, de medidas de emergencia en relación con las prestaciones económicas del Sistema Público de Servicios Sociales y con el acceso a la vivienda en la Comunidad Autónoma de Aragón; Ley catalana 4/2016, de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial; Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda del País Vasco; Ley 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda en Andalucía; Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra; Ley 2/2017, de 17 de febrero, de Emergencia Social de la Vivienda de Extremadura; Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunidad Valenciana; Ley 2/2014, de 20 de junio, de modificación de la Ley 2/2003, de 30 de enero, de Vivienda de Canarias.

(70) El legislador estatal en ejercicio de su competencia exclusiva para la aprobación de las bases de la planificación general de la economía ha previsto en su Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que hasta transcurridos siete años desde su entrada en vigor, no procederá el lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a persona que actúe por su cuenta, la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en este artículo (art. 1). Con el mismo fin se encomienda al gobierno que promueva con el sector financiero la constitución de un fondo social de viviendas propiedad de las entidades de crédito, destinadas a ofrecer cobertura a aquellas personas que hayan sido desalojadas de su vivienda habitual por el impago de un préstamo hipotecario cuando concurren las circunstancias previstas en el art. 1 de esta Ley. Este fondo social de viviendas tendrá por objetivo facilitar el acceso de estas personas a contratos de arrendamiento con rentas asumibles en función de los ingresos que perciban. Al mismo tiempo el Estado aprueba una serie de medidas financieras contenidas en el Real Decreto-Ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero y en el Real Decreto-Ley 18/2012, de 11 de mayo, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero (posteriormente derogado por la Ley 8/2012, de 30 de octubre, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero), ambas normas aprobadas con el objetivo de normalizar los mercados hipotecarios y responder a la necesidad de recapitalización del sector financiero.

de las medidas aprobadas por la normativa autonómica (sancionar y/o expropiar viviendas deshabitadas), básicamente al hecho de si su aplicación podría suponer, o no, una interferencia en las medidas estatales de política económica previamente adoptadas en relación con dicha materia⁷¹.

Por lo tanto, ante el ejercicio por el Estado de determinados títulos horizontales que inciden en la vivienda, de entre los cuales adquiere un protagonismo cada vez más relevante «la ordenación general de la economía»⁷², se desvanece el carácter de exclusividad con el que los estatutos atribuyen a las CCAA competencias en dicha materia.

La tercera protagonista en este reparto competencial es la Administración Local, concretamente la municipal, a quien la LBRL reconoce competencias propias en materia de vivienda de acuerdo con lo establecido en la legislación estatal y autonómica. Efectivamente, aunque la inmigración es un fenómeno global, son los Ayuntamientos los que tienen un conocimiento exacto de la realidad urbana de sus municipios

(71) El Tc en su STC 93/2015, 14 mayo 2015 (BOE nº 146 de 19 de julio de 2015) entiende que la expropiación forzosa del uso de la vivienda para atender las necesidades de alojamiento de las personas que se encuentran incursas en procedimientos de desahucio por ejecución hipotecaria, es “un obstáculo significativo para la eficacia de la medida de política económica que el Estado disciplina en la Ley 1/2013 y, por tanto, procede declarar que el legislador andaluz ha ejercitado la competencia que le incumbe en materia de vivienda de un modo que menoscaba la competencia estatal ex art. 149.1.13” (Fj 18). En cuanto a la previsión autonómica que obliga al propietario de vivienda a destinar efectivamente a uso habitacional previendo, en caso de incumplimiento, la posibilidad de sancionar e incluso expropiar si el titular de la vivienda es una persona jurídica y si se dan determinadas circunstancias, el Tc en su Sentencia 16/2018, de 22 febrero 2018 (BOE nº 72 de 23 de marzo de 2018) afirma la constitucionalidad de dichas previsiones ya que, como es sabido, la causa de la expropiación la determina el legislador estatal o autonómico encargado de perseguir los fines sectoriales que trata de satisfacer la expropiación y no menoscaba las decisiones adoptadas por el Estado para mejorar la solvencia de entidades de crédito y el proceso de desinversión de activos inmobiliarios con base en el artículo 149.1.13 Ce cada precepto contempla. Estos pronunciamientos se encuentran en STC posteriores como 32/2018 de 12 de abril, 43/2018 de 26 de abril, 80/2018, de 5 de julio, 97/2018, de 19 de septiembre y 106/2018 de 4 de octubre.

(72) En relación con esta cuestión suscribimos las siguientes reflexiones realizadas por M. VAQUER CABALLERÍA, *Retos y oportunidades para una política cabal de vivienda tras la crisis económica* en M. VAQUER CABALLERÍA, J. PONCE SOLÉ, R. ARNAIZ RAMOS, *Propuestas jurídicas para facilitar el acceso a la vivienda*, cit., p. 34: «Para la Constitución la vivienda no es un sector económico sino un derecho (art. 47 Ce) y, por ende, si el Estado considera necesario legislar en la materia para regular unas condiciones mínimas que aseguren su disfrute a los más necesitados, debiera hacerlo al amparo del artículo 149.1.1ª Ce y no del artículo 149.1.13ª. Ce».

y los que perciben con mayor precisión y cercanía las necesidades de los vecinos. En consecuencia, la legislación autonómica de vivienda les atribuyen una serie de facultades como: (i) la ordenación, promoción y gestión; (ii) la adjudicación y control de los alojamientos de su titularidad; (iii) la inspección; (iv) medidas de intervención para garantizar un uso adecuado de las edificaciones y (v) la potestad sancionadora en la materia⁷³.

Alcanzar la integración de los inmigrantes a través de la vivienda es, sin lugar a dudas, una tarea compleja que exige contar con los recursos económicos suficientes y con una fuerte voluntad política de colaboración interinstitucional desempeñando un papel importante el principio de subsidiariedad.

6. Medidas previstas en la legislación autonómica para la satisfacción del derecho a la vivienda por parte de los colectivos vulnerables ¿también para los migrantes?

La nueva normativa autonómica en materia de vivienda proclama que en vez de poner el foco de la regulación en la vivienda como elemento físico, coloca a la persona y a su situación autonómica en el centro de gravedad de su intervención⁷⁴. Asimismo, en sintonía con las resoluciones del Parlamento europeo y con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea, dicha normativa considera que toda actividad dirigida a posibilitar el derecho a una vivienda asequible, digna y adecuada es considerada un servicio de interés general. En este contexto, con el fin de hacer efectivo el derecho subjetivo a la vivienda de las personas más necesitadas, se apuesta por llevar a cabo medidas de acción positiva. En los siguientes apartados se analizarán, por lo tanto, las principales medidas e instrumentos articulados, tanto en la legislación como en los planes de vivienda autonómicos, con el fin de

(73) Pueden verse entre otras la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía (art. 7); la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda de Cataluña (art. 8) o la Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunitat Valenciana (art. 8).

(74) Así lo establece la Exposición de Motivos de la Ley vasca 3/2015, de 18 de junio, de vivienda.

satisfacer la tenencia de un alojamiento digno por parte de los colectivos más vulnerables, entre los que se encuentran los migrantes, que llegan al país de destino en condiciones de pobreza absoluta en busca de una vida mejor.

6.1. Promoción de la vivienda en régimen de alquiler

La mayor parte de las CCAA prevén una oferta, por ahora insuficiente, de viviendas de protección pública – asequibles, dignas y adecuadas – que puedan satisfacer la necesidad de alojamiento de las personas en situación de vulnerabilidad o en procesos de exclusión social. En cuanto al régimen de tenencia, – compra o arrendamiento –, existe en la actualidad un sólido consenso social y político para la creación de un amplio parque de vivienda social destinada al arrendamiento considerado como la opción más adecuada para hacer efectivo el derecho subjetivo a la vivienda⁷⁵. Así, por ejemplo, el legislador vasco dispone que el 80% de los recursos en materia de vivienda se destinarán a políticas de alquiler⁷⁶. En el mismo sentido, los planes de vivienda autonómicos establecen como uno de sus objetivos prioritarios impulsar el crecimiento del parque público de viviendas en alquiler con el fin de satisfacer las necesidades de alojamiento de los colectivos con mayores dificultades⁷⁷. Se trata, en definitiva, de incrementar la oferta de viviendas en alquiler para lo que las CCAA han puesto en marcha diferentes instrumentos de intervención y programas de fomento.

6.1.1. Medidas para impulsar el incremento del parque de vivienda

Tras la Gran Recesión se ha producido una acumulación de viviendas vacías en manos de las entidades de crédito, de sus filiales inmobiliarias y de las entidades de gestión de activos, derivadas, en gran medi-

(75) En este sentido, la Ley 4/2016, de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial (art. 2) y la Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda (art. 9.1).

(76) Art. 7.4 de la Ley vasca 3/2015, de 18 de junio, de vivienda.

(77) Entre otros, véase el *Plan Director de Vivienda 2018-2020 del País Vasco* o el *Plan por el Derecho a la Vivienda de Barcelona 2016-2025* establece como uno de sus objetivos incrementar el parque público de vivienda y orientarlo fundamentalmente al alquiler.

da, de desalojos y desahucios por impago de alquileres o hipotecas. Se trata de un elevado número de viviendas desocupadas que incumplen su función social, en un momento en el que un amplio colectivo ciudadano se encuentra con serias dificultades para acceder a un alojamiento digno⁷⁸. Con este escenario, la mayoría de las CCAA han visto la necesidad de movilizar este importante stock de vivienda vacía en poder de las entidades financieras. Para ello, han puesto en marcha la tramitación de procedimientos garantistas y contradictorios de declaración de una vivienda como deshabitada⁷⁹. A su vez, con el fin de llevar a cabo un control y seguimiento de estas viviendas, la normativa autonómica configura el llamado “Registro de viviendas deshabitadas”⁸⁰ en el que deben inscribirse, obligatoriamente, las viviendas desocupadas en manos de los grandes tenedores. Algunas CCAA también han previsto la inscripción, con carácter voluntario, de las viviendas vacías pertenecientes a personas físicas cuando estas lo soliciten⁸¹. Posteriormente, a través de los procedimientos oportunos, estas viviendas se pondrán a disposición de los demandantes de vivienda con el fin de que sean ocupadas a través de fórmulas de concertación de arrendamientos o de adquisición.

(78) De acuerdo con el art. 4.2. b) de la Ley vasca 3/2015, de 18 de junio, de vivienda, uno de los supuestos en los que se produce un incumplimiento de la función social de la vivienda es con la «situación o estado de desocupación de la vivienda, del alojamiento o de la edificación de viviendas cuando ello se produzca de manera permanente o injustificada en los términos de esta ley».

(79) A modo de ejemplo, véase la regulación contenida en los artículos 25 y ss. de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda de Andalucía o los artículos 14 y ss. de la Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunitat Valenciana.

(80) Por ejemplo, en este sentido el art. 11.4 de la Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunitat Valenciana dispone: «se crea el registro de viviendas deshabitadas como instrumento básico para el control y seguimiento de las viviendas habituales que hayan sido declaradas deshabitadas, al servicio del ejercicio de las potestades administrativas que reconoce la presente ley. Se inscribirán en dicho registro las resoluciones declarativas de viviendas deshabitadas y cualesquiera otras resoluciones que reflejen actuaciones o circunstancias con incidencia en la situación de no habitación. El registro tiene carácter autonómico y se residencia en la conselleria con competencia en materia de vivienda, la cual estará obligada a mantenerlo».

(81) Véase en este sentido el art. 3 del Decreto 17/2016, de 18 de febrero, por el que se crea y se regula el Censo de viviendas vacías de la Comunidad Autónoma de Galicia.

Asimismo, con la finalidad de incentivar a los propietarios de viviendas desocupadas a colocarlas en el mercado de alquiler a precios asequibles, se prevé la puesta en marcha de programas que fomentan la cesión temporal de la gestión de dichas viviendas a la Administración Pública, bajo las condiciones y requisitos que previamente se establezcan⁸². Ejemplo de ello es el “Programa de Vivienda Vacía (Bizigune)” creado para captar vivienda libre vacía con el fin de ponerla en el mercado de arrendamiento y destinarla a las personas o unidades convivenciales inscritas en el llamado “Registro de Solicitantes de vivienda”. Sus características más destacables son que los propietarios perciben aproximadamente entre el 65% y el 75% de la renta mensual habitual en el mercado, con la garantía de recuperar su vivienda en similares condiciones, y que los arrendatarios no abonan por ella más del 30% de sus ingresos brutos anuales computados de conformidad con la normativa vigente en materia de viviendas de protección oficial⁸³.

La firma de convenios con promotores privados para que pongan sus viviendas al servicio del alquiler protegido, es otra fórmula que persigue ampliar la oferta pública de vivienda en alquiler. Se apuesta, de este modo, por la colaboración público-privada, esto es, por la promoción privada de vivienda subvencionada y alquiler público⁸⁴.

Finalmente, cabe hacer referencia al “Alquiler Solidario”, previsto en la Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunitat Valenciana. Esta norma, en su artículo 25, regula una iniciati-

(82) Véase en este sentido art. 47 bis de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda de Andalucía; el art. 24 de la Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunitat Valenciana o el artículo 69.4 Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda de Cataluña.

(83) Decreto 361/2002 de 30 de diciembre, por el que se promueve e impulsa el “Programa de Vivienda Vacía”, se establece su régimen jurídico y se encomienda su gestión a la Sociedad Pública “Vivienda y Suelo de Euskadi S.A./Euskadiko Etxebizitza eta Lurra, E.A.” (VISESA). Su última modificación se llevó a cabo a través de Decret 61/2009, de 10 de marzo, de modificación del Decreto 316/2002, de 30 de diciembre, por el que se promueve e impulsa el Programa de Vivienda Vacía, se establece su régimen jurídico y se encomienda su gestión a la sociedad pública de Gestión de Viviendas en Alquiler/ Etxebizitza Alokairuetarako Sozietate Publikoa, S.A.

(84) https://www.navarra.es/home_es/Actualidad/Sala+de+prensa/Noticias/2018/10/30/Convenio+Nasuvinsa+y+Palo+Alto+Empresarial+vivienda+alquiler+protegido.htm (última consulta 07/03/2019).

va para el alquiler de pisos vacíos que necesiten algún tipo de rehabilitación y sus propietarios no están en condiciones económicas de correr con los gastos que ello supone. Con este proyecto son varios los objetivos que se persigue conseguir: a) favorecer a los propietarios de las viviendas que no pueden mantenerlos ni rehabilitarlos, pero que sí que quieren conservar la propiedad, b) movilizar las viviendas desocupada, c) obtener más viviendas para políticas sociales y d) propiciar que se hagan obras de rehabilitación para generar ocupación.

En definitiva, la solución al problema habitacional existente precisa, en primer lugar, que las CCAA logren incrementar el parque de viviendas sociales para el alojamiento, fundamentalmente en régimen de alquiler, de los colectivos más necesitados. Con el fin de planificar las condiciones de acceso y la oferta de la vivienda disponible, las CCAA han previsto la creación de Registros de oferta de viviendas de protección pública destinadas a fines sociales. Registro al que también está previsto que se incorpore la oferta de promotores, públicos o privados, de viviendas de protección pública y las que se destinen a fines sociales a través de redes de mediación para alquiler⁸⁵.

6.1.2. Fórmulas previstas para la cobertura de las necesidades de alojamiento por parte de los colectivos vulnerables a través de la vivienda en alquiler

Con el fin de ordenar la ocupación de los alojamientos integrantes del parque público de vivienda que las distintas administraciones conformen a través de los diversos instrumentos expuestos, la normativa prevé fórmulas para el acceso a los mismos por parte de los colectivos que padecen la carencia de recursos suficientes para cubrir sus necesidades de alojamiento a través del mercado privado de la vivienda. A continuación, se hará referencia a las propuestas más relevantes y, asimismo, se valorará su eficacia para hacer efectivo el derecho a la vivienda de los inmigrantes, teniendo en cuenta que el alojamiento es imprescindible para su integración y para el desarrollo de su proyecto vital en la sociedad de acogida.

(85) Art. 11 de la Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunitat Valenciana.

6.1.2.1. *Las ayudas al pago de alquiler*

Una buena parte de las normas autonómicas de vivienda prevén las ayudas al pago de alquiler como una medida de fomento para el acceso a la vivienda por parte de aquellos sectores más necesitados y con mayores dificultades de acceso a la misma. Entre las leyes más recientes con fuerte impronta social se encuentra la Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunitat Valenciana, en cuyo artículo 22 dispone que se establecerá un sistema de ayudas para el pago de alquiler a las personas y unidades de convivencia con ingresos bajos o moderados, donde el coste de la vivienda los puede situar en riesgo de exclusión social residencial, de forma que no se supere el 25 % de los ingresos. A tal efecto, se prevén dos tipos de prestaciones: a) Ayudas para el pago del alquiler acogidas a convocatorias públicas periódicas que se establezcan mediante concurrencia y en las condiciones que se determinen; b) prestaciones de urgencia para hacer frente al pago de alquiler o de cuotas hipotecarias en situaciones especiales de emergencia y en las condiciones que reglamentariamente se establezcan, pudiéndose otorgar sin concurrencia y con los informes previos favorables de los servicios sociales municipales⁸⁶.

La cuestión es determinar en qué medida los inmigrantes en riesgo o situación de exclusión social se pueden beneficiar de dichas ayudas. Para ello, es preciso recordar que la LODLEIS dispone, en su artículo 13, que únicamente los inmigrantes con residencia de larga duración pueden acceder a las ayudas públicas en materia de vivienda en igualdad de condiciones que los españoles. Por su parte, los extranjeros con autorización temporal deben estar a lo que dispongan las leyes, quedando excluidos, en todo caso, del sistema de ayudas públicas, los migrantes no residentes.

No obstante, hemos podido comprobar como parte de la normativa autonómica en materia de vivienda y, en concreto, la de la Comunitat Valenciana, reconoce de forma generalizada el derecho de acceso al alojamiento de todas las personas que cumplan con el requisito del empadronamiento en uno de sus términos municipales. Este reconocimiento

(86) También la Ley 18/2007 de derecho a la vivienda de Cataluña prevé en su art. 72 sistema de prestaciones para el pago del alquiler en términos similares.

implica, necesariamente, una ampliación de los mínimos previstos en la LODLEIS⁸⁷. Esto es, el acceso debe producirse en condiciones de igualdad para todas las personas, independientemente de su origen y de su estatus legal, que tengan vecindad administrativa y cumplan los requisitos exigidos en las normas de desarrollo. Sin embargo, las previsiones autonómicas se ven frustradas en su posterior aplicación práctica al exigir al migrante, al igual que en la normativa estatal, estatus de residente legal para optar a dichas ayudas. Así lo evidencian las bases de la convocatoria de ayudas al alquiler aprobadas y publicitadas en el año 2018 en esta misma Comunidad Autónoma. De acuerdo con las mismas se percibe, en primer lugar, que los inmigrantes no están incluidos de forma expresa entre los grupos prioritarios para acceder a las ayudas. Aun así, de acuerdo con la normativa estatal, los inmigrantes que han adquirido el estatus de residentes si se encontrasen en alguna de las situaciones descritas en las bases (mujeres en riesgo de exclusión, víctimas de violencia de género, familias monoparentales, etc.) ocuparían, al igual que los autóctonos, una posición preferente para el acceso a las mismas⁸⁸. En segundo lugar, al exigir las bases que los extranjeros solicitantes de las ayudas tengan residencia legal en España, obviamente se está excluyendo a los migrantes sin regularizar⁸⁹. Esto significa, en todo caso, que los inmigrantes “sin papeles” únicamente podrán acogerse a las “prestaciones de urgencia” siempre que no se convoquen en concurrencia y contando, eso sí, con el pertinente informe de los servicios sociales y demostrando que se trata de una situación de especial urgencia. En de-

(87) Se comparte la opinión del sector doctrinal que considera que las previsiones contenidas en la LODLEIS constituyen un mínimo que los legisladores autonómicos pueden ampliar en el ejercicio de sus competencias en materia de asistencia social. Véase en este sentido, V. AGUADO I CUDOLÁ, A. CERILLO I MARTÍNEZ, *Las condiciones de vivienda de los inmigrantes: la intervención de los entes locales*, cit., pp. 13-137.

(88) <http://www.habitatge.gva.es/es/web/vivienda-y-calidad-en-la-edificacion/ajudes-al-lloguer-d-habitatge-2019>. También se ha consultado las bases aprobadas RESOLUCIÓ GAH/867/2018, de 2 de maig, per la quals'aproven les bases reguladores per a la concessió, en règim de concurrència competitiva, de les prestacions per alpagament del lloguerdestinades a col·lectiusespecífics en cuya cláusula 4 exige como requisito para solicitar las ayudas residencia legal pero con una antigüedad de 5 años. <https://portaldogc.gencat.cat/utillsEADOP/PDF/7613/1673417>. (última consulta 07/03/2019).

(89) http://www.dogv.gva.es/datos/2018/06/28/pdf/2018_6324.pdf (última consulta 07/03/2019).

finitiva, a pesar de que la Comunidad Autónoma prevé en su normativa de vivienda que la vecindad administrativa es suficiente para acceder a un alojamiento digno en condiciones de igualdad, en la práctica las actuaciones autonómicas no se separan de las previsiones contenidas en el citado artículo 13 de la LODLEIS.

6.1.2.2. Aseguramiento de los riesgos inherentes al pago del alquiler

Otra medida de estímulo para dar cobertura a los programas de alquiler de vivienda deshabitada, es el aseguramiento de los riesgos inherentes a la ocupación habitacional de las mismas con el fin de garantizar el cobro de la renta, los desperfectos causados, la responsabilidad civil, la asistencia del hogar y la defensa jurídica⁹⁰. Esta es una medida que puede frenar el rechazo que, en ocasiones, sufren los inmigrantes por parte de los propietarios cuyos prejuicios les llevan a optar por no alquilar sus viviendas a personas extranjeras aunque ello suponga dejarlas deshabitadas. Esta medida, sin embargo, no es suficiente sino se acompaña de una actuación de mediación.

6.1.2.3. Actuaciones de mediación

La mediación de la Administración, sobre todo la local por razones de proximidad, entre las personas físicas o jurídicas y los inquilinos, es fundamental en el proceso de acceso a un alojamiento digno por parte de los inmigrantes. Se trata de interceder con la finalidad de proporcionar confianza, garantías de buen uso de la vivienda a precios de alquiler por debajo de los precios del mercado. Igual que en el supuesto anterior estamos ante una actuación valorada positivamente desde el punto de vista de la integración de los inmigrantes a través de la vivienda. La mediación puede evitar la discriminación ya que, en definitiva, se persigue procurar el acceso en condiciones de igualdad y, asimismo, vencer la resistencia de muchos propietarios a alquilar sus viviendas a personas extranjeras. La mayoría de las normas autonómicas requieren que los solicitantes de viviendas obtenidas por mediación estén inscritos en el “Registro de de-

(90) Art. 45 de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía.

mandantes de vivienda de protección”⁹¹. El cumplimiento de esta exigencia es, como luego se podrá comprobar, otra barrera administrativa para el acceso a la vivienda de los extranjeros no residentes cuya alternativa es, inevitablemente, el mercado privado para el que precisan de la intermediación que llevan a cabo, fundamentalmente, las entidades del tercer sector⁹².

En todo caso, la mediación será también necesaria para el acceso a la vivienda de los migrantes residentes a quienes en muchas ocasiones se les exigen garantías más cuantiosas y mayores condicionantes que a los autóctonos por quienes los arrendadores muestran preferencia a la hora de alquilar sus viviendas. Ello implica que, en la práctica, a pesar de las condiciones de igualdad formal, las opciones de migrantes para el acceso a una vivienda digna son menores que las de los nacionales.

6.1.2.4. *Creación de Registros de demandantes de vivienda*

Con carácter general, la normativa autonómica requiere la creación de un Registro de demandantes de vivienda con la finalidad de planificar y conciliar la oferta con la demanda atendiendo a sus características. Este Registro es la puerta de entrada para el acceso a una vivienda de protección pública. Normalmente, debe constar, entre los datos que figuran en el Registro, la opción de tenencia, compra o alquiler, de cada solicitante. Por otra parte, mientras que en algunas CCAA el Registro es integral – incluye toda la oferta existente⁹³ – y/o único para todo el ámbito

(91) Véase art. 27 de la Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunitat Valenciana en cuyo apartado 3º dispone que para la adjudicación de viviendas por mediación se tendrá en cuenta la relación entre el precio de la vivienda y los ingresos de los demandantes, la superficie de esta y las especiales necesidades sociales derivadas, en su caso, de la composición de la unidad de convivencia.

(92) El rechazo por parte de los propietarios de las viviendas para que sean ocupadas por migrantes es tan fuerte que las entidades privadas que hacen labores de mediación no les comunican la identidad del inquilino hasta que no está firmado el contrato de alquiler (Véase en este sentido, el informe *Vivienda y carencia de hogar de los migrantes en situación administrativa irregular en Europa: Desarrollo de estrategias y buenas prácticas para garantizar el acceso a la vivienda y a los refugios*, p. 11, http://picum.org/Documents/Public/2014/Annual_Conferencia_2013_report_HOUSING_ES.pdf, última consulta 07/03/2019).

(93) La Orden de 15 de octubre de 2012, del Consejero de Vivienda, Obras Públicas y Trans-

territorial, en otras se prevé que sus municipios pueden disponer de su propio Registro de solicitantes de alojamiento⁹⁴.

Para inscribirse como demandantes de vivienda en el Registro, sea este de ámbito territorial municipal o autonómico, es preciso cumplir una serie de requisitos entre los que cabe destacar, por lo que ahora interesa, (i) estar empadronado en el correspondiente término municipal o, en su caso, en un municipio de la Comunidad Autónoma correspondiente, (ii) disponer de unos ingresos que no superen los máximos previstos y, (iii) acreditar, en el caso de las personas extranjeras, residencia legal en España. Si bien algunas normas no contemplan esta última obligación⁹⁵, otras, en cambio, únicamente permiten formalizar la inscripción en el Registro de solicitantes de vivienda a las personas extranjeras con residencia legal⁹⁶.

portes, del Registro de solicitantes de vivienda y de los procedimientos para la adjudicación de Viviendas de Protección Oficial y Alojamientos Dotacionales de Régimen Autonómico del País Vasco, señala en su Preámbulo que: «Por lo tanto, para dotar al Registro de Solicitantes de Vivienda de la máxima eficacia, lo lógico es no fragmentar toda esta demanda dejando fuera del mismo a quienes solicitan algunas categorías de vivienda. Ahora bien, la incorporación de la demanda de viviendas tasadas municipales y alojamientos dotacionales de régimen municipal al Registro de Solicitantes de Vivienda depende de la voluntad de los Ayuntamientos. Simplemente cabe ofrecerles tal posibilidad».

(94) En Andalucía de acuerdo con el art. 16.2 de Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda es obligatorio que los ayuntamientos dispongan de un Registro de demandantes de vivienda mientras que en la Comunidad Valencia está prevista esta posibilidad pero no con carácter preceptivo (art. 11.3 de la Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda).

(95) Por ejemplo, no se hace referencia a la residencia legal del extranjero como requisito para inscribirse en el Registro de solicitud de vivienda, en la normativa del Consorcio de la Vivienda de Barcelona la cual exige únicamente estar empadronados.

https://habitatge.barcelona/sites/default/files/documents/reglament_del_registre_de_solicitants_vigent.pdf (última consulta 07/03/2019).

Tampoco lo exige la residencia legal para acceder al Registro Permanente de Solicitantes de Vivienda regulado en el Reglamento para la adjudicación de las viviendas gestionadas por la empresa municipal de la vivienda y suelo de Madrid, S. A. <https://www.emvs.es/Transparencia/Normativa/Documents/nAplicable/nLocal/Reglamento%20de%20adjudicaci%C3%B3n%20de%20viviendas%202018.pdf> (última consulta 07/03/2019).

(96) Véase art. 10 de la Orden de 15 de octubre de 2012, del Consejero de Vivienda, Obras Públicas y Transportes, del registro de solicitantes de vivienda y de los procedimientos para la adjudicación de Viviendas de Protección Oficial y Alojamientos Dotacionales de Régimen Autonómico. La norma distingue entre el residente de larga duración que podrá inscribirse como demandante de vivienda de protección oficial en régimen de arrendamiento o en régimen de compra y el extranjero que dispone de una autorización temporal quien

Como ya se ha señalado, el empadronamiento es un derecho y una obligación para el migrante que, aunque no afecta a su situación administrativa, sí le permite el acceso a determinados servicios públicos. Algunas leyes de vivienda con una fuerte impronta social como por ejemplo la del País Vasco, reconocen el derecho subjetivo a la vivienda a todo aquel que tenga vecindad administrativa en alguno de los municipios de su territorio. Sin embargo, su normativa de desarrollo determina que el acceso únicamente es posible para los inmigrantes en situación de regularidad graduando, a su vez, el derecho de acceso en función de su estatus legal. Para ello, la norma distingue entre los residentes temporales, quienes únicamente podrán inscribirse para optar al arrendamiento, y los extranjeros que tienen residencia de larga duración que podrán elegir entre régimen de compra o alquiler. En definitiva, una vez más la normativa autonómica se repliega para ajustarse a las previsiones de la LODLEIS a pesar de que, como ya se ha señalado, la regulación del derecho a la vivienda contenida en esta norma constituye un mínimo que los legisladores pueden ampliar en el ejercicio de sus competencias en materia de asistencia social.

En cuanto a los recursos económicos disponibles, se parte de que el solicitante que se inscribe en el Registro dispone de unos ingresos. El problema es que el colectivo del que ahora nos ocupamos o bien no llega a los mínimos exigidos o bien no tiene forma de demostrarlo.

En este contexto las posibilidades de los inmigrantes sin regularizar – “sin papeles” – se reducen al alquiler de vivienda de titularidad privada que, salvados los prejuicios que puedan suscitar al arrendador, se encuentran con la dificultad, o más bien práctica incapacidad, de hacer frente a los precios del mercado que por las razones previamente señaladas se encuentran desorbitados.

Por lo tanto, nos encontramos con ciudadanos que reuniendo los requisitos de vecindad administrativa y con unos ingresos económicos que no les permiten acceder al mercado de vivienda libre, se encuentran imposibilitados para integrarse en el sistema de la vivienda pública legalmente articulado, quedando condenados al sub-merca-

únicamente podrá inscribirse como demandante de vivienda de protección oficial en régimen de arrendamiento.

do de la vivienda (habitaciones realquiladas, naves industriales, chabolas, ect.).

6.2. Fomento de la conservación, mantenimiento y rehabilitación como instrumentos para promover el derecho a la vivienda

En la actualidad ninguna administración pone en cuestión la necesidad de ampliar el parque público de vivienda para dar respuesta a las necesidades de los sectores más necesitados de la población y apuestan, en mayor o menor medida, por conseguirlo de una forma eficiente y sostenible mediante la rehabilitación y regeneración urbana⁹⁷.

Tanto los planes como la legislación de vivienda prevén la ejecución de un restablecimiento o recuperación integral en barrios particularmente degradados de zonas con una alta concentración de vivienda pública. Una de las finalidades es eliminar la infravivienda y adaptar las viviendas existentes a la realidad actual. Los problemas de mantenimiento de las vivienda afectan especialmente a las unidades de convivencia con menos recursos para hacer frente a las mejoras de sus viviendas, de forma que el aumento de las desigualdades socioeconómicas supone el aumento de las diferencias entre las condiciones residenciales de las población en la ciudad⁹⁸. En estos casos, la Administración debe velar por evitar tanto la gentrificación, esto es, expulsión de las personas y grupos de convivencia menos favorecidas económicamente⁹⁹, como

(97) En este sentido el *Plan gallego de rehabilitación, alquiler e mellora de acceso á vivien-da 2015-2020* (http://www.igvs.es/ipecos-opencms-portlet/export/sites/default/PortalVivenda/Biblioteca/Lexislacion/Autonomica_vivenda/20150211_Plan_reaVita_xwebx_.pdf) sostiene que frente a la apuesta exclusiva por los nuevos desarrollos residenciales, la renovación urbana supone un menor consumo de recursos económicos y naturales y un mayor aprovechamiento del parque de viviendas existente. Tiene además una repercusión directa en la mejora de las condiciones de habitabilidad de las viviendas y de la calidad de vida de los habitantes de las áreas y barrios afectados, que se encuentran, en ocasiones, por debajo de los estándares urbanísticos mínimos aceptables (p. 23).

(98) Así se expone en el *Plan para el Derecho a la Vivienda de Barcelona 2016-2025*, p. 34. https://habitatge.barcelona/sites/default/files/documents/plan_por_el_derecho_a_la_vivienda_resumen_ejecutivo_0.pdf (última consulta 07/03/2019).

(99) Por lo tanto, para la mejora de edificios y viviendas será necesario acompañar la rehabilitación de los recursos económicos necesarios para facilitar la intervención en el supuesto de que la propiedad no pueda hacer frente. Con esta voluntad se impulsarán convenios de rehabilitación, así como la intervención directa de la administración en la mejora del interior de las

la concentración espacial de las viviendas del parque público con el fin de garantizar la cohesión social del espacio urbano. Se debe evitar, por lo tanto, en zonas rehabilitadas para la vivienda pública, la adjudicación de promociones en exclusividad a un determinado colectivo en riesgo o situación de exclusión. Este sistema de reparto ya ha demostrado que origina problemas de convivencia y la formación de zonas más vulnerables y conflictivas¹⁰⁰.

Por lo tanto, el sistema de adjudicación por el que se opte es fundamental para asegurar el acceso de los inmigrantes a la vivienda y, al mismo tiempo, evitar la segregación espacial. En este sentido se debe evitar un sistema exclusivamente de baremación y optar por combinarlo con un sistema de cupos para asegurar la convivencia de diferentes perfiles de demandantes en una misma promoción. Con ello se favorece la integración y la cohesión social¹⁰¹. Esta es una apuesta por la integración de los migrantes a través de la vivienda y, por lo tanto, de eludir su exclusión mediante la formación de “guetos”¹⁰². Para evitar suspicacias entre los autóctonos que no puedan acceder al alojamiento de protección pública el reparto por cuotas debe realizarse en el marco de una política de integración bien perfilada que tenga en cuenta las características de la población de acogida y de los emigrantes afectados¹⁰³.

6.3. Medidas urgentes para el alojamiento temporal de personas en situación de emergencia social

Algunas CCAA prevén a través de sus leyes de vivienda distintas fórmulas para satisfacer necesidades temporales de sujetos que se encuentran en situaciones de emergencia social en materia de vivienda. En el País Vasco, por ejemplo, se articula la figura de los ‘alojamientos dota-

viviendas sin condiciones de habitabilidad. Así se establece también en el citado Plan de vivienda p. 86.

(100) Así se pone de manifiesto en el *Plan director de vivienda 2018-2020*, del País Vasco, p. 171. http://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/2018_20_0/es_def/adjuntos/PDV_2018_2020.pdf (última consulta 07/03/2019).

(101) Esta es la propuesta recogida en el *Plan director de vivienda 2018-2020*, p. 171.

(102) S. DIEZ SASTRE, *Vivienda, Inmigración y Municipios*, cit., p. 291

(103) *Ivi*, p. 292.

cionales' cuyos destinatarios son personas con dificultades de acceso a la ocupación legal de una vivienda¹⁰⁴. El legislador menciona expresamente a los inmigrantes como uno de los colectivos que se pueden ver beneficiados para el acceso a este tipo de Edificación residencial, de titularidad pública. Sin embargo, el procedimiento de adjudicación de estas viviendas exige estar inscrito en el Registro de Solicitantes de Vivienda lo que implica, una vez más, que los inmigrantes empadronados sin autorización de residencia no podrán acceder a estos alojamientos ya que, como se ha visto, esta es una de las CCAA en las que para acceder al Registro es requisito disponer de la tarjeta de residencia. En las convocatorias examinadas, no está previsto ningún cupo específico para los extranjeros con residencia legal por lo que optarán al alojamiento dotacional en igualdad de condiciones, al menos desde un punto de vista formal, que los autóctonos¹⁰⁵.

La Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda prevé la figura de las "viviendas de inserción" que son alojamientos gestionados por administraciones públicas o por entidades sin ánimo de lucro que, en régimen de alquiler u otras formas de ocupación, se destinan a atender a personas que requieren una especial atención¹⁰⁶. Al definir los colectivos en los que se integran estas personas no se incluye de forma expresa a los inmigrantes sino que se alude genéricamente a los siguientes grupos: personas sin hogar, mujeres afectadas por la violencia machista, personas con drogodependencias, personas con trastorno mental, personas receptoras de prestaciones muy bajas, jóvenes extutelados y otros en situaciones análogas que requieren una

(104) Artículo 23 de la Ley vasca. En Cataluña El Decreto Ley ha añadido una Disposición Adicional Decimotercera a la Ley 4/2016, de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial en virtud de la cual se regula el alojamiento dotacional para situaciones de emergencia social de personas en riesgo de exclusión residencial.

(105) A modo de ejemplo puede consultarse la Orden de 12 de noviembre de 2018, del Consejero de Medio Ambiente, Planificación Territorial y Vivienda, por la que se inicia el procedimiento de adjudicación de 60 alojamientos dotacionales en el municipio de Bilbao, en el área de Arangoiti, [http://www.euskadi.eus/gobierno-vasco/-/eli/es-pv/o/2018/11/12/\(1\)/dof/spa/html/](http://www.euskadi.eus/gobierno-vasco/-/eli/es-pv/o/2018/11/12/(1)/dof/spa/html/).

(106) Art. 3 i) de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda.

especial atención, tutela o apoyo especializado¹⁰⁷. También la normativa andaluza de vivienda prevé un alojamiento transitorio para quienes se encuentren en riesgo o situación de exclusión social, no puedan acceder a una vivienda protegida y acrediten su necesidad residencial a través de los correspondientes servicios sociales de los ayuntamientos de los municipios en los que residan¹⁰⁸.

Cuando los migrantes, independientemente de su situación administrativa, se encuentran en alguna de las situaciones descritas, podrán acceder a estos programas de integración a través de los servicios sociales municipales o a través de entidades del tercer sector. Estos alojamientos pueden ser una forma de acogida para aquellos inmigrantes que llegan sin recursos económicos y sin una red de compatriotas que los inicie en el proceso de integración.

Asimismo, estas edificaciones son un recurso para aquellos inmigrantes empadronados pero no residentes y, por lo tanto, sin acceso a las ayudas ni alquileres públicos que habiendo reunido, en su momento, los requisitos para acceder a una vivienda se han visto envueltos, al igual que muchos autóctonos, en una espiral de deuda imposible de satisfacer al ser expulsados del mercado laboral.

7. *Reflexión final*

Un elemento clave en el proceso de integración de los inmigrantes en la sociedad de acogida es su inserción residencial. Así se hace constar expresamente en los planes de integración aprobados por distintas administraciones públicas. Sin embargo, los planes y la reciente normativa autonómica en materia de vivienda, a pesar de su marcado carácter social, como lo evidencian sus pretensiones de incrementar el parque público de vivienda con el fin de destinarla, fundamentalmente en régi-

(107) Así lo dispone el art. 22.1 párrafo 2º del Decreto catalán 75/2014, de 27 de mayo, del Plan para el derecho a la vivienda (https://parlamento-cantabria.es/sites/default/files/dossieres-legislativos/DECRETO%20%2075_2014%20.pdf). Este mismo precepto en su apartado 1º establece que las viviendas de inserción se destinan a: a) Atender a personas que presentan problemas de inserción y que requieren una atención especial, y seguimiento y tutela especializados durante un periodo de tiempo. b) Atender a personas arrendatarias de infraviviendas o de viviendas sobreocupadas.

(108) Art. 20 de la Ley andaluza de vivienda.

men de alquiler, a los colectivos más vulnerables, parecen no ser consciente de las singularidades y la problemática particular (discriminación, exclusión del mercado laboral, situación administrativa, etc.) que presenta este colectivo. Además de ampliar la red de vivienda social es indispensable eliminar las barreras administrativas que fomentan la segregación e impiden a las personas migrantes el acceso en condiciones de igualdad a una vivienda digna en un entorno urbano o rural digno, seguro y adecuado. Para ello es fundamental disponer de los recursos económicos suficientes, voluntad política y una intensa colaboración no sólo interadministrativa sino también con las entidades del tercer sector.

Obbligo di soccorso in mare, funzioni della Guardia costiera e respingimenti “delegati”: sui poteri del Ministro dell'interno

Marco Magri

L'articolo esamina le recenti direttive adottate dal Ministro dell'interno in materia di polizia delle frontiere, con le quali è stato raccomandato ai corpi amministrativi competenti in materia di soccorso marittimo (inclusa la Marina militare) di considerare come “passaggio non inoffensivo” nelle acque territoriali italiane il transito di navi delle organizzazioni non governative che trasportano migranti soccorsi in alto mare. Stando agli ordini del Ministro, la nave delle ONG, per ottenere l'assegnazione di un place of safety da parte delle autorità italiane ai sensi della Convenzione di Amburgo sulla ricerca e il salvataggio marittimo (c.d. Convenzione SAR), non deve essersi spinta in una zona SAR diversa da quella di responsabilità italiana, per poi farvi intenzionalmente ingresso, eludendo le indicazioni operative o, comunque, sottraendosi alla giurisdizione del Paese responsabile del salvataggio. L'analisi intende porre alcune questioni soprattutto sul versante del diritto interno, con riferimento alle competenze del Ministro dell'interno a regolare mediante atti di “direttiva” l'attività di ricerca e soccorso della Guardia costiera

1. La Convenzione di Amburgo sul soccorso marittimo e le condizioni poste dal Ministro dell'interno al passaggio delle navi delle ONG nelle acque territoriali italiane

Nell'arco di neppure due mesi, il Ministero dell'interno ha adottato quattro direttive in materia di polizia delle frontiere¹, rivolte al Capo del

(1) La prima in data 18 marzo 2019 (n. 14100/141) «per il coordinamento unificato dell'attività di sorveglianza delle frontiere marittime e per il contrasto all'immigrazione illegale ex articolo 11 del d.lgs. n. 286/1998», le altre in data 4 aprile 2019, 15 aprile 2019 e 15 maggio 2019 (con identico protocollo), riferite a specifiche imbarcazioni delle ONG.

Dipartimento di pubblica sicurezza (e Capo della Polizia di Stato) ed estese al Comandante generale della Guardia di Finanza nonché ai vertici di alcune Forze armate: il Comandante generale dell'Arma dei Carabinieri, il Capo di Stato maggiore della Marina, il Comandante generale della Guardia costiera e, per conoscenza, il Capo di Stato maggiore della Difesa.

La non comune numerosità dei soggetti in indirizzo si spiega con l'intento del Ministro, pubblicamente manifestato per l'addietro senza alcun atto amministrativo², di interdire l'ingresso nelle acque territoriali alle navi di alcune organizzazioni non governative esercenti attività di soccorso marittimo, intenzionate a far rotta sui porti italiani affinché quivi abbia luogo lo sbarco di migranti salvati in acque internazionali; e sospettate – ma ad oggi, senza alcun fondamento oggettivo³ – di agevolare attraversamenti organizzati per il traffico illecito di migranti nel Mediterraneo.

Le direttive adottate dal Viminale seguono in apparenza la strada della “condizionalità”, piuttosto di stabilire un vero e proprio divieto di sbarco. Il proposito è chiarire i presupposti di fatto affinché le navi delle

(2) L'inesistenza di provvedimenti formali di chiusura dei porti è stata dichiarata dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti davanti alla Camera dei deputati nel *question time* del 20 giugno 2018. È stata poi confermata, sia dal Ministero dell'interno che dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, negli atti di rigetto delle istanze di accesso civico presentate dall'Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione, con riferimento alla vicenda che ha visto la nave “U. Diciotti” della Guardia costiera italiana ormeggiata per alcuni giorni nel porto di Catania, senza che i migranti a bordo potessero sbarcare a causa dell'ordine impartito dal Ministro dell'interno (<https://www.asgi.it/media/comunicati-stampa/chiusura-porti-accesso-civico/attachment/accesso-nave-diciotti/>).

(3) Nella polemica avviata da alcuni politici e da una parte della pubblica opinione contro le ONG, è stata posta talvolta una certa enfasi su un passaggio che si legge a pagina 32 del rapporto dell'Agenzia Frontex, *Risk analysis for 2017* (https://frontex.europa.eu/assets/Publications/Risk_Analysis/Annual_Risk_Analysis_2017.pdf), dove però non sembra che l'Agenzia vada oltre l'osservazione dei rapporti tra l'intensificazione della presenza delle ONG, il mutamento di strategia da parte dei trafficanti e l'aumento del numero delle vittime. Manca, per il resto, qualsiasi accertamento, anche sommario, in grado di suffragare la tesi della “strumentalizzazione” (F. DE VITTOR, *Soccorso in mare e favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: sequestro e dissequestro della nave Open Arms*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2018, p. 443 ss., p. 452). Si vedano anche i resoconti delle audizioni dei legali rappresentanti di alcune ONG da parte del Comitato parlamentare di controllo sull'attuazione dell'accordo di Schengen costituito per la XVII legislatura (http://parlamento17.camera.it/114?shadow_organo_parlamentare=2289&id_commissione=30).

ONG, dopo aver effettuato l'intervento di soccorso, possano fare affidamento sulla disponibilità di un porto italiano come "luogo sicuro" (*place of safety*) ai sensi della Convenzione di Amburgo del 27 aprile 1979 sulla ricerca e salvataggio marittimo (cd. Convenzione SAR)⁴.

Si concretizza di nuovo, dunque, sotto forma di direttiva, la soluzione che portò nel 2017, su iniziativa dell'allora Ministro dell'interno, alla compilazione di un codice di condotta per disciplinare alcuni aspetti del soccorso umanitario in alto mare⁵. Anche allora il Governo italiano si dichiarò disponibile a non adottare misure a carico delle navi delle ONG, in cambio dell'impegno di queste ultime a rispettare alcune regole di navigazione, finalizzate a che il soccorso non si trasformasse in occasione di profitto per i trafficanti e (altrettanto importante) non ostacolasse la Guardia costiera libica.

L'ordine impartito dall'attuale Ministro dell'interno si può riassumere nel seguente enunciato: la nave delle ONG, per ottenere l'assegnazione di un *place of safety* da parte delle autorità italiane, deve dimostrare di aver tenuto una certa condotta di navigazione nelle acque internazionali. Il comportamento richiesto non si esaurisce nell'obbligo di non interferire con iniziative di autorità marittime straniere: l'imbarcazione della ONG non deve essersi spinta in una zona di *Search and Rescue* (SAR) diversa da quella di responsabilità italiana, per poi farvi intenzionalmente ingresso, eludendo le indicazioni operative o, comunque, sottraendosi alla giurisdizione del Paese responsabile del salvataggio. Non deve, in poche parole, aver "scelto" di chiedere il *place of safety* all'Italia, quando un altro Stato era competente, in base alla Convenzione di Amburgo, a coordinare le operazioni di soccorso.

Questa modalità di intervento delle ONG, così stigmatizzata, sarebbe, per il Ministro, il «*modus operandi*» che negli anni passati avrebbe provocato «l'arrivo di migliaia di migranti irregolari sul territorio nazionale»⁶.

(4) Alla quale l'Italia ha aderito con la legge 3 aprile 1989, n. 147. Il regolamento di esecuzione è stato emanato con d.P.R. 28 settembre 1994, n. 662.

(5) http://www.interno.gov.it/sites/default/files/codice_condotta_ong.pdf.

(6) Occorrerebbe tuttavia riconoscere, almeno in parte, il coinvolgimento in tale *modus operandi* dello stesso Centro di Coordinamento Marittimo Italiano, che ha diretto più volte operazioni di soccorso effettuate dalle ONG sia in zona SAR maltese, sia in quella, più a sud, del mar

Non episodicamente, anzi, per prassi – afferma il Ministro – imbarcazioni delle ONG avrebbero effettuato le operazioni di soccorso in acque internazionali non rientranti nella zona SAR di responsabilità italiana, per poi procedere al «deliberato trasferimento» dei migranti verso l'Italia, «nonostante il Comando delle capitanerie di porto italiano non avesse coordinato l'evento»⁷.

Per le ONG, dunque, l'obbligo previsto dal codice di condotta del 2017, di non contrastare l'azione di soccorso della Guardia costiera libica, evolve in un dovere positivo di collaborazione con le autorità straniere (non solo libiche ma anche – se ben s'intende – maltesi e tunisine). La “buona condotta” che abilita le navi delle ONG ad entrare in acque italiane, infatti, non consiste più nel non aver arrecato intralcio alle operazioni dello Stato nella cui zona SAR si è verificato l'evento, ma nel non essere, la nave delle ONG, uscita dalla zona SAR straniera con lo scopo preciso di far “diventare competente” l'Italia. Quest'ultimo comportamento, a giudizio del Viminale, strumentalizza l'obbligo di soccorso marittimo e prepara il campo ad una violazione delle norme sull'immigrazione, oltre a costituire un pericolo per la sicurezza pubblica a causa del rischio di ingresso in Italia di soggetti coinvolti in attività terroristiche.

Tutti i Corpi in indirizzo, di conseguenza, sono invitati a controllare la navigazione umanitaria verso le coste italiane, ordinariamente con il divieto di ingresso delle navi delle ONG nelle acque territoriali, in quanto «passaggio non inoffensivo» ai sensi del diritto internazionale del mare.

libico (F. DE VITTOR, *Soccorso in mare e favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: sequestro e dissequestro della nave Open Arms*, cit., p. 443 ss., p. 452).

(7) Il riferimento, a quanto pare, è alla vicenda che, nel 2017, ha visto l'imbarcazione della ONG *Proactiva Open Arms* (battente bandiera spagnola), durante la navigazione nel Mediterraneo centrale, disobbedire agli ordini della Guardia costiera libica, dopo che quest'ultima, d'accordo con la Guardia costiera italiana, aveva assunto il coordinamento delle operazioni di soccorso di alcuni gommoni in difficoltà al largo delle coste libiche. Compiuto il salvataggio, il comandante della *Open Arms* è uscito dalla SAR libica ed è entrato nella SAR italiana, affinché il coordinamento delle operazioni fosse assunto dall'IMRCC di Roma. Per la sussistenza della scriminante dello stato di necessità e per la conseguente mancanza del *fumus commissi delicti* – non essendovi prova che la Libia sia un “luogo sicuro” – si veda il rigetto dell'istanza di sequestro preventivo emessa dal GIP di Ragusa, nel corso delle indagini preliminari sul concorso del comandante nel reato di immigrazione clandestina (in http://questionegiustizia.it/articolo/dissequestrata-la-nave-open-arms-soccorrere-i-migranti-non-e-reato_19-04-2018.php).

Come ipotesi eccezionale, invece, le direttive, pur senza esplicitarlo, parrebbero lasciare fermo l'obbligo del Centro di coordinamento del soccorso marittimo della Guardia costiera italiana di assumere il coordinamento delle operazioni, nel caso in cui lo Stato di competenza, ricevuta la richiesta di *place of safety* dalla nave delle ONG, abbia omesso o fallito l'intervento.

2. L'obiettivo di un respingimento "delegato" alle autorità nordafricane

L'ipotesi da ultimo accennata, di mancato o inesatto adempimento dell'obbligo di soccorso marittimo da parte di altre autorità nazionali, implica una valutazione sulla condotta di altri Paesi e, ovviamente, una retrocessione del ruolo dell'Italia al rango di spettatore di confine (se vogliamo, vigile) di ciò che accade nelle zone di alto mare non ascrivibili alla sua responsabilità SAR. Ma proprio questo è il cuore delle direttive, il loro nucleo argomentativo più importante: il Ministro dell'interno, nel porre limiti all'azione delle ONG nel Mediterraneo, in realtà vuole imprimere una svolta alla politica estera migratoria italiana, riconoscendo senza più riserve la capacità di Malta e dei Governi nordafricani di adempiere in autonomia gli obblighi di ricerca e soccorso derivanti dalla Convenzione di Amburgo.

Nella direttiva del 18 marzo 2019, la stigmatizzazione della condotta "disubbidiente" delle ONG agli ordini dello Stato di responsabilità SAR non si coglie appieno, se non si presta la dovuta attenzione ai passaggi in cui il Ministro si sofferma sulla capacità operativa della Tunisia, di Malta e della Libia.

Finora l'Italia si era fatta carico di un insieme di elementi critici che contribuivano a rendere poco effettiva e persino poco verosimile l'ipotesi di un soccorso marittimo maltese e nordafricano. Si pensi alla sproporzione della zona SAR maltese rispetto alle capacità di azione di quello Stato, all'interferenza tra le zone SAR italiana e maltese, alla mancata sottoscrizione da parte di Malta degli emendamenti alla Convenzione di Amburgo entrati in vigore il 1° luglio 2006 (accompagnati dalle linee guida dell'IMO) che obbligano gli Stati costieri a seguire determinate norme di organizzazione e di comportamento dei propri servizi di soccorso marittimo, finalizzate a che lo sbarco avvenga in un "luogo sicuro".

D'altronde l'Italia, mettendo a disposizione i propri porti per lo sbarco delle ONG provenienti dalla "zona SAR libica" – ammettiamo pure, alle condizioni prescritte dal codice di condotta (e cioè senza "ostacolare" l'azione di soccorso libica) – aveva inteso sopperire alle insufficienti garanzie dei diritti fondamentali prestate ai migranti nei Paesi nordafricani: né la Libia, né la Tunisia hanno ratificato la Convenzione di Ginevra sui rifugiati, e non dispongono di adeguate strutture di accoglienza. Ora le sottolineature del Ministero delineano una realtà diametralmente opposta; evidenziano che le coste italiane non risultano «essere gli unici, possibili luoghi di approdo in caso di eventi di soccorso, considerato che sia i porti libici, tunisini e maltesi possono offrire adeguata assistenza logistica e sanitaria, essendo peraltro più vicini in termini di miglia marine, laddove la sicurezza della navigazione imporrebbe – in linea di principio – la ricerca di un luogo di sbarco prossimo alle coordinate marine di intervento». Il che collima con le dichiarazioni pubbliche rilasciate in quei giorni dal Ministro, per cui, ora, la Libia sarebbe un "luogo sicuro", nonostante il contrario avviso dell'Alto Commissariato dell'ONU per i rifugiati⁸ e malgrado, si ripete, la Libia non abbia mai sottoscritto la Convenzione di Ginevra.

La medesima posizione è ribadita nella direttiva del 4 aprile 2019, in cui viene sancita l'interdizione all'ingresso nelle acque territoriali dell'imbarcazione *Alan Kurdi* (della ONG *Sea Watch*), facendo leva sulla mancanza di coordinamento italiano e di «responsabilità SAR nazionali».

Di nuovo nella direttiva del 15 aprile 2019, a proposito della nave *Mare Jonio*, si richiama il ruolo delle autorità straniere «legittimamente responsabili» e «titolate» ad intervenire secondo la normativa internazionale sulla ricerca e sul soccorso marittimo in alto mare.

Termini sostanzialmente identici sono utilizzati nella direttiva del 15 maggio 2019, che invita le autorità in indirizzo a vigilare sul passag-

(8) «In light of the volatile security situation in general and the particular protection risks for third-country nationals (including detention in substandard conditions, and reports of serious abuses against asylum-seekers, refugees and migrants), UNHCR does not consider that Libya meets the criteria for being designated as a place of safety for the purpose of disembarkation following rescue at sea» (UNHCR, *UNHCR Position on Returns to Libya (Update II)*, September 2018, <https://www.refworld.org/pdfid/5b8d02314.pdf>, p. 22).

gio «non inoffensivo» della *Sea Watch*, intervenuta per il soccorso di migranti in acque internazionali di responsabilità SAR non italiana (libica). Facile, a questo punto, e fondato, il sospetto che la “condizionalità” dell’ingresso in Italia sia soltanto un’apparenza, vista la probabilità assai scarsa che un natante giunga in zona SAR italiana con le proprie forze. Agendo sulle ONG, l’Italia ha voluto davvero “chiudere” i propri porti allo sbarco dei migranti; apparentemente senza lasciare questi ultimi al loro destino, ma “consegnandoli” alle autorità di altri Paesi mediterranei (ed alle avversità che, purtroppo, ne possono derivare).

3. Gli obblighi internazionali di ricerca e soccorso derivanti dalla Convenzione SAR interpretati dal punto di vista dei diritti: la centralità del salvataggio della vita umana in mare

Per una corretta analisi delle argomentazioni utilizzate dal Ministro, vale forse la pena di riassumere i contenuti essenziali dei vincoli posti dalla Convenzione di Amburgo ai Paesi che vi aderiscono, con specifico riguardo, ovviamente, alla mappatura delle zone corrispondenti alle aree di *Search and Rescue* (“zone SAR”) di responsabilità dei diversi Stati costieri del Mediterraneo⁹.

Lo Stato aderente alla Convenzione di Amburgo, con riferimento alla delimitazione della propria zona SAR, deve dotarsi di un apposito servizio di ricerca e soccorso marittimo. L’obbligo di istituzionalizzare le attività di soccorso in mare è previsto dalla Convenzione SAR e da tutte le altre convenzioni internazionali marittime¹⁰. Ma le linee guida approvate dall’*International Maritime Organization* (IMO) con la Risoluzione Msc.167(78) del 20 maggio 2004¹¹, a seguito degli emendamenti alla Convenzione SAR entrati in vigore il 1° luglio 2006, sono più specifiche,

(9) I confini della zona SAR italiana sono riportati in formato grafico nell’Annesso 3 al d.P.R. n. 662/1994.

(10) Oltre alla Convenzione di Amburgo, che su di esso fonda, l’obbligo di soccorso è stabilito dall’art. 33 della Convenzione per la salvaguardia della vita umana in mare (*Safety Of Life At Sea*); art. 98 della Convenzione ONU sul diritto del mare (*United Nations Convention on the Law Of the Sea*).

(11) [http://www.imo.org/en/OurWork/Facilitation/personsrescued/Documents/MS.C.167\(78\).pdf](http://www.imo.org/en/OurWork/Facilitation/personsrescued/Documents/MS.C.167(78).pdf).

in quanto richiedono agli Stati parte di coordinarsi e cooperare affinché il comandante di una nave, che abbia prestato assistenza ad un altro natante, imbarcando le persone in difficoltà, sia sollevato dai propri obblighi con una minima ulteriore deviazione rispetto alla rotta prevista¹². Affinché ciò accada, lo Stato competente ad assumere il coordinamento della manovra di salvataggio dovrà organizzare lo sbarco al più presto, indicando al comandante della nave soccorritrice un luogo di approdo (*place of safety*) nel quale si considererà terminato l'evento di soccorso. Le linee guida non specificano come, né dove, questo "luogo" debba essere individuato: può trovarsi, quindi, in uno Stato diverso da quello di responsabilità. In questo caso tuttavia è indispensabile, oltre al consenso dello Stato di destinazione, che il luogo di sbarco sia "sicuro" nel senso di non minaccioso per i diritti dei migranti. L'interpretazione del *place of safety* come collocazione finale che può essere considerata "sicura" soltanto se corrispondente ad un territorio il cui ordinamento rispetta i diritti fondamentali, è uno snodo cruciale del problema che stiamo esaminando.

Fondandosi, infatti, sul concetto di sicurezza dei diritti e non sull'equivoco concetto di sicurezza "dello Stato" (nelle sue variabili accezioni) la Convenzione SAR si raccorda a tutto il diritto internazionale umanitario, a cominciare dalla Convenzione di Ginevra sullo statuto dei rifugiati, che sancisce (art. 33.1) il divieto di respingere «in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche».

L'obbligo di *non-refoulement*, al rispetto del quale dovrebbero ritenersi tenuti persino gli Stati membri dell'ONU che non hanno sottoscritto la Convenzione di Ginevra¹³, è applicabile non solo ai richiedenti asilo

(12) Convenzione SAR, par. 3.1.9.

(13) Qualunque Stato membro dell'ONU resta infatti assoggettato all'art. 14 della Dichiarazione universale dei diritti umani, in forza del quale «ogni individuo ha il diritto di cercare e di godere in altri Paesi asilo dalle persecuzioni». Sembra peraltro da ammettere che, nei Paesi non aderenti alla Convenzione di Ginevra, il principio di *non-refoulement* non possa valere allo stesso modo in cui opera all'interno degli ordinamenti che l'hanno recepito; ciò non toglie tuttavia che si possa parlare, per lo Stato non-parte, di un dovere di *non facere*; più precisamente non

“territoriali”, ma anche alle persone salvate in alto mare, che durante le operazioni di soccorso sono assoggettate alla giurisdizione dello Stato di responsabilità¹⁴.

Una prima equazione viene allora da sé: negli Stati o presso i Governi che non hanno ratificato la Convenzione di Ginevra, non dovrebbe essere possibile ravvisare un *place of safety*, a meno che la sicurezza dello sbarco non risulti dimostrata nonostante la mancata ratifica.

Sotto altra angolazione, la valutazione del *place of safety* deve rispettare le garanzie prestate dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che pure sostiene il divieto di respingimenti in alto mare. Prova né è la sentenza *Hirsi*¹⁵, emessa proprio nei confronti dell'Italia, nella quale la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto contraria al principio del non-respingimento la prassi, seguita dall'Italia dopo il Trattato di amicizia con la Libia del 2008¹⁶, di assumere la responsabilità delle operazioni di salvataggio per poi consegnare i migranti alle autorità libiche¹⁷, riportandoli a Tripoli o trasferendoli su imbarcazioni della Marina libica affinché l'evento si concludesse in territorio nordafricano.

Simili barbarie hanno accresciuto la consapevolezza della radice umanitaria della Convenzione SAR. Il che dovrebbe già segnare traguardi ir-retrattabili: il riconoscimento del diritto di ogni navigante, in pericolo in

ostacolare e, se possibile, cooperare al suo adempimento con gli Stati che hanno ratificato la Convenzione (F. SALERNO, *L'obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, in *Riv. dir. umani e dir. internaz.*, 2010, p. 487 ss., p. 502 e, con specifico riferimento alle intercettazioni in alto mare nel tratto tra Italia e Libia, pp. 512-513).

(14) Si vedano sul punto le considerazioni di F. SALERNO, *L'obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, cit., p. 505 e le fonti ivi richiamate.

(15) Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, in particolare al punto 129, per l'affermazione del principio di irrilevanza degli accordi bilaterali con la Libia.

(16) Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione tra la Repubblica italiana e la Grande Giamaeria araba libica popolare socialista, fatto a Bengasi il 30 agosto 2008, la cui ratifica da parte dell'Italia è stata autorizzata con la legge 6 febbraio 2009, n. 7. Sulle relazioni italo-libiche precedenti e sulla genesi di questo accordo, C. FIORAVANTI, *Scatole cinesi. Quale controllo democratico sulla cooperazione «italo-libica europea» in materia d'immigrazione?*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Napoli, Jovene, 2009, p. 539 ss., spec. p. 549 ss.

(17) F. SALERNO, *L'obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, cit., p. 512.

mare, a che lo Stato di responsabilità lo salvi e lo porti in un luogo sicuro. In secondo luogo, la piena coincidenza tra la nozione di “luogo sicuro” e l’individuazione di un Paese in cui la persona, dopo lo sbarco, possa rivolgere alle autorità locali la domanda di protezione internazionale. L’accertamento del diritto ad acquisire lo *status* di rifugiato – persino quando il suo esito negativo appare palese ai soccorritori – deve infatti avvenire sulla terraferma e non può essere espletato in alto mare¹⁸. Alla luce di tutto questo, va forse giudicato eccessivamente cauto l’approccio della dottrina alla “*issue of disembarkation*”, rappresentata, spesso criticamente, come impossibilità di ricavare dalla Convenzione SAR un criterio di identificazione del luogo di sbarco¹⁹. È pacifico che lo Stato, non essendo obbligato a concludere l’evento SAR sul proprio territorio, abbia il potere di cercare solidarietà internazionale, prima di consentire lo sbarco. Dovrebbero però, forse, esservi meno dubbi sul fatto che, nel caso in cui nessuno Stato si dichiari disponibile all’accoglienza o sia in grado di prestare sufficienti garanzie umanitarie, l’impossibilità di seguire soluzioni che rinviino i migranti nei luoghi di partenza (v. sopra) è già sufficiente per imporre allo Stato di organizzare lo sbarco in un proprio porto²⁰.

(18) *International Maritime Organization*, Resolution Msc167(78), cit., par. 6.19.

(19) Dottrina pressoché unanime. Si veda, per un esempio, I. PAPANICOLOPULU, *The duty to rescue at sea, in peacetime and in war; A general overview*, in *Intern. Rev. Red Cross*, 2016, p. 491 ss., p. 501.

(20) La Circolare n. 194 del 22 gennaio 2009, adottata dalla *International Maritime Organization* prevede, al terzo dei cinque principi di armonizzazione da essa individuati (*Principles Relating to Administrative Procedures for Disembarking Persons Rescued at Sea*), che «*If disembarkation from the rescuing ship cannot be arranged swiftly elsewhere, the Government responsible for the SAR area should accept the disembarkation of the persons rescued in accordance with immigration laws and regulations of each Member State into a place of safety under its control in which the persons rescued can have timely access to post rescue support*» (<https://www.refworld.org/pdfid/524be8244.pdf>). L'impressione è che, pur non potendo la Circolare determinare da sé un effetto obbligatorio, si tratti della estrapolazione di una regola generale comunque implicita nella Convenzione SAR, quindi necessariamente da applicare, considerando che l'accoglienza può rivelarsi l'unico mezzo di adempimento del medesimo obbligo internazionale già stabilito dalla Convenzione stessa. Di diverso avviso, ritenendo che né dalla Convenzione SAR, né dalla Circolare si desuma un vero e proprio obbligo di accoglienza, a causa della natura di strumento giuridico non vincolante della Circolare, nonché dell'uso del condizionale “*should*” e della subordinazione al rispetto della normativa interna in materia di immigrazione, F. DE VITTOR, *Il diritto di traversare il Mediterraneo... o quantomeno di provarci*, in *Riv. dir. umani e dir. internaz.*, 2014, p. 63 ss., p. 69; analogamente J. COPPENS, E. SOMERS, *Towards New Rules on Disembarkation*

La Convenzione SAR non sarà fonte di un obbligo “positivo”, ma probabilmente lo è di un obbligo “negativo”: non adottare misure atte a schivare, ancora prima che si verifichi, l’eventualità in cui lo sbarco si rivela necessitato, posta l’esigenza di adempiere esattamente l’obbligo di soccorso. Per lo Stato di responsabilità SAR, una cosa è il diritto di non riconoscersi immediatamente obbligato ad organizzare l’accoglienza, altra cosa è il potere di sottrarsi preventivamente al ruolo di “ultima spiaggia”, decidendo (senza nel contempo negare la propria disponibilità al salvataggio), che sul proprio territorio i porti non saranno disponibili o lo sbarco non sarà possibile, se non a certe condizioni. Facile, d’altronde, a riprova di quanto appena detto, immaginare l’*impasse* in cui si troverebbe un Paese che dovesse rispettare il vincolo interno alla “chiusura” dei propri porti e, allo stesso tempo, l’obbligo internazionale di far terminare l’evento SAR nei termini prescritti dalla Convenzione di Amburgo.

Per l’Italia, certo, queste implicazioni sono particolarmente pregnanti. Libia e Tunisia hanno ratificato la Convenzione di Amburgo; recentemente la Libia ha anche dichiarato la propria “zona SAR” (la circostanza sarà ripresa più avanti), ma né la Libia né la Tunisia hanno ratificato la Convenzione di Ginevra e non dispongono di strutture di accoglienza per i profughi: non sono insomma “luoghi sicuri”²¹. Malta ha ratificato sia la Convenzione di Amburgo che quella di Ginevra; ha notificato all’IMO la sua (peraltro, enorme) “zona SAR”, ma non ha sottoscritto gli emendamenti alla Convenzione SAR approvati dall’IMO il 20 maggio 2004²² e non riconosce alcuna efficacia alle linee guida adottate in pari data dall’IMO, quindi non si ritiene obbligata ad eseguire la ricerca e il salvataggio secondo le specifiche modalità da esse stabilite (a cominciare dall’assegnazione di un “luogo sicuro” verso cui guidare l’imbarcazione soccorritrice). Per finire, è improbabile, viste le condizioni di salute in cui si trovano i migranti, che l’imbarcazione soccorritrice possa

od Persons Rescued at Sea?, in *Internat. Journ. Mar. Coastal Law*, 2010, p. 377 ss., p. 403 (auspicando una riforma che individui «*the closest port (...) as a place of safety*»).

(21) Malgrado per la Tunisia l’Alto Commissariato ONU per i rifugiati abbia dato ultimamente segni di apertura.

(22) Risoluzione Msc.155(78).

concludere l'evento SAR sulle coste francesi o spagnole (ammesso che questi Stati la accettino), senza che la navigazione arrechi inaccettabili pregiudizi alle persone trasportate.

In conclusione, l'Italia, schiacciata tra Stati non consenzienti (o sprovveduti) e Stati inaffidabili, è probabilmente, ad oggi, l'unico "luogo sicuro" del Mediterraneo²³.

A proposito delle ONG, è importante rimarcare che le zone SAR, in quanto acque internazionali, sono governate dal principio di libertà della navigazione in alto mare e non possono propriamente definirsi come aree di giurisdizione esclusiva dello Stato costiero di competenza²⁴.

La Convenzione di Amburgo, anzi, da questo punto di vista può essere considerata come uno dei trattati più indifferenti al dogma della sovranità statale. Le sue precipue finalità di assistenza umanitaria impongono alle autorità marittime di intervenire a tutela della vita umana in mare, anche spingendosi nella zona SAR di responsabilità altrui, se il Paese competente omette o fallisce il coordinamento delle attività di soccorso marittimo cui è tenuto²⁵. Ma analogo ragionamento dovrebbe valere

(23) A. ANNONI, *Il ruolo delle operazioni Triton e Sophia nella repressione della tratta di esseri umani e del traffico di migranti nel Mediterraneo1 centrale*, in *Dir. UE*, 2017, p. 829 ss., p. 833.

(24) F. SALERNO, *L'obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, cit., p. 508.

(25) È interessante, a questo proposito, aggiungere che tutte le convenzioni internazionali, come anche il diritto internazionale consuetudinario, si rifanno all'ideale del salvataggio della vita umana in mare come attività doverosa e priva di condizioni che la possano ritardare o rendere meno efficace. Il coordinamento delle operazioni di soccorso marittimo che fa capo agli Stati recepisce questa immediatezza; è un'attività che praticamente può risultare complessa, per le molteplici variabili operative, ma che di sicuro non si connette a valutazioni politiche o riconducibili alla sfera della discrezionalità amministrativa. L'individuazione del *place of safety* ai sensi della Convenzione di Amburgo è anch'essa dunque un'attività precipuamente umanitaria, da eseguire in forza di criteri squisitamente tecnico-operativi, senza altre finalità che quelle proprie del soccorso. Malgrado la Convenzione non identifichi necessariamente il *place of safety* con un porto dello Stato responsabile per il soccorso, il Centro di Coordinamento Marittimo nazionale, competente ad individuarlo, dovrebbe scrupolosamente astenersi da *non-rescue considerations* (B. MILTNER, *Irregular Maritime Migration: Refugee Protection Issues in Rescue and Interception*, in *Fordham Int. L. Journ.*, 2006, p. 109, la quale, peraltro, osserva che l'attribuzione della responsabilità allo Stato costiero per la scelta del "luogo sicuro", prescelta dall'Imo nelle linee guida del 2004, si presta, più dei criteri seguiti in precedenza, ad indebite forme di "politicizzazione"; analogamente F. SALERNO, *op. ult. cit.*, p. 509). Non è quindi accettabile che la Convenzione di Amburgo, solo perché non obbliga lo Stato responsabile del salvataggio a condurre la nave soccorritrice nei propri porti, conferisca a quello Stato anche il potere di limitare "politicamente" l'accesso ai propri porti. La Convenzione, forse, potrà subire deroghe per effet-

su un piano, per così dire, di sussidiarietà “orizzontale”: se – come pare – alla ONG non può essere inibita, da alcuna autorità pubblica, la navigazione in alto mare, anche l’obbligo di soccorso che grava autonomamente sul comandante della nave della ONG, imposto da tutte le convenzioni internazionali (art. 98 UNCLOS), si attiva ogniqualvolta vi sia lo stato di necessità e non può essere ritardato o impedito dal “potere di soccorso” della Guardia costiera (la nave che per prima arriva sul luogo dell’evento, procede al salvataggio).

4. «*Purché non partano*». Delimitazione e “statizzazione” delle zone di ricerca e soccorso mediterranee ai fini della prevenzione dell’immigrazione clandestina

«Purché se ne vadano», era il fortunato slogan con cui si era denunciata la consuetudine del Governo italiano di lasciare i migranti alle autorità libiche²⁶. «Purché non partano» potrebbe essere la formula succedanea, in grado di descrivere l’evoluzione di quella prassi: ma non del suo principio ispiratore, che resta l’intolleranza verso gli ingressi nel territorio italiano. L’attività di ricerca e soccorso nelle zone SAR non è solo occasione di profitto per la criminalità transnazionale, è anche grimaldello di un sempre più forte esercizio dello *ius excludendi* da parte degli Stati costieri.

Si è visto nel paragrafo precedente che le linee tracciate dalla Convenzione SAR, interpretata “dal punto di vista dei diritti”, caratterizzano il contesto regionale mediterraneo fissando obblighi di natura squisitamente umanitaria (e non legittimando la proiezione di poteri sovrani in alto mare). Non ci si può nascondere, tuttavia, che quei confini siano stati trattati come frontiere, compromesse dagli attraversamenti irre-

to di un atto di interdizione navale, ma giammai potrà costituire la base normativa di un simile provvedimento. Il quale – conforme o meno che sia al diritto internazionale – dovrà, se del caso, trovare il suo fondamento *in altri principi*. Chiaramente confonde questi due piani del problema, ad esempio, la tesi che configura l’individuazione del *place of safety* come un “atto politico” (su cui v. *infra*).

(26) A. PUGIOTTO, «*Purché se ne vadano*». La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero, Relazione al Convegno nazionale dell’Associazione Italiana Costituzionalisti. Lo statuto italiano del non cittadino, Cagliari, 16-17 ottobre 2009, in <http://archivio.rivistaaic.it/materiali/convegni/aic200910/Pugiotto.pdf>.

golari e perciò sorvegliate dagli Stati mediante controlli di polizia sempre più rafforzati.

Altrettanto risaputo è che, a questo scopo, gli Stati europei hanno erogato aiuti alle autorità marittime nordafricane, capaci di operare direttamente all'origine dei flussi migratori. Emblematici sono gli accordi con i Paesi cosiddetti "di transito" e, prima tra tutti, la cooperazione italo-libica, che ha visto l'Italia impegnarsi, verso la Libia, alla fornitura di navi da pattugliamento ed interdizione, di servizi accessori incluso l'addestramento di una "Guardia costiera libica" da parte della Guardia costiera italiana, con l'obiettivo di supportare un'autonoma *capacity building* nella gestione delle frontiere e nella presa in carico di eventi SAR²⁷. Ma anche l'Unione europea ha sempre mirato a difendere le frontiere esterne dell'area Schengen supportando preventivamente il rafforzamento della polizia dei Paesi nordafricani²⁸, oltre che organizzando missioni navali di interdizione con finalità di contrasto all'immigrazione irregolare, al traffico illecito dei migranti ed alla tratta di esseri umani nel Mediterraneo.

I risultati di questo dialogo multilaterale iniziano, ora, a prendere consistenza. Nel 2017, ricevuta comunicazione dalla Guardia costiera italiana

(27) Oltre ai *memorandum* o protocolli di intesa stipulati il 30 agosto 2008 (ratificato con legge n. 7/2009, cit. sopra, nota 15), il 3 aprile 2012 (a firma del Ministro dell'interno) e il 2 febbraio 2017, si veda l'art. 1 comma 621 della legge n. 232/2016 (legge di bilancio 2017), che ha istituito, nello stato di previsione del Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale, un fondo (cd. fondo Africa) con una dotazione finanziaria di 200 milioni di euro per l'anno 2017, «per interventi straordinari volti a rilanciare il dialogo e la cooperazione con i Paesi africani d'importanza prioritaria per le rotte migratorie». Più recentemente, il d.l. n. 84/2018, convertito nella legge n. 98/2018, ha disposto la cessione di unità navali alla Libia (art. 1) e la manutenzione delle unità navali e la formazione del personale della Guardia costiera del Ministero della difesa e degli organi per la sicurezza costiera del Ministero dell'interno libici (art. 2), con finanziamento (€ 2.520.000) ricavato da riduzioni e accantonamenti di fondi diversi (art. 3). I provvedimenti attuativi degli impegni assunti dall'Italia con il memorandum del 2 febbraio 2017 sono stati impugnati dinanzi al giudice amministrativo, che ha respinto il ricorso (TAR Lazio, sez. terza-ter, 7 gennaio 2019, n. 176).

(28) L'Unione europea, mediante il "Trust Fund", ha cofinanziato un progetto italiano di gestione integrata delle frontiere e dell'immigrazione, nonché per il rafforzamento delle capacità delle autorità libiche nei settori della lotta al traffico di migranti e della ricerca e soccorso in mare. Nel dicembre 2017 è iniziata la prima fase co-finanziata dall'Ue, per un importo complessivo di 46,3 milioni di euro; il 13 dicembre 2018 è stata approvata e finanziata la fase 2, per un importo di 45 milioni di euro (Ministero dell'interno, 22 febbraio 2019, <http://www.interno.gov.it/it/sala-stampa/comunicati-stampa/riunione-tripoli-gestione-integrata-frontiere-e-dellimmigrazione>).

della presenza di alcuni gommoni in difficoltà nella “zona SAR libica”, la Guardia costiera libica è intervenuta con le proprie forze, senza la partecipazione materiale dell'Italia, ammonendo tra l'altro le ONG, che si trovavano in zona, a tenersi a debita distanza dal luogo di soccorso. A giugno 2018, il Governo di accordo nazionale libico ha dichiarato l'esistenza di una propria “zona SAR” ai sensi della Convenzione di Amburgo, provvedendo alla sua iscrizione nel sistema informativo della *International Maritime Organization*. E proprio nella SAR libica, a gennaio 2019, un mercantile battente bandiera della Sierra Leone ha eseguito l'ordine della Guardia costiera libica – che ha assunto il coordinamento delle operazioni di soccorso – di intervenire in aiuto di un natante in difficoltà con a bordo circa 100 migranti, per poi riaccompagnare gli stessi in un porto libico. Anche qui la Guardia costiera italiana ha svolto esclusivamente un ruolo di sollecitazione dell'autorità libica. Ad inizio del 2018 ha preso avvio una nuova missione affidata all'Agenzia europea Frontex, denominata *Themis*, il cui mandato operativo, a differenza delle precedenti *Mare Nostrum*, *Triton* e *Sophia*, sembra prevedere che lo sbarco dei migranti avvenga nel porto più vicino all'evento di soccorso, inclusi i porti maltesi e nordafricani²⁹.

Assistiamo insomma ad una crescita di efficienza del soccorso marittimo nordafricano e, rispetto alla libertà di navigazione in alto mare, ad una progressiva “statizzazione” delle zone di ricerca e soccorso. Volge così ad una dimensione più ridotta, se non proprio al termine, il ruolo delle ONG, da tempo obbligate a non intralciare le attività SAR degli Stati costieri. Il controllo della Guardia costiera libica, oltre a disimpegnare le autorità italiane, guadagna spazi, per così dire, anche in senso “orizzontale”.

5. La legittimità delle direttive ministeriali: una questione (anche) di diritto interno

Dal punto di vista delle discipline internazionalistiche, diverse sono le questioni che potrebbero essere approfondite, a margine delle direttive del Ministro dell'interno. Vi sarebbe anzitutto da chiedersi se la “con-

(29) Sul tema, ampiamente, A. ANNONI, *Il ruolo delle operazioni Triton e Sophia nella repressione della tratta di esseri umani e del traffico di migranti nel Mediterraneo centrale*, cit., p. 838.

segna” dei migranti alle autorità nordafricane sia conforme al principio del non respingimento oppure se, al contrario, dia luogo ad un nuovo tipo di respingimento “tecnico o delegato”. Sarebbe poi da appurare se la Convenzione di Amburgo sanziona il comportamento del comandante della nave della ONG che, non ritenendo lo Stato di responsabilità SAR idoneo a garantire adeguatamente i diritti fondamentali delle persone trasportate, dirige l'imbarcazione verso le acque internazionali affidate ad uno Stato costiero più “sicuro”. E se la conseguenza di questo comportamento sia l'interdizione navale o, semplicemente, l'applicazione delle leggi sull'immigrazione vigenti nello Stato di destinazione.

Ferma restando la centralità di questi temi, non sembra però di poco momento cercare di comprendere come il diritto italiano qualifichi le direttive del Ministro dell'interno. All'inizio si è accennato al fatto che queste ultime sono state estese, oltre al Dipartimento di pubblica sicurezza e alla Guardia di Finanza, ai vertici delle forze armate. Si tratta ora di stabilire se esista, nella legislazione italiana, la competenza del Viminale ad impostare autonomamente e discrezionalmente questa catena di comando: se, cioè, il Ministro dell'interno possa veramente “chiudere i porti” e se, ancor prima, disponga di un potere di direzione della Marina e, in particolare, del Corpo delle Capitanerie di Porto-Guardia costiera.

6. Inesistenza di un potere di direttiva del Ministro dell'interno sui corpi militari. In particolare, la Guardia costiera e l'attività di soccorso nelle acque internazionali

Secondo il Codice dell'ordinamento militare (d.lgs. n. 66 del 2010), il Corpo delle Capitanerie di porto - Guardia costiera dipende dalla Marina militare (art. 118) e concorre primariamente alla difesa dello Stato ed alla realizzazione della pace e della sicurezza internazionale³⁰. Il

(30) La Guardia costiera è provvista di uffici periferici che dipendono, quanto ai servizi attinenti alla Marina militare, dai Comandi marittimi competenti per territorio (art. 132 ultimo comma Com). Il “Comando marittimo” è l'organizzazione periferica della Marina e dipende dal Capo di Stato maggiore della Marina (art. 124). Al Corpo delle Capitanerie di porto - Guardia costiera è preposto, inoltre, un organo apicale, il “Comandante Generale”, nominato con d.P.R., previa deliberazione del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro della difesa (sentito il Capo di stato maggiore della difesa) e del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti. Anche il Coman-

suo rapporto organizzativo intercorre quindi anzitutto con il Ministero della difesa, ma questa relazione fondamentale non esaurisce le funzioni del Corpo, che sono anzi le più complesse, tra quelle dei vari corpi della Marina.

La Guardia costiera, infatti, ha un ventaglio di competenze assai diversificato, in quanto finalizzato al supporto di una pluralità di dicasteri: difesa, infrastrutture e trasporti, ambiente, politiche agricole. Al che si aggiunge una norma di chiusura che colloca genericamente la Guardia costiera in veste di polizia giudiziaria alle dipendenze di «altri Ministeri» (art. 137)³¹. Non ultima, la Protezione civile, con la quale la Guardia costiera collabora per la pianificazione e la gestione delle emergenze in mare.

In questo coacervo di compiti militari, civili e giudiziari, si distinguono chiaramente le due funzioni che in questo brevissimo scritto si vorrebbero considerare. La prima consiste nelle attività finalizzate alla ricerca e al salvataggio della vita umana in mare ai sensi della Convenzione SAR³², esercitate dalla Guardia costiera alle dipendenze del Ministero delle infrastrutture e trasporti³³. La seconda è il concorso nell'attività di contrasto all'immigrazione illegale svolta ai sensi dell'art. 11, lett. *d*) della legge 30 luglio 2002, n. 189, alle dipendenze, dunque, del Ministero dell'interno. Notoriamente i flussi migratori di massa determinano un concorso tra le due funzioni, che devono perciò essere regolate in modo tale che l'una non sia di intralcio all'altra. Ciononostante, esse sono, a rigore, chiaramente distinguibili.

Le attività finalizzate alla ricerca e al salvataggio della vita umana in mare sono svolte secondo una catena di comando che fa capo al Ministe-

dante generale della Guardia costiera sottostà al Capo di stato maggiore della Marina per gli aspetti tecnico-militari (art. 133).

(31) Sottolinea a più riprese questa posizione plurivalente della Guardia costiera (da cui anche la necessità di una migliore integrazione), Cons. St., Comm. spec., 12 maggio 2016 n. 1183 (sullo schema di decreto delegato attuativo dell'art. 8 l. n. 124/2015, avente ad oggetto la razionalizzazione delle funzioni di polizia).

(32) D.p.r. 23 settembre 1994, n. 664 (regolamento di attuazione della legge 3 aprile 1989, n. 147 di adesione alla Convenzione di Amburgo), richiamato dall'art. 134 comma 2 lett. *b*) Com.

(33) Art. 134 Codice dell'ordinamento militare.

ro delle infrastrutture e trasporti, autorità nazionale responsabile della Convenzione SAR ai sensi dell'art. 2 d.P.R. n. 662/1994³⁴. L'art. 134 del Codice dell'ordinamento militare non lascia, al riguardo, alcun dubbio, includendo le attività di ricerca e soccorso tra le «funzioni dipendenti» dal Ministero stesso, attribuite alla Guardia costiera «ferme restando le attribuzioni in materia di coordinamento generale dei servizi di soccorso marittimo, di cui all'articolo 3, comma 1, lettera a), del decreto del Presidente della Repubblica 28 settembre 1994, n. 662», che già precedentemente al Codice erano attribuite in via esclusiva al Corpo delle Capitanerie di porto.

Le disposizioni del regolamento (d.P.R. n. 662/1994) di attuazione della legge 3 aprile 1989, n. 147 di adesione alla Convenzione internazionale sulla ricerca ed il salvataggio marittimo) si collocano infatti in una posizione di specialità, non tanto rispetto al Codice dell'ordinamento militare, che ad esse fa semplicemente rinvio, quanto rispetto alle norme del Codice della navigazione disciplinanti l'obbligo di soccorso dell'autorità marittima (artt. 69 e 70), il cui referente organizzativo è, comunque, sempre individuato nell'amministrazione dei trasporti³⁵.

L'art. 3 d.P.R. n. 662/1994, uniformandosi alla terminologia della Convenzione SAR e dei relativi allegati, affida al Corpo delle Capitanerie di porto (Guardia costiera) il ruolo di «organismo nazionale che assicura il coordinamento generale dei servizi di soccorso marittimo (IMRCC - *Italia Maritime Rescue Coordination Centre*)»; aggiunge che «le Direzioni marittime costituiscono i Centri secondari di soccorso marittimo (MRSC - *Maritime Rescue Sub Center*)» e che «le unità navali e gli aeromobi-

(34) Regolamento di attuazione della legge 3 aprile 1989, n. 147, di adesione dell'Italia alla Convenzione stessa.

(35) In Italia, peraltro, l'istituzionalizzazione del soccorso marittimo tramite il dicastero Ministero della marina mercantile (ora infrastrutture e trasporti) è anteriore alla Convenzione SAR. Il dovere dell'autorità marittima di procedere «immediatamente» al soccorso, anche attraverso navi non statali «che si trovano nel porto o nelle vicinanze», risale al Codice della navigazione (articoli 69, 70 e, per le ricerche conseguenti a incidente aereo, art. 830 comma 2) e al decreto del Ministero della marina mercantile 1 giugno 1978, contenente «Norme interministeriali per il coordinamento delle operazioni di ricerca e soccorso della vita umana in mare» (in tema, S. MAGNOSI, *Operazioni di ricerca e salvataggio in mare e traffico di migranti*, in A.C. AMATO MANGIAMELI, L. DANIELE, M.R. DI SIMONE (a cura di), *Immigrazione, marginalizzazione, integrazione*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 177).

li del servizio di Guardia costiera del Corpo delle Capitanerie di porto, appositamente allestiti, costituiscono le Unità di soccorso marittimo». La Guardia costiera, nella veste di IMRCC, «assicura l'organizzazione generale dei servizi marittimi di ricerca e salvataggio, coordina le operazioni di ricerca e salvataggio nell'ambito dell'intera Regione di interesse italiano sul mare», ovverosia nella «zona SAR» italiana deducibile dalla rappresentazione grafica allegata al Regolamento (annesso 3) e «tiene contatti con i Centri di coordinamento del soccorso degli altri Stati». Le Direzioni marittime, quali Centri secondari di soccorso marittimo (MRSC), garantiscono il coordinamento delle operazioni marittime di ricerca e salvataggio secondo le direttive specifiche o le deleghe del centro nazionale (IMRCC). Infine i Comandi di porto, quali Unità costiere di guardia (UCG), dispongono l'intervento delle Unità di soccorso marittimo da essi dipendenti, dislocate nella loro giurisdizione e ne mantengono il controllo operativo, salvo che l'IMRCC disponga diversamente. Le Unità di soccorso marittimo intervengono secondo le pianificazioni delle Unità costiere di guardia, redatte dai Centri secondari di soccorso marittimo (MRSC) ed aventi ad oggetto l'impiego di mezzi disponibili nelle aree di giurisdizione (art. 4 d.P.R. n. 662/1994).

Il Regolamento disciplina altresì l'ipotesi in cui in zona siano presenti «soltanto unità mercantili». In tal caso, l'autorità marittima (IMRCC o MRSC o UCG) più idonea in relazione allo svolgimento dell'operazione di soccorso assegna il compito di «coordinatore delle ricerche in superficie» al comandante di una delle unità mercantili presenti, il quale opera sotto il controllo dell'IMRCC o del MRSC o dell'UCG delegato in relazione allo svolgimento dell'operazione (art. 5).

Il 25 novembre 1996 il Ministero dei trasporti e della navigazione ha approvato il «Piano nazionale per la ricerca ed il salvataggio in mare» (cd. «Piano SAR nazionale», IMRCC/001) predisposto dalla Guardia costiera³⁶ per uniformarsi alla Convenzione SAR, nella parte in cui prevede (allegato 4.2.) che ciascun Centro di coordinamento di soccorso marittimo operi secondo «*detailed plans or instructions*».

(36) <http://www.guardiacostiera.gov.it/normativa-e-documentazione/Documents/Piano%20SAR%20Nazionale%20Parte%20I.pdf>.

Queste, in sintesi, le principali disposizioni interne sul servizio di ricerca e soccorso marittimo imposto dalla Convenzione SAR. In esse non si trova – e non é strano – alcun riferimento alla legalità della situazione delle persone soccorse rispetto alle norme sull’immigrazione. L’obbligo di soccorso marittimo “statale”, infatti, rappresenta un’evoluzione e un completamento dell’obbligo di soccorso “privato” che grava sul comandante della nave ai sensi delle convenzioni internazionali; partecipa quindi delle stesse ragioni di immediatezza e di “cieca” propensione al salvataggio della vita umana in quanto tale e senza condizioni, tipico di chi accorre in aiuto di un essere umano per puro spirito altruistico. La rilevanza di *non-rescue considerations* è dunque posticipata ad un momento successivo a quello di sbarco; a meno che (ma il fatto non è mai successo finora) la nave in difficoltà o la nave soccorritrice minaccino la sicurezza interna al punto tale da far entrare in gioco un problema “tecnico” di difesa militare dello Stato (che sarebbe comunque affidato al Ministero competente, quello della difesa, ed avrebbe luogo attraverso l’impiego delle forze della Marina militare italiana).

L’ideazione di un obbligo di soccorso in mare dello Stato acquista significato soltanto se rafforza, con la sua diversità contenutistica, l’obbligo del comandante della nave. Deve quindi potersi presumere, anche dove non sia stabilito espressamente dalla legge, che lo Stato risponda dell’adempimento dell’obbligo di soccorso marittimo acconsentendo a che le persone salvate approdino alla terraferma, poiché questo è ciò che giustifica la sua presenza nella manovra di salvataggio. Se tale è la posizione di garanzia, non vi è soccorso, ma semplice esercizio di potere autoritativo (oltre tutto, esercitato senza una base normativa predefinita), se lo Stato non si comporta, nei riguardi delle persone salvate in mare, quale soggetto coobbligato (con il comandante) a salvare, anzitutto, la loro vita.

Non è pertanto conforme alla Convenzione SAR l’ipotesi di un soccorso marittimo statale che si limiti ad assicurarsi del salvataggio in mare, per poi imporre alla nave di stazionare al largo, introducendo così il pericolo di un regresso allo stadio antecedente al salvataggio. E così anche la giurisdizione dello Stato di responsabilità sul comandante della nave, oltre a non poter impedire a tale soggetto di accorrere in aiuto di un natante in difficoltà, deve intendersi esercibile in termini strettamente

funzionali all'adempimento del suo obbligo di soccorso. L'imbarcazione in difficoltà, così come quella soccorritrice, nella zona SAR naviga liberamente (la cd. libertà dei mari o dell'alto mare), sotto la giurisdizione dello Stato di bandiera. È giuridicamente irrilevante da dove o perché la nave si sia recata in acque internazionali. Lo Stato di responsabilità SAR si inframegge solo per decidere le modalità tecnico-operative del suo inserimento nelle operazioni di soccorso, ma questo esercizio di giurisdizione è da intendersi strettamente finalizzato a che il comandante si liberi nel minor tempo possibile dall'obbligo di soccorso (che sussiste d'altronde anche verso lo Stato di bandiera) e dalle "proprie" responsabilità, che sono – queste sì – di trarre a bordo le persone, non di garantire la sicurezza dei loro diritti fondamentali una volta conclusa l'operazione. Qualsiasi altra modalità di intervento della Guardia costiera, incluso l'ordine, talvolta impartito alle ONG, di restare in *standby* in attesa dell'assegnazione del *place of safety*, è estranea alla logica della Convenzione SAR e si rivela, in definitiva, contraria alle norme di diritto (interno e internazionale).

Il ventaglio di possibilità alternative, dato dalla mancanza di norme sul luogo di sbarco, è, nella logica della Convenzione SAR, una lacuna apparente, sulla quale, come si è accennato, forse si sono riversate troppe critiche. Essa in fondo si deve alla presupposizione del principio di solidarietà tra Stati costieri, non ad una improbabile riserva di sovranità nel "non preveduto". Per questo, la mancanza di cooperazione non libera da responsabilità lo Stato al quale compete il coordinamento delle operazioni di soccorso.

L'Italia, certo, è messa in "crisi" dalla Convenzione SAR, ma è una "crisi" che il giurista deve riconoscere estranea alle regole sulla ricerca e salvataggio: non è, a ben vedere, il sistema fondato sulla Convenzione SAR ad avere delle "lacune". A rendere gravosa la sua interpretazione sono le problematiche legate al soggiorno, all'asilo, alla protezione internazionale. Ma la perentorietà con la quale le linee guida IMO del 2004 dichiarano irrilevanti le «*non-rescue considerations*», finché le persone soccorse non sono effettivamente sbarcate, dovrebbe considerarsi, a rigore, dirimente.

Del tutto diverso è il fondamento della giurisdizione italiana e del ruolo della Guardia costiera sul versante della prevenzione dell'immigrazione

clandestina. L'art. 137 del Codice dell'ordinamento militare («Esercizio di funzioni dipendenti da altri ministeri») conferisce alla Guardia costiera, «nell'ambito delle attribuzioni di polizia giudiziaria previste dall'articolo 1235 del Codice della navigazione e da altre leggi speciali, nonché ai sensi dell'articolo 57, comma 3, del codice di procedura penale», funzioni riconducibili nelle più generali competenze di altri Ministeri. Tra le quali spicca la funzione di concorrere «nell'attività di contrasto all'immigrazione illegale, ai sensi dell'articolo 11, comma 1, lettera *d*), della legge 30 luglio 2002, n. 189».

Il rinvio del Codice dell'ordinamento militare alla legge cd. Bossi-Fini (n. 189/2002) riguarda specificamente la disposizione (art. 11 lett. *d*)) che aggiunge alcuni commi “numerali” all'art. 12, comma 9 del Testo unico sull'immigrazione (d.lgs. n. 286/1998). Invero l'art. 12 comma 9-*bis* del Testo unico del 1998, così come riformato dalla legge n. 189/2002, non riguarda, in prima battuta, la Guardia costiera, né le acque internazionali. Secondo questa disposizione, infatti, «la nave italiana in servizio di polizia, che incontri nel mare territoriale o nella zona contigua» – non, dunque, nella zona SAR – «una nave, di cui si ha fondato motivo di ritenere che sia adibita o coinvolta nel trasporto illecito di migranti, può fermarla, sottoporla ad ispezione e, se vengono rinvenuti elementi che confermino il coinvolgimento della nave in un traffico di migranti, sequestrarla conducendo la stessa in un porto dello Stato». La legge mantiene distinta la disciplina delle navi in servizio di polizia dalle navi della Marina militare, che, «ferme restando le competenze istituzionali in materia di difesa nazionale», possono essere utilizzate per concorrere alle attività di polizia di cui al comma 9-*bis* (art. 12, comma 9-*ter*). I poteri di cui al comma 9-*bis* «possono essere esercitati al di fuori delle acque territoriali, oltre che da parte delle navi della Marina militare, anche da parte delle navi in servizio di polizia, nei limiti consentiti dalla legge, dal diritto internazionale o da accordi bilaterali o multilaterali» (comma 9-*quater*), indipendentemente dal fatto che la nave batta o no la bandiera nazionale (9-*quater*).

Le navi della Marina militare, compreso il Corpo delle Capitanerie di porto, sono dunque chiamate per prime all'esercizio di attività di polizia dell'alto mare. Nella zona SAR italiana, di conseguenza, si dovrebbero trovare, di regola, navi della Marina o della Guardia costiera, non al-

tre navi in servizio di polizia (salvo il ricorso allo specifico potere di un loro utilizzo in alto mare previsto dal comma 9-*quater*).

È evidente che il solo elemento utile all'approfondimento del tema degli sbarchi, nell'art. 12 del Testo unico riformato dalla legge Bossi-Fini, emerga dal comma 9-*quater*: l'unico a prevedere l'esercizio dei poteri di polizia da parte della Guardia costiera in acque internazionali.

Sennonché l'art. 12, comma 9-*quater* impone il trasporto delle persone, sospettate di coinvolgimento in un traffico di migranti, in un «porto dello Stato». «Dunque la rotta di navigazione deve essere verso la costa italiana, non libica»³⁷. Si potrebbe, per ipotesi, generalizzare la correlazione tra poteri di polizia in alto mare e «accordi bilaterali o multilaterali». Ma questa clausola sembra voler semplicemente precisare che i poteri di polizia in alto mare non sono illimitati (ammessi «nei limiti consentiti»), non che eventuali accordi possano giustificare lo sbarco in un porto diverso da uno dello Stato. In ogni caso, non sarebbe superabile la vigenza del principio del *non-refoulement*. Eventuali accordi di ri-ammissione sarebbero rilevanti soltanto nella misura in cui risultassero conclusi con Paesi sicuri o, comunque, permettessero di avere certezza sul destino dei migranti una volta riconsegnati agli Stati di provenienza. Fuori dal caso in cui sia fattibile il monitoraggio posteriore allo sbarco – in pratica, tuttavia, quasi impossibile da ottenere – e considerato che (come già si è avuto modo di osservare sopra, paragrafo 3) l'esame delle domande di asilo non può essere evaso in mare, i sospetti trafficanti, appunto in quanto «sospettati» e nulla più, non possono essere giudicati dalla Marina o dalla Guardia costiera; devono essere condotti in Italia. Si può allora parlare di una scelta legislativa di fondo, molto chiara: nel senso dello sbarco finalizzato all'esercizio della giurisdizione, non del respingimento in mare.

Possiamo ora esaminare alcuni aspetti più strettamente organizzativi. Si può intanto premettere che, in qualche misura, le funzioni di polizia giudiziaria rivestite dalla Guardia costiera in alto mare determinino un suo inserimento nella catena di comando facente capo al Ministro dell'interno. In questo senso va considerato anche l'art. 35 del-

(37) A. PUGIOTTO, «*Purché se ne vadano*», cit., p. 20.

la legge n. 189/2002, che istituisce, presso il Dipartimento della pubblica sicurezza, la Direzione centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere³⁸.

La legge Bossi-Fini non chiarisce tuttavia i rapporti tra la neo-istituita Direzione centrale e le attività di ricerca e soccorso svolte in alto mare dalla Guardia costiera. L'art. 12, comma 9-*quinquies* prevede, anzi, che le modalità di intervento delle navi della Marina nonché quelle di raccordo con le attività svolte dalle altre unità navali in servizio di polizia siano «definite con decreto interministeriale dei Ministri dell'interno, della difesa, dell'economia e delle finanze e delle infrastrutture e dei trasporti».

Il decreto ministeriale del 14 luglio 2003 («Disposizioni di contrasto all'immigrazione clandestina»)³⁹ distingue l'attività svolta in acque internazionali dalle unità navali della Marina militare dall'attività svolta in acque territoriali (e nella zona contigua) dalle unità navali in servizio di polizia (artt. 3, 5). Tiene inoltre separato l'«intervento di soccorso», il cui coordinamento «è di competenza delle Capitanerie di porto», dall'«intervento di polizia», la cui competenza è attribuita, in via prioritaria, alle Forze di polizia (e, per esse, alla Direzione centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere).

Gli interventi di soccorso e di polizia possono essere concomitanti (art. 2, comma 4). La norma chiave del d.m. è però l'articolo 2, il quale prevede che «restano immutate» le competenze del Corpo delle Capitanerie di porto per quanto riguarda la salvaguardia della vita umana in mare. Il d.m., a tale proposito, stabilisce che, nell'espletamento di tali attività, le situazioni che dovessero presentare aspetti connessi con l'immigrazione clandestina, «ferma restando la pronta adozione degli interventi di soccorso», debbano essere immediatamente portate a conoscenza della Direzione centrale e dei comandi responsabili del coordinamento dell'attività di contrasto.

(38) Con «compiti di impulso e di coordinamento delle attività di polizia di frontiera e di contrasto dell'immigrazione clandestina, nonché delle attività demandate alle autorità di pubblica sicurezza in materia di ingresso e soggiorno degli stranieri». Il relativo regolamento di organizzazione è stato approvato con d.m. 29 dicembre 2003.

(39) In G.U. n. 220 del 22 settembre 2003.

La Guardia costiera è gravata, pertanto, dall'obbligo di informare la Direzione centrale, se le operazioni di soccorso denotano l'esistenza di elementi tali da chiamare in causa le norme, le competenze amministrative e i poteri di polizia in materia di immigrazione clandestina.

L'attività di contrasto all'immigrazione clandestina, d'altronde, è «sempre improntata alla salvaguardia della vita umana». Come si è già ricordato, le relative competenze di ricerca e soccorso proprie della Guardia costiera restano immutate. Le unità navali della Marina non «devono», ma «possono», in caso di necessità e urgenza e «anche» su richiesta della Direzione centrale, essere utilizzate per concorrere all'attività di polizia giudiziaria disciplinata dall'articolo 12 del Testo unico (art. 3).

Se ne deduce che l'utilizzo delle navi della Guardia costiera per le attività di polizia giudiziaria abbisogna, caso per caso, di un'attenta valutazione sull'urgenza di intervenire o di un espresso atto d'impulso della Direzione centrale. Fuori da questi casi, alle navi della Guardia costiera non resta che esercitare, «nell'ambito delle proprie funzioni di istituto», un'azione di controllo (argomenta *ex art.* 3).

Viceversa le attività di ricerca e soccorso non vengono riguardate dal d.m. 14 luglio 2003, se non per confermare la loro autonomia e stabilire la funzione precorritrice del salvataggio della vita umana in mare rispetto a qualsiasi altra iniziativa di contrasto all'immigrazione illegale.

L'art. 7, comma 2 del d.m. 14 luglio 2003 contempla l'ipotesi del rinvio nei porti di provenienza. Molte sono le fasi della catena di comando alle quali il potere è subordinato: richiesta conforme della Direzione centrale, inchiesta di bandiera se ne ricorrono i presupposti, visita a bordo ove sussista un'adeguata cornice di sicurezza, fermo della nave. Non è quindi sicuro se, come parrebbe a prima vista, nella norma sia descritto un vero e proprio potere di respingimento in mare, o se sia piuttosto da accogliere una diversa soluzione, per la quale il rinvio dei migranti nei porti di provenienza può essere disposto dalle autorità italiane, ma solo dopo aver condotto l'imbarcazione «in un porto dello Stato», come appunto prevede l'art. 12, comma 9-*quater* della legge n. 189/2002⁴⁰. Il

(40) Sostiene infatti l'illegittimità dell'art. 7, comma 2, d.m. 14 luglio 2004, per contrasto con l'art. 12, comma 9-*quater* della legge n. 189/2002, A. PUGIOTTO, «*Purché se ne vadano*», cit. Parzialmente diversa l'opinione di F. SALERNO, *L'obbligo internazionale di non-refoulement dei ri-*

dubbio sembra corroborato dal fatto che la misura di cui trattasi, pacificamente applicabile se l'intercettazione avviene nelle acque territoriali o nella zona contigua, non è ribadita per l'intercettazione in acque internazionali, laddove l'inchiesta di bandiera e l'esercizio del diritto di visita, disciplinate al comma 3 dello stesso art. 7 d.m., non sono assistite dalla disposizione sulla possibilità di rinvio dei migranti nei porti di provenienza.

Si noti tra l'altro che, espletata l'inchiesta di bandiera, il diritto di visita dell'imbarcazione intercettata in acque internazionali deve essere specificamente richiesto dal Ministro dell'interno, una volta acquisita tramite il Ministero degli affari esteri, se del caso, l'autorizzazione del Paese di bandiera. È questo, in pratica, il secondo canale per mezzo del quale può verificarsi un collegamento organizzativo tra la Guardia costiera ed il Viminale, oltre al già descritto dovere di informare la Direzione centrale in merito a situazioni umanitarie connesse ad aspetti di contrasto all'immigrazione illegale.

In conclusione, due elementi sembrano emergere dal quadro normativo interno. Il primo è la piena autonomia delle operazioni di ricerca e soccorso rispetto alle attività di contrasto all'immigrazione clandestina. La gestione dell'evento SAR, sotto il profilo del luogo di sbarco, non subisce modificazioni per effetto della parallela competenza della Guardia costiera in materia di controllo delle frontiere e di concorso alle attività di contrasto all'immigrazione illegale, ad essa attribuite dalla legge n. 189/2002 e ribadite dall'art. 137 del Codice dell'ordinamento miliare.

Il secondo elemento, strettamente collegato al primo, riguarda la catena di comando cui spetta la gestione dell'evento SAR. L'art. 11 del Testo unico sull'immigrazione (d.lgs. n. 286/1998) attribuisce al Ministro dell'interno poteri di direttiva in materia di controllo delle frontiere. Le direttive del Viminale possono quindi vincolare la Guardia costiera in questo settore, non nel diverso ambito delle attività necessarie all'adempimento degli obblighi di soccorso marittimo, che restano «dipendenti» dal Mi-

chiedenti asilo, cit., p. 512, il quale reputa l'art. 7, comma 2 conforme al Protocollo di Palermo, ma solo nella misura in cui l'Italia riesca a monitorare, dopo il rinvio, il rispetto dei diritti fondamentali e l'adempimento dell'obbligo di *non-refoulement* dello Stato di destinazione.

nistero delle infrastrutture e trasporti, a norma dell'art. 134 del Codice dell'ordinamento militare.

Questa è la cornice alla quale devono essere propriamente ricondotte anche le *Standard Operative Procedure* (SOP) 009/15, adottate in via «sperimentale» dalla Guardia costiera «per l'individuazione del “Pos - *Place of Safety*” nell'ambito di operazioni SAR connesse all'emergenza flussi migratori via mare coordinate da MRCC Roma ed effettuate con il concorso di unità navali private o di altre amministrazioni, italiane o straniere»⁴¹. L'argomento portante di questo documento si sostanzia nella massima per cui l'individuazione del *place of safety*, di fronte ai flussi migratori via mare, non deve tener conto esclusivamente di «esigenze e problematiche di carattere prevalente mente nautico»⁴².

La richiesta di un Pos alla Direzione centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere, costituita presso il Dipartimento di pubblica sicurezza, deriva però dalle necessità – anche di pubblica sicurezza – legate all'accoglienza dei migranti sul territorio dello Stato. Non ha nulla a che vedere con respingimenti in mare o con altri, non meglio precisati, atti di interdizione navale.

La Direzione centrale potrà decidere “quale” porto dello Stato costituirà l'approdo della nave, non “se” quest'ultima potrà fare ingresso in un porto dello Stato. Alle medesime conclusioni si perverrebbe considerando il potere di direttiva conferito al Ministro dell'interno dalla legge n. 121/1981, nei confronti del Dipartimento di pubblica sicurezza, nell'ambito del quale è costituita la Direzione centrale. La catena di comando del Viminale può interdire le acque territoriali italiane ai migranti soltanto se questi ultimi non hanno diritto di asilo o protezione internazionale, o non sono persone imbarcate su un natante in situazione di *distress*. Se invece la circostanza con cui si misura l'Italia è un evento SAR, il potere del Ministro dell'interno rispetto ai diritti delle persone salvate inizia a prendere consistenza soltanto dopo il loro sbarco e, in ogni caso, rispetto alle attività da compiersi a terra.

(41) <https://www.lastampa.it/ru/Pub/Prod/PDF/Standard%20Operating%20Procedure.pdf>.

(42) SOP 009/15, cit., 3.

Dinanzi alla segnalazione, proveniente dall'alto mare, di vite umane in pericolo, a decidere se assumere il coordinamento delle operazioni di soccorso e, dopo averle espletate, quale porto, italiano o estero, dovrà accogliere l'imbarcazione soccorsa – quand'anche fosse una nave delle ONG, che "vale" come qualsiasi altra – spetta al Ministro delle infrastrutture e dei trasporti.

7. Possibili rimedi: il ricorso delle Regioni alla Corte costituzionale per conflitto di attribuzioni

Non v'è dubbio che le direttive adottate dal Ministro dell'interno, delle quali si è trattato in questo contributo, abbiano alla loro origine un disegno di politica estera, non si sa quanto conforme al diritto internazionale, ma molto probabilmente difforme dal diritto interno.

Sul piano del diritto internazionale, più precisamente degli obblighi internazionali di ricerca e soccorso derivanti dalla Convenzione SAR – all'adempimento dei quali è "direttamente" tenuta la Guardia costiera in forza delle norme di adesione alla Convenzione stessa (legge n. 147/1989 e d.P.R. n. 662/1994) – il presente lavoro si è consapevolmente attestato su un livello di analisi non conclusivo.

È sembrato tuttavia il caso di notare che il soccorso in mare facente capo alla competenza degli Stati, come quello attribuito al comandante della nave dall'art. 98 UNCLOS (e dal diritto internazionale consuetudinario), è una manovra obbligatoria e priva di connotati "potestativi"; precorritrice di ogni attività di valutazione giuridica e normativa, la quale non conosce altri parametri che quello del salvataggio della vita umana in quanto tale e senza discriminazioni. Si legga il punto 6.19 delle linee guida adottate dall'IMO il 20 maggio 2004: *If survivor status or other non-SAR matters need to be resolved, the appropriate authorities can often handle the matter once the survivors have been delivered to a place of safety*. Vero è che nessuna norma della Convenzione SAR prevede che il *place of safety* sia situato nel territorio dello Stato di responsabilità. Ma la semplice presenza di una nave in difficoltà nella "propria" zona SAR obbliga quest'ultimo all'intervento di soccorso. Se poi nessun altro Stato si offre per l'accoglienza, la gestione contemporanea di due vicende difficilmente conciliabili tra loro – come l'evento di soccorso e l'interdizione all'ingresso nel proprio territorio – porta all'inevitabile "collasso" della situazione

umanitaria, premessa di un inadempimento dell'obbligo di soccorso. Tra i *non-SAR matters*, infatti, vi sono anche le ragioni per cui la nave delle ONG è entrata nella zona SAR da lei prescelta. Ecco perché sarebbe un grave errore, ad avviso di chi scrive, ritenere conforme alla Convenzione SAR un atto formale di "chiusura dei porti", cioè di sottrazione unilaterale, astratta e generalizzata, da parte dello Stato di responsabilità, dei beni che costituiscono parte della garanzia dell'adempimento dell'obbligo di soccorso. Quanto poi al giudizio per cui le ONG arrecherebbero «pregiudizio alla pace, al buon ordine e alla sicurezza dello Stato» (art. 19 UNCLOS, o Convenzione di Montego Bay), non vi è alcun dubbio che la nave comandata dall'appartenente ad una organizzazione dedita al traffico illecito di migranti, in rotta verso l'Italia con lo scopo di caricare o scaricare persone nei porti italiani, ponga in essere una condotta incompatibile con la nozione di «passaggio inoffensivo»⁴³. È però altrettanto evidente che la possibilità dello Stato di ordinare al comandante della nave della ONG, diretta verso la costa italiana, di cambiare rotta per uscire dalle acque territoriali, è legata alla mancanza di situazioni di pericolo o comunque tali da configurare il presupposto per l'obbligo di soccorso o, eventualmente, alla disponibilità di un altro Stato costiero ad accogliere la nave indicando un *place of safety* nel proprio territorio. Ma proprio perché tutto prende consistenza a seconda di ciò che accade e si deve valutare caso per caso, il respingimento in mare non può essere "progettato" in anticipo mediante "direttive" che qualifichino la rotta della nave della ONG come «passaggio non inoffensivo», ancor prima di conoscere nei dettagli la condizione delle persone che si trovano a bordo o, peggio, sapendo già che queste ultime necessitano o avranno bisogno a breve di essere soccorse, non potendo rimanere a lungo sulla nave della ONG lasciata in mare. Persino a prescindere dalla vigenza del principio di *non-refoulement*, che porta alla stessa conclusione, è necessario che le persone in difficoltà siano fatte sbarcare, se questo è ciò che serve a salvare loro la vita. Il sospetto di agevolazione illecita può sortire conseguenze giuridiche soltanto a terra: qui si vedrà quali norme sull'immigrazione sono applicabili, a chi e con quali conseguenze. Sembrano quindi

(43) A. ANNONI, *Il ruolo delle operazioni Triton e Sophia*, cit., 846.

fondate le voci che da più parti si levano nella pubblica opinione, per segnalare, sia pure in modo riassuntivo, la contrarietà delle direttive del Ministro dell'interno al "diritto internazionale"

Sul piano del diritto interno, sembra decisivo ciò che si è provato a illustrare nel paragrafo precedente: è il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, l'«autorità nazionale responsabile dell'esecuzione della convenzione» SAR (art. 2, d.P.R. n. 662/1994). Il Ministro dell'interno, per parte sua, ha poteri di direttiva sul Dipartimento di pubblica sicurezza, struttura di primo livello del dicastero stesso (articoli 4, 6 e 17 legge n. 121/1981). Nell'ambito del Dipartimento di pubblica sicurezza opera la Direzione centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere costituita dall'art. 35 della legge n. 189/2002 (cd. Bossi-Fini), specificamente organizzata per il coordinamento delle attività di controllo delle frontiere (art. 11 d.lgs. n. 286/1998). Ma l'intervento delle unità navali della Marina militare nelle attività di controllo delle frontiere sono disciplinate, per disposizione del d.lgs. n. 286/1998 (art. 12, comma 9-*quinquies*), dal decreto interministeriale 14 luglio 2003, che fa salve le operazioni di soccorso di competenza della Guardia costiera e non le assoggetta a particolari modalità o limitazioni funzionali alla pubblica sicurezza. Da ciò si desume che il Ministro dell'interno è carente di un potere di direttiva sui corpi militari e sulla Guardia costiera, in merito al comportamento da tenere di fronte ad eventi *Search and Rescue*, che fanno parte di un diverso ed autonomo settore di attribuzioni.

Al quadro sopra riassunto non si conformano le quattro direttive adottate dal Viminale, delle quali si è trattato, la cui emanazione dà luogo, a rigore – e prima ancora di qualsiasi ragionamento sulla loro conformità al diritto internazionale – ad un vizio di «difetto assoluto di attribuzioni» (art. 21-*septies* legge n. 241/1990), tale da renderle "giustiziabili" dinanzi al Tribunale amministrativo, al pari di qualsiasi atto giuridicamente nullo. Tra l'altro, poiché «quando sono individuati specifici canoni di legalità, ad essi la politica deve comunque attenersi, in ossequio ai fondamentali principi dello Stato di diritto»⁴⁴, non varrebbe neppure obiettare

(44) TAR Lazio, n. 176/2019, cit., nell'escludere – correttamente, ad avviso di chi scrive – che le decisioni di politica estera, con le quali l'Italia eroga finanziamenti alle autorità libiche, siano "atti politici".

che quelle direttive sono atti politici, insindacabili dal giudice amministrativo (art. 7 c.p.a.) o, in generale, dal giudice investito di una controversia sulla loro validità. La figura dell'atto politico è stata talvolta richiamata nel corso di procedimenti per reati ministeriali (legge cost. n. 1 del 1989, di attuazione dell'art. 96 Cost.), allo scopo di giustificare l'operato di Ministri dell'interno che, nell'esercizio delle loro funzioni, avevano disposto respingimenti collettivi o trattenimenti forzati di migranti. Ma non sembra possibile estendere il significato di queste valutazioni oltre i casi cui si riferiscono⁴⁵.

Chiarita la possibilità di un giudizio sulla validità delle direttive, resterebbe solo da valutare, quale ultimo profilo del ragionamento, la composizione plurisoggettiva del sistema di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, che affonda le sue radici nel cd. approccio *hotspot*⁴⁶ e che trova oggi disciplina nella legge n. 142/2015, di attuazione della direttiva 2013/33/UE. È un sistema che, per quanto qui interessa mettere in luce, coinvolge non soltanto lo Stato, ma anche le Regioni e i Comuni. La Corte costituzionale ha più volte affermato che la materia dell'immigrazione, rispetto al sistema di riparto di competenze sancito all'art. 117 Cost., non vede coinvolte soltanto la potestà legislativa esclusiva dello Stato, ma tocca per diversi profili anche la sfera delle Regioni e degli Enti locali⁴⁷. Essenzialmente il problema si può configurare

(45) Anche perché non vi si trova alcun elemento utile ad una ricostruzione in termini di diritto amministrativo. Vero è che talvolta è stata chiesta (dal Pubblico Ministero) o disposta (dal Tribunale dei Ministri) l'archiviazione, motivata dalla reinterpretazione del comportamento del Ministro come "atto politico". Ma è dubitabile che l'istituto dell'atto politico sia qui correttamente richiamato. Il tipo di accertamento demandato al giudice penale, quando verte su condotte consistenti nell'adozione di atti amministrativi, non diviene perciò soltanto un giudizio incidentale sull'atto della pubblica amministrazione – con tutti i limiti che ne derivano – ma ne resta del tutto autonomo, rimanendo nei binari di un ordinario raffronto tra i fatti di reato e la loro descrizione astratta. Si è detto inoltre che l'attività di ricerca e soccorso (*search and rescue*) tende esclusivamente al salvataggio della vita umana in mare e resta perciò indifferente a valutazioni di politica migratoria. Nessun bilanciamento di interessi, ma solo ragioni tecniche e umanitarie, possono guidare le decisioni sul luogo di sbarco assunte dalle autorità costiere competenti ai sensi della Convenzione di Amburgo.

(46) Stabilito in via programmatica dal complesso di misure dell'Unione europea denominato "Agenda Europea sulla Migrazione"; cfr. le "Procedure Operative Standard applicabili agli *Hotspots* italiani" redatte dal Ministero dell'interno (drive.google.com/file/d/1ff3NRsW_uT5N-DUTbRALSDjAeusmeyA/view).

(47) M. GIOVANNETTI, *La frontiera mobile dell'accoglienza per richiedenti asilo e rifugiati in Ita-*

sul versante dei servizi sociali, che le comunità regionali e locali erogano avendo di mira l'integrazione dei rifugiati o, più indietro, l'attesa della decisione delle autorità statali sulle loro istanze di protezione internazionale. Su questa linea si fondano, ad esempio, le recenti impugnazioni in via principale del "decreto sicurezza" (d.l. n. 113/2018) censurato da alcune Regioni in quanto lesivo dei diritti individuali dei migranti e, di riflesso, anche della sfera di competenza legislativa delle ricorrenti⁴⁸. La domanda che sorge spontanea è se, allora, anche le direttive del Ministro dell'interno qui considerate siano impugnabili da parte delle Regioni, con lo strumento del giudizio amministrativo di legittimità e forse, da una diversa angolazione, del conflitto costituzionale di attribuzioni. Il tema andrebbe ovviamente trattato con maggiore profondità di analisi. Si vuole soltanto mettere in luce che il comportamento del Viminale impatta su un ordinamento regionale, qual è quello italiano, dove la tutela della persona, e i suoi diritti, non sono prerogative del Governo e del Parlamento⁴⁹. Forse questo modo di ragionare potrebbe sottolineare l'esistenza di un interesse ad agire anche oltre le sfere giuridiche di coloro che, chissà da dove, chiedono all'Italia di non alzare barriere insormontabili⁵⁰.

lia, in *Dir. immigraz. citt.*, 1, 2019; L. RONCHETTI, *Ultimi atti del conflitto tra Stato e Regioni tra immigrazione e controllo degli stranieri*, in *Rivista AIC*, 2 luglio 2010; D. LOPRIENO, *Regionalismo e immigrazione. Le risposte degli ordinamenti regionali italiani al fenomeno migratorio*, in *Consulta Online*, 2018; G. CORSO, *La disciplina dell'immigrazione tra diritti fondamentali e discrezionalità del legislatore, nella giurisprudenza costituzionale*, in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/Relazione_al_seminario_2012.pdf.

(48) Tra questi il ricorso della Regione Emilia-Romagna, pubblicato in G.U. 1^a Serie speciale, Corte costituzionale, n. 11 del 13 marzo 2009.

(49) Né la protezione della sicurezza pubblica può essere considerata come «un impalpabile *a priori*» (T. GIUPPONI, *La sicurezza e le sue "dimensioni" costituzionali*, in www.forumcostituzionale.it, anche in S. VIDA (a cura di), *Diritti umani. Teorie, analisi, applicazioni*, Bologna, 2008; Id., *Le dimensioni costituzionali della sicurezza*, Bologna, 2008).

(50) V. ANGIOLINI, *Sulla rotta dei diritti*, Torino, 2016, p. 131, citando l'opinione concordante resa dal giudice Pintu de Albuquerque per la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, *Hirsi Jamaa ed altri c. Italia*, cit., «I rifugiati che tentano di scappare dall'Africa non richiedono un diritto di ammissione in Europa. Essi domandano soltanto all'Europa, culla dell'idealismo in materia di diritti dell'uomo e luogo di nascita dello Stato di diritto, di cessare di chiudere le sue porte a persone disperate che fuggono dall'arbitrio e dalla brutalità. È una preghiera modesta, peraltro sostenuta dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. «Non restiamo sordi a questa preghiera».

Le cooperative sociali e lo svolgimento di attività di interesse generale tra riforma del Terzo settore e normativa regionale: il ruolo della regolazione pubblica

Alceste Santuari

La l. 381/1991 ha riconosciuto la cooperazione sociale quale formula giuridica ed organizzativa che, attraverso lo svolgimento di attività di interesse generale, persegue fini sociali, in ciò realizzando i precetti costituzionali di cui agli artt. 2, 45 e 118 u.c. Cost. Nel corso degli anni, sul sostrato normativo della l. 381/1991 sono intervenute numerose legislazioni regionali e, recentemente, la riforma del Terzo settore, che, inter alia, hanno introdotto formule giuridiche innovative e disposto in ordine al particolare rapporto di partnership tra cooperative sociali ed enti pubblici. L'articolo si propone di verificare se la disciplina in materia di cooperazione sociale rappresenti un framework legislativo capace di promuovere lo sviluppo delle cooperative sociali nell'organizzazione e produzione di servizi di interesse generale.

1. Introduzione

La cooperazione sociale rappresenta un importante fenomeno economico e sociale del Paese¹, storicamente radicato nelle comunità locali². Alle cooperative sociali l'ordinamento giuridico assegna la realizzazio-

(1) Sulle dimensioni del fenomeno cooperativo si veda, da ultimo, il rapporto ISTAT sulla «Struttura e performance delle cooperative italiane. Anno 2015», presentato a Roma il 25 gennaio 2019.

(2) Sulle origini e sull'evoluzione della cooperazione sociale in Italia, si veda, per tutti, C. BORZAGA, *La lezione delle cooperative sociali*, in C. BORZAGA, F. ZANDONAI (a cura di), *L'impresa sociale in Italia. Economia e istituzioni dei beni comuni. Rapporto IRIS Network*, Roma, Donzelli, 2009, p. 23 ss.

ne di fini sociali³, attraverso lo svolgimento, in forma imprenditoriale e con una *governance* fondata su principi democratici e il coinvolgimento di una vasta platea di *stakeholders*⁴, di attività di interesse generale⁵. La cooperazione sociale, la cui disciplina giuridica è in larga parte riconducibile a quella generale delle società cooperative⁶, trova la pro-

(3) Sul riconoscimento della cooperazione nella Costituzione italiana, si veda, tra gli altri, A. RINELLA, *Cooperazione ed economia sociale nella costituzione italiana*, in A. FICI (a cura di), *Diritto dell'economia sociale. Teorie, tendenze e prospettive italiane ed europee*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, p. 66 ss., in part. pp. 76-77, ove l'A. sottolinea che «la tutela costituzionale della cooperazione sembra [...] estendersi al riconoscimento e alla promozione di una forma di produzione alternativa a quella capitalistica, connotata proprio da una spiccata funzione sociale [...]».

(4) Sulla dimensione *multi-stakeholder* delle cooperative sociali, tra gli altri, si rinvia a S. DEPEDRI, *Dalla funzione sociale alla governance multi-stakeholder delle cooperative*, in *Fondazione Ivano Barberini*, 2014; C. BORZAGA, L. MITTONE, *The multi-stakeholder versus the nonprofit organization*, Trento, Dipartimento di economia, 1997; C. BORZAGA, S. DEPEDRI, *Multi-stakeholder governance in Civil society Organizations*, in J.L. LAVILLE, D. YOUNG, P. EYNAUD (a cura di), *Civil society, the third sector and social enterprise. Governance and Democracy*, New York, Routledge, 2015.

(5) La nozione “Servizi di interesse generale” (SIG), di derivazione eurounitaria, identifica attività e servizi finalizzati a garantire prestazioni di qualità ad un prezzo accessibile per tutti i cittadini e a realizzare obiettivi di solidarietà e di parità di trattamento, che sono alla base del modello europeo di società. In argomento, in questa sede, si vedano per tutti, Comunicazione della Commissione sui servizi di interesse generale, COM(96) 443 def. In GUCE C 281 del 26 settembre 1996, p. 3; Comunicazione della Commissione europea, *I servizi d'interesse generale in Europa*, (2001/C 17/04), punto 21; K. LENAERTS, *Defining the concept of 'services of general interest' in light of the 'checks and balances' set out in the EU Treaties*, in *Jurisprudencia/Jurisprudence*, 19(4), 2012, p. 1248; A. DI GIOVANNI, *I servizi di interesse generale tra poteri di autorganizzazione e concessione di servizi*, Torino, Giappichelli, 2018, in part. capitolo I.

(6) Nella relazione del Guardasigilli al Codice civile del 1942, n. 1025 si legge che le società cooperative si distinguono nettamente dalle altre società per il perseguimento di uno «scopo prevalentemente mutualistico, consistente nel fornire beni e servizi ed occasioni di lavoro direttamente ai membri dell'organizzazione a condizioni più vantaggiosi di quelle che otterrebbero sul mercato [...]». In argomento, si veda A. SAJJÀ, *Prime riflessioni sull'evoluzione delle cooperative dal codice civile alla riforma delle società: mutualità e controlli*, in *Rivista di diritto dell'economia, dei trasporti e dell'ambiente*, 2, 2004, p. 2. Come è noto lo scambio mutualistico si antepone, anzi si contrappone, allo scopo lucrativo che caratterizza le altre forme societarie previste dal Libro V del codice civile. In queste ultime, ancorché non più esclusivo, rimane prevalente il lucro oggettivo, quale obiettivo da perseguire nell'esercizio dell'impresa e, conseguentemente, quale presupposto per la distribuzione degli utili patrimoniali ricavati da quell'impresa (lucro soggettivo). A. GRAZIANI, *Società cooperative e scopo mutualistico*, in *Riv. dir. comm.*, 1, 1950, p. 276 ss. Sulla specificità della forma cooperativa rispetto alle altre forme societarie in dottrina ci si è chiesti perché nell'ordinamento giuridico italiano sia durata a lungo una certa “neutralità” della disciplina normativa riferita alle cooperative, per lo più «appiattita su quella della società per azioni [...]». Così si esprime V. BUONOCUORE, *Diritto della Cooperazione*, Bologna, Il Mulino, 1997, p. 15.

pria fonte normativa in una legislazione specifica⁷, che ne ha delineato non soltanto l'identità giuridica⁸, ma ne ha altresì favorito lo sviluppo in ambito locale. In quest'ottica, infatti, la legge 381/1991 può considerarsi una legge-quadro poiché ha attribuito alle Regioni la potestà di definire le norme di attuazione a livello territoriale, in specie istituendo gli albi regionali delle cooperative sociali⁹, *conditio sine qua non* per poter accedere al sistema delle agevolazioni previsto dalla norma in esame.

A seguito dell'approvazione della l.c. 3/2001, che ha previsto l'attribuzione alle Regioni delle competenze esclusive in materia socio-assistenziale e socio-sanitaria, settori in cui operano in larga parte le cooperative sociali, il legislatore regionale ha approvato ulteriori normative che, in taluni contesti, hanno innovato in termini significativi la disciplina normativa nazionale. Da ultimo, la recente riforma del Terzo settore ha novellato la l. 381/1991, sancendo l'equiparazione *ex lege* delle cooperative sociali alle imprese sociali di cui al d.lgs. 112/2017 e ispirando una nuova stagione di produzione normativa di rango regionale.

Alla luce del contesto normativo sopra richiamato, l'articolo intende verificare se e in quale misura la disciplina giuridica sulle cooperative sociali possa rappresentare un *enabling framework* capace di incentivare lo sviluppo futuro, in specie nell'organizzazione e nell'erogazione di servizi di *welfare in partnership* con gli enti pubblici e gli enti del servizio sanitario.

L'articolo è suddiviso in sei paragrafi. Nel paragrafo 1 si dà conto della scelta operata e degli obiettivi che il contributo intende realizzare. Il paragrafo 2 propone una analisi sintetica della l. 381/1991. Il paragrafo 3 esamina la produzione normativa di rango regionale in materia di cooperative sociali. Il paragrafo 4 contestualizza le cooperative sociali nella recente riforma del Terzo settore, al fine di comprenderne la collocazione e la disciplina applicabile. Il paragrafo 5 analizza due legislazioni re-

(7) Il riferimento è alla legge 8 novembre 1991, n. 381, recante «Disciplina delle cooperative sociali».

(8) Sul punto, si veda A. FICI, *La funzione sociale delle cooperative: note di diritto comparato*, in A. FICI (a cura di), *Diritto dell'economia sociale*, cit., p. 242.

(9) Così dispone l'art. 9, comma 1, l. n. 381/1991.

gionali approvate a seguito dell'entrata in vigore della riforma del Terzo settore. Infine, il paragrafo 6 contiene alcune osservazioni conclusive.

2. La l. 381/1991: attività, assetto organizzativo e funzione sociale delle cooperative sociali

La legge 381/1991 prevede che le cooperative sociali, nel perseguimento dell'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini¹⁰, possano erogare servizi socio-sanitari ed educativi (c.d. cooperative sociali di "tipo a")¹¹ ovvero attività produttive finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate (c.d. cooperative sociali di "tipo b")¹², in via alternativa tra loro¹³. Tutta-

(10) In dottrina è stato osservato che la legge n. 381/1991 ha «dato rilievo di pubblica utilità al perseguimento di determinati scopi mutualistici» da parte «di una struttura soggettiva *ad hoc* che rimane nel campo privatistico societario [...]». P. DE CARLI, *I modelli organizzativi non profit*, in G. BERTI (a cura di), *Pubblica amministrazione e modelli privatistici*, Bologna, Il Mulino, 1993, p. 159.

(11) Per una recente valorizzazione del ruolo e della funzione della cooperazione sociale in ambito socio-sanitario, si veda la sentenza del TAR Lombardia, Sez. III, 27 febbraio 2019, n. 422. In dottrina, si segnala F. ALLEVA, *Le cooperative sociali terapeutiche tra il sistema integrato di servizi sociali alla persona e la riforma societaria*, in G. VISINTINI (a cura di), *Gli Enti non profit tra il Codice civile e la legislazione speciale*, Napoli, Esi, 2003, p. 349 ss.

(12) Al riguardo, si segnala l'art. 14 del d.lgs. 276/2003 che prevede la possibilità, per i datori di lavoro, di assolvere parzialmente agli obblighi di assunzione di personale disabile mediante il conferimento di commesse di lavoro alle cooperative sociali di tipo b). L'attuazione dell'articolo in parola è subordinata all'adozione di una convenzione-quadro da parte delle Regioni, nella quale sono definiti e regolati gli elementi essenziali per il rapporto di committenza, tra i quali, si ricordano, il coefficiente di calcolo del valore unitario delle commesse affinché le stesse siano valutate congrue per assolvere gli obblighi di assunzione di personale disabile ovvero l'individuazione del limite massimo di copertura delle quote d'obbligo da realizzare con lo strumento della convenzione. Per un esempio di convenzione-quadro regionale, si veda Regione Veneto, deliberazione Giunta regionale 21 maggio 2018 n. 705, recante «Approvazione dello Schema di Convenzione quadro per la stipula di convenzioni finalizzate all'inserimento lavorativo di persone disabili che presentano particolari caratteristiche e difficoltà di inserimento nel ciclo lavorativo ordinario, ai sensi dell'art. 14 del d.lgs. n. 276/2003».

(13) La circolare del Ministero del lavoro, Direzione generale della cooperazione, Divisione II n. 153/96 ha ritenuto legittimo anche l'oggetto sociale plurimo, purché ricorrano le seguenti condizioni: a) le tipologie di svantaggio e/o le aree di intervento esplicitamente indicate nell'oggetto sociale siano tali da postulare attività coordinate per l'efficace raggiungimento delle finalità attribuite alle cooperative sociali (art. 1, l. 381/1991); b) il collegamento funzionale fra le attività di tipo A e B risulti chiaramente indicato nello statuto sociale; c) l'organizzazione amministrativa delle cooperative consenta la netta separazione delle gestioni relative alle attività esercitate ai fini della corretta applicazione delle agevolazioni concesse dalla vigente normativa.

via, preme segnalare che mentre le attività delle cooperative sociali di tipo a) sono limitate a quelle contenute nell'art. 1, l. 381/1991, così come oggi novellate dall'art. 17, comma 1, d.lgs. 112/2017, le cooperative sociali di tipo b) possono svolgere una ampia gamma di attività, agricole, industriali, commerciali o di servizi¹⁴, purché unicamente orientate all'inserimento nel mondo produttivo di soggetti svantaggiati ovvero disabili attraverso:

- a) la creazione, organizzazione e gestione di spazi lavorativi ed occupazionali adeguati alle persone con disabilità¹⁵;
- b) lo svolgimento di attività quali la formazione al lavoro, l'orientamento, la gestione di servizi per la ricollocazione, la partecipazione a reti e progetti con *partners* pubblici e privati¹⁶.

La specifica *mission* assegnata alle cooperative sociali di inserimento lavorativo rispetto alle cooperative sociali di tipo a) è all'origine di alcune disposizioni di particolare favore¹⁷, tra le quali si segnala la concessione della fiscalizzazione del carico contributivo per i soggetti svantaggiati avviati al lavoro¹⁸ e la deroga alle normali procedure contrattuali della pubblica amministrazione¹⁹.

(14) Allo scopo di favorire l'inserimento lavorativo di persone svantaggiate nell'ambito di una cooperativa sociale, l'art. 4 della legge n. 381/1991 prevede che i soggetti in argomento devono, compatibilmente con il loro stato soggettivo, essere soci della cooperativa stessa e rappresentare almeno il 30% della forza lavoro della cooperativa.

(15) In quest'ottica, l'azione delle cooperative sociali di tipo b) si colloca *naturaliter* nel quadro dei principi stabiliti negli artt. 26 e 27 della Carta delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ratificata nell'ordinamento giuridico italiano con legge 3 marzo 2009, n. 18.

(16) Per una sintetica ricognizione dello sviluppo e della crisi del modello di cooperazione sociale di inserimento lavorativo, si veda M. BOTTÀ, *Inclusione lavorativa e cooperative sociali di tipo B. Nuovi tempi, nuove strade*, in www.welforum.it, 9 ottobre 2018.

(17) In argomento, si veda A. FICI, *La riforma del diritto societario e l'identità delle cooperative sociali*, in *Impresa Sociale*, 68, 2003, pp. 9-10.

(18) Così dispone l'art. 4, comma 3, l. 381/1991.

(19) Così recita l'art. 5, comma 1, l. 381/1991, così come modificato dall'art. 1, comma 610, legge 190 del 2014. Sull'argomento, si veda *infra* par. 2.1. Sul punto, si veda S. PELLIZZARI, *Le novità introdotte dalla legge di stabilità 2015 per gli affidamenti alle cooperative sociali ex art. 5, comma 1, della legge n. 381/1991: un primo commento*, reperibile su <http://www.euricse.eu/wp-content/uploads/2015/01/FC-Pellizzari-Le-novita-C3%A0-introdotte-dalla-Legge-di-stabilita-C3%A0-2015.pdf>, gennaio 2015.

L'eterodestinazione delle attività sopra descritte è la diretta espressione della funzione teleologica assegnata alle cooperative sociali: in esse la mutualità interna²⁰ espande il proprio perimetro di azione fino ad assumere (anche) una dimensione di mutualità esterna²¹. Finalità sociali e attività di interesse generale non sono tuttavia sufficienti ad identificare la categoria giuridica delle cooperative sociali. Esse, come si è già avuto modo di evidenziare, indipendentemente dall'attività svolta, richiedono la presenza di una pluralità di soci, che qualificano la cooperativa sociale quale impresa collettiva²². I soci sono individuabili in tre principali categorie: soci prestatori, soci fruitori e soci volontari. I soci prestatori ricevono dalla partecipazione alla cooperativa una qualche utilità economica correlata alla prestazione che forniscono²³. Rientrano tra questi i soci lavoratori ordinari, chi ha un rapporto di prestazione professionale oppure chi riceve un compenso come amministratore. Rientrano anche coloro che, pur prestando un'attività non retribuita, svolgono quest'ultima con la dichiarata attesa che lo sviluppo dell'attività della cooperativa generi per loro un'opportunità di lavoro²⁴. Al pari rientrano le persone che ricevono, in relazione all'attività svolta, prestazioni in natura (vitto, alloggio), normalmente vivendo in strutture comunitarie. I soci fruitori otten-

(20) Essa nasce dal contratto di società cooperativa e rimane all'interno del contratto. Il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, che ha riformato il diritto societario, ha ribadito la "prevalenza mutualistica" quale criterio qualificativo dell'agire cooperativo. In dottrina, sul punto, si è voluto segnalare che la riforma del 2003 si è riappropriata «della nozione di scopo mutualistico di cui si era impossessata la normativa fiscale» precedente. M. INGROSSO, *Le cooperative e le nuove agevolazioni fiscali. Profili civilistici*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 3. In tema, si vedano anche A. FICI, *La riforma del diritto societario*, cit., pp. 9-10 e A. BASSI, *Principi generali della riforma delle società cooperative*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 5.

(21) È stato osservato che «l'impresa costituita nella forma di cooperativa sociale rappresenta una naturale evoluzione dell'istituto cooperativo, verso una maggiore socialità e verso il superamento dell'originario concetto di mutualità» G. RIVETTI, *ONLUS. Autonomia e controlli*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 222.

(22) Sul punto, si veda A. ZOPPINI, *Il nuovo diritto delle società cooperative: un'analisi economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2004, p. 443.

(23) Sui soci lavoratori, per tutti, si rinvia a F. ALLEVA, *Il socio lavoratore delle cooperative di produzione e lavoro: la configurazione attuale e le prospettive di riforma*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 1, 1998.

(24) In argomento, valgono ancora le riflessioni di P. OLIVELLI, *La disciplina giuridica del volontariato e delle cooperative sociali*, Ancona, Nuove ricerche, 1993.

gono, grazie all'attività specifica della cooperativa, il soddisfacimento di un loro bisogno. Rientrano in questa categoria le diverse persone svantaggiate (anziani, portatori di *handicap*, ecc.) utenti dei servizi e dell'attività della cooperativa, nonché i loro familiari. Infine, i soci volontari, il cui numero non può essere superiore alla metà del numero complessivo dei soci, costituiscono una categoria particolare di soci, in quanto, seppure alla stregua degli altri soci, partecipino al rischio d'impresa, essi devono operare in modo gratuito e possono ricevere soltanto il rimborso delle spese sostenute e documentate. A ciò si aggiunga che la loro attività può essere utilizzata in misura complementare e non sostitutiva rispetto ai parametri di impiego di operatori professionali e che le loro prestazioni non debbono concorrere alla determinazione dei costi di servizio, in specie nel caso di rapporti convenzionali con la pubblica amministrazione²⁵. Da ultimo, con l'evidente intento di radicare maggiormente le cooperative sociali sul territorio in cui esse operano, la legge 381/1991 ha inteso prevedere la possibilità che le stesse siano partecipate anche dagli Enti locali ovvero da altre persone giuridiche private²⁶.

La non lucratività dell'attività svolta, l'esplicito e necessario perseguimento di finalità di interesse generale, nonché il particolare assetto organizzativo interno permettono di comprendere perché le cooperative sociali realizzano i precetti contenuti negli artt. 2, 45 e 118 u.c. della Costituzione. Avuto riguardo all'art. 2 Cost., le cooperative sociali, attraverso il perseguimento delle finalità sociali e lo svolgimento delle specifiche attività, adempiono ai doveri inderogabili di solidarietà sociale²⁷.

(25) Alle categorie di soci sopra analizzate possono aggiungersi anche i soci finanziatori di cui all'art. 2526 c.c. Sul punto, vedi E. CUSA, *Il socio finanziatore nelle cooperative*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 58-59. Preme, tuttavia, ricordare che tutti i soci, in ragione della loro qualifica, possono contribuire all'attività delle cooperative, comprese quelle sociali, attraverso il prestito sociale, che «costituisce una fonte di finanziamento dell'impresa alternativa all'emissione di strumenti finanziari e all'indebitamento verso il sistema bancario». Così, F. QUARTA, *Il contratto di "prestito sociale" nelle cooperative*, in *Rivista del Diritto dell'Impresa*, 1, 2018, pp. 95-96.

(26) Ai sensi dell'art. 11, l. 381/1991, la *conditio sine qua non* affinché detta partecipazione possa ritenersi legittima è la previsione statutaria degli enti sopra richiamati di promuovere il finanziamento e lo sviluppo delle cooperative sociali.

(27) Obiettivo che, nel caso delle cooperative sociali, si salda con «gli altri aspetti dell'identità cooperativa che ne determinano la funzione sociale, in particolare la struttura democratica». Così, A. FICI, *La funzione sociale delle cooperative*, cit., p. 251.

In ordine all'art. 45 Cost. la funzione sociale delle cooperative²⁸, nel caso della cooperazione sociale, trova un preciso limite proprio nel conseguimento di scopi di interesse generale e nel peculiare assetto organizzativo previsto dalla l. 381/1991²⁹. Infine, in quanto formazioni sociali espressione della libertà di aggregazione della società civile e della libertà di iniziativa economica, le cooperative sociali rientrano tra i soggetti organizzativi cui l'art. 118 u.c. Cost. riserva un particolare *favor legis*³⁰.

2.1. *Le forme di partnership tra pubblica amministrazione e cooperative sociali*

Le specifiche finalità sociali e il particolare modello organizzativo delle cooperative sociali sono anche all'origine delle disposizioni che sia la l. 381/1991 sia le normative regionali stabiliscono per regolare i loro rapporti di *partnership* con le pubbliche amministrazioni. In particolare, la normativa di favore è destinata alle cooperative sociali di tipo b), per le quali alle disposizioni contenute nell'art. 5, commi 1 e 4³¹, l. 381/1991 si aggiungono quelle di cui all'art. 112, d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (Codice dei contratti pubblici)³², che con le prime devono essere raccorda-

(28) Sulla funzione sociale attribuita alla cooperazione, si veda L. BAGNOLI (a cura di), *La funzione sociale della cooperazione. Teorie, esperienze e prospettive*, Bari, Carrocci, 2010.

(29) Funzione sociale e scopi di interesse generale si coniugano coerentemente nelle cooperative sociali, le quali, pertanto, non perseguono l'interesse dei propri soci, bensì agiscono per realizzare uno scopo "esterno/altruistico". FICI, *ult. op. cit.*, p. 258.

(30) Come è noto il comma in oggetto recita: «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà».

(31) Per gli affidamenti di servizi sopra soglia comunitaria è prevista la possibilità per le stazioni appaltanti di inserire, tra le condizioni d'esecuzione dell'appalto, l'obbligo di eseguire il contratto con l'impiego delle persone svantaggiate di cui all'art. 4, comma 1, e con l'adozione di specifici programmi di recupero e inserimento lavorativo. Si tratta della clausola sociale di cui all'art. 100, d.lgs. 50/2016. Sul punto, si veda ANAC, *Linee Guida recanti "La disciplina delle clausole sociali"*, 14 maggio 2018. Sul tema, in dottrina, per tutti, si veda M. FORLIVESI, *Le clausole sociali negli appalti pubblici: il bilanciamento possibile tra tutela del lavoro e ragioni di mercato*, in *Working papers CSDLE Massimo D'Antona*, 275, 2015.

(32) L'art. 112 del Codice dei contratti pubblici stabilisce che fatte salve le disposizioni vigenti in materia di cooperative sociali e di imprese sociali, le stazioni appaltanti possono riservare il diritto di partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica (appalto e concessione) o posso-

te, atteso che le disposizioni in parola hanno ambiti di applicazione e regolano fattispecie del tutto differenti e non sovrapponibili fra loro³³. Ancorché la l. 381/1991 abbia previsto la deroga alle ordinarie procedure ad evidenza pubblica soltanto per le cooperative sociali di tipo b), anche le cooperative sociali di tipo a) trovano alcune disposizioni di *favor* per quanto attiene gli affidamenti dei servizi. Al riguardo, preme segnalare che l'art. 143, d.lgs. 50/2016 stabilisce una riserva per i contratti di determinati servizi sanitari, sociali e culturali, sotto soglia comunitaria, di durata massima triennale, a favore delle organizzazioni che:

- a) hanno come obiettivo statutario il perseguimento di una missione di servizio pubblico legata alla prestazione dei servizi di cui sopra;
- b) reinvestono gli utili al fine di conseguire le loro finalità statutarie: nel caso in cui gli utili siano distribuiti o redistribuiti, ciò dovrebbe basarsi su considerazioni partecipative;
- c) basano la propria gestione e struttura proprietaria su principi di azionariato dei dipendenti o partecipativi, ovvero richiedono la partecipazione attiva di dipendenti, utenti o soggetti interessati;
- d) non devono essersi aggiudicate un appalto per i servizi in parola negli ultimi tre anni.

Risulta evidente che nelle condizioni poste dall'art. 143 rientrano a pieno titolo le cooperative sociali. Le stesse possono inoltre, in forza della legge 328/2000³⁴, della riforma del Terzo settore e delle normative re-

no riservarne l'esecuzione ad operatori economici e a cooperative sociali e loro consorzi il cui scopo principale sia l'inserimento lavorativo di persone svantaggiate. Sulla disciplina dell'affidamento di appalti pubblici alle cooperative sociali di tipo b), alla luce della nuova disciplina dettata dal d.lgs. n. 50/2016, si veda V. PASQUARELLA, *Gli strumenti di inclusione sociale di disabili e svantaggiati: dagli affidamenti "preferenziali" tramite convenzioni agli appalti "riservati"*, in *Lav. pub. amm.*, 1, 2017, p. 129.

(33) Mentre l'art. 112 riguarda i soggetti ammessi agli appalti riservati, l'art. 5, comma 1, della l. 381/1991 prevede una convenzione riservata solo alle cooperative di tipo b).

(34) Legge 8 novembre 2000, n. 328, recante «Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali». La bibliografia in tema è assai vasta: in questa sede, per tutti, senza pretesa di esaustività alcuna, si intende rinviare a E. BALBONI, B. BARONI, A. MATTIOTTI, G. PASTORI (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2003, II ed., 2007.

gionali, essere riconosciute quali *partners* istituzionali delle p.a., e ciò non solo nella fase di erogazione dei servizi, ma anche in quella della loro programmazione locale³⁵. Delle diverse forme di *partnership* tra enti del Terzo settore e pubblica amministrazione disposte dall'art. 55, d.lgs. 117/2017 merita, in questa sede, brevemente richiamare la co-progettazione, attesa la sua applicazione ed estensione agli interventi delle cooperative sociali. La co-progettazione costituisce una procedura per definire e realizzare specifici progetti e/o interventi volti a soddisfare bisogni definiti. Invero, gli Enti locali, specie alla luce dei nuovi bisogni che emergono dalla società civile e dalle fasce più deboli della stessa, si ritrovano nella necessità di identificare e progettare nuove modalità di intervento e di azione, che non trovano una precisa collocazione all'interno del "nomenclatore" classico dei servizi sociali e socio-sanitari. In questa prospettiva, le istituzioni locali e le cooperative sociali condividono le azioni in grado di soddisfare i bisogni e le necessità della comunità locale già dalle fasi progettuali. La co-progettazione intende dunque superare il tradizionale rapporto committente-fornitore per divenire strumento di realizzazione di forme di collaborazione e *partnership* tra p.a. ed enti della cooperazione sociale basate sul continuo e costante confronto e dialogo tra le parti coinvolte³⁶.

3. La legislazione regionale in materia di cooperazione sociale

In un assetto di competenze istituzionali incentrato sul riparto concorrente delle materie in ambito socio-assistenziale e socio-sanitario, che costituiscono gli ambiti principali di intervento delle cooperative sociali, l'art. 9 della legge 381/1991 ha attribuito alle Regioni il compito di approvare le norme di attuazione della legge nazionale, atteso che in ambito regionale si dispiegavano, anche prima della riforma del Titolo V della Costituzione, gli interventi finalizzati ad organizzare i servizi

(35) Si veda l'art. 1, comma 5 della legge 328/2000. Si tratta di una modalità di azione e di coinvolgimento degli enti *non profit* nella funzione pubblica di programmazione territoriale dei servizi, in particolare socio-sanitari, che è stata confermata nell'art. 55, d.lgs. 117/2017 (Codice del Terzo settore).

(36) Confronto e dialogo che trovano una collocazione istituzionale e programmatica ideale nei piani di zona ex art. 19, l. 328/2000, così come disciplinati dalle leggi regionali.

di *welfare*. Le Regioni hanno dunque approvato norme di promozione, sostegno e sviluppo della cooperazione sociale che, in specie a seguito della riforma costituzionale del 2001, hanno definito la sfera di azione e di “ingaggio” della cooperazione sociale nella realizzazione di molteplici obiettivi di interesse generale³⁷, finanche innestando sul sostrato giuridico della forma della cooperativa sociale nuovi orizzonti di intervento, quali le cooperative di comunità³⁸.

Con l'intenzione di valorizzare l'apporto delle cooperative sociali alla realizzazione di finalità sociali, le Regioni hanno promosso normative che, innovando la gestione degli albi regionali³⁹, disciplinano i rapporti

(37) Al riguardo, si segnala la l.r. Emilia-Romagna, 17 luglio 2014, n. 12; l'art. 2, comma 2, l.r. Piemonte 9 giugno 1994, n. 18 e s.m., che, in aggiunta alle attività di cui alla l. 381/1991, prevede che le cooperative sociali che operano sul territorio regionale possano svolgere anche attività sanitarie nell'ambito del trasporto sanitario, dell'assistenza domiciliare, della residenzialità in strutture ad elevata intensità assistenziale, di ambulatori in cui si erogano prestazioni sanitarie. Per una puntuale descrizione dell'oggetto sociale che deve caratterizzare le cooperative sociali iscritte all'albo regionale si veda l'art. 5 del decreto del Presidente della Giunta della Regione autonoma Trentino-Alto Adige del 1° giugno 2018, n. 32. Per una chiara “collocazione strategica” della cooperazione sociale quale strumento specifico di promozione della partecipazione dei cittadini al processo produttivo e alla gestione dei servizi sociali, alla fornitura di servizi pubblici e alla tutela e alla valorizzazione di beni comuni, nonché all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate, si veda la l.r. Lombardia 6 novembre 2015, n. 36, recante «Nuove norme per la cooperazione in Lombardia. Abrogazione della legge regionale 18 novembre 2003, n. 21».

(38) Cfr. *infra*, par. 3.1.

(39) Si vedano il regolamento della Regione Lombardia 17 marzo 2015, n. 1, recante «Regolamento Albo regionale delle cooperative sociali, consorzi e organismi analoghi, ai sensi dell'art. 27 della l.r. n. 1/2008»; il decreto del Presidente della Regione autonoma Trentino-Alto Adige, cit.; l'art. 2, l.r. Piemonte, 9 giugno 1994, n. 18. Una recente deliberazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (parere AS 1565/2019) ha censurato quest'ultima legge regionale, in quanto prevede che, ai fini dell'iscrizione nelle sezioni del Registro regionale, le cooperative sociali debbano svolgere attività lavorativa prevalente in Piemonte. L'Autorità ha messo in rilievo che una simile «limitazione sarebbe contraria alla stessa logica della normativa (l. n. 381/1991, *nda*), finalizzata a disciplinare un fenomeno di rilievo nazionale». Gli albi regionali agevolano la costituzione di cooperative sociali ad oggetto plurimo. Così l'articolo 4, comma 4, l.r. Emilia-Romagna 12/2014, che statuisce la possibilità di essere iscritte contemporaneamente alle sezioni A e B dell'albo regionale delle cooperative sociali allorché ci sia: 1) un collegamento funzionale tra le attività di tipo A e B, che consenta un più efficace raggiungimento delle finalità attribuite alle cooperative sociali, e 2) l'organizzazione della cooperativa sociale preveda una precisa divisione aziendale dotata di autonomia organizzativa tale da consentire la netta separazione delle gestioni relative alle attività di tipo A e B esercitate. La divisione in parola asurge ad elemento qualificante la fattispecie della cooperazione sociale ammessa a stipulare in via diretta le convenzioni con la pubblica amministrazione.

tra pubbliche amministrazioni e cooperative sociali⁴⁰ in ordine agli affidamenti di servizi di interesse generale ovvero di servizi di *welfare*⁴¹, valorizzando in particolare il coinvolgimento delle cooperative di tipo b)⁴² anche attraverso l'inserimento nei bandi di gara delle clausole sociali⁴³, con il precipuo fine di ampliare il perimetro dei soggetti vulnerabili ammessi a beneficiare degli interventi della cooperazione sociale di inserimento lavorativo⁴⁴. Le leggi regionali altresì riconoscono e valorizzano l'apporto delle reti di cooperative⁴⁵ e definiscono il regime di concessione dei beni pubblici a favore delle cooperative sociali⁴⁶.

(40) All'uopo, l'art. 9, comma 2 della legge 381/1991 ha previsto che le Regioni approvassero gli schemi-tipo delle convenzioni che regolano i rapporti tra la cooperazione sociale e le pubbliche amministrazioni.

(41) Si veda, nello specifico, l'art. 5, comma 3, l.r. Lombardia 6 novembre 2015, n. 36, che stabilisce che, nel caso di gestione di servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, «gli enti locali scelgono il contraente attraverso procedure competitive riservate a cooperative sociali [...]». Si vedano anche l'art. 7, l.r. Lombardia 6 novembre 2015, n. 36 e l'art. 9, l.r. Piemonte 9 giugno 1994, n. 18.

(42) Cfr. l'art. 9, l.r. Lombardia, 36/2015 e l'art. 11, comma 1, l.r. Emilia-Romagna, 12/2014. In tema di affidamenti alle cooperative sociali di tipo b), si segnala che con deliberazione della Giunta regionale 27 giugno 2016, n. 969, la Regione Emilia-Romagna ha adottato apposite linee guida regionali sull'affidamento dei servizi alla cooperazione sociale. L'art. 9, comma 7, l.r. Emilia-Romagna 12/2014 legittima gli enti pubblici a ricorrere alle cooperative di tipo b) attraverso lo strumento del convenzionamento diretto anche per l'erogazione di servizi pubblici, quali la gestione della raccolta dei rifiuti. Il TAR Emilia-Romagna, sez. II, 6 luglio 2015, n. 637, ha censurato quest'apertura in quanto, ai sensi dell'art. 5, l. 381/91, alla norma deve riconoscersi valore eccezionale, che deroga «ai principi generali di tutela della concorrenza che presiedono allo svolgimento delle procedure di gara». La sezione ha pertanto statuito che «non è possibile fare rientrare nel suo campo di applicazione contratti diversi da quelli specificamente indicati». In senso analogo, sulla necessità di esperire una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento, da parte di un ATO (Autorità d'ambito territoriale), di un servizio idrico ad una cooperativa sociale, si veda TAR Abruzzo, sez. I, sentenza 18 giugno 2016, n. 380.

(43) Per una disamina delle singole tipologie di clausole sociali e della loro applicazione, si vedano L. GALLO, P. MORO (a cura di), *Gli appalti di servizi sociali e l'affidamento alle cooperative sociali di inserimento lavorativo*, Rimini, Maggioli, 2018, p. 203 ss.

(44) L.r. Emilia-Romagna 12/2014, che, rispetto alla legge 381/1991, identifica sia le persone svantaggiate sia quelle in condizioni di fragilità. Mentre per le prime la definizione viene mutuata dall'art. 4 della l. 381/1991, le persone in condizione di fragilità sono identificate in coloro che «vivono una fase di vulnerabilità e debolezza economica transitoria». Sono tali, pertanto, quei soggetti individuati con atto della Regione tenendo conto delle dinamiche del mercato del lavoro ed includendovi i soggetti di cui all'art. 2, punti 18 e 19 del Regolamento CE 800/2008.

(45) Art. 2, l.r. Lombardia 6 novembre 2015, n. 36.

(46) Ai sensi dell'art. 5, l.r. Lombardia 36/2015, i beni immobili della Regione e degli enti del si-

Dal quadro brevemente delineato emerge una regolazione regionale orientata a precisare l'identità giuridica delle cooperative sociali nella loro dimensione produttiva e nella loro funzione di promozione di attività a favore di un'ampia platea di soggetti svantaggiati, in un contesto di costante e ricercata *partnership* con le pubbliche amministrazioni.

3.1. *Le cooperative di comunità: una formula giuridica innovativa*

Le normative regionali riguardanti le cooperative di comunità⁴⁷ hanno innestato sul sostrato giuridico della forma cooperativa modalità innovative di intervento e di azione alle quali sono state collegate talune provvidenze di sostegno⁴⁸. Le leggi regionali si possono distinguere in ragione delle attività che le cooperative di comunità sono chiamate a svolgere e in ordine alla forma giuridica individuata per realizzare gli obiettivi delle medesime cooperative. Per quanto riguarda le attività, le cooperative di comunità si occupano di promuovere nuove occasioni di lavoro, creare nuove opportunità di reddito e rafforzare il tessuto economico locale e sociale delle comunità locali⁴⁹ ovvero di produrre servizi pubblici, anche locali, e di pubblica utilità, nonché valorizzare i beni comuni⁵⁰.

stema regionale (SIREG) possono essere oggetto di comodato, di concessione o locazione a canone agevolato, in favore di cooperative sociali per finalità di interesse pubblico (destinati ad uso diverso da quello abitativo).

(47) In argomento, tra gli altri, si vedano EURICSE, *Libro Bianco. La cooperazione di comunità. Azioni e politiche per consolidare le pratiche e sbloccare il potenziale di imprenditoria comunitaria*, 2016, p. 11; F. BANDINI, R. MEDEI, C. TRAVAGLINI, *Territorio e Persone come risorse: le Cooperative di Comunità*, in *Impresa sociale*, 5, 2015; P.A. MORI, *La terza via per i servizi pubblici locali: potenzialità e limiti delle cooperative di utenza*, EURICSE research report, 11, 2015; L. BARTOCCI, F. PICCIAIA, *Le "non profit utilities" tra Stato e mercato: l'esperienza della cooperativa di comunità di Melpignano*, in *Azienda Pubblica*, 3, 2013, p. 381 ss.

(48) La Regione Puglia (l.r. 23/2014) ha previsto appositi schemi di convenzione con cui vengono disciplinati i rapporti tra le cooperative di comunità e gli Enti locali per incentivare la partecipazione delle cooperative di comunità allo svolgimento della funzione pubblica, favorendo, in questo senso, la capacità progettuale ed imprenditoriale della cooperazione di comunità, in specie nell'attuazione delle politiche attive del lavoro finalizzate alla creazione di nuovi posti di lavoro.

(49) Così dispone l'art. 2, comma 2, l.r. Sardegna, 2 agosto 2018, n. 35.

(50) In questo senso, si veda l'art. 11, della l.r. Lombardia, 6 novembre 2015, n. 36.

Avuto riguardo alla forma giuridica attraverso cui realizzare gli obiettivi delle cooperative di comunità, quasi tutte le Regioni riconoscono le stesse alla stregua di una qualifica applicabile a tutte le forme di impresa cooperativa⁵¹, che deve comunque risultare finalizzata alla promozione, sostegno e sviluppo delle finalità precipue che le cooperative di comunità sono chiamate a realizzare. La sola Regione Emilia-Romagna, invece, identifica la cooperativa di comunità quale espressione della più ampia nozione di cooperativa sociale⁵², allargandone l'oggetto sociale per ricomprendervi anche il recupero di beni pubblici, quali quelli ambientali e monumentali⁵³.

Qualunque sia la scelta operata dalle singole Regioni, tutti i provvedimenti normativi regionali esaminati prevedono che alle cooperative di comunità possano aderire, in qualità di soci, sia persone fisiche⁵⁴ sia persone giuridiche⁵⁵, purché risultino espressione delle comunità loca-

(51) Tra le leggi regionali, si segnalano quelle della Regione Abruzzo (25/2015), della Regione Basilicata (12/2015), della Regione Lombardia (36/2015), della Regione Puglia (23/2014), della Regione Liguria (14/2015), della Regione Sicilia (25/2018) e della Regione Sardegna (35/2018). Quest'ultima dispone che «le cooperative di comunità possono essere costituite in forma di cooperative di produzione e lavoro, di supporto, di utenza, sociali e miste in ragione dello scopo mutualistico che le caratterizza» (art. 2, comma 4).

(52) Si tratta della l.r. 12/2014, recante «Norme per la promozione e lo sviluppo della cooperazione sociale», il cui art. 2, comma 3 recita: «Allo scopo di contribuire a mantenere vive e a valorizzare le comunità locali, le cooperative sociali costituite ai sensi della vigente normativa possono favorire la partecipazione di persone fisiche, giuridiche, di associazioni e fondazioni senza scopo di lucro, che abbiano residenza o la sede legale nella comunità di riferimento della cooperativa stessa, alla costituzione di "cooperative di comunità" che, ai fini della presente legge, sono cooperative che perseguono lo sviluppo di attività economiche a favore della comunità stessa, finalizzate alla produzione di beni e servizi, al recupero di beni ambientali e monumentali e alla creazione di offerta di lavoro».

(53) Si può cogliere nell'opzione della Regione Emilia-Romagna il riconoscimento della cooperazione sociale quale organizzazione idonea per realizzare tutte le finalità di interesse generale che possono interessare le comunità locali.

(54) L'art. 4, comma 2, l.r. Abruzzo 25/2015 prevede che i soci persone fisiche debbano rappresentare: a) il 10% della popolazione per le circoscrizioni e i Comuni con popolazione fino a 2.500 abitanti; b) l'8% della popolazione per le circoscrizioni e i Comuni con popolazione fino a 5.000 abitanti; c) il 5% della popolazione per le circoscrizioni e i Comuni con popolazione oltre i 5.000 abitanti e comunque non meno di 400 soci. Si tratta di percentuali e numeri elevati, che spesso non riescono ad essere raggiunti nella prassi operativa.

(55) L'art. 2, comma 4, l.r. Emilia-Romagna, 12/2014 prevede che alle cooperative di comunità possano partecipare, in qualità di soci, gli Enti locali del territorio, mentre l'art. 4, comma 2, l.r. Sardegna 35/2018 stabilisce che tra i soci delle cooperative di comunità rientrino anche le

li⁵⁶. Ai soci è richiesto di apportare risorse finanziarie dedicate (si pensi alle fondazioni) ovvero *know how* specifico, in grado di sostenere lo sviluppo delle attività oggetto dell'azione delle cooperative di comunità. In questo senso, allora, è possibile identificare la natura *multi-stakeholder* delle cooperative di comunità non più soltanto in ragione delle diverse categorie di soci-persone fisiche, ma soprattutto in forza delle diverse componenti che prendono parte alla compagine sociale delle cooperative medesime⁵⁷.

Anche le disposizioni in materia di cooperative di comunità evidenziano, da un lato, l'ampliamento dell'oggetto sociale della forma cooperativa e, dall'altro, il rafforzamento del loro radicamento nelle comunità locali in una cornice di rapporti preferenziali con gli Enti locali.

4. Le cooperative sociali nella riforma del Terzo settore: imprese sociali di diritto

Oltre alla l. 381/1991 e alle legislazioni regionali, le cooperative sociali sono disciplinate anche dalla riforma del Terzo settore (l. 106 del 2016 e d.lgs. 112 e 117 del 2017). E ciò in forza della loro equiparazione *ex lege* alle imprese sociali⁵⁸, le quali, a loro volta, sono annoverate nella defini-

organizzazioni di Terzo settore. Preme evidenziare che la presenza di Enti pubblici locali nella compagine sociale delle cooperative sociali non trasforma queste ultime in società partecipate dai primi. Sul punto, si veda Cons. Stato, 6 novembre 2017, n. 5099. In quell'occasione, i giudici di Palazzo Spada hanno ribadito che «la partecipazione del Comune nella società cooperativa è invero strumento per la realizzazione di finalità pubbliche, seppure sotto forme privatistiche».

(56) Caratteristica delle legislazioni regionali in materia di cooperative di comunità è la delimitazione territoriale delle medesime, identificata in uno o più Comuni, o circoscrizioni comunali, o più parti di essi, affini per caratteristiche geografiche, culturali o economiche (cfr. art. 4, comma 1, l.r. Sicilia, 27 dicembre 2018, n. 25).

(57) COMMISSIONE EUROPEA, DIREZIONE GENERALE OCCUPAZIONE, AFFARI SOCIALI E INCLUSIONE (autori: C. BORZAGA, G. GALERA), *Social Enterprises and their eco-systems: developments in Europe*, 2016.

(58) Sulle problematiche interpretative relative alla qualificazione delle cooperative sociali quali imprese sociali di diritto, da ultimo, si veda Ministero dello sviluppo economico, circolare n. 3711/C, del 2 gennaio 2019. Sul punto, si veda l'esaustiva e puntuale ricostruzione dei profili di equiparazione ovvero di distinzione tra cooperative sociali e imprese sociali contenute in E. CUSA, *Le cooperative sociali come imprese sociali di diritto*, in *Consiglio nazionale del notariato*, 205, 2018. In argomento, si vedano anche D. BOGGIALI, A. RUOTOLO, *La nuova disciplina dell'impresa sociale*, in *Consiglio nazionale del notariato*, 91, 2018; e M. CAVANNA, *La cooperativa sociale dopo il d.lgs. 112/2017: attività esercitabili e modifiche statutarie*, in *Terzo settore, non profit e cooperative*, 1, 2019, pp. 40-53.

zione di «enti del Terzo settore» ai sensi e per gli effetti dell'art. 4, comma 1, d.lgs. 117/2017⁵⁹. Da ciò consegue che le cooperative sociali acquistano un'"anima" di imprese sociali, mantenendo il loro "corpo" di cooperative⁶⁰. Si tratta di una combinazione virtuosa sancita dall'art. 17, comma 1, d.lgs. 112/2017⁶¹, che novellando l'art. 1, l. 381/1991, ha aggiunto alle attività previste dal medesimo articolo, altre attività, tra le quali rientrano gli interventi in ambito socio-sanitario e della formazione professionale ed extrascolastica⁶². A ciò si aggiunga che per effetto dell'art. 2, comma 4, d.lgs. 112/2017, le cooperative sociali possono integrare le attività di inserimento lavorativo erogando altresì servizi a favore di lavoratori molto svantaggiati, di persone svantaggiate o con disabilità, di persone beneficiarie di protezione internazionale e persona senza fissa dimora⁶³. Le disposizioni contenute nella riforma del Terzo settore risultano invece cedevoli rispetto alla disciplina di cui alla l. 381/1991 in materia di la-

(59) Occorre precisare che le disposizioni di cui alla riforma del Terzo settore si applicano alle cooperative sociali qualora risultino non derogate e compatibili con la "disciplina particolare" di cui alla l. 381/1991. In questo senso, devono leggersi le esplicite esclusioni delle cooperative sociali dall'ambito di applicazione di puntuali disposizioni del Codice del Terzo settore (d.lgs. 117/2017). È questo il caso dell'esercizio delle attività di interesse generale di cui all'art. 5, comma 1, d.lgs. 117/2017. Per contro, quando il legislatore lo ha ritenuto opportuno ha provveduto a specificare le cooperative sociali tra i soggetti che possono beneficiare di talune agevolazioni fiscali (cfr. art. 82, comma 1 e art. 89, comma 11, d.lgs. 117/2017).

(60) Sul punto, si veda A. Fici, *Funzione e modelli di disciplina dell'impresa sociale in prospettiva comparata*, in *Jus Civile*, 9, 2015, p. 497.

(61) D.lgs. 3 luglio 2017, n. 112, recante «Revisione della disciplina in materia di impresa sociale, a norma dell'articolo 2, comma 2, lettera c) della legge 6 giugno 2016, n. 106».

(62) Sul punto, si veda: Ministero del lavoro e delle politiche sociali, direzione generale del terzo settore e della responsabilità sociale delle imprese, nota direttoriale del 22 febbraio 2018, punto 2.

(63) I soggetti in argomento impiegati nei servizi di inserimento alle dipendenze della cooperativa sociale non possono rappresentare una percentuale inferiore al 30% dei lavoratori. Il d.lgs. 112/2017, ai fini del computo di questa percentuale minima, stabilisce che i lavoratori molto svantaggiati non possono contare per più di 1/3. La percentuale fissata nella l. 381/1991 e quella fissata nel d.lgs. 112/2017 non sono coordinate tra loro, tanto che si ritiene di poter affermare che le due percentuali si sommano, atteso che i soggetti svantaggiati rilevanti ai fini di un computo non possano valere per l'altro. Si evidenzia, infine, che soltanto per i soggetti svantaggiati di cui alla l. 381/1991 è previsto l'obbligo di assumere la qualifica di socio della cooperativa sociale qualora il loro stato giuridico lo permetta. In tema, vedi G. MAROCCHI, *Riforma del Terzo settore: come favorire l'occupazione di lavoratori svantaggiati*, in *www.uelforum.it*, 21 novembre 2017.

voro⁶⁴ e per quanto attiene all'azione volontaria⁶⁵. In merito a quest'ultima, nelle cooperative sociali che acquisiscono la qualificazione giuridica di imprese sociali si continua ad applicare la disciplina prevista dalla l. 381/1991 rispettando le percentuali previste dalla stessa e non quella indicata nell'art. 13, comma 2, d.lgs. 112/2017⁶⁶. Parimenti, non si applicano le previsioni dedicate all'impresa sociale con riferimento all'obbligo di nomina dei sindaci (art. 10, d.lgs. 112/2017), avendo le cooperative sociali un'apposita disciplina.

Infine, giova ricordare che alle cooperative sociali è fatto obbligo di redigere il bilancio sociale (art. 9, comma 2, d.lgs. 112/2017), che deve essere depositato presso il Registro imprese e pubblicato sul sito Internet della cooperativa. Tuttavia, poiché la redazione del bilancio sociale deve avvenire in conformità ad apposite linee guida da adottarsi con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sentito il Consiglio nazionale del Terzo settore, ad oggi non ancora emanate, *medio tempore* le cooperative sociali hanno facoltà di adempiere all'obbligo in parola, eccezione fatta per specifiche previsioni normative deliberate a livello regionale⁶⁷.

(64) Cfr. art. 13, comma 1, d.lgs. 112/2017. È quanto ribadito nella nota congiunta già richiamata laddove si può leggere che, «attese le previsioni della l. 3 aprile 2001, n. 142 [...] nonché l'obbligo del rispetto del principio di parità di trattamento dei soci ai sensi dell'art. 2516 c.c., si ritiene che alle cooperative sociali non sia applicabile» l'articolo 13, comma 1, lett. *f*) della nota in oggetto. È nota la volontà del legislatore di prevenire e combattere fenomeni di *dumping* e i contratti-pirata anche nelle imprese sociali. Sul tema specifico del *dumping*, si veda E. BORGOGELLI, *Appalti pubblici e dumping salariale: un caso di subordinazione dell'autonomia collettiva?*, in *Lav. dir.*, 4, 2016, p. 985.

(65) L'art. 17, d. lgs. 112/2017 fornisce la definizione di volontario, inteso quale persona che, per sua libera scelta, senza alcuna costrizione ovvero tornaconto futuro, svolge attività in favore della comunità e del bene comune, anche per il tramite di un ente del Terzo settore, mettendo a disposizione il proprio tempo e le proprie capacità per promuovere risposte ai bisogni delle persone e delle comunità beneficiarie della sua azione, in modo personale, spontaneo e gratuito, senza fini di lucro, neanche indiretti, ed esclusivamente per fini di solidarietà.

(66) Secondo quanto confermato dalla nota congiunta sopra richiamata (lettera *g*)), pertanto, nelle cooperative sociali il numero di soci volontari non può risultare superiore al 50% del numero complessivo dei soci, mentre nelle cooperative sociali i volontari non possono superare il numero dei lavoratori.

(67) Si veda la nota congiunta del Ministero dello sviluppo economico e del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, 31 gennaio 2019, recante «Applicazione alle cooperative sociali della disciplina in materia di impresa sociale di cui al decreto legislativo 112/2017 e s.m.i. Richieste di parere da parte delle Associazioni di rappresentanza», lettera *c*), Bilancio sociale.

La breve disamina compiuta in ordine all'equiparazione delle cooperative sociali alle imprese sociali permette – tra l'altro – di rintracciare almeno tre vantaggi competitivi delle prime rispetto agli altri enti del Terzo settore che possono assumere la qualificazione giuridica di impresa sociale. Il primo vantaggio, di carattere formale, attiene all'assenza di obbligatorietà in capo alle cooperative sociali di adeguare i propri statuti alle previsioni di cui alla riforma del Terzo settore⁶⁸ e, pertanto, di essere in grado di svolgere fin da subito le (nuove) attività che il d.lgs. 112/2017 individua. Il secondo vantaggio, di natura organizzativa, è riscontrabile nel fatto che le cooperative sociali possono vantare una radicata esperienza operativa e gestionale che permette alle stesse di non modificare la propria *governance* interna e il proprio *modus operandi*. Il terzo vantaggio risiede nell'estensione delle attività che le cooperative sociali, siano esse di tipo a) ovvero di tipo b), ai sensi del d.lgs. 112/2017, sono in grado di realizzare. Le nuove attività unitamente a quelle già previste dalla l. 381/1991 possono invero rappresentare un efficace *mix* di interventi e di azioni potenzialmente capaci di realizzare innovazioni gestionali ed organizzative nello svolgimento delle attività di interesse generale.

5. La cooperazione sociale nella legislazione regionale dopo la riforma del Terzo settore

Mentre le leggi regionali in materia di cooperazione sociale sono state il risultato, da un lato, della delega contenuta nella l. 381/1991 e, dall'altro, dall'attribuzione della competenza primaria alle Regioni in materia di servizi socio-sanitari, la riforma del Terzo settore ha offerto un ulteriore spazio per l'autonoma azione legislativa delle Regioni. In questa prospettiva, i recenti provvedimenti approvati dalla Regione Vene-

(68) «È avviso delle Direzioni scriventi che, in ragione della previsione dell'articolo 1 comma 4 sopra richiamato, che attribuisce di diritto alle cooperative sociali e ai loro consorzi la qualifica di imprese sociali, con un evidente scopo "premiante" e agevolativo, non incomba su tali enti, in via generale, l'onere di dimostrare il possesso dei requisiti previsti per la generalità delle imprese sociali né, di conseguenza, quello di porre in essere modifiche degli statuti finalizzate ad adeguarli alle previsioni di cui al decreto in esame». Così la nota congiunta del Ministero del lavoro e del Ministero dello sviluppo economico n. 29103 del 31 gennaio 2019, p. 2.

to e dalla Regione Toscana⁶⁹ intervengono a potenziare ulteriormente il ruolo delle cooperative sociali, quali produttori di servizi di interesse generale.

Nello specifico, come già esaminato nel par. 3, le leggi regionali in parola intendono rafforzare l'azione delle cooperative sociali, in particolare di inserimento lavorativo⁷⁰, quali *partners* a cui le pubbliche amministrazioni possono riservare la partecipazione alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici o concessioni⁷¹ o di determinati lotti di appalti o riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti⁷². Fermo restando quanto previsto dall'art. 112 del Codice dei contratti pubblici, tutti gli enti pubblici (Regioni, ASL, Comuni, ex IPAB trasformate in Aziende pubbliche di servizi alla persona) possono riservare in favore delle cooperative sociali di inserimento lavorativo una quota non inferiore al 3% e non superiore all'8% del valore complessivo annuo degli affidamenti di importo inferiore alle soglie comunitarie⁷³ relativi ai servizi strumentali⁷⁴ ad alta intensità di manodopera previsti nel-

(69) Si tratta della L.r. Veneto, 4 ottobre 2018, n. 32, recante «Modifiche e integrazioni alla legge regionale 3 novembre 2006, n. 23 «Norme per la promozione e lo sviluppo della cooperazione sociale» e della L.r. Toscana 31 ottobre 2018, n. 58, recante «Norme per la cooperazione sociale in Toscana».

(70) La L.r. Veneto 32/2018 ha ampliato la platea di soggetti svantaggiati e persone fragili che possono trovare collocazione nei percorsi di inserimento lavorativo realizzati dalle cooperative sociali regionali. L'art. 2, comma 1, L.r. 32/2018 richiama l'art. 2, comma 1, numeri 4) e 99) del regolamento UE 65/2014 della Commissione del 17 giugno 2014, nonché l'art. 22, l. 8 novembre 2000, n. 328.

(71) Art. 8, L.r. Veneto 32/2018 che riproduce la disposizione contenuta nell'art. 20 della Direttiva 2014/24/UE in materia di appalti pubblici e quella inserita nell'art. 112, d.lgs. 50/2016.

(72) Sul punto, si segnala TAR Piemonte, sez. I, 3 marzo 2016, n. 306, che contiene diversi spunti di riflessione in ordine alla qualificazione dei servizi oggetto di riserva a favore delle cooperative sociali di tipo b) ovvero alla nozione di «laboratori protetti».

(73) Artt. 15 e 16, L.r. Toscana 58/2018.

(74) Sulla nozione di «servizi strumentali», che escluderebbero dalle convenzioni con le cooperative di tipo b), l'affidamento di servizi pubblici locali di rilevanza economica, si veda ANAC, delibera n. 32 del 20 gennaio 2016, recante «Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del Terzo settore e alle cooperative sociali»; TAR Emilia-Romagna, sez. II, 6 luglio 2015, n. 637; TAR Piemonte, sez. I, 3 marzo 2016, n. 306. In argomento, si veda A. DI RUZZA, B. BRANCATI, *Divergenze interpretative sugli affidamenti alle cooperative sociali*, in www.italiappalti.it, 5 gennaio 2018.

la programmazione annuale di riferimento⁷⁵. In quest'ottica, nell'ambito delle procedure previste dall'art. 36, d.lgs. 50/2016, le leggi regionali in parola affidano alle stazioni appaltanti la possibilità di selezionare gli operatori economici da invitare al confronto concorrenziale previsto dall'art. 5, l. 381/1991 attraverso indagini di mercato ovvero attraverso l'istituzione e la disciplina di appositi elenchi speciali aperti riservati alle cooperative sociali di tipo b)⁷⁶. Allo scopo di rafforzare il *favor legis* nei confronti delle finalità perseguite dalle cooperative sociali di tipo b), il legislatore regionale ha altresì previsto la possibilità per le stazioni appaltanti di ricorrere al principio di rotazione degli inviti⁷⁷, subordinandolo all'attuazione degli obiettivi di inserimento lavorativo dei soggetti appartenenti alle categorie svantaggiate⁷⁸, distinguendo, tuttavia, tra enti appartenenti alla Regione ed Enti locali, singoli o associati⁷⁹. Alle cooperative sociali, sia di tipo a) sia di tipo b), è riconosciuta la legittimazione a partecipare all'attività di programmazione prevista a li-

(75) Sull'importanza della fase di programmazione nelle p.a. nella procedura di affidamento dei servizi alle cooperative sociali e agli enti del Terzo settore, si veda ANAC, delibera n. 32 del 20 gennaio 2016, cit., in part. pp. 5-6.

(76) Così dispone l'art. 15, comma 3, l.r. 58/2018. Già l'art. 8, comma 3, lett. g), l. 328/2000, aveva previsto in capo alle Regioni la funzione di «istituire registri dei soggetti autorizzati all'esercizio delle attività» in ambito socio-assistenziale e socio-sanitario.

(77) Così recita l'art. 15, comma 4, l.r. 58/2018. Sul principio di rotazione, anche applicato alle cooperative sociali di tipo b), si vedano TAR Puglia, Lecce, sez. II, 15 dicembre 2016, n. 1906; TAR Friuli Venezia Giulia, Trieste, sez. I, n. 419/2016; Cons. Stato, sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854; TAR Veneto, sez. I, 28 maggio 2018, n. 583; TAR Sardegna, Cagliari, 22 maggio 2018, n. 492 e n. 493; TAR Friuli Venezia-Giulia, Trieste, 21 maggio 2018, n. 166; TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 9 febbraio 2018, n. 380; TAR Puglia, Lecce, sez. I, 2 ottobre 2018, n. 1412. Da ultimo, si veda Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2019, n. 2209.

(78) Al riguardo, l'art. 15, comma 5, l.r. n. 58/2018 prevede che «il progetto di inserimento lavorativo relativo ai soggetti svantaggiati è valutato, ai fini dell'attribuzione dei punteggi nell'offerta tecnica, secondo le modalità previste dalla normativa vigente e nel rispetto del principio di proporzionalità».

(79) Art. 16, l.r. Toscana, 58/2018. Mentre per i primi, il comma 1 prevede che, nell'ambito della programmazione degli acquisti di beni e servizi, essi possano riservare una percentuale annua non inferiore al 3% e non superiore all'8% del valore complessivo annuo degli affidamenti relativi ai servizi strumentali ad alta intensità di manodopera per l'inserimento negli atti di gara di idonea clausola sociale per la tutela dei soggetti svantaggiati, per i secondi il comma 2 non stabilisce alcuna soglia, né minima né massima.

vello regionale⁸⁰, al quale è affidato un ruolo di regia e di impulso nei confronti degli Enti locali, che ricomprende anche la definizione e approvazione di apposite linee guida che supportino gli Enti locali nei loro rapporti convenzionali con le cooperative sociali⁸¹. Questi ultimi, in specie per le cooperative di tipo a), coerentemente con quanto stabilito dall'art. 55, d.lgs. 117/2017, sono individuati nella co-programmazione⁸², co-progettazione e accreditamento⁸³. Le leggi regionali in esame confermano che tutti gli istituti partecipativi, convenzionali e di affidamento previsti dalla medesima debbono affermare una “reale concorrenza”, affinché sia data a tutte le cooperative sociali e agli altri enti del Terzo settore interessati un'effettiva possibilità di partecipazione⁸⁴. In particolare, l'istituto giuridico dell'accREDITAMENTO risulta “abbinato” alla procedura di co-progettazione⁸⁵, atteso che gli enti pubblici possono istituire regimi di accREDITAMENTO ai fini della coprogettazione nell'ambito dei propri ordinamenti⁸⁶. Il legislatore regionale intende addiveni-

(80) Art. 2, l.r. Toscana 58/2018.

(81) Art. 12, l.r. Toscana 58/2018. Il comma 4 del medesimo articolo individua i criteri su cui costruire i rapporti di *partnership* tra Enti locali e cooperative sociali, individuabili nella salvaguardia della qualità del servizio, nel rispetto degli utenti e nella qualità dei progetti di inserimento lavorativo dei soggetti svantaggiati; nell'adeguatezza delle modalità di esecuzione dei servizi rispetto alle caratteristiche socio economiche del territorio degli enti titolari dei servizi al fine di promuovere la coesione sociale delle comunità locali; nella possibile subordinazione del principio di economicità degli affidamenti dei contratti pubblici alle specifiche esigenze ambientali e sociali degli enti titolari dei servizi (sulla funzione delle clausole in parola, si veda Cons. Stato, sez. III, 11 marzo 2019, n. 1635); nella rendicontazione dell'impatto sulle comunità secondo lo schema della valutazione dell'impatto sociale così come descritta nella riforma del Terzo settore; nella promozione del confronto con esperti per l'inserimento lavorativo dei soggetti svantaggiati nell'elaborazione della documentazione di gara.

(82) La programmazione degli interventi permette, tra l'altro, di evitare il continuo ricorso alle proroghe contrattuali: sul punto, si veda ANAC, delibera n. 32 del 20 gennaio 2016, recante «Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del Terzo settore e alle cooperative sociali», cit., p. 18.

(83) Art. 13, l.r. Toscana 58/2018.

(84) Così l'art. 14, comma 2, l.r. Toscana 58/2018.

(85) In argomento, tra gli altri, si vedano M. BRUNOD, M. MOSCHETTI, E. PIZZARDI (a cura di), *La co-progettazione sociale. Esperienze, metodologie e riferimenti normativi*, Trento, Erickson, 2016; U. DE AMBROGIO, C. GUIDETTI, *La coprogettazione. La partnership tra pubblico e Terzo settore*, Roma, Carocci, 2016; L. GALLO, P. MORO (a cura di), *Gli appalti di servizi sociali*, cit., pp. 131-133.

(86) Così dispone l'art. 14, comma 6, l.r. Toscana 58/2018.

re ad una selezione che consenta di pre-qualificare i soggetti giuridici cooperativi e *non profit* che potranno poi essere invitati ad intervenire nella procedura di co-progettazione⁸⁷. Quest'ultima può essere di iniziativa sia pubblica sia privata⁸⁸; in quest'ultimo caso, essa deve essere preliminarmente valutata ai fini dell'eventuale dichiarazione di interesse pubblico ed è pubblicata anche al fine dell'eventuale comparazione fra proposte concorrenti⁸⁹.

Allo scopo di rendere maggiormente efficaci ed efficienti i rapporti di *partnership* tra Enti locali e cooperative sociali le normative regionali dispongono, da un lato, una puntuale azione di monitoraggio e di verifica periodica⁹⁰, finalizzata, tra l'altro, a prevenire il fenomeno della

(87) In questa prospettiva, deve leggersi il dispositivo contenuto nell'art. 14, comma 7, l.r. Toscana 58/2018, che, oltre a quanto già previsto dall'art. 55, comma 4, d.lgs. 117/2017, prevede che l'ente procedente debba indicare con chiarezza l'oggetto dell'accreditamento, i requisiti soggetti e oggettivi richiesti, le condizioni economiche per l'esecuzione del servizio o per lo svolgimento dell'attività, le modalità di disciplina e di funzionamento dell'elenco dei soggetti accreditati e gli elementi essenziali della convenzione per l'affidamento del servizio o dell'attività. Sulla difficoltà di valutazione di prestazioni che non sono standardizzabili *ex ante*, si veda M.C. GUERRA, *Modelli di accreditamento e configurazione dei mercati*, in *Prospettive sociali e sanitarie*, 16-17, 2010.

(88) Art. 14, comma 5, l.r. Toscana 58/2018.

(89) Per taluni aspetti, si tratta di una procedura che può essere ricondotta nella più ampia nozione di "dialogo competitivo" individuato nell'art. 64, d.lgs. 50/2016. Di particolare rilevanza è anche la previsione di cui all'art. 64, comma 11, lett. b) che prevede la possibilità di condurre ulteriori negoziazioni con l'operatore economico che risulta aver presentato l'offerta con il miglior rapporto qualità-prezzo, per confermare gli impegni finanziari o altri termini contenuti nell'offerta attraverso il completamento dei termini del contratto, senza dover necessariamente continuare la contrattazione con tutti i partecipanti ammessi. Chiaramente anche in questo caso sarà necessaria una previsione esplicita in tal senso nella documentazione di gara. Il dialogo competitivo, soprattutto come risultante dalla nuova formulazione, si conferma uno degli strumenti (insieme con la procedura negoziata ed il partenariato per l'innovazione che si analizzeranno in seguito) di maggior respiro nell'ambito della contrattazione pubblica, che può certamente contribuire a colmare quel *gap* informativo sussistente in talune ipotesi tra stazioni appaltanti e impresa privata, nell'ottica dell'ottenimento di un "equilibrio tra regola e discrezionalità". Sul punto, B. RAGANELLI, *Il dialogo competitivo dalla direttiva 2004/18/CE al codice dei contratti: verso una maggiore flessibilità dei rapporti tra pubblico e privato*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1, 2009, p. 127 ss.

(90) L'art. 9, comma 2, l.r. Toscana 58/2018, prevedendo l'iscrizione nell'albo regionale sia delle cooperative sociali di tipo a) sia di tipo b) che svolgono le attività di interesse generale di cui ai d.lgs. 112 e 117/2017, stabilisce che i Comuni capoluogo e la Città metropolitana di Firenze svolgano annualmente le verifiche sulla permanenza dei requisiti previsti dalla medesima legge per l'iscrizione.

falsa cooperazione sociale⁹¹ e, dall'altro, l'adozione di strumenti di autoregolamentazione orientati ad incrementare la capacità di rendicontazione e *accountability* delle cooperative sociali, quali il bilancio sociale e il codice etico⁹². Il bilancio sociale risponde all'esigenza di una più trasparente comunicazione della tipologia dei prodotti e dei servizi proposti e prestati dalle cooperative sociali, nonché ad una idonea valutazione delle *performances* dell'organizzazione cooperativa e dell'impatto sociale delle attività svolte⁹³. Gli Enti locali sono chiamati a monitorare l'adozione del bilancio sociale, laddove previsto e a richiedere una relazione sull'attività svolta che, per le cooperative di tipo b), deve altresì contenere i risultati ottenuti dalle persone svantaggiate inserite nel processo produttivo, l'elenco delle convenzioni in essere, nonché, infine, i nomi dei soci lavoratori o dipendenti⁹⁴. Il codice etico, invece, deve assolvere all'obbligo di rafforzare i valori della responsabilità sociale, la cultura dell'impresa sociale, il rispetto delle politiche aziendali in materia di etica dell'impresa e di correttezza comportamentale⁹⁵. Preme evidenziare che sia l'inserimento lavorativo di perso-

(91) Così dispone l'art. 1, comma 2, l.r. Veneto 32/2018.

(92) Art. 3, commi 1 e 4, comma 1, l.r. Veneto 32/2018.

(93) Si tratta di una disposizione che richiama chiaramente l'analoga previsione contenuta nell'art. 9, comma 2, d.lgs. 112/2017, che indirizza le scritture contabili, appunto, nella direzione, *inter alia*, di poter operare una valutazione dell'impatto sociale delle attività svolte. Sul tema, per tutti, si veda S. ZAMAGNI, P. VENTURI, S. RAGO, *Valutare l'impatto sociale. La questione della misurazione nelle imprese sociali*, in *Impresa Sociale*, 6, 2015, p. 77 ss.

(94) Così dispone l'art. 9, commi 1 e 2, l.r. Toscana 58/2018. Il successivo art. 10 stabilisce la cancellazione delle cooperative sociali dall'albo regionale, al verificarsi, tra gli altri, della riduzione del numero dei soggetti svantaggiati al di sotto del 30% e mancata reintegrazione di tale percentuale entro 12 mesi. La misura può essere interpretata quale esigenza di conservare integra la qualificazione di cooperativa sociale di inserimento lavorativo, affinché si possano evitare fenomeni distortivi della concorrenza.

(95) L'art. 4-ter della l.r. 23/2006, così come novellato dall'art. 4, comma 1, l.r. 32/2018, prevede che il codice etico o di comportamento sia adottato ai sensi del modello ex d.lgs. 231/2001, che disciplina la responsabilità amministrativa degli enti con e senza personalità giuridica. In argomento, sia permesso il rinvio a A. SANTUARI, *L'adozione del modello organizzativo idoneo ex d. lgs. n. 231/2001 e l'applicabilità delle norme in materia di anticorruzione nelle organizzazioni che erogano servizi alla persona. Efficienza, efficacia e accountability degli interventi e tutela dei cittadini-utenti*, in *giustamm.it*, 2015; ID., *Il "modello 231", le misure anticorruzione e gli obblighi di trasparenza nei servizi socio-sanitari. Considerazioni alla luce della riforma del terzo settore e delle recenti linee guida Anac sulle società partecipate e controllate*, in *Sanità*

ne svantaggiate sia l'adozione del bilancio sociale e del codice etico da parte delle cooperative sociali costituiscono elementi che permettono alle cooperative sociali di vedersi riconosciute percentuali maggiorate nel caso di affidamento di servizi alle cooperative sociali di tipo b)⁹⁶. Da ultimo, preme evidenziare che le leggi regionali in parola, in conformità e in linea di continuità con la previsione contenuta nell'art. 71, d.lgs. 117/2017, dispongono in merito all'utilizzo dei beni pubblici da parte delle cooperative sociali e loro consorzi che per finalità di utilità sociale possono anche presentare una proposta specifica, alla quale possono partecipare anche altri soggetti del Terzo settore, enti pubblici ed operatori privati⁹⁷.

6. Riflessioni conclusive

L'analisi compiuta ha evidenziato che il "modello" cooperativa sociale non solo risulta confermato e valorizzato nelle sue specifiche caratteristiche, ma risulta altresì funzionale sia per altre ed innovative formule giuridiche sia per espandere i "confini" dell'oggetto sociale delle cooperative sociali. In questa prospettiva si possono interpretare sia l'equiparazione *ex lege* delle cooperative sociali alle imprese sociali di cui al d.lgs. 112/2017 sia le diverse discipline regionali sulle cooperative di comunità. In entrambi i casi alle cooperative sociali è riconosciuto e affidato dall'ordinamento giuridico un ruolo primario nell'organizzazione e gestione dei servizi di interesse generale. A questo scopo, la regolazione pubblica, dunque, da

Pubblica e Privata, 3, 2018, pp. 18-37. Critico con un concetto di trasparenza quale esito di un mero obbligo di pubblicazione, G. GARDINI, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, in *federalismi.it*, 1, 2017, p. 7.

(96) L'art. 12, comma 1-bis, l.r. 23/2006, così come introdotto dalla l.r. Veneto 32/2018, dispone che «per l'affidamento di servizi alle cooperative sociali di cui all'articolo 2, comma 1, lett. b), viene riconosciuta una maggiorazione del punteggio nei seguenti casi: a) adozione del bilancio sociale di cui all'articolo 4 bis, fino a quando l'adozione del bilancio sociale è facoltativa ai sensi dell'articolo 4-bis, comma 3; b) adozione del codice etico di cui all'articolo 4-ter; c) percentuale maggiore del 30 per cento di persone svantaggiate di cui all'articolo 3, comma 1; d) presenza oltre alla percentuale del 30 per cento delle persone svantaggiate, di cui all'articolo 3, comma 1, anche di persone deboli di cui all'articolo 3, comma 2».

(97) Al riguardo, l'art. 17, comma 3, l.r. Toscana 58/2018 precisa, tuttavia, che il soggetto responsabile della proposta di utilizzo del bene pubblico deve essere una cooperativa sociale o un consorzio di cooperative sociali.

un lato, svolge una funzione di promozione e valorizzazione del contributo delle cooperative sociali e, dall'altro, contempla le misure idonee e coerenti affinché queste specifiche forme imprenditoriali risultino maggiormente *accountable* e, quindi, in grado di meglio realizzare la loro funzione sociale, in specie nell'ambito dei servizi socio-sanitari, che costituiscono una componente fondante del moderno sistema di *welfare*⁹⁸.

Come è noto, spetta alle istituzioni statali garantire i livelli essenziali delle prestazioni socio-sanitarie⁹⁹. Tuttavia, un'equa, universalistica e uniforme garanzia dei livelli in parola non può non coinvolgere l'azione delle Regioni, alle quali l'ordinamento attribuisce la competenza di organizzare il sistema dei servizi affinché quei livelli possano essere effettivamente esigibili¹⁰⁰. L'organizzazione dei servizi socio-sanitari in ambito regionale, in specie a seguito della riforma del Terzo settore, necessariamente si realizza attraverso il coinvolgimento delle cooperative sociali. Esse, tra l'altro, sono in grado di progettare e realizzare interventi a forte impronta comunitaria¹⁰¹ rispondendo alle attese della popolazione locale e alle richieste delle amministrazioni pubbliche intenzionate ad ampliare forme di intervento alternativo al ricovero in istituto.

(98) In tema si veda, R. BALDUZZI, *Sociosanitario, riconoscere i diritti ai più fragili è doveroso*, in *Avenire*, 23 novembre 2017, p. 11, nel quale l'A. richiama la sentenza della Corte costituzionale n. 169 del 2017. In quell'occasione, i giudici hanno ribadito che una volta che i livelli essenziali delle prestazioni «siano stati correttamente individuati, non è possibile limitarne concretamente l'erogazione attraverso indifferenziate riduzioni della spesa pubblica. In tale ipotesi verrebbero in essere situazioni prive di tutela in tutti i casi di mancata erogazione di prestazioni indefettibili in quanto l'effettività del diritto ad ottenerle "non può che derivare dalla certezza delle disponibilità finanziarie per il soddisfacimento del medesimo diritto" (sentenza n. 275 del 2016)».

(99) Art 117, comma 2, lett. m) Cost. In argomento, si rinvia a M. BELLETTI, *Livelli essenziali delle prestazioni e coordinamento della finanza pubblica*, in C. BOTTARI (a cura di), *I livelli essenziali delle prestazioni sociali e sanitarie*, Rimini, Maggioli, 2014, p. 18 e C. GOLINO, *Il principio del pareggio di bilancio. Evoluzione e prospettive*, Padova, Cedam, 2013, in part. p. 191 ss.

(100) Sul punto, si veda il Piano sociale e sanitario 2017-2019, approvato dall'Assemblea legislativa della Regione Emilia-Romagna in data 12 luglio 2017, n. 120, sulla base della proposta della Giunta regionale del 15 maggio 2017, n. 643.

(101) In ciò avvantaggiate dalla base sociale composita, portatrice di interessi multipli (*multi-stakeholder*) ed espressione dell'ambito territoriale, ben delimitato, in cui le cooperative sono radicate. Questo assetto, più complesso e difficile da coordinare, può però costituire un vantaggio competitivo per le cooperative sociali, in quanto permette loro di essere maggiormente presenti nel territorio e legittimate, e quindi produrre servizi che rispondono con più efficacia e tempestività ai bisogni.

Nel perseguimento delle loro finalità sociali e nello svolgimento delle attività di interesse generale, le cooperative sociali, alla stregua degli altri enti del Terzo settore, in ossequio al principio di sussidiarietà *ex art.* 118, u.c., Cost., partecipano non soltanto alla fase di erogazione dei servizi ma anche a quella della loro co-programmazione e co-progettazione¹⁰², contribuendo così, per la loro responsabilità, a garantire la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni sociali e socio-sanitarie.

Oltre al comparto dei servizi socio-sanitari, le recenti normative regionali hanno delineato nuovi spazi di azione per le cooperative sociali: per vero, nel contesto socio-economico e istituzionale attuale, i servizi pubblici locali possono costituire terreno fertile per sperimentare una reale *partnership* tra gli enti pubblici e la cooperazione sociale.

Occorre, tuttavia, che tale *partnership* sia presidiata da clausole e procedure che rafforzino e potenzino le capacità organizzative delle cooperative sociali, da un lato, e assicurino il rispetto dei principi comunitari e nazionali, dall'altro. In quest'ottica, le responsabilità attribuite alle cooperative sociali/imprese sociali permettono di inferire le ragioni per cui la regolazione pubblica imponga alle stesse di dotarsi di strumenti di controllo e monitoraggio delle attività svolte e dei servizi erogati. Detti strumenti devono essere in grado di delineare un sistema di procedure e responsabilità interne facilmente tracciabile, sia da parte della p.a. committente sia da parte degli utenti e degli *stakeholders* in generale¹⁰³.

In ultima analisi, si può ritenere che la l. 381/1991, le normative regionali e la riforma del Terzo settore rappresentino una regolazione pubblica favorevole e incentivante per le attività e lo sviluppo delle cooperative sociali, alle quali il sistema delle autonomie locali e gli enti del Servizio sanitario regionale possono rivolgersi anche in via preferenziale per l'organizzazione, progettazione, gestione ed erogazione dei servizi di interesse generale.

(102) In argomento, sia permesso il rinvio a A. SANTUARI, *Le organizzazioni non profit e le forme di partnership con gli enti pubblici nella riforma del terzo settore*, Bologna, Bononia University Press, 2018.

(103) Il coinvolgimento degli utenti, dei lavoratori e degli *stakeholders* in generale nel *management* societario ed aziendale è stato fatto assurgere ad elemento distintivo della qualificazione giuridica di impresa sociale (art. 11, d.lgs. 112/2017).

De Social Housing, diritto sociale all'abitazione o all'abitazione sociale?

Alvise Vittorio Alessandro Divari

Il privilegio di trovarsi dappertutto a casa propria
appartiene solo ai re, alle puttane e ai ladri.

*Ce privilège d'être partout chez soi
n'appartient qu'aux rois, aux filles et aux voleurs.*

HONORÉ DE BALZAC, *Splendeurs et misères des courtisanes*, 1855

La crisi finanziaria globale del 2007-2008 ha posto al centro della discussione il tema di diritto all'abitazione o all'abitazione sociale. I diritti sociali, tra i quali è ricompreso il diritto all'abitazione, sono complessi e di incerta collocazione tanto in ambito italiano che europeo. Lo scritto, nel riportare gli indirizzi e le fonti più significative, suggerisce un novero di proposte scaturite dall'analisi di alcuni aspetti critici della Costituzione materiale e delle prassi più diffuse in Italia.

1. Considerazioni introduttive

La discussione sul diritto all'abitazione è articolata e, risultando di incerto inquadramento, impone un certo margine di elasticità interpretativa: possono, difatti, apparire sterili schemi, istituti e categorie classiche cui la dottrina solitamente rimanda¹.

Il nuovo millennio si è distinto grazie all'adozione, da parte degli Stati europei, di politiche di *austerità* e di provvedimenti di revisione della spesa pubblica e rimodulazione dei bilanci (regola dell'equilibrio di bilancio e del *fiscal compact*), al fine di individuare una possibile composizione fra il dovere di soddisfare i diritti di prestazione sociale e la limitatezza delle risorse disponibili. Tali manovre hanno provocato l'e-

(1) A. Tosi, voce *Abitazione*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Torino, Treccani, 1991.

rosione sempre più incisiva dei diritti sociali² che, come noto ai più, da sempre comportano un costo diretto a carico dell'erario, sprovvisto di copertura se non in termini di finanziamento³.

In disparte la difficoltà economica, che ha influito sulla capacità decisoria dei Parlamenti nazionali di fatto espropriati dal governo dell'economia⁴, si è delineata di pari passo una crisi politica che ha concorso all'indebolimento di un modello condiviso di stato sociale⁵.

Per l'effetto, si è assistito alla concatenazione di due eventi: l'espansione giurisprudenziale e legislativa dei diritti e la loro conseguente inattuazione in parte dovuta alla «finitzza delle risorse economiche disponibili»⁶.

In altri termini, come rimarcato da attenta dottrina, i diritti sociali paiono ora stazionare stabilmente nell'area dei propositi, in attesa che un'a-

(2) P. BILANCIA, *La dimensione europea dei diritti sociali*, in *federalismi.it*, 4, 2018, p. 3. Dal momento che la bibliografia in argomento di diritti sociali è notevole e non è scopo del presente scritto una sua trattazione sistematica, è fruttuoso citare M. BENVENUTI, *I diritti sociali*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, agg., Torino, Utet, 2012, p. 219 ss. per la bibliografia ricca e dettagliata ivi riportata. È significativo annotare che l'A. analizza la difficoltà nello svolgere considerazioni generali di ordine tipologico e classificatorio in tema di diritti sociali. Vd. anche G. BERTI, *Nota Introduttiva*, in Aa.Vv., *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive*, Milano, Giuffrè, 1986; U. BRECCIA, *Il diritto all'abitazione*, Giuffrè, Milano 1980.

(3) C. MARCHESI, *I diritti sociali nell'epoca dell'austerità: prospettive comparate*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1, 2017. Per esempio i fondi per la gestione del contributo per l'affitto sono comunque condizionati ad un *budget* annuo e ad un numero complessivo di aventi diritto che si dividono le risorse disponibili. Come ha ad affermare S. COEN, *Visions of Social Control. Crime, punishment and classification*, Cambridge, Polity, 1985, p. 125: «la combinazione tra i tagli al *welfare* e una concezione illusoria della comunità ha prodotto un vuoto di interventi sociali costruttivi a favore di chi è malato, inadeguato e al di sotto dello standard, che si ritrova sballottato fra il *welfare* pubblico e il settore privato e collocato in comunità incapaci di accettarlo o di prendersene cura».

(4) G. GRASSO, *I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato Nazionale*, in *Rivista AIC*, 4, 2016, p. 24. L'A. riporta che «Se brutalmente nell'Unione europea non c'è abbastanza democrazia, come possono esserci diritti sociali? E, poiché nel diritto del Consiglio d'Europa, per altro verso, ci sono tanti diritti sociali, che restano però praticamente scritti sulla carta, che cosa si può e si deve fare?».

(5) I. CIOLLI, *Crisi economica e vincoli di bilancio*, in *Gruppo di Pisa*, settembre 2012, p. 5, https://www.gruppodipisa.it/images/rivista/pdf/Ines_Ciolfi_-_Crisi_economica_e_vincoli_di_bilancio.pdf.

(6) F. BIONDI DAL MONTE, *Lo stato sociale di fronte alle migrazioni. Diritti sociali, appartenenza e dignità della persona*, in *Gruppo di Pisa*, 2 settembre 2012, <https://www.gruppodipisa.it/8-rivista/258-francesca-biondi-dal-monte-lo-stato-sociale-di-fronte-alle-migrazioni-diritti-sociali-appartenenza-e-dignita-della-persona>.

zione politica trasformi gli obiettivi in traguardi e gli impegni in effettivi stanziamenti di risorse⁷.

Tale scenario, come noto, ha condotto all'inserimento nella nostra Carta costituzionale del principio europeo dell'equilibrio di bilancio statale⁸, regionale e locale (l. cost. n. 1 del 20 aprile 2012) per il quale il pareggio strutturale è dato dall'identità fra le spese effettive sostenute dallo Stato e le entrate potenziali che il medesimo potrebbe incassare (ove l'economia del Paese funzionasse a pieno regime, al netto delle variabili). Al cospetto del paradigma della scarsità delle risorse e della sua comprovata inefficacia anti-ciclica, non è viepiù ancora chiaro se il principio di equilibrio del bilancio *ex* l. cost. n. 1/2012 rappresenti in realtà un superprincipio costituzionale tiranno o suscettibile di bilanciamento⁹. Con l'adeguamento da parte degli Stati membri dell'Unione europea al principio suddetto, si è frattanto creata una evidente sproporzione tra i vari sistemi economici nazionali. In un panorama disomogeneo si registrano infatti Paesi europei che, nonostante il consolidamento fiscale, conservano uno spazio di manovra per poter investire risorse in risposta ai *needs* sociali; ed altri che, in condizioni economiche più stringenti e con un bilancio tosato e ritosato come le monete del medioevo, non hanno avuto valide alternative se non i tagli alla spesa sociale¹⁰ con l'azionamento di rigide e severe clausole di salvaguardia in caso di sfornamento degli obiettivi su *deficit* e su debito pubblico.

(7) E. FASSONE, *La Costituzione e i diritti sociali*, in *Vita e Pensiero*, 4, 2018, p. 120.

(8) O. CHessa, *La dogmatica costituzionale dei diritti sociali tra struttura e sovrastruttura*, in *Lavoro e diritto*, 2, 2018, p. 280, dove si ricorda che il pareggio di bilancio è sempre stato un cavallo di battaglia del pensiero ordo-liberale in Germania e di quella concorrente statunitense molto influente che prende il nome di *Public choice* e *Constitutional political economy* e che ha, o che aveva, in James Buchanan il suo massimo esponente. Ma è di diverso avviso pure l'influente letteratura economica che a cavallo tra gli anni Settanta e Ottanta contrapponeva le *rules* alla *discretion* nella conduzione delle politiche fiscali e monetarie.

(9) F. PALLANTE, *Il problema costituzionale dell'attuazione dei diritti sociali (con particolare riguardo al diritto all'abitazione)*, in *Questione Giustizia*, 27 luglio 2018, http://www.questionegiustizia.it/articolo/il-problema-costituzionale-dell-attuazione-dei-dir_27-07-2018.php.

(10) A. CIARINI, L. PENNACCHI, *Il futuro dei diritti sociali in Europa: investimenti, attori e nuove politiche per un (diverso) modello sociale europeo. Nota introduttiva*, in *Rivista delle Politiche Sociali*, 3, 2017, p. 9.

In questa cornice, il difficile momento economico attraversato dall'Europa (specie mediterranea e, *in primis*, di Italia, Grecia, Spagna e Portogallo) ha dunque indotto la dottrina a rilevare una vera e propria "condizionalità" dello Stato sociale e, con essa, del diritto sociale all'abitazione al punto che pare non indifferente chiedersi se la stabilità finanziaria sia una preconditione per la sicurezza sociale, la libertà e la dignità umana o se, di converso, quest'ultimi debbano fungere da controlimiti all'iniziativa economica privata¹¹.

In tale ambito, nel *parterre* della giurisprudenza costituzionale italiana ed europea, le Corti Supreme hanno chiarito a più riprese che il tema della crisi economica risulta circostanza tale da legittimare la rimodulazione delle spese e da consentire eventuali ridefinizioni delle competenze legislative¹².

Di conseguenza, in nome di una non ben definita *spending review*, in mercato unico europeo ad alta erosione della sopranazionalità, il *welfare* pare dunque divenire un bene di lusso e, per l'effetto, accessibile solo ai Paesi ricchi¹³.

2. Diritto all'abitazione sociale?

Nell'attuale contesto socio-economico, la pretesa ad un'abitazione sociale si palesa "di incerta collocazione", connotata da un carattere fortemente condizionato dalle scelte politiche e dalle disponibilità finanziarie.

(11) A. PRINCIPE, *La stabilità finanziaria presupposto per la sicurezza: un obiettivo ancora possibile?*, in *Contratto e Impresa*, 6, 2016. G. CATALDO, *Verso l'ossimoro di una tutela elusiva del diritto di abitazione? Riflessioni a margine di due pronunce della Corte Costituzionale in materia di edilizia residenziale pubblica*, in *Rivista AIC*, 3, 2017. L'A. spiega anche la differenza che corre tra il diritto all'abitazione intesa come interesse del singolo ad accedere a un'abitazione in seguito all'intervento pubblico ed il civilistico diritto di abitazione. Vd. anche G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012.

(12) CORTE COSTITUZIONALE - SERVIZIO STUDI, *Diritti sociali e vincoli di bilancio ricerca di dottrina*, a cura di Claudia Marchese, marzo 2015. Vd. anche G. DI COSIMO, *Oscillazioni della Corte Costituzionale di fronte alla crisi economica*, in M. MECCARELLI (a cura di), *Diversità e discorso giuridico*, Madrid, Carlos III University of Madrid, 2016, pp. 223-242; A. BARBERA, *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, in *Rivista AIC*, 2, 2015, p. 2.

(13) S. CAPONETTI, *Mercato economico e welfare state*, in *Il diritto dell'economia*, 2, 2018, p. 380.

La salvaguardia dell'economia di uno Stato, come già anticipato, è ovviamente garantita e finanziata dal gettito fiscale; qualora la suddetta economia non consenta di sostenere i costi di tale pretesa, la medesima, secondo il ben consolidato adagio, risulta essere tendenzialmente sacrificabile¹⁴. Ciò comporta per l'effetto, inevitabilmente, l'affievolimento delle misure adottate a sostegno dei nuclei più svantaggiati e meno abbienti¹⁵, poiché la discrezionalità dell'azione politica: «deve tener conto dei limiti oggettivi che il legislatore incontra nella sua opera di attuazione, in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui il mercato dispone al momento» (Corte cost., 16 ottobre 1990, n. 445).

Preliminarmente, il senso comune non può però dimenticare che il diritto all'abitazione, inteso come «traduzione concreta di quella libertà dal bisogno»¹⁶, sia una pre-condizione per la fruizione di altri diritti fondamentali dell'individuo, al pari del diritto alla salute o della libertà di espressione del pensiero; e sia, al contempo, una componente essenziale dei diritti fondamentali riconosciuti in capo ad ogni soggetto per poter partecipare pienamente nella società.

Per tali motivi, accostare i termini “diritto” ed “abitazione” (ossia ad un “bene primario”) pone mente «ad un'istanza da promuovere»¹⁷, ossia ad un diritto fonte di compiti che le Costituzioni contemporanee affidano ai pubblici poteri in attuazione del principio di eguaglianza.

Di questo avviso paiono essere dottrina e giurisprudenza maggioritaria, le quali riconoscono la riconducibilità dell'istanza promossa dal diritto all'abitazione sia ai diritti sociali (seppure «di grandi incertezze»¹⁸), che ai diritti fondamentali della persona che, in quanto tali, sono inaffievo-

(14) M. ALLENA, *Il social housing: posizioni giuridiche soggettive e forme di tutela tra ordinamento nazionale ed europeo*, in *Diritto pubblico*, 1, 2014.

(15) F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 7; S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *The Costs of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, New York-London, 1999, trad. it. *Il costo dei diritti*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 51.

(16) E. OLIVITO, *Il diritto costituzionale all'abitare*, Napoli, Jovene, 2017.

(17) U. BRECCIA, *Il diritto all'abitazione*, cit.

(18) F. BILANCIA, *Brevi riflessioni sul diritto all'abitazione*, in *questa Rivista*, 3-4, 2010, pp. 235-236, ora in *Aa.Vv., Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, p. 347 ss.

libili¹⁹; nonché, infine, all'indivisibilità dei diritti umani, che nel loro *ubi consistam* «spettano universalmente a “tutti” gli esseri umani»²⁰.

D'altro canto, nell'argomentare di “diritto alla casa”, (in una sua accezione “forte”), come insegna la dottrina maggioritaria ci si deve rifare alla categoria del “diritto ragione”, ovvero «all'insieme di valori, esigenze e garanzie, valevoli come argomenti per elaborare pretese in primo luogo nei confronti dei pubblici poteri»²¹.

Senonché, non potendo lo Stato esimersi dal considerare il contenuto minimo essenziale delle istanze sociali sottese al diritto all'abitazione, in considerazione del fatto che il principio di eguaglianza sostanziale riveste una posizione preminente all'interno della nostra Legge fondamentale, occorre pur sempre rammentare che «il rischio di esistere solo sulla carta è particolarmente forte»²² poiché «la Repubblica non sembra curarsi troppo del compito assegnatole dall'art. 3»²³.

In questo senso, estremamente compendiando la tematica in oggetto, vi è chi ha sottolineato che i diritti rimangono inviolabili di fronte ad un atto che li violi, ma laddove pretendano una erogazione di risorse, rimangono una variabile dipendente dalla disponibilità delle stesse²⁴.

Autorevole dottrina ha difatti opportunamente rimarcato che quando un diritto ha pretese di illimitatezza «cessa di esistere o non è mai stato un vero diritto», ove l'espressione “diritti sociali”, ora esplicitamente presen-

(19) *Ibidem*. Vd. anche L. GALLI, *Diritti fondamentali e giudice amministrativo: uno sguardo oltre confine*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2018, p. 979.

(20) L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali, un dibattito teorico*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 5.

(21) S. CIVITARESE MATTEUCCI, *L'evoluzione della politica della casa in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2010, p. 163.

(22) L. CARLASSARE, *L'effettività dei diritti sociali nella costituzione*, in *R.G.L.*, 4, 2017, p. 671 ss. Nella Relazione del Presidente della Commissione Meuccio Rioni al progetto di Costituzione (presentato all'Assemblea costituente il 6 febbraio 1947) si dice chiaramente che: «La democrazia non è soltanto politica, ma economica e sociale. La Costituzione italiana ha due note fondamentali: lo sviluppo della personalità e la partecipazione di tutti i lavoratori alla gestione della società. Dalla prima deriva la liberazione dell'uomo dalla miseria una delle quattro libertà di Roosevelt. Da tutte e due insieme l'esigenza di ordinamenti democratici anche nel campo dell'economia».

(23) L. CARLASSARE, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in *costituzionalismo.it*, 3, 2015.

(24) E. FASSONE, *La Costituzione e i diritti sociali*, cit., p. 122.

te negli artt. 117, co. 2, lett. *m*) e 120, co. 2 Cost. è ricca di fascino ma formalmente tautologica, che rischia di rimanere vuota²⁵.

Pare, infatti, che in tale ambito il nucleo essenziale dei diritti sociali, in ragione della loro natura «intrinsecamente sfuggente, e dunque fragile, di tale concetto»²⁶, non sia in grado di orientare la discrezionalità del legislatore nel bilanciamento tra limitatezza delle risorse e gli stessi diritti sociali²⁷.

In questo senso, è doveroso annotare come non manchi in dottrina chi abbia considerato il contenuto del diritto all'abitazione «in senso debole», ovvero sia come un diritto strumentale rispetto ad altre situazioni soggettive di bisogno riconosciute²⁸.

In effetti, benché il diritto all'abitazione sia spesso accostato ai diritti fondamentali, vi è una nutrita schiera di giuristi che dubita dell'esistenza di una categoria terza di diritti sociali, «detti, non del tutto propriamente sociali» (diversi per struttura e funzione rispetto ai cc.dd. diritti civili e politici). Si tratta, infatti, di una modalità nuova, effettiva e sostanzialmente egualitaria di considerare le garanzie costituzionali, che va ad applicarsi alle stesse libertà civili²⁹, ovvero di «espedienti messi in atto

(25) A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Rivista AIC*, 4, 2011. L'A. segnala che infatti, come l'idea di uno Stato «non sociale» non avrebbe senso, così anche l'idea di diritti – individuali o collettivi che siano – che non abbiano un'inevitabile e diretta incidenza «sociale», e dunque che non siano.

(26) V. CASAMASSIMA, E. VIVALDI, *Ius existentiae e politiche di contrasto della povertà*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2018, pp. 125-126.

(27) O. CHessa, *La dogmatica costituzionale dei diritti sociali tra struttura e sovrastruttura*, cit., p. 279. Lo Stato, in proporzione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone, è chiamato ad individuare strumenti, tempi e modi di attuazione nel ragionevole bilanciamento con altri interessi costituzionali (vd. Corte cost. sentt. nn. 175 del 1982, 212 del 1983, 1011 del 1988, 455 del 1990).

(28) F. MODUGNO, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 58 ss. e P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 424 ss.

(29) La letteratura sulle posizioni di garanzia costituzionale, detti diritti fondamentali, e «detti, non del tutto propriamente, sociali», tratta infatti dei diritti (e doveri) legati alla sovrapposizione della logica egualitaria sui meccanismi delle libertà, per renderle effettive vd. in A. OCCHINO, *I diritti sociali nell'interpretazione costituzionale*, in *Riv. dir. sicurezza sociale*, 1, 2017, essendo l'effettività applicata alle libertà costituzionali (civili e politiche) il punto di svolta degli ordinamenti liberali da quelli democratici, impostati sul diverso criterio della eguaglianza sostanziale (e non solo formale), come indica la formula della *aequa libertas*.

nel secolo scorso per rimediare a gravi storture sociali in ordinamenti che già riconoscevano a tutti gli individui alcune libertà fondamentali³⁰. Dunque, in via di approssimazione, l'impiego del termine "diritto" a margine del lemma "abitazione" può generare perplessità dal momento che, perlomeno in ambito interno, non risultando direttamente azionabile un diritto soggettivo assoluto, vi è chi ne individua il nucleo in un diritto soggettivo relativo, ovvero in un interesse legittimo; talora in una pretesa giuridicamente rilevante, od «addirittura un mero bisogno pur se assai significativo nel contesto dello Stato sociale»³¹.

In disparte ad una lettura "forte" del diritto all'abitazione³², gli esegeti impiegano dunque con disinvoltura i termini di "diritto all'abitazione", "diritto alla casa" ed "interesse all'abitazione".

D'altro canto, sul crinale costituzionale, diversamente da altri Stati europei, la nostra Carta fondamentale non reca alcuna norma specifica sul diritto all'abitazione³³, neppure in tema di ripartizione di competenze fra Stato e Regione³⁴; specificamente, siffatto diritto non è garantito in sé ma in quanto strumentale alla soddisfazione di altri bisogni primari delle persone. Ciò si desume indirettamente dalla Costituzione nel suo complesso e, più segnatamente, da alcune disposizioni costituzionali connesse alla attuazione del principio di uguaglianza sostanziale (art. 3, co. 2, Cost.), alla dignità della persona (art. 2 Cost.), all'esercizio dei diritti di libertà, tra cui la libertà di domicilio, *sub specie* di luogo idoneo a garantire indebite interferenze (art. 14 Cost.), il diritto a formare il proprio nucleo familiare (artt. 29-31 Cost.), il diritto alla salute (art. 32 Cost.), nonché, per la maggioranza, il diritto richiamato all'art. 47, co.

(30) E. DICIOTTI, *Stato di diritto e diritti sociali*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 4, 2004, pp. 49-79.

(31) P. VIPIANA, *La tutela del diritto di abitazione a livello regionale*, in *federalismi.it*, 10, 2014.

(32) G. MARCHETTI, *La tutela del diritto all'abitazione tra Europa, Stato e Regioni e nella prospettiva del Pilastro europeo dei diritti sociali*, in *federalismi.it*, 4, 2018, p. 185.

(33) Dove diritto all'abitazione (ossia il diritto soggettivo di una persona ad abitare in una casa), lo si ricorda nuovamente, da tenuto distinto dal diritto di abitazione nonché dal diritto sull'abitazione e designano i diritti reali sull'immobile.

(34) G. CATALDO, *Verso l'ossimoro di una tutela elusiva del diritto di abitazione?*, cit., p. 12, ove l'A. afferma che «Potrebbe essere individuato un ulteriore silenzio, in Costituzione, in tema di diritto all'abitazione. Anche nel novero della ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni».

2, Cost.³⁵, ove si favorisce l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione³⁶.

È altresì opportuno evidenziare come i pilastri del diritto all'abitazione rientrino nel concetto di socialità cui si informa lo Stato democratico plasmato dalla Costituzione³⁷ (Corte cost. sent. n. 217/1988³⁸, Corte

(35) Questa disposizione, in base anche a quanto emerge dai lavori della Costituente, intende favorire l'investimento del risparmio popolare verso destinazioni che possono soddisfare un certo tipo di bisogni o di interessi dei piccoli risparmiatori. I risparmiatori, e non la generalità dei cittadini, sarebbero i veri destinatari e beneficiari del precetto costituzionale, come se chi non risparmia, nulla avrebbe da pretendere in relazione all'art. 47 Cost., e, viceversa, chi vuole e può, risparmiare dovrebbe essere aiutato a procurarsi la proprietà dell'abitazione, utilizzando i propri risparmi. Poiché la norma non fa riferimento alla proprietà di immobili e, neppure, di case, bensì alla proprietà dell'abitazione (dunque, non a una cosa, bensì alla funzione della cosa), può intendersi che il *favor* costituzionale non si indirizzi alla proprietà della casa in sé, ma alla casa in quanto essa sia destinata all'abitazione del proprietario.

(36) P. VIPIANA, *La tutela del diritto di abitazione a livello regionale*, cit. L'A. riporta che la Cost. Portogallo (1974) art. 65, comma 1, attribuisce a tutti il «diritto ad una abitazione di dimensione adeguata, in condizioni di igiene e comodità e che preservi l'intimità personale e la riservatezza familiare» e comma 2, che demanda allo Stato, anche in collaborazione con gli enti locali, una serie di compiti per «assicurare il diritto all'abitazione»; Cost. Spagna (1978) art. 47 il quale prevede che «tutti gli spagnoli hanno diritto a un'abitazione decorosa e adeguata» e che «i poteri pubblici si adopereranno per creare le condizioni necessarie e fisseranno le relative norme per rendere effettivo questo diritto»; Cost. Svezia (1974) art. 2, comma 2 in base a cui il potere pubblico deve «tutelare il diritto... alla casa». Invece le Costituzioni di altri Stati non sanciscono il diritto all'abitazione, ma si riferiscono in modo più generico al soddisfacimento del bisogno dell'abitazione: vd. Cost. Paesi Bassi (2002) art. 22, comma 2 che menziona il compito delle autorità di «fornire una sufficiente sistemazione abitativa»; nonché Cost. Grecia (1975) art. 21, comma 4, il quale stabilisce «L'acquisto di un alloggio da parte di coloro che ne sono privi, o che sono alloggiati in modo precario, forma l'oggetto di una cura particolare da parte dello Stato». In altri Stati il diritto all'abitazione non è previsto in sede costituzionale, ma è disciplinato a livello legislativo: ad es. in Francia la legge n. 90-449 del 31 maggio 1990 ha sancito il «*droit au logement*» e la legge n. 2007-290 del 5 marzo 2007 detta «*loi Dalo*» sancisce il «*droit au logement opposable*» prevedendo due tipi di ricorsi per farlo valere.

(37) S. SCAGLIARINI, *Diritti sociali nuovi e diritti sociali in fieri nella giurisprudenza costituzionale*, Gruppo di Pisa, https://www.gruppodipisa.it/images/rivista/pdf/Simone_Scagliarini_Diritti_sociali_nuovi_e_diritti_sociali_in_fieri_nella_giurisprudenza_costituzionale.pdf.

(38) Cons. in dir. §4.2. Creare le condizioni minime di uno Stato sociale, concorrere a garantire al maggior numero di cittadini possibile un fondamentale diritto sociale, quale quello dell'abitazione, contribuire a che la vita di ogni persona rifletta ogni giorno e sotto ogni aspetto l'immagine universale della dignità umana, sono compiti cui lo stato non può abdicare in nessun caso. In questa sentenza vi è il primo nesso con l'art. 47, comma 2, Cost. e si precisa che la soddisfazione di tale interesse non può adeguatamente realizzarsi senza un concorrente impegno del complesso dei poteri pubblici (Stato, Regioni o Province autonome, Enti locali) facenti parte della Repubblica. Lo Stato ha il dovere di impedire che delle persone possano rimanere prive di abitazione, garantendo tale fondamentale diritto sociale al maggior numero di cittadini pos-

cost. sent. n. 49/1987³⁹, Corte cost. sent. n. 404/1988⁴⁰, Corte cost. sent. n. 252/1989⁴¹) e che si ricollega, più in generale, al «fondamentale diritto umano all'abitazione» rinvenibile sia nell'art. 25 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (New York, 10 dicembre 1948) che nell'art. 11 del Patto internazionale dei diritti economici, sociali e culturali (approvato il 16 dicembre 1966 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite e ratificato dall'Italia il 15 settembre 1978, in seguito ad autorizzazione disposta con l. n. 881 del 25 ottobre 1977).

Senonché, oltre ai principi compendati nel celebre arresto della Suprema Corte n. 252/1983⁴², non si può sottacere come i Giudici della Legge non abbiano mai riconosciuto un suo nucleo essenziale del diritto all'abitazione (a differenza delle prestazioni sanitarie per le quali viene riconosciuto da Corte cost. sent. n. 309/1999), e ciò non ostante abbia-

sibile, di modo che la vita di ogni persona rifletta ogni giorno e sotto ogni aspetto l'immagine universale della dignità umana.

(39) È indubbiamente doveroso da parte della collettività intera impedire che delle persone possano rimanere prive di abitazione. In tale sentenza si nota il collegamento fra le regole fondamentali della convivenza civile e il dovere dell'intera collettività di «impedire che delle persone possano rimanere prive di abitazione».

(40) Un dovere collettivo di impedire che delle persone possano rimanere prive di abitazione, dovere che connota la forma costituzionale di stato sociale, e dall'altro riconosce un diritto sociale all'abitazione collocabile tra i diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 della Costituzione. La Corte giungeva significativamente a riconoscere l'esistenza di un diritto sociale all'abitazione collocabile fra i diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 Cost. – ne consegue che la formula per individuare i successibili viene interpretata dai giudici costituzionali come tese a tutelare non la famiglia nucleare, né quella parentale, ma la convivenza di un aggregato esteso fino a comprendervi estranei. Per E. BARGELLI, R. BIANCHI, *La Locazione abitativa a vent'anni dalla riforma del 1998*, in *Polis*, 1, 2018, p. 20, è solo con questa pronuncia che viene proclamato il diritto all'abitazione come diritto fondamentale protetto dalla Costituzione.

(41) Come ogni altro diritto sociale, anche quello dell'abitazione, è un diritto che tende ad essere realizzato, in proporzione alle risorse della collettività; solo il legislatore, misurando le effettive disponibilità e gli interessi con essere gradualmente soddisfatti, può razionalmente provvedere a rapportare mezzi a fini, e costruire puntuali fattispecie giustiziabili espressive di tali diritti fondamentali. Qui diviene chiaro che è un diritto di prestazione condizionato. Con conseguenze sulla giustiziabilità del diritto sociale all'abitazione e considerazione dei limiti di bilancio.

(42) La Consulta ha accolto la tesi che la configurazione in concreto di un diritto all'abitazione sia condizionabile dalla quantità di risorse finanziarie disponibili in un dato momento storico, precisando che come ogni altro diritto sociale, anche quello dell'abitazione è diritto che tende ad essere realizzato in proporzione delle risorse della collettività, non a caso, il diritto alla casa è stato definito come un diritto di grandi incertezze in F. MODUGNO, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1955, p. 58.

no precisato come l'abitazione costituisca, per la sua fondamentale importanza nella vita dell'individuo, un bene primario il quale deve essere adeguatamente e concretamente tutelato dalla legge, financo riconoscendo «indubbiamente doveroso da parte della collettività intera impedire che delle persone possano rimanere prive di abitazione» (Corte cost. sent. n. 559/1989)⁴³.

3. *Diritto all'abitazione: diritto forte o debole?*

Alla luce di quanto esposto il diritto all'abitazione, così come viene concepito dal legislatore e dalla dottrina, pare dunque plasmato in bene durevole di consumo e non già in bene strumentale di investimento, un sintagma che non riguarda soltanto la consistenza patrimoniale del bene⁴⁴, essendo una «espressione ellittica per indicare un complesso di bisogni che la casa è destinata a soddisfare»⁴⁵. In tal senso, come si è già chiarito, per larga parte della dottrina il diritto all'abitazione costituirebbe un diritto c.d. sociale di prestazione⁴⁶, seppure finanziariamente condizionato⁴⁷ e, talvolta, «scritto sotto dettatura di organizzazioni finanziarie internazionali»⁴⁸.

Correlativamente, infatti, l'attento giurista impiega oggi il lemma “diritto di abitazione” per rimarcare come «a dover essere garantito non è un di-

(43) F. BIONDI DAL MONTE, *I livelli essenziali delle prestazioni e il diritto all'abitazione degli stranieri*, in *Diritto Costituzionale e diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale*, Atti del convegno svoltosi a Lecce il 19-20 giugno 2009, Torino, Giappichelli, 2009.

(44) V. CUFFARO, *Circolazione del bene casa*, in A. BUCCELLI (a cura di), *L'esigenza abitativa. Forme di fruizione e tutele giuridiche*. Atti del convegno in onore di Gianni Galli, Firenze, 19-20 ottobre 2012, Padova, CEDAM, 2012, p. 257.

(45) U. BRECCIA, *Il diritto all'abitazione*, cit., p. 32.

(46) Sul tema è appropriato annotare come siano in molti a dubitare dell'esistenza della categoria dei “diritti sociali”. Sul tema vd. A. OCCHINO, *I diritti sociali nell'interpretazione costituzionale*, cit.; A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo “modello sociale europeo”: più sobrio, solidale e sostenibile)*, cit.

(47) U. BRECCIA, *Il diritto all'abitazione*, cit.; F. LOSURDO, *Lo Stato sociale condizionato*, Torino, Giappichelli, 2016; F. MODUGNO, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 69.

(48) C. DEODATO, *Brevi riflessioni sul fondamento e sul declino dello stato di diritto*, in *federalismi.it*, 5, 2018. Ma vd. al riguardo anche S. CAPONETTI, *Mercato economico e welfare state*, in *Il diritto dell'economia*, 2, 2018, pp. 371-402, ove si segnala che l'erosione della sovranità degli Stati può aver comportato l'obliterazione del *welfare State*.

ritto sull'abitazione, ossia un diritto di proprietà della casa, bensì un diritto il cui bene materiale rileva solo per la funzione cui è chiamato ad assolvere» (cioè non ad una cosa ma alla funzione della cosa⁴⁹), dunque un processo abitativo costellato «da un *continuum* di esperienze che contribuiscono all'inclusione o all'esclusione sociale»⁵⁰.

A tal proposito, è opportuno rimarcare come l'abitazione costituisca uno dei bisogni sociali di maggior rilevanza, un prerequisito che rappresenta, a ben vedere, uno dei pilastri salienti per la qualità della vita di quelle persone nei confronti delle quali sono stati avviati percorsi d'inserimento, emancipazione o reinserimento nella società civile.

Non solo.

Si è sinora detto che il legislatore ed i giuristi non appaiono rivolgersi ad un diritto alla casa intesa come tetto e/o rifugio bensì, in un'accezione "forte", ad un più ampio e significativo diritto all'abitazione che si espande in funzione di una *summa* di esigenze e di necessità dell'individuo, anche in senso biogenico⁵¹, che la casa è solo in parte destinata a soddisfare.

(49) E. OLIVITO, *Il diritto costituzionale all'abitare*, cit., pp. 104-106. L'A. ha altresì cura di sottolineare a p. 21 che «L'espressione racchiude un insieme variegato di bisogni (personali, familiari, sociali e culturali), che il bene casa è chiamato strumentalmente a soddisfare, non essendo possibile ridurre l'abitare alla casa. Il cambiamento lessicale denota la presa di coscienza della necessità di un approccio caleidoscopico al disagio abitativo, che sappia tenere insieme i molteplici profili dell'urbanistica, delle politiche fondiarie e delle marginalità socio-economiche». Nello stesso senso vd. D. SORACE, *A proposito di "proprietà dell'abitazione", "diritto di abitazione", e "proprietà civilistica"*, in *Riv. trim. dir. proc. civile*, 1977, p. 1179. Vd. anche G. CASTALDO, *Verso l'ossimoro di una tutela elusiva del diritto di abitazione? Riflessioni a margine di due pronunce della Corte Costituzionale in materia di edilizia residenziale pubblica*, in *Rivista AIC*, 3, 2017, ove l'A. mette in luce che l'utilizzo del dativo nel costruito diritto all'abitazione si spiega nel senso di indicare la pretesa (o quantomeno l'interesse) del singolo ad accedere a un'abitazione in seguito a un intervento pubblico da parte delle istituzioni. Sul tema anche I. CIOLLI, *I diritti sociali al tempo della crisi economica, in costituzionalismo.it*, 3, 2012.

(50) A. BONI, M. CORDINI, *Edilizia Residenziale Pubblica e morosità. L'espansione della vulnerabilità tra gli inquilini di alloggi sociali in Lombardia*, in *Polis*, 1, 2018. M. BRICCOLI, E. GNAN, B. MARANI, *Quartieri immobili. Carriere abitative e gestione dell'edilizia residenziale pubblica: riflessioni a partire da una caso di studio*, in *Polis*, 1, 2018, ove a p. 106 si rinvia la seguente definizione di abitare rimandando: «a quell'insieme articolato di beni, pratiche e servizi entro il quale si dispiega la vita quotidiana e assume la rilevanza delle ragioni materiali, sociali e simboliche che fanno della casa un elemento costitutivo nella produzione e riproduzione dell'identità di abitanti e luoghi della città».

(51) E. OLIVITO, *Il diritto costituzionale all'abitare*, cit.

Ciò, nel concreto, può tradursi in una istanza rivolta alla pubblica amministrazione o privati o terzo settore affinché tutti, senza esclusione alcuna («allargando oltre le frontiere della cittadinanza politica il godimento dei diritti»⁵²), siano messi nelle condizioni di vivere, attraverso l'abitazione, in pari dignità sociale, piena ed effettiva libertà dai bisogni, ricavandosi il proprio angolo di mondo dove più aggrada, assecondando alle proprie diverse inclinazioni, modi, usi e condizioni e convenzioni sociali, possibilmente rimuovendo gli ostacoli di ordine economico e sociale che si frappongono al raggiungimento di tale obiettivo.

Vi è però ad eccepire che, come già ricordato, la consistenza stessa della categoria dei diritti sociali, tra i quali viene annoverato anche il diritto all'abitazione risulta, a detta di una nutrita schiera di giuristi, «per certi aspetti del tutto evanescente o comunque assai scolorita»⁵³, sovente dipinta «nel libro dei sogni»⁵⁴.

Nella nebbia dei principi indeterminati la disputa potrebbe apparire teologica⁵⁵.

A tal proposito è da annotare che, come si è già riportato, la nostra Corte costituzionale, pur delineandone alcuni tratti imprescindibili, non sia mai spinta a sancire un nucleo essenziale del cosiddetto diritto all'abitazione⁵⁶ che, peraltro, non è *per tabulas* menzionato nella Carta costituzionale.

Ed in effetti, come chiarito da illustre dottrina «non è semplice delimita-

(52) G. GRASSO, *I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato nazionale*, in *Rivista AIC*, 4, 2016, p. 17.

(53) *Ivi*, p. 2.

(54) E. FASSONE, *La Costituzione e i diritti sociali*, cit., p. 124.

(55) L. LUZZATI, *Luigi Luzzati discorsi parlamentari, Sulla proposta di legge in materia di case popolari*, Volume II, Camera dei deputati Archivio Storico, p. 496, https://archivio.camera.it/resources/pu01/allegati/Luzzatti_2.pdf.

(56) In effetti, non esiste una fonte di determinazione dei limiti espressivi dei livelli essenziali, essendo allo scopo inutilizzabile la disciplina dell'equo canone, ormai abrogata dalla l. n. 431/1998 (Corte cost., ord. 9.12.2002, n. 526). E ancora, in tema di finanziamenti statali direttamente ai Comuni, la Corte esclude che l'«interesse nazionale» possa rappresentare tutto un limite alla legislazione regionale e possa fondare quella determinazione dei livelli minimi, che deve costituire invece una garanzia a tutela dei diritti civili e sociali delle persone (C. Cost. 16.1.2004, n. 16).

re un ambito accettabilmente preciso in cui rinvenire il “diritto alla casa” negli enunciati costituzionali⁵⁷.

In disparte al riconoscimento di un diritto pieno o claudicante all'abitazione, nella babele semantica dei linguaggi europei, allorquando si discuta di abitazione, non è poi così chiaro a quale entità ci si riferisca⁵⁸.

(57) S. CIVITARESE MATTEUCCI, *L'evoluzione della politica della casa in Italia*, cit., p. 165.

(58) A questo proposito è apprezzabile una distinzione anche sul piano etimologico laddove, nel linguaggio corrente la locuzione *house* indica l'edificio fisico destinato all'abitazione mentre la parola *home* indica un luogo, sia fisico che emotivo (anche della memoria), ove la persona trova abitazione o rifugio (in breve, come dicono gli inglesi «*a home can be a house, but not every house is a home*», come cantava Dionne Warwick «*a house is not a home*» nel 1964). La locuzione italiana “casa” deriva dal latino *casa* che indica la capanna od un luogo coperto (dalla radice sanscrita *skā* che significa “coprire”, o “riparo offerto da rocce o piante”) mentre l'inglese *home* viene dall'inglese antico *ham* che a sua volta deriva dal protogermanico *hamatz* dalla radice *thei* che significa “stabilirsi”, “abitare”, “essere e/o sentirsi a casa” che non trova copertura/traduzione in alcuna parola dell'Europa continentale. Va comunque sottolineato che l'equivalente del significato odierno di casa in latino è *domus* che viene utilizzato anche per designare le seconde case e si rinviene anche nelle lingue slave come ad es. nel croato *dom*, nel ceco *domaci*, nello slovacco *domàce*, nello sloveno *domov*, nel polacco *dom* con lo stesso significato di casa mentre *insula* veniva impiegato in epoca imperiale per designare i quartieri residenziali popolari. Il termine casa in Caes. B.G. 5.43.1 (G. CESARE, *De Bello Gallico*, libro 5°, par. 43) viene impiegato per indicare per le case dei Galli che non erano costruite con la pietra ma di legno col tetto di paglia. L'italiano “capanna”, secondo O. PIANIGIANI, *Vocabolario Etimologico della Lingua Italiana*, Roma, 1907, deriverebbe dal latino tardo Capanna (m) (cfr. Isid. Etym. 15, 12, 2, *tugurium casula est [...] hunc rustici capanna vocant*), la cui radice non sarebbe riscontrabile né in *capio*, né in *cappa*, né in *cavea*, bensì risulterebbe essere un prestito dal celtico *cabān*, diminutivo di *cab*, presente nell'inglese *cab* col significato di “vetture”, il cui significato è accostabile al locativo greco *oikos/oikei*, mentre il francese *maison*, invece, deriva dal latino *mansio*, luogo di sosta, a sua volta connesso con il verbo *manere*; mentre, il termine abitazione, deriva da verbo latino iterativo *habere*, in italiano avere, con l'aggiunto senso di durata dell'azione nel tempo, cioè con il riconoscimento di durata dell'azione nel tempo. Vd. C. CANNAOS, *Le popolazioni della città contemporanea, turisti, abitanti ed abitanza*, in ADI SASSARI, *Ricerca in vetrina. Originalità e impatto sul territorio regionale della ricerca scientifica di dottorandi e dottori di ricerca*, Milano, Franco Angeli, 2014, p. 105. Per un'accezione del termine “abitare” nel senso di “prendersi cura di”, dal quale deriva “abitare un territorio”, “abitare una casa” od anche “prendersi cura di un territorio, prendersi cura di una casa”, vd. la conferenza del 1951 tenuta dal filosofo M. HEIDDEGER dal titolo *Costruire, Abitare, Pensare*, anche in V. CESARONE, *Per una fenomenologia dell'abitare*, Marietti, 2008 e G. SENATORE, *Heidegger e l'abitare poetico per mortem ad vitam*, Nordestedt, 2017, p. 11, ove si segnala che il termine tedesco “*bauen*”, costruire, nell'antico tedesco si diceva *buon*; *buon* significava abitare. H. LEBEVRE, *Le droit à la ville*, Paris, Anthropos, 1968; F. LUCARELLI, *Diritto all'abitazione e preesistenza urbana*, Napoli, Cooperativa Editrice Economia e Commercio, 1976, pp. 13-14; D. SORACE, *A proposito di “proprietà dell'abitazione”, “diritto di abitazione”, e “proprietà (civilistica)”*, cit., p. 1184 ss.; E. OLIVITO, *Il diritto costituzionale all'abitare*, cit.; G. BERTI, *Il diritto all'abitazione*, in *Jus*, 1986, p. 71; G. BERTI, *Nota Introduttiva*, cit.

Come del pari non è evidente a che classe di interventi si guardi quando si argomenta *in thema* di *social housing* dal momento che, scontando una c.d. “*lack of definition*”⁵⁹, l’istituto viene associato ad un “*umbrella term*”. Quest’ultimo concetto è impiegato per racchiudere ogni forma di intervento dello Stato, di privati od enti *non profit*, o di tutti e tre, «all’incrocio tra intervento pubblico e spontaneismo sociale»⁶⁰, quale potenziale rimedio per combattere la disuguaglianza abitativa e mirato ad aiutare una vasta platea di individui bisognosi, fornendo abitazioni dignitose (e/o decenti) a prezzi accessibili (“*affordable*”)⁶¹.

Unica circostanza sufficientemente chiara è che, proprio perché i diritti sociali sono fondamentali e non si negano a nessuno, occorra soddisfare il più possibile le istanze di “tutti, nessuno escluso”, atteso che il diritto all’abitazione viene ricondotto ai diritti fondamentali dell’uomo che, proprio per l’appartenenza al genere umano, competono inalienabili ad ogni persona alla stessa stregua della libertà individuale.

Per l’effetto, estremamente compendiando, il diritto all’abitazione appare debole nella sua affermazione ed incerto nella sua collocazione tra i diritti fondamentali e sociali dell’ordinamento.

3. *Costituzione materiale: alcune osservazioni*

Per far fronte al bisogno di abitazione, tra le proposte «occasionalmente e in modo sensazionalistico riaffiora anche la discussione intorno all’opportunità ovvero alla necessità di provvedimenti di esproprio e di requisizione del patrimonio privato sfitto»⁶².

È però il caso di ragionare al di fuori delle partigianerie poiché «l’in-

(59) A. GRANATH HANSSON, B. LUNDGREN, *Defining Social Housing: A Discussion on the Suitable Criteria*, in *Housing, Theory and Society*, 2, 2018, pp. 149-166. Per gli AA. il *social housing* è «a term with no agreed-upon meaning. The lack of a definition often leads to misunderstandings, rather than constructive dialogue on the advantages and disadvantages of such a system».

(60) G. PACIULLO, *Il diritto all’abitazione nella prospettiva dell’housing sociale*, Napoli, Esi, 2008.

(61) J. KEMENY, *From Public Housing to the Social Market*, London-New York, Routledge, 1995, p. 33.

(62) E. OLIVITO, *Il diritto costituzionale all’abitare*, cit., p. 302.

violabilità dei diritti sociali ha allora bisogno di traduzioni realistiche, sostenibili»⁶³.

A sommessimo avviso di chi scrive, occorre, più realisticamente, trovare delle soluzioni ragionevoli ed a costi sostenibili.

Difatti, argomentando in tema di i diritti sociali condizionati o imperfetti che presuppongono l'esercizio della discrezionalità legislativa, ciò che rileva è solo il *quando* e il *quomodo*⁶⁴.

Se, come sembra, occorre dunque selezionare o orientare le risorse (diversamente dagli abitanti dell'Isola di Pasqua⁶⁵), è allora necessario sondare alcuni criteri e formule convincenti ed accettabili poiché «Se il popolo italiano saprà limitare oggi alcuni suoi desideri li potrà appagare fra breve in più larga misura; se persiste a tutto ottenere nella stessa ora perderà ogni cosa»⁶⁶.

Una prima proposta potrebbe, proprio in un'ottica selettiva degli interventi, prendere spunto dal requisito di dignità morale dell'aspirante alla abitazione sociale.

(63) A. D'ALOIA, *I diritti sociali nell'attuale momento costituzionale*, in *Gruppo di Pisa*, settembre 2012, https://www.gruppodipisa.it/images/rivista/pdf/Antonio_d_Aloia. Per l'A. «una gestione del debito economicamente irresponsabile ed un debito pubblico eccessivo rischiano di determinare una rottura di quegli stessi principi di solidarietà sociale che apparentemente puntano a realizzare, peraltro addossando alle generazioni future oneri economici che possono rendere difficilmente sostenibile il mantenimento di un adeguato livello di politica distributiva».

(64) S. GAMBINO, *I diritti sociali e l'Unione europea*, in *La cittadinanza europea*, 1-2, 2008, dove cita C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro italiano*, 1970.

(65) G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, 162, 1968, pp. 1243-1248. La classe dei «problemi senza soluzione tecnica» comprende alcuni casi. La tesi dell'A. è che il «problema della popolazione», come lo si intende di solito, è uno di quei casi. Quel «come lo si intende di solito» richiede un commento. È corretto dire che la maggior parte di coloro che si angosciano per il problema della popolazione cercano di trovare un modo per evitare i mali della sovrappopolazione senza rinunciare ad alcuno dei privilegi dei quali godono. Essi credono che coltivare i mari o sviluppare nuove varietà di frumento risolverà il problema per mezzo della tecnologia. Cercherò qui di dimostrare che la soluzione della quale vanno in cerca non può essere trovata. Il problema della popolazione non può essere risolto ricorrendo alla tecnica, non più di quanto col ricorso alla tecnica si possa vincere una partita a tris».

(66) L. LUZZATI, *La Finanza Italiana alla Camera e al Senato*, in *Nuova Antologia*, 1889, p. 348, https://storia.camera.it/bpr/faccette/:%7cautore:Luzzatti%20Luigi%7callegati_presenti:%20Si%7ctipo:articolo.

Fuor di metafora: i quartieri popolari delle grandi città paiono ancora in parte fatiscanti e paiono scontare, abusando della retorica igienista di inizio Novecento, un picco di segregazione sociale al punto da invocare il ritorno dell'ottocentesco "piccone demolitore".

Episodi di cronaca dei giorni nostri narrano che germi della *phylloxera vastatrix* si sarebbero registrati nel famigerato Quadrilatero di Milano⁶⁷, dove gli inquilini convivono ammassati in alloggi insalubri, alla stessa stregua del popolo dell'abisso di Jack London⁶⁸ dei sobborghi operai delle città industriali ottocentesche, tra fenomeni delinquenza, spaccio, prepotenza, degrado fisico e morale⁶⁹.

In questo solco, purtroppo, l'ora è tale che occupazioni abusive, sporcizia, lordure, abusivismo, vandalismo, sbandati, "*delinquenti in quiescenza*"⁷⁰ e fenomeni di pauperismo si registrano nelle suburra da Trieste⁷¹ a Marsala⁷².

In tale contesto, sono circa 40.000 gli alloggi occupati abusivamente perché in precedenza non utilizzati dalla proprietà pubblica (occupazione abusiva), mentre altri 8.000 sono occupati da inquilini legittimamente insediatisi ma ai quali l'assegnazione è stata poi revocata (es. perdita dei requisiti, c.d. occupazione abusiva); circa 45.000 alloggi sono vuoti, inutilizzati, per i tempi di gestione, perché inabitabili o perché

(67) Si fa riferimento alle ex case ALER poste tra Via Civitali, via Tracia, via Preneste e piazza Selinunte.

(68) E. OLIVITO, *Il diritto costituzionale all'abitare*, cit., pp. 106-107.

(69) F. POLETTI, *Nel Quadrilatero di Milano tra spaccio e degrado*, in *La Stampa*, 19 novembre 2016.

(70) La definizione la si deve al Prof. E. VIVANTI che, durante una lezione all'Università popolare nel 1906 individuava tre classi di persone colpite dal problema della casa rispetto alle quali si doveva intervenire in maniera differente. Una di queste tre classi era la classe dei deboli, dei vinti, che non lavoravano o facevano mestieri indefinibili, mendicanti, malati, impotenti, viziosi, e, per l'appunto dei "delinquenti in quiescenza". E. VIVANTI, *Il problema delle abitazioni*, Mestre, Longo, 1906, pp. 23-24. V. anche sul punto L. PES, *La Commissione case sane alle origini dell'Istituto autonomo case popolari di Venezia (1893-1913)*, Ateneo Veneto, 1993, 1994, p. 144.

(71) L. BORSANI, *Case Ater fra cancelli sospetti e degrado*, in *Il Piccolo*, 12 giugno 2018.

(72) G. MAGGIO, *Case popolari a Marsala. Tra abusivi e ritardi ecco qual è la situazione*, in *TP24.it* inchieste, 29 luglio 2015.

comunque necessitanti di ristrutturazione, adeguamenti, manutenzioni e che costituiscono alloggi a rischio occupazione⁷³.

Ma è dunque accettabile una differenziazione tra individui, frutto del merito o del demerito riscontrato nel loro processo/percorso vitale di autodeterminazione?⁷⁴

In tale ambito il «Regolamento per la costruzione di case sane ed economiche» di Venezia del 1896, in merito ai controlli sui requisiti morali soggettivi, sanciva che «Ogni inquilino deve presentare lo stato di famiglia, l'attestato di subita vaccinazione e la fedina criminale di tutti i membri della famiglia, nonché la prova di aver ottemperato alla legge sull'istruzione obbligatoria per l'istruzione dei figli»⁷⁵.

Ad oltre un secolo di distanza, non è chi non veda come non vi sia cenno di tali requisiti di «integrità» in tutta la legislazione nazionale e regionale; pur di non scontentare una sparuta e battagliera minoranza, siffatto requisito di «*mundo corde*» si è dapprima scolorito per poi, di fatto dissolversi, in nome del pur onorevole comando della rieducazione del condannato di cui all'art. 27, comma 2, Cost.⁷⁶

Sarà pur semplicistico, ma l'interesse pubblico dovrebbe piuttosto garantire che, in esito ad un procedimento pubblico selettivo, gli immobili vengano attribuiti tendenzialmente, in astratto anche vita natural durante, a chi abbia maggior punteggio poiché in possesso di requisiti, oggettivi e soggettivi, più stringenti.

Così, nei fatti, non sempre è poiché il requisito morale appare parzialmente fotografato solo in fase di attribuzione dei punteggi ma non nell'instaurazione e vicissitudini del rapporto tra assegnatario ed ente.

(73) T. POGGIO, D. BOREIKO, *L'affitto sociale in Italia: criticità e prospettive*, in *Polis*, 1, 2018, p. 66.

(74) M. RUOTOLO, *I diritti fondamentali, a settant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione*, in *Dir. soc.*, 1, 2018, p. 36.

(75) E. MAGRINI, *Le abitazioni popolari (case operate)*, Milano, Hoepli, 1905.

(76) Per l'appunto, giusto a mo' di esempio, il concetto normativo di residenza, impiegato da ogni legislazione regionale sia come requisito per l'accesso che ai fini dell'attribuzione dei punteggi è tale da includere, nel computo degli anni, pure la residenza carceraria od in comunità rifugio od in case-famiglia con la conseguenza che, in astratto, chi più protrae la permanenza in tali luoghi più scala la graduatoria pubblica per gli alloggi di edilizia residenziale.

Se da un lato il recente art. 12 della l. 11 gennaio 2018, n. 4 (in G.U. 1.2.2018, n. 26) prevede la decadenza dall'assegnazione dell'alloggio di edilizia residenziale pubblica per gli autori di delitti di violenza domestica, dall'altro vi è chi l'immobile di ERP lo abita, è pregiudicato, ha patteggiato 5 anni per rapina a mano armata, corrisponde un affitto mensile a 12 euro⁷⁷ e conserva il diritto pieno ed incondizionato all'ampliamento del suo nucleo familiare ed all'accoglienza temporanea e/o permanente di uno o più ospiti nonché alla coabitazione.

Non che si voglia per ogni condanna per reati gravi un *roofless* ma sul punto, si badi, è a dir poco inaccettabile che gli enti vengano chiamati in sussidiarietà al carcere nella esecuzione delle misure alternative presso alloggi di ERP.

Una volta individuati degli assegnatari "moralmente più accettabili", una seconda osservazione, di non minore importanza, può riguardare l'attribuzione (tecnicamente c.d. "assegnazione") degli immobili.

In tema di case "pronte" in via di assegnazione, si può osservare come un potenziale assegnatario su tre preferisca, in genere, rifiutare l'offerta accampando i più disparati motivi: difficoltà motorie, casa senza *garage* o terrazzino, elevate spese condominiali (soprattutto per gli edifici di nuova generazione), mancanza di balconi, mancanza o presenza di ascensori, zona troppo lontana dal centro e/o dalla propria famiglia, angustia dell'immobile, complessità del riscaldamento, eccessivi costi di esercizio dell'immobile, area malfamata, viscerale ed annosa antipatia di vicinato⁷⁸.

A prescindere dalla ragionevolezza dei motivi surriferiti, non è da sot tacere che l'approccio con il quale gli enti costruiscano ed abbinino gli

(77) M. GIACON, *Io e la casa popolare? Vorrei poter lavorare ma nessuno mi aiuta*, in *Il Gazzettino*, 13 ottobre 2015, p. 13. M. GIACON, *Dal mitra alla casa Ater a 12 euro*, in *Il Gazzettino*, 12 ottobre 2015, p. 12.

(78) G. DESTEFANIS, *Case popolari i conti non tornano, Genova il 40% rifiuta l'alloggio*, in *La Repubblica.it* Genova, 24 gennaio 2014; E. NERI, *Case popolari: rifiutano 70 famiglie, via Seruci peggio del Bronx di Sant'Elia*, *Castedduonline.it*, 16 ottobre 2017; Redazione, *Ma gli alloggi non trovano assegnatari*, *La Repubblica.it*, 11 settembre 2008; Redazione, *Bologna: 45 alloggi popolari vuoti: non piacciono agli inquilini*, *Tgcom24*, 15 gennaio 2015; G.M. COLICELLI, *Edilizia popolare, case pronte ma uno su tre rifiuta l'alloggio*, in *Corriere del Veneto-Vicenza*, 23 settembre 2016, p. 10.

alloggi, ingenerando un “collo di bottiglia”, espone il fianco a diverse obiezioni.

Anzitutto: gli *standard* ed i parametri edilizi (tre i quali il BIM - *Building Information Modeling*) non risultano ancora customizzati nonostante, per uno dei più famosi architetti del Novecento austriaco, l’abitazione debba costituire una delle cinque pelli dell’uomo (*epidermis, clothes, houses, identity, earth*)⁷⁹.

In questo senso, sulla scorta del principio per il quale quando un organismo si corrompe pure la pelle muore, nessun dermatologo potrà mai prescindere dal rapporto organico sussistente tra le funzioni vitali del corpo e quelle della pelle.

Ci si potrebbe domandare, viepiù in un’ottica di risparmio della spesa pubblica, perché gli enti non possano esimersi dal progettare riscaldamento centralizzati assecondando alle istanze di chi preferisca le più economiche stufe elettriche? Perché gli enti non possano progettare od assegnare case sprovviste di *garages* a chi preferisca la bicicletta? Perché non possano assegnare case senza *parquet* a chi aneli al mero massetto cementizio? Perché, in un’ottica maggiormente *targeted*, non possano formare graduatorie personalizzate in base ai propri più intimi e liberi orientamenti sessuali e familiari ovvero, in ipotesi, anche *gender oriented*? E così via.

Eppure, nonostante quanto sopra, va rimarcato come gli enti pubblici di ERP (che, va detto *per tabulas*, anche a seguito della l. n. 865/1971 non hanno come *mission* istituzionale la filantropia, la beneficenza o la carità e non sono enti *non profit* o *limited profit*⁸⁰), costruiscano e restaurino, viepiù con *standard* edilizi elevati (riscaldamenti centralizzati a pompe di calore con sofisticate schede di termoregolazione del calore, serramenti pregiati, pompe di autoclave condominiale, ora anche con il rispetto del BIM), affrontando ingenti esborsi “a babbo morto”, in piena coscienza che non rientreranno mai del costo iniziale sostenuto poiché

(79) F. HUNDERTWASSER, *Discorso nudo*, 1968.

(80) M. TRAPE, *Natura giuridica degli I.A.C.P. e prospettive di riforma*, in *Edilizia Residenziale Pubblica*, Bologna, SAIE, 1986, p. 173. Per un’analisi della individuazione del concetto di beneficenza pubblica A. BARETTONI ARLERI, voce *Beneficenza e assistenza*, Noviss. Dig. It., App., I, Torino, 1980, p. 717 ss.

né il conduttore né, tantomeno, lo Stato, al netto dei costi *standard* di esercizio, rimborserà alcunché.

Per l'effetto, anche in carenza di dati economici di analisi del settore⁸¹, gli enti sono da sempre gravati da consistenti, quanto strutturali, disavanzi di bilancio attribuibili al lieve e molto spesso irrisorio gettito dei canoni che, oltre a non coprire le spese di gestione, rende impossibile la conservazione del patrimonio caratterizzato da consistenti fenomeni di degrado, senza la possibilità di risanare il *deficit* finanziario con i ricavi da alienazione (vd. da ultimo Corte cost. n. 273/2016, Corte cost. n. 121/2010⁸²).

Una terza osservazione, dopo che al conduttore moralmente accettabile sia assegnata una abitazione più in linea con i *desiderata* del suo nucleo familiare, può riguardare l'impianto procedimentale dell'esecuzione sfratti.

Astrazione fatta per il sindacato sulla morosità (colpevole od incolpevole), nonostante la recente circolare del Ministero dell'interno n. 11001/123/111 del 01 settembre 2018 indichi che «il diritto di proprietà receda limitatamente ed esclusivamente a fronte di quelle situazioni che possono pregiudicare l'esercizio da parte degli occupanti degli impellenti e irrinunciabili bisogni primari per la loro esistenza, collegati a una particolare condizione di vulnerabilità», la prassi mostra come la sequenza procedimentale dello sfratto sia accidentata poiché un rinvio dell'esecuzione forzata non può negarsi sulla scorta di molteplici motivazioni⁸³; una volta che il proprietario sia reimmesso nel possesso dell'immobile il calvario non ha fine giacché l'esecutato dovrà contestualmente asportare i propri effetti e la mobilia ovvero in un momen-

(81) S. FISSI, E. GORI, *Politiche e performance del social housing*, Rimini, Maggioli, 2013.

(82) G. CATALDO, *Vincoli di destinazione sulle alienazioni degli immobili popolari: il rischio di una clausola "troppo aperta" in materia di coordinamento finanziario*, in *Giur. Cost.*, 6, 2017, pp. 3069-3074.

(83) Se vi è un intervento legislativo o giudiziario di sospensione, a chi conviva in casa con cani, agli amanti dei gatti, ove vi sia la presenza di disabili e minori, se manca il fabbro od il muratore, se consti la malattia dell'inquilino o qualora lo stesso si opponga fisicamente. A. MURA, *In casa 82 cani lo sfratto ancora rinviato*, in *La Nuova Ferrara*, 28 giugno 2017, M. ARTICO, *Sfratto rinviato di un mese, Aiutiamo Paolo e Adriana con i loro animali*, in *La Nuova Venezia*, 27 gennaio 2016.

to successivo oppure, diversamente, il proprietario dovrà provvedere a proprie spese cosicché, sebbene formalmente in possesso dell'immobile (talvolta "malconcio"), non potrà ancora liberamente goderne, divenendo ostaggio dei *desiderata* dell'ex conduttore esecutato.

Infine, anche ove l'ente abbia riconseguito il pieno godimento dell'alloggio, i problemi non mancano poiché c'è da rimetterlo in pristino e, il più delle volte, gli enti non dispongono di risorse sufficienti allo scopo.

Ove lo sfratto sia eseguito si manifesta un ulteriore paradosso: al nucleo familiare dell'ex conduttore non sarà preclusa la domanda di assegnazione di ERP dal momento che, nelle more, il suo nucleo familiare, proprio in virtù dello sfratto eseguito, ha maturato un punteggio consistente per accedere agli alloggi di riserva per la c.d. "emergenza abitativa".

Eppure, sin da tempi non sospetti, le Corti, nazionali ed internazionali, hanno sottolineato come il rifiuto di assistenza della forza pubblica all'esecuzione determinato da valutazioni sull'opportunità dell'esecuzione medesima costituisce un comportamento illecito «lesivo del diritto alla prestazione e come tale generatore di responsabilità da parte della pubblica amministrazione» (Cass. Sez. Un., sent. n. 299 del 01/08/1962), poiché il suo compito è «realizzare il fine ultimo della funzione sovrana della giurisdizione» (Cass., sez. 3, sent. n. 3873 del 26/02/2004) e dunque «non può essere consentito alla p.a. decidere di differire l'esecuzione» (Corte cost., sent. n. 321 del 24/07/1998).

4. Conclusioni

Un'ultima proposta, forse più sistematica, potrebbe riguardare un ripensamento delle tradizionali categorie, anche istituzionali che, proprio in ragione del fallimento della struttura dell'*housing* sociale nel suo complesso, hanno rivelato la loro insufficienza.

Lo snellimento del *welfare* e la penuria di risorse hanno indotto all'istituzione di alcune nuove categorie più in grado di coniugare l'esigenza di rispetto del vincolo di bilancio da parte degli Stati con quella di garantire la fruizione di determinati beni (anche una volta trasferiti nella sfera di proprietà del privato).

In tale versante la categoria dei beni comuni, da sempre esistente negli

ordinamenti giuridici della storia dell'uomo⁸⁴, è stata rivalutata proprio prendendo spunto dall'arretramento dello Stato in economia⁸⁵.

Orbene si è frattanto sostenuto che senza l'assicurazione dei beni primari (quali: acqua, cibo, aria, conoscenza) non può esservi alcun effettivo riconoscimento di diritti fondamentali ed umani, destinati, diversamente, a restare un «catalogo di buone intenzioni, piuttosto che di conquiste effettive»⁸⁶.

In numerosi Paesi, non solamente europei, il tema dei beni comuni è frattanto al centro di un intenso dibattito che coinvolge gli studiosi di diverse materie. Ciò pare rispondere alla necessità, accentuatasi durante la recente crisi economica, di aggiornare alcune categorie consolidate, anche in virtù della rivalutazione della funzione sociale ed ambientale dei beni comuni e, dunque, nel caso del diritto all'abitazione sociale, tendente a collocare il legame tra l'individuo ed il suo ambiente abitativo nel contesto di un "*common heritage of mankind*".

Per questo una delle strade abitualmente percorse per la valorizzazione dei beni comuni va nel senso della ricerca di un *tertium genus* tra la proprietà pubblica e la proprietà privata, rese obsolete dall'antico schema della proprietà fondiaria non più adeguato alle nuove esigenze⁸⁷, al di là del mito del cittadino modello munito di appezzamento di terreno alla Thomas Jefferson⁸⁸, e della valorizzazione di altri modelli che si

(84) P. MADDALENA, *I beni comuni nel diritto romano: qualche valida idea per gli studiosi odierni*, in *federalismi.it*, 14, 2012. Per una applicazione pratica degli istituti e della disciplina delle *res communis omnium* si potrebbe guardare alla regolazione del diritto aeronautico e spaziale riportata in E. BACK IMPALLOMINI, *Spazio cosmico e corpi celesti nell'ordinamento internazionale*, Padova, Cedam, 1983 e L. GAROFALO, *I beni di interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana*, Napoli, Jovene, 2016.

(85) B. SIRGIOVANNI, *Dal diritto sui beni comuni al diritto ai beni comuni*, in *Rassegna di diritto civile*, 1, 2017, pp. 229-246.

(86) A. ZELLA, *Dalla proprietà alla non proprietà dei beni comuni: l'evoluzione della funzione sociale*, Annali 2016, Anno IV, Dipartimento Jonico in sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: Società, Ambiente, Culture.

(87) F. MANGANARO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà*, Relazione tenuta al secondo incontro italo-francese di Diritto amministrativo, Parigi, 12 ottobre 2007 (rivista ed aggiornata al marzo 2008).

(88) N. BOSCO, *Forme dell'abitare tra miti, discorsi e politiche*, in *Meridiana. Rivista di Storia e Scienze Sociali*, 2009, p. 15.

configurano come tentativi «di ridefinire la proprietà e di superare i modelli proprietari attualmente egemonici (la proprietà individualista pubblica e privata) a favore di nuove «figure proprietarie che hanno nella titolarità collettiva (comune, o diffusa) la propria cifra caratterizzante»⁸⁹. Riassumendo, dunque, appare necessario un nuovo paradigma di moralità/dignità per gli assegnatari di *social housing*, una nuova *governance*, maggiore sensibilità nell'abbinamento tra esigenze dell'assegnatario nella costruzione e scelta dell'immobile, una riforma della fase esecutiva degli sfratti e, soprattutto, nuove categorie ed istituti che vadano oltre l'istituto proprietario, ossia oltre la proprietà dell'abitazione di cui all'art. 47 Cost.⁹⁰, possibilmente accompagnati da una nuova forma di partecipazione democratica al fine di rendere più effettivi quei diritti sociali all'abitazione o diritti all'abitazione sociale che, troppo spesso, hanno dato vita «a pascoli ricchi soltanto di parole»⁹¹.

(89) M. BOMBARDELLI, *La cura dei beni comuni come via di uscita dalla crisi*, in ID. (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016. Vd. anche V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Beni pubblici tra uso pubblico e interesse finanziario*, in *Dir. amm.*, 2, 2007, p. 1, che include anche i beni destinati all'edilizia residenziale pubblica nel novero dei beni patrimoniali indisponibili in situazione, ormai, di «immanenza condizionante di interessi finanziari».

(90) A. BUCCELLI, *Accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione tra politiche della casa e tutele privatistiche*, in *Giustizia civile*, 4, 2017, pp. 971-998.

(91) G. AMATO, *Il governo dell'industria in Italia*, Bologna, il Mulino, 1972, p. 31.

Sviluppo e aspetti critici nel sistema della decretazione attuativa dello Statuto di autonomia della Regione Trentino-Alto Adige/Südtirol

Gabriele Giovannetti

Sommario: 1. Introduzione. Da fonte temporanea a strumento permanente di contrattazione e regolazione dei rapporti tra Stato e Regione speciale – 2. L'irrinunciabilità e la rilevanza delle norme di attuazione nella definizione dell'autonomismo regionale – 3. Periodizzazione delle norme di attuazione in Trentino-Alto Adige – 4. La decretazione attuativa nella Regione Trentino-Alto Adige/Südtirol. Ruolo delle paritetiche – 5. Rilevanza delle vicende politiche sullo sviluppo dell'istituto "norme di attuazione" – 6. Riflessioni conclusive e prospettive

1. Introduzione. Da fonte temporanea a strumento di contrattazione e regolazione dei rapporti tra Stato e Regione speciale

Difficile pensare che quando, nel 1948, i costituenti approvarono i primi quattro Statuti speciali¹ delle Regioni ad autonomia differenziata avessero potuto immaginare quale rilevanza l'elaborazione giurisprudenziale avrebbe successivamente riservato alle norme di attuazione poste a chiusura dei testi statutari tra le disposizioni transitorie². Inserite probabilmente in una prima fase con la funzione di attivazione delle specialità regionali, queste hanno assunto negli anni, grazie al contributo del-

(1) Lo Statuto speciale del Friuli Venezia Giulia venne approvato dal Parlamento solo negli anni Sessanta, con legge costituzionale n. 1 del 1963.

(2) Basti osservare che lo Statuto della Regione Valle d'Aosta neppure prevedeva norme di attuazione degli Statuti, che infatti sono state formalmente previste dallo Statuto speciale valdostano solo nel 1993, con legge costituzionale n. 2 del 23 settembre 1993, che ha introdotto il nuovo art. 48-bis riguardante sia i decreti attuativi che l'istituzione della Commissione paritetica. Sul punto, si veda R. BARBAGALLO, *La Regione Valle d'Aosta*, Milano, Giuffrè, 2002.

la dottrina, della giurisprudenza e del costante lavoro dello Stato e delle Regioni speciali, un ruolo di primissimo piano nella definizione delle specialità regionali.

Oggi le norme di attuazione statutaria delle Regioni a Statuto speciale sono entrate a pieno titolo nel novero delle fonti del diritto³ e, pur essendo state qualificate dalla giurisprudenza costituzionale come «ordinarie norme aventi forza di legge»⁴, in virtù dello specifico carattere «separato e riservato»⁵ che gli è stato attribuito dai singoli Statuti speciali, sono dotate, nell'ambito di propria competenza, di forza prevalente rispetto alle leggi ordinarie⁶.

L'affermazione dell'istituto in esame è avvenuta in modo graduale e con una rilevanza differente da Regione speciale a Regione speciale.

Da una rapida panoramica, non si può infatti sottacere che nelle speciali Regioni alpine le norme di attuazione hanno conosciuto una valorizzazione molto più accentuata rispetto alle Regioni speciali insulari. La Sicilia, in particolare, è la Regione ove i decreti di attuazione dello Statuto hanno conosciuto meno fortuna sia sotto il profilo quantitativo che sotto il profilo qualitativo. La ragione di ciò può essere in realtà ricondotta alle marcate differenze economiche e alle particolarità sociali che differenziano le Regioni speciali tra loro, tenuto conto che, tendenzialmente, solo in

(3) Per più ampie riflessioni sull'inquadramento delle norme di attuazione nel sistema delle fonti del diritto, si veda F. GABRIELE, *Decreti legislativi di attuazione degli Statuti speciali*, in *Enc. giur.*, vol. X, Roma, 1988, p. 14 ss.

(4) Sentenza Corte costituzionale n. 20 del 1956.

(5) Il criterio di riferimento per la definizione della prevalenza delle norme di attuazione è quindi quello della competenza (cfr. nota n. 6). Si veda sentenza Corte costituzionale n. 237 del 1983, in *Le Regioni*, 1983, p. 1275 ss.

(6) La prevalenza delle norme di attuazione è stata sempre ribadita dalla Corte costituzionale. Tra le altre, si veda la sentenza n. 341 del 2001, secondo cui le «norme di attuazione sono dotate di forza prevalente su quella delle leggi ordinarie (sentenze n. 213 del 1998; n. 160 del 1985 e n. 151 del 1972). Infatti, le norme di attuazione dello Statuto speciale si basano su un potere attribuito dalla norma costituzionale in via permanente e stabile (sentenza n. 212 del 1984; v. anche sentenza n. 160 del 1985), la cui competenza ha «carattere riservato e separato rispetto a quella esercitabile dalle ordinarie leggi della Repubblica» (sentenza n. 213 del 1998; n. 137 del 1998; n. 85 del 1990; n. 160 del 1985; n. 212 del 1984; n. 237 del 1983). Le predette norme di attuazione, pertanto, prevalgono, nell'ambito della loro competenza, sulle stesse leggi ordinarie, con possibilità, quindi, di derogarvi, negli anzidetti limiti (sentenza n. 213 del 1998; n. 212 del 1984; n. 151 del 1972)».

presenza di un sistema finanziario solido la Regione può essere in grado di contrattare con lo Stato una maggiore devoluzione di competenze e funzioni⁷. Maggiori spazi di autonomia rappresentano infatti maggiori costi e, di conseguenza, non può non tenersi conto delle differenti capacità fiscali e di programmazione finanziaria di ciascuna specialità.

Così delineati i tratti essenziali dell'istituto, tenendo sempre in considerazione le differenze che caratterizzano ciascuna realtà speciale, è possibile constatare come i decreti di attuazione si siano rivelati nel corso degli anni come lo strumento attraverso cui le specialità possono restare al passo con i tempi e con le esigenze che di volta in volta vengono presentate dalle Regioni allo Stato. D'altra parte, l'autonomia non va intesa come una condizione statica, che, una volta riconosciuta, resta immutabile; al contrario, rappresenta una realtà estremamente dinamica. Non riconoscere ciò comporterebbe di fatto un'indebita cristallizzazione dell'istituto che non sarebbe in grado di garantire le finalità di tutela per le quali è originariamente sorto⁸.

Considerando quindi che il contesto storico non è inalterabile, bensì muta nel tempo, con esso anche il quadro normativo deve essere in grado di potersi evolvere e adeguare. Per rispondere a questa esigenza, lo Stato e le Regioni speciali, con l'avvallo della giurisprudenza costituzionale, hanno consentito alle norme di attuazione di diventare quello strumento grazie al quale gli Statuti possono essere integrati e persino aggiornati attraverso un procedimento semplificato.

L'istituzione delle Commissioni paritetiche ha consentito l'instaurazione di un tavolo permanente tra lo Stato e la Regione speciale che ha permesso di aggirare le rigidità previste dagli Statuti speciali per una loro

(7) Sul punto si veda anche O. CHessa, *Specialità e asimmetria nel sistema regionale italiano. Atti delle Giornate di studio "Il regionalismo italiano dall'Unità alla Costituzione e la sua riforma"* (Roma, 20-21-22 ottobre 2011), Milano, Giuffrè, 2012.

(8) Basti pensare che in alcuni ambiti, dopo la riforma del Titolo V della Costituzione, le Regioni a Statuto ordinario godevano di spazi di autonomia addirittura più ampi rispetto alle Regioni speciali. È evidente che non consentire un adeguamento in tempi rapidi degli Statuti speciali alla nuova realtà costituzionale, avrebbe comportato un travisamento dell'impianto regionale italiano per come era stato concepito dal costituente. Sul rilievo per il nostro ordinamento della riforma del Titolo V della Costituzione si veda R. BALDUZZI, *La revisione costituzionale del Titolo V tra nuovo regionalismo e federalismo: problemi applicativi e linee evolutive*, Padova, Cedam, 2003.

eventuale formale revisione⁹. Specificando di volta in volta il significato delle disposizioni statutarie si è introdotta una fonte che pur mantenendo inalterato il testo degli Statuti speciali ne possa sempre aggiornare la portata e i contenuti andando, talora, persino oltre quanto previsto dalla lettera degli Statuti stessi.

Ciò che, però, è ancora più sorprendente è come, attraverso il riconoscimento dell'importanza e delle potenzialità delle norme di attuazione, si siano sviluppate peculiarità nel rapporto tra lo Stato e le Regioni speciali che hanno trasformato questo istituto in uno strumento di vera e propria "contrattazione". Sotto questo profilo, di grande interesse è la riflessione di Giovanni Pitruzzella¹⁰, il quale, nel commentare la pronuncia n. 451/1998 della Corte costituzionale, segnalava il progressivo affermarsi di un «principio contrattualista» che sottostarebbe al rapporto tra lo Stato e le Regioni speciali.

In quest'ottica si è pure evidenziato che il rapporto Stato-Regioni speciali si risolverebbe in una vera e propria negoziazione tra lo Stato e una delle sue articolazioni che non ha eguali sotto il profilo degli strumenti di produzione legislativa e che ha consentito l'emergere di quello che è stato autorevolmente definito¹¹ come un principio di «bilateralità dei rapporti fra la Regione a Statuto speciale e lo Stato»¹².

Tale principio troverebbe, invero, la propria realizzazione nel procedimento di formazione delle norme di attuazione che, garantendo attraverso la Commissione paritetica una parità di posizione tra lo Stato e la Regione speciale coinvolta¹³, consentirebbe l'adozione di norme in grado di

(9) Per tutte le Regioni speciali il procedimento di revisione statutaria richiama il procedimento previsto per la modifica delle leggi costituzionali, riservando l'iniziativa anche al Consiglio regionale della Regione interessata alla modifica statutaria.

(10) G. PITRUZZELLA, *Modifiche delle norme di attuazione dello Statuto siciliano: verso un «principio contrattualista» nei rapporti tra Stato e Regioni speciali*, in *Le Regioni*, 6, 1988, pp. 1608-1616.

(11) M. COSULICH, *Il decreto legislativo di attuazione statutaria nelle Regioni ad autonomia speciale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017.

(12) Secondo l'autore, per altro, tale rapporto di bilateralità costituirebbe una manifestazione della natura distinta e separata delle Regioni a Statuto speciale rispetto allo Stato. Per un approfondimento cfr. anche nota n. 6.

(13) Nonostante l'ultima parola spetti al Governo, quindi allo Stato, la fase di negoziazione si realizza all'interno della Commissione paritetica, dove è garantita assoluta pariteticità tra l'ente

integrare, modificare, aggiornare lo Statuto speciale arrivando anche ad ammettere la possibilità, laddove se ne ravvisi l'esigenza, di una ridefinizione delle competenze sulla base di un accordo tra gli enti coinvolti¹⁴. La rappresentazione plastica di quanto appena esposto ha trovato la propria massima esplicazione nella Regione Trentino-Alto Adige, Regione speciale ove l'istituto delle norme di attuazione ha conosciuto maggiore diffusione¹⁵.

Le particolarità sociali, culturali e demografiche di questa Regione, tra tutte la forte presenza, anche politica, di una coesa e compatta minoranza etnico-linguistica unita alla forte ambizione interna verso l'ampliamento della sfera di autonomia politica e amministrativa della Regione (o meglio delle due Province autonome, quali enti costitutivi della Regione¹⁶), hanno permesso alle norme di attuazione di ergersi quale mezzo preferito per la gestione dei rapporti giuridici tra lo Stato centrale e la Regione. In Trentino-Alto Adige, più che nelle altre Regioni a Statuto speciale, dunque, le norme di attuazione sono divenute uno strumento nelle mani del legislatore, statale e regionale, per continuare a espandere e de-

statale e quello regionale o provinciale. Il testo approvato dalla Commissione paritetica, peraltro, raramente viene disatteso dal Governo. Sui rapporti tra il Governo e le Commissioni paritetiche, cfr. R. BIN, *L'autonomia e i rapporti tra esecutivo, legislativo e le commissioni paritetiche*, in A. DI MICHELE, F. PALERMO, G. PALLAVER (a cura di), 1992. *Fine di un conflitto. Dieci anni dalla chiusura della questione sudtirolese*, Bologna, il Mulino, 2003, pp. 205-218 e R. BARBAGALLO, *Ruolo delle commissioni paritetiche e poteri del Governo nella definizione delle norme di attuazione degli Statuti speciali*, in *Le Regioni*, 1990, p. 900 ss.

(14) In proposito, G. PITRUZZELLA, *Modifiche alle norme di attuazione dello Statuto siciliano: verso un «principio contrattualista» nei rapporti tra Stato e Regioni speciali*, cit. nota n. 10, ritiene che «in tal modo si offre allo Stato e alla Regione speciale la possibilità di determinare negozialmente, ogni volta che se ne pone l'esigenza e nei limiti consentiti dall'elasticità delle disposizioni statutarie, l'assetto delle rispettive competenze anche in vista di comuni obiettivi di sviluppo economico e sociale delle aree interessate».

(15) In totale dal 1948 ad oggi in Trentino-Alto Adige sono state approvate 189 norme di attuazione. Dato consultabile *online* sul sito istituzionale della Regione Trentino-Alto Adige/Südtirol (<http://www.Regione.taa.it>) e sul sito della Consulta per la riforma dello Statuto realizzato dalla Provincia autonoma di Trento (<https://www.riformastatuto.tn.it/>).

(16) Dal punto di vista normativo, l'art. 2 della legge costituzionale n. 3 del 2001 ha modificato l'art. 116 della Costituzione specificando che «la Regione Trentino-Alto Adige/Südtirol è costituita dalle Province autonome di Trento e di Bolzano». Ciononostante, l'art. 3, comma 1, dello Statuto di Autonomia mantiene ancora l'impostazione previgente: «La Regione comprende le Province di Trento e di Bolzano [...]».

finire gli ambiti di autonomia della Regione e delle due Province autonome di Trento e Bolzano¹⁷.

Se a ciò si aggiungono le peculiarità che caratterizzano la composizione della Commissione paritetica¹⁸ istituita in questa Regione si arriva a comprendere la ragione per cui, anche in quest'ambito, il Trentino-Alto Adige può essere definita la "Regione speciale tra le speciali".

Attraverso una ricognizione storica e istituzionale dell'istituto in questa realtà territoriale, che tenga ovviamente conto delle esperienze delle altre specialità regionali, si vogliono ricostruire le ragioni per le quali le norme di attuazione sono diventate uno strumento irrinunciabile per questa Regione e perché, anche in un'ottica futura dell'istituto, potrebbero rappresentare un'opportunità enorme per lo sviluppo di tutto il regionalismo italiano che, peraltro, negli ultimi anni sta conoscendo una spinta verso una sempre più ampia decentralizzazione, con attribuzione di maggiori funzioni e competenze anche alle Regioni ordinarie¹⁹.

2. L'irrinunciabilità e la rilevanza delle norme di attuazione nella definizione dell'autonomismo regionale

Le funzioni fondamentali attribuite alle norme di attuazione possono essere individuate direttamente attraverso la lettura degli Statuti di autonomia. Tutti e cinque gli Statuti rimandano, nelle disposizioni transitorie, a decreti legislativi²⁰ o semplicemente a norme²¹ per dare attuazione

(17) Per un approfondimento circa l'ordinamento della Regione Trentino-Alto Adige/Südtirol si veda E. REGGIO D'ACI, *La Regione Trentino-Alto Adige*, Milano, Giuffrè, 1994.

(18) Si veda par. 4.

(19) Si pensi ai *referendum* consultivi tenutisi il 22 ottobre 2017 in Lombardia e Veneto, a seguito dei quali, il 28 febbraio 2018, al termine di tre mesi di negoziati, i Presidenti delle Regioni Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna hanno firmato con l'allora sottosegretario con delega agli affari regionali, Gianclaudio Bressa, un accordo preliminare in merito all'intesa prevista dall'articolo 116, comma 3, della Costituzione.

(20) Prima del 1988 le norme di attuazione rivestivano la forma di decreto del Presidente della Repubblica. Con l'art. 14 della legge n. 400/1988 si stabilì che i nuovi atti legislativi che fossero frutto di esecuzione di una legge delega sarebbero stati chiamati semplicemente "decreti legislativi". Tale previsione venne applicata anche in relazione alle norme di attuazione che adesso rivestono la forma di decreti legislativi.

(21) È il caso della Regione Sicilia, art. 43, legge costituzionale n. 2 del 1948: «Una Commissione paritetica di quattro membri nominati dall'Alto Commissario della Sicilia e dal Governo del-

allo Statuto. Gli Statuti speciali del Friuli Venezia Giulia, della Sardegna e della Sicilia si riferiscono anche a norme di attuazione per il passaggio degli uffici e del personale dallo Stato alle Regioni.

Tale separazione, o meglio specificazione, di funzioni da parte di questi tre Statuti non ha, in realtà, portato all'esclusione del ricorso a norme di attuazione per il trasferimento di personale e uffici in Trentino-Alto Adige e Valle d'Aosta. In dette Regioni, infatti, la funzione del trasferimento di uffici e personale si può ritenere assorbita dal punto di vista formale all'interno della più ampia funzione di dare attuazione allo Statuto²². Per il pieno e completo espletamento delle proprie competenze occorre che gli enti abbiano il controllo sull'apparato amministrativo necessario a gestire le proprie determinazioni. A questo proposito è utile evidenziare come sia stata la stessa giurisprudenza costituzionale²³ a fare riferimento alle norme di attuazione previste per il trasferimento del personale e degli uffici al fine di includervi anche la competenza relativa al trasferimento delle funzioni amministrative.

Il rispetto del principio del parallelismo²⁴ tra funzioni legislative e amministrative imponeva all'interprete l'individuazione di uno strumento idoneo a realizzare lo spostamento delle funzioni amministrative dallo Stato alla Regione o Provincia autonoma. Lungi dal potersi ammettere un automatismo ed esclusa l'applicabilità dell'ottava disposizione transitoria della Costituzione²⁵, la Corte costituzionale attraverso un'interpretazione estensiva delle norme di attuazione previste per il passaggio degli uffici e del personale vi ha ricompreso anche la competenza relativa

lo Stato, determinerà le norme transitorie relative al passaggio degli uffici e del personale dello Stato alla Regione, nonché le norme per l'attuazione del presente Statuto».

(22) Sotto questo profilo potrebbe quindi ritenersi pleonastica la bipartizione di funzioni effettuata dagli Statuti della Sicilia, della Sardegna e del Friuli Venezia Giulia.

(23) Per tutte si veda sentenza Corte costituzionale n. 22 del 1961.

(24) Tale principio derivava dal previgente art. 118 della Costituzione che prevedeva che le Regioni esercitassero le funzioni amministrative nelle stesse materie in cui avessero esercitato la competenza legislativa. Per un approfondimento sul punto si veda C. MORTATI, *Sul passaggio delle funzioni dallo Stato alle Regioni*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, p. 950 ss.

(25) Tale disposizione prevede che il trasferimento delle funzioni amministrative per le Regioni a Statuto ordinario avvenga attraverso legge ordinaria dello Stato.

al trasferimento delle funzioni amministrative²⁶. Quanto appena richiamato assume un'importanza fondamentale, laddove si consideri che le norme di attuazione emanate per il trasferimento delle funzioni amministrative sono le più numerose adottate²⁷.

Non essendo questa la sede adatta per la trattazione approfondita in merito alla competenza relativa al trasferimento delle funzioni amministrative, degli uffici e del personale²⁸, è sul significato da attribuire alla locuzione «attuazione» che occorre, invece, focalizzare l'attenzione. Sul punto peraltro sono intervenute diverse sentenze della Corte costituzionale²⁹, che, attraverso un'interpretazione (marcatamente) estensiva, hanno aperto le porte alla configurazione dell'istituto per come lo conosciamo oggi.

La sentenza n. 20 del 1956 è stata la prima pronuncia a riconoscere portata integrativa alle norme di attuazione. In tale pronuncia si è precisato che le norme di attuazione possono contenere disposizioni *secundum legem*, aderenti cioè alle previsioni statutarie ovvero *praeter legem*, in questo caso potendo aggiungere alle disposizioni dello Statuto «qualche cosa che le medesime non contenevano»³⁰. La rilevanza pratica della questione è in effetti cruciale. Il riconoscimento alle norme di attuazione di un compito di integrazione e, per certi versi, di aggiornamento dello Statuto di autonomia, riconferma la loro primaria importanza nell'ambito della definizione dei rapporti tra Stato e Regioni speciali.

(26) Sentenza Corte costituzionale n. 180 del 1980, specificatamente punti 3 e 4 del Considerato in diritto. Su tale orientamento giurisprudenziale si richiama anche L. PALADIN, *Diritto regionale*, Padova, Cedam, 2000, p. 214 ss.

(27) Ciò d'altra parte non può certo stupire, atteso che il trasferimento delle funzioni amministrative rappresenta il presupposto per l'esercizio delle competenze legislative attribuite alla Regione speciale.

(28) Per un inquadramento generale sul punto, si veda P. GASPARRI, *Le norme di attuazione degli Statuti speciali*, in *Atti del III convegno di Studi Giuridici sulla Regione, Cagliari-Sassari, 1-6 aprile 1959*, Milano, Giuffrè, 1962, p. 142 ss. Per un approfondimento circa il trasferimento di funzioni amministrative attraverso le norme di attuazione si veda M. SIAS, *Le norme di attuazione degli Statuti speciali*, Napoli, Jovene, 2012, p. 131 ss.

(29) Si vedano le sentenze Corte costituzionale n. 14 e n. 20 del 1956, n. 15 del 1957, n. 47 del 1968, n. 212 del 1984, n. 61 del 1987.

(30) Sentenza Corte costituzionale n. 20 del 1956.

L'unico limite riconosciuto dalla Corte costituzionale all'attività integrativa e interpretativa è rappresentato dalla necessaria aderenza allo spirito e alle finalità dell'attuazione statutaria³¹. Con questa pronuncia venne di fatto altresì sconfessato l'orientamento che voleva riconoscere alle norme di attuazione carattere temporaneo e limitato al primo avvio degli Statuti.

Sempre sulla portata integrativa delle norme statutarie di particolare interesse è la sentenza n. 213 del 1998³², in cui venne chiarito un ulteriore aspetto circa le funzioni svolte dai decreti attuativi. Ribadendo il concetto che le norme di attuazione possono integrare lo Statuto ne venne valorizzato il rilievo teleologico ai fini dell'interpretazione costituzionalmente orientata. Secondo la ricostruzione della Corte le norme di attuazione rappresentano infatti, «tra le realizzazioni astrattamente possibili dell'autonomia regionale speciale, quelle storicamente vigenti. Le norme di attuazione, dotate di forza prevalente su quella delle leggi ordinarie, finiscono così, in un certo modo, per fissare, entro i contorni delineati dagli Statuti o eventualmente anche nello svolgimento e nell'integrazione delle norme statutarie necessari per dare a queste ultime piene attuazioni, i contenuti storico-concreti dell'autonomia regionale».

Una volta valorizzata la rilevanza sotto il profilo storico delle norme di attuazione, la Corte le ha sostanzialmente attribuito il compito di aggiornare le disposizioni statutarie, che quindi potranno – a seconda del momento storico in cui vengono adottate – prevedere cose differenti, finanche in contrasto tra loro. Con tale interpretazione è stata evidenziata la versatilità e la duttilità delle norme di attuazione, garantendone di

(31) In questo senso va letta la sentenza n. 240 del 1982 che ha ritenuto illegittime le norme di attuazione dello Statuto regionale sardo che prevedevano l'istituzione di una sezione distaccata della Corte dei conti. Di fatto richiamandosi ai limiti indicati nella sentenza n. 20 del 1956 la Corte ha bocciato la norma di attuazione in quanto «non è in alcun modo desumibile dallo Statuto della Regione Sardegna, né dal suo spirito, né dalle sue finalità, che sia inteso prevedere nemmeno per implicito sezioni di organi giurisdizionali centrali, neanche nei limiti degli affari concernenti la Regione [...]».

(32) Il caso di specie riguardava l'impugnazione delle norme di attuazione in materia di utilizzo della lingua tedesca e ladina nei rapporti con la pubblica amministrazione e nel procedimento giudiziario. Il giudice *a quo* sollevava il dubbio di costituzionalità della norma di attuazione nella parte in cui non estendeva il diritto all'uso della lingua tedesca e ladina anche ai procedimenti penali militari.

conseguenza la qualifica di fonte permanente della quale si avrà sempre necessità al fine di rendere le previsioni contenute negli Statuti speciali aderenti alla situazione storicamente vivente³³.

È questo in realtà il punto di partenza che ci permette di comprendere l'enorme valore che le norme di attuazione rappresentano per l'ordinamento autonomistico. Esse sono espressione piena e attuale dell'autonomia e mezzo irrinunciabile per mantenerla viva e adeguata alla finalità per cui essa è sorta.

Attraverso la lente interpretativa del giudice costituzionale le norme di attuazione hanno trovato quel fondamento e quel riconoscimento necessario affinché il Governo e le Regioni speciali potessero considerare tale fonte normativa uno strumento permanente, relativamente deformalizzato e attuale di regolazione dei propri rapporti e delle eventuali controversie.

Come dimostra l'esperienza autonomistica del Trentino-Alto Adige le norme di attuazione (sono state e) possono diventare anche per le altre realtà autonomistiche una fonte importante e non limitata ad un'attuazione in senso stretto delle disposizioni statutarie, bensì quel mezzo in grado di ampliare le proprie competenze e superare i rigidi confini imposti dagli Statuti di autonomia.

3. Periodizzazione delle norme di attuazione in Trentino-Alto Adige

L'affermazione della decretazione legislativa di attuazione in Trentino-Alto Adige non è stata immediata. Il riconoscimento delle potenzialità di questo istituto è stato graduale ed è passato attraverso una progressiva presa di consapevolezza da parte degli attori regionali e statali.

Tale processo ha conosciuto diverse fasi che coincidono sostanzialmente con quelle dello sviluppo storico dell'autonomia regionale e sulle quali ha indubbiamente inciso l'andamento dei rapporti politici tra Roma e Trento-Bolzano.

Volendo effettuare una scansione temporale delle norme di attuazione (tenendo presente che tale suddivisione è valevole solo per la Regione

(33) Per approfondimenti, si veda R. CHIEPPA, *Le esperienze delle commissioni paritetiche e il valore delle norme di attuazione degli Statuti speciali regionali*, in *Le Regioni*, 6, 2008, pp. 1051-1076.

in esame) si possono prendere in considerazione tre periodi: una prima fase che va dal 1948 al 1971, una seconda fase dal 1971 al 1992 e una terza fase dal 1992 ai giorni nostri.

La prima fase ha risentito in larga misura dei difficili rapporti intercorrenti tra il Governo nazionale e la Provincia autonoma di Bolzano³⁴. In venticinque anni vennero adottate ventisette norme di attuazione il cui contenuto venne limitato principalmente all'avviamento delle disposizioni statutarie e al trasferimento di personale e beni dallo Stato alla Regione³⁵ (solo poche di queste sono ancora oggi in vigore essendo state in larga misura superate dall'emanazione del secondo Statuto di autonomia e dalle susseguenti norme di attuazione).

La Regione e lo Stato non riuscirono in questa fase ad avviare una collaborazione fondata sulla fiducia necessaria per giungere a proposte condivise, di ampio respiro, volte magari a un'espansione delle competenze regionali. Da un lato, lo Stato italiano riteneva di aver adempiuto ai propri obblighi internazionali relativi all'Alto Adige con la concessione dello Statuto di autonomia, dall'altro, gli altoatesini ritenevano che lo stesso Statuto *octroyé*³⁶ avesse violato lo spirito dell'accordo di Parigi³⁷ che, secondo gli intendimenti dei firmatari, avrebbe dovuto prevedere un'autonomia esclusiva per l'area della provincia di Bolzano.

(34) Specialmente con la minoranza etnico-linguistica tedesca. È il periodo degli attentati della *Befreiungsausschuss Südtirol*, movimento terrorista sudtirolese che si batteva per l'autodeterminazione e il ricongiungimento dell'Alto Adige con l'Austria. Sul punto si veda altresì C. GATTERER, *In lotta contro Roma*, Bolzano, Praxis, 1994.

(35) Sul trasferimento di beni e personale si vedano i d.P.R. n. 3599 del 1952, n. 918 del 1954, n. 448 del 1956, n. 104 del 1960, n. 652 del 1969 e n. 1350 del 1962.

(36) Riprendendo la definizione francese delle Costituzioni "ottriate", vale a dire frutto di mera concessione regia e non di concertazione e partecipazione da parte della popolazione.

(37) Anche definito "accordo De Gasperi-Gruber" (in tedesco, *De Gasperi-Gruber Abkommen*), venne siglato alla fine della Seconda guerra mondiale ai margini della Conferenza di pace di Parigi (29 luglio-15 ottobre 1946) tra il Presidente del Consiglio dei Ministri italiano Alcide De Gasperi e il Ministro degli esteri austriaco Karl Gruber. Tale accordo tra l'Italia e l'Austria garantiva agli altoatesini di lingua tedesca provvedimenti specifici per la salvaguardia del loro carattere etnico e del loro sviluppo economico e culturale e divenne parte integrante del trattato di pace degli alleati con l'Italia (Trattato di Parigi, 10 febbraio 1947). Viene considerato alla base dell'autonomia dell'Alto Adige e il fondamento del suo ancoraggio internazionale. Per un approfondimento circa la rilevanza dell'accordo in questione, si veda G. BERNARDINI, *L'accordo De Gasperi-Gruber. Una storia internazionale*, Trento, FBK Press, 2016.

A ciò può aggiungersi che non vi era ancora una reale consapevolezza circa la portata che le norme di attuazione avrebbero potuto rivestire quale strumento di concertazione e di ampliamento delle competenze regionali.

La prima norma di attuazione, il d.P.R. n. 1414 del 1948³⁸, emanata pochi mesi dopo l'adozione del primo Statuto di autonomia³⁹, constava di una trentina di articoli contenenti le norme necessarie per l'avviamento e il funzionamento degli organi della Regione e del Commissariato del Governo. Si poteva quindi parlare di "attuazione in senso stretto".

Di particolare rilievo è la norma di attuazione⁴⁰, approvata dal Governo pochi anni dopo (e in vigore ancora oggi), che attribuiva alle Province di Trento e Bolzano la potestà amministrativa in materia di usi civici⁴¹ che precedentemente era esercitata dal Ministero dell'agricoltura. Questa è stata la prima norma di attuazione a contenuto marcatamente *praeter statutum* non essendo la competenza sugli usi civici attribuita dallo Statuto alle Province autonome.

Ulteriori decreti attuativi che meritano di essere ricordati sono il d.P.R. 28 del 1959, in materia di case popolari, il d.P.R. n. 1122 del 1958 volto ad attuare l'art. 11 dello Statuto⁴² in materia di segretari provinciali e tre

(38) Le disposizioni ivi contenute sono state superate dal d.P.R. n. 49 del 1973. Tale decreto di attuazione seguì l'emanazione del secondo Statuto di autonomia e riprese quando previsto dalla norma richiamata. L'unico articolo ancora in vigore, è l'art. 12 che prevede il potere sostitutivo in capo al Commissario del Governo in caso di inadempienza del Presidente della Giunta provinciale rispetto ai provvedimenti previsti dall'art. 46 dello Statuto (ora art. 52).

(39) Legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 5.

(40) D.P.R. n. 1064 del 1952.

(41) Il concetto di uso civico è dibattuto in dottrina. U. PETRONIO, in *Usi civici*, in *Enc. Dir.*, vol. XLV, Milano, Giuffrè, 1992 definisce gli usi civici come «i diritti d'uso esercitati dalla popolazione su terre che appartengono a soggetti diversi dalla popolazione, la quale costituisce il gruppo degli utenti». Di diversa opinione, A. GERMANÒ, in *Usi civici*, in *Digesto*, sez. civ., vol. XIX, Torino, UTET, 1999, il quale ritiene non corretta un'interpretazione che faccia ricadere sotto il medesimo nomen «distinte situazioni giuridiche di godimento collettivo di terre agro-silvo-pastorali». Lo stesso autore attribuisce il "travisamento" degli usi civici che sarebbero semplici diritti d'uso delle popolazioni su terre altrui, al r.d. n. 751 del 1924 sul riordinamento degli usi civici nel regno, che «aveva voluto ridurre a unità il diverso al fine di determinare più facilmente la eliminazione [...] dei diritti delle collettività».

(42) Art. 8 del secondo Statuto di autonomia.

decreti legislativi⁴³ che intendevano dare attuazione alle norme contenute nel Titolo X dello Statuto speciale relativo all'uso della lingua tedesca da parte delle amministrazioni e nei concorsi pubblici.

La seconda fase prese avvio con l'emanazione del secondo Statuto di autonomia che rappresentò il primo passo verso la soluzione della "questione altoatesina"⁴⁴. Venne dominata dall'adozione di provvedimenti volti a dare, da un lato, ulteriore attuazione agli accordi contenuti nel cosiddetto "Pacchetto per l'Alto Adige"⁴⁵, dall'altro, a definire le competenze amministrative e funzionali delle due Province autonome alla luce del nuovo Statuto.

Delle 137 misure individuate nel Pacchetto, 97 vennero attuate con l'approvazione del nuovo Statuto di autonomia, 8 attraverso norme di attuazione, 15 con legge ordinaria dello Stato e 9 con provvedimenti amministrativi⁴⁶.

La legge n. 118 del 1972, che merita qui di essere brevemente richiamata considerato il rilievo assunto in relazione alla definizione del quadro autonomistico altoatesino, recepiva tredici dei quindici punti concordati da attuarsi mediante legge ordinaria dello Stato. Il titolo «Provvedimenti a favore delle popolazioni altoatesine» evocativamente ricalcava quello che era il fine del legislatore. In esso vennero contenute disposizioni in

(43) I d.P.R. n. 688 del 1959, n. 103 del 1960 e n. 671 del 1960.

(44) Oltre alle problematiche sociali interne che minarono la convivenza tra i gruppi etnici la questione altoatesina venne posta anche in sede internazionale. L'Austria, che dopo l'accordo De Gasperi-Gruber era considerata una sorta di "potenza tutrice" dell'Alto Adige, aveva infatti lamentato (si vedano le due risoluzioni dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, n. 1497 dell'ottobre 1960 e n. 1161 del novembre 1961) come l'Italia non avesse dato attuazione a quanto pattuito a Parigi nel 1946. Sul ruolo dell'Austria nei rapporti con l'Alto Adige, cfr. M. Di Ruzza, *L'Austria e l'Alto Adige. La «funzione di tutela» austriaca verso il Sudtirolo nei rapporti diplomatici Roma-Vienna*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2009.

(45) Furono una serie di 137 misure individuate alla fine degli anni Sessanta di comune accordo tra il Ministro degli affari esteri italiano Aldo Moro e quello austriaco Kurt Waldheim al fine di porre fine alla c.d. "questione altoatesina" e alla conseguente controversia internazionale sorta tra i due Paesi (si veda la nota precedente). Per una disamina più approfondita del tema, si veda A.E. ALCOCK, *Geschichte der Südtirolfrage. Südtirol seit dem Paket 1970-1980*, Vienna, Braumüller, 1982.

(46) Le restanti 8 erano considerate "precisazioni" a singoli punti e misure, oggetto dell'esame del Governo, e di garanzie interne. Si veda P. FERRARI (a cura di), *Il nuovo Statuto di autonomia*, Bolzano, Giunta provinciale di Bolzano, 2009.

materia di cinematografia⁴⁷, Archivio di Stato⁴⁸, statistica⁴⁹, economia⁵⁰, segretari comunali⁵¹, anagrafica, titoli di studio⁵², recupero dei cognomi in lingua tedesca⁵³, modifiche alle circoscrizioni giudiziarie⁵⁴ e in chiusura venne disposto un indennizzo a favore dell'*Alpenverein Südtirol*⁵⁵. In questo periodo, oltre alle 8 norme di attuazione contenute nel Pacchetto, vennero emanate quasi 100 norme di attuazione riguardanti le materie più varie.

Tra le norme particolarmente rilevanti approvate in questi anni si possono ricordare quelle in materia di ordinamento scolastico⁵⁶, tutela del

(47) Vennero istituite a Bolzano tre sezioni delle commissioni di revisione cinematografica con il compito della revisione in lingua originale dei film in lingua tedesca che vengono proiettati in Provincia di Bolzano (Titolo I).

(48) Venne stabilita la ripartizione tra lo Stato e la Provincia Autonoma di Bolzano il materiale dell'Archivio di Stato di Bolzano sulla base di tabelle allegate alla medesima norma di attuazione. Venne altresì riconosciuto l'obbligo in capo alla Provincia di creare l'Archivio storico provinciale (Titolo II).

(49) Vennero regolati i rapporti tra l'Istituto nazionale di statistica (ISTAT), la Regione e le Province (Titolo III).

(50) Venne limitato il potere dello Stato di avviare iniziative industriali a partecipazione statale ad una previa deliberazione del Comitato interministeriale per la partecipazione economica, da adottarsi in accordo con la Provincia (Titolo V).

(51) In Provincia di Bolzano, in virtù di tale disposizione legislativa, i segretari comunali sono tuttora dipendenti dei Comuni e non dello Stato (Titolo VI).

(52) Riguardava il riconoscimento dei diplomi di dentista conseguiti in Germania e Austria (Titolo VIII).

(53) Il Titolo IX di tale legge istituì una particolare procedura per il ripristino nella versione originaria tedesca dei nomi e dei cognomi che erano stati italianizzati durante il periodo fascista. Per un approfondimento sulla questione si veda A. DI MICHELE, *L'italianizzazione imperfetta. L'amministrazione pubblica dell'Alto Adige tra Italia liberale e fascismo*, Alessandria, Dell'Orso, 2003.

(54) Cfr. Titolo X legge 118/1972.

(55) Venne disposto il pagamento di un indennizzo di 650 milioni di lire a favore dell'associazione alpinistica tedesca per i rifugi alpini che erano stati espropriati nel 1923 e che erano stati assegnati al *Club alpino italiano* (Titolo XIII).

(56) D.P.R. n. 89 del 1983 che recepiva i principi di tutela delle minoranze linguistiche e che ha portato alla realizzazione di un sistema del tutto unico sul territorio nazionale. Per approfondimenti si veda M.C. ANTONACCI, *L'autonomia scolastica: il caso della Provincia autonoma di Trento. Il quadro normativo*, in *questa Rivista*, 2-3, 2004.

bilinguismo⁵⁷ e proporzionale etnica⁵⁸. Le ultime norme di attuazione emanate il 16 marzo del 1992 precedettero di poco il deposito da parte dell'Austria all'Italia della "quietanza liberatoria"⁵⁹. Tra queste il d.lgs. n.

(57) D.P.R. n. 846 del 1977.

(58) Di particolare interesse è la norma di attuazione in materia di "proporzionale etnica", d.P.R. n. 752 del 1976, per la cui definizione pare utile richiamare quella offerta da Polonioli e Bocchi (in G. POLONIOLI, L. BOCCHI, *Proporzionale etnica negli uffici statali siti nella Provincia di Bolzano e conoscenza delle due lingue nel pubblico impiego*, in *Commentario delle norme di attuazione dello Statuto speciale di autonomia*, Trento, Università degli studi di Trento, 1995), secondo i quali la proporzionale etnica consisterebbe in «un particolare meccanismo in forza del quale l'ammissione a certi pubblici uffici, ovvero al godimento di particolari diritti, avviene non già sulla base di un metodo di libera e generale competitività tra tutti gli aspiranti, bensì in ragione di una suddivisione etnica dei posti o benefici disponibili, onde la competitività può avvenire solo all'interno di ognuna di dette suddivisioni e di ogni gruppo e non già per l'intero delle cariche disponibili. Dato poi che la suddivisione viene effettuata normalmente in proporzione alla consistenza di ogni gruppo linguistico, il meccanismo descritto viene per l'appunto denominato proporzionale etnica».

Il riparto dei posti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni e la distribuzione dei mezzi del bilancio provinciale destinati a scopi assistenziali, sociali e culturali viene determinata in rapporto alla consistenza dei tre gruppi linguistici (italiano, tedesco e ladino) come risultante all'esito del censimento ufficiale nazionale. In tale occasione tutti i cittadini italiani di età superiore ad anni quattordici e regolarmente residenti nella Provincia autonoma di Bolzano devono, a tal fine, rendere una dichiarazione individuale di appartenenza o aggregazione a uno dei tre gruppi linguistici. Fino al 1997 il principio della proporzionale etnica è stato applicato, nella spartizione delle posizioni nel pubblico impiego, in maniera estremamente rigida, tantoché venivano lasciati vacanti i posti riservati ad un gruppo i cui aspiranti o non fossero stati giudicati idonei o non si fossero proprio candidati. Con il d.lgs. n. 354 del 1997 questo regime è stato temperato attraverso l'introduzione del principio della cosiddetta "proporzionale morbida" che ha di fatto alleggerito le rigidità precedentemente previste. Attraverso la nuova disciplina è ora possibile coprire i posti rimasti vacanti per i motivi sopra richiamati con candidati di altri gruppi linguistici che siano risultati idonei. Di queste eventuali assegnazioni dovrà essere tenuto conto nelle successive assunzioni in modo tale da consentire al gruppo linguistico penalizzato di recuperare i posti non precedentemente coperti.

Per ulteriori approfondimenti circa il funzionamento e le problematiche relative alla proporzionale etnica si rinvia a O. PETERLINI, *Der ethnische Proporz in Südtirol*, Bolzano, Athesia, 1980; E. NIZZA, *Questioni inerenti l'applicazione del principio della proporzionale etnica nel Trentino-Alto Adige*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 1988, p. 152 ss.; P. CARROZZA, *Ancora in tema di proporzionale etnica e bilinguismo negli uffici statali della Provincia di Bolzano*, in *Le Regioni*, 1, 1989, p. 116 ss. e, più di recente, G. POGGESCHI, *La proporzionale etnica*, in J. MARKO, S. ORTINO, F. PALERMO (a cura di), *L'ordinamento speciale della Provincia autonoma di Bolzano*, Padova, Cedam, 2001, pp. 686-716, e F. PALERMO, J. WOELK, *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, Padova, Cedam, 2008.

(59) Inviata l'11 giugno 1992, fu una dichiarazione unilaterale resa dall'Austria con cui veniva dichiarata chiusa la vertenza internazionale con l'Italia avviata all'inizio degli anni Sessanta (si veda nota n. 44). Per una completa ricognizione storica di questo periodo si rinvia a G. SOLDE-REER, *Das 20. Jahrhundert in Südtirol*, 6 voll., Bolzano, Raetia, 1999-2004, in particolare vol. 5, *Zwischen Europa und Provinz (1980-2000)*.

266 del 1992 riveste un'importanza fondamentale come norma di chiusura in quanto, oltre a disciplinare il rapporto tra gli atti legislativi statali e le leggi regionali e provinciali, ebbe ad oggetto la regolamentazione della potestà statale di indirizzo e coordinamento⁶⁰.

Nell'arco temporale tratteggiato il clima tra Roma e Trento-Bolzano divenne più collaborativo, ma rimase ancora dominato dalle diffidenze reciproche. Le norme di attuazione non erano ancora diventate quel mezzo di concertazione spontaneo che sono oggi, ma rappresentavano uno strumento per il recepimento e l'attuazione non solo dello Statuto di autonomia, ma anche delle pattuizioni internazionali.

Il terzo periodo che possiamo individuare in questo percorso ha preso avvio con la chiusura della vertenza tra Italia e Austria⁶¹ e perdura fino ad oggi. Si sviluppa in un clima rasserenato e più costruttivo tra il Governo e la Regione. In questo periodo le norme di attuazione hanno mutato la loro natura diventando quello strumento di contrattazione permanente tra Roma e le autonomie di Trento e Bolzano⁶² che ha consentito l'espansione delle competenze e la ridefinizione dei rapporti finanziari.

In questa terza fase le norme di attuazione hanno assunto una valenza diversa rispetto a quella che avevano ricoperto nelle fasi precedenti. Da strumenti tecnici per l'attuazione dello Statuto o, in parte, di accordi internazionali diventano principalmente strumenti per la realizzazione di veri e propri programmi o intese politiche tra il Governo locale e quello nazionale⁶³.

(60) Di rilievo sotto il profilo teleologico è il riferimento, come principio fondamentale, a quanto sancito nel testo dell'Accordo di Parigi circa l'esercizio da parte della Provincia di un autonomo potere legislativo e amministrativo a tutela delle minoranze etnico-linguistiche. Per quanto riguarda il potere di indirizzo e coordinamento dello Stato l'art. 3 del decreto attribuiva allo Stato la facoltà di emettere atti di indirizzo e coordinamento direttamente efficaci su tutto il territorio regionale. Tali atti di indirizzo risultavano vincolanti solo per quanto atteneva agli obiettivi in essi stabiliti, mentre lasciavano alla Regione o alla Provincia autonoma libertà di scelta circa le modalità di conseguimento di detti obiettivi. Questo potere è stato, anche in relazione alle Regioni ordinarie, limitato e ridimensionato con le leggi n. 131/2003 e n. 11/2005.

(61) Si veda nota n. 44.

(62) Dal 1993 ad oggi sono stati approvati oltre ottanta decreti legislativi di attuazione.

(63) Si veda par. 5.

Contestualmente al tramonto della cosiddetta Prima Repubblica si afferma in Italia un modello di alternanza politica che vede il centrodestra e il centrosinistra avvicinarsi alla guida del Governo⁶⁴.

Questo mutamento nella politica nazionale ha avuto rilevanti ripercussioni anche sulla sorte delle norme di attuazione e sulle modalità di gestione dei rapporti con il Trentino-Alto Adige. In particolare, è durante i Governi di centrosinistra che si è assistito a un maggiore ricorso alla decretazione attuativa sia dal punto di vista quantitativo che qualitativo⁶⁵. Le maggiori difficoltà nell'avvio di un dialogo "politico" tra il Governo nazionale e quello regionale-provinciale si sono invece registrate con i cc.dd. Governi tecnici⁶⁶, i quali, rifuggendo, in qualche modo, la prassi della contrattazione politica, hanno sempre optato per un approccio alle norme di attuazione puramente tecnico.

In questa terza fase si è assistito a quello che per le Regioni ordinarie ha rappresentato un vero e proprio spartiacque: la riforma, nel 2001 del Titolo V della Costituzione⁶⁷. Tale riforma ampliando le competen-

(64) In netta opposizione a tutto il dopoguerra, durante il quale v'è stata l'assoluta predominanza del partito della Democrazia Cristiana sia a livello nazionale che a livello regionale.

(65) Non solo i decreti legislativi di attuazione emanati durante i Governi di centrosinistra legislature sono più numerosi (56) rispetto ai 25 emanati durante i Governi di centrodestra, ma sono anche, dal punto di vista della portata giuridica molto più significativi. Per questo motivo le legislature 1996-2001 (Governi Prodi I, D'Alema I, D'Alema II e Amato II) e 2013-2018 (Governi Letta, Renzi e Gentiloni) possono essere considerate il periodo d'oro per la decretazione attuativa con oltre 50 norme di attuazione emanate ed un'espansione di competenze e funzioni che non ha paragoni in altri periodi. Dati tratti dal sito istituzionale della Regione Trentino-Alto Adige/Südtirol: <http://www.Regione.taa.it>.

(66) Si fa riferimento al Governo Dini (in carica dal 17.5.1995 al 18.5.1996), ma ancor di più al Governo Monti (in carica dal 16.11.2011 al 28.4.2013), che rispettivamente adottarono due norme di attuazione: il d.lgs. n. 429/1995 e il n. 430/1995, il primo, e d.lgs. n. 170/2012 e n. 28/2013, il secondo.

(67) A questo proposito, di particolare interesse è il richiamo all'attività delle commissioni paritetiche contenuto nella legge di attuazione della riforma del Titolo V della Costituzione. La legge 5 giugno 2003, n. 131 («Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3»), ha previsto all'art. 11 la possibilità per le Commissioni paritetiche di proporre le nuove norme di attuazione necessarie al trasferimento dei beni e delle risorse strumentali occorrenti per l'esercizio delle ulteriori funzioni amministrative e per l'esercizio delle attività regionali in materia internazionale e comunitaria, riconosciute anche alle autonomie speciali dall'articolo 10 della legge costituzionale n. 3 del 2001. Sull'impatto della Riforma del Titolo V della Costituzione sulla Regione Trentino-Alto Adige si veda O. PETERLINI, *L'autonomia che cambia, Gli effetti della riforma costituzionale del 2001 sull'autonomia*

ze delle Regioni ordinarie ha gettato anche le basi per la realizzazione, ai sensi dell'art. 116, comma 3 della Costituzione, di un modello istituzionale che può essere complessivamente definito "regionalismo asimmetrico"⁶⁸.

4. La decretazione attuativa nella Regione Trentino-Alto Adige/Südtirol. Ruolo delle paritetiche

Come è già stato più sopra evidenziato, in Trentino-Alto Adige, lo sviluppo e la produzione delle norme di attuazione ha conosciuto una dimensione molto più accentuata, sia dal punto di vista quantitativo che qualitativo, rispetto alle altre realtà speciali.

Ciò è stato possibile principalmente per due aspetti (in parte già richiamati) tra loro concorrenti e entrambi imprescindibili. Il primo trova fondamento nelle peculiarità della composizione della Commissione paritetica in questa Regione, peculiarità che hanno consentito una maggiore produttività dal punto di vista squisitamente tecnico. Il secondo aspetto fonda invece le radici nel particolare contesto socio-politico che caratterizza la Regione e che ha influito massicciamente sul rafforzamento dell'istituto in esame e le cui vicende politiche ne rappresentano una sicura manifestazione.

La composizione della Commissione paritetica del Trentino-Alto Adige è disciplinata dall'art. 107 dello Statuto di autonomia⁶⁹. In essa vi è,

speciale del Trentino-Alto Adige Südtirol e le nuove competenze in base alla clausola di maggior favore, Bolzano, Praxis, 2010.

(68) Per un approfondimento della questione si veda E. CARLONI, *Teoria e pratica della differenziazione: federalismo asimmetrico ed attuazione del Titolo V*, in *questa Rivista*, 1, 2008, pp. 826-844.

(69) «Con decreti legislativi saranno emanate le norme di attuazione del presente Statuto, sentita una Commissione paritetica composta di dodici membri di cui sei in rappresentanza dello Stato, due del Consiglio regionale, due del Consiglio provinciale di Trento e due di quello di Bolzano. Tre componenti devono appartenere al gruppo linguistico tedesco.

In seno alla Commissione di cui al precedente comma è istituita una speciale Commissione per le norme di attuazione relative alle materie attribuite alla competenza della Provincia di Bolzano, composta di sei membri, di cui tre in rappresentanza dello Stato e tre della Provincia. Uno dei membri in rappresentanza dello Stato deve appartenere al gruppo linguistico tedesco; uno di quelli in rappresentanza della Provincia deve appartenere al gruppo linguistico italiano».

ampliando il pensiero di Francesco Palermo⁷⁰, una triplice pariteticità: non solo tra lo Stato e la Regione e tra le due Province autonome e la Regione per le quali sono previsti due membri ciascuno, ma anche tra i gruppi etnici-linguistici che compongono la popolazione. Tale ultima pariteticità deve essere però definita “imperfetta” in quanto si realizza in modo pieno solo all’interno della Commissione dei sei. Solo tre membri della Commissione regionale, infatti, devono appartenere al gruppo linguistico tedesco e non vi è alcuna riserva per il gruppo linguistico ladino che pure popola aree di entrambe le Province. L’inesistenza di una riserva obbligatoria⁷¹ di almeno un membro della Commissione per il gruppo linguistico ladino desta perplessità. Quest’ultimo gruppo infatti oltre a formare il 4,5% della popolazione altoatesina e il 3,5% di quella trentina⁷² è sempre tenuto in considerazione in Provincia di Bolzano quando si tratta di tutela dei gruppi linguistici⁷³. Esso gode per altro anche di una riserva all’interno della proporzionale etnica⁷⁴. Con la legge costituzionale n. 1 del 2017⁷⁵ il legislatore ha cercato di approntare una soluzione a tale problematica. Pur non prevedendo una riserva fissa per il gruppo linguistico ladino, l’art. 9 di tale legge, modificando l’art. 107

(70) F. PALERMO, *Ruolo e natura delle commissioni paritetiche*, in J. MARKO, S. ORTINO, F. PALERMO (a cura di), *L’ordinamento speciale della Provincia autonoma di Bolzano*, cit. L’autore individua una «duplice pariteticità» data dalla compresenza della pariteticità linguistica e in quella tra Stato e Regione. A questa duplice pariteticità si può aggiungere quella tra le Province autonome e la Regione.

(71) Nonostante non fosse obbligatorio ai sensi dello Statuto, già nel 2014 il Governo, con d.m. del 18 marzo 2014, aveva nominato membro della Commissione dei dodici e dei sei un commissario di lingua ladina ovvero il deputato della Svp Daniel Alfreider.

(72) Dati Astat al censimento del 2011, si veda *Censimento della popolazione 2011 – Determinazione della consistenza dei tre gruppi linguistici*, su <https://astat.provinz.bz.it>

(73) A titolo esemplificativo si richiama il d.P.R. 752 del 1976 (cfr. nota n. 58) e il d.P.R. n. 89 del 1983, in materia di ordinamento scolastico (si veda *supra* nota n. 56).

(74) Si veda nota n. 58.

(75) Con la c.d. «*Legge Alfreider*» (legge costituzionale n. 1 del 2017) sono state inoltre introdotte diverse disposizioni di modifica dello Statuto speciale, al fine di garantire al gruppo linguistico ladino la parità di rappresentanza, già accordata ai gruppi linguistici italiano e tedesco. In quest’ottica la legge ha previsto la rappresentanza ladina negli enti pubblici di rilievo provinciale, la possibilità per un rappresentante ladino di ricoprire eventualmente la carica di Vicepresidente della Giunta provinciale e di aumentare il peso decisionale della minoranza ladina in fase di approvazione di bilancio, quando ciò dovesse avvenire per gruppi linguistici.

dello Statuto di autonomia, ha espressamente previsto la possibilità di nominare un rappresentante ladino tra i membri della Commissione paritetica. Ciò potrebbe ora avvenire in via del tutto facoltativa o per iniziativa dello Stato oppure nel caso in cui la maggioranza dei consiglieri provinciali del gruppo linguistico tedesco o italiano rinunci alla designazione di un proprio rappresentante in favore di un appartenente al gruppo linguistico ladino.

Dei tre membri del gruppo linguistico tedesco, o adesso ladino, uno deve essere di nomina statale al fine di garantire il ruolo dello Stato come rappresentante di tutti i gruppi linguistici e non solo della maggioranza di lingua italiana.

Questa pariteticità su più livelli, che si risolve in un vero e proprio gioco a incastri per il Governo e la Regione, è resa necessaria dalle particolarità demografiche che caratterizzano il Trentino-Alto Adige⁷⁶.

Da un lato, infatti, l'ordinamento regionale è caratterizzato per la dualità delle Province autonome di Trento e Bolzano, che sono le titolari della maggior parte delle competenze riconosciute dallo Stato a questa terra in virtù dell'autonomia. Dall'altro, vuole essere garantita la parità tra i gruppi linguistici maggioritari.

Il secondo comma dell'art. 107 dello Statuto speciale prevede inoltre l'istituzione in seno alla Commissione paritetica regionale, che viene comunemente denominata "Commissione dei dodici", di una speciale Commissione, la "Commissione dei sei", investita di tutte le norme di attuazione relative alle materie attribuite alla competenza della Provincia autonoma di Bolzano. La Commissione dei sei si autoelege tenendo conto della pariteticità tra Governo e Regione/Provincia e cercando di garantire l'equilibrio tra i gruppi linguistici⁷⁷. Solitamente ne fanno parte tre dei sei membri di nomina governativa, tutti e due i membri di nomina del Consiglio provinciale di Bolzano e uno di quelli di nomina del Consiglio regionale.

(76) A titolo esemplificativo, stando all'ultimo censimento del 2011 la popolazione si è dichiarata per circa il 69% tedesca, per il 24% italiana e per il 4% ladina (cfr., *supra*, nota n. 72).

(77) In questo caso la nomina del commissario ladino ha sottratto un membro al gruppo linguistico italiano.

Peraltro, quella che, stando al dato testuale dello Statuto, sembrava dover essere una mera sottocommissione di approfondimento delle norme di attuazione relative alla Provincia di Bolzano, si è con il tempo affermata come autonoma e indipendente rispetto alla Commissione dei dodici arrivando a ricoprire un ruolo di primaria importanza nell'emanazione delle norme di attuazione relative alla Provincia di Bolzano⁷⁸, da sempre Provincia "motore" delle istanze autonomistiche. La maggior parte delle norme di attuazione emanate per la Regione Trentino-Alto Adige riguardano infatti materie ormai di competenza delle due Province autonome⁷⁹. Ciononostante, una sottocommissione per le questioni riguardanti la Provincia autonoma di Trento non è mai stata istituita. Questa netta separazione mette in luce, tra le altre, il complicato regionalismo trentino-altoatesino⁸⁰, caratterizzato ormai da un evidente dualismo tra la Provincia autonoma di Trento e la Provincia autonoma di Bolzano, che ha portato a un progressivo svuotamento delle competenze regionali, ormai ridotte a poche materie⁸¹ e dove anche in quest'ultima risalta la non unitarietà della disciplina⁸².

Un ulteriore aspetto fondamentale che caratterizza la composizione della Commissione paritetica della Regione Trentino-Alto Adige e che ha influito sulla massiccia produzione di norme di attuazione, è rappresentato dalla significativa presenza di esponenti con incarichi politico-istituzionali tra i propri componenti. Volgendo lo sguardo alla composizio-

(78) Sul punto si veda anche D. POSTAL, *L'autonomia speciale del Trentino-Alto Adige/Südtirol e la Commissione paritetica dei dodici – Riflessioni intorno a un'esperienza*, Trento, Provincia Autonoma di Trento, n. 1, 2001.

(79) E ciò anche in virtù del progressivo svuotamento delle competenze regionali operato dopo l'adozione del secondo Statuto di autonomia.

(80) Per un approfondimento E. LANTSCHNER, *History of the South Tyrol conflict and its Settlement*, in J. WOELK, F. PALERMO, J. MARKO (a cura di), *Tolerance through Law*, Boston, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 1-15.

(81) Si vedano gli artt. 4, 5, 6, e 7 dello Statuto di autonomia.

(82) Emblematico in questo senso è il d.PReg. 1° febbraio 2005 n. 1, «Testo unico delle leggi regionali sulla composizione ed elezione degli organi delle amministrazioni comunali», che prevede in unico testo disposizioni in gran parte diverse a seconda che si tratti della Provincia autonoma di Trento o di quella di Bolzano. Su questa materia si veda G. NEGRI, *I Comuni. Ordinamento, competenze e disciplina elettorale*, in J. MARKO, S. ORTINO, F. PALERMO (a cura di), *L'ordinamento speciale della Provincia autonoma di Bolzano*, cit., pp. 452-471.

ne attuale⁸³ della Commissione regionale emerge che, dei dodici membri al momento della nomina⁸⁴, tre erano deputati, tre senatori, tre consiglieri regionali, due avevano già ricoperto la carica di consiglieri regionali e uno solo risultava non aver mai ricoperto alcun incarico elettivo⁸⁵. Nelle altre Regioni a Statuto speciale, invece, sebbene possa esservi la presenza di membri con incarichi istituzionali, questa componente è assolutamente minoritaria⁸⁶.

In Sicilia, in particolare, fino al 2018⁸⁷ si poteva riscontrare la prassi di evitare la nomina di esponenti politici all'interno della Commissione onde garantire l'imparzialità della stessa nei confronti dell'Assemblea regionale e considerando la paritetica alla stregua di un organo arbitrale, terzo e *super partes*, piuttosto che un luogo di mediazione tra gli interessi dello Stato e della Regione⁸⁸.

Quello che a prima vista può sembrare un aspetto secondario, è a dire il vero un aspetto di estrema rilevanza. La presenza di membri con ruoli istituzionali e in qualche modo decisionali all'interno della Commissione ha consentito un raccordo ancora più stringente tra la stessa e gli enti in essa rappresentati; in molti casi, infatti, è solo grazie al lavoro dei membri della Commissione (in quanto portatori e promotori, presso gli organi istituzionali di appartenenza, delle istanze trattate durante

(83) Da una ricognizione storica circa la composizione delle precedenti commissioni paritetiche, tale orientamento appare ormai ampiamente consolidato. Si veda anche F. PALERMO, *Ruolo e natura delle commissioni paritetiche*, cit., pp. 843-844.

(84) Al momento in cui si scrive, successivamente alle elezioni politiche 2018 e alle elezioni provinciali e regionali 2018, non è ancora stato emanato il decreto del Ministro per gli affari regionali di ricomposizione della Commissione paritetica.

(85) La dott.ssa Brunhilde Platzer, Presidente del Tribunale dei minori di Bolzano (si veda d.m. del 18 marzo 2014).

(86) Due su sei in Friuli Venezia Giulia (d.m. 18 dicembre 2018), due su quattro in Sardegna (d.m. 8 novembre 2018), uno su sei in Valle d'Aosta (d.m. 17 ottobre 2018) e uno su quattro in Sicilia (d.m. 17 ottobre 2018).

(87) La nomina di Enrico La Loggia, già Ministro nei Governi di Berlusconi II e III, è stata una scelta in controtendenza rispetto alla consuetudine.

(88) Tale interpretazione circa la natura della Commissione pare però un vero e proprio travisamento tenuto conto che il valore rappresentato dalla paritetica risiede proprio nella potenzialità compositiva e concertativa della stessa.

i lavori della Commissione) che i procedimenti di adozione di determinate norme di attuazione sono stati portati a definitivo compimento⁸⁹.

5. Rilevanza delle vicende politiche sullo sviluppo dell'istituto "norme di attuazione"

Un ulteriore aspetto che ha influito sullo sviluppo dell'istituto in questa Regione e che al contempo ne è stato la manifestazione più evidente, è la peculiare situazione politica regionale del Trentino-Alto Adige e in particolare della Provincia autonoma di Bolzano che si è rivelata prima istante delle politiche di espansione autonomistica che sono state poi riconosciute all'intera Regione.

Al fine di comprendere a fondo il ruolo attuale svolto dalle norme di attuazione è quindi essenziale compiere una ricognizione e un'analisi di alcuni degli eventi che hanno maggiormente influito sull'affermazione dell'istituto in questo territorio.

Per tutto il periodo della Prima Repubblica, e segnatamente dopo l'adozione del secondo Statuto di autonomia, la dialettica tra Governo locale e Governo nazionale si è basata sul rapporto tra il partito di maggioranza delle minoranze etnico-linguistiche territoriali, la *Südtiroler Volkspartei*⁹⁰, e il partito di maggioranza della popolazione italiana sia a livello locale che nazionale, la Democrazia Cristiana. I due partiti condividevano la visione politica popolare e autonomista e fino al crollo della Dc hanno lavorato in stretta collaborazione sia a Roma che a Trento e Bolzano, governando la Regione e le due Province autonome. La Svp ha inoltre garantito ai governi nazionali il proprio appoggio parlamentare fin dal Governo De Gasperi V⁹¹. In tale periodo come si accennava pre-

(89) In alcuni casi, in particolare quando si tratta di commissioni a vocazione tecnica, si può riscontrare che il lavoro portato avanti in Commissione finisca per risolversi in un nulla di fatto anche per semplice inerzia del legislatore. Si può ritenere che ciò sia dovuto in larga parte alla carenza in capo alla Commissione di strumenti sollecitatori nei confronti del Governo.

(90) Di seguito anche Svp. Per una più compiuta analisi dello sviluppo storico del partito in questione, si veda anche F. BOLIARDI, *La Südtiroler Volkspartei 1945-1994*, in *Grande enciclopedia della politica*, 3, n. 10, Roma, Ebe editore, 1994.

(91) In carica dal 24 maggio 1948 al 12 gennaio 1950, è stato il primo governo italiano dell'era repubblicana a formarsi, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, a seguito dell'elezioni politiche del 18 aprile 1948.

cedentemente vi è stata una forte attività di decretazione attuativa ma che era quasi esclusivamente finalizzata a rendere operativo il secondo Statuto di autonomia e i relativi accordi internazionali.

La scomparsa del monolite italiano⁹² e il mutato contesto politico nazionale⁹³ costrinsero la Svp a ricercare un nuovo *partner* di governo a livello locale e un nuovo interlocutore a livello nazionale. Per quanto riguarda il governo regionale e provinciale, escluso il centrodestra⁹⁴, la scelta ricadde sul centrosinistra con il quale la Svp ha governato dalle elezioni del 1993, per oltre venticinque anni, la Provincia e la Regione. Questo quadro oggi è in evoluzione. La crisi del centrosinistra tradizionale e il nuovo vento politico, che ha visto affermarsi la Lega sia al Governo nazionale che a quello della Provincia di Trento, hanno costretto la Svp al fine di comporre una maggioranza in Consiglio provinciale⁹⁵ e con l'intento di mantenere aperto un collegamento con il Governo ad aprire a questa forza politica con la quale adesso in virtù di un accordo definito "tecnico"⁹⁶ governa la Provincia⁹⁷ e la Regione pur mantenendosi all'opposizione in Parlamento.

(92) La Democrazia cristiana, come la maggior parte dei partiti che dominarono la scena politica nazionale nel dopoguerra, non sopravvisse alle vicende giudiziarie seguite alle inchieste di "Mani pulite".

(93) In primis, l'alternanza tra le coalizioni di centrodestra e centrosinistra che ha caratterizzato la Seconda Repubblica. Per un approfondimento sulla transizione dalla Prima alla Seconda Repubblica e sul sistema bipolare in Italia si rinvia a V. LIPPOLIS, G. PITRUZZELLA, *Il bipolarismo conflittuale*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2007.

(94) Il fronte del centrodestra raccoglieva al proprio interno una componente, quella di Alleanza Nazionale, già Movimento Sociale Italiano, che veniva considerata erede mediata del fascismo e che per questo non poteva essere assolutamente considerata dal mondo tedesco come potenziale *partner* di Governo. Si veda nota n. 90.

(95) A seguito delle elezioni provinciali 2018 la coalizione di Governo uscente, composta da Svp e Partito Democratico è riuscita ad eleggere solo 16 consiglieri sui 18 necessari per la formazione della maggioranza. Per i risultati completi si rinvia al sito ufficiale del Consiglio provinciale della Provincia autonomia di Bolzano: <http://www.consiglio-bz.org>.

(96) Cfr. M. ANGELUCCI, *La SVP svolta a destra e la Lega va al Governo anche in Alto Adige*, in *Corriere della Sera*, 6 gennaio 2019.

(97) Per il testo completo dell'accordo di governo si rinvia a *Programma di governo per la legislatura 2018-2023* reperibile online al sito <http://www.provincia.bz.it/aprov/giunta-provinciale/>.

Sul piano nazionale la situazione è leggermente diversa e merita qualche ulteriore precisazione. Fino alle elezioni politiche del 2013 la Svp non si è mai presentata alle elezioni politiche in coalizione con alcuno dei due schieramenti⁹⁸, preferendo rimanere imparziale e valutando di volta in volta a seguito dello scrutinio dei voti e l'attribuzione dei seggi come porsi nei confronti della nuova maggioranza, trattando in un secondo momento il proprio eventuale sostegno parlamentare.

È in questo contesto che le norme di attuazione sono diventate quello strumento di contrattazione tra la Svp e i partiti, o le coalizioni, che in quel determinato momento storico si fossero trovati al Governo del Paese per attuare specifiche intese. Questo aspetto è di importanza fondamentale perché ha consentito di fatto la trasformazione di quello che era stato concepito come uno strumento tecnico di adeguamento dello Statuto in uno strumento volto a far emergere precise scelte politiche, estromettendo però da queste scelte gli organi titolari del potere di controllo e indirizzo, ovvero il Parlamento e il Consiglio regionale e provinciale⁹⁹.

Tali modalità di collaborazione si sono esplicate in maniera stretta e continuativa con i Governi del centrosinistra (ai quali per altro la Svp ha sempre garantito un appoggio esterno), e occasionalmente con i Governi di centrodestra, sempre però a seguito di intese su singole votazioni parlamentari. Una siffatta tendenza ha consentito nel tempo un notevole ampliamento delle competenze regionali e provinciali ed è in questo contesto che le norme di attuazione hanno trovato spazio come strumento giuridico più rapido e incisivo per la realizzazione di programmi politici che altrimenti avrebbero richiesto procedimenti parlamentari più lunghi e complessi¹⁰⁰.

(98) Con il termine *blockfrei*, letteralmente «fuori dai blocchi», si fa riferimento alla linea politica adottata in maniera continuativa, fino alle elezioni politiche del 2013, dalla Svp di non partecipare a coalizioni nazionali ma di presentarsi da sola alle elezioni politiche. La motivazione di tale scelta risiedeva nella volontà, in quanto unico referente della minoranza linguistica tedesca e ladina del territorio, di porsi in maniera equidistante dagli schieramenti in modo tale da avere maggiore libertà di azione per poter contrattare al meglio il proprio eventuale successivo appoggio.

(99) Si veda cap. 6.

(100) I.e. procedimento ordinario di revisione degli Statuti di autonomia.

Alcuni specifici episodi più recenti possono essere qui utilmente richiamati per comprendere questo mutamento di prospettiva.

In occasione delle elezioni politiche del febbraio 2013¹⁰¹, per la prima volta nella propria storia¹⁰², il partito di raccolta degli altoatesini di lingua tedesca e ladina ha deciso di correre in coalizione con le altre forze di centrosinistra sostenendo la candidatura alla Presidenza del Consiglio dei Ministri di Pierluigi Bersani.

Questo sostegno, scaturito a seguito di un accordo politico sottoscritto, e successivamente, reso pubblico, tra le forze politiche autonomiste altoatesine¹⁰³ e trentine¹⁰⁴ e il Partito Democratico oltre a una serie di impegni prettamente “politici”¹⁰⁵, conteneva anche specifici punti programmatici¹⁰⁶. Di questi ultimi, la maggior parte avrebbe dovuto essere realizzata tramite l'adozione di decreti legislativi di attuazione.

Oltre a un generico impegno alla revisione dello Statuto di autonomia¹⁰⁷, le forze politiche impegnavano il Governo in caso di vittoria del-

(101) Per un approfondito resoconto giornalistico si rinvia a M. DALLAGO, *Patto di ferro Pd-Svp e riforma dello Statuto*, in *Alto Adige*, 26 dicembre 2012.

(102) Il rapporto continuativo di appoggio ai Governi di centrosinistra precedentemente veniva determinato, a seguito delle elezioni, ma prima del primo voto parlamentare di fiducia al programma di Governo.

(103) La Svp.

(104) Il Partito autonomista trentino tirolese (abbreviato Patt), movimento politico che si richiama al modello della Svp affermatosi negli ultimi anni nello scenario politico trentino. Ha preso parte all'accordo, non come sottoscrittore, ma aderente anche l'Unione per il Trentino (Upt) dell'allora Presidente della Giunta provinciale uscente, Lorenzo Dellai.

(105) Tra questi oltre all'adesione alla coalizione di centrosinistra delle forze autonomiste vi era l'accordo circa la presentazione di candidati unici nei collegi uninominali per l'elezione del Senato della Repubblica. Il Trentino-Alto Adige aveva infatti mantenuto per l'elezione dei senatori il sistema elettorale del c.d. *Mattarellum* (leggi n. 276 e n. 277 del 1993) che nel resto d'Italia era stato sostituito dalla legge n. 270 del 2005. Vi era inoltre un generico impegno delle forze politiche sottoscrittrici a correre unite anche per le elezioni europee del 2014 e per le elezioni amministrative del 2015.

(106) Per il testo completo dell'accordo sottoscritto a Roma, il 10 gennaio 2013, si rinvia a *Patto per l'Autonomia – Accordo tra i partiti del Pd, della Svp e del Patt*, consultabile al sito <https://partitodemocratico.bz/>.

(107) Che avrebbe dovuto essere modificato attraverso un'ordinaria procedura di revisione che garantisca il coinvolgimento e la partecipazione della popolazione. In attuazione di tale impegno, con legge provinciale n. 3 del 2015 il Consiglio provinciale di Bolzano aveva istituito due organi consultivi, la “Convenzione dei 33” e il “Forum dei 100”. Sullo stesso solco si mosse il

la coalizione di centrosinistra al «[...] ripristino delle competenze primarie in materia di ambiente, urbanistica e paesaggio, di concessioni idroelettriche, di contratti pubblici, adeguando lo Statuto e le norme di attuazione; emanazione della norma di attuazione sulla toponomastica per la Provincia autonoma di Bolzano, partendo dai presupposti definiti dalla legge provinciale n. 15/2012, superando l'impugnazione della stessa legge decisa dal Governo Monti; emanazione di una norma di attuazione in materia di commercio, partendo dai presupposti definiti dalla legge provinciale n. 7/2012, superando l'impugnazione della stessa legge decisa dal Governo Monti; fermo restando la natura giuridica del Parco nazionale, emanazione delle norme di attuazione del Parco dello Stelvio, assegnando l'amministrazione, per la rispettiva parte territoriale, alle Province autonome di Trento e Bolzano che assumono i relativi oneri finanziari [...]»¹⁰⁸.

Di particolare rilievo per la materia in esame erano i passaggi del testo che impegnavano il futuro Governo ad emanare norme di attuazione al fine di superare le impugnazioni di due leggi provinciali in materia di commercio e toponomastica¹⁰⁹ che erano state promosse dal Governo uscente presieduto dall'economista e professore Mario Monti. Si noti che ciò che può trasparire da questo impegno programmatico era, da un lato, la consapevolezza delle forze politiche circa la fondatezza delle censure di incostituzionalità evidenziate dal Governo Monti e di conseguenza la loro incompatibilità con il sistema statuario vigente, dall'altro,

Consiglio provinciale di Trento che con legge provinciale n. 1 del 2016 aveva creato la Consulta, organo consultivo con funzioni speculari a quelle della Convenzione dei 33. I lavori della Convenzione si conclusero con l'adozione del documento finale contenente «Proposte in ordine alla revisione dello Statuto di autonomia» approvato il 22 settembre 2017. Il 26 marzo 2018 anche la Consulta istituita in Trentino approvò all'unanimità un documento conclusivo che conteneva le istanze discusse per possibili modifiche allo Statuto speciale. La conclusione della legislatura e il mutato contesto politico nazionale e regionale, non ha ancora consentito di avviare l'iter formale di modifica dello Statuto che negli intendimenti del legislatore avrebbe dovuto tenere conto delle proposte avanzate dalla Convenzione e dalla Consulta. Sul tema, cfr. F. CORTESE, F. PALERMO, *Verso una (lenta) riforma partecipata dello Statuto di autonomia del Trentino-Alto Adige/Südtirol*, in *Le Regioni*, 6, 2017, pp. 1201-1209.

(108) Vengono riportate esclusivamente i punti programmatici che sarebbero dovuti essere attuati per mezzo di norme di attuazione.

(109) Erano rispettivamente le leggi provinciali n. 7 e n. 15 del 2012.

la volontà di modificare detto sistema non per mezzo delle procedure ordinarie (contenenti tutte le garanzie procedimentali tipizzate), bensì attraverso il ricorso a norme di attuazione che di fatto sarebbero andate a incidere sul quadro costituzionale vigente.

L'esempio riportato è sicuramente tra quelli più evidenti di questo nuovo modo di concepire le norme di attuazione. Dal testo dell'accordo si può inoltre dedurre come questo indirizzo si fosse già consolidato nelle precedenti esperienze di Governo con il centrosinistra. Il punto secondo della parte programmatica impegnava infatti le parti a «[...] ribadire, in continuità con la storia dei Governi di centrosinistra, secondo le modalità avviate dai Governi Prodi, D'Alema e Amato, le ragioni dell'ancoraggio internazionale dell'autonomia speciale, secondo le modalità avviate dal primo Governo Prodi in caso di modifica delle pattuizioni derivanti dall'accordo De Gasperi-Gruber del 1946 o del Pacchetto del 1969 [...]». Dove per «modalità avviate dal primo Governo Prodi» si intendeva proprio il ricorso al procedimento di adozione delle norme di attuazione che presenta tutti i vantaggi precedentemente citati.

L'esito delle elezioni del 2013 non ha consentito alla coalizione di centrosinistra di prendere in autonomia le redini del Governo; ciononostante, l'Svp garantì il proprio appoggio¹¹⁰ sia al Governo presieduto da Enrico Letta che a quello presieduto da Matteo Renzi. Successivamente, in sede di approvazione della fiducia al Senato all'esecutivo presieduto da Paolo Gentiloni¹¹¹, il capogruppo del gruppo *Per le Autonomie*¹¹², Karl Zeller, dichiarò¹¹³ che alla base del voto di fiducia espresso¹¹⁴ dal

(110) Si vedano le dichiarazioni di voto dell'On. Renate Gebhard Camera dei Deputati, Assemblea, *Resoconto stenografico*, XVII legislatura, seduta n. 10, 19 aprile 2013 e del Sen. Karl Zeller, Senato della Repubblica, Assemblea, *Resoconto stenografico*, XVII legislatura, seduta n. 197, 24 febbraio 2014.

(111) Il Governo Gentiloni si insediò dopo le dimissioni del Governo Renzi, a seguito della sconfitta nel referendum costituzionale del 4 dicembre 2016.

(112) Gruppo che comprendeva le rappresentanze di più minoranze etniche e linguistiche oltre a diversi senatori a vita.

(113) Si veda, specificamente, la dichiarazione di voto del Sen. Karl Zeller, Senato della Repubblica, Assemblea, *Resoconto stenografico*, XVII legislatura, seduta n. 734, 14 dicembre 2016.

(114) Con i numeri usciti dal voto di fiducia il sostegno del gruppo di cui faceva parte la Svp risultava determinante per il mantenimento della maggioranza assoluta al Senato.

proprio gruppo parlamentare vi era l'auspicio che il nuovo esecutivo portasse a compimento le ultime norme di attuazione mancanti per la realizzazione del programma politico del proprio partito di riferimento. L'accordo del 2013 venne parzialmente attuato con i decreti legislativi n. 14 del 2016, in materia di esercizio delle funzioni amministrative e funzionali concernenti il Parco nazionale dello Stelvio¹¹⁵, che le ha ripartite tra la le due Province autonome di Trento e Bolzano e la Regione Lombardia, e n. 146 nel 2016 in materia di pianificazione urbanistica.

Un ulteriore episodio¹¹⁶ svoltosi durante la suddetta legislatura e che merita di essere qui richiamato, fu il duro confronto che si realizzò nei primi mesi del 2017 in sede di Commissione dei sei in occasione della discussione su di una norma di attuazione in materia di toponomastica¹¹⁷. Il dibattito politico e l'attenzione mediatica su quella che avrebbe dovuto essere una norma meramente tecnica consentono di mette-

(115) Il Parco nazionale dello Stelvio, fondato nel 1935 è uno dei più grandi parchi naturali italiani. Ha come finalità quella di tutelare la flora e la fauna ivi presenti. Il territorio molto vasto comprende aree trentine, altoatesine e lombarde. Era amministrato direttamente dallo Stato per mezzo di un "Consorzio di gestione del parco nazionale". Con questa norma di attuazione, la cui discussione aveva già preso avvio sotto il governo Berlusconi IV con un'apposita intesa, sono state attribuite alla Provincia autonoma di Trento e a quella di Bolzano, per la propria porzione territoriale, le funzioni relative all'amministrazione del Parco nazionale dello Stelvio. L'art. 2 prevede a garanzia dell'unitarietà gestionale del parco un comitato di coordinamento formato da rappresentanti delle due Province autonome, della Regione Lombardia, del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e rappresentanti dei comuni il cui territorio amministrativo rientri nel parco. La norma di attuazione tutela l'unità del parco, ma nonostante questo, l'art. 4 frammenta la normativa prevedendo che le forme e i modi della tutela siano stabiliti con un piano e un regolamento del parco approvati da ciascuna Provincia autonoma in relazione al territorio di propria competenza; ciò pur garantendo al comitato un potere di indirizzo e al Ministero dell'ambiente di controllo. L'art. 9 prevedeva infine il passaggio di ruolo dei dipendenti dal Consorzio del Parco nazionale alle Province.

(116) Si veda anche F. GONZATO, *Toponimi, fumata nera sulla norma*, in *Alto Adige*, 9 marzo 2017.

(117) Superare lo stretto bilinguismo sulla toponomastica in Alto Adige è sempre stata una tematica cara alla Svp. Al fine di aggirare la rigidità statutaria che riconosce il bilinguismo pieno di tutta la toponomastica altoatesina si era pensato di ricorrere all'emanazione di una norma di attuazione interpretativa di questo principio che prevedesse la creazione di una Commissione paritetica speciale con il compito di determinare le denominazioni da inserire in elenchi della nuova ufficiale nomenclatura superando di fatto la precedente classificazione determinata con legge dello Stato (Regio Decreto n. 800/1923). Per un'analisi della problematica della toponomastica in Alto Adige si rinvia a F. PALERMO, *Riflessioni giuridiche sulla disciplina della toponomastica nella Provincia autonoma di Bolzano*, in H. OBERMAIER, S. RISSE, C. ROMEO (a cura di), *Regionale Zivilgesellschaft in Bewegung – Cittadini innanzi tutto*, Vienna-Bolzano, Folio Verlag, 2012.

re in luce come anche nella coscienza collettiva le norme di attuazione si siano ritagliate uno spazio di importanza tale da riuscire a dominare il dibattito politico. In tale occasione la pressione politica e l'attenzione mediatica fu talmente alta che alcuni dei membri della Commissione, contrariamente a quanto indicato dagli enti che li avevano nominati, si opposero all'approvazione della norma. Mancando l'auspicata unanimità, il Presidente della Commissione decise di non mettere in votazione il testo finale della norma di attuazione da trasmettere al Governo sancendo di fatto il blocco dell'*iter* di approvazione.

Malgrado questo episodio, la collaborazione tra Svp e centrosinistra è proseguita anche in occasione delle elezioni politiche del 2018¹¹⁸ dove la Stella alpina ha scelto di correre ancora una volta schierandosi nel campo del centrosinistra. Questa volta però il risultato delle elezioni non ha consentito la formazione di una maggioranza parlamentare che comprendesse il Partito Democratico, ponendo di fatto la Svp all'opposizione.

Un discorso differente va fatto per quanto riguarda le norme di attuazione approvate o promosse dai governi di centrodestra¹¹⁹. Come abbiamo evidenziato sopra, non si è mai trattato di accordi organici e continuativi di collaborazione tra il Governo provinciale e quello nazionale. Vi sono state però occasionali convergenze che hanno portato anche in questo caso il Governo a impegnarsi sull'adozione di determinate norme di attuazione come contropartita al voto favorevole su specifici provvedimenti parlamentari.

Un importante esempio, anche per il rilievo mediatico che attirò, ebbe luogo nel dicembre 2010 durante il Governo Berlusconi IV. Il sostegno parlamentare al Governo¹²⁰ si era reso fragile per via dell'uscita dai gruppi parlamentari della maggioranza di numerosi deputati vicini all'allora Presidente della Camera dei deputati Gianfranco Fini. Dopo un iniziale periodo di collaborazione, il Governo si trovò il 14 dicembre

(118) Si veda *Sup*, *accordo territoriale con Pd e Patt* su <http://www.ansa.it>, 16 gennaio 2018.

(119) Nello specifico, Berlusconi II, Berlusconi III e Berlusconi IV.

(120) Mentre al Senato la maggioranza era più solida, alla Camera dei Deputati il partito del Presidente della Camera era determinante per il mantenimento della maggioranza assoluta dei componenti l'Assemblea.

2010 di fronte ad una mozione di sfiducia sostenuta da tutte le opposizioni e dai neocostituiti gruppi parlamentari del Presidente della Camera che sulla carta aveva i numeri per essere approvata. Iniziò per questo motivo un dialogo, se non una vera e propria trattativa con i parlamentari di altri gruppi non facenti parte della maggioranza al fine di ottenere un voto favorevole o quanto meno un'astensione sulla mozione di sfiducia, in modo tale che questa venisse respinta¹²¹.

Da quanto si apprende dalle cronache¹²² e dai resoconti dei diretti interessati¹²³ i due deputati della Svp scelsero di astenersi sulla mozione di sfiducia presentata dalle opposizioni rimarcando il proprio posizionamento al di fuori degli schieramenti e tenuto conto dell'apertura da parte del Governo circa l'adozione di alcune norme di attuazione che erano considerate fondamentali per l'attuazione del programma politico della Giunta provinciale e il cui procedimento di adozione risultava bloccato per via dei pessimi rapporti fino ad allora intercorrenti tra il Governo e le due Province autonome¹²⁴.

Nonostante il Governo avesse superato la mozione di sfiducia del 14 dicembre¹²⁵, la debolezza dell'esecutivo permise l'adozione solamente di poche norme di attuazione e il Governo rassegnò le dimissioni

(121) Per una più ampia ricognizione degli eventi, si veda C. ARGENTO, *Berlusconi vince per tre voti e va al Colle*, in *Corriere della Sera*, 14 dicembre 2010.

(122) Per un ampio resoconto si rinvia a F. GONZATO, *Svp, un piccolo aiuto per Berlusconi*, in *Alto Adige*, 5 dicembre 2010.

(123) Il caso precedentemente richiamato di accordo scritto e pubblicato rappresentava fino ad allora un *unicum*. In questo caso ci si può però rifare, tra le altre, alle dichiarazioni dell'allora Presidente della Giunta provinciale Luis Durnwalder pronunciate durante un'intervista televisiva rilasciata al programma "Pressestunde" della ORF (la radiotelevisione nazionale austriaca), il 5 dicembre, nove giorni prima della discussione e del voto sulla mozione di sfiducia alla Camera dei deputati. Il politico altoatesino annunciando l'astensione dei due deputati della Svp dichiarò che «*dopo anni di gelo, il rapporto con il Governo era cambiato*» aggiungendo di aspettarsi presto «*il via libera da parte del Governo su diverse norme di attuazione*».

(124) Si veda la dichiarazione di voto del On. Siegfried Brugger, in occasione del voto sulla mozione di sfiducia presentata alla Camera dei deputati il 14 dicembre 2010: Camera dei deputati, Assemblea, *Resoconto stenografico*, XVI legislatura, seduta n. 408, 14 dicembre 2010.

(125) La mozione di sfiducia venne respinta con 314 voti contrari 311 a favore e 2 astensioni (si veda Camera dei deputati, Assemblea, *Resoconto stenografico*, XVI legislatura, seduta n. 408, 14 dicembre 2010).

meno di un anno dopo¹²⁶. In questi undici mesi di governo furono comunque adottati cinque decreti legislativi riguardanti la Regione Trentino-Alto Adige. Tra i decreti legislativi promossi dal Governo vennero emanati quello relativo alla funzione di controllo della Corte dei conti, il d.lgs. n.166 del 2011¹²⁷, e quello relativo alle popolazioni ladine, il d.lgs. 172 del 2011¹²⁸.

Oggi i fatti più recenti ci consentono di confermare questo orientamento del legislatore provinciale e nazionale. A seguito delle elezioni politiche del 2018 e dell'insediarsi del Governo formato sulla base di una coalizione tra la Lega e il Movimento cinque stelle, che ha visto il partito della Svp porsi all'opposizione, a maggior riprova del rilievo delle vicende politiche sul processo di decretazione, non sono ancora stati emanati decreti attuativi e la Commissione paritetica attende ancora di essere ricomposta. Tuttavia, con la formazione delle nuove Giunte provinciali e regionale, che vedono la collaborazione tra uno dei *partner* di Governo e la Svp, la decretazione di attuazione sembra essere destinata a rifiorire. Il patto di Governo siglato in Provincia di Bolzano tra la Lega e la Stella alpina contiene infatti specifici riferimenti ancora una volta alle norme di attuazione come strumento per l'esecuzione del programma di Governo sottoscritto¹²⁹. Ciò che emerge dalle vicende sopra tratteggiate è ancora una volta la rilevanza che le norme di attuazione dello Statuto speciale del Trentino-Alto Adige hanno assunto e continuano a ricoprire sia sul piano locale che su quello nazionale.

(126) Il 12 novembre 2011.

(127) Con questa norma di attuazione venne modificato il precedente d.P.R. n. 305 del 1988, togliendo alla Corte dei conti il potere di controllo sulla legittimità degli atti della Regione e delle Province. Venne inoltre attribuito alle Province di Trento e Bolzano il compito di eseguire «controlli anche di natura collaborativa, funzionali all'attività di vigilanza sul raggiungimento degli obiettivi di finanza pubblica e il controllo successivo sulla sana gestione relativi agli enti locali e agli altri enti e organismi individuati dall'art. 79, comma 3, del decreto del Presidente della Repubblica n. 670 del 1972 [...]». Alla Corte dei conti dovrà essere data notizia dell'esito dei controlli.

(128) Le disposizioni sull'uso della lingua ladina di cui al d.P.R. n. 574 del 1988 sono state estese alle frazioni di Oltretorrente, Roncadizza e Bulla del Comune di Castelrotto.

(129) Il punto «Ampliamento dell'autonomia» contiene una serie di misure volte all'ampliamento della sfera di competenza della Provincia Autonoma di Bolzano, attraverso norme di attuazione da ottenere per mezzo di un accordo con il Governo nazionale promosso da parte dei rappresentanti locali. Per il testo integrale dell'accordo di programma si veda nota n. 91.

Su tale aspetto hanno sicuramente influito le oggettive peculiarità del contesto politico altoatesino oltre allo stretto rapporto con il territorio di provenienza dimostrato dai principali attori politici. Il legame dei rappresentanti politici con il territorio li rende infatti prima di tutto portatori di quegli specifici interessi e pertanto tutta la loro attività si rivolge al soddisfacimento di tali interessi prescindendo in qualche modo dalle logiche nazionali. Ma non solo. Ciò è stato anche favorito dall'appartenenza degli eletti nei vari organi decisionali al medesimo soggetto politico che governa la Regione e la Provincia e che è svincolato dall'appartenenza a partiti a vocazione nazionale, il che gli ha appunto consentito di trattare liberamente e direttamente con il Governo nazionale. Questo schema di rapporti richiama, senza ombra di dubbio, il principio della rappresentanza territoriale. Per fare un paragone, il modello della rappresentanza altoatesina a livello nazionale è simile a ciò che si è realizzato nella democrazia statunitense. In tale realtà i senatori e i membri della Camera dei rappresentanti sono eletti con il sistema dei collegi uninominali. Essi sono prima di tutto rappresentanti del proprio Stato o distretto di elezione e di questo curano primariamente gli interessi al fine di garantirsi i voti necessari alla rielezione¹³⁰, prescindendo persino, in certi casi, dalle indicazioni dei propri gruppi parlamentari. Ciò avviene anche in Alto Adige in particolare, dove il legame con il territorio è tanto forte da prevalere indiscutibilmente sullo spirito nazionale.

6. *Riflessioni critiche e prospettiche*

Le norme di attuazione in termini di fonte di diritto vivente non sono rimaste immuni da critiche. Diversi sono stati gli aspetti dell'istituto commentati e criticati dalla dottrina.

La critica più risalente¹³¹ evidenziava come l'utilizzo e lo sviluppo giurisprudenziale delle norme di attuazione avesse generato una sorta di incompatibilità all'interno dell'ordinamento costituzionale italiano, in ra-

(130) Sulla rappresentanza territoriale negli Stati Uniti, si veda anche J.R. MAC ARTHUR, *La casta americana*, Roma, ed. Casini, 2010.

(131) R. SACCO, *Le fonti del diritto italiano vol. I*, Torino, UTET, 1998; U. ALLEGRETTI, *La corte ribadisce l'estraneità del Parlamento all'attuazione degli Statuti speciali*, in *Le Regioni*, 6, 1984, pp. 1310-1324.

gione della ritenuta esistenza di una fonte “paracostituzionale”¹³², sulla quale il Parlamento non può intervenire direttamente, in una forma di governo, come quella italiana, di stampo prettamente parlamentare. Autorevole dottrina¹³³, al fine di risolvere questa antinomia, propone una soluzione che ricondurrebbe il procedimento di adozione delle norme di attuazione sia alla disciplina dettata dall’art. 76 della Costituzione¹³⁴, che alle previsioni contenute negli Statuti speciali. Secondo tale impostazione occorrerebbe una delega parlamentare ogni qual volta vi fosse la necessità di procedere all’emanazione di una norma di attuazione, che verrebbe poi adottata con il procedimento ordinariamente previsto dagli Statuti¹³⁵. In tal modo verrebbe salvaguardato sia il ruolo del Parlamento sia il necessario raccordo tra Stato e Regione speciale in sede di Commissione paritetica.

In realtà, una siffatta modifica del procedimento di adozione non appare necessaria. È pur vero che il Parlamento è escluso dalla procedura di adozione delle norme di attuazione, ma ciò non toglie che esso rimanga titolare del potere di controllo e di indirizzo nei confronti del Governo e che, proprio in virtù di questo potere, potrebbe in ogni momento agire per censurare l’attività dell’esecutivo anche in relazione alla decretazione attuativa attraverso gli strumenti offerti all’organo legislativo dalla Carta costituzionale¹³⁶.

(132) Si fa riferimento al carattere «separato e riservato» (si veda *supra* nota n. 6) delle norme di attuazione, e alla conseguente prevalenza delle norme di attuazione sulle leggi ordinarie che le pone di fatto nell’ambito di propria competenza in una posizione intermedia tra la Costituzione e la legge.

(133) G. MOR, *Considerazioni sulle norme di attuazione degli Statuti delle Regioni ad autonomia differenziata*, in *Le Regioni*, 1981, pp. 431 ss.

(134) Ci si riferisce alla disciplina prevista per l’adozione dei decreti legislativi.

(135) Parere delle commissioni paritetiche e decreto del Governo.

(136) Sul punto, cfr. S. BARTOLE, *Le norme di attuazione degli Statuti speciali come fonte permanente*, in *Le Regioni*, 1985, pp. 1140 ss., in cui viene fatto un riferimento più specifico ad un mancato intervento del Parlamento relativo al termine previsto all’art. 108 dello Statuto di autonomia della Regione Trentino-Alto Adige. Tale disposizione impegnava il Governo ad adottare i decreti legislativi contenenti le norme di attuazione entro due anni dalla data di entrata in vigore dello Statuto. Secondo lo stesso Autore, il Parlamento, anche in questa circostanza, si astenne dal far valere la responsabilità politica del Governo di fronte al mancato rispetto del termine ivi indicato.

Sotto un profilo squisitamente formalistico si può inoltre rilevare come le norme di attuazione traggano origine dalla delega espressa negli Statuti speciali, che, in quanto leggi costituzionali sono espressione del potere costituente. Il detentore del potere costituente allo scadere dell'Assemblea costituente è pur sempre il Parlamento, il quale potrebbe dunque intervenire modificando le disposizioni costituzionali. In questo senso il Parlamento è (e resta ancora) sovrano. Ben potrebbe nel rispetto dei vincoli e delle procedure previste dalla Costituzione e dagli Statuti, attraverso una legge costituzionale, instaurare, revocando la delega permanente contenuta negli Statuti speciali, un nuovo e diverso sistema che lo coinvolga direttamente nel procedimento di adozione delle norme di attuazione. Strettamente collegata a questa critica è il rilievo più recente, stante il ruolo che questo istituto riveste ormai per il nostro ordinamento, volto a censurare le carenze di trasparenza e pubblicità che caratterizzano il procedimento di adozione delle norme di attuazione in particolare nel momento concertativo in sede di Commissione paritetica.

Ebbene, alla luce dello sviluppo che abbiamo evidenziato che ha portato la Commissione paritetica a trasformarsi «da tecnico consultiva a politico consultiva»¹³⁷ l'assenza di specifiche garanzie di trasparenza e pubblicità non è più giustificabile. Sul tema Bartole, al contrario, evidenziava come il procedimento sottostarebbe alle stesse regole di «discrezione e pubblicità» previste per il Governo e che di conseguenza alcuna critica potrebbe essere sollevata sul punto. Se ciò potrebbe essere condivisibile per norme regolanti aspetti esclusivamente tecnici (circolari o decreti ministeriali), così non può essere per norme del tutto particolari come quelle di attuazione che hanno assunto nel nostro ordinamento un'importanza fondamentale e che, dotate di forza prevalente sulle leggi ordinarie, disciplinano situazioni giuridiche di primaria importanza e di natura non meramente tecnica.

Tale antinomia potrebbe in ogni caso essere facilmente superata attraverso l'adozione da parte di ciascuna Commissione paritetica di specifici regolamenti in grado di garantire elementi di pubblicità e di maggio-

(137) S. BARTOLE, *La Presidenza della Commissione paritetica: implicazioni complesse di una decisione apparentemente semplice*, in *Le Regioni*, 1995, p. 1162 ss.

re coinvolgimento degli enti territoriali di riferimento¹³⁸. Una scelta in tal senso conferirebbe ulteriore forza e legittimazione a un istituto che per le autonomie speciali è diventato irrinunciabile.

Malgrado suddette criticità, la volontà politica e la giurisprudenza recente non sembrano voler “sbarrare le porte” a questa esperienza, che ha il pregio di offrire ai principali attori dell’ordinamento costituzionale e regionale un utile – ed a tratti necessario – strumento di dialogo e concertazione certamente più efficace di altri¹³⁹.

L’esistenza di uno strumento caratterizzato da una certa duttilità in grado di consentire l’aggiornamento delle disposizioni statutarie e di garantire allo Stato e alle Regioni speciali una possibilità di confronto paritario – senza che il primo possa far valere direttamente la propria posizione gerarchicamente sovraordinata – ha sicuramente una valenza virtuosa e le criticità che sicuramente dovrebbero essere superate, non possono essere considerate certo tali da far preconizzare l’abbandono di tale istituto.

Al contrario, le norme di attuazione possono diventare un’importante modello per l’elaborazione di soluzioni utili per le sfide che coinvolgeranno l’ordinamento regionale italiano nei prossimi anni¹⁴⁰. Tra queste la realizzazione del regionalismo differenziato *ex art.* 116, comma 3 della Costituzione potrebbe trovare nelle norme di attuazione uno dei propri strumenti di realizzazione¹⁴¹. Certo ciò potrebbe realizzarsi solo at-

(138) Sul punto si veda anche B. PLATZER, *Memoria*, riassunta in Camera dei deputati, Commissione parlamentare per le questioni regionali, *Documento approvato a conclusione dell’indagine conoscitiva*, *all.* 6, XVII legislatura, 4 novembre 2015.

(139) Si pensi ad esempio alle criticità legate alla scarsa capacità incisiva della Conferenza Stato-Regioni/Province autonome. Sul punto si veda anche J. WOELK, *La conferenza permanente tra Stato, Regioni e Province autonome*, in *L’ordinamento speciale della provincia autonoma di Bolzano*, *op. cit.* nota n. 58, pp. 542-557.

(140) Non si può non richiamare come, già in passato, il modello della Commissione paritetica sia stato ripreso dal legislatore per la soluzione di specifiche problematiche relative ad altre minoranze etno-linguistiche presenti sul territorio nazionale. Si fa riferimento in particolare alla l. n. 38 del 2001 con cui è stata istituito un “Comitato istituzionale paritetico per i problemi della minoranza slovena” composto da 20 membri, di cui 10 cittadini italiani di lingua slovena, di cui 4 nominati dal Consiglio dei Ministri, 6 dalla Giunta regionale, 7 dal Consiglio regionale e 3 dall’Assemblea degli eletti di lingua slovena nei Consigli degli Enti locali del territorio.

(141) A tal proposito si vuole evidenziare come gli accordi preliminari di intesa raggiunti dal Governo con le Regioni Veneto, Lombardia e Emilia-Romagna (per il testo integrale degli accor-

traverso un adeguamento del quadro costituzionale, ma è innegabile il valore che le norme di attuazione potrebbero assumere, trasformandosi da patrimonio esclusivo delle Regioni ad autonomia speciale a patrimonio collettivo dell'ordinamento regionale italiano.

Se la Regione Trentino-Alto Adige, per i motivi che si sono più sopra diffusamente esposti, ha rappresentato il terreno fertile per la crescita dell'istituto, non v'è motivo di credere che tale modello non possa essere applicato anche altrove, pur sempre a seguito di una valutazione d'insieme in merito alla capacità organizzativa e soprattutto fiscale e finanziaria della Regione che abbia manifestato la volontà di "differenziarsi".

Con riguardo a tale ultimo profilo, deve invero rilevarsi che, laddove non venisse effettuata l'auspicata valutazione d'insieme, si rischierebbe – come dimostrato per certi versi anche dall'esperienza autonomistica siciliana – di creare delle compartecipazioni di facciata, incapaci di realizzare una piena e soprattutto efficace autonomia a causa della inidoneità della Regione a sostenere i maggiori oneri derivanti da competenze e funzioni precedentemente svolte dallo Stato.

Per quanto riguarda la Regione Trentino-Alto Adige, le norme di attuazione hanno inciso su così molteplici materie e dall'ambito applicativo così vasto che non vi è dubbio che oggi possano essere considerate a pieno titolo fonti primarie dell'autonomia al pari dello Statuto speciale. Chiunque volesse commentare il futuro sviluppo dell'ordinamento autonomistico in Trentino-Alto Adige, non potrà prescindere quindi da un confronto con le norme di attuazione, tenuto conto che il loro valore per la regolazione dei rapporti con Roma non pare essere assolutamente contestato.

di, si veda il sito ufficiale del Ministero per gli Affari regionali e le autonomie: <http://www.affari-regionali.gov.it/>) facciano espresso riferimento all'istituzione di speciali Commissioni paritetiche, composte da diciotto membri e ispirate al modello delle Commissioni paritetiche delle Regioni a Statuto speciale, con il compito di determinare le modalità di attribuzione dei finanziamenti, e le risorse umane e strumentali relative alle maggiori competenze attribuite a tali Regioni. A differenza che nelle Regioni a Statuto speciale, i componenti delle rispettive commissioni saranno determinati dal Ministero per gli affari regionali e dalle Giunte regionali. In senso critico sul punto, si veda R. BIN, *L'insostenibile leggerezza dell'autonomia "differenziata": allegramente verso l'eversione*, in *lacostituzione.info*, reperibile online al sito <https://www.lacostituzione.info/>.

Le spinte verso un'ulteriore espansione degli ambiti dell'autonomia inoltre sembrano essersi tutt'altro che affievoliti e i recenti mutamenti politici non hanno messo in discussione il ruolo dell'istituto che viene tutt'ora considerato utile strumento per l'attuazione di intese politiche che vanno oltre l'attuazione in senso stretto dello Statuto.

Tra gli aspetti benevoli va, da ultimo, sicuramente evidenziato come anche grazie a questo strumento si è riusciti a dare una concreta risposta alle difficoltà di gestione di un territorio particolare caratterizzato da divisioni etniche, culturali e politiche. Non a caso, alcuni aspetti dell'esperienza autonomistica del Trentino-Alto Adige sono stati presi in considerazione per l'elaborazione di un modello istituzionale in grado di risolvere situazioni di crisi¹⁴², in corso anche in altre parti del mondo, dovute alla presenza di minoranze etnico-linguistiche¹⁴³.

(142) Sul punto si rinvia a J. MARKO, *L'Alto Adige. Un "modello" per la composizione dei conflitti etnici in altre aree d'Europa?*, in *L'ordinamento speciale della provincia autonoma di Bolzano*, cit. nota n. 58, pp. 959-983.

(143) A titolo esemplificativo si fa riferimento alla complicata questione della crisi nell'area Donbass in Ucraina, da cui è scaturita una vera e propria guerra civile con la minoranza etnica russa. Diversi studiosi e osservatori internazionali hanno proposto il l'adozione per l'area popolata dalla minoranza russofona di un modello istituzionale ispirato a quello della Provincia Autonoma di Bolzano. Sul punto si veda R. BENEDIKTER, *East Ukraine's four perspectives: A Solution According to the South Tyrol Model*, in *Ethnopolitics Papers*, 37, (a cura di) G. CURLESS, M. COLLEAU, H. JARRETT, Londra, Political Studies Association, agosto 2015.

Il sistema sanitario italiano e le sue nuove sfide. Riflessioni attorno all'opera di C. Bottari, *Profili innovativi del sistema sanitario*, Torino, 2018

Claudia Tubertini

Un dato senz'altro significativo dello stato di salute degli italiani è rappresentato dalla forte riduzione della mortalità prematura (indicatore ricompreso anche nei *Sustainable Development Goals* delle Nazioni Unite), la quale risulta diminuita, dal 2004 al 2016, del 26,5% per gli uomini e del 17,3% per le donne. In effetti l'Italia, con i suoi 83,4 anni di vita media attesa alla nascita (dato riferito al 2016, ultimo anno disponibile per i confronti internazionali), è da molto tempo uno dei Paesi più longevi nel contesto internazionale, secondo dopo la Spagna (83,5 anni) tra i Paesi dell'Unione europea. Tale invidiabile primato rappresenta, al contempo, un elemento di orgoglio e di preoccupazione. Di orgoglio, perché senz'altro alla realizzazione di tale obiettivo ha fortemente contribuito l'evoluzione della nostra organizzazione sanitaria, che dagli albori dello Stato unitario sino ad oggi ha visto una costante trasformazione in senso fortemente ampliativo sia del suo raggio d'azione, sia della platea dei soggetti tutelati. Di preoccupazione, perché l'aumento dell'età media, unito al progresso tecnologico, ha condotto ad un aumento costante ed inarrestabile dei bisogni assistenziali del Paese e dunque delle risorse pubbliche necessarie a garantire, ed ulteriormente innalzare, i livelli di tutela già raggiunti dal nostro ordinamento. Si tratta di un problema comune a tutti i Paesi avanzati, una vera e propria sfida che impone un continuo adattamento dell'articolazione delle competenze, dell'organizzazione dell'assistenza, dei meccanismi di finanziamento e, naturalmente, del sistema di erogazione delle prestazioni sanitarie. Sono questi i temi a cui rivolge anzitutto l'attenzione la recente opera di Carlo Bottari, significativamente intitolata "Profili innovativi del sistema

sanitario” (Giappichelli editore, 2018), che dedica l’intera parte prima alla ricostruzione di come l’evoluzione del diritto alla tutela della salute abbia trovato proiezione nel mutamento dei suoi assetti istituzionali: il decentramento, l’aziendalizzazione, la responsabilità nell’uso delle risorse, la compenetrazione tra pubblico e privato, hanno come comun denominatore, al fondo, la ricerca di soluzioni adeguate a cogliere la sfida del raggiungimento di quello stato di completo benessere fisico, mentale e sociale che costituisce il moderno diritto alla salute. Già la ricostruzione di queste linee di riforma mostra numerosi punti ancora critici o irrisolti, a partire dalla concezione stessa del diritto alla salute, costantemente oscillante tra il riconoscimento pieno e la tutela finanziariamente condizionata: lo evidenzia bene l’autore, nel ripercorrere le tappe della giurisprudenza, specie costituzionale, in materia. Altrettanto irrisolto è il tema della ripartizione delle competenze, che vede contrapposta una corrente favorevole ad un robusto riaccentramento, ritenuto essenziale a riportare ad unitarietà un sistema percepito come troppo frammentato e differenziato, ed un movimento, non solo d’opinione ma anche politico-istituzionale, tendente all’ulteriore differenziazione delle competenze tra Regioni, anche mediante l’attivazione della clausola del cd. regionalismo differenziato (art. 116, comma 3 Cost.). Non certo privi di punti critici sono, del resto, anche i temi del finanziamento e dell’organizzazione, di cui il volume ripercorre i passaggi principali, ivi compreso il momento cruciale rappresentato dall’insorgere dell’emergenza del contenimento del debito sanitario: emergenza ancora non del tutto risolta e profondamente condizionante l’efficacia dell’intero sistema, come dimostra anche la più recente evoluzione legislativa.

Ma le questioni istituzionali non esauriscono il ricco panorama di temi che ruotano attorno al mondo della sanità, dove si intrecciano ormai tematiche di diritto costituzionale, amministrativo e civile, profili etici, aspetti di economia e di organizzazione aziendale. Nella selezione dei profili settoriali da trattare nella seconda parte del volume, l’autore sceglie un criterio che tiene conto della stretta attualità, dedicando spazio agli argomenti che più sono stati oggetto, in questi ultimi anni, di innovazioni significative sul piano della dottrina, della giurisprudenza, della legislazione e della prassi. Troviamo così analizzate questioni relative a specifici settori di assistenza (la farmaceutica, l’assistenza psichia-

trica), ma anche profili legati alla tutela dei diritti del paziente (il consenso nel trattamento terapeutico), nonché alle risorse umane (l'ordinamento delle professioni sanitarie, la disciplina delle responsabilità) ed agli strumenti dell'organizzazione sanitaria (la sanità digitale). In ognuno di questi settori, gli ultimi anni sono stati caratterizzati da profondi mutamenti: basti pensare all'ultima questione citata, la sanità digitale, a cui si connette la maggior speranza di contenimento della spesa e di miglioramento della relazione tra cittadini ed amministrazione sanitaria. E non mancano certo, anche in questi settori, i problemi e le questioni irrisolte: a partire dal tema delle risorse umane, caratterizzato, in questi ultimi anni, da un drastico calo (26.500 operatori in meno, dal 2012 al 2017). Deriva da questa seconda parte del testo una percezione netta della poliedricità che ha ormai assunto quello che riduttivamente continua a chiamarsi diritto sanitario, ma anche una messe di spunti e di considerazioni che dimostrano come, in tutti i settori oggetto di attenzione, il sistema sanitario sia chiamato ad affrontare nuove sfide e come ciò imponga la costante ricerca di nuovi strumenti e soluzioni. Appare così anche evidente che lo studio del sistema sanitario non possa ormai rimanere confinato nella trattazione di parte generale, dovendo necessariamente includere anche i profili settoriali, nei quali davvero si misura la capacità del sistema stesso di rimanere coerente con i suoi presupposti ed obiettivi fondanti. L'auspicio è che questa felice scelta dell'autore sia la premessa per un approfondimento monografico di ciascuno dei settori inclusi nell'opera, per contribuire alle trasformazioni necessarie a realizzare in concreto la nuova concezione del diritto alla salute che – come dice Bottari – va interpretato come «valore assoluto, strettamente legato a quello altrettanto consolidato della libertà, che pretende piena ed esaustiva tutela».

TABLE OF CONTENTS AND ABSTRACTS

Essays and Articles

Multilevel Governance in Asylum Seeker and Refugee Reception Policies in Italy (p. 5)

Francesca Campomori

Reception measures for asylum seekers and refugees as defined by law no. 142/2015 imply a high degree of cooperation among levels of government. The actual implementation of this law reveals conflicts between the national government, which aims to distribute asylum seekers in all territories, and some municipalities which try to resist such decisions. Even at the local level, public and private actors do not always cooperate and display a complex variety of approaches reflecting civil society's array of positions of towards refugees and specific measures promoted by local governments. This paper analyses the multilevel governance dynamics in the specific case of reception policies for asylum seekers and refugees after the so called "refugee crisis" and the introduction of new rules as established by the so-called Salvini decree (n. 113/2018).

Social Services and Immigration (p. 21)

Annalisa Gualdani

The essay focuses on access to welfare services by immigrants. First, the text describes the evolution of the concept of citizenship and how, along with the lack of public resources, it influences the supply of social services in favour of foreigners. The analysis then examines the set of provisions regulating the conditions and the constraints established by the Italian legal system in order to extend welfare services to immigrants. The conclusion of the investigation shows that the insurmountable limit set by the Italian welfare system is represented by the need to safeguard fundamental rights, the intangible nucleus of which is identified with the services arising from Article 117, para. 2, letter m, of the Constitution, which must be guaranteed indistinctly to both citizens and foreigners, in light of the principle of equality.

Immigrants' Right to Health (p. 45)

Cecilia Corsi

The essay aims to establish a detailed framework of the legislation and the case-law concerning the protection of non-citizens' health. After having described the guarantees granted to immigrants legally residing in our territory, the text addresses issues concerning the treatment of irregular foreigners. Special attention is devoted to the relationship between health protection and the power of the State to regulate foreigners' entry, and expulsion. The essay ends by highlighting the importance of measures necessary to allow immigrants to genuinely exercise their right to health.

New Inhabitants' Housing Rights (p. 77)

Paola Capriotti

What opportunities are offered to non-EU citizens in order to achieve housing autonomy? This article attempts to describe the current interpretative status of housing rights, especially in light of the evolution of the stance of the Constitutional Court, recently engaged in verifying the legitimacy of long-residence requirements in order to achieve access to housing support measures. Such requirement exert inevitable impacts on foreigners and exacerbates an already complex situation, featuring scarcity of public housing and rent market discrimination, which recent housing support policies certainly do not simplify.

Integration of Immigrants and Access to Housing: A Double Challenge for the Spanish Administration (p. 99)

María Antonia Arias Martínez

Legislators in Spanish autonomous communities have enacted a number of actions to address the housing crisis that affects mainly the most vulnerable social groups, including the immigrant population. Appropriate accommodation is essential for the development of the latter's life projects and for its integration in the host society. This article undertakes an analysis of the solutions provided by legislators to deal with this twofold issue and reaches the conclusion that such actions have limited

practical effectiveness. Even though a large part of autonomous community norms as regards housing exert a strong social impact, their subsequent development requires compliance with conditions that become administrative barriers which immigrants find hard to overcome.

Maritime Rescue Obligation, Coast Guard Functions and “Delegated” Refoulement: On the Powers of the Minister for the Interior (p. 149)

Marco Magri

The article examines recent directives adopted by the Minister of the Interior in the field of border policing and recommending that the administrative bodies responsible for maritime search and rescue operations, including the Navy, consider the transit of NGO vessels, carrying migrants (mainly refugees and asylum seekers) rescued in the high seas, as a “non-innocent passage” in Italian territorial waters. According to the Minister’s orders, the assignment of a place of safety by Italian authorities under the International Convention on Maritime Search and Rescue (the so-called SAR Convention) requires an NGO ship not to have entered an “SAR zone” other than that of Italian responsibility and then intentionally enter the latter, thus circumventing the operational indications or, in any case, evading the jurisdiction of the country responsible for the search and rescue. The analysis raises a set of questions, especially as regards domestic law, with reference to the competence of the Minister of the Interior to regulate, by means “directive” acts, the search and rescue activities of the Coast Guard.

Social Co-operatives, Third Sector Reform and Regional Legal Provisions: An Evolving Legal Form? (p. 181)

Alceste Santuari

According to the Italian Constitution of 1948, the 1991 Social Co-operatives Act acknowledges social co-operatives as the legal and organisational form whereby to pursue social goals by carrying out services of general interest. Over the years, regional governments have enacted specific legal provisions concerning social co-operatives. The recent Third Sector Organisations and Social Enterprises Reform Acts have also included a set of provisions concerning social co-operatives, especial-

ly with reference to their relationships with local authorities. The article aims at testing whether the current legal framework relating to social co-operatives is capable of promoting their development and a wider engagement in the provision of services of general interest.

Notes and Comments

About “Social Housing”: Social Right to Housing or Right to Social Housing? (p. 207)

Alvise Vittorio Alessandro Divari

The global financial crisis of 2007-2008 placed the right to housing, or social housing, at the centre of an important debate. Social rights, including the right to housing, are complex and difficult to define in both the Italian and the European contexts. The text provides an overview of legislative sources and doctrines, describes a set of proposals based on an analysis of critical features of the material Constitution and widespread practices in Italy.

Regional Observatory

Development and Critical Features of the Implementing Decree System of the Trentino-Alto Adige/Südtirol Region’s Statute (p. 231)

Gabriele Giovannetti

Readings and Highlights

The Italian Healthcare System and Its New Challenges. Reflections on the Book by C. BOTTARI, *Profili innovativi del sistema sanitario*, Torino, 2018 (p. 269)

Claudia Tubertini

NOTIZIE SUGLI AUTORI

María Antonia Arias Martínez

Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Vigo (España)

Francesca Campomori

Professoressa associata in Scienza politica, Università Ca' Foscari di Venezia

Paola Capriotti

Dottoranda di ricerca in Pianificazione territoriale e politiche pubbliche del territorio, Università IUAV di Venezia

Cecilia Corsi

Professoressa ordinaria di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Firenze

Alvise Vittorio Alessandro Divari

Avvocato di A.T.E.R. della Provincia di Vicenza

Gabriele Giovannetti

Dottore in Giurisprudenza, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

Annalisa Gualdani

Professoressa aggregata di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Siena

Marco Magri

Professore associato di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Ferrara

Alceste Santuari

Ricercatore *Senior* di Diritto dell'economia e Docente di Diritto dell'economia degli enti no profit, Università di Bologna

Claudia Tubertini

Professoressa associata di Diritto amministrativo, Università di Bologna

Criteri editoriali

Istituzioni del Federalismo pubblica contributi scientifici sulle autonomie territoriali, espressione di diverse aree disciplinari, con una naturale preferenza per l'ambito giuridico e politico. IdF accetta solo contributi originali inediti. In base a specifici accordi con l'Autore e in casi particolari potranno essere pubblicati anche lavori già editi o in corso di pubblicazione in altra sede, fatto salvo apposito richiamo in nota da parte dell'Autore. Si accettano contributi redatti su file di testo in italiano, inglese, spagnolo, francese, che verranno pubblicati in lingua originale. Una volta accettato, il lavoro è coperto dal *copyright* della Rivista e non può essere riprodotto senza autorizzazione.

Criteri di revisione. Tutti i contributi da pubblicare sono sottoposti ad una doppia revisione effettuata direttamente dai componenti del Comitato Scientifico oppure affidata a esperti esterni individuati dallo stesso Comitato Scientifico, che resta comunque l'organo competente a decidere in via definitiva sulla pubblicazione o meno di un articolo. La revisione è effettuata attraverso il metodo del referaggio anonimo a "doppio cieco" (che esclude la conoscenza reciproca tra Autore e *referees*) al termine del quale viene comunicato all'Autore l'esito della valutazione. Per i contributi redatti da Autori individuati dal Comitato scientifico almeno uno dei due referaggi sarà comunque anonimo. I principali criteri per la selezione dei contributi sono: rigore e coerenza metodologica; struttura e impianto dell'articolo; originalità e no-

vità dell'apporto scientifico; fondatezza delle argomentazioni a sostegno della tesi; correttezza/completezza delle fonti e della bibliografia.

La Rivista si divide in varie Sezioni, articolate in Saggi e articoli, Note e commenti, Osservatorio regionale, Letture e segnalazioni.

Saggi e articoli. La parte prevalente della Rivista è dedicata alla pubblicazione di saggi e articoli che pervengono spontaneamente alla Rivista oppure vengono commissionati *ad hoc* ad Autori individuati dal Comitato scientifico. Questi contributi hanno una dimensione orientativa compresa tra le 20.000 e le 70.000 battute, note a piè di pagina e spazi inclusi, e devono essere corredati da un *abstract*.

Note e commenti. In questa sezione vengono pubblicati contributi più brevi, commenti a fonti normative, note a sentenza. Ai fini della pubblicazione i contributi, di dimensione di norma non eccedente le 40.000 battute, vengono valutati secondo un criterio di attualità del tema trattato e di attinenza agli argomenti di interesse della Rivista.

Osservatorio regionale. La sezione è dedicata a rassegne di giurisprudenza, legislazione regionale, analisi di buone prassi territoriali, notizie provenienti dalla Unione europea e altre notizie tratte dai materiali pubblicati on-line sul sito della Regione Emilia-Romagna e sul sito della Rivista.

Letture e segnalazioni. In questa sezione si pubblicano recensioni a lavori monografici e segnalazioni bibliografiche.

