

ADELE DEL GUERCIO

LA TUTELA DEI MINORI STRANIERI TRA DIRITTI CONSOLIDATI E POLITICHE DI CHIUSURA VERSO L'“ALTRO”

1. Introduzione

Sono quasi un milione i minori stranieri che vivono in Italia¹. Vi sono nati o vi sono giunti da piccoli al seguito dei loro genitori o anche successivamente, attraverso il canale del ricongiungimento familiare. Numerosi sono poi quelli che hanno compiuto il loro percorso migratorio “non accompagnati”², per sfuggire a guerre, persecuzioni, situazioni di rischio per la loro incolumità psico-fisica, o anche solo alla ricerca di migliori opportunità di vita per sé e per i propri familiari.

Con il presente scritto ci si propone di illustrare le garanzie approntate dall'ordinamento internazionale e da quello italiano a tutela dei bambini e degli adolescenti stranieri, i quali vivono una condizione di “doppia debolezza”³ proprio in ragione di quelle che sono le loro caratteristiche peculiari, ovvero la minore età e il difetto della cittadinanza. Ci soffermeremo poi sulle ripercussioni delle politiche e delle prassi italiane più recenti in materia di immigrazione sulla condizione dei minori stranieri presenti in Italia. La ‘criminalizzazione’ del migrante prodotta dagli ultimi interventi normativi (il cd. Pacchetto Sicurezza⁴) si ripercuote infatti anche sull'immagine del minore straniero, che “oscilla (...) tra due stereotipi, quello del

-
- 1 Rapporto Istat sulla popolazione straniera residente in Italia al 2 ottobre 2010.
 - 2 Il Comitato sui diritti del fanciullo ha definito i minori stranieri non accompagnati (d'ora in avanti MSNA) come “children (...) who have been separated from both parents and other relatives and are not being cared for by an adult who, by law or custom, is responsible for doing so” (par. 7).
 - 3 L'espressione è di A. PATRONI GRIFFI, “Lineamenti della tutela costituzionale dei minori stranieri”, in *Diritti umani degli immigrati: tutela della famiglia e dei minori*, R. PISILLO MAZZESCHI, P. PUSTORINO, A. VIVIANI (a cura di), Napoli, 2010, p. 262 e 257.
 - 4 Con tale espressione si fa riferimento ad una serie di progetti di legge parzialmente tradotti in legge nel 2008 e nel 2009. Tra gli stessi assumono particolare rilievo le l. n. 125/2008 e n. 94/2009.

bambino (da proteggere e aiutare) e quello dello straniero (da temere e di cui diffidare)”⁵.

2. La tutela del minore nell'ordinamento internazionale

L'ordinamento internazionale non dispone di uno specifico strumento giuridicamente vincolante a tutela dei bambini e degli adolescenti stranieri. Questi risultano beneficiari innanzitutto dei trattati sui diritti umani adottati a livello universale e regionale⁶, in quanto *persone* sottoposte alla giurisdizione statale, senza discriminazioni basate sulla razza, il colore, il sesso, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, la ricchezza, la nascita o qualsiasi altra condizione⁷. Le norme in materia di diritti umani trovano pertanto applicazione nei confronti di tutti i bambini e gli adolescenti, anche se privi dello *status civitatis*. A queste si sono poi venute a sommare le garanzie specificamente approntate a tutela dei minori.

La Comunità internazionale ha in effetti manifestato sin dai primi decenni del XX secolo la propria attenzione nei confronti di tali soggetti. Già nel 1924 veniva adottata, nell'ambito della Società delle Nazioni, la prima *Dichiarazione sui diritti del fanciullo*, alla quale ne faceva seguito una seconda, fortemente voluta dalla ONG *Save the Children*, adottata nel 1959 dalle Nazioni Unite, che avevano nel frattempo rimpiazzato la sopra-

5 L. MIAZZI, “Minori o stranieri: leggi e istituzioni a confronto con una presenza scomoda”, in *Minorigiustizia*, 2/2010, p. 8.

6 Tra gli altri, i Patti delle Nazioni Unite del 1966 sui diritti civili e politici, e sui diritti economici, sociali e culturali; la Convenzione delle NU per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 1965; la Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna del 1979; la Convenzione delle NU contro la tortura del 1984. Sul piano regionale europeo un ruolo di primo piano deve essere riconosciuto alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), sulla quale ci soffermeremo nel prosieguo della trattazione. Sul punto si rinvia a J. BHABBA, “Children, Migration and International Norms”, in T.A. ALEINIKOFF, V. CHETAIL (eds.), *Migration and International Legal Norms*, The Hague, 2003, p. 203 e ss.; A. LIGUORI, “I minori migranti nel diritto europeo”, in *La tutela dei minori di cultura islamica nell'area mediterranea. Aspetti sociali, giuridici e medici*, A. CILARDO (a cura di), Napoli, 2011.

7 Clausole antidiscriminatorie quale quella sopra riportata, ricavata dall'art. 2.1 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, sono state inserite in tutti i trattati internazionali sui diritti umani. In argomento A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2006.

richiamata organizzazione. Si trattava ancora, tuttavia, di atti di *soft-law*, privi dunque di qualsiasi portata giuridica obbligatoria.

Altri passaggi significativi del processo di affermazione del sistema internazionale di salvaguardia del minore⁸ sono stati, tra gli altri, l'istituzione, nel 1946, del *Fondo internazionale di soccorso all'infanzia* (UNICEF)⁹ e la proclamazione del 1979 – a venti anni di distanza dall'adozione della seconda Dichiarazione – come “Anno internazionale del fanciullo”.

2.1. *La Convenzione delle NU sui diritti del minore*

Sebbene le Dichiarazioni sopra richiamate non siano fornite di valore giuridicamente vincolante, si sono tuttavia poste come modello per l'elaborazione di quello che rappresenta il testo normativo internazionale di riferimento per la tutela dell'infanzia e dell'adolescenza, ovvero la *Convenzione sui diritti del minore* (d'ora in avanti CDM), adottata a New York il 20 novembre 1989 ed entrata in vigore il 2 novembre 1990¹⁰. Va in primo luogo evidenziato che la CDM è stata adottata all'unanimità e vincola attualmente quasi l'intera Comunità internazionale, essendo 193 gli Stati che l'hanno ratificata (tra gli altri, mancano all'appello gli Stati Uniti), a riprova del largo consenso che si registra intorno alla volontà di salvaguardare il minore¹¹. Trattasi, peraltro, di un testo giuridicamente vincolante per gli Stati Contraenti, a differenza delle summenzionate Dichiarazioni dalle quali ha tratto ispirazione. Con la CDM i diritti umani sono stati dunque ribaditi, in forma di obblighi per le Parti Contraenti, con espresso riferimento al minore, definito dall'art. 1 come colui che ha età inferio-

8 Per un esame degli strumenti internazionali in materia di tutela dell'infanzia e dell'adolescenza si rinvia a G. CATALDI, “La tutela dei minori nell'ordinamento internazionale”, in *La tutela dei minori di cultura islamica nell'area mediterranea. Aspetti sociali, giuridici e medici*, A. CILARDO (a cura di), Napoli, 2011; G. GIOFFREDI, “Effettività e limiti della tutela internazionale dei diritti del fanciullo”, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Napoli, 2008, p. 398 e ss.; A. SACCUCCI, “Riflessioni sulla tutela internazionale dei diritti del minore”, in *Giur. it.*, 2000, p. 222; V. STARACE, Relazione del convegno su “La Convenzione dei diritti del minore e l'ordinamento italiano”, in M.R. Saulle (a cura di), *Minori, bioetica e norme standard nel diritto internazionale*, Napoli, 1995, p. 29.

9 Organo sussidiario dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, impegnato a tutelare i minori dalla fame, dalle malattie e dallo sfruttamento. Per ulteriori informazioni si rinvia al sito dell'organizzazione, www.unicef.org.

10 La CDM è stata ratificata dall'Italia nel giugno 1991 con l. 27 maggio 1991, n. 176, in G.U. dell'11 giugno 1991, n. 135 s.o., ed è entrata in vigore sul piano interno il 5 ottobre 1991.

11 G. CATALDI, “La tutela dei minori”, cit.

re ai diciotto anni. Questi risulta beneficiario delle situazioni giuridiche soggettive contemplate nella *Prima parte* del testo convenzionale, ovvero dei *diritti civili* (tra gli altri, il diritto alla vita, il diritto alla registrazione anagrafica, al nome e alla cittadinanza, il divieto di tortura, di schiavitù e di lavoro forzato), dei *diritti sociali ed economici* (alla sopravvivenza e allo sviluppo, ad un livello di vita sufficiente, all'istruzione, alla formazione umana e professionale, alla sicurezza sociale), dei *diritti di espressione e comunicazione* (la libertà di pensiero, coscienza e religione, quella di associazione...). Ad essere garantite sono altresì alcune situazioni giuridiche esclusive della personalità del minore, quali il diritto al riposo, al tempo libero e allo svago. Una menzione meritano altresì i *diritti culturali*, tra cui il diritto "a preservare la propria identità" e ad avere una propria vita culturale, di professare la propria religione e di far uso della propria lingua. Come è stato osservato in dottrina, tali situazioni giuridiche vanno ad ogni modo esercitate nel rispetto di quel "nocciolo duro" di diritti fondamentali inerenti a ciascuna persona, in conformità con l'oggetto e lo scopo della Convenzione, adottata per proteggere il minore anche da pratiche culturali che siano lesive del suo superiore interesse¹².

La Convenzione mira a tutelare il minore dallo sfruttamento economico, sessuale o di ogni altro tipo, dai lavori pericolosi, dalla violenza e dai maltrattamenti, ed anche dalla tratta. Vieta inoltre l'arresto e la detenzione arbitraria del fanciullo ed impone che, qualora sia necessario disporre la

12 Cfr. a tal riguardo G. CATALDI, "La tutela dei minori", cit., pp. 274-275; A. PATRONI GRIFI, "Lineamenti della tutela costituzionale dei minori stranieri", in *Diritti umani degli immigrati: tutela della famiglia e dei minori*, R. PISILLO MAZZESCHI, P. PUSTORINO, A. VIVIANI (a cura di), Napoli, 2010. Si pensi, ad esempio, alle mutilazioni genitali, espressamente vietate da numerosi documenti internazionali di *soft-law* (tra gli altri, la Dichiarazione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite sull'eliminazione della violenza nei confronti delle donne, adottata nel dicembre 1993; la risoluzione della commissione per le pari opportunità del Consiglio d'Europa sulle mutilazioni genitali femminili (MGF) del 12 aprile 1999; e la Risoluzione del Parlamento europeo del 24 marzo 2009 sulla lotta contro le mutilazioni sessuali femminili praticate nell'UE) ed anche, nell'ordinamento italiano, dalla l. n. 7/2006, la cui ratio è quella di "prevenire, contrastare e reprimere" tali pratiche in quanto "violazioni dei diritti fondamentali dell'integrità della persona e alla salute della donna e delle bambine". Sebbene la suddetta legge non contempli, tra le forme di prevenzione, il divieto di allontanamento nei confronti della donna che nel proprio Paese rischia di essere sottoposta a mutilazioni genitali, l'orientamento più recente delle commissioni territoriali incaricate dell'esame della domanda di asilo è di riconoscere una qualche forma di protezione alle persone in tale situazione. Si veda, tra le altre, la decisione della Commissione territoriale di Gorizia, del 15 maggio 2007.

privazione della libertà, ciò avvenga in conformità con la legge, solo come estrema risorsa e abbia durata più breve possibile; il minore detenuto dovrebbe essere, ad ogni modo, separato dagli adulti, trattato in modo da tener conto delle esigenze connesse alla sua età, avere accesso ad una assistenza legale e poter contestare la privazione della libertà dinanzi ad un'autorità competente, indipendente ed imparziale, che decida con sollecitudine.

Fin dal Preambolo viene posta particolare attenzione sul diritto all'unità familiare. La famiglia viene riconosciuta nella CDM quale "unità fondamentale della società ed ambiente naturale per la crescita ed il benessere (...) dei fanciulli", in quanto tale meritevole della massima tutela da parte dello Stato. Viene stabilito, all'art. 9, che i fanciulli non dovrebbero essere separati dai loro genitori, a meno che ciò non sia necessario nel loro superiore interesse, e che dovrebbero poter mantenere relazioni con entrambi nel caso in cui siano separati o risiedano in Stati diversi. I redattori della CDM si sono preoccupati altresì del caso in cui la famiglia non costituisca un luogo adeguato allo sviluppo della personalità del minore, prevedendo forme di protezione sostitutiva, da scegliere, tenuto conto della sua origine etnica, religiosa, culturale e linguistica, tra la sistemazione in una famiglia, la *Kafalah* di diritto islamico¹³, l'adozione o, in caso di necessità, il collocamento in un adeguato istituto per l'infanzia (art. 20). Qualora i genitori siano emigrati, le autorità dello Stato di accoglienza sono chiamate a favorire, con "uno spirito positivo, con umanità e diligenza", il ricongiungimento dei figli rimasti nel Paese di origine (art. 10.1). L'art. 22 si occupa poi di una specifica categoria di minori, i richiedenti asilo e i rifugiati, ai quali lo Stato nel cui territorio si trovano è tenuto a garantire la protezione e l'assistenza umanitaria necessarie per consentire loro "di usufruire dei diritti (...) dalla presente Convenzione e dagli altri strumenti internazionali relativi ai diritti dell'uomo"¹⁴.

Le situazioni giuridiche soggettive sopra sinteticamente richiamate vanno garantite senza discriminazioni basate sulla cittadinanza e nel *superiore*

13 La *kafalah* è un istituto di diritto islamico mediante il quale il minore viene accolto da due coniugi o anche da un singolo affidatario, che si impegnano a mantenerlo, educarlo ed istruirlo fino alla maggiore età, senza tuttavia che si crei un legame giuridico tra l'affidato e l'affidatario. Può essere disposta con procedura giudiziaria o previo accordo tra privati comunque autorizzato da un giudice. Trattasi dell'unico istituto di protezione dei minori illegittimi, orfani o comunque in stato di abbandono previsto dagli ordinamenti islamici.

14 I minori richiedenti asilo e rifugiati beneficiano altresì delle garanzie contemplate dalla Convenzione di Ginevra del 1951 sul riconoscimento dello status di rifugiato e delle direttive comunitarie in materia di asilo.

interesse del minore, principio al quale deve essere attribuita una considerazione preminente in tutte le decisioni – delle istituzioni pubbliche o private, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi – che lo riguardano (art. 3, par. 1)¹⁵.

Gli Stati che aderiscono alla Convenzione di New York del 1989 sono tenuti, ai sensi dell'art. 4, ad adottare tutti i provvedimenti legislativi, amministrativi e di altra natura per dare attuazione al dettato pattizio. Di eventuali difficoltà o ritardi nel recepimento delle disposizioni di cui sopra dovranno dar conto all'organo di controllo istituito dal suddetto trattato, il Comitato per i diritti dei minori, incaricato di esaminare i rapporti che le Parti contraenti sono tenute ad inviargli periodicamente. Il Comitato non ha il potere di 'sanzionare' lo Stato che non si sia adeguato agli obblighi derivanti dalla Convenzione o che abbia messo in atto condotte lesive dei diritti dei bambini e degli adolescenti. Tuttavia può formulare delle osservazioni a margine del rapporto statale¹⁶, e può adottare dei *Commenti generali* di interpretazione del dettato convenzionale, con i quali indirizzare l'azione delle autorità statali in maniera maggiormente conforme al trattato di cui è chiamato a sorvegliare il rispetto. E può altresì assistere gli Stati contraenti nella predisposizione delle normative nazionali in materia di tutela dell'infanzia.

3. La tutela del minore straniero in Europa

Tra gli strumenti regionali volti alla protezione della persona ci soffermeremo in particolar modo sulla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali (d'ora in avanti CEDU), adottata il 4 novembre 1950 nell'ambito del Consiglio d'Europa¹⁷ ed entrata in vigore

15 In argomento C. FOCARELLI, "La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di 'best interests of the child'", in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 981 e ss.

16 Nelle Osservazioni conclusive sull'ultimo rapporto presentato dall'Italia (*Consideration of reports submitted by States Parties under article 44 of the Convention. Concluding observations: Italy*, del 6 ottobre 2011), il Comitato sui diritti del minore ha soffermato l'attenzione, tra l'altro, sull'assenza di un quadro normativo organico sull'accoglienza dei MSNA, sulla lentezza delle procedure per il ricongiungimento familiare, sulle ripercussioni del Pacchetto sicurezza sulla condizione dei minori stranieri, sui tagli alle risorse del fondo destinato all'integrazione dei migranti.

17 Organizzazione internazionale di cooperazione europea, sorta alla fine del secondo conflitto mondiale con lo scopo precipuo di favorire la tutela e lo sviluppo dei

il 3 settembre 1953. Investita della competenza di interpretare e applicare la Convenzione e i suoi Protocolli è la Corte europea dei diritti umani, detta anche “di Strasburgo”, dal nome della città in cui ha sede. Il fulcro del meccanismo di protezione istituito dalla CEDU è il diritto di ricorso attribuito, oltre che ai governi, altresì agli individui che sostengano di essere vittima di una violazione di uno dei diritti sanciti dal dettato pattizio (art. 34 CEDU). Qualsiasi persona può rivolgersi al suddetto organo per far valere le proprie ragioni avverso una misura statale che la riguardi, anche il minore d'età, con o senza il consenso dei genitori o del legale rappresentante¹⁸.

Beneficiarie delle situazioni giuridiche soggettive contemplate dalla CEDU sono infatti tutte le *persone* sottoposte alla *giurisdizione*¹⁹ degli Stati parti (art. 1). Nessuna distinzione viene ammessa sulla base della cittadinanza e dello status giuridico²⁰, anche alla luce dell'art. 14, che sancisce il divieto di discriminazione nel godimento delle libertà garantite dalla Convenzione. Se ne ricava che nell'ambito di applicazione del suddetto trattato rientrano anche gli stranieri, adulti o minori, con o senza permesso soggiorno.

La CEDU enuncia una serie di diritti, prevalentemente di natura civile e politica, scelti sulla base della loro giustiziabilità. È possibile distinguere, nel testo convenzionale, un “nocciolo duro”, formato dagli articoli 2 (diritto alla vita), 3 (divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti), 4 (divieto di schiavitù) e 7 (principio di legalità e di irretroattività dei delitti e delle pene), che hanno carattere assoluto (ovvero non ammettono restrizione alcuna) e inderogabile, anche in situazioni di pubblica emergenza (come previsto dall'art. 15). La Corte di Strasburgo ha ampliato la portata delle situazioni giuridiche soggettive sancite nel testo convenzionale ricavando-

diritti umani. Al momento in cui si scrive gli Stati membri del COE sono 47 e tutti hanno ratificato la CEDU. Sul trattato in questione si rinvia a S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo*, Padova, 2001 e a M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2001.

18 Sul punto M. BERGHÉ LORETI, “La tutela internazionale dei diritti del fanciullo”, in A. BERGHÉ LORETI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti del fanciullo*, Padova, 1995, p. 4.

19 Nella nozione di “giurisdizione” rientrano non solo gli atti statali prodotti nel territorio della Parte contraente (compresi gli spazi marini e atmosferici), ma altresì quei comportamenti statali – anche omissivi – tenuti al di fuori del territorio ma sotto l'*effettivo controllo* dello Stato stesso.

20 G. GAJA, “Art. 1”, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario*, cit.

ne dei limiti al potere dello Stato di allontanare²¹ uno straniero qualora si concretizzino specifiche circostanze²². Un divieto assoluto di espulsione e di estradizione vige quando la persona corra un rischio reale di essere sottoposta, nel Paese di destinazione, alla pena di morte²³, alla tortura o a trattamenti e pene inumani e degradanti (vietati dall'art. 3 CEDU). Non assoluto, ma bilanciabile con altri interessi statali, quali il mantenimento dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale, è il divieto di espulsione nel caso in cui ne derivi una interferenza nella vita familiare dello straniero, diritto espressamente tutelato dall'art. 8 della Convenzione.

3.1 Il diritto del minore straniero all'unità familiare

È proprio sul diritto all'unità familiare che si vuole soffermare l'attenzione, tenuto conto del valore fondamentale che esso riveste nella vita di ciascuna persona²⁴, ed in special modo dei bambini e degli adolescenti. Innanzitutto va evidenziato che la Corte europea ha fornito un'interpretazione estensiva di "famiglia", che non si limita alle sole relazioni fondate sul matrimonio, ma comprende i legami *de facto*, anche se privi di un riconoscimento legale²⁵, purché sussistano elementi caratterizzanti²⁶ quali la

- 21 Nella nozione di "allontanamento" qui adottata facciamo rientrare fattispecie diverse quali il respingimento, la non ammissione nel territorio statale, l'espulsione, il rimpatrio, l'accompagnamento alla frontiera e l'extradizione.
- 22 Ciò è stato possibile attraverso il meccanismo cd. della *protection par ricochet*. Sui limiti all'allontanamento dello straniero ricavati dall'art. 3 CEDU si rinvia a A. LIGUORI, *Le garanzie procedurali avverso l'espulsione degli immigrati in Europa*, Napoli, 2008 e bibliografia ivi indicata.
- 23 La privazione della vita è regolamentata dall'art. 2 della Convenzione e vietata dai Protocolli n. 6 (divieto della pena di morte in tempo di pace) e 13 (divieto della pena di morte in tempo di guerra), che trovano applicazione negli Stati Parti della CEDU che hanno provveduto a ratificarli. L'Italia ha ratificato entrambi i Protocolli, dunque è tenuta a non applicare la pena capitale né in tempo di pace né di guerra, e a non allontanare lo straniero verso un Paese nel quale correrebbe il rischio di essere giustiziato.
- 24 Il valore fondamentale del diritto all'unità familiare è stato riconosciuto, tra le altre, dalla Corte internazionale di giustizia (*Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*), sentenza del 27 giugno 1986, I.C.J. Reports 1986, p. 14) e dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee (*Commissione c. Germania*, causa 249/86, sentenza del 18 maggio 1989).
- 25 Corte EDU, *Johnston e altri c. Irlanda*, ricorso n. 9697/82, sentenza del 18 dicembre 1986, par. 56.
- 26 Corte EDU, *Kroon e altri c. Olanda*, ricorso n. 18535/91, sentenza del 27 ottobre 1994, par. 30.

coabitazione e la presenza di figli²⁷. In quanto a questi ultimi, “dal momento e per il solo fatto della [...] nascita” si viene ad instaurare con i genitori, anche se questi non coabitano, un legame costitutivo di vita familiare²⁸, che solo in circostanze di una certa gravità può essere spezzato²⁹. La centralità della persona umana ha inoltre portato ad escludere qualsiasi discriminazione tra figli legittimi e figli naturali³⁰, anche alla luce del divieto di cui all’art. 14³¹. Ad essere tutelato è, oltre al legame tra genitori e figli³², anche i rapporti tra altri “parenti stretti”, quali quelli tra nonni e nipoti³³, tra fratelli³⁴ e tra zii e nipoti³⁵.

Secondo il giudice della CEDU sono due le dimensioni del diritto all’unità familiare tutelato dall’art. 8: una positiva, che si concretizza nella possibilità per lo straniero già soggiornante in uno Stato Parte di farsi raggiungere dai propri familiari rimasti nel Paese d’origine; e una dimensione negativa, consistente nei limiti all’espulsione dello straniero che intrattiene nello Stato di accoglienza legami familiari effettivi.

Va purtroppo rilevato che la giurisprudenza della Corte europea in materia di diritto dello straniero all’unità familiare è piuttosto altalenante anche quando ad essere coinvolti sono bambini o adolescenti. Innanzitutto non è mai stato prefigurato un vero e proprio diritto al ricongiungimento familia-

27 Corte EDU [GC], *X.Y.Z. c. Regno Unito*, ricorso n. 21830/93, sentenza del 22 aprile 1997, par. 36.

28 Corte EDU, *Berrehab c. Paesi Bassi*, ricorso n. 10730/84, sentenza del 21 giugno 1988, par. 21.

29 Corte EDU, *C. c. Belgio*, ricorso n. 21794/93, sentenza del 7 agosto 1996, par. 25.

30 Corte EDU, *Marckx c. Belgio*, ricorso n. 6833/74, sentenza del 13 giugno 1979, par. 31.

31 Nei confronti dei Governi che l’abbiano ratificato trova applicazione inoltre il Protocollo n. 12 (adottato il 4 novembre 2000 ed entrato in vigore il 1° aprile 2005), che sancisce un divieto di discriminazione generale ed autonomo, a differenza dell’art. 14 CEDU, che ha invece carattere accessorio rispetto alla violazione di altre disposizioni della Convenzione. Nonostante l’art. 8 sia stato soggetto di una vasta opera di interpretazione evolutiva, non è stata ancora riconosciuta in termini di vita familiare la relazione tra individui dello stesso sesso, che viene piuttosto fatta ricadere nell’ambito di applicazione della nozione di vita privata. Cfr. Commissione europea dei diritti umani, *S. c. Regno Unito*, ricorso n. 11716/85, decisione del 14 Maggio 1986.

32 Cfr. Corte EDU, *Moustaquim c. Belgio*, ricorso n. 12313/86, sentenza del 18 febbraio 1991.

33 Corte EDU, *Marcks c. Belgio*, cit., par. 45.

34 Corte EDU, *Moustaquim c. Belgio*, cit., par. 36.

35 Corte EDU, *Boyle c. Regno Unito*, ricorso n. 16580/90, cancellata dal ruolo il 28 febbraio 1994, par. 41-47.

re, come dimostrato dall'esito delle sentenze rese sui casi aventi ad oggetto la domanda di autorizzazione all'ingresso dei figli minori rimasti nel Paese di origine con i nonni o con altri familiari³⁶. Più favorevole appare invece la giurisprudenza dell'organo di controllo della CEDU quando a rilevare è la dimensione negativa del diritto all'unità familiare. Secondo una giurisprudenza ormai consolidata, l'attuazione della misura di allontanamento costituisce un'ingerenza nella vita familiare dello straniero, potendo tra l'altro comportare un pregiudizio alla relazione intrattenuta da genitore e figlio. Tuttavia tale ingerenza può rivelarsi necessaria e non eccessiva rispetto all'obiettivo perseguito, generalmente il mantenimento dell'ordine pubblico o la salvaguardia del benessere economico dello Stato (par. 2, art. 8). Al fine di verificare che sia stato operato un giusto bilanciamento tra diritto dell'individuo al rispetto della propria vita familiare e interesse statale, il giudice della CEDU tiene conto di una serie di elementi, tra i quali la natura e la gravità del reato commesso dallo straniero colpito dalla misura di espulsione, la condotta dello stesso successivamente alla commissione del reato, la durata del soggiorno nel Paese convenuto, la solidità dei legami sociali, culturali e familiari con il paese di accoglienza e con quello di origine, la situazione familiare del ricorrente, che si evince dalla durata del matrimonio e da altri elementi comprovanti l'effettività del legame, in particolare dalla nascita di figli, la nazionalità delle persone coinvolte, la difficoltà che i familiari incontrerebbero nel seguire il ricorrente nel paese verso il quale è espulso, anche alla luce del principio del "superiore interesse del minore". Tale principio ha trovato applicazione solo negli ultimi anni nella giurisprudenza resa ex art. 8 CEDU in materia di immigrazione e sembra aver ispirato la Corte in alcune sentenze esemplari, nelle quali la necessità di tutelare dei bambini in tenera età ha fatto sì che non venisse attribuita una rilevanza determinante alla condizione di irregolarità del genitore. Questo l'indirizzo seguito dal suddetto organo nel pronunciarsi sui ricorsi *Rodrigues Da Silva e Hoogkamer c. Olanda* del luglio 2006³⁷ e *Nunez c. Norvegia* del giugno 2011³⁸, accomunati dalla circostanza che ad essere destinatarie del provvedimento di allontanamento erano due madri, immigrate prive del permesso di soggiorno, di minori affidati dai Tribunali nazionali ai padri, cittadini di Stati Parti. Tuttavia una certa cautela è d'ob-

36 Corte EDU, *Gül c. Svizzera*, ricorso n. 23218/94, sentenza del 19 febbraio 1996; *Şen c. Paesi Bassi*, ricorso n. 31465/96, sentenza del 21 dicembre 2001.

37 Corte EDU [GC], *Rodrigues Da Silva e Hoogkamer c. Olanda*, ric. n. 50435/99, sentenza del 3 luglio 2006.

38 Corte EDU, *Nunez c. Norvegia*, ricorso n. 55597/09, sentenza del 28 giugno 2011.

bligo tenuto conto dell'esito sfavorevole cui il giudice della CEDU è invece giunto nel pronunciarsi su di un altro caso avente ad oggetto una fattispecie analoga, nel quale la misura di espulsione era stata indirizzata nei confronti del padre, cittadino nigeriano sposato con una cittadina norvegese, dalla quale aveva avuto un bambino³⁹. Nonostante la tenera età di quest'ultimo e le difficoltà di inserimento che egli e la madre avrebbe incontrato in Nigeria, la Corte ha ritenuto legittimo il provvedimento di rimpatrio, adottato esclusivamente sulla base della condizione di irregolarità del ricorrente. L'orientamento del giudice della CEDU sembra dunque variare a seconda che ad essere destinatario della misura statale sia la madre piuttosto che il padre del bambino: qualora si concretizzi la prima ipotesi l'allontanamento appare sproporzionato rispetto al superiore interesse del minore che, essendo in tenera età, necessita delle cure materne, delle quali verrebbe privato se il provvedimento fosse eseguito.

Alla luce delle considerazioni svolte risulta pertanto problematico trarre delle indicazioni generali sull'orientamento della Corte di Strasburgo, la quale ha peraltro dimostrato di non attribuire un rilievo preminente al principio del superiore interesse del minore nel decidere su casi nei quali il genitore era stato colpito da ordine di espulsione in seguito alla commissione di gravi reati, quali il terrorismo⁴⁰ o il traffico degli stupefacenti⁴¹. Rispetto a tali fattispecie il diritto alla vita familiare dello straniero espulso, e dei suoi congiunti (inclusi i figli minori), è stato generalmente sacrificato all'interesse statale del mantenimento dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale⁴².

39 Corte EDU [GC], *Darren Omoregie e altri c. Norvegia*, ricorso n. 265/07, sentenza del 31 ottobre 2008.

40 Corte EDU, *Cherif e a. c. Italia*, ricorso n. 1860/07, sentenza (rispetto alle doglianze presentate dalla seconda ricorrente, la moglie del sig. Cherif) del 7 aprile 2009.

41 Corte EDU, *Aoulmi c. Francia*, ricorso n. 50278/99, sentenza del 19 gennaio 2006.

42 Sulla giurisprudenza *ex art. 8* della Corte di Strasburgo in materia di immigrazione si rinvia a G. CATALDI, "Espulsione degli stranieri e protezione della vita familiare nella prassi degli organi internazionali di controllo sui diritti umani", in *Diritti umani degli immigrati*, cit.; M. EVOLA, "La riunificazione familiare dello straniero nei trattati sui diritti umani", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, p. 279 e ss. Si consenta di rinviare altresì a A. DEL GUERCIO, "Il diritto dei migranti all'unità familiare nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo e nell'ordinamento dell'Unione europea", in *La tutela dei diritti umani in Europa. Tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, A. CALIGIURI, G. CATALDI, N. NAPOLETANO (a cura di), Padova, 2010, p. 387 e ss. Oltre che nella giurisprudenza *ex art. 8* concernente la tutela della vita familiare, il principio del superiore interesse del minore

Se si è scelto di riservare ampio spazio alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo è per gli effetti che la stessa è destinata a produrre negli ordinamenti degli Stati Parti. La sentenza resa dal suddetto organo vincola innanzitutto il governo cui è indirizzata, chiamato a darle attuazione attraverso la modifica di leggi, regolamenti e prassi applicative, o anche attraverso l'adozione di misure concrete, quali la sospensione del provvedimento di allontanamento emesso nei confronti dello straniero o la liberazione del detenuto arrestato arbitrariamente. Va tuttavia rilevato come non solo lo Stato chiamato in giudizio, ma tutte le Parti Contraenti della Convenzione siano tenute a conformare il proprio ordinamento alla giurisprudenza complessiva della Corte europea e ad astenersi dal mettere in atto condotte che si pongano in palese violazione con l'orientamento della stessa su di una specifica questione già sottoposta⁴³.

4. La tutela del minore straniero nell'ordinamento italiano

A differenza di quanto evidenziato con riguardo all'ordinamento internazionale, nel quale non sono individuabili – se non in minima misura – norme specificamente volte alla salvaguardia del minore straniero, il legislatore italiano ha regolamentato il trattamento da riservarsi a tali soggetti attraverso la normativa in materia di immigrazione⁴⁴. Alle disposizioni contenute nel T.U. sull'immigrazione si sommano le garanzie espressamente previste dall'ordinamento italiano a tutela dei bambini e degli adolescenti senza alcuna distinzione basata sulla cittadinanza. Se ne ricava, pertanto, che la materia relativa ai minori stranieri viene a collocarsi al confine tra due legislazioni speciali, rette da logiche antitetiche, quella sugli

ha ispirato la Corte europea nel pronunciarsi sui ricorsi aventi ad oggetto la detenzione in centri per migranti adulti e l'espulsione di bambini e adolescenti stranieri. Si rinvia al par. 4.3 per alcune osservazioni al riguardo. In dottrina G. CELLAMARE, "Espulsione di minori stranieri non accompagnati e Convenzione europea dei diritti dell'uomo", in *Studi sull'integrazione europea*, 2009, p. 181 e ss.; A. LIGUORI, "I minori migranti", cit.; M. PERTILE, "La detenzione amministrativa dei migranti e dei richiedenti asilo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: dal caso *Mubilanzila* al caso *Muskhadzhiyeva*", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, p. 457 e ss.

43 Sul valore di *res interpretata* delle sentenze dell'organo in questione si rinvia a G. CATALDI, "La natura *self-executing* delle norme della CEDU e l'applicazione delle sentenze della Corte europea negli ordinamenti nazionali", in *La tutela*, cit., p. 565 e ss., in part. pp. 578-579.

44 L. n. 40/1998 e regolamento di attuazione n. 186/1998.

stranieri e quella sui minori⁴⁵. Da qui la difficoltà dell'interprete nella scelta delle norme da applicarsi quando ad essere coinvolto è un bambino o un adolescente straniero.

Invero, nonostante la molteplicità delle fonti, si ritiene di poter definire una gerarchia tra le stesse di modo da rendere meno discrezionale la scelta – spesso dettata da motivi culturali⁴⁶ - dell'interprete. Secondo la dottrina costituzionale prevalente il combinato disposto degli artt. 2 (riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo), 3 (diritto di eguaglianza) e 10 par. 1 e 2 (secondo il quale la condizione giuridica dello straniero deve essere regolata, attraverso lo strumento della legge, in conformità con gli obblighi internazionali cui l'Italia è vincolata) individuerrebbe quali beneficiari dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta costituzionale tutti gli individui, indipendentemente dalla cittadinanza⁴⁷. Fin da queste prime considerazioni è pertanto possibile affermare che ai minori stranieri soggetti alla giurisdizione statale sono innanzitutto garantiti i diritti inviolabili dell'uomo.

Dal testo costituzionale sono poi ricavabili delle disposizioni espressamente volte alla protezione dei minori, anche se privi dello *status civitatis*: l'art. 30 sancisce il diritto/dovere dei genitori a mantenere, istruire ed educare i figli, anche nati al di fuori del matrimonio; l'art. 31 investe lo Stato della responsabilità (che può comportare l'adozione di misure economiche) della protezione della maternità, dell'infanzia e della gioventù; agli artt. 32 e ss. sono poi elencate le garanzie a tutela della salute (diritto "fondamentale" dell'individuo) e dell'istruzione ("La scuola è aperta a tutti"). Come è stato evidenziato, "Emerge in Costituzione una considerazione del minore, tutelato *in primis* come soggetto debole, rispetto al quale si sottolineano non tanto i diritti dello stesso, quanto i doveri nei confronti dello stesso. Doveri che sono funzionali alla protezione di un soggetto che, nel caso del minore straniero, appare essere ancor più debole e bisognoso di protezione"⁴⁸.

45 L. MIAZZI, "Minori o stranieri", cit., p. 8.

46 *Ibidem*.

47 A. PATRONI GRIFFI, *op. cit.*, p. 256; L. MIAZZI, "La tutela del minore straniero nel quadro normativo e costituzionale", in *Minorigiustizia*, 4/2006, p. 159. Sulla tutela costituzionale dei minori stranieri, cfr. altresì P. BONETTI, "Diritto all'unità familiare e tutela dei minori. I profili generali e costituzionali", in B. NASCIMBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004; J. LONG, "Il ruolo del principio del superiore interesse del minore nella disciplina dell'immigrazione", in *Minorigiustizia*, n. 1/2006, p. 251 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, "Il trattamento dei minori stranieri in Italia", in *Minorigiustizia*, n. 3/2002, p. 29 e ss.

48 A. PATRONI GRIFFI, *op. cit.*, p. 141.

Nell'affermazione dello statuto costituzionale dei minori stranieri ha avuto un ruolo fondamentale il giudice delle leggi, con una serie di pronunce imperniate sul principio di eguaglianza sancito dall'art. 3 Cost. Già nella sentenza n. 199/1986 in materia di adozione internazionale, la Consulta dichiarava illegittima la norma che limitava il *favor minoris* al solo minore italiano e non anche a quello straniero in stato di abbandono. Infatti tale limitazione si sarebbe posta in contrasto con la tutela dei "valori costituzionali di cui all'art. 2 Cost., che non può non essere implicitamente richiamato come norma di garanzia dei diritti umani operante anche nei confronti dello straniero". L'estensione dei diritti fondamentali anche agli stranieri è stata successivamente ribadita nella sentenza n. 28/1995 concernente il diritto all'unità familiare, ed in particolare il diritto e il dovere dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli. In due importanti pronunce del 2003 è stata poi espressamente confermata l'applicazione al minore straniero delle norme di tutela valide per il minore italiano⁴⁹, oltre che la prevalenza del diritto minorile sulla normativa in materia di immigrazione⁵⁰.

Il primo dato che emerge, dunque, dalla breve analisi relativa alle norme e dalla giurisprudenza costituzionali consente di affermare senza indugio che lo straniero soggetto alla giurisdizione italiana beneficia dei diritti inviolabili dell'uomo sanciti dai trattati internazionali e dalla Carta costituzionale, così come interpretata dal giudice delle leggi; e che ai minori stranieri va esteso lo stesso *favor* previsto per i minori italiani, in considerazione della "doppia debolezza" da cui sono caratterizzati.

4.1 Il minore straniero nel T.U. sull'immigrazione

La normativa in materia di immigrazione deve conformarsi ai principi sanciti dalla Costituzione, fonte primaria dell'ordinamento italiano, e dalle convenzioni internazionali sui diritti umani che, una volta recepite, hanno rango sovraordinato rispetto alle leggi interne dello Stato⁵¹. In effetti il T.U. sull'immigrazione, che costituisce la normativa di riferimento in materia, si apre con l'espresso riconoscimento "Allo straniero *comunque presente* alla frontiera o nel territorio dello Stato" dei "diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni

49 Corte costituzionale, ordinanza del 10 luglio 2003, n. 295.

50 Corte costituzionale, sentenza del 23 maggio, n. 198. Sul punto L. MIAZZI, "La tutela", cit., p. 162.

51 Sul rango del diritto internazionale nell'ordinamento interno si rinvia a B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2010. Più in part. sul rango acquisito dalla CEDU cfr. G. CATALDI, "La natura *self-executing*", cit.

internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti”⁵². Dalla formulazione della norma è possibile ricavare che a beneficiare dei diritti fondamentali sono tutti gli stranieri *comunque presenti alla frontiera o nel territorio dello Stato*, dunque anche coloro che non dispongono di un titolo di ingresso e soggiorno.

Sempre l’art. 2, al comma 5, sancisce il principio di parificazione amministrativa tra stranieri e cittadini, ovvero estende anche ai primi la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, nel rapporto con la pubblica amministrazione e nell’accesso ai pubblici servizi.

Una disposizione particolarmente rilevante è quella di cui all’art. 19, comma 2, lett. a, del T.U., che sancisce il divieto di espulsione del minore straniero, salvo il diritto a seguire il genitore o l’affidatario espulso e tranne che per motivi di ordine pubblico e sicurezza nazionale. Nonostante questa eccezione, mitigata da quanto previsto dall’art. 31, par. 4 (che attribuisce al Tribunale per i minorenni la competenza a decidere sull’espulsione del minore straniero su segnalazione del questore), trattasi di una norma fondamentale per una effettiva tutela del minore straniero, in assenza della quale lo stesso correrebbe il rischio di essere allontanato verso situazioni di rischio per la sua incolumità psico-fisica. Invero non mancano episodi di violazione del suddetto precetto: si pensi, ad esempio, ai respingimenti in mare attuati verso la Libia delle autorità italiane nel corso del 2009, che hanno visto coinvolti anche dei minorenni⁵³.

Appare fondamentale evidenziare che, come il minore, anche la donna in stato di gravidanza e nei sei mesi successivi alla nascita del figlio è inespellibile, allo stesso modo del coniuge convivente della stessa, secondo l’interpretazione fornita nel 2000 dalla Corte costituzionale, secondo la quale al minore deve essere garantito il diritto di essere educato in un nucleo familiare composto da entrambi i genitori perché possa conseguire uno sviluppo idoneo della propria personalità⁵⁴.

4.2 *Il diritto del minore straniero all’unità familiare*

Il T.U. dedica un intero titolo a “Diritto all’unità familiare e tutela dei minori” (artt. 28-33), in apertura del quale è inserita l’espressa previsione del principio del superiore interesse del minore, da tenere in debita consi-

52 Art. 2.1 del T.U. sull’immigrazione, corsivo aggiunto.

53 Sulla questione si tornerà nel prosieguo del lavoro.

54 Corte costituzionale, sentenza del 12 luglio 2000, n. 376, commentata da A. LIGUORI, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2000.

derazione, in conformità con l'art. 3 della Convenzione di New York del 1989, in tutti i procedimenti amministrativi e giurisdizionali che lo riguardano e finalizzati a dare attuazione al diritto all'unità familiare (art. 28, par. 3). Tale principio era già stato utilizzato dalla Corte costituzionale italiana, anche prima dell'adozione del T.U. e della CDM, per estendere al minore straniero il beneficio dei diritti fondamentali, quali il diritto di sviluppare la propria personalità nella famiglia di origine o di avere una famiglia sostitutiva adeguata⁵⁵.

Nel Titolo IV trovano espressione entrambe le dimensioni del diritto all'unità familiare cui abbiamo fatto riferimento nell'illustrare la giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Ai sensi dell'art. 29, il ricongiungimento può essere richiesto da uno straniero regolarmente soggiornante, che soddisfi i requisiti di reddito e di alloggio, per il coniuge non legalmente separato e di età non inferiore ai diciotto anni e per i figli minori, anche del coniuge o nati fuori dal matrimonio, non coniugati, a condizione che l'altro genitore, quando esistente, abbia dato il suo consenso. Dalla lettera della norma emerge innanzitutto che il ricongiungimento non può essere richiesto per il coniuge minorenni, ciò probabilmente con lo scopo di scoraggiare i matrimoni forzati. Conformemente, poi, alla giurisprudenza ex art. 8 CEDU della Corte di Strasburgo, nessuna differenza di trattamento è ammessa, con riguardo alla situazione giuridica di cui andiamo discutendo, tra figli legittimi e naturali; beneficiari del ricongiungimento possono essere altresì i figli adottivi e, solo da alcuni anni, quelli affidati con *kafalah*. Nonostante l'Italia abbia ratificato la CDM già nel 1990, nella quale, come si è visto, tale istituto di diritto islamico è stato inserito tra le forme di protezione sostitutiva, è solo nel 2008 che la Corte di Cassazione ha equiparato la *kafalah* all'affidamento con riguardo agli effetti del ricongiungimento familiare (fatti salvi gli opportuni controlli)⁵⁶. Il caso sul quale il supremo giudice è stato chiamato a pronunciarsi ha avuto origine dal ricorso del Ministero degli esteri avverso il rilascio, ad una coppia di cittadini marocchini, del visto di ingresso per una minore loro affidata in custodia *kafalah* dal Tribunale di Casablanca. Nella sentenza veniva evidenziato come l'esclusione del suddetto istituto ai fini del ricongiungimento "penalizzerebbe (anche con *vulnus* al principio di eguaglianza) tutti i minori di paesi arabi illegittimi, orfani o comunque in stato di abbandono, per i quali la *kafalah* è (...) l'unico istituto di protezione previsto dagli ordinamenti islamici". A partire

55 Corte costituzionale, sentenza 1-18 luglio 1986, n. 199 e sentenza 30 novembre-11 dicembre 1989, n. 536. Sul punto L. MIAZZI, "La tutela", cit., p. 160.

56 Corte di cassazione, sez. I civile, sentenza del 20 marzo 2008, n. 7472.

dalla pronuncia della Cassazione or ora richiamata, il suddetto istituto di diritto islamico è stato dunque riconosciuto nella giurisprudenza italiana quale valido strumento di tutela del minore, e dunque idoneo a consentire il ricongiungimento familiare, sempre che a presentare istanza di ricongiungimento siano dei cittadini stranieri⁵⁷.

Merita attenzione con riguardo ai figli minorenni la precisazione che gli stessi, per beneficiare del ricongiungimento, debbano essere *non coniugati*. C'è da domandarsi se con tale previsione si faccia riferimento altresì a coloro che si siano separati o che abbiano divorziato dal coniuge, o esclusivamente a chi non abbia mai contratto matrimonio. In quest'ultima ipotesi a pagarne le conseguenze sarebbero categorie già di per sé vulnerabili: si pensi, ad esempio, alle minori divorziate, ripudiate o vedove che, se venisse abbracciata un'interpretazione restrittiva della norma, sarebbero escluse dal beneficio del ricongiungimento con i genitori, nonostante la condizione di emarginazione che in alcune società deriva loro da tale *status*.

L'ordinamento italiano, conformemente alla direttiva 2003/86/CE⁵⁸, esclude il matrimonio poligamo, e di conseguenza il ricongiungimento con le mogli altre dalla prima, in quanto lesivo del principio di eguaglianza tra uomo e donna. In quanto ai figli nati dai successivi matrimoni, la direttiva rimette agli Stati membri la facoltà di limitarne l'ingresso, soluzione alquanto criticabile, dal momento che sembra voler "sanzionare le 'manchevolezze culturali' dei genitori"⁵⁹. Il d.lgs. n. 5/2007, attuativo della suddetta direttiva, non ha tuttavia prodotto conseguenze negative sull'istituto, introdotto attraverso la legge n. 40 del 1998⁶⁰, del "ricongiungimento al rovescio" (art. 29.5 del T.U. sull'immigrazione), che consente l'ingresso delle mogli altre dalla prima per ricongiungersi al figlio già presente in Italia, nel superiore interesse di quest'ultimo a mantenere relazioni con entrambi i genitori, come previsto dall'art. 10.3 della Convenzione di New

57 Con sentenza del 1° marzo 2010, n. 4868, infatti, la Corte di Cassazione ha escluso che il ricongiungimento familiare con il minore affidato con *kafalah* possa essere realizzato dal cittadino italiano. In argomento si rinvia a P. MOROZZO della Rocca, "Rassegna critica della giurisprudenza in materia di coesione familiare con il minore affidato mediante *kafalah*", in *Gli Stranieri*, 1/2011, p. 15 e ss.

58 Direttiva 2003/86/CE del Consiglio del 22 settembre 2003 relativa al diritto al ricongiungimento familiare, in G.U. L. 251/12 del 3 ottobre 2003.

59 P. MOROZZO DELLA ROCCA, "Il diritto all'unità familiare in Europa tra 'allargamento' dei confini e 'restringimento' dei diritti", in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 2004, p. 66 e ss., in part. p.67.

60 Con tale previsione il legislatore ha voluto recepire gli effetti della sentenza n. 203/1997 con la quale la Corte costituzionale aveva riconosciuto il diritto fondamentale del minore a vivere con entrambi i genitori.

York del 1989. Va purtroppo rilevato che il ricongiungimento al rovescio, che ha consentito in questi anni al minore straniero nato nell'ambito di un matrimonio poligamo, o da una coppia non sposata, di beneficiare della presenza di entrambi i genitori, ha subito delle limitazioni con l'adozione della legge n. 94/2009, che ha riformulato il testo dell'art. 29 comma 5 del TU. Precedentemente all'ultimo intervento legislativo tale disposizione concedeva al genitore naturale entrato in Italia per effetto del ricongiungimento al rovescio un anno di tempo per mettersi in regola con i requisiti di disponibilità di alloggio e di reddito (richiesti dal comma 3 dell'art. 29). La norma riformulata prevede invece che, ai fini della sussistenza di tali requisiti, che debbono essere posseduti già nel momento in cui viene presentata istanza di ricongiungimento, "si tiene conto del possesso da parte dell'altro genitore". La dottrina si è interrogata se tale inciso sia indicativo di una mera possibilità o vada piuttosto interpretato in modo tassativo, soprattutto alla luce di una circolare ministeriale dalla quale sembra emergere che l'unico ricongiungimento possibile sia quello nel quale a garantire è il genitore già presente in Italia⁶¹. Tale interpretazione non tiene tuttavia conto dei rapporti sussistenti tra i due genitori. Subordinando al consenso del genitore in Italia (il marito) l'ingresso della moglie rimasta all'estero la previsione normativa incide negativamente sul diritto del minore all'unità familiare, fino a produrre l'estrema conseguenza di negarlo del tutto in alcuni casi⁶².

Una previsione particolarmente rilevante con riguardo al diritto all'unità familiare, nella sua dimensione sia positiva che negativa, è quella di cui al co. 3 dell'art. 31 che investe il Tribunale per i minorenni del potere di autorizzare la permanenza o l'ingresso del familiare, per un periodo di tempo determinato, anche in deroga ad altre disposizioni del T.U., "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". Pacifico il carattere temporaneo dell'autorizzazione rilasciata, si sono registrati forti contrasti con riguardo all'interpretazione dei "gravi motivi", configurabili, secondo una parte della giurisprudenza di legittimità, esclusivamente quando fosse accertata l'esistenza di una situazione di emergenza, a carattere eccezionale o contingente, che ponesse in grave pericolo lo sviluppo normale della personalità del minore, o addirittura una situazione di estremo pericolo per la salute fisica dello stesso. Non dello stesso avviso

61 L. MIAZZI, "La tutela", cit., p. 21.

62 Sulla questione M. PASTORE, "Il diritto all'unità familiare: una questione di sicurezza?", in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 4/2009, p. 167 ss., in particolare p. 171.

le Sezioni Unite che, con la sentenza n. 21799 del 16 ottobre 2010⁶³, hanno fornito dell'art. 31 co. 3 un'interpretazione estensiva che fa prevalere la tutela dell'unità familiare e il superiore interesse del minore sull'esigenza statale del controllo delle frontiere⁶⁴. Il caso che ha portato al chiarimento del Supremo giudice vedeva coinvolta una cittadina nigeriana, madre di tre bambini dati in affido *part-time* ad una famiglia italiana, la cui richiesta di autorizzazione alla permanenza temporanea in Italia nell'interesse dei figli era stata respinta sia dal Tribunale per i minorenni sia in sede di reclamo, non sussistendo, secondo i giudici, i "gravi motivi" previsti dall'art. 31 comma 3 del T.U. Peraltro il comportamento della donna, condannata per il reato di sfruttamento della prostituzione (e per questo colpita da provvedimento di espulsione), era stato ritenuto poco attento alle esigenze dei figli.

La sentenza delle Sezioni Unite rappresenta un importante passo in avanti verso una più effettiva tutela dei minori stranieri giacché ha chiarito che non è necessaria una situazione di emergenza perché l'autorizzazione alla permanenza o all'ingresso del genitore venga rilasciata. Il Tribunale per i minorenni dovrà piuttosto verificare se dall'espulsione, o dalla mancata autorizzazione all'ingresso, verrebbe a prodursi di un danno effettivo, concreto, percepibile ed obiettivamente grave allo sviluppo psico-fisico complessivo del minore, quale quello che potrebbe derivare, ad esempio, dall'interruzione del percorso scolastico. Com'è stato sottolineato dall'Associazione italiana dei magistrati per i minorenni e per la famiglia (AIMMF)⁶⁵, la previsione di cui all'art. 31, comma 3, del T.U. è stata pensata per dare soluzione ad una situazione che si presenta di frequente, e cioè quella del minore convivente in Italia con entrambi i genitori, uno solo dei quali provvisto del permesso di soggiorno. In assenza della norma

63 Corte di cassazione (Sez. Un.), sentenza del 25 ottobre 2010, n. 21799. Dello stesso segno la sentenza n. 21803 adottata nella stessa data sempre dalle Sez. Un.

64 Per un commento alla sentenza in questione si rinvia a M. CASTELLANETA, "I gravi motivi che giustificano la permanenza non sono limitati alle situazioni eccezionali", in *Guida al Diritto – Il Sole-24 Ore*, 13 novembre 2010, n. 45, p. 37 ss.; C. COTTATELLUCCI, "La pronuncia n. 21799/2010 delle Sezioni unite sull'art. 31 del d.lgs. n. 286 del 1998: un mutamento di indirizzo che spetta alla giurisprudenza di merito approfondire", in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 2010, n. 4, p. 86 ss. Sia consentito rinviare anche a A. DEL GUERCIO, "L'interpretazione dei "gravi motivi" nella giurisprudenza più recente della Corte di cassazione: verso una più effettiva tutela dei minori stranieri", in *Diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 1/2011.

65 AIMMF, *Documento sull'art. 31 comma 3 del T.U. D.lgs. n. 286/1998*, 3 luglio 2010, p. 2, reperibile al sito www.minoriefamiglia.it.

sopra richiamata le uniche vie possibili per sanare tale situazione sarebbero il ricongiungimento familiare – caratterizzato da tempi molto lunghi, con l’evidente grave danno legato all’assenza del genitore –, o l’espulsione del genitore irregolare – che il più delle volte vede l’altro genitore rimanere in Italia e, dunque, la rottura del nucleo familiare. In entrambi i casi a pagarne le conseguenze sarebbe il minore, che non vedrebbe tutelato il suo superiore interesse a mantenere una relazione con entrambi i genitori.

Al familiare autorizzato all’ingresso o alla permanenza nel territorio nazionale viene rilasciato un permesso per assistenza minore, rinnovabile, la cui durata viene stabilita dal Tribunale per i minorenni. Tale permesso consente al genitore di lavorare, né potrebbe essere altrimenti, considerato che spetta allo stesso garantire al minore condizioni di vita accettabili, in conformità con l’art. 27, parr. 1 e 2, della Convenzione sui diritti del fanciullo.

4.3 Altri effetti del “Pacchetto sicurezza” sulla condizione del minore straniero in Italia

Gli effetti del “Pacchetto Sicurezza” sull’esistenza del minore straniero in Italia non si esauriscono nelle limitazioni al diritto all’unità familiare. Non si vuole in questa sede svolgere un esame approfondito dei numerosi profili problematici sollevati dal suddetto intervento legislativo⁶⁶. Ci limitiamo dunque a richiamare *en passant* l’incompatibilità del reato di ingresso e soggiorno irregolare, di cui all’art. 10 bis del T.U. (introdotto dalla l. n. 94/2009), con l’art. 19 dello stesso T.U. che, come si è visto, sancisce l’inespellibilità del minore, e con l’art. 28 del d.p.r. n. 394/1999, che prevede il rilascio allo stesso di un permesso di soggiorno “per minore età”. Alla luce di ciò sembra potersi escludere che il minore possa essere punito per aver fatto ingresso o essersi trattenuto irregolarmente nel territorio statale⁶⁷. Tale interpretazione è peraltro da preferirsi se ci si vuole mantenere fedeli agli obblighi derivanti dallo statuto internazionale dei diritti del minore.

Ad ogni modo, come evidenziato con preoccupazione anche dal Comitato sui diritti del minore nelle Osservazioni sull’Italia⁶⁸, il reato di ingresso

66 Sulle conseguenze del Pacchetto sicurezza sulla condizione degli stranieri soggiornanti in Italia si rinvia ai contributi inseriti nel numero monotematico della rivista *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 4/2009.

67 Di tale avviso L. MIAZZI, “La tutela”, cit., p. 23, che svolge anche ulteriori considerazioni sulla impossibilità di estendere il reato di ingresso e soggiorno irregolare al minore straniero.

68 Comitato sui diritti del minore, *Consideration*, cit.

e soggiorno irregolare rischia di produrre, seppure indirettamente, degli effetti deleteri sulla condizione dei bambini e degli adolescenti stranieri. L'art. 331 cod. proc. pen. prevede infatti l'obbligo per il pubblico ufficiale e per l'incaricato di pubblico servizio di denunciare all'autorità giudiziaria lo straniero in condizione irregolare. È dunque possibile che il genitore privo del permesso di soggiorno, per timore di essere denunciato, e di conseguenza espulso, sarà portato a non rivolgersi alle strutture pubbliche, in tal modo impedendo al minore di beneficiare dei diritti che pure gli sono riconosciuti con riguardo all'iscrizione anagrafica, all'istruzione e alla salute. Va tuttavia precisato che l'obbligo di segnalazione è espressamente escluso con riguardo all'accesso alle strutture sanitarie dall'art. 35, comma 5, del T.U.⁶⁹ Inoltre, l'art. 6, co. 2, solleva lo straniero dall'obbligo di esibizione del titolo di soggiorno con riguardo ai provvedimenti relativi alle prestazioni scolastiche obbligatorie.

La conseguenza dell'introduzione del reato di ingresso e soggiorno irregolare sarà dunque, com'è stato evidenziato, la creazione di due "sistemi paralleli": uno per minori regolari, il cui principio è quello dell'eguaglianza con i minori italiani, un altro per i minori irregolari, in cui ciò che di fatto conterà sarà la condizione di irregolare o il rischio di denuncia che da essa consegue⁷⁰. E quest'ultima condizione non può ritenersi compatibile con la necessità di garantire al minore straniero l'esercizio effettivo dei diritti che l'ordinamento internazionale e quello interno gli riconoscono indipendentemente dalla cittadinanza e dallo status giuridico.

4.4 *Prassi applicative lesive dei diritti dei bambini e degli adolescenti stranieri*

Non sono solo gli interventi normativi più recenti a porsi in contrasto con le garanzie poste a tutela dei bambini e degli adolescenti stranieri. A rilevare sono anche alcune prassi italiane fermamente condannate dalle organizzazioni e dagli organi internazionali attive nella protezione dei diritti umani.

69 Il tentativo di modificare anche tale disposizione ha dovuto cedere di fronte al dissenso manifestato dalla società civile con la Campagna nazionale "Divieto di segnalazione". Si rinvia al documento di Medici senza Frontiere, ASGI, SIMM e OISG, *Il divieto di segnalazione dello straniero in condizione di irregolarità di soggiorno che accede ai servizi sanitari alla luce delle nuove disposizioni del cosiddetto "pacchetto sicurezza". Analisi giuridica*, reperibile al link www.immigrazioneoggi.it/documentazione/divieto_di_segnalazione-analisi.pdf

70 L. MIAZZI, "La tutela", cit., p. 23.

Si fa innanzitutto riferimento alle operazioni di respingimento verso la Libia condotte, tra maggio e novembre 2009, dalle unità navali italiane nell'ambito della cooperazione bilaterale con il Paese nordafricano⁷¹. Tra le persone "riconsegnate" alle autorità libiche, in spregio al principio del *non-refoulement* e del diritto d'asilo, è stata purtroppo segnalata altresì la presenza di adolescenti⁷². Peraltro si è visto nel corso della trattazione come l'allontanamento dei minori sia espressamente vietato dal T.U. sull'immigrazione, oltre che dalla CEDU, quando nel Paese di destinazione la persona vada incontro ad una situazione di rischio per la sua incolumità psico-fisica.

Un altro esempio emblematico di mancata ottemperanza degli obblighi di protezione sanciti dalle fonti interne ed internazionali è fornito dal trattamento riservato ai minori stranieri non accompagnati sbarcati sulle coste italiane nel corso del 2011 in conseguenza della "Primavera araba" e del conflitto in Libia. Trattasi di adolescenti tra i 12 e 17 anni, di nazionalità, oltre che tunisina, maliana, ghanese, ivoriana⁷³. La situazione di questi ragazzi che, dopo aver dovuto abbandonare le loro famiglie ed affrontato un viaggio rischioso, sono stati trattenuti per intere settimane nei sovraffollati centri di primo soccorso (CPSA) di Lampedusa, in promiscuità con migranti adulti e in condizioni igieniche precarie, senza la possibilità di uscire e di svolgere attività ricreative, e talvolta senza un tutore che potesse salvaguardarne gli interessi, è senza dubbio incompatibile con la disciplina italiana in materia di accoglienza dei MSNA⁷⁴ oltre che con la giurisprudenza resa dalla Corte di Strasburgo. Questa ha avuto modo di pronunciarsi nel mese di marzo 2011 su di caso riguardante un minore afgano non accompagnato al quale la Grecia aveva riservato un trattamento analogo a quello

71 In argomento si rinvia a F. DE VICTOR, "Soccorso in mare e rimpatri in Libia: tra diritto del mare e tutela internazionale dei diritti dell'uomo", in *Rivista di diritto internazionale*, 3/2009, p. 800 e ss.; A. LIGUORI, *I respingimenti in mare e il diritto internazionale*, reperibile al sito www.europeanrights.eu.

72 Per i dati relativi alle persone respinte si rinvia al *Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 27 to 31 July 2009*, CPT/Inf (2010) 14, del 28 aprile 2010.

73 Save the Children, *Lampedusa: Save the Children, sull'isola condizioni di accoglienza inadeguate ai minori*, 18 agosto 2011, reperibile al sito web dell'organizzazione.

74 Per una rassegna delle fonti applicabili con riguardo ai MSNA in Italia si rinvia al *Manuale sull'immigrazione* di S. BRIGUGLIO, reperibile al link briguglio.blogspot.com

ricevuto dai giovani africani sbarcati a Lampedusa ed ha condannato con fermezza lo Stato chiamato in giudizio⁷⁵.

Dalla giurisprudenza resa dal suddetto organo è possibile ricavare delle indicazioni generali che dovrebbero guidare le autorità statali (comprese quelle italiane) nel trattamento da riservarsi ai MSNA. Innanzitutto la detenzione, qualora necessaria, e l'accoglienza, dovrebbero avvenire in luoghi idonei e dignitosi, nei quali sia possibile per i minori svolgere attività ricreative e mantenere contatti con il mondo esterno; da subito, inoltre, dovrebbe essere aperta la tutela legale e designato un tutore che possa curare gli interessi del minore, il quale dovrebbe essere informato, in una lingua a lui comprensibile, della possibilità di presentare domanda di protezione internazionale. Le garanzie di cui sopra dovrebbero trovare applicazione nei confronti dei MSNA indipendentemente dai motivi dell'ingresso nel territorio statale, che sia legato a necessità economiche o al rischio di subire trattamenti lesivi della dignità umana nel Paese di origine, non essendo stata operata, nei casi trattati, una netta distinzione tra minori richiedenti asilo e minori migranti economici.

Già nella sentenza *Mayeka*⁷⁶ era stato del resto precisato che l'interesse degli Stati nel controllo dei flussi migratori non può avere l'effetto di privare i minori stranieri, in special modo quando non accompagnati, della protezione dovuta in considerazione della condizione in cui si trovano (par. 81). Nel pronunciarsi sul caso *Rahimi c. Grecia* il giudice della CEDU si è spinto ad affermare che, quando a rischio è la violazione dei valori assoluti tutelati dall'art. 3 CEDU (divieto di tortura e di trattamenti e pene inumani e degradanti), la condizione di *minore non accompagnato* deve prevalere, nelle decisioni che lo riguardano, su quella di *straniero irregolare* (par. 87). Ciò, alla luce del *principio del superiore interesse del minore*, intorno al quale può registrarsi un sempre più ampio consenso, non solo nello spazio giuridico europeo, ma più in generale nell'ordinamento internazionale (par. 108).

5. Conclusioni

L'indagine svolta ha permesso dimostrare che l'ordinamento internazionale e quello italiano offrono, almeno sul piano del diritto, un alto livello di

75 Corte EDU, *Rahimi c. Grecia*, ricorso n. 8687/08, sentenza del 5 aprile 2011.

76 Corte EDU, *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Belgio*, ricorso n. 13178/03, sentenza del 12 ottobre 2006.

protezione ai bambini e agli adolescenti stranieri. Alle norme poste a tutela dei diritti fondamentali della persona si sommano, infatti, le garanzie specificamente approntate per il minore d'età. Le problematiche sollevate nel corso della trattazione non possono dunque essere spiegate con un vuoto giuridico che invero non corrisponde al dato reale.

La compressione delle garanzie poste a tutela dei bambini e degli adolescenti stranieri, denunciata peraltro anche dal Comitato sui diritti del minore, deve essere piuttosto ricondotta a prassi applicative che, come si è avuto modo di verificare, si pongono in palese violazione dei principi fondamentali sanciti dall'ordinamento italiano e da quello internazionale. Sono stati riportati, quali esempi, quello dei respingimenti in mare ed altresì quello della (mancata) accoglienza dei minori non accompagnati giunti a Lampedusa nel corso del 2011.

Al di là delle prassi, a noi sembra che ad inficiare l'effettività dei diritti riconosciuti ai bambini e agli adolescenti stranieri sia, tra l'altro, la difficoltà dell'interprete nella scelta delle norme da applicarsi alla fattispecie concreta che giunge alla sua attenzione. Si è visto in effetti come il giudice, o anche il funzionario amministrativo, debbano orientarsi tra due legislazioni speciali, rette da principi configgenti e pertanto difficilmente conciliabili: quella sui minori, improntata ad uno spirito di protezione, e quella sugli stranieri, retta da una logica di contrasto e di contenimento degli ingressi⁷⁷. Né aiuta la molteplicità di regolamenti e di atti amministrativi attraverso i quali vengono disciplinati aspetti sensibili della vita del minore straniero presente in Italia⁷⁸.

Tuttavia, anche tale questione non deve essere enfatizzata giacché ad orientare le scelte dell'operatore giuridico dovrebbe essere un criterio formale, quello della gerarchia delle fonti. La normativa in materia di immigrazione è subordinata alle norme, di rango costituzionale, sulla protezione della persona e del minore (nell'interpretazione fornita dal giudice delle leggi). Tutto ciò che concerne l'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento dei bambini e degli adolescenti stranieri deve essere pertanto conforme a quei diritti inviolabili dell'uomo che abbiamo richiamato più volte nel corso della trattazione. Non solo, dunque, tra gli altri, il diritto alla registrazione anagrafica, alla salute, all'istruzione, all'unità familiare, ma altresì

77 Sul punto si rinvia a C. COTTATELLUCCI, L. MIAZZI, "La tutela", cit., p. 155 e ss.; L. Miazzi, "Minori o stranieri", cit., p. 7 e ss.

78 Solo per fare qualche esempio, si pensi alla disciplina applicabile ai MSNA, che trova pochi riferimenti nel T.U. sull'immigrazione, o anche al rilascio ai neomaggiorenni di un permesso di soggiorno autonomo da quello dei genitori, e via dicendo.

il divieto di allontanamento qualora nel Paese di destinazione sussista il rischio di subire trattamenti lesivi della dignità umana.

Per concludere si vuole dunque esprimere l'auspicio che, nelle scelte degli operatori giuridici – che si tratti dei legislatori, dei giudici, o dei funzionari chiamati a dare applicazione alle norme – venga riconosciuta piena centralità all'interesse superiore del minore, “persona in formazione da tutelare in quanto tale e non perché cittadino”⁷⁹.

79 C. COTTATELLUCCI, “Minori respinti in frontiera: le antinomie crescenti tra il diritto speciale dell’immigrazione e gli obblighi di protezione”, in *Minorigiustizia*, 2010, p. 69 e ss.