



Centro di
Documentazione europea - UniCT



Università di Catania

I quaderni europei

Scienze giuridiche



IL MINORE STRANIERO TRA ORDINE PUBBLICO E SUPERIORE INTERESSE DEL FANCIULLO

Annalisa Lucifora

Dicembre 2012
n. 47

Annalisa Lucifora

Il minore straniero tra ordine pubblico e superiore interesse del fanciullo

Università di Catania - *Online Working Paper* 2012/n. 47

URL: http://www.cde.unict.it/quadernieuropei/giuridiche/47_2012.pdf

© 2012 Annalisa Lucifora

Università degli Studi di Catania in collaborazione con il Centro di documentazione europea - *Online Working Paper*/ISSN 1973-7696

Annalisa Lucifora, Dottore di ricerca in Politiche Penali Europee - Università degli Studi di Catania

La collana *online* “*I quaderni europei*” raccoglie per sezioni (scienze giuridiche, scienza della politica e relazioni internazionali, economia, scienze linguistico-letterarie, serie speciali per singoli eventi) i contributi scientifici di iniziative sulle tematiche dell’integrazione europea dalle più diverse prospettive, avviate da studiosi dell’Ateneo catanese o da studiosi di altre Università italiane e straniere ospiti nello stesso Ateneo.

I *papers* sono reperibili unicamente in formato elettronico e possono essere scaricati in formato pdf su: <http://www.unict.it/cde/quadernieuropei>

Responsabile scientifico: Nicoletta Parisi

Comitato Scientifico: Fulvio Attinà – Vincenzo di Cataldo – Enrico Iachello – Bruno Montanari – Nicoletta Parisi – Giacomo Pignataro - Guido Raimondi – Pippo Ranci – Ilde Rizzo – Franco Romerio – Giuseppe Tesauro – Antonio Tizzano – Bert Van Roermund – John Vervaele – Joseph Weiler

Comitato di redazione: Sabrina Carciotto - Annamaria Cutrona - Antonio Di Marco - Nadia Di Lorenzo - Giovanna Morso - Valentina Petralia - Chiara Raucea

Edito dall’Università degli Studi di Catania in collaborazione con il Centro di documentazione europea d’Ateneo.

Via Umberto, 285 B - 95129 – CATANIA

tel. ++39.095.8737802 - 3

fax ++39.095.8737856

www.cde.unict.it

Abstract

Il recente inasprimento della normativa in materia di immigrazione pone notevoli problemi interpretativi in ragione della mancata o superficiale considerazione della posizione del minore straniero, la cui particolare vulnerabilità non riceve la dovuta attenzione da parte del legislatore, che si limita a prevedere un trattamento unitario delle varie situazioni in cui lo straniero irregolare possa trovarsi, senza alcuna specifica considerazione della condizione del minore coinvolto nelle vicende migratorie. Le peculiarità di tale condizione sembrano invece essere oggetto di attenta valutazione nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo e della Corte Costituzionale, entrambe orientate a riconoscere una tendenziale prevalenza del valore di protezione della minore età rispetto a quelli di difesa del territorio e contenimento dei flussi migratori. Ed è proprio alla luce di tale importante indicazione che – laddove si tratti di minori – deve essere letta e applicata la disciplina dell’immigrazione, al fine di individuare soluzioni differenziate rispetto a quelle adottate nei confronti degli stranieri adulti, soluzioni che non siano condizionate da una lettura emergenziale dei fenomeni migratori, bensì impiegate sul principio del superiore interesse del minore.

The latest tightening up of immigration law raises major problems because of its lacking or superficial consideration of the position of foreign minors: their particular vulnerability has not been considered by the legislator, who has simply introduced an uniform treatment for all irregular migrants, without considering in particular the position of children. However, their specific position has been adequately evaluated by the European Court of Human Rights and the Italian Constitutional Court, both of which place the issue of protection of minors above territorial and immigration control considerations. Thus, where there are children involved, immigration law should be read in the light of this recommendation, so that discrete solutions can be found according to the age of migrants. These solutions should not be based on the emergency aspects of migration but on the best interests of the children involved.

Keywords

Minori - stranieri - sicurezza - diritti fondamentali - immigrazione irregolare

Children - foreigners - security - fundamental rights - irregular immigration

Sommario: 1. Introduzione. - 2. La tutela sovranazionale dei diritti del minore. - 3. Il minore straniero nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. - 4. La condizione giuridica del minore nell'ordinamento italiano. - 5. (Segue). Il minore straniero e l'ordinamento italiano. - 6. Il minore straniero e il reato di ingresso e soggiorno irregolare. - 7. L'irrazionalità della logica securitaria nel trattamento del minore straniero. - 8. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Le ultime riforme in materia di pubblica sicurezza, caratterizzate da un generale inasprimento del trattamento riservato agli stranieri in posizione irregolare, sollecitano un'attenta riflessione circa la compatibilità della disciplina ivi prevista con il regime di favore adottato nel nostro ordinamento riguardo ai minori. In effetti, l'inquadramento giuridico della condizione dei minori stranieri si presenta particolarmente complesso, ponendo la necessità di contemperare le istanze proprie e specifiche sottese a due legislazioni speciali, la cui *ratio* è profondamente diversa: da un lato, la disciplina degli stranieri, ispirata innanzitutto al soddisfacimento di esigenze di tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale; dall'altro, la legislazione minorile, complessivamente concepita a partire dall'idea di fondo, tendenzialmente assorbente eventuali contrapposte esigenze, di strutturate istanze di protezione di quei soggetti che, a causa della condizione di immaturità fisica e psichica in cui si trovano, si ritengono non possedere la piena capacità di individuare e di far valere i propri diritti e di curare i propri interessi; un'impostazione, questa, cui dovrebbe logicamente aggiungersi, nel caso di specie dei minori stranieri (*a fortiori* laddove “non accompagnati”¹), un particolare impegno dello Stato per scongiurare fenomeni di marginalizzazione e, in generale, l'esposizione alle conseguenze deteriori di una politica legislativa pressoché esclusivamente dettata per rispondere ad istanze di ordine pubblico.

Le preoccupazioni securitarie prevalse negli ultimi anni nel nostro Paese hanno infatti determinato una legislazione di carattere emergenziale, in quanto tale lungi dall'individuare soluzioni ponderate e razionali, e di contro essenzialmente mossa dall'obiettivo di rassicurare un'opinione pubblica sempre più “ansiosa”, o più precisamente di mostrare l'impegno a contrastare fenomeni ritenuti all'origine di un generalizzato sentimento di insicurezza, in verità spesso variamente alimentato a fini di consenso elettorale². Tale perdita di razionalità politico-criminale dell'intervento penale può essere inquadrata tra gli effetti indesiderabili di una “democrazia d'opinione”, in cui il ricorso allo strumento penale, divenuto uno dei principali “oggetti” di scambio politico-elettorale, rischia di sfuggire a ogni criterio razionale per rientrare nell'ambito di una logica in cui le abilità affabulatorie e di persuasione prevalgono sull'effettiva capacità di affrontare i problemi attraverso l'adozione di misure e strategie solide che consentano di giungere a delle soluzioni la cui concreta efficacia sia verificabile³. Il

¹ Secondo l'art. 1 della Risoluzione del Consiglio dell'UE del 26 giugno 1997 sui minori non accompagnati, cittadini di paesi terzi (97/C 221/03), che per prima ha introdotto tale espressione, per “minori non accompagnati” si intendono i «cittadini di paesi terzi di età inferiore ai 18 anni che giungono nel territorio degli Stati membri non accompagnati da un adulto per essi responsabile in base alla legge o alla consuetudine e fino a quando non ne assuma effettivamente la custodia un adulto per essi responsabile» e i «minori, cittadini di paesi terzi, rimasti senza accompagnamento successivamente al loro ingresso nel territorio degli Stati membri».

² Sul rapporto tra politiche securitarie e disciplina dell'immigrazione, cfr. A. CAPUTO, *Immigrazione, diritto penale e sicurezza*, in *QuestG*, 2004, n. 2-3, p. 359; M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, n. 10, p. 3558; M. PELISSERO, *Logiche di esclusione e di inclusione nella politica criminale sull'immigrazione*, in *QuestG*, 2007, n. 4, p. 684; P. PISA, *Sicurezza atto secondo: luci ed ombre di un'annunciata miniriforma*, in *DPP*, 2009, n. 1, p. 5.

³ Sul punto, cfr. M. PAVARINI, *Insicurezza da criminalità, riforma del sistema di giustizia criminale e scienza penale*, in *Ius17@unibo.it*, 2008, n. 1, p. 24. Per stimolanti riflessioni sul punto, cfr. D. PULITANÒ, *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, in *DPP*, 2008, n. 9, p. 1081.

risultato che ne è derivato è una disciplina frammentaria e caotica, incapace di individuare soluzioni articolate secondo le diverse situazioni in cui lo straniero possa trovarsi. In particolare, le riforme del 2008 e del 2009 in materia di sicurezza non prevedono alcuna deroga esplicita né disposizione specifica per quei soggetti stranieri che non abbiano raggiunto la maggiore età, rivolgendosi a tutti gli stranieri irregolarmente presenti sul nostro territorio, siano essi adulti o minori, indistintamente percepiti - a causa anche dell'immagine che di essi viene veicolata dai media⁴ - come fattori di rischio, da arginare e controllare attraverso il ricorso allo strumento penale, utilizzato spesso in chiave simbolica e con notevole accentuazione dei suoi profili preventivi⁵. Ciò che emerge dall'analisi della normativa in vigore è la manifesta incoerenza del diritto degli stranieri, in particolare proprio con riguardo al trattamento del migrante minore, e la conseguente necessità di una lettura della disciplina di settore "filtrata" attraverso i principi consolidati del sistema di tutela dei diritti del minore, al fine precipuo di evitare che un'applicazione meramente letterale delle leggi si traduca in una palese violazione di quei diritti.

In un quadro in cui l'effettiva tutela dei diritti fondamentali rischia di essere vanificata proprio per quei soggetti per i quali dovrebbe essere maggiormente garantita, occorre riflettere attentamente circa la possibilità di individuare, anche alla luce degli *standards* da tempo elaborati a livello sovranazionale e ribaditi dai più recenti atti del Consiglio d'Europa⁶, soluzioni interpretative idonee ad assicurare (fin dove possibile) una configurazione dello *status* del minore straniero nell'ordinamento italiano compatibile con la logica di protezione alla base del diritto dei minori e più a monte coerente con i principi ispiratori del nostro sistema costituzionale.

2. La tutela sovranazionale dei diritti del minore

A livello internazionale occorre attendere il primo dopoguerra per registrare il passaggio da una tutela settoriale degli interessi del minore, circoscritta ad ambiti ben precisi della vita sociale in cui andavano emergendo specifiche esigenze di protezione della minore età - quale il settore lavorativo⁷ -, all'affermazione del principio di una tutela del minore in quanto personalità in formazione, principio che si traduce tanto nel riconoscimento dei diritti che spettano al cittadino minore di età, quanto nella previsione di strumenti giuridici indispensabili per la loro effettiva tutela e realizzazione⁸.

⁴ I media nel corso degli anni hanno dedicato sempre maggiore attenzione alle notizie, perlopiù negative, relative ai fenomeni migratori, alimentando il senso di insicurezza collettiva e alterando la percezione della complessa realtà ad essi collegata. Sul punto, cfr. E. CALVANESE, *Media e immigrazione tra stereotipi e pregiudizi. La rappresentazione dello straniero nel racconto giornalistico*, Milano, 2011 (Collana di Criminologia). Come osserva G. MORGANTE, *Le relazioni pericolose tra diritto penale dell'immigrazione e fonti dell'Unione europea*, in *Lpen*, 2012, n. 1, p. 91, la creazione dello "stereotipo" dello straniero ontologicamente delinquente ha comportato l'"accanimento terapeutico" del legislatore nazionale nella previsione di un sistema punitivo "rigorosamente simbolico", creando al tempo stesso le condizioni per un atteggiamento di tolleranza diffusa in merito a tali scelte di politica criminale. In generale, sul rapporto tra paure collettive, sensazionalismo dei media e strumentalizzazioni degli organi di governo, cfr. A. DAL LAGO, *La Tautologia della paura*, in *RIS*, 1999, n. 1, p. 5 in cui si ritiene che la paura, straordinario meccanismo di assestamento della vita sociale e funzionale alla sua innovazione sia alimentata oggi prevalentemente dagli stranieri irregolari, i quali svolgono il medesimo ruolo sociale che, per diversi secoli della storia europea, è stato incarnato da ebrei e zingari. Sulla rappresentazione mediatica della criminalità, cfr. M. BERTOLINO, G. FORTI (a cura di), *La televisione del crimine*, Milano, 2005.

⁵ Questo nuovo utilizzo dello strumento penalistico, sempre più frequente nella società post-industriale e sintomo di una crisi di legittimazione del diritto penale, rivela il passaggio dallo Stato di diritto allo Stato di prevenzione, ove il fine principale è proprio la prevenzione del rischio, anziché la punizione di un evento di danno. Sul punto, cfr. M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *QuestG*, 2009, n. 1, p. 101; M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, p. 9; ID., *Immigrazione e diritto penale*, in *CDir*, 2011, p. 21.

⁶ Con la Risoluzione 1810 e la Raccomandazione 1969 del 15 aprile 2011, *Problemi legati all'arrivo al soggiorno e al ritorno di minori non accompagnati in Europa*, il Consiglio d'Europa ha di recente richiamato agli Stati membri la necessità di dare maggiore attenzione ai minori non accompagnati, nei cui confronti sussistono, in virtù della Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti del Fanciullo (cfr. *infra* par. 2), speciali doveri di protezione e assistenza, indipendentemente dalla loro nazionalità o dal loro *status*; in particolare, il punto 5.1 della Risoluzione ribadisce che tali minori devono essere trattati «first and foremost as children, not as migrants».

⁷ Ci si riferisce alla Convenzione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL) n. 5 del 1919, che fissa a 14 anni (elevati a 15 dalla Convenzione n. 59 nel 1937) l'età minima per l'accesso al mondo del lavoro.

⁸ Tra le Convenzioni più importanti in materia meritano di essere ricordate: la Convenzione sulla competenza delle autorità e la legge applicabile in materia di protezione dei minori del 5 ottobre 1961; la Convenzione europea sull'adozione dei minori del 24 aprile 1967; la Convenzione europea sul rimpatrio dei minori del 28 maggio 1970; la Convenzione europea sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento del 20 maggio 1980; la Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione dei minori a carattere internazionale del 25 ottobre 1980; la Convenzione europea sulla semplificazione delle procedure

In effetti, la riflessione sulle drammatiche condizioni di vita dei minori durante il conflitto, avviata al termine della prima guerra mondiale, contribuisce a diffondere la consapevolezza che la tutela del minore nella sua specificità di soggetto in formazione non possa essere dal legislatore limitata soltanto ad alcuni aspetti, costituendo invece un imperativo di carattere generale da tradursi nell'elaborazione di un vero e proprio statuto dei diritti del minore, quale risulta dalla Dichiarazione di Ginevra per i Diritti del Fanciullo, approvata nel 1924 dalla Società delle Nazioni, con cui viene per la prima volta riconosciuto il diritto del minore a una normale crescita psicofisica e spirituale⁹. Nel 1959 le Nazioni Unite affrontano nuovamente la delicata questione dei diritti dei minori con l'adozione della Dichiarazione dei Diritti del Fanciullo che, pur non essendo giuridicamente vincolante, è particolarmente significativa in quanto, oltre ad affermare per la prima volta il principio del superiore interesse del fanciullo¹⁰, supera i fugaci riferimenti al minore contenuti nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948¹¹, indicando agli Stati membri della comunità internazionale che il minore è titolare di diritti che essi devono non solo riconoscere, ma anche garantire, costituendo così il fondamento, ancora pregiudiziale, di ogni ordinamento civile¹².

Il passaggio dalla logica di tutela degli interessi a quella della tutela dei diritti si realizza in via definitiva con la Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti del Fanciullo del 1989¹³, ultima tappa a livello internazionale di tale processo di specificazione dei diritti del minore, che delinea la figura di un fanciullo «veramente arbitro del proprio destino, sicuramente in grado di far valere le proprie scelte esistenziali e di veder garantito il proprio interesse nei confronti di qualsiasi altro soggetto»¹⁴. Il diritto internazionale dei minori si colloca dunque in una nuova prospettiva in cui il minore non è più visto come *homunculus*, bensì come essere umano detentore di un interesse che va da tutti salvaguardato (art. 3 Conv.) e titolare dei diritti enunciati nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, diritti che

relative al recupero dei crediti alimentari del 6 novembre 1990. Per un quadro completo degli strumenti internazionali di tutela del minore, cfr. A. ZANOBETTI PAGNETTI, *Bilancio e prospettive della protezione internazionale dei diritti del fanciullo*, in RTDPC, 1980, n. 2, p. 586.

⁹ Per la redazione della Dichiarazione dei diritti del fanciullo del 1924 la Società delle Nazioni si basò sulla Children's Charter, elaborata nel 1922 dall'*Unione internazionale per il soccorso all'infanzia*, fondata nel 1920 da Eglantine Jebb, dama della Croce Rossa, colpita dalle drammatiche condizioni in cui si trovavano i bambini durante il conflitto. Tale Dichiarazione si limita ad enucleare cinque principi fondamentali volti a garantire un'equilibrata crescita psico-fisica, quali il diritto a godere di un sereno sviluppo, all'attenzione, all'aiuto morale e materiale e il diritto all'educazione e formazione. In una prima rielaborazione del documento, risalente al 1948, si comincia a tenere conto anche di altri e più specifici bisogni del minore, quali la formazione religiosa e l'istruzione.

¹⁰ Tale principio sarà poi richiamato da numerose altre fonti internazionali tra cui, oltre alla Convenzione di New York del 20 novembre 1989, la Convenzione dell'Aja sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori del 25 ottobre 1980; la Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale del 29 maggio 1993; il regolamento CE n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale del 27 novembre 2003. Di recente, tale principio è stato ulteriormente ribadito nel considerando n. 22 della direttiva UE 2011/36/CE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime del 5 aprile 2011. *The best interest of child* si ritrova inoltre tra i principi fondamentali delle *Linee guida su una giustizia a misura di minore*, adottate dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 17 novembre 2010 e pubblicate, in traduzione italiana, in *MinG*, 2011, n. 2, p. 168.

¹¹ Ci si riferisce in particolare agli artt. 3, 25 e 26 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, relativi rispettivamente al diritto alla vita, alla protezione sociale e all'istruzione. Più incisivi riferimenti al minore si ritrovano invece nel Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, che traduce in previsioni vincolanti tanto i principi sanciti dalla Dichiarazione Universale, quanto quelli enunciati nella Dichiarazione dei diritti del fanciullo del 1959.

¹² È particolarmente significativo il Preambolo della Dichiarazione, ove si afferma che il fanciullo «a causa della sua immaturità fisica e intellettuale, ha bisogno di una particolare protezione e di cure speciali, compresa un'adeguata protezione giuridica, prima e dopo la nascita». In tal senso, fra le previsioni più rilevanti vanno senz'altro annoverati il diritto dei minori di crescere sotto le cure e la responsabilità dei genitori; il diritto di non essere separato dalla madre; il diritto alla protezione ed al soccorso in via prioritaria e il diritto ad essere protetto contro ogni forma di negligenza, crudeltà e sfruttamento.

¹³ Convenzione adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989, entrata in vigore il 2 settembre 1990, ratificata dall'Italia con la legge n. 176 del 27 maggio 1991, pubblicata in *GU* n. 135 dell'11 giugno 1991, entrata in vigore il 5 ottobre 1991. Tale Convenzione è stata peraltro ratificata da tutti i paesi del mondo, eccetto la Somalia e gli Stati Uniti. Sulla Convenzione di New York, cfr. tra gli altri, S. ARBIA, *La Convenzione ONU sui diritti del minore*, in *DUCB*, 1992, n. 1, p. 39; A. BEGHÈ LORETI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti del fanciullo*, Padova, 1995, p. 4; A. M. DEL VECCHIO, *La protezione dei minori nell'evoluzione delle convenzioni internazionali in materia*, in *RIDU*, 2000, n. 3 p. 655; A. DETRICK, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, The Hague, 1999; A. C. MORO, *Il bambino è un cittadino. Conquista di libertà e itinerari formativi: la Convenzione dell'ONU e la sua attuazione*, Milano, 1991; F. POCAR, *Verso lo Statuto del minore*, in *DUCB*, 1992, n. 2, p. 40; M. R. SAULLE, *La Convenzione di New York sulla tutela del fanciullo*, in *DUCB*, 1999, n. 1, p. 20; ID., *La Convenzione dei diritti del minore e l'ordinamento italiano*, Napoli, 1994.

¹⁴ Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2009, n. 22080; tale sentenza merita di essere segnalata anche perché passa in rassegna le diverse fonti (interne, europee e internazionali) relative alla protezione dei diritti del fanciullo. Per un commento, cfr. F. ASTIGGIANO, *Superiore interesse del minore ed immigrazione: sull'interpretazione dell'art. 31 D. Lgs. n. 286/1998*, in *FamD*, 2010, n. 3, p. 227.

costituiscono il momento centrale, la cui attuazione richiede misure di protezione speciale volte a riequilibrare la posizione del minore rispetto all'adulto¹⁵.

Nonostante sia innegabile che la Convenzione di New York abbia rappresentato un traguardo importante nella progressiva affermazione delle specifiche esigenze di tutela del minore, avendo contribuito a diffondere una nuova visione del soggetto in formazione, essa presenta tuttavia un grave limite, costituito dalla mancanza di un efficiente meccanismo di monitoraggio e sanzione della violazione dei diritti in essa affermati, essendo previsto solamente l'esame, da parte del Comitato dei Dieci, dei rapporti presentati a intervalli quinquennali dagli Stati contraenti e relativi alle misure adottate per dare attuazione nell'ordinamento interno ai diritti sanciti dalla Convenzione¹⁶. Il riconoscimento generale del carattere *self-executing* delle sue norme – ad oggi di contro affermato esclusivamente nella giurisprudenza belga, svizzera e olandese – o comunque la previsione della possibilità di ricorsi individuali avrebbero senz'altro potuto contribuire a rendere questo strumento internazionale maggiormente efficace.

Proprio la previsione di un organo giudiziario permanente, quale la Corte europea dei diritti dell'uomo, cui possono essere sottoposti ricorsi individuali, è infatti il punto di forza della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), elaborata nell'ambito del Consiglio d'Europa, che, oltre ad essere un efficace strumento di protezione dei diritti umani, costituisce la più importante fonte internazionale del diritto di famiglia¹⁷. Sebbene manchi in tale Convenzione l'esplicita previsione di un preciso diritto di tutela rafforzata per i minori¹⁸, ciò non ha impedito alla Corte di sviluppare una ricca casistica in cui la giurisprudenza di Strasburgo individua nella violazione di norme formulate in generale a tutela di tutti gli esseri umani una specifica valenza in relazione ai minori¹⁹.

I principi elaborati dalla Corte di Strasburgo in relazione ai minori acquistano oggi una particolare rilevanza alla luce dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea, come modificato dal Trattato di Lisbona, che, oltre a sancire l'efficacia vincolante della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, adottata a Nizza il 7 dicembre 2000, dispone l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo²⁰. Peraltro, uno dei principali vantaggi che derivano dall'incardinamento della Carta di Nizza nell'impianto normativo definito dal trattato di Lisbona è senz'altro quello di ergere un tale

¹⁵ A differenza dei documenti che l'hanno preceduta, la Convenzione di New York non si limita soltanto a tutelare il minore in quanto soggetto debole, bensì riconosce lo stesso quale *being* avente proprie personali situazioni giuridiche soggettive, al quale va dunque data voce; in tal senso, si riconosce al minore il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, prevedendo la possibilità che egli venga ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne (art. 12); si tutela il diritto del fanciullo alla libertà di espressione (art. 13), di pensiero, coscienza e religione (art. 14); si riconoscono i diritti del fanciullo alla libertà di associazione e di riunione (art. 15). Così M. FREEMAN, *The human rights of children*, in CLP, 2010, n. 63, p. 20.

¹⁶ Sui punti deboli della Convenzione, cfr. J. LONG, *Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali*, Milano, 2006, p. 15; A. SACCUCCI, *Riflessioni sulla tutela internazionale dei diritti del minore*, in GI, 2000, n. 1, p. 224.

¹⁷ Convenzione sottoscritta a Roma il 4 novembre 1950, entrata in vigore il 3 settembre 1953 e ratificata dall'Italia con la legge n. 848 del 1955, pubblicata in GU n. 221 del 24 novembre 1955. In merito, cfr. S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001; C. DEFILIPPI, D. BOSI, R. HARVEY (a cura di), *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Napoli, 2006; M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo: procedure e contenuti*, Napoli, 1997; P. PUSTORINO, *L'interpretazione della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Napoli, 1998; V. STARACE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, Bari, 1992.

¹⁸ Generici riferimenti ai minori si trovano esclusivamente all'art. 5 CEDU, par. 1, lett. d), relativo al diritto alla libertà e alla sicurezza, all'art. 6 CEDU sul regime di pubblicità dei processi, all'art. 2 del Protocollo addizionale del 20 marzo 1952, relativo al diritto all'istruzione, e all'art. 5 del Protocollo n. 7 del 22 novembre 1984, sull'uguaglianza dei genitori anche nelle relazioni con i figli. Per un interessante confronto tra la CEDU e la Convenzione di New York in tema di diritti del minore, cfr. C. FIORAVANTI, *La protezione internazionale dei minori in Europa*, in AUniFe, *Scienze giuridiche, Nuova serie*, 1997, vol. XI, p. 18.

¹⁹ La tutela accordata al minore dalla giurisprudenza della Corte europea non è fondata su un'interpretazione estensiva delle disposizioni convenzionali, bensì sulla lettura combinata (interpretazione sistematica) in relazione con l'art. 14 CEDU che, vietando qualsiasi discriminazione, vieta anche quella basata sulla minore età della persona. Per un quadro completo della posizione del minore nel sistema di tutela delineato dalla CEDU, cfr. M. DE BOER-BUQUICCHIO, *Children and the European Convention on Human Rights*, in F. MATSCHER, H. PETZOLD, *Protecting Human Rights: the European dimension*, Köln, 1990, p. 73; U. KILKELLY, *The Child and the European Convention on Human Rights*, Dartmouth, 1999. Per quanto riguarda in particolare il trattamento del minore straniero nella giurisprudenza della Corte europea, cfr. *infra* par. 3.

²⁰ Art. 6 par. 1 e 2 della versione consolidata del Trattato sull'Unione europea conformemente al Trattato di Lisbona, in GUUE C 115 del 9 maggio 2008, p. 19. Sul punto, cfr. A. GIANELLI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, in DUE, 2009, n. 3, p. 678; N. PARISI, *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, in DUE, 2009, n. 3, p. 653; T. PENSABENE LIONTI, *Trattato di Lisbona e diritti fondamentali: nuove prospettive con riferimento alla Carta di Nizza ed al rapporto tra Unione Europea e CEDU*, in NA, 2010, n. 2, p. 387.

catalogo di diritti a “parametro di giudizio” della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado che, pur non essendo giudici specializzati in materia di tutela dei diritti umani, potranno comunque più significativamente contribuire ad assicurare un’effettiva e più completa tutela dei diritti fondamentali²¹.

Per quanto riguarda in particolare i diritti del minore, con la Carta di Nizza trova oggi formale riconoscimento, anche nella più specifica dimensione dell’Unione europea, la medesima concezione del minore introdotta a livello internazionale dalla Convenzione di New York, come risulta in particolare dall’art. 24, che coniuga le istanze di tutela del minore con la dimensione di soggetto attivo della società che ormai è a questo riconosciuta a livello internazionale, ponendo il principio del superiore interesse del minore quale principale criterio di valutazione, non solo con riguardo alle questioni familiari, ma in tutte le decisioni che concernono il minore, in qualunque contesto relazionale, al fine di garantire una sua sostanziale uguaglianza di trattamento rispetto agli adulti. Questo principio è, in effetti, alla base di tutta una serie di iniziative intraprese dall’Unione europea nel corso degli anni, volte ad assicurare un’effettiva tutela della condizione di particolare vulnerabilità in cui il minore si trova, prendendo in considerazione tale *status* sia rispetto alle fondamentali e generiche esigenze della vita sociale, quali l’istruzione²², la non discriminazione, la sicurezza dell’ambiente o la salute, sia riguardo a specifiche situazioni di pericolo per una normale ed equilibrata crescita psicofisica, che si verificano nei casi in cui il minore sia coinvolto in conflitti armati²³ o sia vittima di abusi e sfruttamento sessuale²⁴, tratta di esseri umani²⁵ o lavoro minorile²⁶.

Le rilevanti novità scaturenti dal Trattato di Lisbona in tema di tutela diritti dei minori non derivano soltanto dall’attribuzione di valore vincolante alla Carta di Nizza, ma emergono ancor prima dalla formulazione stessa del Trattato che, innovando rispetto alle precedenti versioni, pone la promozione della tutela dei diritti del minore tra gli obiettivi dell’Unione (art. 3 par. 2 TUE)²⁷, oltre che tra i principi fondamentali della sua azione esterna (art. 5 TUE)²⁸, attribuendo inoltre al Parlamento europeo e al Consiglio il potere di stabilire, mediante direttive adottate secondo la procedura legislativa ordinaria, norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in diverse sfere di criminalità, tra cui proprio la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale delle donne e dei minori (art. 83 TFUE)²⁹. A fronte di un quadro piuttosto disorganico quale quello fin qui delineato a livello europeo, la

²¹ F. SEATZU, *La tutela dei diritti fondamentali nel nuovo Trattato di Lisbona*, in *CI*, 2009, n. 1, p. 48. Sul riconoscimento del «valore giuridicamente vincolante» della Carta di Nizza, cfr. anche G. GRASSO, *La competenza penale dell’Unione europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *L’evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, p. 686.

²² Le conclusioni del Consiglio dell’Unione europea del 26 novembre 2009, *Sull’istruzione di bambini provenienti da un contesto migratorio* (in *GUUE* C 301 dell’11 dicembre 2009), che intervengono a più di trent’anni dall’emanazione della direttiva 77/486/CEE sull’istruzione dei bambini migranti, in *GUUE* L 199 del 6 agosto 1977, p. 32, invitano gli Stati membri a prendere misure appropriate a tutti i livelli per garantire al minore, indipendentemente dalla provenienza, eque opportunità di istruzione e il necessario sostegno per sviluppare al meglio le sue potenzialità.

²³ Aggiornamento degli Orientamenti dell’Unione europea sui bambini e i conflitti armati del Consiglio Affari generali del 16 giugno 2008.

²⁴ Direttiva 2011/93/UE del Parlamento europeo e del Consiglio dell’Unione del 13 dicembre 2011 relativa alla lotta contro l’abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile e che sostituisce la Decisione quadro 2004/68/GAI, in *GUUE* L 335 del 17 dicembre 2011. Sul punto, cfr. M. TROGLIA, *Lotta contro l’abuso, lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile: alcune riflessioni sulla direttiva 2011/93/UE del Parlamento e del Consiglio del 13 dicembre 2011*, in *Cass. pen.*, 2012, n. 5, p. 1906; A. VERRI, *Contenuto ed effetti (attuali e futuri) della direttiva 2011/93/UE*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

²⁵ Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio dell’Unione del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, in *GUUE* L 101/1 del 15 aprile 2011, che all’art. 2 prevede un aumento di pena nel caso in cui il reato in questione sia commesso nei confronti di una vittima particolarmente vulnerabile, tra cui i minori, ai quali devono essere assicurati assistenza, sostegno e protezione. In generale, sulla direttiva cfr. D. MANCINI, *Il cammino europeo nel contrasto alla tratta di persone*, in *DPP*, 2010, n. 9, p. 1114; F. SPIEZIA, M. SIMONATO, *La prima direttiva UE di diritto penale sulla tratta di esseri umani*, in *Cass. pen.*, 2011, n. 9, p. 3197.

²⁶ Raccomandazione della Commissione del 15 settembre 2000, relativa alla ratifica della Convenzione n. 182 dell’OIL, del 17 giugno 1999, riguardante il divieto delle peggiori forme di lavoro minorile e le azioni immediate in vista della loro eliminazione, in *GUUE* L 243 del 28 settembre 2000, p. 41.

²⁷ Cfr. N. LAZZERINI, *Con il Trattato di Lisbona la tutela dei diritti del fanciullo entra tra gli obiettivi dell’Unione*, in *FamM*, 2010, n. 2, p. 7.

²⁸ Sul punto può essere interessante la lettura del Piano d’Azione per i minori nella politica esterna dell’UE, definito mediante Comunicazione della Commissione del 5 febbraio 2008, *Riservare ai minori un posto speciale nella politica esterna dell’UE*, COM (2008) 55 def., del 5.2.2008, che completa gli *Orientamenti dell’UE in materia di promozione e tutela dei diritti del minore*, adottati dal Consiglio il 10 dicembre 2007, che rappresentano la base dell’azione dell’UE in materia di protezione e promozione dei diritti dei minori nella sua politica esterna.

²⁹ In generale, per un’approfondita analisi sulla natura, le forme, i contenuti e i limiti della competenza penale dell’Unione europea, cfr. R. SICURELLA, «*Prove tecniche*» per una metodologia dell’esercizio delle nuove competenze concorrenti dell’Unione europea in materia penale, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *L’evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., p. 24.

complessiva coerenza del sistema è tuttavia assicurata dal costante riferimento alla Carta di Nizza e alla Convenzione di New York, entrambe utilizzate come base comune di tutte le azioni dell'Unione europea che riguardano il minore, e dal continuo richiamo al principio del superiore interesse del fanciullo, nel rispetto del quale dovranno essere elaborate, attuate e valutate in futuro le politiche dell'Unione europea suscettibili di avere delle ripercussioni, dirette o indirette, sui minori.

3. Il minore straniero nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

L'interesse del minore, qualunque sia la sua nazionalità, è un parametro più volte invocato dalla Corte di Strasburgo, spesso chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con la Convenzione europea, di misure di espulsione o dinieghi del permesso di soggiorno adottati dagli Stati nell'esercizio delle relative competenze di controllo dell'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento degli stranieri dal loro territorio³⁰.

Le ragioni sottese all'adozione di tali provvedimenti, sebbene per lo più rispondenti all'interesse dello Stato al controllo del proprio territorio, devono infatti essere comparativamente valutate alla luce dei diritti riconosciuti dalla Convenzione, al fine di evitare che la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale possa tradursi nella violazione dei diritti fondamentali di ogni essere umano³¹.

A dover essere presa in considerazione è innanzitutto la compatibilità di tali misure con riguardo al diritto al rispetto della vita privata e familiare sancito all'art. 8 CEDU³². In generale, trattandosi della valutazione di compatibilità con la Convenzione di provvedimenti di espulsione concernenti stranieri adulti, l'assenza di un diritto fondamentale per lo straniero all'ingresso e soggiorno sul territorio di uno Stato di cui non è cittadino impone di volta in volta alla Corte di fare ricorso alla tecnica del bilanciamento tra gli interessi concorrenti dell'individuo e della società complessivamente intesa, come espressamente richiesto dalla seconda parte dell'articolo 8 CEDU³³. A tal proposito, la Corte di Strasburgo se, da un lato, ha negato nella sentenza *Gül* l'esistenza di un diritto dei membri della famiglia a vivere congiuntamente sul territorio di uno degli Stati contraenti, ha tuttavia ivi individuato alcune condizioni limitative del potere delle autorità nazionali di espellere gli stranieri dal territorio³⁴. In

³⁰ Sulla *ratio* della discrezionalità degli Stati in materia di ammissione entro i propri confini o di respingimento da essi dello straniero, cfr. N. PARISI, *I limiti posti dal diritto internazionale alle scelte di penalizzazione del legislatore interno in materia di immigrazione irregolare*, in R. SICURELLA (a cura di), *Il controllo penale dell'immigrazione clandestina: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici*, Torino, 2012, p. 57.

³¹ Come rilevato da R. SICURELLA, *Il controllo penale dell'immigrazione clandestina: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici. Percorsi di riflessione critica*, in R. SICURELLA (a cura di), *Il controllo penale dell'immigrazione clandestina: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici*, cit., p. 3, la generale discrezionalità riconosciuta agli Stati circa il controllo dell'ingresso, del soggiorno e dell'allontanamento dei non cittadini «risulta in varia misura “imbrigliata” dai vincoli scaturenti dagli strumenti normativi internazionali di tutela dei diritti dell'uomo che si pongono quali limiti esterni al concreto esercizio di una tale discrezionalità». In tal senso cfr. anche B. NASCIBENE, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo, condizione dello straniero e giurisprudenza nazionale*, in *Doc Giust*, 2000, n. 1-2, p. 179; N. PARISI, *I limiti posti dal diritto internazionale alle scelte di penalizzazione del legislatore interno in materia di immigrazione irregolare*, cit., p. 75 ove si osserva che la discrezionalità degli Stati è limitata da una serie di obblighi positivi e negativi, derivanti dal diritto internazionale convenzionale, volti ad evitare che lo straniero subisca violazioni nei propri diritti fondamentali. Per quanto riguarda in particolare i vincoli all'espulsione derivanti dalla tutela dei diritti e delle libertà dell'individuo nei sistemi di integrazione europea, cfr. V. SCALIA, *L'espulsione dello straniero alla prova degli obblighi internazionali di protezione dei diritti fondamentali*, in *IndP*, 2010, n. 2, p. 749.

³² Tra gli studi sull'art. 8 CEDU, cfr. L. DE GRAZIA, *Il diritto al rispetto della vita familiare nella giurisprudenza degli organi di Strasburgo: alcune considerazioni*, in *DPCE*, 2002, n. 3, p. 1069; P. PALLARO, *Sviluppi recenti nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo sui rapporti tra espulsioni e rispetto della vita privata e familiare*, in *RIDU*, 1998, n. 2, p. 453; C. PAVARANI, *Art. 8, Diritto al rispetto della vita privata e familiare*, in C. DEFILIPPI, D. BOSI, R. HARVEY, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 291; M. VILLIGER, *Expulsion and the right to respect for private and family life (Article 8 of the Convention) - an introduction to the Commission's case law*, in F. MATSCHER, H. PETZOLD, *Protecting Human Rights: the European dimension*, cit., p. 657; V. ZENO ZENCOVICH, *Diritto al rispetto della vita privata e familiare*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 307.

³³ L'art. 8 CEDU, dopo aver riconosciuto il diritto al rispetto della vita privata e familiare, nella seconda parte ammette un'ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto qualora essa sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in un società democratica, è necessaria per la pubblica sicurezza nazionale, il benessere economico del paese, la difesa dell'ordine e la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui. La Corte europea ha sviluppato una lettura teleologica di tale previsione, in ragione della quale si è parlato di “costituzionalizzazione europea” del diritto alla vita privata e familiare, suscettibile di incidere profondamente sugli ordinamenti nazionali. Cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il diritto all'unità familiare in Europa, tra “allargamento” dei confini e “restringimento” dei diritti*, in *DIC*, 2004, n. 1, p. 77.

³⁴ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 19 febbraio 1996, *Gül c. Svizzera*, serie A, n. 159, in *RIDU*, 1996, n. 1, p. 230; nel caso di specie, la Corte esclude la violazione dell'art. 8 CEDU nel caso del rifiuto alla richiesta di ricongiungimento con i figli minori rimasti in Turchia presentata dal sig. Gül, non avendo quest'ultimo il diritto di risiedere stabilmente in Svizzera, bensì una mera

particolare, la Corte, pur riconoscendo agli Stati il diritto di controllare l'ingresso degli stranieri nel proprio spazio territoriale, non derivando dall'art. 8 CEDU un obbligo generale per lo Stato di rispettare la scelta, da parte di coppie sposate, della loro residenza comune, ha al tempo stesso fatto riferimento alla necessaria valutazione comparativa, da parte dello Stato, della situazione individuale degli interessati da un lato, e dell'interesse generale dall'altro, richiamando quindi indirettamente la ragionevolezza e proporzionalità delle misure adottate³⁵. La stessa Corte, nella successiva sentenza *Boultif*, è peraltro giunta a individuare i criteri alla luce dei quali dovrà essere condotto dallo Stato tale giudizio di proporzionalità, che rende più stringenti i limiti che discendono dalla Convenzione alle misure di espulsione adottate dagli Stati³⁶. A entrare in bilanciamento secondo la Corte sono, da un lato, elementi ritenuti espressione dell'effettività della vita familiare e del radicamento di essa nello Stato in questione, quali la durata del matrimonio, l'eventuale presenza dei figli e la loro età; dall'altro, nelle ipotesi in cui siano stati commessi reati, indici di pericolosità per l'ordine pubblico, come la natura e la gravità dell'offesa, il tempo intercorso dalla commissione del reato e il successivo comportamento del ricorrente³⁷.

Sebbene nella maggior parte dei casi l'allontanamento e l'espulsione riguardino i genitori, tali provvedimenti sono inevitabilmente destinati a produrre effetti anche sui figli minori, che si ritrovano privi di figure adulte di riferimento o sono costretti a uno sradicamento dal Paese nel quale sono fino allora cresciuti. Per queste ragioni, come espressamente affermato nella sentenza *Üner c. Paesi Bassi*, la tutela del prevalente interesse del minore costituisce un criterio fondamentale nella valutazione delle legislazioni e delle decisioni degli Stati in materia di immigrazione, potendo comportare ulteriori limiti alla loro discrezionalità³⁸. Nello stesso senso, i vari documenti internazionali richiamati dalla Corte nelle

autorizzazione di soggiorno per motivi umanitari, come tale revocabile. La Corte ha applicato gli stessi principi della sentenza *Gül* in numerose altre decisioni, tra cui cfr. il caso *Abmut c. Paesi Bassi*, 28 novembre 1996, ricorso n. 73/1995/579/66, in *RIDU*, 1997, n. 1, p. 137, in cui la Corte ha escluso che il mancato rilascio di un permesso di soggiorno ad un minore marocchino di nove anni costituisca una violazione dell'art. 8 CEDU, ben potendo la vita familiare svolgersi altrove; il più recente caso *Osman c. Danimarca*, 14 giugno 2011, ricorso n. 38058/09, in cui la Corte ravvisa invece la violazione di tale articolo nel rifiuto opposto dalle autorità danesi al rinnovo del permesso di soggiorno di una diciassettenne somala, cresciuta in Danimarca con la sua famiglia, che si era dovuta assentare per più di due anni dal paese per curare la nonna e aveva chiesto inutilmente di rientrare per ricongiungersi ai suoi familiari.

³⁵ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 19 febbraio 1996, *Gül c. Svizzera*, serie A, n. 159, cit., par. 38. L'esigenza di un *fair balance between the competing interests of the individual and of the community as a whole* è stata di recente ribadita dalla Corte europea nella sentenza *Antwi e a c. Norvegia*, 14 febbraio 2012, ricorso n. 26940/10; nel caso di specie, la Corte ha escluso la violazione dell'art. 8 CEDU, ritenendo legittima l'espulsione del ricorrente, Mr. Antwi, cittadino del Ghana, espulsione disposta per esigenze di ordine pubblico, essendo questi stato trovato in possesso di un documento d'identità falso, nonostante la presenza di una figlia minore, cittadina norvegese senza alcun legame culturale con il paese d'origine del padre. Sul "*proportionality test*" richiesto dall'art. 8 CEDU, cfr. in dottrina M. B. DEMBOUR, *Human rights law and national sovereignty in collusion: the plight of quasi-nationals at Strasbourg*, in *NHRQ*, 2003, n. 21/1, p. 69.

³⁶ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 2 agosto 2001, *Boultif c. Svizzera*, ricorso n. 54273/00; nel caso di specie, la Corte ravvisa la violazione dell'art. 8 CEDU nel mancato rinnovo del permesso di soggiorno al ricorrente, in quanto, nonostante costui avesse riportato una condanna penale nel 1997 per *brigandage et atteints aux biens*, le circostanze concrete consentivano di ritenere attenuato il rischio che in avvenire lo straniero avrebbe potuto costituire per l'ordine pubblico e la sicurezza.

³⁷ In particolare, i cd. *criteri Boultif*, spesso richiamati dalla giurisprudenza successiva, sono: 1) la natura e la gravità dell'infrazione commessa dal ricorrente; 2) la durata del suo soggiorno nel paese dal quale dovrà essere espulso; 3) la condotta del ricorrente nel periodo che decorre dalla commissione del reato; 4) la nazionalità delle persone coinvolte, la situazione familiare del ricorrente (durata del matrimonio e altri elementi che attestino il carattere effettivo della vita di coppia e che consentano di sapere se il coniuge era o no al corrente del reato all'inizio della relazione; la nascita di figli legittimi ed eventualmente la loro età); 5) la gravità delle difficoltà che rischia di incontrare il coniuge nel paese d'origine del suo sposo, benché questo semplice fatto non sia sufficiente ad escludere l'espulsione. Sulla base di tali criteri, nel recente caso *Shala c. Svizzera*, 15 novembre 2012, ricorso n. 52873/09, la Corte ha escluso la violazione dell'art. 8 CEDU, ritenendo che l'allontanamento dal territorio svizzero del ricorrente fosse proporzionato rispetto al fine legittimo di prevenire la commissione di reati, vista la gravità degli illeciti penali commessi dal medesimo (reati contro la persona) e il periodo di tempo piuttosto lungo (5 anni) in cui si erano perpetrate tali condotte criminose; nel caso di specie, peraltro, la Corte ha considerato i particolari legami mantenuti dal ricorrente con il proprio Paese d'origine, il Kosovo, testimoniati dal matrimonio contratto nel 2007 con una cittadina kosovara.

³⁸ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 18 ottobre 2006, *Üner c. Paesi Bassi*, ricorso n. 46410/99; nel caso in esame, nonostante l'applicazione dei criteri *Boultif* e l'autonoma considerazione dell'interesse e del benessere dei figli del ricorrente (in particolare, le gravi difficoltà che essi rischiavano di incontrare nel paese verso cui il genitore doveva essere espulso e la stabilità dei legami sociali, culturali e familiari che avevano sviluppato con il paese di residenza), la Corte ha escluso la violazione dell'art. 8 CEDU circa l'adozione del provvedimento di espulsione e di interdizione per dieci anni dal territorio dei Paesi Bassi di un cittadino turco condannato per diversi reati (fra cui omicidio preterintenzionale). Alla medesima conclusione la Corte giunge nel recente caso *Kissirwa Sofi c. Svizzera*, 15 marzo 2012, ricorso n. 38005/07, avuto riguardo alla gravità del reato commesso dalla ricorrente (traffico di stupefacenti) e al fatto che la stessa avesse trascorso la maggior parte della sua vita nel paese d'origine (la Costa d'Avorio), dove avrebbe potuto dunque facilmente reintegrarsi; nel caso di specie, peraltro, la Corte prende in esame la situazione dei due figli della ricorrente, di cui il primo, nato fuori dal matrimonio con un cittadino svizzero di origini ivoriane, lasciato nel paese d'origine (figlio con cui la ricorrente, per usare le parole della

sentenze in materia inducono gli Stati a porre il principio del prevalente interesse del minore a fondamento delle politiche adottate per fronteggiare le complesse situazioni correlate alle migrazioni minorili³⁹. A titolo esemplificativo, nel caso *Rodrigues da Silva e Hoogkamer c. Paesi Bassi*, la necessità di tutelare la posizione del minore ha portato la Corte a considerare irrilevante il fatto che la madre risiedesse illegalmente nei Paesi Bassi sin dall'epoca della nascita della figlia, non potendo il benessere economico del paese (criterio utilizzato nel caso di specie) essere considerato prevalente sui diritti derivanti dall'art. 8 CEDU, a causa del pregiudizio che sarebbe derivato alla minore in seguito alla separazione dalla madre⁴⁰. Dalla giurisprudenza europea, risulta dunque evidente che il superiore interesse del fanciullo, pur non essendo oggetto di autonoma considerazione nel sistema della Convenzione, riceva una tutela riflessa dal riconoscimento del principio di non ingerenza delle autorità statuali nella vita privata e familiare di cui all'art. 8 CEDU.

Lo stesso parametro di valutazione è utilizzato *a fortiori* nelle ipotesi che coinvolgono direttamente il minore straniero, quali l'eventuale detenzione dello stesso in centri per stranieri in attesa di espulsione, altro aspetto in relazione al quale la condizione del minore straniero è venuta all'attenzione della Corte europea. È da notare che in tali ipotesi la Corte non si è pronunciata nel senso di un divieto assoluto della detenzione dei minori non accompagnati e pertanto non è giunta a dichiarare illegittime le misure detentive disposte, ma si è limitata ad affrontare la questione sotto due diversi profili, analizzando, da un lato, i presupposti della detenzione amministrativa al fine di valutare caso per caso la necessità e la proporzionalità della relativa previsione in relazione ai minori migranti e richiedenti asilo, e valutando, dall'altro, le condizioni della detenzione alla luce delle circostanze del caso concreto.

In tal senso, nel caso *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Belgio*, la Corte, solo dopo aver analizzato le condizioni della struttura detentiva, ha affermato che la situazione di vulnerabilità del minore è destinata a prevalere, in virtù del carattere assoluto della protezione accordata dall'articolo 3 CEDU⁴¹, sullo *status* di straniero in posizione irregolare, dovendosi ritenere ogni minore affidato allo Stato che, a prescindere dall'irregolarità della sua condizione, deve prendersene cura, adottando tutte le misure necessarie per assolvere agli obblighi positivi di tutela derivanti dall'art. 3 CEDU⁴².

Da tale argomentazione circa gli obblighi scaturenti dall'art. 3 CEDU sembrerebbe dunque emergere una posizione della Corte che non è nel senso dell'esclusione di ogni forma di detenzione

Corte, aveva «délibérément accepté de couper les liens...»), e il secondo, avuto dal marito, che, data la tenera età, può ben integrarsi in Costa d'Avorio, paese in cui tale minore aveva già trascorso qualche mese. Invece, nel caso *Maslov c. Austria*, 23 giugno 2008, ricorso n. 1638/03, la natura non violenta dei reati commessi e la minore età del ricorrente al tempo della loro realizzazione inducono la Corte a ravvisare la violazione dell'art. 8 CEDU nel rifiuto del permesso di soggiorno e divieto di reingresso nei confronti di un cittadino bulgaro arrivato in Austria all'età di sei anni.

³⁹ Risoluzione del Consiglio d'Europa 1707(2010) sulla detenzione amministrativa dei richiedenti asilo e dei migranti in situazione irregolare in Europa; Raccomandazione CM/Rec(2007)9 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sui progetti di vita in favore dei minori stranieri non accompagnati; Raccomandazione 1703(2005) del Consiglio d'Europa relativa alla protezione e all'assistenza dei minori separati richiedenti asilo.

⁴⁰ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 31 gennaio 2006, *Rodrigues da Silva e Hoogkamer c. Paesi Bassi*, ricorso n. 50435/99; la Corte ravvisa una violazione dell'art. 8 CEDU nel rifiuto da parte delle autorità olandesi di concedere il permesso di soggiorno a M^{me} Solange Rodrigues da Silva, cittadina brasiliana giunta all'età di 22 anni in Olanda, dove aveva poi dato alla luce Rachael, bambina nata da padre olandese al quale era stata legalmente affidata dopo la separazione dei genitori. Nello stesso senso, cfr. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 21 giugno 1988, *Berrehab c. Olanda*, serie A, n. 138; sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 28 giugno 2011, *Nunez c. Norvegia*, ricorso n. 55597/09.

⁴¹ A differenza dei diritti fondamentali della persona il cui esercizio sia comprimibile, in quanto suscettibile di bilanciamento con altre esigenze eventualmente configgenti, il diritto a non vedersi applicate pratiche di tortura o trattamenti e pene inumani e degradanti, attenendo alla dignità fisica e morale della persona umana in sé considerata, è invece dotato di assolutezza. Sulla graduazione degli obblighi che derivano agli Stati dal sistema internazionale di tutela dei diritti dell'uomo, cfr. più diffusamente N. PARISI, *I limiti posti dal diritto internazionale alle scelte di penalizzazione del legislatore interno in materia di immigrazione irregolare*, cit., p. 78.

⁴² Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 12 ottobre 2006, *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Belgio*, ricorso n. 13178/03; nel caso di specie, si trattava di una bambina congolese di cinque anni, accompagnata in Belgio da uno zio residente in Olanda e diretta dalla madre in Canada, la quale, essendo priva sia dei documenti di ingresso e soggiorno, sia di quelli comprovanti la relazione di parentela con lo zio, era stata trattenuta per più di due mesi in una struttura detentiva per adulti. Secondo la Corte, le misure prese dalle autorità belghe, insufficienti a elidere il carattere disumano e degradante della detenzione di un minore non accompagnato in un centro per stranieri in attesa di espulsione, costituivano, anche in relazione alle modalità del *refoulement* successivamente disposto, una violazione degli artt. 3, 8 CEDU sia nei confronti della minore che della madre, vittima indiretta della violazione dei diritti umani subita dalla figlia. Per un'interessante lettura della sentenza in esame, cfr. G. CELLAMARE, *Espulsione di minori stranieri non accompagnati e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *St. int. eur.*, 2009, n. 1, p. 181; B. MASSON, *Un enfant n'est pas un étranger comme les autres*, in *RTDH*, 2007, n. 71, p. 823; M. PERTILE, *La detenzione amministrativa dei migranti e dei richiedenti asilo nella giurisprudenza della Corte europea per i diritti umani: dal caso Mubilanzila al caso Muskhadzhibyeva*, in *DUDI*, 2010, n. 2, p. 457.

amministrativa dei minori, bensì nel senso del miglioramento delle condizioni all'interno delle strutture detentive al fine di renderle adatte a ospitare anche i minori⁴³. Il trattamento cui il minore è sottoposto in tali centri non è *ex se* inumano e degradante e pertanto la disposizione di una misura detentiva nei suoi confronti non integra sempre e comunque una violazione dell'art. 3 CEDU, ma lo diventa laddove le condizioni di una tale detenzione diano vita a situazioni di una certa gravità, valutata in concreto alla luce sia di parametri oggettivi, quali la natura e il contesto del trattamento, oltre che le modalità di esecuzione e la durata, sia di parametri soggettivi, come il sesso, lo stato di salute e i possibili effetti fisici e mentali del trattamento sul minore.

Al riguardo, se nel caso *Mubilanzila* la Corte ravvisa la violazione dell'art. 3 CEDU in ragione della rilevata inadeguatezza della struttura detentiva a ospitare soggetti in condizione di estrema vulnerabilità, dovuta (oltre che alla minore età) al fatto di trovarsi in posizione irregolare in un paese sconosciuto in assenza di figure adulte di riferimento, nella successiva sentenza *Muskbadzhiyeva* la Corte chiaramente (anche se implicitamente) esclude qualunque automatismo (per cui in presenza di determinate condizioni oggettive deriverebbe sempre la legittimità della detenzione del minore), concludendo che, quand'anche trattasi di minore accompagnato, la detenzione di quest'ultimo possa comunque costituire trattamento inumano e degradante *ex art. 3 CEDU*, non bastando la presenza della madre a liberare lo Stato dall'obbligo di proteggere i minori e di adottare tutte le misure che risultino adeguate e necessarie per dare attuazione nel caso concreto agli obblighi positivi di tutela derivanti dall'art. 3 CEDU⁴⁴.

Dall'analisi, sia pure sommaria, della giurisprudenza della Corte europea risulta dunque evidente come il principio guida per la Corte sia quello per cui le esigenze di controllo del territorio non possano privare i minori, specie se "non accompagnati", della protezione legata alla loro tenera età accordata indirettamente dalle disposizioni della Convenzione, tanto nelle ipotesi in cui la valutazione della Corte abbia ad oggetto la posizione dei genitori, quanto nei casi in cui i minori siano coinvolti personalmente.

4. La condizione giuridica del minore nell'ordinamento italiano

Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, l'analisi del contesto normativo non può che muovere dalle disposizioni della Carta costituzionale, che ha realizzato una vera e propria svolta nella disciplina dello *status* giuridico del minore, sancendo il passaggio da un sistema in cui il minore era pressoché esclusivamente considerato un soggetto da formare ai fini del suo inserimento nel sistema produttivo, a una concezione del minore inteso come persona umana da tutelare nelle sue fondamentali esigenze evolutive dell'identità personale⁴⁵.

⁴³ Proprio le particolari condizioni del centro di detenzione per immigrati irregolari di Pagani, sull'isola di Lesbo, ove il minore nel caso di specie era stato trattenuto, sono state di recente ritenute inadeguate all'estrema vulnerabilità del minore, costretto talvolta a mangiare sul pavimento, senza alcun contatto con l'esterno e senza alcuna informazione sulle ragioni del suo arresto né sulle possibilità di impugnazione. Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 5 aprile 2011, *Rabimi c. Grecia*, ricorso n. 8687/08, in cui la Corte ha ritenuto le autorità greche responsabili della violazione degli artt. 3, 5, 13 CEDU in relazione all'arresto e detenzione di un minore afgano non accompagnato. Sul punto, cfr. F. A. BUBULA, "L'importanza di essere un minore non accompagnato"... oppure no?, in www.pendalecontemporaneo.it; A. DEL GUERCIO, *Minori stranieri non accompagnati e Convenzione europea dei diritti umani: il caso Rabimi*, in DUDI, 2011, n. 3, p. 634.

⁴⁴ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 19 gennaio 2010, *Muskbadzhiyeva e altri c. Belgio*, ricorso n. 41442/07; nel caso di specie, la Corte ravvisa la violazione degli artt. 3, 5 (capoverso 1) CEDU in relazione alla detenzione di quattro minori ceceni in un centro per stranieri in attesa di espulsione, situato nei pressi dell'aeroporto di Bruxelles, disposta in seguito al rifiuto da parte delle autorità belghe di prendere in considerazione nel merito la richiesta di asilo presentata dalla madre anche per conto dei suoi quattro figli. La Corte, dopo aver preso in considerazione, anche alla luce delle precarie condizioni di salute dei soggetti in questione, affetti da gravi disturbi psichici e psicosomatici, l'inadeguatezza del centro alla situazione di estrema vulnerabilità in cui versavano i minori, ha ribadito che le condizioni di vita cui sono sottoposti i minori nei centri di identificazione ed espulsione presentano una gravità tale da poter essere qualificate come un trattamento inumano e degradante *ex art. 3 CEDU*. Alle medesime conclusioni la Corte giunge nel caso *Kanagaratnam e altri c. Belgio*, 13 dicembre 2011, ricorso n. 15297/09, nonostante si tratti di minori *plus âgés* in relazione ai quali non sussistono particolari problemi psicofisici. In tale prospettiva, nel caso *Popov c. Francia*, 19 gennaio 2012, ricorsi nn. 39472/07 e 39474/07, la Corte condanna la Francia per aver trattenuto presso il centro di permanenza temporaneo di Rouen-Oissel una famiglia kazaka con una bambina di tre anni ed un neonato, ribadendo che la situazione di estrema vulnerabilità del minore è determinante e prevale sulla qualità di straniero in soggiorno irregolare (cfr. par. 91); in particolare, la Corte rileva come lo stress, la promiscuità e l'ambiente ostile siano elementi nocivi per i minori, in contrasto con i principi internazionali sulla protezione dell'infanzia.

⁴⁵ Per un quadro completo dell'evoluzione della condizione del minore nella famiglia e nella società, cfr. G. ASSANTE, P. GIANNINO, F. MAZZIOTTI, *Manuale di diritto minorile*, Bari, 2000, p. 3; M. BESSONE, G. ALPA, A. D'ANGELO, G. FERRANDO, M. R. SPALLAROSSA, *La famiglia nel nuovo diritto. Principi costituzionali, riforme legislative, orientamenti della giurisprudenza*, Bologna, 2002, p. 257; F. BUSNELLI, F. GIARDINA,

La concezione patrimonialistica dei rapporti di famiglia, prevalente nell'ordinamento giuridico precostituzionale, impediva infatti una considerazione autonoma del minore come persona; di conseguenza, egli era ritenuto "oggetto" dei diritti degli adulti e, in quanto privo di capacità d'agire, era interamente assoggettato alla potestà familiare, riservata al padre, cui spettava ogni valutazione circa il superiore interesse della famiglia⁴⁶. La scarsa attenzione sia del codice civile del 1865 che del codice del 1942 ai diritti di personalità del minore, contrariamente a quanto previsto per gli interessi di natura patrimoniale, è confermata dalla mancanza di una norma che attribuisse espressamente al minore un autonomo diritto all'istruzione, al mantenimento e all'educazione, realizzando in tal modo una protezione meramente indiretta⁴⁷. Le esigenze di armonico sviluppo della personalità del minore non risultavano adeguatamente tutelate *a fortiori* in caso di incapacità di entrambi i genitori, essendo a tal fine insufficiente la possibilità, sia pure prevista, di ricorrere a istituti, quali l'affiliazione e l'adozione, la cui disciplina tendeva comunque a privilegiare gli interessi dei soggetti adulti che vi facevano ricorso rispetto a quelli del soggetto in formazione⁴⁸.

Profondamente diverso risulta invece l'approccio ideologico sotteso alla Costituzione del 1948 che, pur non prevedendo una disciplina specifica per i minori, inaugura un *favor minoris* che costituirà la base di un complessivo sistema di promozione dei diritti del minore, considerato nella sua condizione di soggetto in formazione⁴⁹ e ritenuto meritevole di protezione, a prescindere dalla nazionalità, dalla capacità di inserirsi nel processo produttivo e dallo sviluppo di un sufficiente grado di autonomia. Il sistema di garanzie costituzionali in favore del minore non è limitato alle disposizioni inserite tra i principi fondamentali della Repubblica (artt. 2 - 3)⁵⁰, ma si completa con le previsioni di cui agli artt. 30-31⁵¹, 32, 34, 37 e 38, co. 3, Cost., che, anziché delineare forme episodiche di tutela in favore di soggetti istituzionalmente deboli, si pongono quali elementi costitutivi di una strategia di intervento legislativo, dove il *favor minoris* si concretizza nella promozione dei diritti del minore⁵².

La lettura coordinata di tali norme ha permesso alla dottrina di individuare un vero e proprio "statuto dei diritti costituzionali del minore", che coesiste, nell'ambito della normativa costituzionale, con l'insieme dei doveri che altri soggetti, quali la famiglia e le istituzioni pubbliche, assumono quando entrano in relazione con il minore, al fine di favorire il sereno sviluppo della sua personalità. La promozione della personalità del minore diventa dunque, in particolare ai sensi degli artt. 2, 3, 29, 30 e 31 Cost., il fine preminente da cui discendono il diritto-dovere dei genitori di educare i figli e il dovere

La protezione del minore nel diritto di famiglia italiano, in GI, p. 196; B. A. CHIMENTI, *Interesse del minore d'età e profili di rilevanza del consenso*, in GC, 1998, I, p. 1285; F. GIARDINA, *La condizione giuridica del minore*, Napoli, 1984, p. 58; A. C. MORO, *I diritti inattuati del minore*, Brescia, 1983, p. 36.

⁴⁶ Basti pensare che nel *Code Napoléon* del 1804 - vigente in Italia negli anni del dominio napoleonico - la *puissance paternelle* si spingeva fino al punto di ricomprendere, nell'ambito del *droit de correction* riconosciuto al padre per la realizzazione di interessi privati e a carattere familiare, il potere di far mettere in carcere il figlio, decisione sulla quale il giudice non poteva effettuare alcun controllo nel merito.

⁴⁷ Come sottolineato in dottrina, è essenziale la differenza tra il riconoscimento di un diritto originario e autonomo in capo al minore e l'imposizione di obblighi a carico dei genitori: solo nel primo caso l'ordinamento è tenuto ad assicurare piena attuazione a quei diritti, potendosi limitare nella seconda ipotesi a prevedere sanzioni a carico del trasgressore. Cfr. A. C. MORO, *Manuale di diritto minorile*, Bologna, 2008, p. 4.

⁴⁸ L'affiliazione era considerata un'alternativa al riconoscimento dei figli, nei casi in cui questo fosse precluso, ma altresì un modo di sfruttamento della manodopera minorile; l'adozione era volta principalmente ad assicurare a coloro che non avevano figli la possibilità di una continuità patrimoniale dopo la morte. Solo con la legge 431/1967, che ha inserito nel titolo VIII del libro I del codice civile un nuovo capitolo terzo intitolato "Dell'adozione speciale", il centro di gravità dell'adozione si sposta dall'interesse dell'adottante a quello dell'adottato e le esigenze di crescita del minore in un ambiente idoneo sono finalmente tutelate attraverso la previsione del diritto ad avere una nuova famiglia rispetto a quella originaria.

⁴⁹ Nel sistema precostituzionale, il minore era invece destinatario di una serie di norme speciali che tendevano a separarlo ed emarginarlo dal contesto sociale di riferimento; sul punto, cfr. G. PALMERI, *Diritti senza poteri. La condizione giuridica dei minori*, Napoli, 1994, p. 4.

⁵⁰ In particolare, l'art. 2 della Costituzione, riconoscendo e garantendo i diritti inviolabili dell'uomo, sancisce il diritto di ogni essere umano, a prescindere dalla maturità psicofisica raggiunta, a realizzare pienamente la propria personalità e l'art. 3 Cost., impegnando la Repubblica a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono il pieno sviluppo della persona umana, afferma, tra gli altri, il diritto del minore ad avere le necessarie occasioni di sviluppo per una completa realizzazione della sua persona.

⁵¹ I principi affermati in tali articoli e relativi al rapporto genitori-figli hanno poi trovato attuazione con la riforma del diritto di famiglia del 1975, che ha comportato una modifica nella disciplina della patria potestà, sostituita dalla potestà dei genitori e concepita non più come diritto, bensì, in una prospettiva pluralistica, come funzione nell'interesse dei figli, vale a dire come assunzione di responsabilità nei loro confronti.

⁵² M. BESSONE, Artt. 30-31. *Rapporti etico-sociali*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna, 1976, p. 86 ss. Per un'analisi approfondita delle norme costituzionali relative al soggetto minore d'età, cfr. inoltre S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 311 ss; R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, I, p. 628 ss.

dello Stato di predisporre le condizioni in cui possa meglio realizzarsi «la soluzione ottimale “in concreto” per l’interesse del minore, quella cioè che più garantisca, soprattutto dal punto di vista morale, la miglior “cura della persona”»⁵³.

La “rivoluzione copernicana” nel modo d’intendere la condizione minorile, realizzata dal Costituente, ha permesso in seguito alla giurisprudenza costituzionale di elaborare il *principio del preminente interesse del minore*, secondo cui, analogamente a quanto stabilito dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, gli interessi di ogni altro soggetto coinvolto in un rapporto con il minore stesso devono essere sempre subordinati alla tutela dell’interesse del minore. Il riconoscimento di questa posizione preferenziale alla situazione soggettiva del minore, oltre ad essere un principio generale nella legislazione familiare e minorile di ogni paese europeo, è particolarmente importante nella regolazione giuridica dello *status* del minore straniero, materia in cui diventa più netta la contrapposizione tra la logica dell’uguaglianza tra adulti e minori e quella della differenza e della tutela. La salvaguardia degli interessi del minore deve essere, infatti, oggetto di primaria considerazione soprattutto nei casi in cui egli sia coinvolto in situazioni critiche suscettibili di ripercuotersi negativamente sul suo sviluppo, quali sono appunto quelle connesse ai fenomeni migratori.

La formulazione (necessariamente) generica di tale principio e la sua potenzialità derogatoria della disciplina generale si rivelano particolarmente utili in relazione ai casi concreti in cui siano coinvolti minori stranieri, consentendo al giudice di valutare se le peculiarità della situazione sottoposta al suo esame siano tali da comportare un trattamento differenziato rispetto a quanto previsto in generale per gli stranieri⁵⁴.

In particolare, di grande interesse sono i passaggi argomentativi attraverso i quali la giurisprudenza costituzionale è giunta ad estendere al minore straniero gli stessi principi di tutela elaborati nel nostro ordinamento per i minori; una presa di posizione, questa, assolutamente significativa che avrebbe dovuto condurre all’adozione di norme manifestamente derogatorie rispetto alla disciplina in materia di immigrazione.

5. (Segue.) Il minore straniero e l’ordinamento italiano

Il principio del preminente interesse del minore, già affermato nella prassi durante la vigenza del codice civile del 1865, è divenuto il fondamento delle varie riforme che hanno interessato il diritto di famiglia nel corso degli anni⁵⁵. Dai casi relativi all’affidamento del figlio minore in sede di separazione legale tra i coniugi in cui è stato originariamente applicato, l’ambito di operatività di tale principio è divenuto progressivamente più esteso, costituendo oggi il criterio principale per risolvere le delicate questioni inerenti al rapporto genitori-figli e trovando applicazione anche nella materia relativa alla costituzione del rapporto giuridico di filiazione⁵⁶.

La Corte costituzionale, già nel 1986, ha espressamente riconosciuto l’applicabilità di tale principio ai minori stranieri, censurando per illegittimità costituzionale la disciplina sulle adozioni

⁵³ Sentenza della Corte Costituzionale del 10 febbraio 1981, n. 11, *Marino, Scalia*, in *FI*, 1981, 1, p. 1847, in cui la Corte, dopo aver considerato gli effetti del riconoscimento di una posizione preferenziale alla situazione soggettiva del minore sulla disciplina legislativa delle varie forme di adozione, dichiara «l’illegittimità costituzionale dell’art. 314/17, 1° co., del codice civile, nella parte in cui, anche quando l’adozione ordinaria è pronunciata da giudice diverso da quello competente per l’adozione speciale, dispone che lo stato di adottabilità cessa per adozione ordinaria».

⁵⁴ Sulla preminente importanza attribuita all’interesse del minore straniero a crescere secondo un efficace e armonioso sviluppo psichico e fisico, cfr. Trib. min. Bologna, 3 luglio 2000, in *FamD*, 2001, p. 83, con nota di E. Ravot; App. Bari, sez. min. civ., 31 dicembre 2001, in *Famila*, 2002, p. 549; App. Perugia, sez. min. civ., 10 aprile 2002, in *GMer*, 2003, p. 1260. Per la giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2009, cit.; Cass. civ., sez. I, 19 gennaio 2010, n. 823.

⁵⁵ Ci si riferisce, in particolare, alla legge n. 151 del 19 maggio 1975, sulla riforma del diritto di famiglia, in *GU* n. 135 del 23 maggio 1975, edizione straordinaria, e alla legge n. 54 dell’8 febbraio 2006, sull’affidamento condiviso, in *GU* n. 50 dell’1 marzo 2006.

⁵⁶ Sull’interesse del minore, cfr. M. DOGLIOTTI, *Che cos’è l’interesse del minore?*, in *Dfam*, 1992, p. 1093; J. LONG, *Il ruolo del principio del superiore interesse del minore nella disciplina dell’immigrazione*, in *MinG*, 2006, n. 1, p. 251; G. MAGNO, *Il minore è portatore di un semplice interesse, oppure è titolare di diritti?*, in *MinG*, 2001, n. 3, p. 28; A. C. MORO, *Manuale di diritto minorile*, cit., p. 37; R. RIVELLO, *L’interesse del minore fra diritto internazionale e multiculturalità*, in *MinG*, 2011, n. 3, p. 15; P. RONFANI, *L’interesse del minore: dato assiomatico o nozione magica?*, in *SocDir*, 1997, n. 1, p. 47. Sulla sostituzione della categoria “interesse del minore” con quella di “diritti del minore”, quale base di una nuova strategia di protezione e tutela della minore età, cfr. G. DOSI, *Dall’interesse ai diritti del minore: alcune riflessioni*, in *Dfam*, 1995, p. 1064; L. FADIGA, *Dall’interesse al diritto del minore*, in A. MESTITZ (a cura di), *La tutela del minore tra norme, psicologia ed etica*, Milano, 1997, p. 561.

laddove non estendeva, retroattivamente, la giurisdizione e la disciplina italiana al minore straniero in stato di abbandono in Italia, con grave violazione sia dell'art. 2 Cost., definito norma di garanzia dei diritti umani operante anche nei confronti dello straniero, sia dell'art. 3 Cost., risultando il *favor minoris* circoscritto dalle leggi in questione soltanto al minore italiano⁵⁷. Successivamente, la Corte ha ribadito l'applicazione del principio del superiore interesse del minore alle ipotesi di adozione di minore straniero, sempre al fine di assicurargli quella parità di trattamento rispetto al minore italiano, che comporta anche per il minore straniero il godimento di diritti essenziali, quali il diritto alla formazione della personalità nell'ambito della famiglia d'origine e, in subordine, il diritto di ottenere una famiglia sostitutiva "adeguata"⁵⁸.

Occorre tuttavia attendere il Testo Unico sull'immigrazione (dlg. 25 luglio 1998 n. 286, d'ora in poi TU) affinché la condizione dei minori stranieri riceva autonoma considerazione anche da parte del legislatore, rimasto a lungo insensibile, a fronte degli arrivi di massa di minori provenienti dai paesi dell'Est europeo e del Nord Africa, alle esigenze di uno specifico inquadramento della condizione del minore straniero⁵⁹. Con specifico riguardo alle questioni migratorie, non solo viene ribadito all'art. 28, co. 3, TU il principio del superiore interesse del fanciullo, ma, nell'ottica di assicurare una maggior tutela al minore straniero che si trovi in territorio italiano, a prescindere dalla regolarità della sua condizione e dalla sussistenza o meno dei presupposti del ricongiungimento *ex art.* 29 TU⁶⁰, l'art. 31, co. 3, TU riconosce ai familiari del minore, per un periodo di tempo determinato, la possibilità di entrare e permanere nel territorio dello Stato, anche in deroga alle disposizioni del Testo Unico⁶¹, qualora vi siano gravi motivi connessi allo sviluppo psicofisico del minore e tenuto conto dell'età e delle condizioni di salute di quest'ultimo, tutelando così il diritto del minore ad essere educato nell'ambito della propria famiglia ogni qualvolta una diversa soluzione possa recargli grave pregiudizio⁶². Il superiore interesse del minore si pone quindi, anche nell'impianto del Testo Unico, come un criterio valutativo "mobile", in

⁵⁷ Sentenza della Corte costituzionale del 18 luglio 1986, n. 199, in *FI*, 1998, 1, p. 2803, ove si dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 76 della legge n. 184 del 4 maggio 1983, nella parte in cui preclude l'applicazione dell'art. 37 alle procedure già iniziate nei confronti di minore straniero in stato di abbandono in Italia.

⁵⁸ Sentenza della Corte costituzionale del 11 dicembre 1989, n. 536, in *GI*, 1990, I, 1, p. 681, ove si dichiara non fondata, in riferimento all'art. 10 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 32, lettera c), della legge n. 184 del 4 maggio 1983.

⁵⁹ In realtà, due norme relative ai minorenni (una in materia di studio, l'altra sullo *status* di rifugiato) erano contenute nel decreto Martelli del 1989, convertito nella legge n. 39 del 28 febbraio 1990, (*GU* n. 49 del 28 febbraio 1990), ma non erano sufficienti a disciplinare in maniera adeguata la condizione giuridica del minore straniero. Per un quadro completo della situazione normativa prima dell'entrata in vigore del TU, cfr. B., *Il minore straniero e le norme sull'immigrazione*, in *RDIPP*, 1989, p. 809.

⁶⁰ Per un'interessante lettura dei rapporti tra gli artt. 29 e 31, co. 3, TU, cfr. S. WINKLER, *Minore straniero soggiornante in Italia e interesse all'ingresso dei genitori: una tutela negata*, in *FamD*, 2003, n. 1, p. 25, in cui si individua la *ratio* sottesa ad ognuna di tali previsioni: l'art. 29, co. 3, TU tende alla tutela del minore, a prescindere dalla sua condizione di straniero regolarmente soggiornante sul territorio nazionale, e non può essere confuso con la disciplina del ricongiungimento familiare, la cui *ratio* si individua, invece, nella tutela del diritto all'unità familiare.

⁶¹ Come nota L. MIAZZI, *La tutela dei minori stranieri nel quadro normativo e costituzionale*, in *MinG*, 2006, n. 4, p. 161., tale disposizione potrebbe in astratto confliggere con la riserva di legge in materia di condizione giuridica dello straniero di cui all'art. 10, co. 2, Cost., in quanto prevede l'intervento del giudice minorile – anche in deroga alle norme legislative – sulla condizione giuridica degli stranieri adulti, che siano genitori o familiari del minore.

⁶² La *ratio* dell'art. 31 TU risulta oggi di particolare evidenza alla luce della sentenza del 25 ottobre 2010, n. 21799 (sul punto, cfr. D. M. DI GIOVANNI, *Immigrazione e diritti dei minori: contrasto giurisprudenziale e una sentenza "salomonica" delle S.S.UU.*, in *FamD*, 2011, n. 4, p. 425), con cui le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno risolto un vivace contrasto giurisprudenziale (in argomento, cfr. A. LIUZZI, *Espulsione dello straniero e pregiudizio per il minore*, *FamD*, 2004, n. 5, p. 493; G. TUCCI, *I diritti fondamentali del minore extracomunitario*, in *Famiglia*, 2002, n. 2, p. 549), affermando che l'autorizzazione *ex art.* 31 TU non postula necessariamente, come ritenuto secondo l'interpretazione più restrittiva, l'esistenza di situazioni d'emergenza o di circostanze contingenti ed eccezionali collegate alla salute del minore, potendo di contro comprendere qualsiasi danno effettivo, concreto, percepibile e obiettivamente grave che, in relazione a tutte le circostanze del caso, deriva o deriverà al minore dall'allontanamento del familiare. Per comprendere la portata dell'orientamento restrittivo, notevolmente condizionato da fattori "esogeni", inerenti l'intangibilità delle frontiere, e prevalente nella giurisprudenza di legittimità fino alla pronuncia delle SU, cfr. Cass. civ., 11 marzo 2010, n. 5856, in cui la Corte esclude che la condizione di mero disagio del minore, derivante dall'incertezza relativa al completamento del ciclo scolastico, possa integrare il presupposto necessario per il rilascio dell'autorizzazione al genitore, privo di permesso di soggiorno, a permanere in territorio italiano. Dietro tale orientamento, si celava evidentemente il timore che una diversa lettura della norma avrebbe potuto consentire l'elusione della disciplina dei flussi d'ingresso, attraverso non già la tutela, bensì una forma di strumentalizzazione dell'infanzia, che si sarebbe di fatto tradotta in una sorta di legittimazione del soggiorno di famiglie di stranieri. In senso critico sulla compatibilità dell'orientamento restrittivo con la Costituzione e con il diritto internazionale, oltre che con le tendenze in atto nella giurisprudenza costituzionale ed europea, cfr. E. CARBONE, A. PICARDI, *Welfare del minore e flussi di ingresso: i diritti fondamentali del fanciullo tra "universalismo costituzionale" e "realismo politico"*, in *MinG*, 2006, p. 49; F. DE VITTOR, *Sviluppo psicofisico del minore e controllo dell'immigrazione clandestina: il bilanciamento operato dalla Corte di Cassazione*, in *DUDI*, 2010, n. 2, p. 442; L. MIAZZI, *Interesse del minore straniero e controllo delle frontiere: la visione politica dell'autorizzazione ex art. 31 co. 3 TU n. 286/1998 da parte della Cassazione*, in *DIC*, 2010, n. 2, p. 110.

quanto non comporta per la pubblica autorità l'obbligo di dare sempre e comunque prevalenza all'unità familiare o di consentire la permanenza del minore nel paese, ma impone di considerare nel caso concreto quale delle possibili soluzioni sia più favorevole al minore e di adottarla con preferenza rispetto ad ogni altra⁶³.

La norma più significativa in tema di minori e flussi migratori, nella quale più di ogni altra si esprime il netto favore, laddove si tratti di minore straniero, per la logica di accoglienza e integrazione (a fronte della logica di sicurezza e controllo), è quella dell'art. 19, co. 2, TU, recante il divieto di espulsione nei confronti dei minori, salvo che per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato⁶⁴ e salvo il diritto a seguire il genitore o l'affidatario espulsi⁶⁵, e che sancisce la chiara prevalenza dei diritti del minore rispetto all'interesse dello Stato al controllo del territorio. Più precisamente, sull'interesse dello Stato al rispetto delle regole essenziali relative all'ingresso nel suo territorio prevale l'obbligo dello Stato stesso di aver cura dei minori e di proteggerli finché qualcun altro non sia in grado di assolvere tale obbligo in modo equivalente. Inoltre, il *favor* riservato dall'ordinamento italiano al minore straniero non solo non viene meno nei casi in cui egli sia entrato irregolarmente nello Stato, ma si spinge fino a sancire all'art. 28 dpr. 394/99 un vero e proprio diritto del minore, in tal ultimo caso, al rilascio del permesso di soggiorno, così da beneficiare della piena tutela accordata dall'ordinamento in attuazione dei diritti sanciti dalla Convenzione ONU. In particolare, in base al diritto all'unità familiare di cui agli artt. 10-20 di tale Convenzione, se i genitori sono regolarmente soggiornanti in Italia, il minore entrato clandestinamente ha diritto al rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari o a essere iscritto nel permesso di soggiorno dei genitori, a seconda che abbia o meno compiuto il quattordicesimo anno di età (art. 31 TU)⁶⁶. Nel caso in cui i genitori si trovino in posizione irregolare e debbano come tali essere espulsi, il minore, come già rilevato, ha il diritto di seguirli, ma anche il diritto di continuare eventualmente a soggiornare sul territorio nazionale, ottenendo in tal caso un permesso di soggiorno per minore età, qualora questa soluzione si presenti come quella in grado di assicurare al minore la maggiore tutela. Per i minori "non accompagnati"⁶⁷, il Comitato per i minori stranieri⁶⁸, dopo averli rintracciati e aver garantito loro l'accoglienza necessaria, ne segnala la presenza alla questura affinché provveda al rilascio del permesso di soggiorno per minore età *ex art.* 28 dpr. 394/99⁶⁹. Anche in queste ipotesi, comunque, si afferma il principio secondo cui debba farsi quanto possibile per rintracciare la famiglia del minore nel paese di origine e, ove essa venga individuata, per bilanciare conseguentemente le esigenze connesse al ricongiungimento familiare con l'interesse del minore a permanere in Italia.

Inoltre, sempre in attuazione della Convenzione ONU⁷⁰, ai minori presenti sul territorio, a prescindere dal carattere regolare o meno del loro soggiorno, sono assicurati il diritto all'assistenza sanitaria e all'istruzione scolastica obbligatoria (artt. 35 - 38 TU); significativo, in tal senso, l'art. 45 del

⁶³ Cfr. L. MIAZZI, *La tutela dei minori stranieri nel quadro normativo e costituzionale*, in *MinG*, 2006, n. 4, p. 160; ID., *Il minore è straniero, ma il suo interesse non cambia*, in *MinG*, 2011, n. 3, p. 104.

⁶⁴ L'art. 13, co. 1, TU prevede che in questi casi l'espulsione sia disposta con decreto dal Ministro dell'Interno, previa notizia al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Ministro degli affari esteri.

⁶⁵ In senso critico sulla previsione del "diritto a seguire il genitore o l'affidatario espulsi", la cui formulazione piuttosto ambigua potrebbe generare un pericoloso automatismo suscettibile di incidere gravemente – insieme alle disposizioni in materia di rimpatrio assistito – sul principio dell'inespellibilità del minore straniero, C. COTTATELLUCCI, *Minori respinti in frontiera: le antinomie crescenti tra il diritto speciale dell'immigrazione e gli obblighi di protezione*, in *MinG*, 2010, n. 2, p. 76.

⁶⁶ Sul punto, cfr. più diffusamente L. MIAZZI, *I minori irregolari con genitori o parenti regolari*, in *MinG*, 2008, n. 3, p. 229.

⁶⁷ Con specifico riguardo all'ordinamento italiano, è da precisare che, in base all'art. 1, co. 2, del d.P.C.M. n. 535 del 1999, si definisce "non accompagnato" il minore straniero che si trova per qualsiasi causa nel territorio dello Stato privo di assistenza e rappresentanza da parte dei genitori o di altri adulti per lui responsabili in base alle leggi vigenti.

⁶⁸ Organo governativo istituito dall'art. 33 TU cui spetta la tutela dei diritti dei minori stranieri in conformità alle previsioni della Convenzione sui diritti del fanciullo.

⁶⁹ Sul permesso di soggiorno per i minori non accompagnati, cfr. L. MIAZZI, *Minori non accompagnati*, in P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione e cittadinanza. Profili normativi e orientamenti giurisprudenziali*, Torino, 2008, p. 337. Riguardo alla problematica del mantenimento del permesso di soggiorno al compimento della maggiore età, per un'interessante ricostruzione dell'evoluzione normativa dell'art. 32 TU, cfr. D. CONSOLI, M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA, *La conversione del permesso di soggiorno del cittadino straniero alla maggiore età: le modifiche all'art. 32 Tu n. 286/98 e il ruolo del Comitato per i minori stranieri*, in *DIC*, 2011, n. 3, p. 62; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il Parlamento "graziosa" l'interesse dei minori stranieri non accompagnati a soggiornare in Italia dopo la maggiore età*, in *MinG*, 2011, n. 3, p. 113.

⁷⁰ Ci si riferisce, in particolare, all'art. 24 (relativo al diritto del minore di godere del miglior stato di salute possibile e di beneficiare di servizi medici e di riabilitazione, oltre che ai provvedimenti che gli Stati devono adottare per assicurare l'attuazione integrale di tale diritto) e all'art. 28 (relativo al diritto del fanciullo all'educazione e alle misure che gli Stati devono adottare al fine di garantire l'esercizio di tale diritto in misura sempre maggiore e in base all'uguaglianza delle possibilità).

regolamento di attuazione del Testo Unico, in cui si precisa che i minori stranieri presenti sul territorio nazionale hanno diritto all'istruzione indipendentemente dalla regolarità o meno della loro posizione, nelle forme e nei modi previsti per i cittadini italiani⁷¹.

Ciò che si evince chiaramente dalla seppur rapida analisi delle disposizioni vigenti relative al minore straniero è il dato per cui l'irregolarità amministrativa della presenza del minore nel territorio non possa comunque pregiudicare l'applicazione di norme finalizzate alla sua protezione. Tuttavia, non vi è chi non veda come nella pratica la logica protettiva connessa a tale disciplina non sia adeguatamente sviluppata o rischi di essere vanificata dai difetti di coordinamento, voluti o meno che siano, delle più recenti disposizioni in materia di contrasto dell'immigrazione irregolare, disposizioni che sembrano caratterizzare la condizione giuridica dei minori stranieri come il "luogo dei paradossi"⁷².

6. Il minore straniero e il reato di ingresso e soggiorno irregolare

A conferma di quanto le ultime riforme in materia di contrasto dell'immigrazione irregolare abbiano inciso in senso negativo sulla condizione giuridica dei minori stranieri, basti considerare gli effetti che l'introduzione all'art. 10-*bis* TU del reato di ingresso e soggiorno irregolare ha avuto sull'applicazione pratica dei principi sopra delineati volti alla tutela del minore⁷³.

L'indiscriminata penalizzazione della violazione delle norme sull'ingresso e il soggiorno, realizzata ad opera della legge n. 94 del 2009, ha di fatto comportato significative restrizioni alla piena attuazione del principio del superiore interesse del minore ove riferito ai minori stranieri⁷⁴. A titolo esemplificativo, basti pensare all'evidente conflittualità che viene a prodursi rispetto all'adempimento dell'obbligo scolastico, di cui sono responsabili *ex art.* 731 cp e art. 331 cpp i genitori di un minore straniero, a fronte del rischio in cui incorrono i genitori stessi di segnalazione della posizione di irregolarità da parte del personale scolastico in possesso delle qualifiche di cui agli artt. 361 d 362 cp, che venga a conoscenza della loro condizione di irregolarità⁷⁵. A tal proposito, se è vero che, ai sensi dell'art. 6, co. 2, TU, come modificato dalla stessa legge del 2009, lo straniero non è tenuto a presentare alla pubblica amministrazione alcun documento attestante la regolarità del proprio soggiorno ai fini dell'iscrizione dei figli a scuola⁷⁶, tuttavia non sussiste alcuna previsione che espressamente escluda la segnalazione all'autorità in caso di accesso alle strutture scolastiche da parte dello straniero non in regola⁷⁷. È logico

⁷¹ Art. 45 dpr. 31 agosto 1999, n. 394.

⁷² Sul punto, cfr. più approfonditamente A. SBRACCIA, C. SCIVOLETTO, *Minori migranti: diritti e devianza. Ricerche sociogiuridiche sui minori non accompagnati*, Torino, 2004.

⁷³ Un inasprimento della condizione dei minori stranieri si è avuto già con il pacchetto sicurezza del 2008 che, facendo "terra bruciata" attorno agli stranieri irregolari, ha indirettamente inciso in senso peggiorativo su intere famiglie di immigrati. In tal senso, basti ricordare l'introduzione all'art. 12, co. 5 *bis*, TU della fattispecie di illecita cessione di immobili allo straniero irregolare, fattispecie che, rendendo più difficile l'accesso alla casa da parte degli immigrati, rischia di produrre effetti estremamente pregiudizievoli nei confronti dei minori, costringendoli a vivere in sistemazioni abitative instabili, caratterizzate da precarie condizioni igienico-sanitarie.

⁷⁴ Sul punto, cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Procedimenti minorili, reato di clandestinità e reinserimento sociale del minore straniero deviante*, relazione svolta al XXVIII Convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Magistrati per i Minorenni e per la Famiglia, tenutosi a Milano il 13 e 14 novembre 2009, sul tema *Infanzia e diritti al tempo della crisi: verso una nuova giustizia per i minori e la famiglia*, reperibile sul sito www.minoriefamiglia.it. In generale, sulle conseguenze che la legge n. 94 del 2009 ha avuto sui minori stranieri (es. in tema di conversione del permesso di soggiorno alla maggiore età), cfr. L. MIAZZI, G. PERIN, *Legge n. 94/2009: peggiora anche la condizione dei minori stranieri*, in *DIC*, 2009, n. 4, p. 178.

⁷⁵ Nel rapporto annuale del Relatore speciale del Consiglio dei diritti umani ONU in tema di diritto all'istruzione (Vernor Muñoz), si sottolinea come lo *status* di illegalità sembri mettere a rischio, direttamente o indirettamente, l'esercizio del diritto all'istruzione dei migranti, rifugiati e richiedenti asilo. Cfr. *Report of the Special Rapporteur on the right to education*, 16 aprile 2010, par. 61.

⁷⁶ Per effetto della riforma, le prestazioni scolastiche obbligatorie sono oggi, insieme alle prestazioni sanitarie e alle attività sportive e ricreative temporanee, le uniche materie nell'ambito delle quali lo straniero, che intenda chiedere un atto o un provvedimento alla PA, non è obbligato a esibire il permesso di soggiorno.

⁷⁷ Tale esclusione è stata invece mantenuta dall'art. 35, co. 5, TU nelle ipotesi di accesso alle strutture sanitarie da parte degli stranieri non in regola, salvi i casi in cui sia obbligatorio il referto a parità di condizioni con il cittadino italiano. Nell'ottica del legislatore del 1998, tale divieto di segnalazione era volto ad evitare che l'esercizio di un diritto fondamentale così importante, quale il diritto alla salute, potesse essere pregiudicato dal possesso o meno di un titolo di soggiorno. In sede di riforma, il tentativo di abrogazione del divieto di segnalazione, approvato in prima battuta in Senato, aveva suscitato la ferma protesta di associazioni e ordini professionali che rappresentano le principali categorie di operatori impegnati nell'assistenza socio-sanitaria agli immigrati. I dubbi e le polemiche sono stati risolti con l'emanazione di una circolare del Ministero dell'Interno n. 12 del 27 novembre 2009, che ha confermato la sussistenza del divieto di segnalazione degli stranieri non in regola con le norme sul permesso di soggiorno. Sul punto, cfr. P. OLIVANI, D. PANIZUT,

dunque ritenere che il timore di una condanna per il reato di ingresso e soggiorno irregolare possa rappresentare un deterrente rispetto all'assolvimento dell'obbligo scolastico, vanificando così un obbligo che è al tempo stesso diritto fondamentale del minore e interesse primario della collettività, con un ulteriore possibile effetto indesiderato di un avvio anticipato al lavoro⁷⁸.

Ancora più gravi le conseguenze dell'introduzione della nuova fattispecie sulla previsione dell'autorizzazione *ex art. 31, co. 3, TU*: la presentazione da parte dei genitori del minore dell'istanza a permanere nel territorio italiano verrebbe ad attestare la condizione di irregolarità in cui essi si trovano, in violazione del principio *nemo tenetur se detegere*. A differenza di quanto previsto dall'art. 10-*bis*, co. 6, TU per i casi di presentazione della domanda di protezione internazionale, nelle ipotesi di inoltro dell'istanza *ex art. 31 TU* non opera infatti né la sospensione del procedimento penale, né la declaratoria di non luogo a procedere in caso di accoglimento della domanda.

La scelta legislativa di sanzionare penalmente il mero *status* di immigrato irregolare e la costante prevalenza della logica espulsiva avrebbe dunque, tra gli effetti collaterali, quello di rendere più difficile l'accesso a vari servizi della pubblica amministrazione, con il conseguente "tradimento" della filosofia alla base della giustizia minorile volta al sostegno e al recupero dei minori⁷⁹.

A fronte di tale quadro normativo, i principi sanciti dalla Convenzione ONU e ribaditi dai più recenti atti dell'Unione europea, lungi dal rappresentare esclusivamente una mera impalcatura di diritti insuscettibili di applicazione pratica, costituiscono il punto di partenza per individuare possibili soluzioni interpretative in grado di superare (almeno in parte) alcune questioni problematiche che l'introduzione del reato di ingresso e soggiorno irregolare ha sollevato con specifico riferimento alla posizione del minore.

Pur senza entrare nel merito degli elementi costitutivi del reato di ingresso e soggiorno irregolare, il cui esame esula dagli obiettivi di questo lavoro⁸⁰, si rende tuttavia necessaria una meditata riflessione sui presupposti applicativi di tale nuova figura di reato, alla luce della quale possano poi prospettarsi chiavi di lettura in grado di assicurare la complessiva coerenza con le linee di fondo del nostro ordinamento e, più in generale, con i principi enunciati a livello europeo e internazionale circa la situazione del minore migrante.

Tale riflessione si rivela peraltro indispensabile anche in seguito alle recenti sentenze con cui tanto la Corte di giustizia quanto la Corte costituzionale hanno escluso l'incompatibilità con il diritto dell'Unione, da un lato, e con la Costituzione italiana, dall'altro, della penalizzazione in sé della condotta del migrante che integri una mera violazione della disciplina sull'ingresso e il soggiorno. In particolare, la Corte di giustizia, in linea con le precedenti statuizioni⁸¹, ha ribadito che la c.d. direttiva rimpatri non vieta in astratto che il diritto di uno Stato membro qualifichi il soggiorno irregolare alla stregua di reato e preveda sanzioni penali per scoraggiare e reprimere la commissione di tale infrazione, purché non ne

Diritto alla salute. Recenti novità, in P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione e cittadinanza. Profili normativi e orientamenti giurisprudenziali*, cit., p. 89.

⁷⁸ In merito, cfr. E. CODINI, *L'iscrizione alla scuola dei minori stranieri*, in *MinG*, 2008, n. 3, p. 102.

⁷⁹ Tra le gravi conseguenze che la criminalizzazione dello *status* di immigrato irregolare e le altre modifiche in senso repressivo introdotte dalla legge n. 94 del 2009 (vd. in particolare la nuova formulazione dell'art. 6 TU, secondo cui per qualunque operazione connessa allo stato civile è obbligatoria l'esibizione del permesso di soggiorno) avrebbe potuto determinare sulla condizione giuridica dei minori stranieri vi è la mancata registrazione all'anagrafe civile di quei minori nati da stranieri irregolarmente presenti sul territorio italiano, situazione che avrebbe precluso a molti minori stranieri l'accesso al sistema pubblico di accoglienza. Tale rischio è stato scongiurato dalla circolare del Ministero dell'Interno del 7-08-2009, n. 17, emanata il giorno prima dell'entrata in vigore della legge n. 94 del 2009; resta salva, tuttavia, la possibilità che l'ufficiale dello stato civile che riceve la dichiarazione denunci lo straniero all'autorità giudiziaria per il reato di cui all'art. 10 *bis* TU. Si è dunque di fronte a un altro deterrente che potrebbe pregiudicare l'esercizio dei diritti fondamentali che l'art. 2 TU riconosce anche agli stranieri. In argomento, cfr. E. LO MONTE, *Immigrazione: il problema dei "non figli" nel reato di clandestinità*, in *IndP*, 2012, n. 2, p. 307; L. MIAZZI, *Minori o stranieri: leggi e istituzioni a confronto con una presenza scomoda*, in *MinG* 2010, n. 2, p. 24.

⁸⁰ Tra i molteplici contributi, cfr. A. CAPUTO, *Nuovi reati di ingresso e di soggiorno illegale dello straniero nello Stato*, in S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G. L. GATTA (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Milano, 2009, p. 233; ID., *La recente penalizzazione dell'irregolarità in Italia: la fattispecie di ingresso e permanenza illegale*, in R. SICURELLA (a cura di), *Il controllo penale dell'immigrazione clandestina: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici*, cit., p. 199; G. L. GATTA, *Il reato di clandestinità e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *DPP*, 2009, n. 11, p. 1327; E. LANZA, *Il reato di immigrazione clandestina*, in *RassPC*, 2010, n. 2, p. 17; ID., *Gli stranieri e il diritto penale*, Padova, 2011, p. 371; L. MASERA, *"Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, in O. MAZZA, F. VIGANÒ, *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, Torino, 2009, p. 39; P. PISA, *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale?*, in *DPP*, 2009, n. 1, p. 5; C. RENOLDI, *I nuovi reati di ingresso e di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *DIC*, 2009, n. 4, p. 38.

⁸¹ Cfr. Sentenza della Corte di giustizia del 28 aprile 2011, causa C-61/11 PPU, *Hassen El Dridi*; Sentenza della Corte di giustizia (Grande Sezione) del 6 dicembre 2011, causa C-329/11, *Achugabian/ Préfet du Val-de-Marne*.

risulti compromesso l'“effetto utile” in ragione della “estromissione” di fatto (conseguente alla scelta di penalizzazione della “clandestinità” e alle dinamiche che questa comporta) delle norme e delle procedure comuni sancite dalla direttiva 2008/115/CE⁸². La Corte costituzionale, dal canto suo, ha invece dichiarato infondate le eccezioni di illegittimità prospettate con riguardo alla suddetta fattispecie, ritenendo che oggetto dell'incriminazione, la cui introduzione rientra nella discrezionalità del legislatore, non sia un modo di essere della persona (come invece ritenuto dalla stessa Corte nella sentenza dell'8 luglio 2010 con cui ha dichiarato l'illegittimità della circostanza aggravante comune introdotta dal legislatore all'art. 61, n. 11-*bis*, cp, ravvisabile nell'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trovava illegalmente sul territorio nazionale⁸³), bensì la commissione di un fatto materiale, oggettivamente antiggiuridico e offensivo di un bene giuridico meritevole di tutela, quale l'interesse dello Stato all'ordinata gestione dei flussi migratori, la cui salvaguardia si presenta strumentale alla protezione di un complesso di beni pubblici finali, di rilevanza costituzionale, suscettivi di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata⁸⁴.

Fatta salva la legittimità (europea e costituzionale) di tale previsione, si impongono tuttavia una serie di precisazioni e delimitazioni del *dictum* delle due Corti. Una prima precisazione attiene innanzitutto i possibili soggetti attivi del reato. In verità, fermo restando che, in ragione dell'impossibilità *ex art. 1 TU* di applicare il testo unico in materia di immigrazione ai cittadini dell'Unione europea, soggetto attivo di tale reato può essere esclusivamente un cittadino extracomunitario o un apolide, la lettera dell'art. 10-*bis TU* sembrerebbe ritenere configurato il reato laddove un qualsiasi soggetto appartenente a tali due categorie ponga in essere le condotte descritte dalla fattispecie incriminatrice (con l'unica eccezione prevista al comma 6 per coloro che hanno presentato domanda di protezione internazionale). Nessuna esclusione è stata quindi espressamente sancita dal legislatore con riguardo a quei soggetti che non abbiano raggiunto la maggiore età, salvo per quanto concerne ovviamente i minori stranieri infraquattordicenni, in relazione ai quali deve ritenersi operante la presunzione assoluta di inimputabilità di cui all'art. 97 cp. La questione si pone, dunque, solo per gli ultraquattordicenni ed è resa più problematica dalle difficoltà che l'accertamento dell'imputabilità solitamente pone in relazione ai minori stranieri; infatti, la particolare vulnerabilità di tali soggetti, dovuta, oltre che all'età adolescenziale, al diverso ambiente culturale di provenienza e, in alcuni casi, alla mancanza di figure adulte di riferimento, può alterare la loro capacità di percezione del disvalore sociale dell'atto commesso⁸⁵.

Tuttavia, deve rilevarsi come già una prima lettura dell'art. 10-*bis TU* consenta di escluderne l'applicazione al minore. La possibilità per il giudice di sostituire la pena pecuniaria dell'ammenda con l'espulsione, pur non essendo secondo la Corte di giustizia in contrasto con la normativa europea in

⁸² Sentenza della Corte di giustizia del 6 dicembre 2012, causa C-430/11, *Sagor*. Per un commento, cfr. F. VIGANÒ, *La Corte di Giustizia UE su articolo 10 bis t.u. immigrazione e direttiva rimpatri*, in www.penalecontemporaneo.it. Nel caso di specie, il Tribunale di Rovigo aveva sottoposto alla Corte di giustizia mediante rinvio pregiudiziale la questione della compatibilità con la direttiva 2008/115/UE dell'art. 10 *bis TU*; in particolare, il giudice remittente dubitava della compatibilità con la normativa europea degli strumenti sanzionatori sostitutivi della pena principale (l'ammenda), vale a dire la permanenza domiciliare e l'espulsione. Sull'ordinanza di rinvio del 15 luglio 2011, cfr. E. LANZA, *Riflessioni sulla compatibilità del reato di immigrazione illegale con la direttiva rimpatri*, in *Gli stranieri*, 2011, n. 3, p. 167.

⁸³ Sentenza della Corte Costituzionale dell'8 luglio 2010, n. 249. In argomento, cfr. L. DEGL'INNOCENTI, S. TOVANI, *La Corte costituzionale dichiara illegittima la cd. aggravante di clandestinità*, in *DPP*, 2010, n. 10, p. 1177; L. MASERA, *Corte costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, in *RIDPP*, 2010, n. 3, p. 1373; M. PELISSERO, *Lo straniero irregolare tra diritto penale d'autore e diritto penale del fatto: coraggio e self restraint della Corte Costituzionale*, in *QuestG*, 2010, n. 4, p. 147; D. PERRONE, *L'aggravante della clandestinità: un ritorno alle presunzioni di pericolosità sociale scongiurate dalla Corte Costituzionale*, in *Lpen*, 2010, n. 3, p. 317; G. RICCARDI, *La doppia percezione della clandestinità nella giurisprudenza della Corte Costituzionale: l'aggravante “illegittima” ed il reato “ragionevole” nella rapsodica affermazione dei diritti umani in materia di immigrazione*, in *CDir*, 2010, n. 1-3, p. 81. Per ulteriori considerazioni sull'aggravante in questione, cfr. *infra* par. 7.

⁸⁴ Sentenza della Corte Costituzionale dell'8 luglio 2010, n. 250, in *DPP*, 2010, p. 1189; nello stesso senso, cfr. C. Cost, ordinanza dell'11 novembre 2010, n. 231. Per comprendere meglio la portata della sentenza, cfr. con varietà di accenti A. CAPUTO, *La contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale davanti alla Corte Costituzionale*, in *DPP*, 2010, n. 10, p. 1187; A. MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in *Cass. pen.*, 2011, n. 2, p. 454; L. MASERA, *Corte costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, cit., p. 1373; M. PELISSERO, *Lo straniero irregolare tra diritto penale d'autore e diritto penale del fatto: coraggio e self restraint della Corte Costituzionale*, cit., p. 147.

⁸⁵ Nell'indagine di I. MASTROPASQUA, R. BRACALENTI, *I numeri pensati della giustizia minorile*, marzo 2008, sui rapporti tra immigrazione e devianza, si rileva in generale come sia un elemento di vulnerabilità la permanenza nel paese d'approdo in condizione di immigrato “straniero”: sia nel senso di persona dislocata rispetto al proprio contesto d'origine, sia nel senso di persona talvolta portatrice di elementi di diversità somatica e culturale, sia, ancora, nel senso di persona alla quale non è riconosciuta la piena appartenenza al contesto ospite, né sul piano giuridico, né su quello sociale e culturale.

materia di rimpatri⁸⁶, rivela come il fine ultimo perseguito dal legislatore con l'introduzione di tale fattispecie di reato sia proprio l'espulsione dello straniero dal territorio dello Stato, obiettivo assolutamente inconciliabile – e anzi evidentemente antitetico – rispetto alle previsioni del divieto di espulsione e del diritto al permesso di soggiorno riconosciuto al minore dal Testo Unico, previsioni che risultano di fondamentale rilevanza laddove si proceda alla necessaria delimitazione dell'ambito applicativo del reato di immigrazione clandestina – nelle due forme possibili dell'ingresso e del soggiorno⁸⁷ – in relazione ai minori stranieri.

Con riguardo all'ipotesi della permanenza irregolare – che secondo alcuni autori ha come logico presupposto la regolarità dell'ingresso e che consiste nel trattenersi sul territorio dello Stato una volta che le condizioni del soggiorno regolare siano venute meno⁸⁸ –, sono diverse le ragioni per cui tale fattispecie non possa ritenersi integrata dal minore straniero. A tal proposito, non vi è alcun dubbio che la condotta di trattenimento sul territorio dello Stato (senza regolare permesso) attuata dal minore straniero integri la tipicità del reato in esame; tuttavia, ciò che deve logicamente ritenersi mancare ai fini della punibilità del fatto è l'antigiuridicità, in quanto la protezione assicurata dall'ordinamento italiano al minore straniero, come già rilevato, attribuisce a quest'ultimo, indipendentemente dalla regolarità della sua condizione, un vero e proprio diritto a ottenere il permesso di soggiorno, diritto il cui esercizio è riconducibile alla dinamica della causa di giustificazione di cui all'art. 51 cp., in presenza della quale viene meno il contrasto tra un fatto conforme a una fattispecie incriminatrice e l'intero ordinamento giuridico.

Tale qualificazione giuridica della situazione di non espellibilità del minore in termini di scriminante, sostenuta dalla maggior parte degli autori che hanno affrontato tale questione⁸⁹, è preferibile a un eventuale inquadramento della stessa tra le cause personali di esenzione della pena, in quanto, in presenza di una condotta conforme alla fattispecie astratta di reato, la mancata punibilità non deriva da ragioni di politica criminale estrinseche al fatto e connesse alla condizione di minorennità, bensì dalla presenza di una norma, quale l'art. 28 dpr. 394/99, che, prevedendo il rilascio del permesso di soggiorno a favore del minore straniero, facoltizza, ponendosi peraltro come fonte di diritto, quel medesimo fatto che costituirebbe reato, vale a dire la permanenza del minore nel territorio italiano in violazione delle norme contenute nel Testo Unico, escludendo in tal modo il disvalore etico-sociale di un soggiorno che avvenga in violazione della disciplina sui flussi migratori⁹⁰. La mancanza di antigiuridicità nella condotta del minore impedisce dunque di configurare a suo carico il reato di permanenza irregolare⁹¹.

⁸⁶ Sentenza della Corte di giustizia, 6 dicembre 2012, causa C-430/11, *Md Sagor*, cit., punto 31 e seguenti.

⁸⁷ Secondo l'orientamento prevalente, l'art. 10-bis TU configura una norma a più fattispecie (o norma penale mista), in cui sono descritte due diverse condotte tipiche (ingresso e trattenimento in violazione della relativa disciplina amministrativa), che hanno pari rilevanza penale, la cui eventuale realizzazione cumulativa (ove ritenuta ammissibile) non incide sul trattamento sanzionatorio (il reato rimane unico). In tal senso, cfr. G. L. GATTA, *Il reato di clandestinità e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, cit., p. 1327; L. MASERA, *"Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, cit., p. 37. La configurazione dell'art. 10-bis TU quale "fattispecie legale mista" costituirebbe peraltro un chiaro indice normativo dell'indifferenza del legislatore a che la violazione delle regole mediante le quali si esprime il controllo giuridico dell'immigrazione, su cui è incentrato il disvalore della fattispecie, si estrinsechi nella forma istantanea – superamento dei confini statali – o in quella permanente – trattenimento fino a che non venga meno la condizione di irregolarità descritta nella norma –, essendo entrambe le forme ricomprese in una cornice tipica unitaria. *Contra* A. CAPUTO, *Nuovi reati di ingresso e di soggiorno illegale dello straniero nello Stato*, cit., p. 237, C. RENOLDI, *I nuovi reati di ingresso e di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, cit., p. 42; entrambi gli autori ritengono che ingresso e soggiorno irregolari costituiscano due figure di reato autonome, che non possono concorrere tra loro perché "in rapporto di alternatività".

⁸⁸ Così A. CAPUTO, *Nuovi reati di ingresso e di soggiorno illegale dello straniero nello Stato*, cit., p. 237, C. RENOLDI, *I nuovi reati di ingresso e di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, cit., p. 42. *Contra* P. PISA, *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale?*, cit., p. 6., che ritiene integrata la fattispecie di soggiorno irregolare anche nel caso in cui lo straniero sia entrato clandestinamente.

⁸⁹ Propendono per questa tesi, A. DELLA BELLA, *Il minore straniero e il reato di immigrazione clandestina*, in *CM*, 2010, n. 4, p. 427; E. SEMINARA, *Minori stranieri non accompagnati*, relazione svolta al XXVIII Convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Magistrati per i Minorenni e per la Famiglia, cit.

⁹⁰ Proprio la palese contraddittorietà tra la logica di protezione prevista in relazione ai minori dalla legislazione italiana e gli interventi di punizione introdotti dalla riforma hanno indotto il G.I.P. di Bari (Trib. Minor. Bari, decr. 11 dicembre 2009) a disporre l'archiviazione del procedimento a carico di un minore non accompagnato, nel senso richiesto dal Pubblico Ministero, sulla base di una lettura coordinata delle norme costituzionali e convenzionali, dell'art. 37-bis della legge n. 184/83, dell'art. 19 TU e dell'art. 28 dpr. n. 394/99.

⁹¹ Non si tratta certo dell'unico caso in cui il giudice fa ricorso alle scriminanti generiche di cui agli artt. 50, 51 e 54 cp per ovviare all'inadeguata modulazione del presidio penale in materia di immigrazione e porre così rimedio ad alcuni degli esiti più discutibili delle scelte compiute dal legislatore per contrastare i flussi irregolari. Un'altra fattispecie che potrebbe dar luogo a un analogo atteggiamento dei

Più complesso si presenta invece il discorso sull'ingresso irregolare di minore straniero, condotta questa che, lungi dal costituire il mero antecedente non punibile del soggiorno trattandosi di distinta modalità di realizzazione del reato⁹², impone di distinguere tra le diverse situazioni che si possono configurare. Ove si tratti di minore accompagnato, la mancanza di autonoma determinazione, ricollegabile al fatto che egli ricade sotto la responsabilità dei genitori, induce ad escludere la sussistenza della colpevolezza (situazione, questa, che deve ritenersi *a fortiori* sussistente in caso di soggiorno irregolare di minore accompagnato). Il problema di una possibile responsabilità del minore non si pone nemmeno laddove sia stata presentata domanda di asilo, in quanto in tali ipotesi lo straniero – adulto o minore che sia – esercita un diritto fondamentale che nel proprio Stato gli viene negato e sussiste, dunque, nei suoi confronti la causa di giustificazione dello stato di necessità o dell'esercizio del diritto e, peraltro, nel caso in cui la domanda di asilo non venisse accolta, potrebbe comunque ritenersi sussistente una causa di giustificazione putativa⁹³. La rilevanza dell'eventuale presentazione di una domanda di protezione internazionale risulta peraltro confermata, a livello normativo, dall'art. 10-*bis*, co. 6, TU, che prevede, come già rilevato, rispetto a tali ipotesi, la sospensione del procedimento penale e la successiva sentenza di non luogo a procedere in caso di riconoscimento della protezione internazionale o di rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari⁹⁴.

Più difficile la situazione per il minore non accompagnato e non richiedente asilo, per cui l'ingresso potrebbe configurare in astratto un reato completo di tutti i suoi elementi costitutivi (laddove fosse ovviamente riconosciuta nel caso concreto la sua imputabilità *ex art.* 98 cp). Tale conclusione, tuttavia, oltre ad essere scarsamente compatibile con i principi sopra delineati volti alla tutela del minore, appare illogica e profondamente contraddittoria anche alla luce del fondamentale principio di proporzione. In effetti, una volta esclusa la punibilità del minore straniero che si tratti in Italia senza un valido titolo di soggiorno, alla medesima conclusione dovrebbe giungersi laddove il soggetto abbia varcato illegalmente i confini nazionali, e ciò sulla base di un duplice ordine di ragioni.

L'identità del disvalore ricollegata dal legislatore italiano alle due modalità di realizzazione dell'illecito, nonché una coerente ricostruzione degli obblighi dello Stato di protezione del minore straniero – che, come già rilevato, costituisce la *ratio* sottesa al diritto al rilascio del permesso di soggiorno che scrimina, *ex art.* 51 cp, la condotta di permanenza irregolare – appaiono infatti logicamente imporre l'esclusione del reato anche per la condotta di ingresso. Tale impostazione risulta peraltro avvalorata dall'art. 2 TU che, riconoscendo i diritti fondamentali – fra cui vanno sicuramente ricompresi i diritti riconosciuti al soggetto in età evolutiva in quanto funzionali allo sviluppo della sua personalità individuale e sociale – non solo allo straniero “presente sul territorio”, ma anche allo

giudici è quella di favoreggiamento prevista all'art. 12, co. 1, TU, laddove tale disposizione (che nei commi successivi introduce aumenti di pena per i casi in cui la condotta avvenga a scopo di lucro o sia comunque caratterizzata da ulteriori aggravanti) non prevede alcuna attenuante per i familiari che si siano limitati ad aiutare un loro congiunto, specie ove si tratti del figlio minore di età. In relazione a tale figura di reato, proprio l'applicazione da parte della Corte di Cassazione della causa di giustificazione *ex art.* 54 cp ha consentito di escluderne la configurabilità nei confronti dello straniero che, costretto dalla necessità di evitare l'abbandono nel paese di origine della figlia minore, ne aveva favorito l'ingresso irregolare in Italia. Cfr. Cass. pen., 23 ottobre 2008, n. 44048; in argomento, cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il diritto dell'immigrazione ed i malintesi sensi (degli obblighi) dell'integrazione*, in CG, 2009, n. 4, p. 441. Di recente, la Cassazione è andata oltre, riconoscendo, nella sentenza del 3 giugno 2010, n. 23872, che il figlio minore non può essere considerato soggetto terzo ai fini della contestazione del reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, in quanto i genitori che fanno illegalmente ingresso in uno Stato portando con sé un bambino in tenera età pongono in essere una condotta che, da un lato, è addirittura resa doverosa dalla necessità di non abbandonare l'incapace a loro affidato, dall'altro, è interamente loro “imputabile” come fatto proprio, in quanto detta condotta non si presta ad essere ricondotta all'ipotesi del favoreggiamento dell'immigrazione di un terzo.

⁹² Come già rilevato, nella struttura della fattispecie di cui all'art. 10 *bis* TU l'ingresso irregolare rappresenta un'autonoma modalità (alternativa o cumulativa, secondo le diverse ricostruzioni operate dalla dottrina, sul punto cfr. *supra*, nota 76) di realizzazione del reato di immigrazione clandestina. Secondo l'impostazione prevalente, infatti, la sussunzione di due condotte naturalisticamente e giuridicamente distinte – quali l'ingresso e il soggiorno in violazione della disciplina sui flussi – in un'unica norma incriminatrice induce a ravvisare nell'art. 10 *bis* una norma a più fattispecie. Più in generale, sull'argomento, cfr. R. A. FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Città di Castello, 1937, p. 242; G. VASSALLI, *Antefatto non punibile (voce)*, in ED, 999, II, p. 509.

⁹³ In tal senso, cfr. E. SEMINARA, *Minori stranieri non accompagnati*, cit., p. 19.

⁹⁴ Sul punto cfr. P. BONETTI, *La proroga del trattenimento e i reati di ingresso o permanenza irregolare nel sistema del diritto degli stranieri: profili costituzionali e rapporti con la Direttiva comunitaria sui rimpatri*, in DIC, 2009, n. 4, p. 100, in cui l'Autore distingue in base alla circostanza che la presentazione della domanda di protezione internazionale sia antecedente o meno a un provvedimento di allontanamento dal territorio dello Stato: nel primo caso, il procedimento penale non deve essere neppure avviato perché la tempestività della domanda regolarizza fin dall'inizio la presenza dello straniero; nel secondo caso, invece, il procedimento può essere avviato, ma dovrà essere sospeso al momento della presentazione della domanda e archiviato dopo il riconoscimento di una qualsiasi forma di protezione prevista dall'attuale legislazione.

straniero “comunque presente alla frontiera”⁹⁵, conferma la sussistenza dell’obbligo dello Stato di prendersi cura dei minori stranieri fin dal momento del loro ingresso nel territorio italiano⁹⁶.

Più precisamente, a fronte di un’analogo valutazione di disvalore e di analoghi obblighi per il legislatore italiano scaturenti dalle previsioni – interne e sovranazionali – volte alla tutela del minore, risulterebbe contrario al principio costituzionale di proporzione/ragionevolezza ex art. 3 Cost. sostenere l’esclusione del reato di soggiorno irregolare riguardo ai minori stranieri e contestualmente ammettere in relazione agli stessi la perdurante configurabilità del reato di ingresso irregolare⁹⁷.

Una tale conclusione – che dovrebbe ritenersi logicamente valida e pertanto estendibile alle diverse fattispecie di reato poste dall’ordinamento a presidio dell’interesse al controllo dei flussi e in particolare del contrasto dell’immigrazione irregolare⁹⁸ – trae ulteriore conforto nella considerazione generale per cui il fondamentale principio di *extrema ratio*, in ossequio al quale «soltanto nell’impossibilità o nell’insufficienza dei rimedi previsti dagli altri rami è concesso al legislatore ordinario di negativamente incidere, a fini sanzionatori, sui più importanti beni del privato»⁹⁹, deputato ad orientare l’introduzione di qualunque fattispecie penale¹⁰⁰, è da ritenersi *a fortiori* sussistente ove siano coinvolti soggetti la cui personalità è ancora *in fieri*, rispetto ai quali il compito dello Stato è innanzitutto quello di favorire l’acquisizione di determinati valori mediante la previsione di risposte autenticamente educative, secondo le linee essenziali di un sistema di giustizia minorile “costituzionalmente orientato”¹⁰¹.

La conclusione che si può dunque trarre dall’esame complessivo delle fonti normative e della giurisprudenza costituzionale è che, nonostante il silenzio della normativa circa la posizione del minore, costui non possa rientrare nel novero dei soggetti attivi del reato di ingresso e soggiorno irregolare, senza che ciò si traduca in una palese violazione dei principi fondatori posti alla base della giustizia minorile e, più in generale, dei valori che improntano il nostro sistema.

⁹⁵ Sulla rilevanza dell’art. 2 TU, cfr. L. MIAZZI, G. PERIN, *Legge n. 94/2009: peggiora anche la condizione dei minori stranieri*, cit., p. 203, ove si osserva che il “dispositivo di adattamento automatico” posto in essere da tale norma consente di adeguare il diritto di rango primario all’evoluzione del diritto costituzionale e sovranazionale, assicurando agli stranieri irregolarmente presenti, e quindi anche ai minori, la titolarità dei diritti fondamentali che vengono progressivamente enucleati dalla normativa e dalla giurisprudenza costituzionale e internazionale.

⁹⁶ Profondamente diversa la disciplina francese in materia che distingue a seconda che i minori si presentino alla frontiera (regolarmente o meno) o abbiano già fatto ingresso nel territorio: i *mineurs isolés* presenti alla frontiera non si trovano infatti nella medesima condizione dei minori stranieri presenti sul territorio, valendo solo in relazione a questi ultimi il divieto di espulsione o di accompagnamento alla frontiera e la limitazione dell’obbligo di abbandonare il territorio francese ai soli casi in cui i genitori siano essi stessi espulsi dalla Francia. In generale sull’argomento, cfr. G. CAMPANI, *Minori stranieri non accompagnati in Francia*, in G. CAMPANI, O. SALIMBENI (a cura di), *La fortezza e i ragazzini. La situazione dei minori stranieri in Europa*, Milano, 2006, p. 64; P. PASSAGLIA, *La presenza del minore straniero nel territorio nazionale*, in www.cortecostituzionale.it/documenti, ove si considera la condizione del minore straniero in diversi ordinamenti giuridici, quali Francia, Germania, Regno Unito e Spagna.

⁹⁷ Al fine di valutare la conformità o meno della fattispecie in questione al principio di proporzione, può risultare utile il ricorso al procedimento ricostruito dalla giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca e austriaca – utilizzato per la prima volta dalla Corte europea nella sentenza *Handyside* del 7 dicembre 1976, ricorso n. 549372/72 -, secondo cui occorre verificare: se lo scopo perseguito sia di pubblico interesse; se l’intervento legislativo sia idoneo per raggiungere lo scopo (idoneità); se l’intervento sia necessario, ossia il mezzo adoperato sia il più blando possibile per proteggere in maniera efficace il bene giuridico (necessità); ed infine, se tra l’interesse pubblico e l’aggressione al diritto fondamentale vi sia una relazione adeguata (proporzionale) allo scopo, rendendo necessario un bilanciamento tra gli interessi in gioco (proporzionalità in senso stretto). In argomento, vd. più diffusamente A. M. MAUGERI, *I reati di sospetto dopo la pronuncia della Corte costituzionale n. 370 del 1996: alcuni spunti di riflessione sul principio di ragionevolezza, di proporzione e di tassatività*, in RIDPP, 1999, n. 2, p. 476. Applicando tale procedimento alla fattispecie *de qua*, ne risulta che, pur essendo il bene giuridico meritevole di tutela, punire l’ingresso irregolare del minore straniero – a fronte dell’esclusione della rilevanza penale di un eventuale soggiorno irregolare sul territorio italiano – si tradurrebbe in una palese violazione della proporzionalità in senso stretto; in altri termini, verrebbe meno il principio secondo cui la misura della tutela penale deve estendersi in “ampiezza” e “profondità” solo proporzionatamente al rango e al grado di aggressione evidenziati dal bene giuridico, che resta, ovviamente, la pietra angolare del sistema anche sotto il profilo politico-criminale. Così C. E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in RIDPP, 1990, p. 451.

⁹⁸ Ci si riferisce, innanzitutto, all’aggravante della cd. clandestinità, prima che la stessa fosse dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Corte costituzionale (come si avrà modo di analizzare più approfonditamente nel paragrafo successivo), oltre che alle altre fattispecie connesse alla condizione di irregolarità dello straniero, quali l’utilizzo di documenti di ingresso e soggiorno alterati o contraffatti e i delitti di inottemperanza.

⁹⁹ Sentenza della Corte costituzionale del 21-25 maggio 1987, n. 189, relativa al giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 1 e 3 della legge contenente la disciplina della espulsione di bandiere estere.

¹⁰⁰ In argomento, cfr. M. ROMANO, «Meritevolezza di pena», «bisogno di pena» e teoria del reato, in RIDPP, 1992, p. 39; C. E. PALIERO, *op. ult. cit.*, p. 450.

¹⁰¹ Sul punto, cfr. più diffusamente *infra* par. 7.

7. L'irrazionalità della logica securitaria nel trattamento del minore straniero

La tendenziale prevalenza delle istanze di protezione del minore straniero rispetto alle esigenze di tutela dell'integrità delle frontiere e contenimento dei flussi, più volte riconosciuta tanto dai giudici di Strasburgo quanto dalla giurisprudenza costituzionale, avrebbe dovuto logicamente portare ad escludere l'operatività nei confronti dei minori anche dell'aggravante della cd. clandestinità di cui all'art. 61, n. 11-*bis*, cp, laddove per ipotesi non dichiarata costituzionalmente illegittima, come di contro avvenuto in seguito alla sentenza della Corte costituzionale n. 249 del 2010¹⁰². L'esclusione dell'applicazione di tale aggravante ai minori stranieri nella prospettiva qui seguita risultava comunque dettata da ragioni di coerenza interna all'ordinamento, non solo in considerazione del fatto che la medesima condizione di permanenza irregolare sul territorio di soggetti minori, se si ritiene non integri gli estremi del reato di immigrazione clandestina di cui all'art. 10-*bis* TU (come dimostrato nel paragrafo precedente), non avrebbe allora potuto comportare nemmeno l'applicazione dell'aggravante della clandestinità, ma altresì in ragione dell'adesione a quell'insieme di principi e obblighi internazionali che escludono in radice ogni spazio per una possibile considerazione del minore (anche se irregolare) quale minaccia che possa giustificare la risposta penale o l'espulsione¹⁰³.

In quest'ottica, la logica presuntiva su cui si fondava l'aggravante, vale a dire il suo basarsi su una qualità personale del soggetto derivante dal compimento di atti del tutto estranei al fatto-reato ma ritenuti indice di una maggiore pericolosità, logica ampiamente criticata anche in relazione agli immigrati irregolari adulti in quanto già di per sé in tensione con il principio di offensività¹⁰⁴, era ancora meno accettabile alla luce delle caratteristiche dell'immigrato minore d'età. In altri termini, il presupposto su cui si basava l'aumento di pena, cioè l'idea che la clandestinità fosse indice di una maggiore pericolosità del soggetto insita nel fatto stesso di aver violato regole essenziali dello Stato¹⁰⁵, risultava inammissibile con riguardo ai minori. Rispetto ad essi, "l'involontarietà" dell'immigrazione, nella maggior parte dei casi dettata dalla necessità o quantomeno condizionata dai genitori, avrebbe comunque dovuto arginare le gravi conseguenze che l'aggravante voleva far discendere dal carattere irregolare del soggiorno degli stranieri nel territorio dello Stato.

I principi fondamentali in materia di giustizia penale minorile avrebbero peraltro condotto ad escludere la legittimità dell'aumento di pena scaturente dall'aggravante in considerazione del fatto che, essendo il minore straniero già di per sé sottoposto a sanzioni maggiormente afflittive rispetto a quello italiano, con l'applicazione della circostanza di cui all'art. 61, n. 11-*bis*, cp, sarebbe stato disatteso l'orientamento della Corte costituzionale in ordine alla questione criminale minorile, volto a privilegiare l'esigenza del recupero sociale del minore a fronte della stessa realizzazione della pretesa punitiva¹⁰⁶. La

¹⁰² Sull'inapplicabilità dell'aggravante della clandestinità ai minori stranieri, cfr. A. DELLA BELLA, *L'aggravante della clandestinità e il diritto di soggiorno del minore straniero*, in *Cass. pen.*, 2008, n. 12, p. 4792; L. MASERA, *Immigrazione*, in O. MAZZA, F. VIGANÒ (a cura di), *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica (dl. 23 maggio 2008, n. 92, convertito in l. 24 luglio 2008, n. 125)*, Torino, 2008, p. 10.

¹⁰³ A ragionare diversamente, ne sarebbe derivato un diverso trattamento sanzionatorio per condotte materiali identiche, con un'ingiustificata disparità di trattamento tra i minori che avevano già ottenuto il permesso di soggiorno e coloro che dovevano ancora ottenerlo, con conseguenze paradossali nel caso in cui questi soggetti si fossero resi responsabili, in concorso tra loro, del medesimo fatto di reato. Tale situazione risultava nello specifico caso del minore straniero inaccettabile, considerando che la concessione del permesso di soggiorno è per lo Stato un atto dovuto, trattandosi di un diritto che per il solo fatto della minore età è sottratto alla discrezionalità dell'autorità amministrativa e non è soggetto a revoca. In questo quadro, applicare l'aggravante avrebbe significato far dipendere il trattamento sanzionatorio del minore dalla solerzia degli organi amministrativi competenti, con grave violazione del principio di uguaglianza.

¹⁰⁴ Sul punto, cfr. G. DODARO, *Discriminazione dello straniero irregolare nell'aggravante comune della clandestinità*, in *RIDPP*, 2008, n. 4, p. 1634; G. L. GATTA, *Aggravante della clandestinità (art. 61 n. 11 bis cp): uguaglianza calpestata*, in *RIDPP*, 2009, n. 2, p. 15; LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 401; L. MASERA, *Immigrazione*, cit., p. 16; V. PLANTAMURA, *La circostanza aggravante della presenza illegale sul territorio nazionale*, in S. LORUSSO (a cura di), *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, Padova, 2008, p. 271; D. PULITANÒ, *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, cit., p. 1079; C. RENOLDI, G. SAVIO, *Legge 125/2008: ricadute delle misure a tutela della sicurezza pubblica sulla condizione giuridica dei migranti*, in *DIC*, 2008, n. 3-4, p. 24; F. SIRACUSANO, *La clandestinità, "condizione" della circostanza aggravante e "condotta" del reato proprio*, in *Cass. pen.*, 2010, n. 7-8, p. 2925.

¹⁰⁵ In particolare, sui rischi di uno statuto penale speciale dello straniero fondato su una presunzione di pericolosità, cfr. M. PELISSERO, *Logiche di esclusione e di inclusione nella politica criminale sull'immigrazione*, cit., p. 696.

¹⁰⁶ Come affermato dalla stessa Corte Costituzionale, nella sentenza del 30 aprile 1973, n. 49, al dovere dello Stato «al recupero del minore è addirittura subordinata la realizzazione o meno della pretesa punitiva». In generale sulle linee guida del sistema di giustizia minorile

necessità di una diversificazione del trattamento sanzionatorio del minore rispetto all'adulto, derivante dal combinato disposto degli artt. 27, co. 3, e 31, co. 2, Cost., più volte riconosciuta dalla Corte costituzionale¹⁰⁷, non può arretrare laddove si tratti minori stranieri, la cui particolare vulnerabilità, causata dai *deficits* culturali ed educativi di cui gli stessi sono spesso portatori, può talvolta ostacolare quel processo di (ri)appropriazione dei valori violati che risulta di primaria importanza ai fini di un pieno inserimento di tali soggetti nel tessuto sociale.

Tuttavia, deve purtroppo riconoscersi come tale impostazione risulti contraddetta dalla prassi, da cui emerge la prevalenza della logica di controllo sugli interventi propositivi e di sostegno nei confronti del minore straniero, sia nelle ipotesi in cui sussistano esigenze cautelari, riscontrandosi un *favor* per il ricorso alla custodia cautelare in carcere rispetto ad altre misure – quali il collocamento in comunità o la permanenza in casa –, sia nei casi in cui occorra procedere alla scelta della sanzione da infliggere in concreto, preferendosi la pena della reclusione rispetto agli strumenti alternativi alla detenzione, la cui applicazione, sia pure in linea di principio non esclusa laddove si tratti di stranieri in condizione irregolare¹⁰⁸, può dar luogo a notevoli difficoltà pratiche a causa della mancanza di punti di riferimento all'esterno¹⁰⁹. A fronte di un soggetto *in fieri* per cui la ricerca di una propria identità svolge un ruolo fondamentale, il prevalente ricorso agli strumenti tradizionali di tipo meramente sanzionatorio – oltre a creare un regime speciale per alcuni minori, individuati non già alla stregua di indici rivelatori di una particolare pericolosità, quanto piuttosto di un dato del tutto estrinseco e formale, quale la loro presenza irregolare nel territorio nazionale – può avere, peraltro, l'effetto paradossale di favorire, anziché ostacolare, la formazione di una personalità deviante, vanificando così l'obbligo dello Stato di eliminare o quantomeno contenere le cause socio-ambientali che possono favorire la delinquenza minorile.

Tale approccio, oltre ad essere in aperta distonia con le indicazioni costituzionali in tema di giustizia minorile, appare in palese contrasto con il criterio – recentemente ribadito dalla Corte costituzionale in materia di misure cautelari¹¹⁰ – del “minor sacrificio necessario”, secondo cui la compressione della libertà personale deve essere contenuta entro i limiti minimi indispensabili a

elaborate dal giudice delle leggi, cfr. S. LARIZZA, *Corte costituzionale e sistema di giustizia minorile*, in AA.VV., *Studi in onore di Giandomenico Pisapia*, vol. I, Milano, 2000, p. 89.

¹⁰⁷ Cfr., in particolare, sentenza della Corte Costituzionale del 28 aprile 1994, n. 168, in *GCost* 1994, p. 1254, in cui la Corte afferma che, dall'art. 31 Cost., che prevede una speciale protezione per l'infanzia e la gioventù e favorisce gli istituti necessari a tale scopo, deriva l'assoluta incompatibilità della previsione dell'ergastolo per i minori, poiché questa accomuna nel medesimo contesto punitivo tutti i soggetti, senza tener conto della particolare condizione minorile, che invece esige di diversificare il più possibile il trattamento del minore dalla disciplina punitiva generale. L'esigenza di individualizzazione del trattamento in ragione della personalità ancora *in fieri* del minore è sottolineata anche da C Cost, sentenza del 25 marzo 1992, n. 125, in *GCost*, 1992, p. 1075; C Cost, sentenza del 22 aprile 1997, n. 109, in *GCost*, 1997, p. 1033, in tema di misure alternative alla detenzione. Per quanto concerne invece l'orientamento secondo cui, in virtù della speciale protezione accordata all'infanzia dall'art. 31, co. 2, Cost., il ricorso alla pena detentiva deve essere utilizzato come *ultima ratio*, cfr. in particolare C Cost, sentenza del 20 aprile 1978, n. 46, in *GCost*, 1978, p. 537; C Cost, sentenza del 20 giugno 1977, n. 120, in *GCost*, 1977, p. 1075; C Cost, sentenza del 27 aprile 1995, n. 135, in *GCost*, 1995, p. 1054; C Cost, sentenza del 18 febbraio 1998, n. 16, in *GCost*, 1998, p. 78.

¹⁰⁸ Sentenza della Corte costituzionale del 16 marzo 2007, n. 78, in *GCost*, 2007, pp. 745 con cui la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale degli artt. 47, 48 e 50 della legge 26 luglio 1975 n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), ove interpretati nel senso che allo straniero extracomunitario, entrato illegalmente nel territorio dello Stato o privo del permesso di soggiorno, sia in ogni caso precluso l'accesso alle misure alternative da essi previste. Sul punto, cfr. E. LANZA, *Stranieri e misure alternative alla detenzione carceraria. Considerazioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 78 del 2007*, in *RassPC*, 2007, n. 2, p. 27.

¹⁰⁹ La diversità dei percorsi giudiziari dei minori stranieri rispetto a quelli italiani emerge dalla rilevazione effettuata dall'ISTAT, su dati attinti presso gli Uffici giudiziari, da cui risulta che, mentre l'incidenza della componente straniera si mantiene intorno al 20-30 % sul numero complessivo dei minori denunciati e su quello dei minori per i quali è iniziata l'azione penale, arriva al 50% ove si consideri invece la percentuale di minori condannati. Sui numeri della criminalità minorile, cfr. M. S. TOTARO, T. PAGLIAROLI, *I numeri sulla criminalità minorile e le caratteristiche dell'intervento presso i Servizi penali minorili*, in *Minori stranieri e giustizia minorile in Italia. I numeri pensati della giustizia minorile*, 2008; come rilevano correttamente gli Autori, tale disparità di trattamento, lungi dall'essere determinata da comportamenti discriminatori dell'autorità giudiziaria minorile, deriva piuttosto da cause oggettive e soggettive, relative alla situazione sociale e personale del minore, che rendono difficilmente applicabili i percorsi giudiziari di fuoriuscita dal circuito penale, di cui beneficiano, solitamente, i minori italiani.

¹¹⁰ Sentenza della Corte costituzionale del 16 dicembre 2011, n. 331 che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 12, co. 4-bis, TU, introdotto dalla legge n. 94 del 2009, nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai reati previsti dal co. 3 del medesimo articolo, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure. Per un commento, cfr. E. LANZA, *La sentenza della Corte costituzionale in materia di favoreggiamento aggravato dell'immigrazione clandestina*, in *Gli Stranieri*, 2012, n. 1, p. 169.

soddisfare le esigenze del caso concreto, criterio intimamente connesso e strettamente funzionale alle finalità di recupero, risocializzazione e riabilitazione cui è improntato il sistema di giustizia penale minorile, che, considerando la punizione quale *extrema ratio*, prevede l'utilizzo di percorsi alternativi – endoprocessuali o paraprocessuali – volti all'acquisizione di notizie e informazioni, oltre che il ricorso a tecniche mediative e riconciliative, a formule di *diversion*¹¹¹ e di *probation*¹¹². La normativa dettata dal dpr. n. 448/88 contiene in effetti diverse disposizioni interpretabili come concretizzazioni del principio per il quale il processo penale minorile va considerato un “luogo procedurale” aperto anche ad interventi extrapenal¹¹³.

L'irrazionalità di tale approccio risulta peraltro evidente alla luce della già citata sentenza n. 249 del 2010, laddove la Corte costituzionale, partendo dall'assunto secondo cui i diritti inviolabili spettano ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica ma in quanto esseri umani, afferma espressamente che la condizione giuridica dello straniero non possa essere considerata come causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi, specie nell'ambito del diritto penale, che è strettamente connesso alle libertà fondamentali della persona, salvaguardate dalla Costituzione¹¹⁴. Il riconoscimento dell'universalismo dei diritti umani, implicito in tale passaggio argomentativo, oltre ad assumere una rilevanza di carattere generale ai fini della tutela giurisprudenziale dei diritti fondamentali degli stranieri, riveste un'importanza peculiare ove collegato al trattamento dei minori stranieri, sussistendo in tali ipotesi una maggiore vulnerabilità che rende inammissibile ogni eventuale discriminazione rispetto a quanto previsto per i minori italiani.

L'equo bilanciamento realizzato dalla sentenza n. 249 tra le preoccupazioni legate alla sicurezza e quelle connesse ai diritti e alle libertà fondamentali dell'individuo, se in generale contribuisce a diffondere una concezione dello straniero quale soggetto titolare di una cittadinanza universale e meritevole pertanto di una protezione incondizionata, è peraltro senza dubbio destinato ad orientare l'interprete nella necessaria precisazione degli ambiti operativi di taluni controversi istituti del diritto speciale dell'immigrazione con riguardo ai minori stranieri. Nella medesima prospettiva, a conferma di quella dimensione comune di tutela dei diritti fondamentali evocata dall'art. 6 TUE e caratterizzata dalla naturale concorrenza delle Corti di Strasburgo, di Lussemburgo e delle Corti costituzionali nazionali, ulteriori criteri di orientamento provengono dalle recenti sentenze della Corte di giustizia *El Dridi*¹¹⁵ e

¹¹¹ Negli ordinamenti processuali basati sul principio di opportunità dell'azione penale, l'istituto della *diversion* si pone quale alternativa di minima offensività rispetto all'esercizio dell'azione penale; tale termine può però essere usato anche in senso ampio per indicare tutte quelle ipotesi caratterizzate da una sospensione dell'azione penale, prima della pronuncia di una sentenza di condanna, al fine di evitare la sanzione penale, che può quindi essere sostituita da forme di trattamento affidate ai servizi sociali.

¹¹² Come nota M. BERTOLINO, *Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile*, 2009, p. 306, l'idea della politica criminale della repressione quale estrema risorsa per combattere la criminalità minorile – idea definita «della corretta politica sociale per una proficua politica criminale» – rappresenta, o meglio dovrebbe rappresentare, la prima direttrice della giustizia penale minorile. Nella medesima prospettiva si muovono numerose fonti sovranazionali, quali le cd. Regole di Pechino del 1985, la Raccomandazione del Consiglio d'Europa n. (87) 20 sulle risposte sociali alla delinquenza minorile, le Direttive delle Nazioni Unite per la prevenzione della delinquenza minorile del 1990 (cd. Direttive di Riyadh) e le Regole delle Nazioni Unite per la protezione dei minori privati della libertà anch'esse del 1990 (cd. Regole dell'Avana). Sulle sollecitazioni degli organismi internazionali a riformare la giustizia penale minorile, cfr. S. LARIZZA, *Il diritto penale dei minori. Evoluzione e rischi di involuzione*, 1995, p. 103.

¹¹³ In tal senso vengono in rilievo – oltre che ovviamente la direttiva contenuta nell'art. 1 del dpr. 448/88, secondo cui le disposizioni di tale decreto devono essere applicate in modo adeguato alla personalità e alle esigenze educative del minore – l'art. 9 che prevede l'acquisizione di elementi circa le condizioni e le risorse personali, familiari, sociali e ambientali del minore, al fine di accertarne l'imputabilità e il grado di responsabilità, valutare la rilevanza sociale del fatto, nonché disporre le adeguate misure penali e adottare gli eventuali provvedimenti civili; l'art. 19, co. 2, secondo cui nel disporre le misure cautelari il giudice tiene conto, oltre che dei criteri indicati nell'articolo 275 cpp, dell'esigenza di non interrompere i processi educativi in atto; l'art. 28 secondo cui con l'ordinanza di sospensione del processo e messa alla prova il giudice affida il minore ai servizi minorili dell'amministrazione della giustizia per lo svolgimento, anche in collaborazione con i servizi locali, delle opportune attività di osservazione, trattamento e sostegno; l'art. 30 che prevede la sostituzione della pena detentiva non superiore a due anni con la sanzione della semidetenzione o della libertà controllata, tenuto conto della personalità e delle esigenze di lavoro o di studio del minore, nonché delle sue condizioni familiari, sociali e ambientali; l'art. 32, Co. 4, che dispone che, in caso di urgente necessità, lo stesso giudice del processo penale può, con separato decreto, adottare provvedimenti civili temporanei a protezione del minore.

¹¹⁴ Come nota V. SCALIA, *L'espulsione dello straniero alla prova dei diritti fondamentali*, in R. SICURELLA (a cura di), *Il controllo penale dell'immigrazione clandestina: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici*, cit., p. 334, il ruolo che i diritti fondamentali sono chiamati a svolgere è quello di «dimite all'uso dello strumento sanzionatorio da parte dello Stato» a garanzia dei diritti degli immigrati.

¹¹⁵ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 28 aprile 2011, causa C-61/11 PPU, *Hassen El Dridi*. Nel caso di specie, nei confronti del sig. El Dridi, cittadino di un paese terzo entrato irregolarmente in Italia, era stato emanato, nel 2004, un decreto di espulsione, sul cui fondamento è stato impartito, nel 2010, l'ordine di lasciare il territorio nazionale, in ragione della mancanza di documenti di identificazione, dell'indisponibilità di un mezzo di trasporto, nonché dell'impossibilità di ospitarlo in un centro di

*Achughbbabian*¹¹⁶, che, pur non considerando nello specifico la posizione dei minori, lanciano un chiaro monito circa la necessità di un attento equilibrio tra le esigenze di tutela proprie di una strategia di contrasto dell'immigrazione irregolare con le istanze garantistiche sottese ai diritti fondamentali riconosciuti anche ai "clandestini" (equilibrio che, prima ancora di essere eventualmente assicurato, laddove possibile, dai giudici in sede applicativa, dovrebbe trovare una meditata piena attuazione a livello normativo). Le soluzioni adottate dai giudici di Lussemburgo in tali pronunce appaiono in effetti in grado di incidere significativamente sui rapporti tra sovranità degli Stati e tutela degli stranieri, ponendo un "freno" alle derive irrazionali – tanto più evidenti laddove si tratti di minori – che talvolta caratterizzano le legislazioni nazionali in materia di trattamento degli stranieri irregolari¹¹⁷.

Non vi è dubbio infatti che la presa di posizione della Corte è destinata a vincolare – oltre che, ovviamente, il legislatore europeo – i legislatori nazionali, nel senso di un più radicale ripensamento della persona del migrante irregolare¹¹⁸, con inevitabili ripercussioni sulla condizione del minore straniero cui vanno riconosciuti *illico et immediate*, indipendentemente dal suo *status* giuridico, i diritti garantiti dalla Convenzione di New York. Solo tale visione garantista, in cui la tutela dei diritti fondamentali si pone quale asse portante dell'intero ordinamento, potrebbe, in effetti, portare, al risultato di posizionare il minore al centro di una politica migratoria, che non può impegnarsi in una sterile quanto impossibile lotta per la difesa del territorio nazionale, ma deve piuttosto muovere nella direzione di assicurare il rispetto del prevalente interesse del minore, oltre che la sua piena integrazione nel tessuto sociale.

permanenza temporanea. Non essendosi conformato a tale ordine, egli è stato condannato dal Tribunale di Trento ad un anno di reclusione per il delitto di cui all'art. 14, co. 5-ter, TU. La Corte d'appello di Trento, dinanzi alla quale è stata impugnata la sentenza di condanna, ha chiesto alla Corte di giustizia di accertare se l'incriminazione prevista dalla normativa italiana fosse o meno compatibile con gli artt. 15 e 16 della direttiva 2008/115/CE, i quali disciplinano presupposti, modalità e limiti del trattenimento dello straniero in appositi centri di permanenza temporanea durante la procedura amministrativa di rimpatrio. A tal proposito, la Corte, pur riconoscendo la competenza penale degli Stati membri in materia di immigrazione clandestina, ha tuttavia precisato che questi ultimi devono fare in modo che la propria legislazione rispetti il diritto dell'Unione, non potendo applicare una normativa, sia pure di diritto penale, tale da compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti da una direttiva; nel ragionamento della Corte, tale impostazione comporta che gli Stati membri non possono introdurre, al fine di ovviare all'insuccesso delle misure coercitive adottate per procedere all'allontanamento coattivo, una pena detentiva, quale quella prevista dall'art. 14, co. 5-ter, TU, solo perché un cittadino extracomunitario, scaduto il termine di cinque giorni per ottemperare all'ordine di allontanamento del questore, permanga irregolarmente nel territorio italiano. Sul punto, cfr. C. AMALFITANO, *La reclusione degli immigrati irregolari per violazione dell'ordine di allontanamento del questore non è compatibile con le prescrizioni della cd. direttiva rimpatri*, in *Cass. pen.*, 2011, n.7-8, p. 2786; A. DI MARTINO, R. RAFFAELLI, *La libertà di Bertoldo: «direttiva rimpatri» e diritto penale italiano*, in www.penalecontemporaneo.it; C. FAVILLI, *Il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore di fronte alla Corte di Giustizia*, in *DPP*, 2011, n. 7, p. 904; F. VIGANÒ, L. MASERA, *Addio articolo 14*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹¹⁶ Sentenza della Corte di giustizia (Grande Sezione) del 6 dicembre 2011, causa C-329/11, *Achughbbabian*. Nel caso di specie, la Corte di Appello di Parigi, con ordinanza del 29 giugno 2011, ha rimesso alla Corte la questione pregiudiziale in merito alla compatibilità con la direttiva rimpatri della pena detentiva, prevista dall'art. L. 621-1 CESEDA, a carico del cittadino di un paese terzo, in ragione della mera irregolarità del suo ingresso o soggiorno nel territorio francese. La Corte di giustizia, pur ribadendo il principio, affermato nella sentenza *El Dridi*, per cui la direttiva non vieta che il diritto di uno Stato membro qualifichi il soggiorno irregolare alla stregua di un reato, ha ritenuto che la possibilità di applicare una pena detentiva allo straniero nel corso della procedura di rimpatrio, in luogo delle misure coercitive previste dalla direttiva (che sono volte a superare gli ostacoli che si frappongono all'esecuzione della decisione di rimpatrio) costituisca una violazione del principio dell'effetto utile, comportando un ritardo nell'esecuzione del rimpatrio. Sul punto, cfr. L. D'AMBROSIO, *Se una notte d'inverno un...sans papiers. La Corte di giustizia dichiara il reato di ingresso e soggiorno irregolare conforme e non conforme alla «direttiva rimpatri»*, in www.penalecontemporaneo.it; M. LA ROSA, *Diritto penale e immigrazione clandestina in Francia: cui prodest?*, in www.penalecontemporaneo.it; R. RAFFAELLI, *Case note: the Achughbbabian case. The impact of the return directive on National criminal legislation*, in *DPC*, 2012, n. 1, p. 176; F. VIGANÒ, *L'incriminazione dell'ingresso e soggiorno irregolare dello straniero davanti alla Corte di giustizia UE*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹¹⁷ Concordano sulla necessità di ripartire da un'intelligente lettura di un sistema integrato di fonti costituzionali e sovranazionali nella dialettica tra prerogative dello Stato e diritti di libertà dell'individuo anche A. NATALE, C. RENOLDI, *La tutela dei diritti e i paradossi del diritto. La direttiva rimpatri, l'Italia e la libertà dei migranti*, in *QuestG*, 2011, n. 5, p. 21.

¹¹⁸ Un ripensamento di carattere generale della disciplina sull'ingresso e il soggiorno degli stranieri nel nostro Paese quale conseguenza della sentenza *El Dridi* è auspicato anche da B. NASCIBENE, *Immigrazione, Corte di Giustizia e norme nazionali*, in *CG*, 2011, n. 10, p. 1338, che sottolinea come, nonostante le modifiche poste in essere con la legge 129/2011 che ha "riscritto" i reati concernenti l'inosservanza di provvedimenti di espulsione, continuano tuttavia a non mancare profili di contrasto con la normativa europea. In senso critico sull'intervento "riparatore" del legislatore nazionale, cfr. anche L. FACCHINI, *Gli effetti della sentenza "El Dridi" della Corte di Giustizia sulla normativa italiana in materia di immigrazione*, in *Gpen*, 2012, p. 174; D. MANZIONE, *Extra-comunitari e legge penale: dalla "clandestinità" alla sentenza "El Dridi" e al d.l. 23.6.2011 n.89, ovvero di un singolare caso di eterogenesi dei fini*, in *Lpen*, 2011, n. 3-4, p. 627; G. MORGANTE, *Le relazioni pericolose tra diritto penale dell'immigrazione e fonti dell'Unione europea*, cit., p. 98; P. PISA, *Nuove norme penali in tema di immigrazione*, in *DPP*, 2011, n. 7, p. 804, secondo cui il legislatore italiano non ha saputo cogliere l'occasione rappresentata dal varo di nuove norme per procedere alla razionalizzazione di una materia sempre più confusa, confermando ancora una volta la scelta di fare ricorso alla sanzione penale quale principale strumento di contrasto dell'immigrazione irregolare.

8. Considerazioni conclusive

La mancata o superficiale considerazione della condizione giuridica dei minori stranieri nelle ultime riforme in materia di pubblica sicurezza impone all'interprete un'attenta rilettura e una coerente ricomposizione delle disposizioni normative della legge ordinaria nel quadro dei più generali principi di tutela del minore, che non solo sono sanciti da diverse fonti sovranazionali, ma che appartengono ai principi ispiratori della disciplina del minore dettata a tutti i livelli nel nostro ordinamento. In linea di principio, l'adeguata considerazione e conseguente attuazione del superiore interesse del minore dovrebbe guidare tutte le decisioni che coinvolgono, direttamente o indirettamente, i minori in ogni fase delle procedure che riguardano il fenomeno migratorio.

La tendenza del legislatore a considerare unitariamente la condizione degli stranieri irregolari pone l'interprete dinanzi alla necessità di un'analisi estremamente rigorosa dei tratti distintivi di ogni singola ipotesi, analisi finalizzata all'adozione di soluzioni in grado di esprimere l'inevitabile differenziazione delle situazioni concrete e la conseguente modulazione della risposta dell'ordinamento.

Ciò è necessario in quanto una politica del controllo sociale che voglia essere efficace deve riuscire a differenziare i suoi strumenti in relazione alle differenze ontologiche dei fenomeni sociali da controllare¹¹⁹. Solo sganciando la condizione giuridica del minore straniero da quella dell'adulto e tenendo conto delle peculiarità della condizione umana e soggettiva in cui egli si trova, si può dare piena attuazione ai diritti affermati a livello internazionale e costituzionale, garantendo al minore una protezione non legata alla cittadinanza, ma concepita come un diritto primario che da essa prescinde e che crea obblighi per lo Stato nel cui territorio il minore si trova. Del resto, se nei diritti di cittadinanza è sempre implicito un momento di discriminazione, vi sono altri diritti che non possono essere circoscritti ai soli cittadini ma che riguardano tutti gli uomini e al cui rispetto deve essere subordinata ogni disciplina sui flussi migratori¹²⁰.

Come ha riconosciuto la stessa Corte costituzionale, per quanto siano molteplici e rilevanti gli interessi pubblici che entrano in gioco nella disciplina dei flussi migratori e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e ordine pubblico a questi connessi, non possono risultare minimamente scalfiti i diritti inviolabili, i quali spettano ai singoli, non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani¹²¹. Allo stesso modo la Corte di giustizia, pur riconoscendo che gli Stati restano liberi di prevedere sanzioni, anche penali, al fine di «dissuadere gli stranieri dallo “stare” illegalmente sul territorio»¹²², garantendo loro un certo margine di discrezionalità in merito alla scelta degli strumenti delle politiche migratorie, ha tuttavia rigorosamente circoscritto il perimetro entro cui tale discrezionalità si esercita, con un'attenzione specifica – ben più evidente nelle sentenze *El Dridi* e *Achughbabian* che nella sentenza *Sagor*¹²³ – alle istanze di tutela degli immigrati.

¹¹⁹ Cfr. F. PALAZZO, *Sicurezza urbana ed immigrazione: illusioni e realtà della repressione penale*, in *DIC*, 2004, n. 1, p. 25.

¹²⁰ Cfr. M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, cit., p. 102.

¹²¹ Sentenza della Corte costituzionale del 10 aprile 2001, n. 105 con cui si rigetta la questione di legittimità costituzionale in relazione ai centri di permanenza per i clandestini, ma nello stesso tempo si precisa che, trattandosi di diritti che riguardano la libertà personale, è il giudice che deve sindacare la legittimità dell'espulsione. Particolarmente significativa è anche la sentenza della Corte costituzionale del 27 giugno 2000, n. 376, in *FI*, 2002, I, p. 355, con cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 19, co. 2, lett. d) TU nella parte in cui non estende il divieto di espulsione al marito convivente della donna in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio, facendo riferimento al diritto della famiglia alla più ampia protezione e assistenza, diritto che «non può non prescindere dalla condizione, di cittadini o di stranieri, dei genitori, trattandosi di diritti umani fondamentali, cui può derogarsi solo in presenza di specifiche e motivate esigenze volte alla tutela delle stesse regole della convivenza democratica». Per una ricostruzione della più risalente giurisprudenza costituzionale in tema di condizione dello straniero, cfr. G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, 2007, p. 120; E. GROSSO, *Straniero (status costituzionale dello)*, in *DigPub*, XV, Torino, 1999, p. 166.

¹²² CGUE, *El Dridi*, cit., par. 52.

¹²³ Nella sentenza *Sagor* un asciutto riferimento al diritto dello straniero compare soltanto nella seconda questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Rovigo, in particolare laddove il giudice del rinvio chiede «se, alla luce dei principi di leale cooperazione e di effetto utile delle direttive, gli articoli 2, 15 e 16 della direttiva 2008/115 (...) ostino alla possibilità che, successivamente all'emanazione di tale direttiva, uno Stato membro possa emettere una norma che prevede che un cittadino di un paese terzo, il cui soggiorno è irregolare per lo Stato membro, venga sanzionato con una pena pecuniaria sostituita dall'espulsione immediatamente eseguibile come sanzione penale senza il rispetto della procedura e dei diritti dello straniero previsti da detta direttiva».

Quella che sembra dunque emergere dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di giustizia è una tendenza, peraltro condivisa dalla Corte di Strasburgo¹²⁴, a valutare le misure adottate nei confronti degli stranieri alla luce di un nuovo concetto di nazionalità, inteso non più in senso formale come legame giuridico tra un individuo e lo Stato, bensì in senso sostanziale come appartenenza ad una determinata comunità in cui l'individuo è inserito e in cui ha sviluppato tutta una serie di rapporti personali e familiari.

A fronte del ruolo essenziale e fondante ormai generalmente riconosciuto alla dinamica dei diritti fondamentali, la contrapposizione tra una logica di esclusione, che caratterizza le recenti modifiche in tema di immigrazione, e una logica di inclusione¹²⁵, che appare contrapporsi alla prima (sebbene non sempre esplicitamente o senza ambiguità) negli interventi della Corte costituzionale, prima, e della Corte di giustizia, poi, non può che risolversi nel senso della netta prevalenza di quest'ultima, specie ove siano coinvolti minori, non potendo lo *jus civitatis* costituire il discrimine tra infanzia "protetta" e infanzia "negata"¹²⁶. Come espressamente affermato dalla Corte costituzionale in relazione a tali ipotesi, l'equo bilanciamento dei valori potenzialmente in conflitto deve in effetti condurre a una tendenziale prevalenza del valore di protezione della minore età rispetto a quelli di difesa del territorio e contenimento dei flussi migratori¹²⁷. Essendo la protezione dei minori un imperativo che prevale sulla tutela democratica delle frontiere dello Stato, non sono dunque ammesse limitazioni legate al loro *status* di migrante o di non accompagnato, o alla regolarità del titolo di soggiorno dei propri genitori, né risulta tantomeno ammissibile un trattamento giuridico "condizionato" da opzioni interpretative di "politica dell'immigrazione".

In tale prospettiva, significativi sviluppi sono da attendersi dalla quanto mai auspicabile attuazione del Piano d'Azione del 2010 sulla questione dei minori non accompagnati che entrano nel territorio dell'Unione europea, ove sono previsti *standards* adeguati di tutela, indipendentemente dal fatto che i minori siano richiedenti asilo, vittime di tratta o migranti illegali¹²⁸; in particolare, a fronte dei numerosi rapporti di organi e organizzazioni internazionali che denunciano le gravi condizioni in cui i minori non accompagnati vengono talvolta trattenuti in alcuni Stati membri, l'Unione europea è chiamata a individuare strutture di accoglienza rispondenti alle specifiche esigenze di tali soggetti, oltre che a elaborare garanzie procedurali adeguate – tra cui decisioni rapide nell'interesse superiore del minore –, mantenendo pur sempre l'impegno a rendere più efficiente la prevenzione dell'immigrazione irregolare e della tratta di esseri umani e a favorire la cooperazione con i paesi terzi.

A livello interno pressoché unanime è la sollecitazione ad una maggiore ponderazione del legislatore nella disciplina dei fenomeni connessi all'immigrazione, specie ove riguardino i minori, e un adeguamento delle relative prassi, nella direzione di una piena garanzia dei diritti riconosciuti dalla Convenzione sui diritti del fanciullo, affinché questi non rappresentino soltanto il limite esterno bensì si pongano quale componente indefettibile dell'esercizio della discrezionalità legislativa degli Stati in materia di immigrazione. L'inquadramento delle scelte del legislatore nazionale nel contesto del sistema di tutela delineato dalla Convenzione ONU, oltre a garantire una maggiore rispondenza delle soluzioni

¹²⁴ Per una ricostruzione della giurisprudenza europea in materia, cfr. M. DE SALVIA, *Nazionalità in senso formale e nazionalità in senso sostanziale nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in RIDU, 1995, n. 1, p. 9.

¹²⁵ In tal senso, cfr. M. PELISSERO, *Logiche di esclusione e di inclusione nella politica criminale sull'immigrazione*, cit.

¹²⁶ Cfr. C. F. AMMENDOLA, *La protezione dei minori richiedenti asilo e l'azione del Ministero dell'Interno: attuale disciplina e prospettive evolutive*, in *Gli Stranieri*, 2008, n. 1, p. 18.

¹²⁷ Sentenza della Corte costituzionale del 23 maggio 2003, n. 198, in *DIC*, 2003, n. 2, p. 152, sulla concedibilità del permesso di soggiorno ai minori stranieri sottoposti a tutela; ordinanza del 4 agosto 2003, n. 295, in *DIC*, 2003, p. 152, relativa alle impugnazioni nei confronti delle decisioni del Comitato per i minori stranieri; ordinanza 347/05, in *DIC*, 2005, p. 171, sull'applicabilità dell'adozione in casi particolari anche al minore straniero, in cui la Corte espressamente afferma che «le norme di protezione valide per il minore italiano non possono non valere per lo straniero». Nella medesima prospettiva si muove pure la Corte di Cassazione; in tal senso, cfr. Cass. civ., sez. I, 3 marzo 2008, n. 7472, in cui la Corte affronta la questione relativa alla rilevanza della *kafalah* di diritto islamico ai fini del ricongiungimento familiare *ex art. 29 TU*.

¹²⁸ Piano d'Azione adottato con la comunicazione COM(2010) 213 del 6 maggio 2010, seguito dall'adozione delle Conclusioni del Consiglio del 3-4 giugno 2010 che contengono, peraltro, spunti sulla condizione dei minori non accompagnati. Nel *mid-term report* del 28 settembre 2012, COM(2012) 554 final, relativo all'attuazione del Piano d'Azione, pur sottolineandosi il particolare impegno prestatosi dalla Commissione negli ultimi due anni, volto a garantire un ravvicinamento tra i vari strumenti legislativi, finanziari e politici relativi ai minori non accompagnati, si rileva che «developing a common EU approach to unaccompanied minors is an on-going and incremental process», che richiede ulteriori sforzi in termini di maggiore condivisione della conoscenza del fenomeno ed elaborazione e attuazione di misure legislative e non, ai fini di garantire un'adeguata protezione dei minori.

adottate agli *standards* sovranazionali di tutela dell'infanzia, assicurerebbe peraltro una più efficace gestione del fenomeno migratorio, nella prospettiva del temperamento al più alto livello delle esigenze di sicurezza con quella della assoluta garanzia offerta ai diritti fondamentali.

Nelle more di un tale necessario quanto complesso processo evolutivo, l'applicazione delle norme genericamente dettate per gli stranieri adulti deve avvenire in modo compatibile con l'interesse del fanciullo, secondo un'interpretazione "costituzionalmente orientata", condotta alla luce non solo di specifiche disposizioni costituzionali, quanto dello spirito complessivo del nostro testo costituzionale, peraltro costantemente esplicitato e concretizzato dalla Corte costituzionale nelle numerose sentenze con cui la stessa ha riconosciuto la prevalenza delle norme protettive di diritto minorile sulla disciplina di controllo dell'immigrazione.