



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PAVIA
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA

I MINORI STRANIERI NON ACCOMPAGNATI:
PROFILI COSTITUZIONALI

Relatore

Chiar.mo Prof. Francesco Rigano

Correlatore

Chiar.mo Dott. Giovanni Andrea Sacco

Candidata
Maria Ciana

Anno accademico 2016/2017

A papà

INDICE

INTRODUZIONE _____ pag.4

CAPITOLO 1: I MINORI SECONDO IL DIRITTO INTERNAZIONALE E EUROPEO

1. Le fonti internazionali, in particolare la Convenzione dell'ONU sui diritti del fanciullo di New York del 1989 _____ pag.7
2. La normativa europea in tema di minori stranieri _____ pag.13
3. Il superiore interesse del fanciullo nel quadro internazionale e europeo _____ pag.22
4. La particolare categoria dei minori stranieri non accompagnati nel diritto internazionale e dell'Unione europea _____ pag.28

CAPITOLO 2: MINORI DI ETÀ E COSTITUZIONE

1. Il minore e il suo *status* giuridico: la condizione di “debolezza” e il diritto all'ascolto _____ pag.31
2. La protezione dell'infanzia e della gioventù. Il superiore interesse del fanciullo _____ pag.37

3. Diritto alla registrazione _____ pag.41
4. Minore di età e famiglia: il diritto al mantenimento, all'istruzione e all'educazione _____ pag.42
5. Diritto all'istruzione come diritto individuale e relativo obbligo scolastico _____ pag.46
6. Lo statuto del minore lavoratore e la protezione dallo sfruttamento __ pag.49
7. Diritto alla salute e all'accesso ai servizi sanitari del minore _____ pag.53
8. Il minore e la giustizia _____ pag.55

CAPITOLO 3: I MINORI STRANIERI NEL DIRITTO ITALIANO

1. Gli stranieri nella Costituzione italiana _____ pag.57
2. Gli stranieri nella legislazione ordinaria _____ pag.62
3. Normativa italiana sui minori stranieri _____ pag.64
4. Il titolo di soggiorno _____ pag.68
5. Il diritto all'abitazione _____ pag.75
6. Il diritto alla salute _____ pag.79
7. Il diritto all'istruzione _____ pag.83
8. Minori e giustizia penale: il minore straniero come soggetto attivo... _____ pag.88
9. ... e come soggetto passivo _____ pag.91

CAPITOLO 4: I MINORI STRANIERI NON ACCOMPAGNATI

1. Premessa	pag.93
2. Un fenomeno crescente	pag.94
3. Definizione di MSNA e ingresso nel territorio nazionale	pag.98
4. Accoglienza e trattamento dei minori	pag.102
5. La richiesta di protezione internazionale	pag.110
6. L'accertamento sull'età	pag.112
7. Il diritto all'unità familiare: ricongiungimento familiare e richiesta di permesso di soggiorno per motivi familiari	pag.119
8. Il Comitato dei minori stranieri	pag.125
9. Le indagini nel paese d'origine e il rimpatrio assistito	pag.129
10. La scelta tra accoglienza e rimpatrio	pag.133
11. Espulsione e respingimento del minore	pag.135
12. Tutela e affidamento del minore straniero non accompagnato	pag.138
CONCLUSIONI	pag.144
BIBLIOGRAFIA	pag.154

INTRODUZIONE

Negli ultimi decenni il fenomeno migratorio è diventato materia di disciplina sia a livello nazionale, che a livello europeo e internazionale. Quest'ultima tipologia di fonti non è direttamente applicabile (tranne i casi di normative *self-executing*), ma prevede che siano gli Stati stessi ad emanare apposite leggi: questo permette agli Stati di creare, a loro volta, nuove disposizioni in materia di flussi migratori.

La combinazione di più fonti spesso rischia di creare incertezze, soprattutto quando vi sia contrasto tra le varie leggi: è partendo da questo presupposto che deve svolgersi l'analisi dello *status* dei minori stranieri non accompagnati.

La materia dei minori stranieri non accompagnati è complessa, appunto, perché esistono molteplici disposizioni, disorganiche e alcune contrastanti tra loro.

Il legislatore ha affrontato solo di recente questo problema: la legge n. 47 del 21 aprile 2017 (Legge “Zampa”), entrata in vigore il 6 maggio del corrente anno, raccoglie in un unico testo la normativa in questione con la finalità di rendere organico il sistema nazionale e cerca di definirlo in senso di protezione e accoglienza per questa categoria di soggetti, rafforzando gli istituti di tutela garantiti dall'ordinamento per il minore.

Nonostante questa legge riordini la disciplina, è necessario ricostruire le pratiche e le procedure attraverso cui si definisce minore straniero e questo comporta un passaggio preliminare dei termini che compongono l'identità: chi è minore e chi è straniero. In altre parole il trattamento giuridico di questi soggetti è il frutto dell'intersecazione di legislazioni di segno opposto: la disciplina relativa ai minori, segnata dal principio di protezione, e la disciplina sugli stranieri, volta ad assicurare la protezione della pubblica sicurezza, controllo e difesa del territorio.

Nello specifico, il capitolo 1 tratta la normativa internazionale ed europea: partendo dall'analisi della Convenzione di New York del 1989, si passa a vedere nello specifico quale sia la normativa a livello europeo. Nell'analizzare queste

fonti, viene sottolineata l'importanza del *best interests of the child* e del diritto all'ascolto, esigenze di tutela collegate tra loro. Il primo viene utilizzato come criterio interpretativo, ponendosi anche come “linea guida” rispetto ai provvedimenti amministrativi e giudiziari, in tutte le controversie concernenti i minori: è proprio in questo contesto che viene in risalto il diritto all'ascolto del minore. In altre parole, l'audizione del minore è lo strumento principale in mano al giudice per individuare nel caso concreto quale sia il suo superiore interesse.

Il capitolo 2 si occupa del minore alla luce della Costituzione: viene descritta la condizione di intrinseca “debolezza” che lo caratterizza in quanto personalità in divenire, il rapporto con la famiglia, i diritti di cui è titolare e la sua posizione particolare nei confronti della giustizia. Anche in questo caso emerge la centralità del principio del superiore interesse del minore e il diritto all'ascolto, soprattutto in riferimento all'obbligo, da parte dello Stato, di proteggere infanzia e gioventù (art.31 comma 2 Costituzione).

Nel capitolo 3 è descritta la situazione dei minori stranieri nel diritto italiano: in *primis* l'analisi verte sulla posizione degli stranieri in generale nella nostra Carta fondamentale, poi si analizza la situazione giuridica dei minori stranieri. In particolare deve essere analizzata la normativa del T.U immigrazione, che contiene appositi articoli relativi ai minori stranieri, in riferimento a diversi aspetti, come ad esempio il permesso di soggiorno e il divieto di espulsione di questi soggetti: la legge “Zampa” modifica numerose di queste disposizioni.

Il 4 e ultimo capitolo verte sui minori stranieri non accompagnati: la disciplina deve essere analizzata nell'ottica della recente legge 7 aprile 2017, n.47, recante «Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati». La legge indica una svolta in materia, raccogliendo in un unico testo tutta la disciplina: è la prima volta che la materia viene regolata (primato, tra

l'altro, europeo), garantendo organicità a livello nazionale. Le novità principali riguardano la protezione e il rafforzamento delle garanzie a tutela dei minori non accompagnati. Le disposizioni si applicano ai minorenni non aventi cittadinanza italiana o dell'Unione europea che siano privi di rappresentanza genitoriale (o di altri adulti responsabili in base alla normativa interna) e che si trovino per qualsiasi motivo sul nostro territorio.

CAPITOLO 1

I MINORI SECONDO IL DIRITTO INTERNAZIONALE E EUROPEO

1. Le fonti internazionali, in particolare la Convenzione dell'ONU sui diritti del fanciullo di New York del 1989

Le norme di diritto internazionale in tema di trattamento degli stranieri, ivi comprese quelle più specifiche sui migranti, hanno subito negli anni notevoli cambiamenti, dovuti in gran parte al forte impatto che ha esercitato la tutela dei diritti umani sulla disciplina. Questo comporta l'espansione delle norme sui diritti umani, con la conseguente sostituzione graduale delle norme relative agli stranieri, che tendono a rimanere residuali.¹

I diritti umani spettano a tutte le persone, indipendentemente dalla loro condizione giuridica: gli individui non li acquisiscono perché sono cittadini o sulla base di uno *status* particolare. Nessuno può essere privato dei propri diritti umani perché ha fatto ingresso ovvero si è trattenuto in un Paese contravvenendo alla normativa nazionale sull'immigrazione: si crea così il principio dell'universalità dei diritti umani ed è partendo da questo principio che si ha una sostituzione graduale della normativa relativa agli stranieri, altrimenti fortemente restrittiva. Nella prassi però questi soggetti hanno difficoltà nel rivendicare la titolarità dei diritti dato che la legislazione delle varie nazioni non offre istituti adatti alla loro tutela.

In altre parole, sono titolari di tutti i diritti umani, ma non hanno gli strumenti per tutelarsi.²

1 Cfr. C.Foccarelli, *Lezioni di diritto internazionale*, Padova 2008, pag.326.

2 Cfr. Gruppo Mondiale sulla Migrazione – Global Migration Group (GMG), *Comunicazione sui diritti umani dei migranti in situazione irregolare*, 30 settembre 2010, in www.globalmigrationgroup.org. Il GMG è un gruppo di agenzie che riunisce svariate organizzazioni e istituzioni, tra cui l'Ufficio Internazionale del Lavoro, l'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni, l'Ufficio dell'Alto Commissario per i Diritti Umani delle Nazioni Unite.

I minori stranieri, e più in generale i minori, rappresentano una categoria particolarmente delicata, ragione per cui la normativa internazionale dedica loro molteplici convenzioni e un particolare trattamento rispetto alla generalità dei soggetti.

Il complesso di tutte queste disposizioni sono volte alla medesima finalità, cioè prevedere una tutela speciale per i minori, che sia supplementare rispetto alla protezione riservata agli individui in quanto tali, data la mancanza di maturità fisica e intellettuale dovuta alla minore età.

La comunità internazionale si è sensibilizzata nel tempo nell'evidenziare che il soggetto in formazione ha diritti che gli ordinamenti interni hanno l'obbligo non solo di riconoscere, ma anche di garantire e promuovere. Può garantire e promuovere questi diritti con due modalità: tramite la giurisprudenza, attraverso dichiarazioni di principio enunciando i fondamentali diritti umani riconosciuti all'uomo e al cittadino, e tramite accordi internazionali, quali Patti o Convenzioni tra stati, con finalità di tutela e protezione del minore.

Per questo fine il diritto internazionale ha utilizzato fonti dette di *hard law*, contendenti diritti fondamentali, cioè norme con vincoli solidali che riguardano tutti gli Stati firmatari.

La normativa più rilevante per la materia in argomento è la Convenzione sui diritti del fanciullo, approvata a New York il 20 novembre 1989, con risoluzione 44/25 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ed entrata in vigore il 2 settembre del 1990: è il documento internazionale maggiormente ratificato (lo hanno fatto tutti i paesi del mondo, ad eccezione di Stati Uniti e Somalia). Questa Carta obbliga gli Stati a uniformare la propria disciplina con le disposizioni in essa contenute e allo stesso tempo è rappresentativa del riconoscimento, ad opera della comunità internazionale, della situazione di particolare vulnerabilità del minore e della conseguente necessità di strumenti appositi per la loro protezione.

Le Nazioni Unite hanno sempre tutelato i minori in modo specifico, la stessa

Convenzione di New York sviluppa i principi enunciati in diversi documenti³, tra cui, tra i primi in ordine cronologico, la Dichiarazione di Ginevra del 1924 e i vari Statuti delle Istituzioni specializzate e delle Organizzazioni internazionali che tutelano gli interessi del minore.⁴

Il contenuto del documento in esame è fortemente innovativo, considerando il minore non solo soggetto da tutelare a causa della sua vulnerabilità, ma anche come individuo in possesso di tutti i diritti fondamentali. Infatti è stato il primo strumento di tutela internazionale a sancire per i bambini diverse tipologie di diritti umani: economici, civili, politici, sociali e culturali. La Convenzione «compie una “rivoluzione culturale” riconoscendo il minore non soltanto come oggetto di tutela e assistenza, ma anche come soggetto di diritto, e quindi titolare di diritti in prima persona».⁵

Con riguardo alla posizione di “debolezza”, nel preambolo si trovano dichiarazioni generali tra le quali spiccano quella per cui i minori hanno diritto ad assistenza specializzata e quella secondo cui la famiglia è l'unità fondamentale della società e l'ambiente naturale per la crescita dei bambini.

Lo Stato che ha ratificato la Convenzione ha l'obbligo di applicarla a tutti i fanciulli che si trovano sul suo territorio, anche se non in modo stabile e prescindendo dal fatto che essi abbiano un valido titolo per soggiornarvi. In altre parole, le garanzie devono essere assicurate non solo ai propri cittadini, ma a tutti i minori che si trovano sotto la sua giurisdizione, indipendentemente dalla regolarità di soggiorno.⁶

3 Un esempio importante è il Patto internazionale sui diritti dell'uomo, un trattato delle Nazioni unite, riguardante i diritti economici, sociali e culturali di ogni persona, firmato nel 1966.

4 Fra le più importanti a livello internazionale l'Unicef, Fondo delle Nazioni Unite per l'Infanzia, una struttura specializzata per l'infanzia, fondata dall'Onu nel 1945 e che dal 1953 è diventata un'organizzazione internazionale permanente.

5 Cfr. Rapporto di monitoraggio della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza in Italia, dicembre 2004, in www.gruppocrc.net.

6 Cfr. C.Di Paolo, *Spunti critici in tema di effettività della Convenzione per i diritti del fanciullo nell'ordinamento italiano*, (5 settembre 1991), in <http://d7.inicam.it/afg/node/13>, 1991.

Il trattato specifica cosa si intenda per fanciullo, identificandolo come ogni essere umano avente un'età inferiore a diciott'anni, salvo che abbia raggiunto prima la maturità in virtù della legislazione applicabile.⁷

La convenzione conta 54 articoli ed è suddivisa in un preambolo e tre parti: la prima parte (artt.1-41) contiene l'enunciazione dei diritti, la seconda (artt.42-45) individua gli organismi preposti e le modalità per l'implementazione e il monitoraggio della Convenzione stessa, e la terza (artt. 46-54) descrive la procedura di ratifica. Riconosce una serie di diritti, tra cui il diritto alla vita, al nome, alla cittadinanza, alla salute, alla tutela dallo sfruttamento, alla libertà di pensiero, di coscienza, di religione.

All'interno di tutta questa elencazione di diritti, si possono individuare quattro principi generali, che sono considerati trasversali a tutti i principi espressi dalla Carta stessa ed in grado di dare un orientamento ai diversi Stati per la sua attuazione. Questi principi sono:

1. il principio di non discriminazione (art.2);
2. il principio del superiore interesse del minore (art.3);
3. il diritto alla vita, alla sopravvivenza, allo sviluppo (art.6);
4. il diritto alla partecipazione e rispetto per l'opinione del minore (art.12).⁸

La combinazione di questi quattro principi comporta che tutti i diritti sanciti nella CRC⁹ devono essere applicati senza discriminazione di razza, sesso, colore, religione, lingua, opinione politica, origine nazionale, etnica, sociale, situazione finanziaria, incapacità e qualsiasi altra circostanza; in tutte le decisioni occorre tener conto dell'interesse superiore del fanciullo, a tal fine il minore ha diritto a essere ascoltato e la sua opinione deve essere presa in considerazione: l'articolo 12 al comma 2 prevede che i minori debbano essere ascoltati in ogni procedura

7 Art.1 « Si intende fanciullo ogni essere umano avente un'età inferiore a diciott'anni».

8 Cfr. Rapporti per il monitoraggio dell'attuazione della convenzione.

9 CRC (Convention on the Rights of the Child) è l'acronimo utilizzato a livello internazionale per indicare la convenzione di New York del 1989.

giudiziaria o amministrativa che li riguarda, direttamente o tramite un rappresentante.

Gli Stati firmatari hanno l'obbligo di rispettare i diritti del minore, preservando la sua identità in tutti gli aspetti, assicurandogli un'adeguata protezione in caso di privazione degli elementi costitutivi la sua personalità.

Inoltre gode di qualcosa che va oltre al diritto alla vita: gli viene garantito anche il diritto alla sopravvivenza e allo sviluppo.¹⁰

L'art.7 sancisce il diritto al nome: si precisa che gli Stati devono registrare repentinamente il fanciullo dopo la nascita e devono rispettare, oltre al diritto al nome, quelli di acquisire una cittadinanza e, nella misura del possibile, conoscere ed essere cresciuto dai sui genitori.

Il successivo articolo prevede il rispetto a preservare l'identità e la nazionalità del fanciullo e nel caso ne sia illegalmente privato, devono assicurargli adeguata assistenza e protezione.

In base all'art.22 poi gli Stati devono adottare misure adeguate affinché il minore che ne abbia bisogno possa adottare lo *status* di rifugiato e possa beneficiare della protezione e assistenza umanitaria concessa dalla convenzione stessa. Al comma 2 inoltre è prevista una collaborazione degli Stati per i fini previsti dalle Nazioni Unite e dalle varie organizzazioni internazionali, soprattutto per il ricongiungimento familiare.

Dagli articoli sopra indicati si evince che in capo agli Stati esistono degli obblighi positivi, che consistono nell'adozione di misure necessarie per garantire l'effettivo accesso a risorse o determinati servizi, e nell'istituzione di un effettivo funzionamento di organi che vigilino e reagiscano ad eventuali violazioni dei diritti tutelati dalla Convenzione. I soli obblighi negativi presenti stabiliscono che gli Stati non devono adottare misure che possano privare i minori del godimento

¹⁰ Come specificato dal primo rapporto per il monitoraggio dell'attuazione della Convenzione, 2004-2005.

dei diritti sanciti o dall'interferire con il loro esercizio

Il legislatore italiano per la ratifica, avvenuta in 5 settembre 1991, non ha ritenuto necessario la formazione di norme *ad hoc*, ma ha considerato le disposizioni in questione *self-executing*, cioè direttamente applicabili e produttive di effetti diretti, dunque non ha ritenuto necessario emanare delle disposizioni interne per integrare la materia. Se per le disposizioni precise non sussiste alcun problema di applicazione della normativa, l'applicazione delle disposizioni di carattere più generale ha aperto la strada ad affermazioni come quella che, richiamando la Convenzione di New York, si esprime come se la stessa contenesse «previsioni che hanno carattere generale e sono dirette verso le parti dello strumento internazionale» e che quindi non abbia una ricaduta nella sfera giuridica individuale attraverso l'ausilio dello strumento processuale.¹¹

Questa situazione è attenuata dalla presenza di un comitato per il monitoraggio dell'attuazione della convenzione¹², che annualmente redige testi con le linee guida per l'applicazione delle norme della carta, anche in base alle necessità del momento, cercando quindi di attualizzare la convenzione. Le varie guide si propongono di presentare il percorso intrapreso dal Gruppo di Lavoro per la CRC in Italia, avendo come destinatari però non solo i giuristi, ma tutte le realtà e gli organi che si prefiggono di aiutare e assistere i minori.

Un altro contesto in cui nel tempo si è discusso dei diritti dei minori è la Conferenza di diritto internazionale privato dell'Aja.

Grazie a questa Conferenza sono stati emanati diversi trattati che si occupano della tutela dei minori: la Convenzione sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile alla protezione dei minori del 1961, la Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori del 1980, la Convenzione sulla

11 Cfr. Corte di Cassazione sentenza del 3 aprile 2003 n.5115

12 Il Gruppo di Lavoro per la Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (Gruppo di Lavoro per la CRC) si è costituito nel dicembre 2000 con l'obiettivo principale di preparare un rapporto sulla condizione dell'infanzia in Italia, supplementare a quello presentato dal Governo italiano, da sottoporre al Comitato ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza.

protezione dei minori e cooperazione per l'adozione internazionale del 1993 e la convenzione sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori. In particolare quella del 1996 si compone di 63 articoli ed è volta a introdurre elementi di maggior certezza e definizione nel campo della tutela dei minori, soprattutto in riferimento all'autorità giuridica competente a provvedere alla protezione sia della persone, che dei beni del minore, nel caso in cui quest'ultimo si trovasse in un Paese diverso dal proprio. Indica come criterio principale per l'individuazione dell'autorità competente e della legge da applicare il luogo della residenza abituale. Inoltre le misure di protezione dichiarate dallo Stato di origine, se esecutive, devono essere eseguite nello Stato di residenza del minore come se fossero state emanate dallo Stato stesso.

Il principio fondamentale di tutta la convenzione è quello del *best interests of the child*, che deve sempre prevalere a prescindere della nazionalità e rispetto alla legislazione del paese di residenza del fanciullo.¹³

Possono aderire alla Convenzione solo gli Stati sovrani e non anche le organizzazioni territoriali.¹⁴

2. La normativa europea in tema di minori stranieri

A livello europeo il documento a cui fare riferimento è la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), ratificata in Italia con la legge 4 agosto del 1955, n. 848.

La Carta non affronta in modo separato il problema della tutela dei minori, ma contiene disposizioni da cui si può ricavare una speciale tutela per questi soggetti.

13 Cfr. Onu, Convenzione sui diritti dell'infanzia, art.3.1. In ogni caso il principio del superiore interesse del minore è presente in tutti i trattati che hanno come soggetto tutelato il fanciullo.

14 Cfr. F.Albano, *La tutela dei minori stranieri*, in A.Macrillò (a cura di), *Il diritto degli stranieri*, Padova 2014, pag.388.

Ad integrare queste disposizioni esistono il Trattato sull'Unione europea, che impone all'Unione l'obbligo di promuovere la protezione dei diritti del minore, le varie direttive e i regolamenti, che definiscono ulteriormente e in modo specifico i diritti ad essi spettanti.

Gli articoli della CEDU da tenere in considerazione in questo ambito sono l'art.3, riguardante il divieto assoluto di tortura e trattamenti inumani; l'art. 5, che nel proclamare il diritto di ogni persona «alla libertà e alla sicurezza», legittima la privazione della libertà nei confronti di un minore, quando sia stata decisa per sorvegliare la sua educazione; l'art.8 che affermando il diritto di ogni persona al rispetto della vita privata e familiare, ne prevede la limitazione ad opera dell'autorità pubblica a «protezione dei diritti e delle libertà altrui», senza citare, però direttamente i diritti di bambini e adolescenti; l'art.2 del Protocollo sul diritto d'istruzione e sul diritto dei genitori di provvedere all'educazione dei figli nel rispetto delle credenze religiose e filosofiche familiari.

Passando ad esaminare in modo più specifico il contenuto di questi articoli, all'art.3 il minore viene citato in riferimento a obblighi positivi di protezione dei soggetti vulnerabili. Questi obblighi positivi sono posti al fine di prevenire violazioni dello stesso articolo, quindi per evitare tortura e trattamenti disumani, nei confronti di tutti i soggetti vulnerabili tra cui, appunto, il bambino. La Corte ha specificato in particolar modo che sussiste un obbligo particolare di assistenza per questi soggetti, prevedendo controlli assai stringenti verso la categoria in questione.¹⁵

L'art.5, parlando di libertà e sicurezza, afferma che il minore può essere detenuto solo in due ipotesi: al fine di sorvegliare l'educazione del minore e per tradurre il minore dinnanzi all'autorità competente. Il provvedimento può essere adottato da un'autorità amministrativa ovvero dall'organo giurisdizionale. Con questo

¹⁵ Cfr. P.Pustorino, *Art.3 Proibizione della tortura*, in S.Bartole, P.De Sena, V.Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova 2012, pag.73

provvedimento il minore viene ristretto nella sua libertà personale per il suo interesse, anche senza che vi sia commissione di reato. La limitazione di libertà deve essere necessaria per conseguire la finalità della norma, quindi la detenzione non viola l'art.5 a condizione che sia seguita repentinamente da un regime tale da garantire un'educazione sorvegliata. La supervisione educativa non deve necessariamente essere ricondotta all'insegnamento in classe, ma abbraccia tutti gli aspetti della responsabilità genitoriale in senso stretto.

In riferimento alla traduzione del minore dinnanzi all'autorità competente, emerge dai lavori preparatori come si tratti di traduzione non tanto e non solo sulla base di un'accusa penale, ma anche per assicurare l'allontanamento da quartieri pericolosi, al fine di prevenire l'adesione a criminalità organizzata.¹⁶

L'art. 8 affronta il tema della vita privata e familiare. Quest'ultima include le relazioni fondate sul dato biologico, le relazioni giuridicamente istituzionali e la famiglia in senso sociale, facendo dipendere quindi l'esistenza di una vita familiare dall'esistenza di legami personali "stretti".

Per quanto concerne i minori, la Corte si è fatta promotrice della tutela della filiazione, in nome dell'interesse del minore, dell'uguaglianza tra filiazione fondata sul matrimonio e quella fuori dalla famiglia "tradizionale". Nel farlo, ha sempre censurato le disposizioni che non garantissero l'uguaglianza tra filiazione legittima e naturale. Altri profili su cui ha sviluppato la propria giurisprudenza in riferimento all'art.8 sono stati la tutela della filiazione adottiva, il cognome familiare, la tutela del minore in caso di crisi della coppia, il riconoscimento degli *status* personali e familiari, sempre volta a difendere l'interesse superiore del fanciullo.

Per quanto riguarda poi la tematica che stiamo affrontando, l'art.8 non garantisce il diritto di entrare e risiedere in un Paese diverso da quello di cui si è cittadini, ma

16 Sull'art.5 CEDU, M. Gianluz, *Art.5 Diritto alla libertà e alla sicurezza*, in S.Bartole, P.De Sena, V.Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., pag.129-131

i provvedimenti relativi all'ingresso, al soggiorno e all'espulsione possono incidere sui diritti in esso tutelati. La conseguenza è che il rispetto di questi diritti possono imporre obblighi negativi nei confronti dello Stato, che si traducono in divieto di espulsione, ovvero obblighi positivi, quando vi è richiesta di consentire ad un soggetto di entrare e risiedere stabilmente nel territorio, soprattutto in riferimento alla tematica del ricongiungimento familiare. In ogni caso la Corte lascia un certo margine di apprezzamento nazionale, imponendo di trovare un giusto bilanciamento tra garanzia del diritto individuale e esigenze di controllo del flusso migratorio, esigenza che è vincolata anche dal principio di non discriminazione. In assenza di pericolo per l'ordine pubblico, la giurisprudenza europea si è comunque dimostrata più incline ad accordare tutela all'obiettivo dell'unità familiare quando il caso riguarda il ricongiungimento del figlio minore lasciato nel Paese d'origine, ovvero il mantenimento dell'unità familiare con esso nel Paese di accoglienza. Il ricongiungimento a favore dei figli impone di tenere conto dell'età degli interessati e del loro bisogno di cure parentali, della dipendenza dai genitori e della situazione nel Paese di origine.¹⁷

In ultimo, l'art.2 del Protocollo contiene una pluralità di diritti distinguibili tra loro. Il primo è il diritto all'istruzione, non riconosciuto come un e vero e proprio diritto sociale all'istruzione, ma piuttosto come libertà individuale.

Accanto a questo diritto, vengono garantiti il diritto all'educazione dei propri figli e il diritto alla tutela del rispetto delle proprie convinzioni relative all'educazione e all'insegnamento da parte dello Stato in tutti gli ambiti in cui quest'ultimo svolge delle funzioni: ne deriva un obbligo incombente sullo Stato nei confronti dei genitori, da realizzare in particolare nel sistema scolastico.¹⁸

17 Sull'art.8 CEDU, L.Tomasi, *Art.8 Diritto al rispetto e alla vita privata familiare*, in S.Bartole, P.De Sena, V.Zagrebel'sky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., pag.334-349.

18 L'articolo non è stato inserito nella Convenzione in senso stretto, ma nel protocollo perché non è stato possibile raggiungere un accordo sul testo. Cfr. J.Woelk, *Art. 2 Protocollo 1*, in S.Bartole, P.De Sena, V.Zagrebel'sky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea*

Non mancano poi altri riferimenti alla posizione dei minori in molteplici articoli della CEDU, quale ad esempio l'art.4 che, nel disciplinare le vecchie e nuove forme di schiavitù, evidenzia la posizione di debolezza di questi soggetti.

Un ruolo decisivo viene svolto dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo¹⁹, che conferma e sviluppa tutti i principi e le disposizioni inserite nelle varie carte dell'Unione: le sue decisioni sono quindi le principali fonti per la tutela minorile.²⁰

La Corte ha sviluppato un ampio corpo giurisprudenziale in materia dei diritti dei minori, facendo spesso riferimento anche alla Convenzione di New York del 1989. Nella prassi esamina i ricorsi caso per caso e di conseguenza non è esaustiva nel panorama dei diritti del fanciullo.

In ambito giurisdizionale è previsto, come nella CRC, il diritto del soggetto di esprimere la propria opinione in tutti i procedimenti in cui è coinvolto, prevedendo oltretutto il diritto del minore di essere ascoltato e informato nei procedimenti che lo riguardano.

La CEDU affianca al diritto di esser informato la necessità per il bambino di farsi aiutare da una figura che possa dare efficace espressione di tale diritto. Tale figura può essere o un singolo individuo o un organismo, convenientemente scelti in base a specifiche competenze, per dare efficace espressione a tale diritto.

Questa figura, che si identifica nel rappresentate, deve svolgere svariati compiti, tra cui, per menzionare i più rilevanti, fornire al minore le informazioni che gli sono necessarie, spiegargli quale tipo di conseguenze possono avere i suoi atti e farsi portavoce delle opinioni del minore presso il giudice.²¹

La figura del rappresentante è un punto cruciale per l'esercizio dei diritti dei

dei diritti dell'uomo, cit., pag.822-823

19 Corte EDU, istituita con la Convenzione di Roma per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali nel 1950; è il sistema più avanzato per la tutela dei diritti umani in campo internazionale essendo un organo con funzioni pienamente giurisdizionali e dunque vincolanti.

20 Gran parte della giurisprudenza europea deriva da controversie avviate da genitori o tutori dei minori, in considerazione della limitata capacità giuridica di questi.

21 Cfr. D.Bardoni, *I minori e la loro tutela*, Roma 2016 pag. 11-13.

minori: attribuire un diritto senza che sia assicurata tutela processuale per il suo esercizio crea il problema di effettività del diritto stesso. In particolare il Consiglio d'Europa, in data 25 gennaio 1996, ha avuto il merito di porre all'attenzione delle autorità pubbliche la questione dei diritti dell'esercizio dei diritti dei minorenni, parlando per la prima volta di un'eventuale capacità di agire giudiziaria di questi soggetti.

All'interno del diritto dell'UE non esiste una definizione formale di minore e questa può variare a seconda del contesto normativo.²² Nonostante non venga individuata una definizione generale di minore, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, all'art.1, obbliga gli Stati a riconoscere i diritti della carta a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizionale, locuzione indicante quindi anche i minori di anni 18.

Recentemente i diritti dei minori sono trattati all'interno di un programma coordinato sulla base di tre importanti punti di riferimento: l'introduzione della CEDU, l'entrata in vigore del trattato di Lisbona del 2009 e l'adozione della comunicazione della commissione europea di «riservare ai minori un posto speciale nella politica interna dell'Unione» e degli orientamenti del Consiglio UE in materia di tutela e promozione dei diritti del fanciullo. Le prime due carte hanno valore giuridico: con il trattato di Lisbona è stata conferita alla CEDU la stessa valenza giuridica dei trattati. Inoltre la Carta di Lisbona ha introdotto molti cambiamenti istituzionali, rafforzando i poteri dell'UE.²³

Le comunicazioni e gli orientamenti invece hanno una valenza maggiormente politica, volta a una strategia più globale di lotta contro la povertà e l'esclusione

22 Per esempio la disciplina del lavoro negli stati membri dell'Unione differenzia il giovane, termine utilizzato per indicare in modo generale tutte le persone di età inferiore agli anni 18, adolescenti, cioè ogni giovane di età inferiore agli anni 15, e infine bambini, ossia tutti i giovani che non hanno ancora compiuto i 15 anni. Per altre materie, quali ad esempio l'istruzione, l'UE rimanda alle normative nazionali interne.

23 Ad esempio con la direttiva 2011/93/UE si è rafforzata la prevenzione e repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, con un occhio di riguardo nella stessa direttiva per le vittime di minore età.

sociale attraverso interventi di integrazione fin dall'infanzia.²⁴

Vanno citati inoltre per la loro rilevanza giuridica, altri trattati adottati all'interno di questo progetto di tutela del minore:

- la Convenzione europea sullo statuto giuridico dei figli nati fuori dal matrimonio;
- la Convenzione sull'esercizio dei diritti dei minori;
- la Convenzione sull'adozione dei minori;
- la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione dei minori scontro lo sfruttamento e l'abuso sessuale (nota con il nome di Convenzione di Lanzarote).

L'Ue comunque può legiferare solo quando le sia stata conferita competenza e con riguardo ai minori va determinata caso per caso.

Per ora gli ambiti individuati sono la tutela e protezione dei consumatori, asilo e immigrazione, cooperazione in materia civile e penale.

Per quanto riguarda sempre la tutela dei diritti umani, un ruolo preminente è svolto dalla Carta sociale europea, che sancisce la tutela dei diritti sociali, prevedendo delle disposizioni specifiche per i minori.

All'art.7 si stabilisce l'obbligo di protezione del minore dallo sfruttamento economico. L'art.17 stabilisce che gli Stati devono prendere le misure necessarie e appropriate per garantire ai fanciulli tutte le cure, l'assistenza, l'istruzione e la formazione di cui hanno bisogno e devono inoltre proteggere i bambini e gli adolescenti dalla violenza e sfruttamento, assicurando loro una protezione.²⁵

Per controllare l'applicazione della Carta è stato istituito il comitato europeo dei diritti sociali (CEDS), formato da esperti indipendenti che valutano la conformità

24 A livello politico è importante rilevare che nel 2006 è stato avviato il programma “*Costruire l'Europa per i bambini e le bambine*”, un piano trasversale volto a fronteggiare questioni riguardanti i diritti dell'infanzia.

25 Cfr. Council of Europe-European agency for fundamental rights, *Manuale di diritto europeo in materia di diritti dell'infanzia e dell'adolescenza*, Lussemburgo 2015.

del diritto e delle prassi nazionali attraverso procedure di reclami collettivi oppure all'interno di una procedura nazionale di presentazioni delle relazioni.²⁶

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, proclamata a Nizza nel dicembre 2000 riprende in un unico testo, per la prima volta nella storia dell'Unione europea, i diritti civili, politici, economici e sociali dei cittadini europei nonché di tutte le persone che vivono sul territorio dell'Unione.²⁷

La Carta riprende e fa riferimento alla CRC, quindi non apporta notevoli novità nel panorama dei diritti minorili.

All'interno di questa carta vi sono norme più strettamente riguardanti i minori.

L'art.7, affermando che ogni persona è titolare del diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni, è direttamente ispirato all'art.8 CEDU. La portata e il significato di questi due articoli infatti è identica. Le limitazioni che possono essere legittimamente apportate sono pertanto quelle dell'articolo di ispirazione.

L'art.14 disciplina il diritto all'istruzione. Anche questa norma prende spunto dalla CEDU, in particolare dall'art.2 protocollo addizionale, e sancisce il diritto all'istruzione e all'accesso alla formazione professionale e continua di ogni persona. L'articolo del protocollo è stato preso in riferimento per allargare l'ambito di applicazione del diritto all'istruzione: non solo per l'istruzione scolastica ordinaria, ma anche alla formazione professionale e continua; inoltre aggiunge il principio della gratuità dell'istruzione obbligatoria. Ciò non significa che non possano esserci forme di istruzione a pagamento, ma la condizione è che lo Stato prenda misure destinate a concedere una compensazione finanziaria.

Viene specificato che la libertà di creare istituti di insegnamento nel rispetto dei principi democratici, così come il diritto dei genitori di provvedere all'educazione

26 Il CEDS è composto da quindici esperti imparziali. Le organizzazioni nazionali e internazionali possono presentare ricorsi collettivi nei confronti degli stati contraenti che hanno accolto la procedura dei reclami.

27 Cfr. <http://europa.eu> in sezione trattati dell'UE

dei loro figli secondo le loro convinzioni religiose, filosofiche e pedagogiche, sono rispettati secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio.

Per quanto concerne il diritto dei genitori, lo si deve interpretare in relazione alle disposizioni dell'art.24. Questo articolo si basa sulla Convenzione di New York sui diritti del fanciulli del 1989, in particolare con riferimento agli articoli 3, 9, 12 e 13, come viene specificato nella nota del *Presidium* dell'11 ottobre 2000.

Viene sancito il diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere; la facoltà di esprimere liberamente la propria opinione, in base anche all'età e al grado di maturità, parametrati anche in relazione alla questione di cui si sta dibattendo. Anche qui viene “in gioco” l'interesse superiore del minore: questo deve essere considerato preminente in tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o istituzioni private.

In ultimo, in base all'art.24, ogni bambino ha diritto a intrattenere relazioni personali e contatti diretti con entrambe i genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse.

L'art.32 tratta il divieto del lavoro minorile e la protezione dei giovani sul luogo di lavoro, stabilendo anche l'età minima per l'ammissione al lavoro, che non può essere inferiore all'età in cui termina la scuola dell'obbligo, «fatte salve le norme più favorevoli ai giovani ed eccettuate deroghe limitate». Viene previsto che i giovani ammessi al lavoro devono beneficiare di condizioni di lavoro appropriate alla loro età e devono essere protetti contro lo sfruttamento economico e contro ogni lavoro che possa incidere negativamente la sicurezza, la salute, lo sviluppo fisico, mentale, morale o sociale o che possa mettere a rischio la loro istruzione.

La norma in questione si basa sulla direttiva 94/33/CE, inerente la protezione dei giovani sul lavoro, sull'art.7 della Carta sociale europea e sui punti 20, 21, 22 e 23 della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori.

Infine l'art.33 disciplina la vita familiare e vita professionale, garantendo la protezione della famiglia sul piano economico, giuridico e sociale. Questo articolo è ispirato all'art.16 della Carta sociale europea e alla direttiva 92/85/CEE, volta a

promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro della lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento, e la direttiva 94/34/CE, concernente l'accordo quadro sul congedo parentale. Inoltre è basato sull'articolo 8 e articolo 27 della Carta sociale europea. Al fine di poter garantire la protezione della vita familiare e vita professionale, ogni individuo ha diritto di essere tutelato contro il licenziamento per un motivo legato alla maternità e il diritto al congedo di maternità retribuito e a un congedo parentale dopo la nascita o l'adozione di un figlio.²⁸

Più recentemente hanno trattato questo tema la Relazione intermedia della Commissione europea del 28 settembre 2012, Il Regolamento di Dublino n. 604/2013, le Direttive 2013/32/UE e 2013/33/UE del 26 giugno 2013 e la Risoluzione del Parlamento Europeo del 12 settembre 2013. Questi documenti si inseriscono nel quadro previsto dal Piano di azione sui minori non accompagnati (2010-2014) adottato nel maggio 2010 dalla Commissione. La *ratio* è finalizzata alla realizzazione di «un approccio comune per affrontare le sfide correlate all'arrivo nell'Unione europea dei minori non accompagnati che si basi sul rispetto dei diritti dei minori quali definiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo»²⁹

3. Il superiore interesse del fanciullo nel quadro internazionale e europeo

Il principio del *best interests of the child* viene trattato, come accennato precedentemente, sia nella Convenzione ONU sui diritti dei bambini del 1989, che

28 Sulla Carta di Nizza, cfr. M.Panebianco, *Repertorio della carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano 2001, pag.112-113/197/295/328-331.

29 Cfr. G.Piluso, *Il rischio di "default" per la ragion di Stato? La disciplina sui "minori stranieri non accompagnati" e la recente attuazione delle direttive comunitarie, con particolare riguardo alla realtà dei comuni siciliani*, in www.federalismi.it, (consultato il 29 maggio 2017), pag.4.

dalle Corti europee di Strasburgo e Lussemburgo.

In virtù di questo principio cambia il modo di concepire il minore nel diritto: come si evince *in primis* dalla Dichiarazione di Ginevra della Società delle Nazioni del 1924, anteriormente il bambino non era visto come titolare di veri e propri diritti fondamentali, ma era una sorta di soggetto passivo nei cui confronti nascevano una serie di impegni.³⁰ Questi venivano enumerati in una lista composta da cinque punti:

1. Al bambino devono essere dati i mezzi necessari per il suo normale sviluppo materiale e spirituale;
2. il bambino bisognoso di alimentarsi deve essere nutrito; il bambino che è malato deve essere curato; il bambino deviante deve essere recuperato; l'orfano e il senza casa devono essere ospitati e soccorsi;
3. il bambino deve essere il primo a ricevere assistenza in tempi di bisogno;
4. il bambino deve essere posto in condizione di guadagnarsi da vivere e deve esser protetto da ogni forma di sfruttamento;
5. il bambino deve essere cresciuto nella consapevolezza che le sue migliori qualità devono essere messe al servizio del prossimo.

Sono degli obblighi umanitari di assistenza e protezione nei riguardi dell'infanzia che versa in condizioni difficili, considerati appunto come semplici doveri di umanità.

Confrontiamolo ora con l'articolo 3 della convenzione del 1989.

Questo articolo, prevedendo che in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, deve esserci una considerazione preminente l'interesse superiore del fanciullo, impone agli Stati di impegnarsi ad assicurare al fanciullo la protezione e le cure necessarie al suo

³⁰ Cfr. E.Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano 2016

benessere, in considerazione dei diritti e doveri dei suoi genitori, dei suoi tutori o di altre persone che hanno la sua responsabilità legale, e a tal fine essi adottano tutti i provvedimenti legislativi e amministrativi appropriati.

Inoltre sono gli stessi Stati parti a dover vigilare affinché il funzionamento delle istituzioni, servizi e istituti che hanno le responsabilità dei fanciulli provvedano alla loro protezione, in conformità alle norme stabilite dalle autorità competenti, in particolare nell'ambito della sicurezza e della salute per quanto riguarda il numero e la competenza del loro personale nonché l'esistenza di un adeguato controllo.

Con l'articolo 3 della Convenzione di New York dunque viene disegnata un'immagine del fanciullo e dei relativi diritti nuova: attribuendo al bambino la titolarità di una moltitudine di diritti, segna dei limiti al potere dei genitori o dei tutori.

Il Comitato per i diritti dei bambini delle Nazioni Unite nel 2013 è arrivato ad affermare che sia necessario sviluppare il principio del superiore interesse del minore con regole procedurali, per formare un vero e proprio diritto sostanziale e non più solo come principio trasversale.³¹

La Convenzione del 1989 insiste sul fatto che i *best interests* devono essere presi in considerazione sia nelle decisioni caso per caso assunte da qualsiasi organismo pubblico e privato, sia nelle scelte dei legislatori nazionali. A questo proposito il principio entra nelle varie giurisdizioni attraverso l'opera legislativa e il lavoro della giurisprudenza costituzionale, quindi come parametro interpretativo delle varie norme interne.

Il pregio di questo principio è la capacità di adattarsi al caso concreto, per trovare di volta in volta la soluzione più adatta al bambino in questione.

Per quanto riguarda l'Europa, i richiami più antichi dei *best interests of the child* si possono ritrovare nei casi in cui un genitore si lamenta di non poter godere della vita familiare con il figlio, in riferimento all'art.8 della CEDU, in conseguenza di

31 Cfr. Committee on the Rights of the Children, General comment No.14/2013

provvedimenti privativi della custodia del figlio, suggeriti dalle normative nazionali che accolgono il criterio per l'affidamento dei figli a seguito della separazione e del divorzio.³²

Con la Convenzione ONU del 1989 e con l'approvazione della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del minore del 1996, che enuncia il principio in questione, nella giurisprudenza della Corte EDU i riferimenti si fanno sempre più incisivi. Il riferimento alla normativa internazionale sui diritti umani ha forza maggiore rispetto alle normative di diritto di famiglia dei vari stati e quindi viene utilizzata l'interpretazione improntata alle garanzie del minore e non più al criterio dell'affidamento dei figli.

Con la giurisprudenza europea si sottolinea il doppio ruolo del principio del *best interests*, da un lato come limite ai diritti convenzionali degli adulti quando le esigenze di protezione del bambino lo richiedono, dall'altro lato come diritto del minore a godere della vita familiare coi propri genitori.

È proprio in riferimento al diritto familiare che la Corte, invocando il principio del superiore interesse del fanciullo, crea quell'orientamento giurisprudenziale relativo agli obblighi positivi dello Stato, secondo cui i poteri pubblici nazionali hanno il dovere di garantire il diritto familiare intervenendo con azioni tempestive e appropriate.³³

Il principio quindi, anche se non esplicitato nella Convenzione europea, ricorre nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo come criterio che ispira l'interpretazione delle fonti di diritto, soprattutto con riferimento all'art.8. Garantendo ad ognuno il rispetto alla vita familiare, contempla il diritto dei genitori e dei figli a mantenere un rapporto, soprattutto nel caso in cui vi sia una crisi matrimoniale. La sua giurisprudenza fa prevalere l'interesse del minore ogni volta in cui il rapporto genitore-figlio possa danneggiare la salute psico-fisica del

32 Cfr. Comm. eur. dir. uomo, 1982, Hendriks c. Olanda, n.8427/78

33 Cfr. E.Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, cit.

minore.³⁴

A titolo esemplificativo, la Corte ha trattato una controversia internazionale riguardante i minori stabilendo che anche le Convenzioni internazionali devono essere prese in considerazione.³⁵

Il principio del superiore interesse del minore è stato acquisito anche dall'art.25 par.6 della direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, riprendendo il testo dell'art.17 par.5 dell'antecedente direttiva 2005/85/CE del Consiglio, prevede che «l'interesse del minore costituisce un criterio fondamentale nell'attuazione, da parte degli Stati membri, della presente direttiva».

L'art.23 della direttiva 2013/33/UE, oltre a enunciare il principio del superiore interesse del minore, indica anche criteri di valutazione dell'interesse stesso.

Un primo criterio è quello di considerare l'interesse superiore del minore come criterio fondamentale per l'attuazione, da parte degli Stati membri, delle disposizioni della direttiva in questione.

Gli Stati membri assicurano un livello di vita adeguato allo sviluppo fisico, mentale, spirituale, morale e sociale del minore.

Inoltre nel valutare l'interesse superiore del minore, gli Stati membri devono tenere debito conto di molteplici fattori, quali la possibilità di ricongiungimento familiare; il benessere e lo sviluppo sociale del minore, con particolare riguardo ai trascorsi del minore; le considerazioni in ordine all'incolumità e alla sicurezza, in particolare se sussiste il rischio che il minore sia vittima della tratta degli esseri umani; l'opinione del minore, anche in base alla sua età e maturità.

Per il diritto europeo quindi il superiore interesse del minore va definito in concreto, verificando presupposti e attuazione dei diritti del bambino. Si rilevano

34 Cfr. F.Albano, *La tutela dei minori stranieri*, cit., pag 391.

35 Nel caso di specie (Corte Edu caso Neulinger e Shuruk vs Svizzera n.41615/07) ha concluso che dovesse escludersi il rimpatrio coattivo del bambino quando questa misura si ponga in contrasto con l'interesse del minore, ovvero determini una violazione dell'art.8 della CEDU.

due esigenze, cioè tutela dei diritti del minore e garanzia di un controllo efficace.

È bene sottolineare comunque che alla Corte europea compete solo il controllo sulla ragionevolezza, ovvero della non arbitrarietà delle decisioni prese, quindi la scelta della modalità di attuazione delle garanzie del minore rientra nel margine di apprezzamento dello Stato contraente.³⁶

Analizzando tutti questi documenti internazionali, a cui va aggiunto il recente documento intitolato “Il manifesto per un'adozione internazionale etica”, viene in risalto il triplice ruolo del principio del superiore interesse del minore: diritto sostanziale, parametro interpretativo e regola procedurale. Il *best interest* deve essere considerato come diritto sostanziale, in modo tale che, se in competizione con svariati interessi, deve essere valutato in via principale. Svolge un ruolo preminente anche per quanto riguarda l'interpretazione normativa: quando la disciplina è suscettibile di più interpretazioni, è sempre preferibile quella conforme al principio del superiore interesse del minore.

Passando al contesto procedurale, nel caso in cui il giudice si trovi di fronte un provvedimento avente ad oggetto una situazione giuridica inerente a un fanciullo, il procedimento «deve includere una specifica valutazione dell'impatto che la decisione ha su quel bambino o su quei bambini, prevedendo ovviamente l'applicazione di garanzie procedurali e soprattutto imponendo una motivazione del provvedimento». La motivazione deve indicare il ragionamento svolto dal giudice di merito e in modo particolare di come ha applicato al caso concreto il principio del *best interest*. In sintesi, il principio del superiore interesse del fanciullo è un concetto «indefinito e relativo», da utilizzare in modo diverso a seconda del contesto socio-culturale del caso concreto.³⁷

Infine accanto al diritto del superiore interesse del minore e alle relative esigenze

³⁶ Cfr. G. Matucci, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, Padova 2015, pag.12-13.

³⁷ Cfr. R. Pregliasco, *Eticità dell'adozione alla luce dell'evoluzione del principio del superiore interesse del bambino*, in servizio studi CIAI (a cura di), *L'adozione che verrà*, Atti del Convegno del 14 novembre 2016, Università di Milano-Bicocca, pag. 26-30

di cura, vi è l'interesse all'autodeterminazione nelle scelte esistenziali, ovvero nelle scelte di vita: questo deriva dal diritto all'ascolto.

Il diritto in questione significa che il fanciullo ha diritto di essere sentito in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo vede protagonista, affiancandolo, se necessario, anche a un rappresentante.³⁸

4. La particolare categoria dei minori stranieri non accompagnati nel diritto internazionale e dell'Unione Europea

Il diritto internazionale in generale contempla un catalogo assai limitato di norme dirette in modo specifico alla protezione dei minori stranieri non accompagnati.

La disposizione di maggior impatto per la materia in esame è inserita nella Convenzione sui diritti del fanciullo: obbliga gli Stati parti ad adottare misure adeguate affinché il fanciullo, che cerca di ottenere lo *status* di rifugiato ovvero considerato come rifugiato, solo o accompagnato, possa beneficiare della protezione e della assistenza umanitaria necessarie per consentirgli di usufruire dei diritti che gli sono riconosciuti dalla Convenzione stessa e dagli altri strumenti internazionali relativi ai diritti dell'uomo o di natura umanitaria di cui gli Stati sono parti.

Per questo fine, gli Stati parte collaborano a tutti gli sforzi compiuti dalle organizzazioni intergovernative delle Nazioni Unite ovvero non governative competenti, per proteggere ed aiutare i fanciulli; con riguardo ai fanciulli non accompagnati vincola gli Stati ad aiutarli a ottenere informazioni necessarie per il ricongiungimento familiare.³⁹

In ogni caso, come evidenziato anche dal Comitato dei diritti del fanciullo nel commento generale n. 6 del 2005, la gran parte delle disposizioni che riguardano

38 Cfr art.12 convenzione ONU sui diritti dell'infanzia; artt.3 e 6 Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori; art.24 CEDU.

39 Cfr. Art.22 Convenzione sui diritti del fanciullo 1989.

la protezione generale dei minori, possono essere applicate anche ai minori non accompagnati che si trovano al di fuori del loro Paese di origine.⁴⁰

In modo particolare a questa categoria di soggetti vanno applicati i principi trasversali a tutta la Convenzione, ivi per cui il pieno godimento dei diritti fondamentali, il principio di non discriminazione, il godimento di standard di vita adeguati, il diritto a essere ascoltato.

In considerazione della specificità della situazione in cui riversano, uno dei principali diritti che deve essere riconosciuto a loro favore è quello della riunificazione familiare.

Tuttavia, la flessibilità di queste norme può risultare insufficiente, da sola, a garantire una protezione pienamente adeguata ai minori stranieri non accompagnati. Ciò perché le norme della Convenzione hanno carattere di genericità e questo talvolta impedisce loro di tradursi in misure atte a tutelare in modo effettivo i minori in oggetto.

La normativa e le istituzioni europee si sono dimostrate più sensibili all'argomento.

Il Consiglio dell'Unione Europea ha adottato nel 1997 una Risoluzione sui minori stranieri non accompagnati.⁴¹ In questa si stabilisce l'obbligo degli Stati membri di garantire a ogni minore non accompagnato accoglienza temporanea e un'idonea rappresentanza attraverso tutela legale o un organismo che si occupi della cura e del benessere dei minori. Per quanto riguarda i minori stranieri non accompagnati e non richiedenti asilo è da evidenziare che la politica degli Stati membri è volta al rimpatrio, una volta che sia accertata nel Paese d'origine la presenza dei genitori. È comunque prevista, per i minori i quali non sia accertata la presenza dei genitori, la possibilità di permanere sul territorio dello Stato membro.⁴²

40 Cfr. F.Lenzerini, *La protezione dei minori stranieri non accompagnati nel diritto internazionale*, in R.Pisillo Mazzeschi, P.Pustorino, A.Viviani (a cura di), *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, Napoli 2010, pag 275-276.

41 Cfr. Consiglio Europeo, 97/C-221/03

42 La relazione intermedia dell'attuazione del Piano d'azione sui minori non accompagnati del

Per questa categoria di soggetti l'Unione ha previsto disposizioni specifiche per un sistema comune di asilo.

La direttiva 2011/95/UE⁴³ definisce così i minori non accompagnati: «il minore che giunga nel territorio dello Stato membro senza essere accompagnato da un adulto che ne sia responsabile in base alla normativa e alla prassi dello Stato membro interessato, e fino a quando non sia effettivamente affidato a un tale adulto; il termine include il minore che venga abbandonato dopo essere entrato nel territorio degli Stati membri».⁴⁴

quadrimestre 2010/2014 ha evidenziato la necessità di migliorare la raccolta dati, prevenire la tratta dei minori e disporre accoglienza e garanzie.

43 Rifusione della direttiva qualifica 2004/83/CE; le principali fonti normative sono il regolamento (CE) Dublino II, la direttiva “qualifiche”, la direttiva “procedure” e la direttiva “accoglienza”.

44 Cfr. F.Albano, *La tutela dei minori stranieri*, cit., 394-395.

CAPITOLO 2

MINORI DI ETÀ E COSTITUZIONE

1. Il minore e il suo *status* giuridico: la condizione di “debolezza” e il diritto all'ascolto

Nell'ordinamento italiano, l'analisi del contesto normativo in tema di diritti del minore deve muovere dalla lettura delle disposizioni della Costituzione; la giurisprudenza nel tempo ha realizzato una svolta nella disciplina dello *status* giuridico del minore, passando da un sistema in cui il bambino era considerato come soggetto da formare al fine di un inserimento nel sistema produttivo, a una concezione del minore più individualizzante, inteso come persona da tutelare nelle sue esigenze evolutive dell'identità personale.¹

Il sistema di garanzie costituzionali del minore trova fondamento non solo negli articoli 2 e 3, ma anche nelle previsioni degli articoli 31, 32, 34, 37 e 38.3 che si pongono come elementi per una politica legislativa in tutela di soggetti istituzionalmente deboli, in cui il *favor minoris* si concretizza nella promozione dei diritti del minore.²

I diritti del minorenni dunque trovano fondamento nei principi della Costituzione italiana, che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo che nelle formazioni sociali dove si svolge la sua personalità; riconosce pari dignità a tutte le persone senza distinzioni di sesso, razza, lingua, religione, opinione politica, condizioni personali e sociali, impegna lo Stato a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l'uguaglianza; tutela la maternità e l'infanzia e agevola la formazione delle

1 Per approfondire l'evoluzione della condizione del minore nella società, vedi 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, Pag.257.

2 Cfr. M.Bessone, *Artt.30-31*, in *Commentario della Costituzione*, G.Branca (a cura di), Bologna-Roma 1976, p.86ss.

famiglie; attribuisce ai genitori doveri e diritti di mantenere ed educare i figli anche se nati fuori dal matrimonio e in caso di incapacità provvede che siano altrimenti assolti i loro compiti; tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività e garantisce il diritto allo studio. La lettura complessiva di questi articoli ha permesso di individuare una sorta di “statuto dei diritti del minore d'età”, coesistente con un sistema di doveri da parte di altri soggetti, famiglia e istituzioni, che entrano in gioco nel momento in cui si ha contatto con il minore.

Se da un lato la nostra Costituzione, non presupponendo differenze in base al criterio dell'età, riconosce diritti in capo al minore, dall'altro non usa la locuzione minore d'età: troviamo l'utilizzo di tale locuzione solo nell'articolo 37, riguardo al tema del lavoro, per il resto, nonostante i richiami alla minore età, utilizza termini quali ad esempio gioventù e infanzia.³ In altre parole, il minore non è identificato come centro autonomo di imputazione di diritti e doveri, ma come titolare di uno *status* all'interno di una società; nella nostra Costituzione dunque prevale il senso oggettivo della minore età, minore come oggetto di protezione: l'età non incide sull'attribuzione dei diritti, ma incide sul suo esercizio.⁴

Il minore è “soggetto debole” e quindi in una posizione di dipendenza da altri. Per molti anni si è guardato al minore non come una persona umana dotata di individualità, di identità da rispettare e portatore di bisogni che devono essere soddisfatti, ma come persona (in senso appunto oggettivo) educata dall'adulto, sottomesso alle sue decisioni, un bene di proprietà dei genitori.⁵

Nella concezione patrimonialistica della famiglia, come vista nel periodo pre-

3 Una definizione di bambino nell'ordinamento italiano è fatta ad opera del gruppo di lavoro per la convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, che divide questa categoria di soggetti in sottogruppi: “bambini” in riferimento ai bambini piccoli, fino a 10/12 anni di età, “ragazzi” per definire gli adolescenti e “minori”, utilizzato specialmente nel linguaggio formale, che si riferisce alla minore età.

4 Cfr. G. Matucci, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, cit., pag 3-5.

5 Cfr. A.Moro, *Manuale di diritto minorile*, Bologna 2008, p.7.

costituzionale, il minore veniva considerato, infatti, come “oggetto” di diritto degli adulti e privo di qualsiasi capacità di agire: era totalmente assoggettato alla potestà familiare (ai tempi riservata al padre), con una valutazione improntata sul superiore interesse della famiglia. In questo modo non venivano minimamente tutelate le esigenze singole del fanciullo, impedendo così l'armonico sviluppo della personalità del minore.⁶

Con l'entrata in vigore della Costituzione la visione ideologica cambia: nonostante non sia prevista una disciplina specifica per i minori, viene alla luce il principio del *favor minoris*, punto di partenza per la promozione del sistema dei diritti del minore.

È all'interno della famiglia che il bambino cresce e si sviluppa, sviluppo che porterà ad avere una propria autonomia e una propria identità.

Si può individuare una dimensione statica e una dinamica del minore. Per quanto concerne la dimensione statica, è necessario guardare al contesto familiare e viene messa in risalto in caso di crisi della famiglia, cioè in quelle situazioni in cui troviamo una violazione dei bisogni primari del bambino: la famiglia c'è, ma non funziona ovvero la famiglia manca del tutto.⁷

Nei rapporti tra famiglia e minori prevale sempre il *favor minoris*, vale a dire che l'interesse principale è sempre rivolto al pieno sviluppo della persona del figlio, “architrave” della responsabilità dei genitori sancita dal comma 1 dell'art.30 delle Costituzione.⁸ È il *favor minoris* che costituisce la base di un complessivo sistema di promozione dei diritti del minore, considerato come soggetto in formazione e ritenuto meritevole di protezione, a prescindere dalla nazionalità, dalla capacità di

6 Cfr. C.Moro, *Manuale di diritto minorile*, cit., pag.4. Nel sistema pre-costituzionale il minore era destinatario di una serie di norme che lo separavano e emarginavano dal contesto sociale di inserimento, sul tema G.Palmeri, *Diritti senza poteri. La Condizione giuridica dei minori*, Napoli 1994, pag.4

7 Per approfondimenti, cfr G. Matucci, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, cit, pag 8-16.

8 Cfr E.Lamarque, *Art.30 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, in R.Bifulco, A.Celotto, M.Olivetti (a cura di), I, Torino 2006, pag.632-633.

inserimento nel sistema produttivo e dallo sviluppo di un sufficiente grado di autonomia.

Per quanto riguarda invece la dimensione dinamica, bisogna guardare anzitutto il rapporto del bambino con la scuola. Il minore entra in contatto con la società tramite questa istituzione: qui compie un percorso di formazione volto allo sviluppo della società. La giurisprudenza parla di minore come “essere sociale”, che si realizza tramite il diritto all'istruzione. Tale condizione è messa in pericolo nel caso in cui si sia in presenza di condizioni personali impeditive: in questo caso è lo Stato che si deve far carico della rimozione di questi ostacoli, in modo tale da agevolare il pieno sviluppo della personalità del minore.⁹

È la stessa Corte costituzionale ad evidenziare che la formazione nella minore età sia un momento cruciale per lo sviluppo della personalità umana e che «solo un adeguato inizio e sviluppo di tale fase può poi garantire al minore un appropriato inserimento nella vita sociale e nel lavoro».¹⁰

Nel momento in cui il rapporto con la comunità, intesa sia familiare che scolastica, sia di tipo distruttivo, vengono in risalto le esigenze di educazione e rieducazione del minore, esigenze evidenziate soprattutto nel caso in cui il minore sia soggetto attivo di reato: la Corte costituzionale, con la sentenza 168 del 28 aprile 1994, ha in questo senso attribuito al principio rieducativo della pena, un senso più educativo, in funzione al suo successivo inserimento nella società.¹¹

Negli ultimi anni è messo in risalto il minore come individuo titolare di specifici diritti: nella normativa italiana il ruolo del figlio è cambiato, non è più solo oggetto di tutela bensì un soggetto portatore autonomo di diritti. Questo ruolo

9 Ad esempio, la presenza di un handicap invalidante può influire negativamente sullo sviluppo del minore: in questo caso deve essere riconosciuta una indennità di accompagnamento, volta ad agevolare la rimozione di tali ostacoli. Sul punto, cfr. G. Matucci, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, cit, pag16-17.

10 Cfr. sentenza Cort.cost. del 15 marzo 1993, n.88, in *Giur. cost.* 1993, 765ss, con nota di R.Alesse, *La tutela assistenziale e il recupero sociale degli invalidi: un nuovo e puntuale intervento della Corte Costituzionale*.

11 Cfr. G. Matucci, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, cit, pag.19-20.

emerge soprattutto nelle situazioni in cui sia necessaria l'audizione del minore, in base alla sua capacità di valutazione. In questo senso viene in rilievo il diritto all'ascolto, la libertà dei minori di esprimere se stessi sia all'interno del contesto familiare che nei rapporti con le istituzioni, in questo ultimo caso soprattutto nelle questioni e nelle procedure (amministrative e giudiziarie) che lo riguardano: è rilevante il diritto alla partecipazione, cioè prendere parte nei processi decisionali¹²; il diritto all'ascolto è qualificato come fondamentale. Questo diritto è sancito in modo specifico, come visto nel capitolo precedente, a livello europeo e internazionale.

L'interesse del figlio viene posto al centro del diritto di famiglia e in questo contesto assume grande rilevanza l'audizione del minore come strumento primario per aiutare il giudice ad individuare il suo interesse.

È in questa prospettiva che si esprime la legge 1 gennaio 2012 n. 219, di modifica della disciplina del rapporto fra genitori e figli.

Il diritto all'ascolto è sancito dall'articolo 315 bis, secondo cui il figlio che abbia compiuto i dodici anni (ovvero di età inferiore se capace di discernimento) ha diritto di essere ascoltato in tutte le procedure e decisioni che lo riguardano. La norma sancisce un vero e proprio diritto del minore a essere ascoltato, rappresentativo del superamento del piano di mero interesse semplice e diverso rispetto all'interesse pubblico di tutela delle relazioni familiari. La disposizione dunque si riferisce sia alla famiglia che alle istituzioni.

L'articolo 316 bis, concernente i metodi di ascolto nel processo civile, individua nel presidente del tribunale e nel giudice delegato il soggetto pubblico deputato a sentirlo. È una disposizione che ha suscitato perplessità perché la maggioranza dei procedimenti riguardanti i minori è di competenza del tribunale ordinario, in cui la componente specializzata (psicologi dell'età evolutiva, neuropsichiatri infantili o

12 Gli artt. 4 comma 8 e 6 comma 9 della legge sul divorzio, ad esempio, prevedono che il Presidente del Tribunale provveda all'audizione dei figli minori qualora sia strettamente necessario anche in considerazione della loro età.

simili) è esclusa.¹³

Secondo la Corte di cassazione n. 13241 del 2011, questo diritto non impone al giudice di conformarsi alle indicazioni del minore nella sua decisione, ma permette una valutazione complessiva del suo superiore interesse. Qualora se ne discosti però, dovrà necessariamente indicarne la causa, in modo particolare sotto il profilo della capacità di discernimento in concreto. Nel caso concreto il giudice aveva omesso l'ascolto del minore di circa otto anni che secondo il giudice difettava della capacità di discernimento. Sempre la Cassazione, sez.I, con sentenza 16736/2011, ha escluso l'ascolto di figli infradodicenni, in base a un rilievo implicito di inopportunità di ascoltare i minori per valutare la loro collocazione presso il padre.¹⁴

Per quanto concerne invece il minore che abbia compiuto gli anni dodici, in base alla Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 21 ottobre 2009 n.22238, si viola il principio del contraddittorio e del giusto processo nel caso in cui vi sia mancata audizione del minore; è fatto salvo il caso in cui il non ascolto sia necessario per l'attuazione del principio del superiore interesse del minore.¹⁵ In questo modo la nuova normativa risulta attuativa della disciplina internazionale, anche in riferimento ai criteri utilizzati dalla Corte Suprema.¹⁶

In sintesi, il giudice deve obbligatoriamente sentire il minore, a meno che non vi siano motivi di contrasto con il suo interesse.

13 Cfr G.Matucci, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, cit, pag.329-332.

14 Cfr. S.Borsacchi, *Problemi attuali del diritto minorile*, in *L'evoluzione giurisprudenziale nelle decisioni della Corte di Cassazione*, Vol VII, Milano 2013, pag 105.

15 Cfr. G.Matucci, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, cit, pag. 333-334.

16 Cfr. 7° Rapporto di aggiornamento sul monitoraggio della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, 2014, in www.gruppocrc.net, 44.

2. La protezione dell'infanzia e della gioventù. Il superiore interesse del fanciullo

L'articolo 31 comma 2 della Costituzione impegna lo Stato a proteggere la maternità, l'infanzia e la gioventù, intervenendo in modo tale da favorire gli istituti e gli enti necessari a tale scopo.¹⁷ Il legislatore ordinario dunque deve attuare una politica di tutela della personalità del minore, volta ad assicurare l'istruzione e l'orientamento professionale della gioventù, con conseguente avviamento al lavoro, sistemi adeguati di esercizi ricreativi, mezzi atti a contenere fenomeni di delinquenza minorile e tutti gli istituti necessari a garantire il *favor minoris*. Intervengono poi in modo specifico altre norme della Costituzione, quali ad esempio l'art.34 per il diritto allo studio e l'art.37 per la tutela del lavoro minorile. In questo modo risulta confermato l'assunto dell'art.30 secondo comma, che prevede come visto programmi di intervento statale di carattere sussidiario, in un quadro costituzionale più ampio di protezione dell'infanzia e della gioventù.¹⁸

La crescita e lo sviluppo del minore sono messi al centro di qualsiasi scelta legislativa in tema di famiglia, in altre parole la tutela di cui stiamo parlando va oltre la tutela della famiglia fondata sul matrimonio.¹⁹

Gli istituti della difesa dell'infanzia e della gioventù devono essere letti alla luce degli articoli 2 e 3 della Costituzione, dunque come diritti inviolabili applicabili a qualsiasi individuo, indipendentemente dalla cittadinanza.

17 Cfr. L.Cassetti, *Art.31 Cost.*, cit., pag.643. Dopo una prima proposta secondo cui lo Stato si impegnavano non solo a favorire, ma a istituire organismi per lo scopo prefigurato dalla Costituzione, l'Assemblea Costituente ha optato per togliere l'inciso «istituendo e favorendo», lasciando alla Repubblica solo l'impegno di favorire, senza dover creare egli stessa appositi istituti. Nel 2011 lo Stato è intervenuto non solo in senso di favorire, ma istituendo l'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, un organo monocratico italiano con il compito di promuovere l'attuazione delle misure previste dalla Convenzione di New York e da altri strumenti internazionali finalizzati alla promozione e alla tutela dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza.

18 Cfr. M.Bessone, *Art.30 Cost.*, cit., pag.140-141.

19 Cfr. L.Cassetti, *Art.31 Cost.*, cit. pag 646.

Nei primi anni di vigenza, la legislazione minorile era apparsa discriminatoria, soprattutto in riferimento all'apparato assistenziale e giudiziario. Nei decenni seguenti il legislatore ordinario si è impegnato a risolvere il problema, soprattutto mediante la legge 4 maggio 1993 n. 184, che ha affermato la centralità della personalità del minore, abbandonando però la logica assistenziale: privilegiato l'istituto dell'affidamento familiare, in modo da esaltare il diritto del minore a crescere all'interno della famiglia. Con la legge di riforma 28 marzo 2001 n. 149, viene confermata la centralità del minore ad avere una famiglia, in conformità anche con i principi di diritto internazionale. Si chiarisce che le condizioni di povertà non devono condizionare la responsabilità genitoriale, né tanto meno la permanenza del bambino nella propria famiglia; lo Stato e gli enti locali devono intervenire sostenendo le famiglie a rischio per prevenire lo stato di abbandono del minore. Gli enti statali devono fornire sostegno sia psicologico, tramite i servizi sociali, che economico, in modo da completare il quadro dei diritti di famiglia. Nel caso di stato di abbandono e impossibilità di ricostruire il nucleo familiare del minore, il diritto del minore di avere una famiglia si attua tramite l'istituto dell'adozione, che è dunque residuale.²⁰

Il diritto del fanciullo di avere una famiglia deve essere considerato alla luce del principio del superiore interesse del minore: questo trova enunciazione sia nel nostro ordinamento interno che livello internazionale e sovranazionale, con modulazione varia e attuazione legislativa e giurisprudenziale altrettanto varia.

La nostra Costituzione tuttavia non contiene espreso riferimento al criterio in questione, ma diverse disposizioni si occupano della posizione del minore, dalla quale la Corte ha ricavato l'esistenza del principio del *favor minoris*.

Il concetto italiano di superiore interesse del minore emerge per la prima volta in una sentenza del 1981 in riferimento alla legge sull'adozione del 1967, in cui la Corte prima cita la dottrina secondo cui la legge sull'adozione speciale avrebbe

²⁰ Cfr. L.Cassetti, *Art.31*, cit. pag 648-649.

spostato «il centro di gravità dell'adozione dall'interesse dell'adottante a quello dell'adottato», e aggiunge a questa interpretazione della dottrina che «lo spostamento del centro di gravità dell'istituto era imposto ancor prima sul piano superiore della normativa costituzionale», con richiamo al combinato disposto degli articoli 2 e 30 Cost. Le norme richiamate dalla Corte riconoscono una peculiare situazione del minore, che è preferenziale rispetto a quella degli altri soggetti. In altri termini, la Costituzione impone che il legislatore emani norme generali e astratte che facciano prevalere gli interessi del minore, con la conseguenza recessione di istanze di eventuali altri soggetti; consegue che la legge debba predisporre istituti appositi di tutela dei minori. Sotto un altro profilo, la Carta costituzionale vuole che ogni organo giudicante abbia la possibilità di scelta della soluzione migliore in concreto, dunque il giudice deve decidere caso per caso.²¹

Il principio in questione come analizzato nelle fonti europee e internazionali invece entra nel nostro ordinamento tramite gli articoli 11 e 117 Cost. La prima sentenza sotto questo profilo è la 7 del 2013 che, con dichiarazione di incostituzionalità di una disposizione del codice penale nella parte in cui si stabilisce che «in caso di condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di soppressione di stato, previsto dall'articolo 566, secondo comma, del codice penale, consegua di diritto la perdita della potestà genitoriale (ora responsabilità), così precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto». In altre parole, la norma in questione, prevedendo una presunzione di impossibilità ad essere titolare di responsabilità genitoriale, viola il principio del superiore interesse del minore e impedisce la valutazione dell'interesse nel caso concreto.²²

21 Cfr. E.Lamarque *Prima i bambini. Il principio del best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, cit., pag.14-15.

22 Cfr. Corte cost. sentenza del 23 gennaio 2013, n.7, in *Giur. Cost.* 2013, pag. 172-176, con osservazione di M.Mantovani, *Un nuovo intervento della Corte costituzionale sull'art.569 c.p.*,

La complessità sistematica di questo principio deriva dall'eterogeneità delle diverse formule utilizzate: gli interessi del bambino da tenere in considerazione, nelle formule legislative e giurisprudenziali, «richiede quindi semplicemente che i “migliori” e cioè i più significativi, i più importanti, tra i numerosi interessi/esigenze/bisogni del bambino siano tenuti in conto e garantiti da chi deve decidere».²³ La Corte costituzionale ha così interpretato il superiore interesse del minore già nel 1981, affermando che le stesse norme costituzionali impongono la necessità di ricercare quale sia la migliore soluzione in concreto per l'interesse del minore, quale cioè sia la «più garantistica, soprattutto dal punto di vista morale, la migliore “cura della persona”».²⁴

La giurisprudenza e dottrina italiana però non parla di interessi, ma solo di interesse del minore, come se fosse un “pacchetto”, comprensivo di tutti interessi/esigenze/bisogni, da comparare con quelli degli altri soggetti di volta in volta coinvolti.²⁵ In altri termini, guardando la giurisprudenza della Corte costituzionale, si passa dal “superiore”, al “prevalente” ovvero “preminente” interesse del minore che esclude il bilanciamento con gli interessi contrapposti, per arrivare a un unico interesse assoluto.²⁶

Il riconoscimento di questa posizione privilegiata del minore è particolarmente rilevante in riferimento allo *status* del minore straniero (ancora di più se non accompagnato). In queste situazioni, in cui il minore si trova in situazioni critiche suscettibili di ripercussioni negative nella sua sfera di vita, viene risaltata la salvaguardia degli interessi del minore.

sempre in nome del dio minore.

23 Cfr. E.Lamarque, *Prima i bambini. Il principio del best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, cit, pag.78.

24 Cfr. Corte cost., sentenza del 10 febbraio 1981, n.11, in *Giur. cost.* 1981, pag. 57-58, con nota di C.Ebene Cobelli, *Le due adozioni nel giudizio della Corte.*

25 Cfr. E.Lamarque, cit., pag.79.

26 Cfr. Corte Cost., sentenza del 2 marzo 1990, n.106, in *Giur. cost.* 1990, pag.630.

3. Il diritto alla registrazione

Per avere un pieno sviluppo il minore necessita di un'identità: questa si costruisce dal nome, riconosciuto dalla Costituzione italiana come espressione dell'identità personale ex art.2 e nell'articolo 22 viene sancito il principio secondo cui questo diritto spetta a tutti, senza privazione in base a motivi politici, capacità giuridica, cittadinanza.²⁷

Per quanto concerne il diritto alla registrazione anagrafica, è regolato dagli artt.30ss del d.p.r. 3 novembre 2000 n. 396²⁸. Viene stabilito che la dichiarazione di nascita è resa da uno dei genitori, da un procuratore speciale, dal medico, dall'ostetrica o da altra persona che ha assistito al parto e deve essere rispettata l'eventuale volontà della madre di non essere nominata.²⁹ In allegato a questa dichiarazione, resa all'ufficiale di stato civile, deve essere presente l'attestazione di avvenuta nascita, contenente le generalità del neonato, le indicazioni del Comune (con possibilità per i genitori di dichiarare la nascita nel comune di residenza), casa di cura, ospedale o altro luogo di nascita, giorno, ora e sesso del fanciullo. La dichiarazione è resa entro dieci giorni al Comune ovvero entro tre alla struttura ospedaliera (o casa di cura). Nell'eventualità di ritardo della dichiarazione, è necessario indicarne le ragioni. Nel caso invece che la dichiarazione non venga effettuata e l'ufficiale di stato civile ne venga a conoscenza, quest'ultimo deve informare del fatto il procuratore della Repubblica, che forma l'atto di nascita con decreto.³⁰

Il bambino abbandonato deve essere affidato a una casa di cura o a un istituto

27 Cfr. M.Cuniberti, *Art.22 Cost.*, in S.Bartole, R.Bin, (a cura di) *Commentario breve alla costituzione*, Padova 2008, pag.194.

28 Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'art.2.12 della l. 15 maggio 1997, n.127.

29 Per approfondimenti, cfr G. Matucci, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, cit, Capitolo Secondo, Sezione Seconda, Parte Terza.

30 Cfr. art.32 d.p.r. 3 novembre 2000, n.396.

apposito, sarà poi il direttore dell'istituto a dare comunicazione all'ufficiale di stato civile nel Comune in cui c'è stato il ritrovamento. Viene annotato in un apposito archivio informatico, dandone notizia repentinamente al giudice tutelare e al Tribunale per i minorenni.³¹

Uno dei problemi inerenti alla registrazione anagrafica dei bambini è la propensione dei genitori stranieri irregolari di non registrare i propri figli.³²

4. Minore di età e famiglia: il diritto al mantenimento, all'istruzione e all'educazione

Il diritto dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli è sancito dall'articolo 30 della nostra Costituzione, che al comma 1 afferma che «è dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire e educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio».

Nei primi anni di vigenza questo articolo fu letto dalla dottrina e interpretato dalla giurisprudenza in riferimento al codice civile allora vigente³³, con violazione delle normali regole di gerarchia delle fonti. In altri termini, invece di leggere le norme del codice civile alla luce del dettato costituzionale accadeva l'opposto.

In seguito, a partire dagli anni sessanta, ci fu la tendenza a interpretare in modo “creativo” le disposizioni civili, in modo da tutelare la posizione dei minori, che ha portato il legislatore a modificare le norme civili in materia di famiglia: queste modifiche non sono altro che l'attuazione tardiva del dettato costituzionale, con conseguente radicale modifica della disciplina civilistica.³⁴

La Corte costituzionale afferma che l'art.30 comma 1 rappresenta l'essenza del rapporto di filiazione, nel senso che il genitore non adempie al proprio obbligo solo mantenendo il figlio, ma che è necessario assicurare al bambino uno sviluppo

31 Cfr G. Matucci, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, cit, pag.29-34.

32 Vedi capitoli successivi.

33 Il codice civile differenziava enormemente la posizione dei figli nati nel matrimonio (chiamati legittimi) e i figli nati fuori dal matrimonio (chiamati illegittimi).

34 Cfr. E.Lamarque, *Art.30*, cit, pag. 627.

completo, soprattutto in riferimento alla funzione educativa e alla «maturazione integrale della personalità conformi ai precetti di cui agli artt.2 e 3 Cost.».³⁵

Leggere l'articolo 30 alla luce degli articoli 2 e 3 fa dedurre in altre parole che la cura del figlio non sia solo di tipo patrimoniale, ma che deve ricoprire sia l'ambito di mantenimento che quello dell'istruzione e dell'educazione. Il legislatore ordinario, con la legge 10 dicembre 2012, n. 219, ha riconosciuto in modo espresso i diritti spettanti ai figli, inserendo nel codice civile l'art.315bis, sancendo al primo comma che «il figlio ha diritto ad essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni». L'articolo viene richiamato anche dall'art.147 c.c., ribadendo così l'obbligo nascente dal vincolo matrimoniale di mantenere, educare, istruire e assistere moralmente i figli; non esistono differenze tra figli nati fuori o all'interno del matrimonio. La posizione in capo ai genitori, derivante da diritti considerati fondamentali, valgono anche in riferimento a soggetti stranieri; queste agiscono come parametro di costituzionalità nei casi di ricongiungimento familiare, tenendo conto che, come vedremo nei capitoli successivi, in questo ambito è necessario tenere conto dell'ordine pubblico e della sicurezza dello Stato.³⁶

La Costituzione, dunque, delinea un diritto all'educazione con ampi contenuti, non investendo solo l'ambito familiare, ma anche il contesto pubblico. In questo senso, il diritto all'educazione ha aspettative costituzionalmente protette, quindi la formula di cui all'articolo 2 secondo cui la Repubblica è impegnata ad adempiere ai doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, spinge verso il *favor minoris*, privilegiando sempre la posizione del minore.³⁷

Il comma 1 deve essere letto congiuntamente al comma 2, per cui nel caso di incapacità dei genitori è la legge che deve adempiere ai loro compiti; in questo

35 Cfr. G. Matucci, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, cit, pag. 49-50.

36 Cfr. E.Lamarque, *Art.30*, cit.,pag.331

37 Cfr. M.Bessone, *Art.30*, cit., pag.88-89.

senso, il diritto dei genitori non è visto come mera facoltà, ma come diritto-dovere «che trova nell'interesse del figlio la sua funzione e il suo limite».³⁸

Negli ultimi anni si sta affermando l'idea di minore come soggetto autonomo di diritti e questo ha portato a mettere in discussione il concetto di potestà genitoriale, che è stata sostituita da responsabilità genitoriale. L'art.316 c.c al primo comma stabilisce che la responsabilità genitoriale è esercitata da entrambi i genitori tenuto conto delle capacità, inclinazioni e aspirazioni del figlio: viene messa quindi in evidenza la centralità del bambino. Non viene tuttavia data una definizione precisa di cosa sia la responsabilità genitoriale. Questa diversa visuale porta a cambiare la prospettiva del rapporto genitore-figlio, non più guardando alle scelte dei genitori, ma risaltando il superiore interesse del minore.

Tra i doveri posti in capo ai genitori è stato inserito il diritto all'assistenza morale. È un diritto derivante dall'art.315bis, che parla esplicitamente per la prima volta di obbligo di assistere moralmente i figli. Questa novità introdotta dall'articolo da piena attuazione all'art.30 Costituzione. La scelta del legislatore è stata interpretata dalla dottrina come diritto di cura, derivante dall'affetto e dall'amore verso la prole, soprattutto nel caso di crisi familiare.³⁹

L'elevare il diritto al mantenimento, all'istruzione e all'educazione a diritto fondamentale ha permesso alla Corte di cassazione di creare un orientamento innovativo: facendo leva sul combinato disposto dell'art.2043 c.c e 2ss ha riconosciuto al figlio, privato dell'assegno di mantenimento e del sostegno educativo da parte del padre per anni, il risarcimento del «danno esistenziale e alla vita di relazione», danno ulteriore a quello meramente patrimoniale, oltre che diverso dal danno biologico e dal danno esistenziale. La Corte costituzionale invece, dato il mantenimento come necessario per lo sviluppo della persona del figlio, ha ritenuto necessaria la previsione di misure di tipo coercitivo, atte a dare

38 Così E.Lamarque, *Art.30*, cit. pag. 633, in nota cita sentenze Corte Cost. sentenza del 27 marzo 1992, n.132, in *Giur.Cost.* 1992, pag.1113ss..

39 Cfr.G. Matucci, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, cit, pag. 52-56.

efficace esecuzione agli ordini del giudice.⁴⁰ L'unico ad avere carattere patrimoniale, come visto, è il diritto al mantenimento, comprensivo tu tutte le spese, non solo dunque vitto e alloggio, ma anche le spese sanitarie, quelle scolastiche, ricreative, sportive e tutte quelle per le cure morali e sociale del figlio⁴¹.

Il diritto all'istruzione del figlio comporta invece l'obbligo dei genitori a sostenere le spese di istruzione, sia scolastica che professionale. Dura fino a che il giovane non abbia raggiunto le competenze professionali necessarie all'indipendenza e devono essere calibrate alle risorse economiche della famiglia. Nel caso in cui quest'ultima non abbia le risorse per sostenerlo, è lo Stato a dover intervenire in base agli articoli 31 comma 1 e 34 costituzione.⁴²

In relazione a famiglia e minori, viene in rilievo anche il diritto di crescere nella propria famiglia. Lo si evince dal combinato disposto degli art.30 e 31 Costituzione, che mettono in risalto il ruolo centrale del contesto familiare per la crescita del bambino: luogo più idoneo per lo sviluppo della personalità del minore e quindi consegue che lo Stato deve intervenire solo in via sussidiaria, vale a dire in caso di incapacità ovvero momentanea assenza di famiglia.⁴³ L'art.31 infatti prevede la rimozione degli ostacoli impeditivi dello sviluppo della persona, indicando anche l'ambito della famiglia. È una sorta di “promessa” che vincola i pubblici poteri pubblici a proteggere e difendere la famiglia, vista come necessaria e fondamentale nell'organizzazione sociale; per difendere questa istituzione lo Stato deve attuare una rete di protezione sociale anche per maternità e filiazione, che sono derivanti dalla costituzione di un nucleo familiare.⁴⁴

40 Cfr. E.Lamarque, *Art.30*, cit., pag. 631.

41 L'obbligo di mantenimento del figlio permane anche durante la maggiore età, qualora il soggetto non sia ancora economicamente indipendente.

42 Cfr. G. Matucci, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, cit, pag.58-59.

43 Cfr. E.Lamarque, *Art.30*, cit. pag. 633-634.

44 Cfr. L.Cassetti, *Art.31*, in R.Bifulco, A.Celotto, M.Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit. pag 641.

Come vedremo, particolari problemi sorgono nel caso di minore straniero non accompagnato.

5. Diritto all'istruzione come diritto individuale e relativo obbligo scolastico

Per diritto all'istruzione si intende quello all'istruzione inferiore, di cui sono titolari tutti gli alunni della scuola dell'obbligo.⁴⁵

La Corte costituzionale inizialmente distingue tra insegnamento, istruzione e educazione, dichiarando che lo Stato ha il compito esclusivo di assicurare solo l'insegnamento: non è obbligato dunque ad assicurare il conseguimento di un certo livello di apprendimento e profitto scolastico e neppure è obbligato a contribuire alla costruzione della personalità del minore.⁴⁶

Il diritto all'istruzione è riconosciuto, come visto nel capitolo precedente, anche nei principali documenti internazionali ed europei riguardanti i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali.

È proprio nella prospettiva dei documenti sovranazionali e la lettura sistematica degli articoli 33 e 34 Costituzione, letti alla luce degli articoli 2 e 3 (principio personalista e principio di uguaglianza, e con l'articolo 30), che viene ricostruito il diritto all'istruzione, letto in maniera nettamente diversa rispetto alla prima interpretazione data dalla Corte costituzionale.⁴⁷

L'articolo 3 comma 2 nello specifico, è la norma che fonda nel nostro ordinamento il principio di uguaglianza sostanziale: la nostra Costituzione tende a una visione della persona non come individuo a sé stante, ma valorizza la dimensione sociale,

45 Diverso è il diritto allo studio, che indica il diritto di raggiungere i gradi più elevati degli studi, da riconoscersi non indistintamente in capo a tutti gli studenti, ma solo a quanti fra essi presentino specifici requisiti.

46 Cfr. Corte cost., sentenza del 4 febbraio 1967, n.7 in *Giur. cost.* 1967, pag. 56 ss.

47 Cfr. Q.Camerlengo, *Art.34*, in S.Bartole, R.Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, cit, 342; cfr. G.Matucci, *Il diritto a una didattica individualizzata e personalizzata*, in G.Matucci, F.Rigano (a cura di), *Costituzione e istruzione*, Milano 2016, 299-301.

con conseguente necessità di contrastare tutte le eventuali privazioni che ostacolerebbero le sue «aspirazioni di elevazione sociale». Per questo fine, la disponibilità di un adeguato livello di istruzione è essenziale.⁴⁸

Meritano attenzione anche l'art.9, che impegna lo Stato italiano a promuovere cultura e la ricerca scientifica, e l'art.27 comma 3 che, favorendo la funzione rieducativa della pena, riconosce in modo implicito il diritto dell'istruzione a favore dei detenuti e l'art.38 comma 3, che prevede il diritto all'educazione e all'avviamento professionale anche per gli inabili e i minorati.⁴⁹

Il diritto all'istruzione in senso stretto è disciplinato dall'articolo 34, che al comma 1 stabilisce che «la scuola è aperta a tutti». Questo, letto in combinato disposto con gli artt. 2, 3, 9, 30, 31, 32 e 38, obbliga il legislatore a garantire il diritto all'istruzione, anche quando vi sia ostacolo di ogni genere e tipo impeditivo del pieno sviluppo della persona.⁵⁰

In particolare, la lettura congiunta degli artt. 1, 2, 3 e 9 Cost. (letti anche alla luce della normativa sovranazionale), sancisce il diritto ad avere un'istruzione “adeguata”, nel senso di diritto a prendere parte a un percorso coerente con la propria personalità e che sia il più possibile individualizzato e basato sulle caratteristiche personali del soggetto. In questo senso non possono essere precostituiti degli *standard*, ma i bambini devono essere «assecondati e stimolati attraverso una guida consapevole e adeguatamente preparata, sul piano psicopedagogico e cognitivo».⁵¹

48 Cfr. G.Galazzo, «*Obbligatoria e gratuità*»: riflessioni in ordine alla natura sociale del diritto all'istruzione, in *Costituzione e istruzione*, cit., pag 337.

49 Cfr. G. Matucci, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, cit, pag.91.

50 Cfr. Corte Cost., sentenza del 8 giugno 1987, n. 215, in *Giur. Cost* 1987, con osservazione di R.Belli, *Servizi per le libertà: diritto inviolabile o interesse diffuso?*; con nota di C.Moro, *L'eguaglianza sostanziale e il diritto allo studio: una svolta nella giurisprudenza costituzionale*. pag.1625-1626. È bene ricordare che la Costituzione configura l'istruzione e l'educazione in competenza “condivisa” tra famiglia e scuole, per approfondimenti, cfr. G.Matucci, *La responsabilità educativa dei genitori fra scuola e dinamiche familiari*, in *Costituzione e istruzione*, cit., pag.244-260.

51 Cfr. G. Matucci, *Il diritto a una didattica individualizzata e personalizzata*, cit., pag. 303.

L'*incipit* della norma ha valenza di affermazione dell'eguaglianza sostanziale, interpretata come divieto di discriminazione all'accesso all'istruzione scolastica. L'accesso all'istruzione viene avallata anche da altre due norme, cioè l'art.33 comma 2, che obbliga la Repubblica a istituire scuole statali di ogni ordine e grado e l'art.34 commi 3 e 4, che garantisce ai meritevoli e capaci di «raggiungere i gradi più altri degli studi», con la previsione eventualmente di borse di studio, assegni alla famiglie e «altre provvidenze».⁵²

L'uguaglianza sostanziale del diritto all'istruzione fonda l'obbligatorietà e la gratuità di tale diritto, in altri termini l'interpretazione del diritto all'istruzione come diritto individuale ha portato ad avere un vero obbligo all'istruzione e all'assistenza scolastica:⁵³ il diritto all'istruzione può essere collocato tra i diritti di natura sociale.⁵⁴

La finalità dell'obbligo non è collegata alla concreta acquisizione di abilità e conoscenze teoriche, visto che il solo accertamento del numero degli anni previsti per legge adempie all'obbligo scolastico: l'importante non è il risultato, ma gli anni effettivi di frequenza.⁵⁵

Secondo la Corte di cassazione, inoltre, il diritto di istruzione dà luogo ad una

52 Cfr. A. Poggi, *Art.34*, in R.Bifulco, A.Celotto, M.Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., pag.704.

53 Nell'ordinamento pre-costituzionale infatti, l'obbligo scolastico non si fondava su un diritto individuale.

54 Cfr. G.Galazzo, «*Obbligatoria e gratuità*»: *riflessioni in ordine alla natura sociale del diritto all'istruzione*, cit, pag. 336-337

55 L'articolo 1 comma 622 della legge 27 dicembre 2006, n.296 prevede che l'obbligo scolastico sia di dieci anni; l'obbligo è volto al conseguimento di un titolo di scuola secondaria superiore ovvero di una qualifica professionale di durata almeno triennale entro i diciotto anni. Per approfondimenti, cfr. G.Matucci, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, cit, pag.93-94. In materia, vedi la "riforma Moratti" (L. n. 53/03) e il D. Lgs.n.76/05, che fissa l'assolvimento dell'obbligo scolastico in 8anni (5 di scuola primaria e 3 di scuola secondaria) ed afferma,nel contempo, il diritto alla formazione e all'istruzione per un minimo di dodici anni ovvero fino al conseguimento della qualifica entro il diciottesimo anno di età. La Legge "Finanziaria" del 2007 ha infine elevato il limite di età per l'accesso al lavoro da 15 a 16anni, con obbligo dell'istruzione scolastica per almeno 10 anni, ponendosi in questo modo l'obiettivo di consentire il conseguimento di un titolo di scuola secondaria superiore ovvero di una qualifica professionale di durata almeno triennale entro il termine del raggiungimento della maggiore età (obbligo richiamato anche nel D.M. del 22 agosto 2007, n.139).

prestazione di tipo amministrativo e si «esaurisce mediante la messa a disposizione di ambienti scolastici, del corpo insegnati e di tutto ciò che direttamente inerisce tali elementi organizzativi».⁵⁶

Per quanto riguarda la gratuità dell'istruzione, si intende il complesso di mezzi e diritti per il raggiungimento della finalità prevista dalla norma. La gratuità va intesa come strumento mediante il quale lo Stato può assicurare l'effettiva fruizione dell'istruzione inferiore e in questo senso la misura della gratuità è direttamente proporzionale alla misura dell'esercizio del diritto in questione: i pubblici poteri devono far sì che il fanciullo sia istruito in modo concreto, affinché il diritto ex art. 34 «non rimanga una mera enunciazione di principio».⁵⁷

In altre parole, la gratuità dell'istruzione va sempre interpretata alla luce dell'uguaglianza sostanziale di cui l'art.3, riconoscendo il diritto come «un vero e proprio diritto soggettivo a ricevere l'istruzione necessaria, malgrado ogni ostacolo di ordine economico e sociale».⁵⁸

Per riassumere, l'affermazione della gratuità e dell'obbligatorietà riferite all'istruzione consente di comprendere come nella statuizione in esame trovi fondamento da un lato un diritto, in modo generico, e dall'altro un vero e proprio dovere di istruzione. Le due situazioni giuridiche fanno capo al minore, che può soddisfare il diritto attraverso la gratuità ed adempiere all'obbligo mediante la frequenza a scuola.⁵⁹

6. Lo statuto del minore lavoratore e la protezione dallo sfruttamento

Prima dell'entrata in vigore della legge fondamentale, la tutela del lavoro minorile era vista congiuntamente a quella del lavoro femminile, con regole comuni

⁵⁶ Cfr. Corte Cost., sentenza del 4 febbraio 1967, n.7, in *Giur. Cost.* 1967, pag.64ss.

⁵⁷ Cfr. G.Galazzo, «*Obbligatoria e gratuita*»: *riflessioni in ordine alla natura sociale del diritto all'istruzione*, cit, pag. 342.

⁵⁸ Cfr. G.Matucci, *Il diritto a una didattica individualizzata e personalizzata*, cit., pag. 298-299.

⁵⁹ Su obbligo e gratuità, Cfr. A. Poggi, *Art.34*, cit, pag.705-707

derivati dalla loro situazione di debolezza. Era una normativa tendente a privilegiare la posizione del datore di lavoro e non aveva riguardo per la condizione psico-fisica di tali soggetti.

La necessità di una salvaguardia della personalità del minore e dei suoi diritti nell'ambito lavorativo, in uno Stato che promuove il lavoro come valore-cardine del nostro ordinamento⁶⁰, e riconosce questo diritto di contribuire alla crescita del Paese anche ai soggetti deboli⁶¹, trova fondamento nella garanzia costituzionale della speciale protezione dell'infanzia.

Viene riconosciuto una sorta di “statuto del minore lavoratore”, cioè un'insieme di regole protettive di cui è destinatario, appunto, il minore. Queste regole derivano da una serie di articoli della Costituzione, cioè gli artt.31 comma 2, 35, 36, 37 comma 2 e 3, 38, 39 e 40. Di particolare rilievo è l'articolo 37 (unico in tutta la Costituzione a utilizzare il termine “minore”), che attribuisce alla legge il compito di individuare il limite minimo d'età (coordinata con l'espletamento della scuola dell'obbligo) e inoltre prevede che «La Repubblica tutela il lavoro dei minori con speciali norme e garantisce ad essi, a parità di lavoro, il diritto alla parità di retribuzione».

Il legislatore ordinario ha dato specifica attuazione all'art. 37 della Costituzione con la Legge del 17 ottobre 1967, n. 977, sulla «Tutela del lavoro dei bambini e degli adolescenti», poi modificata dal decreto legislativo del 4 agosto 1999 n. 345 attuativo della Direttiva 94/33 CE e dal decreto legislativo del 18 agosto 2000,

60 Nell'art.1 Cost. comma 1 viene sancito il diritto del lavoro, da leggersi congiuntamente all'art.4, che vede il principio del diritto al lavoro non come obbligo da parte dello Stato di trovare un lavoro a tutti, ma si intende invece che lo Stato deve favorire l'economia e l'ingresso nel mondo del lavoro. Nel comma 2, viene stabilito che il lavoro, oltre che un diritto, è anche un dovere morale.

61 L'art. 2 Cost, con la parola “riconosce” intende che i diritti inviolabili, tra cui il diritto al lavoro, fanno parte del patrimonio d'ogni individuo e l'art.3 disciplina il principio di uguaglianza, che deve essere formale di tutti davanti alla legge.

n.262 (normativa che ha abbandonato il principio di assimilazione giuridica dei minori alle donne).⁶²

La disciplina distingue tra bambini e adolescenti: i primi sono i minori che non hanno compiuto i quindici anni ovvero che sono ancora soggetti all'obbligo scolastico; secondi sono i minori tra i quindici e i diciotto anni, non soggetti a obbligo scolastico.⁶³ È dunque dall'assolvimento dell'obbligo scolastico che dipende la possibilità del minore di entrare nel mondo del lavoro, in conformità anche alla disciplina della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.⁶⁴

Da questo si evince un divieto assoluto di lavorare per i bambini, ad eccezione dell'ambito domestico e delle attività non nocive o pericolose nelle imprese familiari ovvero della attività di tipo culturale, sportivo, pubblicitario, artistico e del settore dello spettacolo, con necessaria autorizzazione sia da parte dei genitori (o chi ne esercita la responsabilità genitoriale) che della Direzione provinciale del lavoro, con la formulazione di un giudizio di idoneità da parte di un medico.

Gli adolescenti possono lavorare in base, però, a condizioni particolari previste dalla legge.⁶⁵

Altro aspetto rilevante di protezione lo troviamo sotto il profilo della sanità: la generalità dei lavoratori è soggetta a controlli periodici, ma solo quando la prestazione lavorativa sia soggetta a rischio; per il minore invece sussiste una sorta di presunzione di pericolosità, per cui le visite mediche (a carico del datore di lavoro) sono sempre e comunque obbligatorie, indipendentemente dal tipo di lavoro prestato, con un intervallo non superiore nel massimo a un anno.

62 Su minori e lavoro, cfr. G. Matucci, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, cit., pag.403-405. Per approfondire il lavoro nella legislazione pre-repubblicana, vedi C.Salazar, *Art.37*, in R.Bifulco, A.Celotto, M.Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., pag. 758-759.

63 Su obbligo scolastico, vedi paragrafo precedente.

64 La carta infatti vieta il lavoro ai minore che non abbiano terminato la scuola dell'obbligo.

65 Cfr. C.Salazar, *Art.37 Cost*, cit., pag.769-770.

Un profilo rilevante dello “statuto del lavoro minorile” per la categoria dei minori stranieri non accompagnati è la protezione contro lo sfruttamento economico.⁶⁶ Il divieto allo sfruttamento⁶⁷, dedotto dal combina disposto dell'art.37 e 3 della Costituzione, fa emergere due principali esigenze, cioè il principio di parità di trattamento (e la corrispondente parità di retribuzione) e la particolare condizione del minore nei confronti del lavoro (condizione assimilata a quella della donna fino alla legge 977/1967). La normativa su questo tema ha la caratteristica, appunto, di essere protettiva: assicura la salute psico-fisica del minore e incentiva la formazione scolastica, professionale e culturale. L'esercizio del diritto al lavoro deve essere inoltre commisurato con il diritto al gioco, al riposo e al tempo libero.⁶⁸

66 Lo sfruttamento lavorativo è una forma meno conosciuta rispetto allo sfruttamento sessuale; colpisce soprattutto i minori non accompagnati di età compresa tra i 15 e i 17 anni. Questi ragazzi vengono per lo più adoperati nel settore ortofrutticolo e dell'allevamento del bestiame, il comunemente detto caporalato. Il fatto di essere soli e di non essere a conoscenza dei diritti a loro spettanti li rende particolarmente vulnerabili e sono disposti ad accettare qualsiasi tipologia di lavoro. Si trovano, poi, costretti a lavorare molte ore al giorno per un compenso minimo. Per quanto riguarda i percorsi, ad esempio, alcuni, come i minori eritrei o afgani, dopo aver percorso la rotta mediterranea, si rendono “invisibili” per poter proseguire il loro viaggio verso il Nord Europa, oppure, come nella maggior parte dei casi fanno i minori egiziani, raggiungono le grandi città come Roma e Milano dove accettano facilmente condizioni di lavoro estreme e sfruttamento per poter ripagare i debiti di viaggio. Per approfondimenti, Dossier di Save the Children, *Piccoli schiavi invisibili – I minori vittime di tratta e sfruttamento: chi sono, da dove vengono e di lucra su di loro*, (4 luglio 2016), in www.savethechildren.it

67 Divieto sancito anche nelle carte sovranazionali: la Convenzione di New York 1989 prevede il divieto di qualunque sfruttamento che possa recare pregiudizio per il benessere del bambino; in modo specifico, l'articolo 32 protegge il minore contro lo sfruttamento economico e riconosce il diritto a non essere costretto a lavori rischiosi o che possano essere pregiudizievoli per la sua educazione e per il suo sviluppo psico-fisico. L'art.35 obbliga gli Stati aderenti ad adottare la normativa necessaria, anche tramite accordi con altri Paesi, ad impedire il rapimento, la vendita e la tratta dei fanciulli. A livello europeo, la protezione del minore contro lo sfruttamento economico è previsto all'art.32 della Carta europea dei diritti fondamentali.

68 Questo diritto è riconosciuto dalla Convenzione di New York 1989: all'art.31 viene visto come fondamentale per lo sviluppo del fanciullo, perché gli permette di acquisire competenze sotto il profilo personale e sociale. Per approfondimenti, *Il diritto del bambino al riposo, tempo libero, gioco, attività ricreative, vita culturale e artistica*, Commento generale N.17 sull'articolo 31 CRC, www.gruppocrc.net

Come già detto, sono previsti limiti di età per lavorare e vengono vietate particolari forme di occupazione; inoltre sono dettate apposite misure a tutela del lavoratore, integrative a quelle già esistenti per la generalità della categoria.⁶⁹

7. Diritto alla salute e all'accesso ai servizi sanitari del minore

Il diritto alla salute fa parte dei diritti inviolabili sanciti dall'art. 2 ed è anche un interesse di tutta la collettività per cui è compito dello Stato impegnarsi per realizzare il benessere dell'individuo in quanto riguarda, oltre la sfera individuale, anche la collettività. La riforma sanitaria del 1978⁷⁰ ha riconosciuto a tutti i soggetti una parità di trattamento garantendo loro il diritto alle prestazioni sanitarie e farmaceutiche, che sono gratuite ovvero semigratuite (ticket) in rapporto all'età e al reddito.

Al comma 2 si dispone il divieto di imporre trattamenti sanitari, se non nei casi previsti dalla legge e nel rispetto della persona umana. Infatti l'individuo è libero di rifiutare interventi sulla propria persona. Il trattamento può essere imposto nel momento in cui esista la certezza che il soggetto ne tragga un vantaggio diretto e, indirettamente, se ne avvantaggi anche la collettività: un esempio sono

69 Su protezione contro lo sfruttamento economico, cfr. G. Matucci, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, cit, pag.408-416.

70 La legge 23 dicembre 1978, n.833 è una legge in materia di sanità, che ha istituito il Servizio Sanitario nazionale, sopprimendo il sistema precedente, che era di tipo mutualistico. È attuativa dell'art. 32 della Costituzione, che tutela il diritto alla salute come fondamentale per l'individuo e interesse della collettività, la Legge 833 istituisce il SSN definendolo come complesso delle funzioni, dei servizi e delle attività destinate alla promozione, al mantenimento e al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione, senza distinzione alcuna. Gli obiettivi principali sono il superamento gli squilibri territoriali nelle condizioni socio-sanitarie del paese attraverso un'adeguata programmazione sanitaria e una distribuzione uniforme delle risorse disponibili; educazione sanitaria del cittadino e delle comunità; prevenzione delle malattie e degli infortuni in ogni ambito di vita e di lavoro; sicurezza del lavoro con la partecipazione dei lavoratori e delle organizzazioni sindacali; diagnosi e cura degli eventi morbosi; tutela della salute mentale; procreazione responsabile e tutela della maternità e dell'infanzia; disciplina della sperimentazione, produzione e immissione in commercio e distribuzione dei farmaci; promozione e salvaguardia della salubrità e dell'igiene dell'ambiente naturale di vita e di lavoro.

l'obbligatorietà di alcune vaccinazioni.⁷¹ La tutela della salute non deve solo limitare ad assicurare l'assistenza sanitaria, in quanto l'integrità psicofisica dell'individuo dipende in maniera determinante dall'ambiente in cui lo stesso vive. In questa prospettiva il concetto di diritto alla salute comprende, ad esempio, anche il diritto ad un ambiente salutare e non inquinato, all'uso di beni di consumo e di alimenti che non siano nocivi.⁷²

È riconosciuto, grazie alle fonti di diritto internazionale ed europeo, ai minori di età. La Costituzione italiana non enuncia tale diritto con riferimento specifico ai minori, ma può essere ricondotto in modo implicito, appunto, nella categoria dei diritti inviolabili dell'uomo, grazie all'art.2. Un problema deriva dalla capacità di prestare consenso: posto che, trattandosi di situazioni esistenziali non bisogna fare riferimento alla capacità di agire operante per nei rapporti patrimoniali, come ci si comporta nel caso in cui si sia di fronte a un minore solo? L'orientamento è quello di permette al minore di prestare consenso autonomo quando si verifichi la sua attitudine a comprendere i rischi e implicazioni dei trattamenti sanitari che lo riguardano. Nel caso in cui si rilevi l'assenza di questa attitudine, è il genitore ovvero il rappresentante legale a dover decidere per lui: nel diritto vigente, infatti, il consenso deve essere sempre presentato dai genitori o dal suo legale rappresentante (salvo eccezioni indicate in leggi speciali, in cui viene lasciato uno spazio di autonomia decisionale). Il minore straniero non accompagnato dunque resterebbe privo di tutela.

71 In tema di vaccini, il recente il decreto-legge 7 giugno, n. 73 introduce l'obbligo delle vaccinazioni per l'accesso alla scuola. Il provvedimento è diretto a garantire in maniera omogenea sul territorio nazionale le attività dirette alla prevenzione, al contenimento e alla riduzione dei rischi per la salute pubblica con particolare riferimento al mantenimento di adeguate condizioni di sicurezza epidemiologica in riferimento a profilassi e di copertura vaccinale.

72 Su diritto alla salute, vedi A.Simoncini, E.Longo, *Art.32*, in R.Bifulco, A.Celotto, M.Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., pag. 655 ss; D.Vincenzi Amato, *Art.32*, in G.Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit, pag.168ss.

In sintonia con l'orientamento sopra descritto, però, il minore non solo deve essere comunque informato dei trattamenti sanitari di cui è soggetto, ma ha diritto anche di esprimere il proprio parere.⁷³

Tornando al problema posto precedentemente, dalla normativa vigente in tema di consenso e salute è evidente come sia necessaria la nomina di un tutore (tema trattato nei capitoli successivi) per il minore straniero non accompagnato, in modo tale che la sua posizione giuridica sia pienamente tutelata in caso di malattia e necessità di accedere al servizio sanitario.

8. Il minore e la giustizia

Il minore che si pone in contrasto con le regole della comunità di appartenenza necessita di una rieducazione al fine di essere reintrodotta nella società: le carte internazionali regolano sotto vari aspetti e in modo dettagliato questa situazione.⁷⁴

La disciplina costituzionale sul tema nel nostro ordinamento la si può trovare analizzando congiuntamente gli artt. 2, 3, 13, 27 e 31. Partendo da quest'ultima, che impegna la Repubblica a proteggere l'infanzia e la gioventù, in combinato disposto con gli altri articoli citati, si arriva a evidenziare l'importanza di una disciplina rafforzata per i minori, quando si parli di istituti limitativi della libertà personale e l'istituto del carcere con finalità rieducativa. In altre parole, la funzione protettiva porta e una disciplina differenziata da quella degli adulti

73 Questo diritto è espressione del diritto del minore di partecipare nelle decisioni che lo riguardano e diritto di essere ascoltato. Il punto cruciale è capire la portata di questa partecipazione, in altri termini quanto il volere del minore possa incidere sul consenso in concreto. Su consenso informato del minore e approfondimenti, cfr. G. Matucci, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, cit, pag.144-170

74 Tra le tante, art.37 e 40 della Convenzione dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, le Regole minime per l'amministrazione della giustizia minorile, le Linee guida per la prevenzione della delinquenza minorile e le Regole minime per le misure non detentive. L'art.37, in particolare, pone dei limiti alle restrizioni della libertà del minore. Le disposizioni europee sul tema le troviamo nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, in particolare gli artt. 5, 6, 7 e 8, e gli artt. 1, 4, 5, 6, 7, 47-50 della Carta europea dei diritti fondamentali.

quando in riferimento alla posizione del minore deviante: la disciplina deve concentrarsi in modo pregnante sul processo di maturazione, in modo tale da rendere il minore più consapevole sulle sue scelte in riferimento alle norme penali.⁷⁵

75 Per approfondimenti, G.Matucci, Lo statuto costituzionale del minore d'età, cit., pag.113-134

CAPITOLO 3

I MINORI STRANIERI NEL DIRITTO ITALIANO

1. Gli stranieri nella Costituzione italiana

La Costituzione italiana non contiene indicazioni specifiche sui minori stranieri, né in riferimento alla definizione di questa categoria di persone, né in relazione ai loro diritti.

Tuttavia la materia ad oggetto viene disciplinata a livello costituzionale dagli articoli 29, 30, 31 e 32. Questi danno fondamento a diversi principi: principio di unità familiare; tutela dei minori, che si realizza attraverso il diritto-dovere spettante ai genitori di mantenere, istruire ed educare i figli; diritto alla salute quale diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività.

Per completare il quadro è necessario richiamare anche gli articoli 13 e 14 che, seppur indirettamente, sono la base necessaria per il riconoscimento del diritto all'identità personale e all'abitazione.¹

La tematica dei minori stranieri va tracciata anche sulla base dei principi posti a livello internazionale e comunitario in tema di famiglia, tutela dei minori e diritti degli immigrati.

L'art.10, affermando che lo *status* giuridico dello straniero è regolato dalla legge in conformità alle norme e ai trattati internazionali, può essere considerato come “l'architrave” della materia in esame. Particolarmente rilevante è il terzo comma, secondo cui «lo straniero al quale sia impedito nel suo Paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge». Secondo questa disposizione quindi, gli stranieri sono titolari del diritto d'asilo

1 Cfr. E.Cheli, *Diritti degli immigrati: principi costituzionali e internazionali*, in R. Pisillo Mazzeschi, P. Pustorino, A. Viviani (a cura di), *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, Napoli 2010, pag.1

costituzionale in ogni caso in cui trovino «ripugnante alla loro coscienza civile e morale vivere in uno Stato autoritario»².

Nonostante l'art.10 si riferisca in modo generico agli stranieri, l'evoluzione normativa e politica ha portato a una differenziazione interna di tale categoria di soggetti.

La prima distinzione si pone in base al possesso o meno della cittadinanza europea.³

Coloro i quali non siano né cittadini italiani, né cittadini europei vengono considerati stranieri extracomunitari. All'interno di questa categoria la Costituzione prevede particolari forme di tutela per i soggetti richiedenti asilo.

La Carta fondamentale, al fine di riconoscere il diritto d'asilo, richiede solo la fuga, ossia il fatto che lo straniero abbia trovato il modo di recarsi presso le frontiere italiane.

In proposito si deve evidenziare che il legislatore ordinario non potrebbe in alcun modo alterare la causa di giustificazione dell'istituto; non potrebbe nemmeno limitare l'ambito soggettivo degli aventi diritto d'asilo, ad esempio escludendo a priori categorie di stranieri provenienti da Paesi considerati come "sicuri". Il riconoscimento del diritto d'asilo deve derivare infatti da una valutazione individuale e soggettiva. Da questo si evince che legislatore deve limitarsi a disciplinare le procedure di riconoscimento e di revoca di tale diritto, nonché le condizioni che permettono la permanenza nel territorio italiano dello straniero richiedente asilo.⁴

All'interno della categoria degli stranieri che sono cittadini provenienti da paesi terzi all'Unione europea, si possono individuare due macro-categorie, a seconda delle ragioni che portano il soggetto a migrare:

2 Cfr. A. Cassese, *Art. 10*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit.

3 Con l'entrata in vigore del trattato di Maastricht nel 1992, il cittadino dell'Unione europea gode di una posizione privilegiata che deriva dalle stesse fonti europee.

4 Cfr. M. Benvenuti, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano*, Padova 2007, pag XVIII.

- migrazioni economiche, ovvero migrazioni volontarie, volte principalmente alla ricerca di un'occupazione;
- migrazioni forzate, ovvero migrazioni non volontarie motivate da persecuzioni politiche o di altra natura, che fondano la richiesta di protezione internazionale.

Considerando in questa sede lo straniero come categoria singola, la nostra Costituzione tutela questi soggetti muovendo da una lettura sistematica di tre disposizioni. In primo luogo l'art.2 riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, nella consapevolezza che «i diritti che la Costituzione proclama inviolabili spettano ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani»⁵.

L'altro riferimento costituzionale è l'art.3, ovvero il principio di uguaglianza e di pari dignità sociale, principio che si riferisce ai cittadini, ma che secondo la Corte costituzionale deve ritenersi applicabile a ogni persona, visto che tale principio «non esclude [...] che l'eguaglianza davanti alla legge sia garantita agli stessi stranieri dove si tratti di assicurare la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo».⁶

A completare la tutela dei diritti dello straniero ci pensa il già citato art.10: al comma 2 specifica che lo *status* giuridico dello straniero deve essere regolato dalla legge in conformità alle norme e ai trattati internazionali. Questa riserva di legge risulta oggi rafforzata dall'art.117 comma 1, secondo cui la potestà legislativa è esercitata rispettando i vincoli che derivano dall'ordinamento della comunità europea e dagli obblighi internazionali.⁷

La stessa Corte costituzionale, con una sentenza risalente nel tempo, in particolare

5 Cfr. Corte cost., sent. del 22 marzo 2001 n.105, in *Giur. cost.* 2001, pag.684, con nota redazionale di R.Alesse e con osservazione di A.Pertici, *La Corte sceglie il rigore: questione inammissibile per insufficiente definizione dell'oggetto e genericità della relativa motivazione.*

6 Cfr. Corte cost., sent. del 20 maggio 1979 n.54, in *Giur. cost.* 1979, pag.426, con osservazioni a prima lettura decreti reali in materia di estradizione R.D'Alessio; cfr. S.Castellazzi, *La condizione giuridica dello straniero*, in V.Gasparini Casari (a cura di), *Il diritto dell'immigrazione*, Modena 2010, pag.146

7 Cfr. F. Biondi Dal Monte, *Dai diritti sociali alla cittadinanza*, Torino 2013, pag.21-23.

la sentenza del 15 novembre 1967 n.120, ha sottolineato che la tutela dei diritti fondamentali dello straniero e la connessa protezione costituzionale trovano fondamento nella lettura sistematica degli art. 2, 3 e 10.2.

Il combinato disposto di questi principi costituzionali, avente come destinatari tutti gli individui, anche privi dello *status civitatis*, risolve il dibattito che caratterizzò gli studi dei diritti fondamentali degli stranieri, avente ad oggetto il contenuto della Costituzione: quest'ultimo distingueva la titolarità dei diritti in base al possesso della cittadinanza.⁸ Era necessario di volta in volta verificare se e sotto quali profili potesse esserci l'estensione delle libertà dei cittadini anche agli stranieri.⁹

La garanzia dei diritti fondamentali della persona, nel suo patrimonio indefettibile e inviolabile della Costituzione del 1948, costituisce un dovere di attuazione per lo Stato. In capo ai poteri pubblici, oltre alla non interferenza nella sfera giuridica degli individui, è posto un preciso dovere e obbligo di attivarsi per il superamento degli ostacoli che di fatto impediscono la piena uguaglianza delle persone.¹⁰

Per il riconoscimento dei diritti sociali¹¹ è necessaria la mediazione legislativa, la quale deve definire le condizioni di accesso e fruizione del bene oggetto di diritto: con specifico riferimento anche agli stranieri, deve essere esercitata sulla base di quanto previsto dalle norme e dai trattati internazionali, nonché dagli obblighi

8 In base a questa distinzione, è necessario di volta in volta verificare se il diritto sia riservato o meno ai cittadini, cfr. A.Pace, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, in *Rivista AIC*, 2010.

9 Questa indagine veniva effettuata sulla base del principio di reciprocità, contenuto dell'art.16 delle disposizioni preliminari al codice civile, con riferimento al godimento dei diritti civili. In base a questo principio il riconoscimento di tali diritti dipendeva dal riconoscimento degli stessi al cittadino italiano che fosse nello stato di provenienza dello straniero in questione. La corte di cassazione ha ritenuto che tale principio ha portata residuale, perché concerne i diritti non rientranti nel novero di quelli riconosciuti dalla Costituzione, quindi lo straniero in difficoltà può avvalersi di tutti gli strumenti ideati per i cittadini a tutela dei diritti costituzionali; cfr. Cassazione, sez.III, 450/2011.

10 Cfr. D. Bifulco, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli 2003, pag.77

11 Per diritti sociali si intende il complesso di tutele e servizi erogati dallo stato e dagli enti locali al fine di garantire una rete di protezione sociale: istruzione, sanità, previdenza sociale, servizi socio-assistenziali.

derivanti dalla normativa dell'Unione Europea.¹²

2. Gli stranieri nella legislazione ordinaria

È dentro la cornice del diritto costituzionale, internazionale ed europeo, che si è sviluppata la nostra legislazione in tema di immigrazione e di stato giuridico dello straniero.

Una legislazione che è rimasta a lungo ferma: infatti era ancorata alla disciplina del Testo unico di pubblica sicurezza del 1931, fino alla svolta degli anni '90.¹³

Il fenomeno migratorio nel contesto italiano è venuto a svilupparsi in modo considerevole proprio a partire da questi anni, assumendo proporzioni crescenti fino a raggiungere nel 2015 il numero di 153 mila persone e nel 2016 ben 181 mila persone, con un aumento quindi del 18% rispetto l'anno precedente.¹⁴

Il legislatore italiano ha assunto nel corso degli anni atteggiamenti diversi rispetto questa problematica, soprattutto in base alle diverse maggioranze politiche.

La svolta giuridica avviene con approvazione di diverse leggi, che ci portano oggi ad avere un “Testo unico sull'immigrazione e la condizione dello straniero”, volto a confermare, nei confronti degli stranieri, il principio costituzionale del riconoscimento dei diritti fondamentali della persona previsti dalla normativa interna, in riferimento anche alla disciplina europea e internazionale, arrivando ad attribuire agli stranieri cosiddetti regolari la piena parità dei diritti sociali coi cittadini italiani.¹⁵

Il primo intervento normativo in tema di immigrazione è la legge 30 dicembre

12 Cfr. F.Biondi Dal Monte, *Dai diritti sociali alla cittadinanza*, cit., pag.76.

13 Cfr. R. Pisillo Mazzeschi, P. Pustorino, A. Viviani (a cura di), *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, Napoli 2010, pag. 4

14 Dati raccolti dall'agenzia UNHCR (*United Nations High Commissioner for Refugees*); è l'Agenzia delle Nazioni Unite specializzata nella gestione dei rifugiati; fornisce loro protezione internazionale ed assistenza materiale, vedi www.unhcr.it

15 Cfr. R. Pisillo Mazzeschi, P. Pustorino, A. Viviani (a cura di), *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, cit., pag. 4-5.

1986, n. 943, che però ha un ambito applicativo ristretto. Infatti questa legge fissa le coordinate sulla parità di trattamento tra lavoratori italiani e extracomunitari, quindi l'ambito applicativo è soltanto la materia del diritto del lavoro.

Successivamente il decreto legge 416 del 30 dicembre 1989, convertito in legge il 28 febbraio 1990, n.39 (legge “Martelli”), ha recepito l'Accordo di Shengen, pure non regolando molti aspetti della condizione giuridica dello straniero. Il decreto è stato emanato con la finalità di regolare l'immigrazione, ridefinire lo *status* di rifugiato, programmare i flussi dall'estero, precisare le modalità di ingresso e respingimento alla frontiera e regolare il soggiorno in Italia.

La Corte costituzionale si è pronunciata su questo decreto nel 1997, affermando che è compito dello Stato presidiare le proprie frontiere e che le regole stabilite in funzione d'un ordinato flusso migratorio e di un'adeguata accoglienza vanno rispettate essendo finalizzata alla tutela della difesa della collettività nazionale.¹⁶

Finalmente con la legge 6 marzo 1998, n.40, poi confluita nel d.lgs 28 luglio 1998, n.286, appunto il Testo unico in materia di immigrazione, si è adottata una disciplina unitaria in questa materia, regolando sia il sistema di ingressi, che i diritti dello straniero nel territorio. In questo testo particolare attenzione viene data proprio ai diritti sociali.

Nell'attuazione del provvedimento, il testo prevede il coinvolgimento anche di Regioni e enti locali.

La disciplina è stata più volte ritoccata. La riforma di maggior impatto è data dalla legge 30 luglio 2002, n. 189 (legge “Bossi-Fini”), il cui punto cruciale è stato la previsione della possibilità di ingresso nel nostro territorio solo se in possesso preventivamente di un lavoro, rivedendo e inasprendo il sistema delle espulsioni.

La materia viene poi modificata ogni anno, in particolar modo per quanto riguarda il lato economico e, quindi, con le leggi finanziarie. A titolo esemplificativo, la

¹⁶ Cfr. Corte cost, sentenza del 21 novembre 1997, n. 353, in *Giur. cost.* 1997, pag.3458-3459, con nota di G.Bianco e con osservazione di G.Cinanni, *Tre principi per una disciplina organica e coerente sull'immigrazione.*

legge finanziaria per il 2001 ha modificato l'art. 41, limitando fortemente la possibilità di beneficiare delle prestazioni assistenziali di tipo economico, mentre, sempre a titolo esemplificativo, la legge finanziaria del 2015 ha introdotto il *bonus bebè* anche per gli stranieri.

Guardando alla materia penale¹⁷, invece, l'introduzione del reato di ingresso di soggiorno illegale sul territorio ha influito in modo significativo sul complesso dei diritti sociali dello straniero irregolare.

Il Testo unico è inoltre il contesto normativo nel quale si sono recepite tutte le direttive dell'Unione europea in tema di immigrazione, come ad esempio la disciplina sul permesso di soggiorno CE.

Le ultime disposizioni in materia di immigrazione sono derivanti dal fenomeno migratorio eccezionale dell'ultimo biennio, che ha portato il governo ad adottare un decreto urgente riguardante la gestione dei migranti.

Il decreto, D.L. 17 febbraio 2017, n.13 (decreto "Minniti-Orlando), prevede l'apertura di nuovi CIE (Centri di Identificazione e Espulsione degli stranieri irregolari) e prevede l'accelerazione delle procedure per l'espulsione degli immigrati irregolari. Il tempo massimo di permanenza in questi centri è di 18 mesi.

Una peculiarità di questo decreto è la previsione, per la prima volta, della possibilità per i Comuni di far lavorare i migranti in modo gratuito e volontario a lavori di pubblica utilità. Inoltre il decreto prevede la creazione di in quattordici tribunali ordinari di sezioni specializzate, appositamente dedicate ai rimpatri e alle richieste d'asilo.

Il decreto 13/2017 è stato convertito dalla legge 13 aprile 2017, n.46, le cui principali modifiche al decreto legge riguardano le sezioni dei tribunale specializzate, l'impugnazione dei provvedimenti delle commissioni territoriali, le

¹⁷ Sulla normativa in materia di immigrazione, cfr. F. Biondi Dal Monte, *Dai diritti sociali alla cittadinanza*, cit., pag.44-49.

notifiche degli atti ai richiedenti asilo, le controversie in materia di protezione internazionale e la previsione della non applicazione delle nuove disposizioni ai minori stranieri non accompagnati (in previsione della successiva legge recante «Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati»¹⁸).

3. Normativa italiana sui minori stranieri.

La normativa italiana in materia di minori stranieri è formata da una pluralità di fonti e decreti legislativi di recepimento delle direttive europee in materia di asilo. Prima di tutto è bene sottolineare chi siano considerati bambini stranieri: per fare questo si deve partire da un accertamento negativo, identificando chi sono i minori italiani.

Secondo all'art.1 della legge 5 febbraio 1992 n.91 sono cittadini per nascita tutti i soggetti nati da padre o madre di nazionalità italiana; in Italia vige lo *ius sanguinis* (acquisizione della cittadinanza per il fatto della nascita da un genitore in possesso della stessa), mentre il cosiddetto *ius soli* nasce solo se il minore, nato nel territorio della Repubblica, sia in stato di abbandono o nato da genitori apolidi ovvero se il figlio non segue la cittadinanza dei genitori per la disciplina dello Stato di provenienza. Per il riconoscimento di questo diritto, dal 2003 si stanno muovendo diverse forze politiche, attraverso alcune proposte di legge, per ora senza riscontro.¹⁹

18 Per approfondimenti, vedi *È legge il decreto Minniti sul contrasto all'immigrazione illegale*, in www.interno.gov.it.

19 Da oltre 13 anni si discute su questa materia in Parlamento; l'attuale proposta di legge sulla cittadinanza introdurrebbe nel nostro ordinamento il cosiddetto "*ius soli soft*" per i figli di immigrati nati in Italia: la possibilità di ottenere la cittadinanza sarebbe condizionata qualora venissero rispettate condizioni previste dalla normativa. Accanto allo *ius soli* si prevede l'introduzione di una nuova fattispecie, chiamata *ius culturae*, di acquisto della cittadinanza in seguito ad un percorso scolasti. Per approfondimenti, Commissione affari costituzionali, *La riforma della legge sulla cittadinanza*, in www.camera.it.

In base all'art.14 della sopraindicata legge, acquisisce cittadinanza italiana il minore figlio di genitori che abbiano acquisito cittadinanza italiana, con facoltà di rinunciare una volta divenuti maggiorenni.

Inoltre, secondo le norme in materia di cittadinanza, non sono stranieri i bambini che sono stati adottati: essi acquistano la cittadinanza dal momento in cui diventa definitivo il provvedimento di adozione; mentre rientrano nella categoria di stranieri i bambini in affidamento pre-adoztivo o in affidamento familiare ex legge 4 maggio 1983, n. 184.

Come detto precedentemente, sono stranieri i bambini nati in Italia da genitori stranieri; potranno acquisire la cittadinanza italiana se risiederanno in Italia senza interruzioni e se al raggiungimento della maggiore età ne faranno richiesta.

La legge 20 gennaio 2016, recante «Disposizioni per favorire l'integrazione sociale dei minori stranieri residenti in Italia mediante l'ammissione nelle società sportive appartenenti alle federazioni nazionali, alle discipline associate o agli enti di promozione sportiva», disciplina la "cittadinanza sportiva". La legge tende a rendere omogenea la regolamentazione della procedura di tesseramento per varie discipline sportive, eliminando ogni discriminazione tra alcune di esse e a favorire la partecipazione dei minori stranieri allo sport. All'art.1 comma 1 della legge viene previsto che il minore straniero di anni diciotto che risulti residente nel territorio italiano almeno dal compimento del decimo anno di età, può essere tesserato presso le società sportive appartenenti alle federazioni nazionali, alle discipline associate o presso associazioni o enti di promozione sportiva con le medesime procedure previste per il tesseramento dei cittadini italiani. Il comma 2 afferma che «resta valido, dopo il compimento del diciottesimo anno di età, fino al completamento delle procedure per l'acquisizione della cittadinanza italiana da parte di soggetti che, ricorrendo i presupposti di cui alla legge 5 febbraio 1992, n.31, hanno presentato tale richiesta». La normativa è volta a superare i precedenti limiti alle possibilità dei minori stranieri di partecipare alle attività sportive: le procedure di tesseramento sono demandate all'autonomia statutaria delle singole

federazioni sportive e non tutte hanno adottato disposizioni per equiparare gli atleti stranieri nati in Italia agli atleti italiani.²⁰

I minori stranieri vengono così classificati:

- minori stranieri: i minori aventi cittadinanza di uno Stato non appartenente all'Unione europea;
- minori comunitari: i minori aventi cittadinanza di uno Stato appartenente all'Unione europea;
- minori di cittadinanza non italiana: tutti i minori che non possiedono cittadinanza italiana, dunque senza distinzione tra minori stranieri e comunitari.

Passando a considerare le disposizioni costituzionali, i minori stranieri sono destinatari delle norme dettate a favore dei minori in generale.

Gli articoli 30 e i seguenti delineano una sorta di statuto a tutela del minore e nel farlo individuano i minori in quanto tali, a prescindere della condizione di cittadino. Grazie al lavoro interpretativo di giurisprudenza e dottrina, questi principi sono implicito fondamento costituzionale del *best interests* del fanciullo.²¹ Inoltre lo stesso legislatore interpreta la tutela costituzionale del minore alla luce del principio in questione, basti pensare all'art.28 del Testo unico sull'immigrazione che, in riferimento ai procedimenti amministrativi e giurisdizionali volti all'attuazione del diritto all'unità familiare e riguardanti i minori, cita espressamente la priorità del superiore interesse del minore. Si tratta di un parametro centrale per il bilanciamento relativo alla condizione del minore straniero.²²

20 P.Bonetti, *La legge sulla "cittadinanza sportiva"*, in *Osservatorio italiano. Rassegna delle leggi, dei regolamenti e dei decreti statali*, in www.dirittoimmigrazione cittadinanza.it, (consultato il 9 giugno 2017).

21 Per approfondimenti, cfr G.Matucci, *Lo statuto costituzionale del minore di età*, cit.; E.Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei best interest of the child nella prospettiva costituzionale*, cit.

22 Cfr. A. Patroni Griffi, *Protezione dei minori stranieri*, in R. Pisillo Mazzeschi, P. Pustorino, A. Viviani (a cura di), *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, cit.,

Emerge dunque dal dettato costituzionale una considerazione del minore quale “soggetto debole”, che lo porta ad essere titolare di una serie di diritti, ma anche ad essere soggetto passivo di doveri in capo ad altri soggetti.

Inoltre, nella prospettiva del principio di uguaglianza, l'ordinamento costituzionale prevede la parità di trattamento tra minore straniero e minore italiano; la mancanza di cittadinanza non può valere come fondamento di una sorta di “stato di eccezione” valevole solo per i migranti.

In questo senso si è orientata la Corte Costituzionale, che già nel 1986 ha espressamente riconosciuto l'applicabilità del principio del superiore interesse dei minori anche agli stranieri. Nel caso di specie, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disciplina sulle adozioni nella parte in cui non estendeva, retroattivamente, la giurisdizione e la disciplina italiana al minore straniero in stato di abbandono in Italia, con violazione sia dell'art.2 che dell'art.3 Costituzione: il *favor minoris*, in questa legge, risultava applicabile solo per i minori italiani.²³

Successivamente, la Corte ha riconfermato l'applicabilità del principio del *best interests* nelle ipotesi di adozione del bambino straniero, a garanzia di parità di trattamento rispetto al cittadino italiano, con conseguente godimento per tutti i minori dei diritti essenziali, quali il diritto alla formazione della personalità nell'ambito della famiglia d'origine ovvero il diritto di avere una famiglia adottiva adeguata.²⁴

Ancora, la Corte si è pronunciata sull'irragionevole differenza di trattamento tra straniero e cittadino, minore e non, regolare o irregolare, rigettando la questione, ma laddove si interpreti una norma in modo da ricavare una disciplina conforme alla Costituzione. Quindi la Corte pronuncia sentenze interpretative di rigetto della questione di legittimità, ma ricostruendo il contenuto della legge come esteso

pag.259-260.

23 Cfr. Corte Cost., sentenza del 18 luglio 1986, n.199, in *Giur. cost.* 1986, pag. 1567.

24 Cfr. Corte cost., sentenza del 11 dicembre 1989, n. 536, in *Giur. cost* 1989, pag.2465-2466.

anche agli stranieri.²⁵

Ad esempio in una sentenza avente ad oggetto il trattamento legislativo dei minori stranieri, in riferimento all'assenza di un espresso richiamo al diritto di iscrizione negli elenchi speciali degli stranieri invalidi e disoccupati, ha respinto la questione evidenziando che il ragionamento dovrebbe essere rovesciato, in quanto per far sì che la questione sia accolta sarebbe necessario rivenire una norma che neghi agli extracomunitari tale diritto, in deroga alla piena eguaglianza.²⁶

L'indirizzo della Corte è evidente: in mancanza di una norma derogatoria del regime ordinario, la normativa va applicata a tutti gli individui, stranieri e non, senza distinzione.

Non mancano comunque sentenze additive basate sul principio di uguaglianza, come quella relativa al divieto di espulsione, in relazione allo statuto costituzionale della maternità e dell'infanzia. In questa sentenza è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale della norma nella parte in cui non viene esteso il divieto di espulsione al marito convivente con la donna incinta o nei sei mesi successivi al parto.²⁷

In conclusione per la tutela dei minori stranieri non basta guardare alla normativa ordinaria, ma è necessario guardare l'interpretazione data dalla Consulta alle varie disposizioni legislative.

4. Il titolo di soggiorno

Il permesso di soggiorno è un documento rilasciato dalle autorità italiane a seguito della richiesta effettuata da un soggetto entrato regolarmente nel territorio italiano. Nell'art.4 del Testo unico sull'immigrazione vengono previste le modalità di

25 Cfr. A. Patroni Griffi, *Protezione dei minori stranieri*, cit., pag 265.

26 Cfr. Corte cost., sentenza del 30 dicembre 1998 n.454, in *Giur.Cost.* 1998, pag. 3770-3771, con osservazioni di P.Bonetti, *La parità di trattamento tra stranieri e cittadini nell'accesso al collocamento obbligatorio degli invalidi: quando la Corte decide di decidere.*

27 Cfr. Corte cost., sentenza del 12 luglio 2000 n.376, in *Giur. cost.* 2000, pag. 2682

ingresso nel territorio dello Stato: per effettuare l'ingresso sono necessari il passaporto o un documento equivalente e il visto d'ingresso, salvi i casi di esenzione. Viene rilasciato un talloncino con l'indicazione della durata della permanenza, che non può superare i 90 giorni. Nel caso in cui il soggetto intenda trattenersi per un periodo superiore ai giorni ivi indicati, deve richiedere il permesso di soggiorno al questore della provincia in cui si trova, entro otto giorni lavorativi dal suo ingresso nel territorio dello Stato.

Il Testo unico sull'immigrazione prevede requisiti assai stringenti sia per il rilascio del permesso di soggiorno, che per il relativo rinnovo. Fatti salvi i casi particolari, il rilascio di tale permesso necessita della garanzia di disponibilità di un alloggio e di risorse economiche sufficienti per la permanenza nello Stato.

La giurisprudenza costituzionale si è posta il problema della liceità di tali restrizioni, non tanto in riferimento al godimento dei diritti una volta entrato, ma in riferimento alla possibilità di ingresso.²⁸

La Corte costituzionale, con più sentenze, ha affermato che «le ragioni della solidarietà umana non possono essere affermate al di fuori di un corretto bilanciamento dei valori in gioco, di cui si è fatto carico il legislatore». Quindi secondo la Corte, la valutazione per l'ingresso dello straniero è subordinata al bilanciamento di vari interessi pubblici, per esempio l'ordine pubblico, la sanità, l'interesse collettivo e il vincoli internazionali. Il bilanciamento tra i vari interessi spetta al legislatore, che possiede in materia un'ampia discrezionalità, limitata solo dal vincolo della manifesta irragionevolezza delle sue scelte.²⁹

28 Cfr F.Biondi Dalmonte, *Dai diritti sociali alla cittadinanza*, cit. , pag.73-74. Sul punto l'art. 2 del D.Lgs 286/1998 afferma che «allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti. Lo straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato gode dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano, salvo che le convenzioni internazionali in vigore per l'Italia e il presente testo unico dispongano diversamente.»

29 Cfr. Corte cost., sentenza del 16 luglio 1970 n.144, in *Giur. cost.* 1970, pag.1664, con osservazioni A.Cassese, *Principio di eguaglianza e assunzione al lavoro degli stranieri*;

Come prima accennato, il T.U sull'immigrazione fa salvi i casi particolari tra cui la minore età.

Le tipologie di permesso di soggiorno attribuite allo straniero minore di anno diciotto sono: permesso per minore età, per affidamento, per motivi familiari, per protezione sociale, per richiesta d'asilo.

Prima della legge 7 luglio 2016, n.122 («Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea»), i minori infraquattordicenni venivano di norma iscritti nel titolo di soggiorno di uno o di entrambi i genitori fino al compimento del quattordicesimo anno di età e seguivano la condizione giuridica del genitore con il quale convivono, ovvero la più favorevole tra quelle dei genitori con cui convivono. Al compimento del quattordicesimo anno di età otteneva il permesso di soggiorno per motivi familiari valido fino al compimento della maggiore età. L'art.10 della legge, di modifica dell'art.31 T.U immigrazione, stabilisce che sia rilasciato un permesso di soggiorno per motivi familiare al figlio del minore straniero con questi convivente e regolarmente soggiornate: in questo modo il minore entra in possesso di un titolo diverso dal quello del genitore convivente. Resta ferma la previsione secondo cui il minore segue la condizione giuridica del genitore col quale convive ovvero la più favorevole tra quelle dei genitori. Inoltre, ai sensi dell'art. 4 della legge 4 maggio 1983, n.184 in tema di adozione e affidamento dei minori, il fanciullo segue la condizione dello straniero al quale è affidato, sempre se più favorevole. Il comma 3 dell'art.10 prevede una disposizione transitoria: una volta entrata in vigore la legge (23 luglio 2016), al momento del rinnovo del permesso del genitore ovvero dell'affidatario, viene rilasciato un permesso autonomo al minore già iscritto nel permesso del genitore.³⁰

sentenza del 21 novembre 1997 n.353 , in *Giur.Cost.* 1997, pag.3458, con osservazione di G.Cinanni, *Tre principi per una disciplina organica e coerente sull'immigrazione*; sentenza del 26 maggio 2006 n.206, in *Giur.Cost.* 2006, pag.2081.

30 Cfr.P.Bonetti, *Il rilascio di permessi di soggiorno individuali anche ai minori stranieri di età inferiore a 14 anni*, in *Osservatorio italiano. Rassegna delle leggi, dei regolamenti e dei*

Ai sensi dell'art.30 comma 1 del Testo Unico 286/1998, il permesso di soggiorno per motivi familiari viene rilasciato al minore straniero che ha fatto ingresso nel territorio italiano con un visto per ricongiungimento familiare.

Per richiederlo, la legge prevede che lo straniero sia titolare di un permesso di soggiorno per soggiornanti di lungo periodo o di un permesso di soggiorno di durata non inferiore a un anno rilasciato per diversi motivi, quali ad esempio il lavoro; deve dimostrare la disponibilità di un alloggio dotato dei requisiti igienico-sanitari e di idoneità abitativa; deve dare prova di avere la disponibilità di reddito annuo derivante da fonti lecite, non inferiore ad una soglia minima, stabilita di anno in anno e aumentata in proporzione al numero di familiari che formano il nucleo.³¹

A tal proposito, la Corte costituzionale ha previsto che contrasta con gli art.30 e 31 Costituzione, sulla eguale tutela dei figli nati fuori dal matrimonio e sulla speciale protezione dell'infanzia, l'art.4 comma 1 legge 943/1986, in materia di trattamento dei lavoratori extracomunitari, nella parte in cui non prevede, a favore del genitore straniero, il diritto di soggiorno in Italia, sempre che possa godere di normali condizioni di vita, per ricongiungersi al figlio, considerato minore per la legislazione italiana, legalmente residente in Italia con l'altro genitore, ancorché non unito al primo in matrimonio.³²

Al minore convivente con un parente entro il secondo grado di cittadinanza italiana viene rilasciato il permesso di soggiorno senza la dimostrazione di alcuno requisito di reddito e alloggio.

Il problema nasce qualora i genitori stranieri non siano regolari oppure il minore sia in stato di abbandono.

Il T.U. immigrazione all'art.6 prevede che, ad eccezione dei provvedimenti riguardanti le attività sportive e ricreative a carattere temporaneo, per quelli

decreti statali, in www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it, (consultato il 9 giugno 2017).

31 Cfr. Art.29 D.lgs 286/1998

32 Cfr. Corte cost., sentenza del 26 giugno 1997 n.203, in *Giur. cost.*1997, pag.1948.

inerenti all'accesso alle prestazioni sanitarie di cui all'art.35 e per quello relativi alle prestazioni scolastiche obbligatorie, non vi sia l'obbligo di presentare il premesso di soggiorno.

Nonostante questa previsione, si è registrata una certa reticenza da parte dei genitori stranieri non regolari alla registrazione del figlio³³: non conoscendo il motivo di esenzione di cui all'art.6, per paura di essere denunciati, non si preoccupano di richiedere il rilascio di soggiorno per i figli minorenni.

Per risolvere questo problema il Ministero dell'interno, con circolare n.19 del 7 agosto 2009, ha chiarito che gli atti di stato civile, quali la dichiarazione di nascita del riconoscimento del figlio naturale, non sono soggetti all'obbligo di cui all'art.6 D.lgs 286/1998, «trattandosi di dichiarazioni rese, anche a tutela del minore, nell'interesse pubblico della certezza delle situazioni di fatto». Questa precisazione non ha avuto grande riscontro perché non adeguatamente pubblicizzata e il fenomeno dei minori stranieri irregolari è ad oggi ancora molto diffuso.³⁴

Altro permesso di soggiorno citato è quello per motivi di protezione sociale. L'art.18 del T.U immigrazione prevede il rilascio di questo tipo di permesso ad una persona straniera vittima di violenza o grave sfruttamento e prevede la possibilità di un suo inserimento in programmi di assistenza e integrazione sociale. La legislazione italiana è basata su un sistema a “doppio binario”: infatti il rilascio di questo permesso è previsto sia nel caso in cui la vittima che fugga da trafficanti sia pronta a presentare alla polizia una denuncia contro i suoi sfruttatori e cooperi con le successive procedure giuridiche, sia nel caso in cui la vittima si ritiri dal sistema di sfruttamento e accetti di partecipare a programmi di assistenza

33 Infatti ai sensi dell'art.361 e 362 cp, il pubblico ufficiale e l'incaricato di pubblico servizio che vengano a conoscenza della situazione di irregolarità dello straniero devono fare denuncia all'autorità giudiziaria.

34 Cfr. P.Palermo, *Quali diritti per i figli dei “clandestini”?* *Atti dello stato civile, diritto all'istruzione e all'unità familiare*, in *Famiglia e diritto*, 2010 n.10, pag.957-958 e G.Matucci, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, cit., pag.34.

e protezione sociale degli stranieri. In questo caso l'organizzazione *no profit*, con il sostegno dei servizi sociali, si fa garante per la vittima e richiede il permesso di soggiorno.

Le condizioni per il rilascio del permesso sono:

- essere vittima di violenza, di grave sfruttamento o costretto/a alla prostituzione;
- trovarsi in una situazione di grave e attuale pericolo di subire ulteriori violenze;
- voler lasciare la prostituzione o voler chiedere aiuto e protezione alla polizia o ad una organizzazione *no profit*;
- cooperare con le autorità contro le organizzazioni criminali, se vi è necessità;
- voler iniziare un percorso di riabilitazione sociale.

Per i minori è importante il riconoscimento della condizione di vittime di traffico a scopo di sfruttamento per poter usufruire delle disposizioni di protezione sociale: il non riconoscimento della condizione della vittima lo collocherebbe nella categoria di minore non accompagnato vittima di tratta.

Questo tipo di permesso di soggiorno ha durata di sei mesi e può essere rinnovato per un anno. Da diritto all'accesso ai servizi assistenziali, allo studio, al lavoro. Il permesso è revocato qualora ci sia un'interruzione del programma o il compimento di condotte incompatibili con le finalità dello stesso.

Può essere rilasciato anche su proposta del procuratore della Repubblica o del giudice di sorveglianza presso il Tribunale per i minorenni, al cittadino straniero che abbia terminato l'espiazione di una pena detentiva inflitta per reati commessi durante la minore età, però solo se abbia dato prova concreta di partecipazione a programmi di assistenza e integrazione sociale.

Nella prassi si riscontra la maggiore difficoltà nel coinvolgere i minori a questi programmi; infatti questi individui sono assoggettati ad una maggiore pressione psico-fisica, hanno maggiore difficoltà, rispetto agli adulti, a elaborare una

possibile via di fuga dal circuito di organizzazione criminale, in particolar modo dalla prostituzione, e rivedere il proprio progetto migratorio. È da sottolineare che la prostituzione minorile maschile, a differenza di quella femminile, presenta caratteristiche di minore coercibilità, tali da rilevare modalità autonome di prostituzione alternate con forme di sfruttamento lavorativo e accattonaggio.³⁵

Il mancato rilascio del permesso di soggiorno ha gravi conseguenze, sia durante il periodo di minore età che dopo il conseguimento della maggiore età. Per esempio i minori senza permesso non possono lavorare regolarmente; in riferimento al compimento della maggiore età, il titolare di permesso può continuare a soggiornare nel territorio italiano, mentre chi non ne era in possesso diventa cittadino straniero irregolare, con la conseguente possibilità di espulsione.³⁶

Per quanto concerne il minore abbandonato, invece, deve essere affidato a un istituto o a una casa di cura; il direttore della struttura ha l'obbligo di dare immediata comunicazione all'ufficiale di stato civile del comune in cui è avvenuto il ritrovamento. Esistono programmi di tipo solidale di accoglienza momentanea, i cui promotori sono enti e associazioni con scopi umanitari.

Al minore straniero entrato in Italia, anche in modo illegale, sono riconosciuti tutti i diritti garantiti dalla Convenzione di New York.

In ogni caso i minori sprovvisti di permesso non possono essere mai espulsi, come previsto dal divieto indicato dall'art.19, a meno che non ricorrano i motivi di ordine pubblico e sicurezza dello Stato ex art.13 comma 1³⁷.

In conformità ai principi sanciti nella Convenzione sui diritti del fanciullo, il legislatore italiano ha previsto, appunto, che i minori non possano essere espulsi, salvo il diritto di seguire il genitore, qualora questi venga espulso, e che abbiano

35 Cfr Art. 18.6 T.U. n. 286/98. Vedi S.Fachile, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari ex art. 18.6 T.U. 286/98: un importante strumento di tutela per le persone straniere che scontano una pena*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 2005, pag. 66-79.

36 Così A.S.G.I all'interno del progetto Nuove Opportunità per Minori Stranieri, in www.asgi.it (consultato il 14 aprile 2017).

37 Cfr F.Biondi Dalmonte, *Dai diritti sociali alla cittadinanza*, cit., pag. 76-77.

diritto all'istruzione e alla salute³⁸, a prescindere della regolarità del soggiorno propria e dei genitori.

In tutti i casi in cui il questore accerti che non sussistano i presupposti per il rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari, è previsto che rilasci comunque al fanciullo un permesso di soggiorno per minore di età.³⁹

In sintesi, i minorenni stranieri che entrano nel territorio italiano si trovano in tre possibili situazioni:

- minore temporaneamente accolto nel territorio dello Stato: è il minore extracomunitario, entrato in Italia nell'ambito di accoglienza temporanea, promossi da enti, associazioni o famiglie, ovvero il minore seguito da uno o più adulti con funzioni di sostegno, cura e accompagnamento;
- minore accompagnato: affidato a parenti entro il terzo grado con regolare permesso di soggiorno;
- minori non accompagnati: minore privo dei genitori o di altri tutori legali responsabili della sua rappresentanza e assistenza.

5. Il diritto all'abitazione

La Costituzione Italiana tutela il diritto all'abitazione in via indiretta, stabilendo all'art.14 che il domicilio è inviolabile e che l'accesso all'abitazione deve essere agevolato, anche mediante il ricorso a provvidenze sociali, in base all'articolo 47, comma 2 e 31.

Questi articoli rendono l'abitazione oggetto di interesse preminente di rilevanza costituzionale, rivolto a soddisfare esigenze di carattere primario e quindi crea un obbligo in capo ai pubblici poteri alla sua tutela, attraverso un'adeguata politica economica e finanziaria, ma non costituisce il fondamento di un diritto soggettivo

38 Sul punto, cfr. paragrafi seguenti.

39 D.Lgs. 286/1998, art.19.2

all'abitazione distinto dal diritto di proprietà della stessa.⁴⁰

La disponibilità di un'abitazione costituisce sia un aspetto essenziale del diritto ad un'esistenza libera e dignitosa, indirettamente riconosciuto al lavoratore e alla sua famiglia, ex art. 36 Cost., sia una condizione del libero e armonico sviluppo della vita familiare ex artt. 29ss Cost. Quindi sia che esso sia concepito come diritto del lavoratore, come diritto della famiglia o come diritto dell'uomo, il diritto all'abitazione deve essere riconosciuto anche allo straniero in condizioni di parità con il cittadino.⁴¹

Il diritto ad un'abitazione, comprensivo del diritto ad accedere a un'abitazione per gli individui che ne sono privi, ma anche per i soggetti già in possesso di questa, costituisce un diritto umano di seconda generazione⁴², appartenente ai diritti di natura sociale.

Questo diritto è strettamente legato ad altri diritti umani, quali il diritto alla salute, diritto all'unità familiare, diritto a condizioni di vita dignitose e così via, in un'ottica consolidata di interdipendenza e indivisibilità dei diritti umani, indipendentemente dal fatto che siano di carattere fondamentale o di rango inferiore.⁴³

Il diritto all'abitazione non è un diritto pieno e incondizionato per il cittadino straniero, anche se riconosciuto alla Corte costituzionale come diritto fondamentale della persona.⁴⁴

40 Cfr. Corte cost., sentenza del 15 luglio 1983, n.252, in *Giur. Cost.* 1983, pag.1527.

41 Cfr. M. Cuniberti, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella Costituzione italiana*, Padova 1997, pag.343-344.

42 Secondo Bobbio è possibile fare una classificazione di tipo cronologico dei diritti, visti non come naturali, ma storici e nascenti in epoche e contesti diversi. In base a questa classificazione, i diritti di seconda generazione sono diritti sociali derivanti da necessità (libertà da bisogno, fame, malattia,...). In questo caso lo Stato deve essere attivo e promuovere dei benefici per i cittadini, costruire le condizioni o rimuovere gli impedimenti, sono quindi libertà che si realizzano per mezzo dello Stato. Per approfondimenti, vedi saggio di N.Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino 1965.

43 Cfr. P. Pustorino, *Immigrazione e diritto a un'abitazione nell'ordinamento internazionale*, in R. Pisillo Mazzeschi, P. Pustorino, A. Viviani (a cura di), *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, cit., pag. 213-214.

44 Cfr. Corte cost., sentenza del 07 aprile 1988 n.404, in *Giur. cost.* 1988, pag.1793, in cui afferma

La disciplina specifica in materia di accesso all'abitazione, contenuta nell'articolo 40 del Testo Unico sull'Immigrazione, assicura che anche lo straniero regolarmente soggiornante, a parità con i cittadini italiani, possa accedere all'abitazione senza discriminazioni.

Il criterio utilizzato dal Testo unico dell'immigrazione per l'accesso dello straniero all'abitazione è il possesso o meno del titolo di soggiorno e anche il tipo di permesso di soggiorno posseduto. Possono accedere ai centri di accoglienza predisposti dalle Regioni gli stranieri regolarmente soggiornanti, per motivi diversi dal turismo, che siano in modo temporaneo nell'impossibilità di provvedere alle proprie esigenze di sussistenza e alloggiative. Lo straniero regolarmente soggiornante può inoltre accedere ad alloggi sociali, ma soltanto gli stranieri titolari del permesso CE ovvero di un permesso con durata almeno biennale hanno diritto ad accedere ad alloggi di edilizia residenziale pubblica.⁴⁵

Nonostante questa ristretta possibilità, basata su requisiti stringenti, non mancano riconoscimenti di tale diritto anche a stranieri non regolarmente presenti sul territorio. Muovendo dal T.u. immigrazione, che riconosce anche allo straniero non in regola con le norme di ingresso e di soggiorno i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, delle convenzioni e dei principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti, la Regione Campania ha esteso l'accesso ai centri di accoglienza a tutte le persone straniere presenti sul territorio e sprovviste di un'autonoma sistemazione. È lo stesso Testo unico d'altronde che affida il compito alle Regioni di rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno riconoscimento dei diritti fondamentali.

che è « indubbiamente doveroso da parte della collettività intera impedire che delle persone possano rimanere prive di abitazione» e, con richiamo alle precedenti sentenze, afferma che «indubbiamente l'abitazione costituisce, per la sua fondamentale importanza nella vita dell'individuo, un bene primario il quale deve essere adeguatamente e concretamente tutelato dalla legge». Più recente, vedi sentenza del 25 febbraio 2011, n.61, in *Giur. cost.*2001, pag.372-373.

45 Cfr. F. Biondi Dal Monte, *Dai diritti sociali alla cittadinanza*, cit. , pag 204.

Trattando il giudizio in via principale con oggetto la disposizione della legge regionale campana, la Corte costituzionale ha ricondotto la disposizione nell'ambito dell'assistenza e dei servizi sociali, spettante alla competenza residuale della Regione e ha sottolineato come il legislatore regionale possa in modo autonomo regolare questa materia, evidenziando come questa autonomia appaia guidata dalla volontà del legislatore nazionale di estendere l'accessibilità al diritto sociale a una sistemazione alloggiativa, che peraltro la Corte stessa ha ritenuto rientrante tra i diritti inviolabili dell'uomo secondo l'articolo 2 della Costituzione.

46

In base alla normativa e all'evoluzione giurisprudenziale, il diritto all'abitazione deve possedere i caratteri dell'adeguatezza e della stabilità. Il concetto di adeguatezza è strettamente collegato al requisito dell'abitabilità dell'immobile, riguardante sia profili “quantitativi”, concernenti la proporzione tra grandezza dell'abitazione e numero dei componenti del nucleo familiare, sia aspetti “qualitativi”, cioè rispondenza dell'abitazione a parametri igienico-sanitari e di sicurezza. L'adeguatezza dell'alloggio implica inoltre che questo debba essere accessibile fisicamente e che sia assicurata la fruibilità dei servizi pubblici e delle infrastrutture essenziali.

Il requisito della stabilità necessita invece di una condotta positiva dello Stato, concernente nell'obbligo di garanzia di un'effettiva tutela giuridica del diritto a un'abitazione sotto il profilo normativo.⁴⁷

Lo Stato è tenuto a rispettare obblighi positivi specifici e ulteriori per consentire a categorie particolarmente svantaggiate l'esercizio del diritto in esame. Tra queste categorie particolarmente deboli troviamo i minori. La prassi in materia infatti prevede che vadano considerati titolari privilegiati del diritto di accesso a un'abitazione i soggetti che si trovano in condizioni di particolare vulnerabilità,

46 Cfr. F. Biondi Dal Monte, *Dai diritti sociali alla cittadinanza*, cit. , pag.199

47 Cfr. P. Pustorino, *Immigrazione e diritto a un'abitazione nell'ordinamento internazionale*, cit. , pag.219-220.

per i quali lo Stato è tenuto a predisporre misure specifiche.

Sul minore e l'abitazione, la giurisprudenza di legittimità ha evidenziato come la normativa del testo unico non si ponga in contrasto con la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e la legge n. 176 del 1991 di ratifica di essa, in quanto l'art. 29 del testo unico impone requisiti di idoneità dell'alloggio riconosciuti come tali «solo al fine di soddisfare le esigenze vitali di tutti i componenti il nucleo familiare, assicurando quegli spazi che il legislatore, nazionale e regionale, ha ritenuto indispensabili a garantire gli interessi anche dei minori che devono riunirsi ai loro genitori».⁴⁸

6. Il diritto alla salute

La salute, regolata dall'art.32, è l'unico diritto che la Costituzione espressamente qualifichi come fondamentale. In questo modo la Carta lo ritiene il nucleo fondativo di tutti gli altri diritti costituzionali e come presupposto irrinunciabile per la realizzazione piena dell'individuo. È un «diritto primario e fondamentale», quindi inalienabile, indisponibile, irrinunciabile e intrasmissibile e in quanto tale spetta non solo ai cittadini italiani, ma anche agli stranieri.⁴⁹

In quanto diritto primario assoluto, è riconosciuto a tutti gli stranieri, indipendentemente dalla regolarità o meno della loro presenza sul territorio dello Stato. Il nucleo irriducibile protetto dalla Costituzione e il suo ambito inviolabile delle dignità umana, «impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto».⁵⁰ Quindi tutto quello che rientra nel nucleo essenziale del diritto deve essere garantito a tutti.

48 Cfr. Cass., Sez. I, n. 5380 del 2006.

49 Cfr. C.Tripodina, *Art.32*, in S.Bartole, R.Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova 2008, pag 321.

50 Cfr. Corte cost., sentenza del 17 luglio 2001 n. 252, in *Giur. cost.*2001, pag. 2172.

La salvaguardia del diritto alla salute trova conferma anche nel Testo Unico sull'immigrazione, negli articoli 34, 35 e 36. Questi articoli disciplinano rispettivamente l'assistenza per gli stranieri iscritti al Servizio Sanitario Nazionale, per gli stranieri non iscritti, l'ingresso e il soggiorno per le cure mediche.

La previsione, per gli immigrati irregolari, di prestazioni erogate da enti pubblici e accreditati, di tipo sia ospedaliero che ambulatoriale, urgenti o essenziali, dipende proprio dal disposto costituzionale, che ne è principale fondamento di legittimazione. Le prestazioni indifferibili e urgenti rientrano nel nucleo essenziale del diritto alla salute.⁵¹

Sono le modifiche apportate dalla legge “Turco-Napolitano” (legge 40/1998) a dare ampia protezione allo straniero irregolare: in presenza di evidenti pericoli di vita e all'integrità psico-fisica, questo ha diritto a ricevere le cure urgenti, o comunque essenziali, da parte della struttura sanitaria e dallo stesso medico curante, il cui prudente apprezzamento della situazione è rimessa caso per caso.

Per le cure che non risultino urgenti e essenziali, il Testo unico ha modulato la tutela della salute dello straniero a seconda dell'iscrizione o meno al Servizio Sanitario nazionale e alla condizione della regolarità sul territorio.⁵²

Per avere tutela effettiva e non scoraggiare il soggetto clandestino a richiedere le cure necessarie alla propria sopravvivenza, il testo unico pone un esplicito divieto di segnalazione dello straniero non regolarmente soggiornante che abbia accesso alle strutture sanitarie.⁵³

A tale garanzia viene affiancata dalla giurisprudenza quella concernente il divieto

51 Cfr. L.Chieffi, *La tutela della salute degli immigrati irregolari*, in R.Pisillo Mazzeschi, P. Pustorino, A.Viviani (a cura di), *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, cit., pag. 183

52 Cfr. E.Rossi, F. Biondi Dal Monte, *Immigrazione e diritto alla salute*, in L.Chieffi (a cura di), *Bioetica pratica e cause di esclusione sociale*, Milano-Udine 2012, pag 97-98.

53 Come evidenziato dalla Corte cost. con la sentenza del 17 luglio 2001, n.252, in *Giur. Cost.* 2001, pag.2171-2172, questa previsione conferma il *favor* per la salute della persona, che caratterizza tutta la disciplina in materia e costituisce uno degli strumenti con cui il legislatore vuole evitare che la condizione di clandestinità porti ad ostacolare l'erogazione delle prestazioni terapeutiche indicate nello stesso T.u immigrazione.

di espulsione nel caso in cui lo straniero irregolare necessiti di cure urgenti e indifferibili. Spetta al giudice valutare caso per caso le esigenze di salute.⁵⁴

L'articolo 35 T.u. immigrazione individua specifiche prestazioni sanitarie che devono in ogni caso essere garantite allo straniero, tra cui quelle connesse alla tutela della salute del minore.

Per ciò che riguarda la posizione dei minori stranieri, è previsto che l'assistenza sanitaria spetta ai familiari a carico regolarmente soggiornati. Il secondo comma dell'art.34 T.U.imm. è previsto che «Nelle more dell'iscrizione al Servizio Sanitario Nazionale ai minori figli di stranieri iscritti al Servizio Sanitario Nazionale è assicurato fin dalla nascita il medesimo trattamento dei minori iscritti». Quindi il figlio di stranieri iscritti nel SSN, usufruisce di tutte le cure e assistenza medica di cui può usufruire il genitore.

Il terzo comma dell'articolo 35 invece regola la situazione di figli minori di stranieri irregolari: questi hanno diritto di utilizzare le prestazioni fornite da presidi pubblici o accreditati. La salvaguardia della salute e del benessere psico-fisico dei fanciulli rientra nel concetto di cure essenziali, che devono essere concesse indiscriminatamente a tutti, a prescindere dalla posizione giuridica all'interno del nostro ordinamento.

In base alla suddivisione dei poteri Stato-Regioni, le modalità di esercizio dei servizi sono definite a livello regionale, col rischio che si creino diseguaglianze di trattamento in base alla Regione in cui ci si trovi. Per quanto concerne la regione Piemonte, dal 2015 tutti i minori stranieri figli di immigrati irregolari, possono essere iscritti al SSN e possono quindi avere un pediatra che li seguirà fino

⁵⁴ La Corte costituzionale, con sentenza interpretativa di rigetto, (la già citata 252/2001), ha precisato che lo straniero non regolarmente presente nel territorio dello Stato non può essere espulso se l'esecuzione di tale provvedimento possa comportare un pregiudizio irreparabile alla salute. Il caso riguardava un cittadino senegalese con gamba amputata, operazione avvenuta nel paese d'origine, e che si era recato in Italia per la sostituzione della protesi applicata in modo inadeguato. Attraverso l'interpretazione di rigetto ha chiarito la portata della disciplina del testo unico.

all'adolescenza⁵⁵. Questa decisione da parte del Piemonte arriva a due anni dall'indicazione per la corretta interpretazione della normativa per l'assistenza sanitaria alla popolazione straniera, sulla quale Stato e Regioni hanno trovato un accordo. In tale accordo viene sancita l'iscrizione obbligatoria al SSN, a prescindere dal possesso del permesso di soggiorno. Non tutte le Regioni si sono mosse per l'attuazione di tale accordo.⁵⁶

L'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza⁵⁷ ha partecipato alla presentazione presso il Ministero della salute di un “Codice del diritto del minore alla salute e ai servizi sanitari”, elaborato tramite la collaborazione di istituzioni, enti e associazioni che operano nel campo dei diritti dei minorenni e della sanità pediatrica. Questo documento ha lo scopo di essere strumento di tutela delle persone minorenni che vivono in realtà sanitarie. In questo speciale codice, un articolo è riservato proprio ai minori stranieri (o appartenenti a minoranze), che prevede, oltre al diritto del minore di preservare la propria identità, nazionalità, tradizioni, valori culturali e relazioni familiari, indipendentemente dalla sua nazionalità, appartenenza a minoranza etnica e dal suo status sociale, economico e culturale, il diritto, sia per lui che per i suoi familiari, all'assistenza di «mediatori sanitari, ovvero di mediatori linguistico-culturali o intermediari, che sappiano interpretare eventuali criticità connesse a peculiari tradizioni culturali e familiari,

55 L'assessore della regione Piemonte Monica Cerutti ha spiegato che «Ogni minore che vive in Piemonte avrà diritto all'inserimento nel circuito del servizio sanitario regionale. Come tutti i bambini nati sul nostro territorio avrà la possibilità di scegliere di affidarsi a un pediatra evitando così il sovraccarico ai servizi emergenziali, tipo il pronto soccorso, a cui era obbligato a rivolgersi fino ad ora. Negare il pediatra ai figli degli irregolari vuol dire infatti esporli alle complicazioni di malattie non identificate e curate a tempo debito o comunque costringe i genitori a portarli in ospedale anche per dei falsi allarmi. La scelta della Regione Piemonte va nella direzione dell'inclusione, ma è anche una scelta ponderata che andrà a incidere positivamente sulla spesa sanitaria.» da www.stranieriinitalia.it

56 Cfr. G. Matucci, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, cit. , pag.170-176.

57 L'autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza è stata istituita con la legge n.112 del 12 luglio 2011, che la configura come istituzione deputata ad operare e assicurare la piena attuazione e tutela dei diritti dei minori e degli interessi dei bambini e degli adolescenti. Una finalità indicata dalla legge è anche l'attuazione della Convenzione Onu del 1989 e delle altre convenzioni internazionali aventi ad oggetto i fanciulli.

affinché sia garantita una corretta e completa comunicazione delle informazioni». Viene prevista l'istituzione di percorsi *ad hoc* per garantire ai minori gravemente malati provenienti da Paesi terzi, l'accesso ai servizi di assistenza sanitaria. A tale scopo, il codice promuove la realizzazione di protocolli d'intesa con le realtà istituzionali e associative che si occupano di questo ambito. Anche per i minori privi della libertà personale ovvero figli di madri detenuti, viene previsto il diritto all'assistenza sanitaria pediatrica senza discriminazione.⁵⁸

Il codice non ha ovviamente valore normativo in senso stretto, ma raccoglie e ordina la disciplina già in vigore nel nostro ordinamento.

7. Il diritto all'istruzione

Il diritto-dovere all'istruzione e alla formazione dei minori di cittadinanza non italiana è disciplinato in parte dalla normativa in materia di istruzione e formazione e in parte dalla normativa in tema di immigrazione.

Il diritto all'istruzione in generale è sancito dall'art. 34 della Costituzione. Nel garantirlo, il Costituente ha enunciato tre principi base.

In primis viene stabilito che «la scuola è aperta a tutti», riconoscendo così il diritto all'istruzione come diritto fondamentale di ogni individuo. Al secondo comma viene stabilita l'obbligatorietà e la gratuità della stessa. Infine è riconosciuto il diritto di raggiungere i più alti gradi di studio ai capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi. Tutte queste disposizioni sono rese effettive dallo Stato, che provvede a emanare le misure necessarie, attraverso «borse di studio, assegni alle famiglie e altre previdenze», come stabilito dal quarto comma.⁵⁹

58 Cfr. Istituto nazionale dei diritti dei minori, *Codice del diritto del minore alla salute e ai servizi sanitari*, in www.garanteinfanzia.org.

59 Cfr. A.Poggi, *Art.34*, in R.Bifulco, A.Celotto, M.Olivetti(a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., pag.704.

Il diritto allo studio è finalizzato a acquisire o arricchire competenze, anche in funzione di una mobilità sociale professionale, ed è uno strumento essenziale affinché sia assicurata a ciascuno la possibilità di sviluppo della propria personalità, in base agli art.2, 3 e 4 Cost.⁶⁰

È un diritto che spetta a tutti, quindi sia ai cittadini che agli stranieri, sia ai minori che agli adulti, ma per quest'ultima categoria di persone lo Stato non è tenuto ad assicurare a tutti gli individui i gradi superiori dell'istruzione, previsione che si riscontra anche nelle fonti di diritto internazionale.⁶¹

Dal dettato normativo si evince che l'accesso all'istruzione non può subire nessuna limitazione: anche i minori stranieri, regolari o irregolari, hanno diritto-dovere all'istruzione e alla formazione, nelle forme e nei modi previsti per i cittadini italiani, indipendentemente quindi dal possesso di un titolo di soggiorno o qualsiasi altra documentazione⁶²: la posizione del minore cittadino e minore extracomunitario è in questo ambito totalmente equiparata. In altre parole ai minori di cittadinanza non italiana si applica la normativa generale in materia di diritto-dovere all'istruzione e formazione professionale.

L'art.38 T.U immigrazione prevede, infatti, che a tutti i minori presenti sul territorio, soggetti all'obbligo scolastico, si applichino tutte le disposizioni vigenti in materia di diritto all'istruzione, accesso ai servizi educativi, partecipazione alla vita della comunità scolastica, senza alcun tipo di controllo sulla posizione giuridica nel territorio. Questo viene inoltre precisato all'art.45 del regolamento di attuazione, in cui si precisa non soltanto che questo diritto sia riconosciuto a tutti i minori stranieri, ma anche che l'iscrizione a tutte le scuole non sia subordinata alla

60 Cfr. Corte Cost., sentenza del 29 maggio 2002 n.219, in *Giur. cost.* 2002, pag. 1695, con osservazione di A.Bardusco, *Il diritto di accesso alle scuole di specializzazione medica*. In base all'art.117, in materia d'istruzione un ruolo importante viene svolto dagli enti territoriali.

61 Cfr. F. Biondi Dal Monte, *Dai diritti sociali alla cittadinanza*, cit., pag.181.

62 Il binomio presente nelle fonti internazionali, che differenzia la posizione del minore rispetto quella dell'adulto nei confronti dell'istruzione, prevede il requisito della regolarità sul territorio del soggetto adulto per la fruizione dei servizi di istruzione: l'art.6 T.U immigrazione esclude l'espulsione solo se le prestazioni scolastiche rientrano tra quelle obbligatorie.

regolarità delle presenza dei proprio genitori. L'iscrizione dei minori stranieri alle scuole italiane di qualsiasi ordine e grado avviene con le stesse modalità e condizioni previste per i cittadini italiani. Può essere richiesta in qualsiasi periodo dell'anno. Nel caso in cui non vi sia documentazione anagrafica o possesso del permesso di soggiorno vengono iscritti con riserva; questo non preclude comunque la possibilità di conseguire i titoli conclusivi dei corsi di studio: il titolo viene rilasciato al soggetto con i dati acquisiti al momento dell'iscrizione.⁶³

Il dovere di istruzione e formazione non si assolve con la conclusione di dieci anni di scolarizzazione o al compimento dei sedici anni, ma solo col conseguimento del titolo di studio di scuola secondaria superiore o una qualifica professionale di durata almeno triennale.⁶⁴

In questo senso una sentenza del Consiglio di stato ha affermato che il rifiuto di ammissione dello studente straniero all'esame di maturità porta a risultati irragionevoli, avendo «l'inaccettabile effetto di impedire al cittadino straniero il completamento del corso di studi superiore per la sola ragione di esser diventato maggiorenne».⁶⁵

Al fine di agevolare l'iscrizione dei minori alle scuole, l'art.6 esclude in modo esplicito l'esibizione del premezzo di soggiorno per i provvedimenti attinenti alle prestazioni scolastiche obbligatorie. I pubblici ufficiali che non siano agenti o ufficiali di pubblica sicurezza possono richiede l'esibizione di questi documenti solo al fine di adottare i provvedimenti previsti dalla legge, ma non possono svolgere attività di accertamento della regolarità del minore ovvero del genitore.

Le linee guida per l'accoglienza e l'integrazione degli alunni stranieri del febbraio

63 Su art. 38 T.U. Immigrazione, Cfr. G. Matucci, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, cit., pag.107-108.

64 Con la legge 53/2003 il legislatore ha ridefinito il sistema educativo di istruzione e di formazione, unendo concettualmente sia l'obbligo scolastico con quello formativo.

65 Cfr. A.Saccucci, *Diritto all'istruzione e discriminazione scolastica di minori stranieri alla luce delle norme internazionali sui diritti umani*, in R. Pisillo Mazzeschi, P. Pustorino, A. Viviani (a cura di), *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, cit., pag.332.

2014 hanno precisato che non sussiste in capo agli operatori scolastici l'obbligo di denunciare la condizione di soggiorno irregolare dei soggetti che stanno frequentando la scuole, anzi segnalazione potrebbe configurare il reato di abuso d'ufficio.⁶⁶

Con riferimento all'interpretazione dell'art.6, il Ministero dell'interno ha confermato che non sussiste l'obbligo di esibizione per l'iscrizione dei minori stranieri nelle scuole di ogni ordine e grado, compreso l'asilo nido.⁶⁷ È pacifico infatti che, nonostante la scuola dell'infanzia e l'asilo nido non abbiano carattere di obbligatorietà, siano dotati del requisito di essenzialità rispetto agli obiettivi educativi e formativi del sistema scolastico italiano. Questa posizione si ritrova anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale: afferma che il servizio dato dall'asilo nido non è solo volto al sostegno alla famiglia nella cura dei bambini o non è solo inteso come mero supporto per facilitare il lavoro dei genitori, ma comprende finalità formative, essendo «rivolto a favorire l'espressione delle potenzialità cognitive, affettive e relazionali del bambino».⁶⁸

L'effettività di tale diritto è inoltre garantita dalle istituzioni statali attraverso attivazione di appositi corsi per l'apprendimento della lingua italiana.⁶⁹

In sintesi, per l'iscrizione non può essere richiesta l'esibizione del permesso di soggiorno né al minore né al genitore per le seguenti scuole:

- asilo nido e scuola d'infanzia;
- scuola primaria;
- scuola secondaria di primo grado;
- scuola secondaria di secondo grado o professionale, fino al conseguimento di un titolo di studio.

66 Cfr. MIUR, *Linee guida per l'accoglienza e l'integrazione degli alunni stranieri*, febbraio 2014, pag 10.

67 Cfr. Nota del Ministero dell'Interno n.2589 del 13 aprile 2010.

68 Cfr. Corte Cost., sentenza del 23 dicembre 2003 n.370, in *Giur. cost.* 2003, pag.3818.

69 Cfr. F. Biondi Dal Monte, *Dai diritti sociali alla cittadinanza*, cit. , pag.182.

Ogni diversa interpretazione della normativa vigente che di fatto limiti il diritto in questione e violi il principio di non discriminazione e il principio del superiore interesse del minore, si porrebbe in contrasto col dettato Costituzionale.⁷⁰

Secondo il T.U. immigrazione, i minori stranieri devono essere iscritti alla classe corrispondente all'età anagrafica, a meno che il collegio docenti deliberi l'iscrizione ad una classe diversa. Per questa valutazione deve tenere conto dell'ordinamento degli studi nel Paese di provenienza, che può determinare l'inserimento sia in classi inferiori che superiori; del corso di studi eseguito nel Paese di origine; dell'eventuale possesso di titolo di studio; deve accertare le competenze, le abilità e i livelli di preparazione. Spetta quindi al collegio formulare proposte per la ripartizione degli alunni nelle varie classi, senza però creare aule in cui sia predominante la presenza di stranieri.⁷¹

Sulla possibilità di istituire classi separate formate da solo da stranieri, o comunque con maggior numero di extracomunitari rispetto a bambini italiani, si è pronunciata la Corte costituzionale, chiarendo la necessità di avere un ambiente scolastico unitario per evitare possibili effetti di segregazione e isolamento, con conseguente rischio di regressione, dovuti alla separazione degli alunni all'interno della comunità scolastica.⁷²

Le indicazioni operative sull'inserimento scolastico dei minori stranieri sono indicate nelle «Linee guida per l'accoglienza e l'integrazione degli alunni stranieri», dettate dalla C.M. 19 febbraio 2014 n. 4233.

In particolare viene previsto che il numero degli alunni stranieri in ciascuna classe non possa superare il 30% del totale degli iscritti, in modo tale da realizzare

70 Sul punto ASGI, *I minori stranieri extracomunitari e il diritto di istruzione dopo l'entrata in vigore della legge n.94/2009*, (28 settembre 2009), in www.asgi.it.

71 Cfr. F. Biondi Dal Monte, *Dai diritti sociali alla cittadinanza*, cit. , pag.190-191.

72 Cfr. Corte Cost., sentenza del 08 giugno 1987 n.215, in *Giur. cost.*, pag.1624, con osservazione di R.Belli, *Servizi per le libertà: diritto inviolabile o interesse diffuso?*; con nota di C.Moro, *L'eguaglianza sostanziale e il diritto allo studio: una svolta nella giurisprudenza costituzionale*.

un'equilibrata distribuzione tra istituti nello stesso territorio; questo limite può essere sia innalzato che ridotto: nel primo caso, se vi siano alunni stranieri in possesso di adeguate competenze linguistiche, nel secondo caso se il Direttore generale dell'ufficio Scolastico Regionale, con provvedimento motivato, adduca la presenza di alunni stranieri con un'inadeguata padronanza della lingua italiana o in altri casi di particolare complessità.

In base alle linee di indirizzo del Ministero dell'istruzione, viene in rilievo l'esigenza di istituire un rapporto d'ascolto con le famiglie per promuovere la crescita e l'integrazione di ogni singolo alunno.⁷³

8. Minori e giustizia penale: il minore straniero come soggetto attivo...

Nell'ordinamento costituzionale italiano è previsto uno speciale rapporto tra minori e giustizia: infatti l'articolo 31 al secondo comma prevede l'impegno dello Stato ad attivarsi per proteggere l'infanzia e l'adolescenza, «favorendo gli istituti necessari a tale scopo». Uno di questi istituti è sicuramente quello inerente la tutela del minore nel processo. Nel momento in cui fallisce la logica di prevenzione del disagio del minore, lo Stato ha l'obbligo di definire regole processuali che consentano sì l'accertamento della responsabilità penale del minore, ma anche di renderlo pienamente consapevole e partecipe delle iniziative e delle fasi del giudizio. Il legislatore, con la riforma del codice di procedura penale, ha preso la strada della piena integrazione del processo minorile all'interno del processo ordinario: le regole processuali per i minori non hanno valenza educativa o riformatrice, ma sono regole adattate alle peculiarità psico-sociali del minore e sono improntate per il processo educativo e formativo. È garantito così il *favor minoris* dell'art.31 secondo comma, al quale i principi del processo minorile

73 Cfr. G. Matucci, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, cit., pag.109-110.

si ispirano⁷⁴.

La Corte costituzionale ha affermato che la particolare forma della giustizia minorile è diretta alla ricerca di forme più adatte per la rieducazione del minore.⁷⁵

Per tutelare il minore è necessario, per prima cosa, garantire la specializzazione dell'organo giudicante. Il disagio minorile che ha portato alla commissione di un reato, impone un approccio “complesso”: deve far fronte alla peculiarità delle questioni che coinvolgono i minori, ma con uno sguardo verso le concrete possibilità di recupero. Questo ha portato alla configurazione di una composizione mista del tribunale dei minorenni.⁷⁶

Per favorire il recupero sociale, tutte le questioni che coinvolgono i minori esigono una risposta individualizzata in grado di dare una soluzione che sia congrua rispetto alla storia e al profilo personale del minore. A questo scopo il legislatore ha elaborato una serie di istituti alternativi in modo tale che il minore fuoriesca dal circuito penale in modo rapido, imprimendo così al giudizio penale un carattere residuale. Nel caso in cui vi sia impossibilità di evitare l'intervento penale, il minore dovrà essere assistito nel processo: oltre alle garanzie del giusto processo previste anche per il soggetto adulto, è protetto dai rischi della pubblicità negativa, derivanti dall'uso della sua immagine.

Le esigenze di protezione del minore impongono che durante l'esecuzione dell'eventuale pena vi sia un trattamento differenziato rispetto all'ordinario trattamento; in particolare è sancita l'illegittimità costituzionale dell'ergastolo e la detenzione deve essere utilizzata come *extrema ratio*.⁷⁷

La posizione dei minori cittadini italiani e minori stranieri, in base al dettato

74 Cfr. L.Cassetti, *Art.31*, in R.Bifulco, A.Celotto, M.Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., pag.651.

75 Cfr. Corte cost., sentenza del 28 maggio 1987 n. 206, in *Giur. Cost.* 1987, pag.1552.

76 Il tribunale dei minori è un organo specializzato composto da due giudici onorari e due togati, generalmente esperti in psicologia o pedagogia, nominati con D.P.R su proposta del Ministro della Giustizia, previa deliberazione del Consiglio superiore della magistratura.

77 Sulla giustizia minorile, cfr G.Matucci, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, cit., pag.115-119.

costituzionale, che non fa alcun tipo di differenziazione, dovrebbe essere uguale, prevedendo quindi il carcere solo in casi estremi. Nella prassi non è così.

A parità di reato, i minori immigrati vengono più spesso sottoposti a pena detentiva, viene applicata più facilmente la misura della custodia cautelare e hanno un tempo di permanenza in carcere maggiore rispetto a quello dei minori italiani, mentre vengono applicate raramente le misure alternative, quali ad esempio il collocamento presso la famiglia.

Le cause di questa differenziazione sono molteplici. In primo luogo per motivi economici non possono quasi mai assicurarsi un difensore di fiducia e devono quindi ricorrere a quello d'ufficio; subiscono inoltre le conseguenze delle difficoltà linguistiche, di comunicazione e di scarsa conoscenza del sistema giuridico italiano. Il più delle volte non hanno un domicilio certificato per poter usufruire degli arresti domiciliari o delle misure alternative alla detenzione.

È doveroso considerare le difficoltà riscontrate nel rapporto con le autorità consolari e le ambasciate dei paesi d'origine dei ragazzi extracomunitari autori di reato. Sarebbe utile l'aiuto di queste istituzioni soprattutto per ciò che riguarda il rimpatrio assistito, nel caso siano presenti le condizioni; non mancano anche scarse collaborazioni da parte dei minorenni, che si pongono in modo diffidente nei confronti sia degli assistenti sociali che degli organi di giustizia perché temono un eventuale provvedimento di espulsione. La concessione dell'opportunità di uscire da circuito del giudizio penale sono proposte anche dagli operatori minorili insieme al giudice, sentite le parti: difficile se queste ultime hanno un comportamento ostile.

Per ovviare a questa disparità, sarebbe necessario attivare l'accesso a servizi di mediazione culturale nel processo minorile e proporre nuovi strumenti indirizzati esplicitamente verso i minori stranieri:⁷⁸ la recente attenzione riservata soprattutto

78 Sulla questione dei minori stranieri e la giustizia minorile, vedi I numeri pensati, *Minori stranieri e giustizia minorile in Italia*, (a cura di) I.Mastropasqua, T.Pagliaroli, M.S.Totaro. www.centrostudinisida.it, (consultato il 24 marzo 2017).

ai minorenni non accompagnati è motivata da valutazioni in merito alla loro vulnerabilità e quindi al rischio che possano divenire vittime di circuiti criminali.

9. ...e come soggetto passivo: tutela penale.

Veniamo ora ad analizzare il minore straniero come soggetto passivo di reato.

Nel trattare i diritti in capo a minori stranieri, abbiamo affrontato più volte la questione degli stranieri irregolari.

Questo fenomeno è ben conosciuto dal legislatore, che infatti detta, nell'ambito del T.U. Immigrazione, disposizioni dirette a scoraggiare, sanzionando penalmente, le condotte di sfruttamento di stranieri irregolari, i cui soggetti passivi spesso sono i minori stranieri, soprattutto se non accompagnati.

In particolare l'art.12 T.U. immigrazione, nel disciplinare i reati di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, ha inserito disposizioni riguardanti i fatti commessi a fini di sfruttamento di migranti, dando una tutela peculiare al minore straniero: il comma 3 ter (come modificato dalla legge 94/2009), configura per le due ipotesi di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina⁷⁹, la circostanza aggravante nel caso in cui la condotta riguardi l'ingresso di minori da impiegare in attività illecite al fine di favorirne lo sfruttamento. Data la natura di circostanze, prima di verificare che i soggetti siano minorenni è indispensabile verificare la sussistenza del reato base, ovvero che vi

79 Art.12 commi 1 e 3: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, in violazione delle disposizioni del presente testo unico, promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa di 15.000 euro per ogni persona» e «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, in violazione delle disposizioni del presente testo unico, promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente, è punito con la reclusione da cinque a quindici anni e con la multa di 15.000 euro per ogni persona...»

sia una delle due ipotesi di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

La sanzione per le figure di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina è dunque inasprito nel caso in cui in tali fattispecie si ritrovi l'aggravante di avere quale soggetto passivo della condotta un minore.⁸⁰

Sotto questo profilo di tutela del minore straniero, al fine di evitare che questo soggetto particolarmente vulnerabile, soprattutto se non accompagnato, venga utilizzato quale strumento in attività illecite, il nostro legislatore ha trovato una soluzione adeguata.

80 Cfr. E.Antonini, *La tutela penale dei minori nel Testo Unico sull'immigrazione*, in R.Pisillo Mazzeschi, P.Pustorino, A.Viviani (a cura di), *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, cit., pag.336-341.

CAPITOLO 4

I MINORI STRANIERI NON ACCOMPAGNATI

1. Premessa

Tra i minorenni stranieri arrivati in Italia, i non accompagnati rappresentano una categoria cui dedicare speciale attenzione, sia per la loro elevata numerosità, che a causa delle difficoltà e dei rischi derivanti dal fatto di vivere in un Paese straniero senza poter fare affidamento sulla famiglia.

Il 29 marzo 2017 è stata approvata dalla Camera dei Deputati la legge recante «Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati». La legge, pubblicata in gazzetta ufficiale il 7 aprile 2017, n.47, è entrata in vigore il 6 maggio. Lo scopo che si prefigura è quello di rafforzare le tutele nei confronti di questa particolare categoria di persone, soggetti troppo spesso a traffici da parte di organizzazioni criminali; inoltre vuole uniformare la disciplina, fin'ora disorganica e con una molteplicità di fonti normative.

Per la prima volta in Italia e in Europa, viene emanata una disciplina *ad hoc* per la tutela dei minori stranieri non accompagnati.

La nuova legge, riprendendo la disciplina europea, definisce il minore straniero non accompagnato la persona non avente cittadinanza italiana ovvero dell'Unione europea che si trova per qualsiasi motivo nel territorio dello Stato o che è altrimenti sottoposto alla giurisdizione italiana, privo di assistenza e di rappresentanza da parte dei genitori o di altri adulti per lui legalmente responsabili in base alle leggi vigenti nell'ordinamento italiano.

Con la nuova legge sono state disciplinate le modalità e le procedure per l'accertamento dell'età; viene istituito un sistema di prima accoglienza per questa categoria di soggetti, integrativo della precedente disciplina; viene istituito un Sistema informativo nazionale dei minori stranieri non accompagnati, presso il Ministero del lavoro e delle Politiche sociali e una sorta di “cartella sociale” del

minore, nella quale confluiranno tutti i dati e gli elementi utili a determinare la migliore soluzione di lungo periodo nell'interesse del minore; la cartella sociale è trasmessa ai servizi sociali del comune di destinazione e alla procura della Repubblica presso il tribunale per i minorenni; sarà possibile svolgere indagini sulla famiglia del minore ed è prevista l'istituzione di elenchi di tutori volontari. Nell'affrontare questa tematica, nei paragrafi successivi verrà indicata sia la normativa precedente che i cambiamenti apportati da questa recente legge.

2. Un fenomeno crescente

Nel contesto del “fenomeno migratorio”, i minori stranieri non accompagnati rappresentano la categoria di soggetti con bisogno di protezione e tutela maggiore rispetto alla generalità di migranti, perché sono i più vulnerabili e fragili. Sono soggetti migranti, soli e minori, che arrivano sul nostro territorio senza adulti accanto a loro in grado di assisterli e accudirli. Il numero cresce di anno in anno, provengono da differenti Paesi dell'Africa, da Paesi dell'Asia e dall'Albania. Una percentuale di questi ragazzi scompare durante il viaggio o arrivati in Italia.¹

Sono tanti i minori che hanno affrontato il viaggio giungendo sulle coste italiane senza adulti di riferimento. Nel corso del 2011 il 94% degli identificati dalla polizia delle frontiere era costituito da non accompagnati e nell'anno successivo questi costituivano l'88% dei bambini e ragazzi sbarcati in Italia. In seguito è aumentato il numero di fanciulli arrivati nel nostro Paese con i propri familiari: nel 2014, anno di “Mare Nostrum”², sono stati più numerosi dei non accompagnati. Finita l'operazione umanitaria, la componente dei non

1 Cfr. A.Rotondo, *Minori stranieri non accompagnati*, Milano 2016, pag.8-9

2 L'operazione “Mare Nostrum” è un'operazione militare e umanitaria nel Mar Mediterraneo, svolta tra il 18 ottobre 2013 e il 31 ottobre 2014 col fine di fronteggiare lo stato di emergenza umanitaria in corso nello Stretto di Sicilia, causato dall'eccezionale afflusso di migranti. Successivamente è partita l'operazione denominata “Triton”. Per approfondimenti, <http://www.marina.difesa.it/cosa-facciamo/operazioni-concluse/Pagine/mare-nostrum.aspx>.

accompagnati è cresciuta nuovamente.³

In base ai dati del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, il numero dei minori presenti e censiti al 31 dicembre 2016 è di 17.373, con una netta prevalenza di soggetti di sesso maschile rispetto a quello femminile.

Fasce d'età	Presenti e censiti	%
Da 0 a 6 anni	46	0,3
Da 7 a 14 anni	1280	7,4
15 anni	1696	9,8
16 anni	4524	26,0
17 anni	9827	56,6
Totale	17373	100

I dati dimostrano come la categoria in questione comprenda una netta maggioranza di maschi, con un'età che varia dai quindici ai diciassette anni.⁴



I dati aggiornati al 31 dicembre 2016 pubblicati dall'UNHCR⁵ mostrano cifre

3 Cfr. Comitato Italiano per l'UNICEF Onlus, *Sperduti. Storie di minorenni arrivati soli in Italia*, Roma 2017, pag.13.

4 Dati ricavati dal report mensile minori stranieri non accompagnati in Italia, del 31/12/2016, del Ministero del lavoro e delle Politiche Sociali. (www.lavoro.gov.it) I Report di monitoraggio sui minori stranieri non accompagnati presenti sul territorio nazionale sono realizzati in ottemperanza a quanto previsto dall'articolo 33 del Testo Unico Immigrazione nonché dall'articolo 2, comma 2 del d.p.c.m. n.535/1999. Il censimento è svolto anche ai sensi dell'art. 19 del Decreto Legislativo n. 142/2015. Questo censimento è fatto sulla base dei minori ospitati in centri di accoglienza. I dati forniti dal Ministero dell'interno, invece, affermano che gli sbarchi sono raddoppiati nel 2016: erano 13.026 nel 2014, sono stati 12.360 nel 2015 e ben 25.846 nell'anno scorso. Da ultimo, secondo l'Associazione studi giuridici sull'immigrazione (Asgi), il numero di minori stranieri arrivati in Italia sarebbero sottostimati, perché non viene tenuto conto dei minori che arrivano via terra, in particolare dal confine dell'Italia con la Slovenia, e non via mare e non vengono neppure conteggiati i minori dichiarati erroneamente maggiorenni allo sbarco.

5 UNCHR è l'acronimo con cui si identifica l'Alto commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati, un'agenzia delle Nazioni Unite specializzata alla gestione dei rifugiati, che fornisce loro protezione internazionale e assistenza materiale.

diverse: su un totale di 181.436 persone sbarcate nel corso dello stesso anno, i minorenni sono 28.223. Nel 2016 si è ravvisato un picco maggiore negli arrivi di minorenni, superando l'anno dell'operazione umanitaria "Mare Nostrum"; nel 2014 i minorenni sbarcati sono stati 26.122, mentre nel 2015 la polizia delle frontiere ne ha identificati 16.478.

Le ultime analisi internazionali mostrano inoltre che il fenomeno è in costante aumento. Nel 2016 si è registrato un forte incremento degli arrivi di minori rientranti nella categoria in esame: secondo i dati UNHCR nei primi nove mesi del 2016, il 15% di tutti i migranti arrivati in Italia è rappresentato da bambini e ragazzi che viaggiano soli. Questi dati si riscontrano anche a livello internazionale: il numero di minorenni soli all'interno dei flussi migratori è in costante aumento, gli ultimi dati disponibili stimano che circa la metà di tutti i rifugiati a livello mondiale siano minori, e che dal 4% al 15% dei richiedenti asilo siano minori non accompagnati.⁶

I dati non comprendono un fenomeno altrettanto allarmante, cioè quello dei minori soli irreperibili, scappati dalle Comunità di accoglienza per i più disparati motivi. Nei primi mesi del 2016 sono 5222 i minori in Italia per i quali vi è stata segnalazione di allontanamento.⁷ Poter dire in modo certo quanti siano i minori stranieri non accompagnati non è dunque possibile: non tutti i fanciulli che arrivano nel nostro territorio vengono intercettati dalle autorità pubbliche, anche a causa del fatto che molti di loro non vogliono restare in Italia, ma proseguire il

6 Dati ricavati dal rapporto Oxfam del settembre 2016, che raccoglie le fonti UNHCR (www.oxfamitalia.org/wpcontent/uploads/2016/09/.)

7 Per impedire questo allarmante fenomeno (ma non solo) è stato lanciato il progetto dei "corridoi umanitari", un progetto-pilota autofinanziato, realizzato dalla Comunità di Sant'Egidio con la Federazione delle Chiese Evangeliche in Italia e la Tavola Valdese: i principali obiettivi sono quelli di evitare i viaggi con i barconi nel Mediterraneo, causa di numerosi morti, tra cui molti bambini; impedire lo sfruttamento dei trafficanti di uomini; concedere a persone in "condizioni di vulnerabilità" (tra cui sicuramente i bambini) un ingresso legale sul territorio italiano con visto umanitario e la possibilità di presentare successivamente domanda di asilo. Per approfondimenti, Comunità sant'Egidio, *Scheda: cosa sono i corridoi umanitari*, (28 maggio 2017) in www.santegidio.org.

loro viaggio verso altri Paesi.

Il crescente flusso migratorio di questa categoria è dovuto dalla necessità di abbandonare i Paesi di origine, perché colpiti da guerre o situazioni estreme che impediscono una normale crescita e vita. I minori stranieri non accompagnati possono così dividersi in queste sotto-categorie:

- minori esuli, richiedenti asilo: sono i minori provenienti da Stati e regioni in conflitto;
- minori sfruttati: sono i minori vittime della tratta, molto spesso donne sfruttate per la prostituzione, ma non mancano minori sfruttati all'interno di reti di criminalità organizzata;
- minori con un mandato familiare: minori con un progetto migratorio familiare, volto a una migrazione di tipo economico, per trovare un lavoro e avere la relativa rendita economica;
- minori di strada: sono i minori che vivono in strada attraverso espedienti, non di rado formando gruppi di minori;
- minori in fuga: sono i minori che possono anche appartenere alle categorie già descritte, ma con la peculiarità di avere un'esperienza caratterizzata da fughe ripetute precedentemente alla migrazione, anche fughe dal proprio ambiente familiare.⁸

In base ai dati raccolti dall'associazione *Save the Children*⁹, l'Italia è il paese europeo in cui sono state rilevate maggior vittime di sfruttamento.

Il fenomeno in questione non poteva non preoccupare il legislatore, che ha approvato una disciplina specifica per i minori stranieri non accompagnati (da ora MSNA).

8 Cfr. A.Aliverti, *Breve riflessione antropologica*, in (a cura di) A.Rotondo, *Minori stranieri non accompagnati*, cit., pag.22-23

9 *Save the Children* è un'organizzazione non governativa che si occupa di aiutare le comunità e le famiglie in difficoltà, con particolare attenzione verso i bambini.

3. Definizione di MSNA e ingresso nel territorio nazionale

Il minore straniero non accompagnato è il soggetto che fa ingresso nel territorio dello Stato senza essere accompagnato da un adulto che ne abbia la responsabilità in base alla legge o prassi dello Stato di accoglienza, fino a che non venga affidato ad un tutore. In questa categoria rientra anche il minore abbandonato dopo essere entrato nel territorio statale.

A livello internazionale viene definito come un fanciullo «who has been separated from both parents and other relatives and is not being cared for by an adult who, by law or custom, is responsible for doing so».¹⁰

Questa definizione non comprende i minori separati: la locuzione «non accompagnato» identifica quei minori che sono sprovvisti di qualsiasi tutela da parte di adulti responsabili a qualsiasi titolo, non soltanto i genitori, della sua cura e custodia. Inoltre in linea di principio sono presi in considerazione solo i minori stranieri, ovvero quelli che si trovano in un Paese diverso dal Paese d'origine o, se apolidi, da quello di residenza abituale.¹¹

In base alla legislazione italiana invece è MSNA il minore che non ha cittadinanza italiana o di altri Stati dell'Unione europea che, non avendo presentato domanda d'asilo, si trova nel territorio nazionale senza assistenza e rappresentanza dei genitori o di altri tutori legalmente responsabili.¹²

La definizione è specificata anche nell'art. 2 della direttiva europea 2001/55/EC3 e nell'art.2 comma f) del D.Lgs 85/2003, poi ripresa anche nell'art.2 comma e) del D.Lgs 142/2015: «è minore non accompagnato: lo straniero di età inferiore agli

10 Cfr. Comitato dei diritti del fanciullo, General Comment N.6/2005, *Treatment of unaccompanied and separated children outside their Country of origin*, documento CRC/CG72005/06 del 1 settembre 2005, par.7.

11 Cfr. F. Lenzerini, *La protezione internazionale dei minori stranieri non accompagnati nel diritto internazionale*, in (a cura di) R. Pisillo Mazzeschi, P. Pustorino, A. Viviani, *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, cit., pag.271-272.

12 Cfr. art.1 comma 2 DPCM 535/1999, *Regolamento concernente i compiti del Comitato per i minori stranieri*, a norma dell'art.33 commi 2 e 2bis del D.Lgs 25 luglio 1998 n.286.

anni diciotto, che si trova, per qualsiasi causa, nel territorio nazionale, privo di assistenza e rappresentanza legale».

Tuttavia, come specificato nel protocollo per l'identificazione e per l'accertamento olistico multidisciplinare dell'età dei minori non accompagnati,¹³ la categoria dei MSNA è più ampia rispetto a quella derivante da queste definizioni, comprendendo anche quei minori che, pur appartenendo a un paese comunitario o avendo richiesto asilo, siano privi di assistenza genitoriale o di altre figure idonee ad assumerne la rappresentanza. Per concludere la rassegna dei soggetti rientranti in questa categoria, oltre ai minori completamente soli, fanno parte di questa definizione anche i minori affidati di fatto ad adulti, compresi parenti entro il quarto grado, che ne siano tutori o affidatari in base ad un provvedimento amministrativo, perché questi minori sono comunque privi di rappresentanza legale secondo la legge italiana.¹⁴

Nella legge “Zampa” viene ripresa questa definizione affermando che per minore straniero non accompagnato presente nel territorio dello Stato si intende il minore non avente cittadinanza italiana o dell'Unione europea, che si trova nel territorio italiano per qualunque causa o che è sottoposto alla giurisdizione italiana, privo di assistenza e di rappresentanza da parte dei genitori o di altri adulti legalmente responsabili in base all'ordinamento del nostro Paese.

È stabilito il divieto di respingimento alla frontiera di MSNA. Con una modifica al T.U. immigrazione, si prevede che, quando debba essere disposta l'espulsione di un minore straniero per motivi di sicurezza dello Stato, il provvedimento dovrà essere disposto dal tribunale dei minori, su impulso del questore, «a condizione comunque che il provvedimento stesso non comporti un rischio di danni gravi per il minore». La legge “Zampa” aggiunge all'articolo 19 il comma 1 bis, con

13 Protocollo emanato approvato dalla Conferenza delle Regioni e delle Provincie autonome, 16/30/CR09/C7-C15.

14 La rappresentanza legale di un minore è esercitata dal genitore o dal tutore. Un parente diverso dal genitore e che non sia stato nominato tutore ex art.348 codice civile, invece, non ha la rappresentanza legale del minore.

specifico riferimento ai MSNA, richiamo già attuato nella prassi, che li faceva rientrare nella categoria dei minori in generale. Si ha quindi d'ora in poi uno specifico divieto di respingimento derivante dalla legge e non sono dall'interpretazione giurisprudenziale per questa particolare categoria di soggetti. L'articolo 19 viene richiamato anche nella modifica della legge 4 maggio 1983, n. 184 in materia di adozione per specificare che il divieto di espulsione si applica anche ai minori «che non sono muniti di visto di ingresso rilasciato ai sensi dell'articolo 32 [...] e che non sono accompagnati da almeno un genitore o da parenti entro il quarto grado».

In ogni caso, hanno diritto ad avere un permesso di soggiorno per motivi di “minore età” valido fino al compimento del diciottesimo anno: il Questore può rilasciare questo permesso di soggiorno anche prima della nomina del tutore, al fine di evitare che i tempi burocratici impediscano l'esercizio dei diritti fondamentali.

L'art. 11 del D.P.R. del 31 agosto 1999 n. 394, prevede inoltre il rilascio del permesso di soggiorno con finalità di integrazione del minore, previo parere del Comitato per i Minori Stranieri. Al compimento della maggiore età, il minore straniero non accompagnato può proseguire la sua permanenza regolare in Italia, se fornisce prova di trovarsi nel nostro Paese da almeno tre anni e di aver effettuato un percorso di integrazione della durata di almeno due anni.

Il minore non accompagnato giunto nel territorio italiano ha diritto a una protezione immediata, derivante dagli obblighi di carattere internazionale.

Una volta giunti in Italia, i MSNA possono essere distinti in base al fatto di avere o meno presentato una domanda di protezione internazionale: le differenze di *status* derivanti dalla richiesta di protezione internazionale hanno ricadute sul sistema di accoglienza e conseguentemente sui percorsi di inserimento nello Stato di arrivo. I minori non accompagnati che presentano domanda d'asilo hanno accesso alle procedure di inserimento e accoglienza riservate alla generalità dei richiedenti protezione internazionale, mentre gli altri iniziano percorsi di

inserimento specifici.¹⁵

Un primo problema nasce dal fatto che i MSNA siano solitamente sprovvisti di documenti d'identità e questo li porta di fatto ad essere in una condizione di impossibilità di essere destinatari di prerogative di natura giuridica, essendo in uno *status* di inesistenza giuridica, si trovano quindi nella stessa situazione dei bambini non registrati alla nascita. La mancanza di identità giuridica rende impossibile la protezione, quindi gli Stati dovrebbero creare un sistema di registrazione temporaneo, che attribuisca a questi soggetti un nome, anche fittizio, in attesa dell'accertamento della loro identità.

Una misura preventiva per assicurare l'immediata e effettiva protezione consiste nella predisposizione di personale specializzato per l'accoglienza di questi bambini, in modo tale che la loro situazione sia valutata nel più breve tempo possibile. L'identificazione deve esser fatta all'interno dei centri di prima accoglienza, in condizioni ambientali in grado di permettere un colloquio sereno.¹⁶

La legge "Zampa" introduce un termine massimo di 10 giorni per l'identificazione, effettuata dall'autorità di pubblica sicurezza con l'ausilio di mediatori culturali.

In linea generale comunque si riscontra la necessità di nominare un tutore legale.¹⁷

Il primo obiettivo del legislatore è quello di verificare l'effettiva condizione di non accompagnato del minore, in modo tale da prevedere per lo stesso un adeguato percorso di integrazione socio-educativa.

La legge 47/2017 ha dato riscontro a questa necessità, prevedendo l'istituzione di un elenco di tutori volontari, tenendo conto delle modifiche richieste dal relatore

15 Comitato Italiano per l'UNICEF Onlus, *Sperduti. Storie di minorenni arrivati soli in Italia*, Roma 2017, pag.15

16 Cfr. Art.19 decreto 142/2015

17 Su minori e mancanza di identità giuridica, cfr. F. Lenzerini, *La protezione internazionale dei minori stranieri non accompagnati nel diritto internazionale*, pag.289-290, in (a cura di) R. Pisillo Mazzeschi, P. Pustorino, A. Viviani, *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, cit., pag.289-290.

della Commissioni Affari Costituzionali: possibilità per gli enti locali di promuovere «la sensibilizzazione e la formazione di affidatari per favorire l'affidamento familiare dei minori stranieri non accompagnati, in via prioritaria rispetto al ricovero in una struttura di accoglienza»; inoltre le norme sull'affidamento familiare non possono comportare maggiori e ulteriori oneri per lo Stato, ma che gli enti locali provvedano «nei limiti delle risorse disponibili» del loro bilancio¹⁸. Molte associazioni che si occupano di questi soggetti, per nominare le più note Oxfam Italia, *Save the Children*, Unicef e *Terre des Hommes* Italia, avevano lanciato un appello affinché il Parlamento proseguisse rapidamente ai lavori.¹⁹

4. Accoglienza e trattamento dei minori

Le soluzioni per i minori stranieri non accompagnati in Italia sono due: o si utilizza l'istituto del rimpatrio assistito o si tende verso la permanenza, ma questo implica misure speciali di integrazione. La soluzione più appropriata sarebbe quella di utilizzare entrambe le opzioni, a seconda dell'interesse superiore del minore, così come prevede la Convenzione sui Diritti dell'Infanzia di New York del 1989.

18 Cfr. <http://gruppocrc.net/ddl-minori-non-accompagnati-in-aula-al-senato>, nell'appello si afferma: «Forti dell'ampio consenso trasversale alla proposta di legge da parte di forze politiche di maggioranza e di opposizione, abbiamo guardato con fiducia al Senato, dove è in corso l'esame del provvedimento, auspicando una definitiva approvazione della stessa. Apprendiamo tuttavia che tale risultato è stato compromesso a causa di ulteriori modifiche richieste dalla Commissione Bilancio sulla base di un parere della Ragioneria di Stato, dopo che, alla Camera, il testo aveva già ottenuto il parere favorevole da parte del Ministero dell'Economia e delle Finanze, che rende inevitabile un ulteriore passaggio alla Camera».

19 Così F.Albano, dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, in data 01 marzo 2017: «bene l'approvazione al Senato del ddl sui minori non accompagnati, prima legge organica in materia attesa da tempo.»

Prima di parlare dell'accoglienza in senso stretto dei minori stranieri non accompagnati è bene capire in che stato giuridico versano questi soggetti una volta entrati nel nostro territorio.

Le fonti principali si trovano nella Convenzione di Ginevra, che individua lo *status* di rifugiato, nella Convenzione di New York 1989 e nelle direttive dell'Unione europea.

Gli strumenti normativi utilizzati dall'Unione europea prevedono disposizioni particolari per i minori stranieri non accompagnati richiedenti asilo, che portano ad avere garanzie procedurali differenziate per il riconoscimento dello *status*, per la valutazione delle particolari esigenze di accoglienza ovvero che sono dirette a risolvere svariate problematiche, come ad esempio l'accertamento della minore età. L'Europa così auspica ad avere un sistema comune di asilo rafforzato, di procedure e condizioni di accoglienza comune e uno stato giudico uniforme per i titolari di protezione internazionale.²⁰

Prima di tutto viene stabilito che il minore che fa ingresso nel territorio dell'Unione europea deve essere accolto sulla base del superiore interesse del fanciullo e deve essergli assicurato il rispetto delle garanzie procedurali per l'adozione di provvedimenti finalizzati al ricongiungimento familiare.²¹

Gli Stati membri devono assicurare un livello di vita adeguato allo sviluppo psico-fisico del minore, in particolar modo devono fornire assistenza riabilitativa a coloro i quali abbiano subito qualsiasi forma di abuso, negligenza, sfruttamento, tortura, trattamento crudele, disumano o degradante, ovvero che siano predisposte, se necessario, misure di assistenza psichica e consulenza qualificata.

Se i minori non accompagnati richiedono protezione internazionale, gli Stati devono assicurare che il fanciullo sia assistito da un rappresentante, devono

20 Art.78 TFUE, cfr.F.Albano, *La tutela dei minori stranieri*, in (a cura di) A.Macrillò, *Il diritto degli stranieri*, cit., pag.396-397.

21 Cfr. Direttiva 2016/33/UE del Parlamento europeo e Consiglio europeo.

fornirgli alloggio adeguato e ricercare i familiari.²²

In linea generale, il minore che entra nel nostro territorio deve essere accolto non tanto e non solo sulla base del principio del superiore interesse del minore, ma devono anche essergli assicurate tutte le garanzie procedurali affinché vengano adottate soluzioni stabili e volte al ricongiungimento familiare.²³

In conformità a quanto previsto dall'ordinamento giuridico italiano, il minore straniero non accompagnato ha diritto all'accoglienza fino al compimento della maggiore età. Nel caso in cui per il neo maggiorenne ricorrano le condizioni previste dall'art. 32 del T.U. immigrazione ovvero nel caso in cui il neo maggiorenne sia richiedente o titolare di protezione internazionale, l'accoglienza può essere prorogata fino al massimo di ulteriori sei mesi. Ulteriori proroghe sono consentite, previa autorizzazione del Ministero dell'Interno per il tramite del Servizio Centrale, esclusivamente nel caso in cui il neo maggiorenne sia richiedente o titolare di protezione internazionale e se ne ravvisi la necessità amministrativa.²⁴

Spetta ai pubblici ufficiali, agli incaricati di pubblico servizio e agli enti, in particolare che svolgono attività sanitaria o di assistenza, che vengano a conoscenza della presenza di un minore straniero non accompagnato, segnalarlo alle istituzioni competenti. Infatti chiunque trovi un minore non accompagnato può recarsi presso la pubblica autorità perché questa proceda ex art. 403 c.c. collocando il minore in luogo sicuro; il Comune, nel cui territorio il minore si trova, ha l'obbligo giuridico di provvedere. L'ente locale dovrà procedere alle necessarie segnalazioni al competente ufficio per i minori non accompagnati presso la Direzione Generale dell'Immigrazione del Ministero del lavoro e alla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni per l'accertamento dell'eventuale stato di abbandono del minore oppure al Giudice Tutelare per

22 Cfr F.Albano, *La tutela dei minori stranieri*, cit., pag.400.

23 Cfr. F.Albano, *La tutela dei minori stranieri*, cit., pag.399.

24 Cfr. Decreto legislativo n. 140/2005 e dalle Linee Guida allegate al D.M. 30 luglio 2013.

l'apertura della tutela. La segnalazione deve contenere tutte le informazioni disponibili, in particolare: le generalità, la nazionalità, le condizioni fisiche, i mezzi di sostentamento e il luogo di provvisoria dimora del minore, le misure adottate, informazioni circa i familiari del minore, le condizioni di vita, gli studi, e le attività di formazione svolte in Italia.

In base alla legge 184/83, art. 9 e al regolamento di attuazione del T.U. 286/98, art. 28, anche il minore in stato di abbandono o accolto per un periodo superiore a sei mesi da persona diversa dal parente entro il quarto grado deve essere segnalato alla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni. In base alla legge 184/83 (modificata dalle legge 476/98) il minore straniero non è accompagnato da parente entro il quarto grado, viene appunto segnalato al Tribunale per i minorenni il quale, qualora sussistano i presupposti, interviene disponendo provvedimenti necessari in caso di urgenza, l'affidamento, o l'adozione; ovvero segnala il minore alla Commissione per le adozioni internazionali, che a sua volta comunicherà il nominativo al Comitato per i minori stranieri.

È sempre previsto un colloquio con il minore, a cui è garantita un'adeguata informazione sul significato e sulle conseguenze del colloquio.

Il diritto all'ascolto del minore viene ribadito e sancito pienamente nella legge "Zampa": nel momento in cui il fanciullo viene a contatto o è segnalato alle autorità di polizia o giudiziaria, a enti locali o ai servizi sociali, dovrà essere svolto un apposito colloquio dal personale qualificato della struttura di prima accoglienza, con l'ausilio, se possibile, di organizzazioni, enti o associazioni di «comprovata esperienza nel settore dell'assistenza ai minori stranieri»²⁵. Un apposito D.P.C.M dovrà regolare la procedura del colloquio, nel quale sarà sempre assicurata la presenza di un mediatore culturale. Inoltre viene prevista l'istituzione

25 Così l'art.15 della legge 47/2017, rubricato «Diritto all'ascolto dei minori stranieri non accompagnati nei procedimenti» che modifica il comma 2 dell'articolo 18 del decreto legislativo 18 agosto 2015, n.142.

di un sistema informativo nazionale dei MSNA presso il Ministero del Lavoro e delle politiche sociali e la “cartella sociale”: subito dopo il colloquio con il minore, la struttura di accoglienza deve provvedere alla compilazione di questa cartella, in cui vengono inseriti tutti i dati e gli elementi utili a determinare la soluzione migliore di lungo periodo nell'interesse del minore; la cartella viene poi trasmessa ai servizi sociali del comune di destinazione e alla procura della Repubblica presso il tribunale dei minorenni.

Correlativa al diritto all'ascolto è la previsione del diritto all'assistenza legale, secondo cui il minore soggetto a un procedimento giurisdizionale ha diritto di essere informato dell'opportunità di nominare un legale di fiducia e di avvalersi, qualora ricorrano le condizioni, del gratuito patrocinio alle spese dello Stato in ogni stato e grado del procedimento.²⁶

Il Decreto legge 13/2017 ha previsto l'accelerazione delle misure per l'identificazione e la definizione della posizione giuridica dei cittadini di Paesi terzi. Secondo queste disposizioni, devono essere individuati centri di prima accoglienza nei quali deve essere fatto un primo vaglio sulle condizioni di salute e viene fatta una prima identificazione; viene assicurata l'informazione sulla procedura internazionale, sul programma di ricollocazione all'interno dei Paesi dell'Unione europea e la possibilità del ricorso del rimpatrio volontario assistito.²⁷

Un caso di rilevanza venuto alla ribalta grazie al ricorso presso la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, riguarda due minori stranieri non accompagnati collocati presso il centro di accoglienza per adulti di Cona (VE); in questa decisione viene affrontata anche per la prima volta la problematica dell'accertamento dell'età dei MSNA.²⁸ Oltre al non riconoscimento della minore età, i due ricorrenti hanno

26 Cfr. Art.16 legge “Zampa”.

27 Cfr. Consiglio dei Ministri del 10 febbraio 2017 n.12

28 In risposta alla richiesta di informazioni inviata dalla Corte allo Stato italiano, quest'ultimo ha risposto sostenendo che i due ricorrenti sarebbero maggiorenni, ma una perizia auxologica ha invece dimostrato che la maturità ossea sia compatibile con la minore età. Questo ha dato l'opportunità alla Corte europea di evidenziare quali siano le violazioni del d.p.c.m 234/16.

denunciato le condizioni inumane e degradanti del centro dovute al sovraffollamento, dall'insufficienza dei servizi igienici e dalla mancanza di un adeguato riscaldamento. In ultimo è stata denunciata la violazione delle norme previste dal nostro ordinamento a protezione dei minori stranieri non accompagnati, tra le quali l'obbligo di collocamento in strutture adeguate e la nomina di un tutore.

I minorenni non accompagnati richiedenti asilo e quelli titolari di protezione internazionale e umanitaria accedono alle strutture e ai servizi del Sistema di Protezione per i Richiedenti Asilo e i Rifugiati.

Il 14 febbraio la Corte di Strasburgo ha ordinato al Governo italiano, con misura provvisoria, di trasferire i due soggetti in strutture a loro più idonee, in conformità alle misure di protezione previste dalla normativa internazionale e nazionale.²⁹

Questa problematica parrebbe essere risolta dalla legge “Zampa” del 2017, che prevede la modifica dell'articolo 19, comma 1, primo periodo, del decreto legislativo 18 agosto 2015, cd. decreto “accoglienza”, che disciplina le misure di accoglienza per i minori stranieri non accompagnati: devono costituirsi appositi centri per MSNA e viene ridotto, da sessanta giorni a trenta, il tempo in cui può essere trattenuto per la sua identificazione, che dovrebbe essere comunque conclusa in dieci giorni.

In base all'art. 1-ter del D.L. n. 113/2016 (di modifica dell'art.19 d.lgs 142/2015) viene previsto che, in presenza di arrivi consistenti e ravvicinati di minori non accompagnati, nel caso in cui non siano disponibili posti nelle strutture governative di prima accoglienza o nell'ambito dello Sprar³⁰ e l'accoglienza non

Vedi paragrafo successivo.

29 Nei prossimi mesi l'Italia sarà chiamata a rispondere sulla problematica delle condizioni del centro di Cona, sul rispetto delle misure di protezione e sulla procedura di determinazione della minore età. Cfr. www.asgi.it la Corte europea per i diritti dell'uomo ordina al Governo di trasferire i minori da Cona, 24 febbraio 2017.

30 Acronimo utilizzato per individuare Sistema di Protezione per Richiedenti Asilo e Rifugiati una rete di centri c.d. di “seconda accoglienza” destinata ai richiedenti e ai titolari di protezione internazionale.

possa essere assicurata dal Comune in cui si trova l'individuo, il prefetto disponga l'attivazione di strutture temporanee esclusivamente dedicate ai MSNA, con una capienza massima di cinquanta posti per ciascuna struttura, nei quali devono essere comunque assicurati i servizi di accoglienza e psicologici garantiti ai minori richiedenti asilo. L'accoglienza in queste strutture non può essere disposta ai minori infraquattordicenni ed è limitata al tempo necessario al trasferimento in strutture governative di prima accoglienza per MSNA.³¹ A parere della ASGI questa previsione sarebbe discriminatoria per i minori stranieri non accompagnati e contraria al principio del superiore interesse del fanciullo, in violazione sia della Costituzione che degli accordi internazionali, perché disincentiverebbe la partecipazione dei Comuni allo Sprar: questa previsione si pone in contrasto con la disciplina nazionale e regionale relativa alle strutture di accoglienza per minori, che prevede il superamento degli istituti di grandi dimensioni a sostegno di ambienti di tipo familiare o comunque più ridotti.³² l'accoglienza in strutture troppo grandi implica una spersonalizzazione delle relazioni, impedendo il formarsi di un ambiente di tipo familiare. È da sottolineare che la norma esclude dall'accoglienza nelle strutture ricettive temporanee solo i minori infraquattordicenni, senza prevedere tutele specifiche neanche per i minori che siano particolarmente vulnerabili per svariati motivi (ad esempio perché vittime di tratta), differenziandosi dagli standard per le strutture di seconda accoglienza per minori non accompagnati approvati dalla Conferenza delle Regioni.³³

31 Cfr.P.Bonetti, *Misure straordinarie di accoglienza per i minori stranieri non accompagnati*, in *Osservatorio italiano. Rassegna delle leggi, dei regolamenti e dei decreti statali*, in www.dirittoimmigrazione cittadinanza.it, (consultato il 9 giugno 2017).

32 Nella lettera alle istituzioni a seguito dell'approvazione del disegno di legge di conversione in legge del decreto legge 24 giugno 2016, n.113, recante misure finanziarie urgenti per gli enti territoriali e il territorio, approvato dalla Camera dei deputati il 21 luglio 2016. "Con queste norme si rischia un trattamento di forte svantaggio dei MNSA collocati nelle strutture ricettive temporanee rispetto ai minori italiani, ma anche rispetto ai minori collocati negli Sprar".

33 Cfr.P.Bonetti, *Misure straordinarie di accoglienza per i minori stranieri non accompagnati*, in *Osservatorio italiano. Rassegna delle leggi, dei regolamenti e dei decreti statali*, www.dirittoimmigrazione cittadinanza.it (consultato il 9 giugno 2017).

In base al decreto del Ministro dell'interno 8 settembre 2016 n. 210, vengono istituiti i Centri governativi di prima accoglienza per i MSNA. Nel decreto vengono individuati i requisiti di questi centri, cioè: devono assicurare la permanenza continuativa del minore nell'arco di 24 ore per un periodo non eccedente i 60 giorni; devono garantire «l'ospitalità di 50 minori in almeno due sedi alla stessa destinate in via esclusiva», nel limite di 30 minori per sede. Il decreto prevede inoltre una serie di servizi che le strutture devono erogare ai fanciulli, come ad esempio il servizio mensa e la mediazione culturale: in questo modo viene rispettato il principio del superiore interesse del minore.³⁴

In relazione alla rete di accoglienza, la legge “Zampa” estende l'accesso ai servizi del sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati, gli Sprar appunto, a tutti i minori non accompagnati, a prescindere dai posti disponibili: la capienza del sistema deve essere commisurata alle effettive presenze dei minori sul territorio nazionale, comunque nei limiti delle risorse del Fondo nazionale per le politiche e i servizi dell'asilo.³⁵

Trovata una collocazione, nel rispetto delle norme interne, in particolare artt. 6 e 9 c.c., 10 e 22 Cost., è necessaria una ricerca relativa al nome: il minore straniero ha diritto al nome ed ha diritto a non esserne privato. Il nome costituisce, infatti, elemento del diritto all'identità personale e trova specifica tutela sia nella Legge 31 dicembre 1996 n.675, che in numerose pronunce della giurisprudenza. Per l'identificazione del minore straniero non accompagnato la norma di riferimento è quella di cui all'art. 5, comma 3, D.P.C.M. n. 535/1999, dove è previsto che l'identità del minore sia accertata dalle autorità di pubblica sicurezza, mediante anche la collaborazione delle rappresentanze diplomatico-consolari del paese di

34 Cfr.P.Bonetti, *Istituzione dei Centri governativi di prima accoglienza dedicati ai minori stranieri non accompagnati richiedenti asilo*, in *Osservatorio italiano. Rassegna delle leggi, dei regolamenti e dei decreti statali*, in www.dirittoimmigrazione cittadinanza.it, (consultato il 9 giugno 2017).

35 Cfr. Art.12 legge 47/2017.

origine del minore, ma questa verifica risulta spesso difficoltosa e con tempi estremamente lunghi. Il fanciullo è sottoposto a rilievi foto dattiloscopici e segnaletici da parte dell'autorità pubblica: questo adempimento costituisce un passaggio amministrativo necessario sia per verificare la presenza di denunce di scomparsa dei minori che ai fini del rilascio del permesso di soggiorno.

5. La richiesta di protezione internazionale

Molti paesi, tra cui l'Italia, pur prevedendo delle procedure per determinare lo *status* di rifugiato, non tengono solitamente in considerazione la particolare situazione dei minori non accompagnati.

Il soggiorno prolungato in centro di accoglienza può generare effetti negativi sullo sviluppo fisico e psicologico dei bambini e quindi deve essere previsto un metodo rapido di valutazione di questo stato: il minore straniero non accompagnato richiedente protezione internazionale è il minore che è fuggito dal proprio paese perché vittima di persecuzioni individuali per motivi politici, religiosi, etnici o sociali, vittima di sfruttamento sessuale o lavorativo, in pericolo di subire gravi danni derivanti da condanne a morte, torture o maltrattamenti ovvero che si è allontanato per sottrarsi a conflitti interni o internazionali.

Le garanzie per i minori non accompagnati che richiedono la protezione internazionale sono contenute nell'art. 19 D.Lgs. n. 25/2008, attuativo della Direttiva n. 2005/85/CE recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di rifugiato.

L'articolo prevede che a questi soggetti venga fornita la necessaria assistenza per la presentazione della domanda, con la necessaria presenza del tutore in tutto il procedimento per l'esame dell'istanza. Qualora sussistano dubbi in ordine all'età,

il minore può essere sottoposto con provvedimento del giudice.³⁶

Infine viene previsto per il minore la partecipazione al colloquio personale; allo stesso deve essere garantita adeguata informazione sul significato e sulle eventuali conseguenze del colloquio personale.³⁷ Anche in questo caso il colloquio è svolto in attuazione del diritto all'ascolto del minore: l'ascolto, infatti, è innanzitutto un diritto del minore d'età di incontrare il giudice che prenderà decisioni per lui, a potergli liberamente esporre il suo punto di vista nelle questioni che lo coinvolgono e a dare un contributo al giudizio come soggetto di diritto, e non soltanto come oggetto di tutela. L'ascolto è un momento conoscitivo sulle opinioni del minore, anche in base al suo vissuto, alle sue esperienze e alle sue speranze per il futuro.

Il 30 settembre 2015 è entrato in vigore il decreto legislativo 18 agosto 2015 n. 142, di attuazione della direttiva 33/2013/UE sulle norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale e della direttiva 32/2013/UE sulle procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale.

Il decreto è composto da due parti, che disciplinano aspetti distinti regolati dalle direttive UE. La prima parte riforma tutta la normativa del sistema di accoglienza del soggetto che richiede asilo, compresi i casi di trattenimento del richiedente

³⁶ Su accertamento della minore età, cfr paragrafo successivo.

³⁷ La Convenzione ONU del 1951 e il Protocollo del 1967 che prevedono le Procedure e i Criteri per la Determinazione dello Status di Rifugiato non contengono specifiche disposizioni riguardanti lo status di rifugiato per i minori. L'Alto Commissariato ONU per i Rifugiati ha predisposto delle linee guida per determinare lo status di rifugiato del minore: in tali linee guida si affronta la questione del livello di sviluppo e maturità mentale del minore non accompagnato, in particolare se trattasi di bambini al di sotto dei 16 anni, solitamente considerati non sufficientemente maturi. Ogni caso, poi, varia in base alle condizioni del paese d'origine e a fattori personali specifici relativi al singolo richiedente asilo. La determinazione dello *status* di rifugiato non è un processo automatico, ma richiede piuttosto conoscenza, formazione ed esperienza specifiche e un'approfondita comprensione della particolare situazione del richiedente asilo. Per approfondimenti, cfr. Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 1979/riedito Gennaio 1992. Ginevra: UNHCR, punti 203-222. <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/refugeehandbook.pdf>

asilo; la seconda parte è di modifica della procedura di esame delle domande e disciplina dei ricorsi giurisdizionali, non travolgendo tuttavia la precedentemente procedura.

La legge “Zampa” prevede, all'articolo 12, un sistema di protezione speciale per i richiedenti asilo, i rifugiati e i minori stranieri non accompagnati. Con questo articolo vengono riportate modifiche all'art.19 del decreto legislativo 18 agosto 2015 n.142. Questo speciale sistema deve tenere conto delle esigenze e delle caratteristiche del minore, ricavate da un colloquio con lo stesso. Le strutture previste devono soddisfare gli standard minimi dei servizi e dell'assistenza forniti dalle strutture residenziali per i minorenni. Inoltre nella nuova legge, all'art.18 vengono previste modifiche atte ad avere protezione internazionale con specifico richiamo a questa categoria di soggetti.

6. L'accertamento sull'età

A fronte della presenza in Italia di minori non accompagnati in maggioranza di età compresa tra i 16 e i 17 anni, l'accertamento sull'età è fondamentale affinché vengano attribuiti al minore una serie di diritti che al soggetto adulto non spettano: la minore età rappresenta presupposto essenziale per l'applicazione delle misure protettive e di assistenza prevista dalla legge³⁸, come il diritto di essere accolti in una struttura per minori, il diritto a non essere espulsi ovvero trattenuti in un CIE³⁹ e il diritto ad avere un tutore.

38 Circolare del Ministero dell'Interno Prot. 17272/7, 9 luglio 2007 “Identificazione dei migranti minorenni”.

39 I CIE sono centri di identificazione e di espulsione, istituiti con la legge “Turco-Napolitano” (L.40/1998). Sono strutture detentive dove vengono reclusi gli stranieri sprovvisti di regolare permesso di soggiorno. Con le modifiche apportate dalla legge “Bossi-Fini” (L.189/2002), dal pacchetto sicurezza del 2009 (L.94) e dal decreto di recepimento della Direttiva Rimpatri (L.123/2011), il trattenimento in queste strutture viene disposto da questore per un tempo di trenta giorni, prorogabile per un massimo di diciotto mesi, nel caso in cui si versi nell'impossibilità di proseguire in maniera immediata all'espulsione tramite accompagnamento alla frontiera o respingimento. È il primo caso in Italia di detenzione amministrativa.

Data la maggior tutela dei minori rispetto ai maggiorenni, molti soggetti che entrano nel territorio italiano dichiarano di non aver superato la maggiore età e l'assenza dei documenti rende difficile questa verifica; di fatto il più delle volte viene avviata la procedura a causa del sospetto, da parte della pubblica autorità, che la persona dichiara un'età inferiore rispetto a quella reale.

La normativa internazionale stabilisce principi-guida, criteri e garanzie fondamentali in tema di accertamento dell'età. Essi includono: il principio del superiore interesse del fanciullo; il principio di non discriminazione; il diritto del minore a preservare la propria identità; la presunzione della minore età e il beneficio del dubbio, che deve essere accordato qualora non sia possibile stabilire in modo certo l'età di un individuo; l'accertamento effettuato con l'utilizzo di metodologie derivanti da diverse discipline da personale indipendente e specializzato; il consenso informato del minore a sottoporsi alla procedura; l'indicazione del margine di errore nel referto; la presenza di un tutore che rappresenti il minore; la possibilità di appello.

Da questi principi si ricava che in caso di incertezza sull'età, colui che dichiara di essere minorenne può essere sottoposto ad un esame, espletato anche tramite prove biomediche. Se il referto indica un'età minima e massima, si deve considerare come valida l'età minima. Esiste una presunzione di minore età nel caso di persistenza del dubbio circa la stessa.

Le visite mediche devono essere effettuate nel rispetto della dignità della persona e il minore deve essere informato, in una lingua a lui comprensibile, che la visita è finalizzata all'accertamento sull'età. Sono principi derivanti non solo dalle norme internazionali, ma anche dalla legislazione europea.

In Italia, fino alla legge "Zampa", non esisteva una legge specifica che individuasse il meccanismo di accertamento dell'età dell'individuo. La normativa italiana si presentava quindi disorganica. Principi e garanzie procedurali erano disciplinati da fonti di natura diversa, in maggioranza secondarie. Alcuni principi erano previsti solo per l'ambito penale o per l'ambito della protezione

internazionale e non trovavano applicabilità diretta in ogni accertamento di età di presunti minori non accompagnati. Altri venivano richiamati solo in fonti secondarie quali Circolari Ministeriali o Linee Guida.

In ogni caso, prima dell'accertamento della minore età, l'Autorità di Pubblica Sicurezza, mediante l'ausilio di un mediatore culturale, richiede al soggetto di dichiarare le proprie generalità, di esibire un documento se ne è in possesso, di indicare se, tra gli altri migranti eventualmente presenti, vi siano parenti. Nel caso in cui non emerga dubbio circa la minore età, non sarà necessario procedere a ulteriori accertamenti, altrimenti si dovrà andare avanti con la procedura di riconoscimento.⁴⁰

Un testo di riferimento è quello inerente alle linee guida attuative dei compiti attribuiti al Comitato dei minori stranieri, in particolar modo nell'art.5 comma 3 del D.L 535/1999 per cui l'identità del minore deve essere accertata dall'autorità di pubblica sicurezza e se necessario, si può chiedere assistenza alle rappresentanze politico-consolari del Paese di origine del soggetto e attraverso indagini familiari. La metodologia utilizzata deve rispettare la salute e la dignità del minore; in caso vi sia ancora incertezza, va «garantito il beneficio del dubbio».⁴¹

40 Cfr. *Protocollo per l'identificazione e l'accertamento olistico multidisciplinare dell'età dei minori non accompagnati*, Conferenza delle Regioni e delle Province autonome 16/30/CR09/C7-C15.

41 Cfr. F.Albano, *La tutela dei minori stranieri*, cit., pag.404-405. Questi principi di massima emergono dal combinato disposto dell'art.3 comma 1 e dell'art.4 comma 3 della Risoluzione del Consiglio dell'Unione Europea del 26 giugno 1997 sui minori non accompagnati, cittadini di Paesi terzi in G.U. n. C221 del 19 luglio 1997([http://eurolex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.douri=CELEX:31997Y0719\(02\):IT:HTML](http://eurolex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.douri=CELEX:31997Y0719(02):IT:HTML)), secondo cui «gli Stati membri dovrebbero sforzarsi di stabilire l'identità di un minore il più rapidamente possibile dopo il suo arrivo, come pure il fatto che non è accompagnato. Le informazioni sulla identità e situazione di un minore possono essere ottenute in vari modi, in particolare attraverso un adeguato colloquio con l'interessato, che deve aver luogo al più presto e in modo adatto alla sua età» e, in linea di principio «il richiedente asilo non accompagnato che sostiene di essere un minore deve addurre le prove della sua età». La risoluzione prevede che, nel caso in cui il soggetto non riesca addurre prove sulla propria età, si possa provvedere tramite test medico, ma solo con il consenso del minore, di un suo rappresentante ovvero dell'istituzione appositamente designata. La disciplina italiana prevede questo principio generale nell'art. 8 DPR 22 settembre 1988 n.448 sul processo penale minorile, secondo cui «qualora, anche dopo la perizia, permangono dubbi sulla minore età, questa è presunta ad ogni

L'accertamento di norma viene effettuato attraverso il metodo di Greulich-Pyle⁴². Questa metodologia è criticabile sotto diversi aspetti, in particolare è condotto su una popolazione differente rispetto a quella dei soggetti valutati: è uno studio effettuato su bambini e adolescenti nati a Cliveland (Ohio) tra le due guerre del secolo scorso. In altri termini non c'è una corrispondenza né diacronica né sincronica tra i soggetti oggetto dello studio in questione e minori soggetti all'accertamento di età. Inoltre lo scopo dello studio non era quello di accertare l'età delle persone, ma quello di valutare la differenza tra età biologica e età cronologica⁴³ in diverse situazioni auxologiche, per la verifica della potenziale crescita residua o per diagnosticare e monitorare malattie croniche, malnutrizione, carenze ormonali e simili.⁴⁴

Nella prassi poi viene effettuata spesso da operatori non specializzati con la possibilità di errore di refertazione; è arcaica rispetto a nuove metodologie più attendibili.⁴⁵

Nonostante queste criticità, la Corte di Cassazione ha ritenuto attendibile questo metodo, affermando che «l'accertamento radiografico del polso dà conto dei risultati esperiti in tutti i casi consimili ed è in grado di offrire un tranquillizzante grado di certezza in ordine ai suoi esiti circa il processo di accrescimento dell'organismo nell'età evolutiva».⁴⁶

effetto».

42 Nello specifico valutazione dell'età scheletrica. Viene fatta un'indagine radiologica per la valutazione della maturazione ossea, effettuata sulla mano e sul polso sinistro. Lo stadio evolutivo di ogni singolo osso viene confrontato con appositi atlanti secondo metodi diversi.

43 L'età cronologica è il tempo intercorso dalla nascita al momento dell'effettuazione dell'esame ed è definita allo stesso modo per tutti; l'età biologica è il grado di maturazione raggiunto dal soggetto, che varia da soggetto a soggetto, perché la maturazione è diversa da persona a persona, anche in assenza di patologie.

44 Per approfondimenti sulle problematiche del metodo Greulich-Pyle in ambito forense, cfr. L.Benso, S.Milani, *Perché l'uso forense dell'età biologica è inappropriato*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2013, pag.48-55.

45 Il Consiglio Superiore della Sanità in un parere del 2009 rubricato “ Accertamento dell'età dei minori non accompagnati”, ha raccomandato l'utilizzo del metodo Tanner-Whitehouse 3 (TW3), che presenta una minore variabilità quindi risulta essere più attendibile

46 Cfr. Cass. Pen. Sez. III, sentenza del 25 marzo 2014, n.38280.

Casi particolari per cui sono previste norme *ad hoc*, in particolare D.p.c.m 234/16 in attuazione dell'art.4 d.lgs 4 marzo 2014, n.24, sono quelli in cui soggetti all'accertamento d'età siano minori vittime di tratta, richiedenti asilo ovvero sottoposti a procedimenti penali.

Viene stabilito che quando vi siano dubbi sulla minore età e non è possibile recepire alcun documento, le Forze di polizia possono chiedere al giudice l'avvio della procedura.

I metodi più utilizzati sono però i seguenti:

- valutazione dello sviluppo fisico: in Italia e in Europa in generale l'approccio maggiormente diffuso è quello medico, in particolare la radiografia del distretto mano-polso;
- le tecniche utilizzate comprendono: esame visivo, valutazione di indicatori antropometrici e/o dello sviluppo puberale; la rilevazione del grado di maturazione scheletrica attraverso parametri auxologici;
- la valutazione dello stato di sviluppo dentario.

L'accertamento deve essere condotto in una struttura sanitaria pubblica, individuata dal giudice, non prima di un colloquio sociale, una visita pediatrica e una valutazione psicologica e, ove sia necessario, alla presenza di un mediatore culturale, in base all'origine etnica e culturale del soggetto. Durante il colloquio, che viene espletato in ossequio al diritto all'ascolto, diritto trasversale a tutta la nuova disciplina in materia di MSNA, il minore deve essere informato in modo adeguato sulla qualità degli esami a cui sarà sottoposto e sulle finalità di questi esami, con anche diritto di opposizione. È prevista una relazione conclusiva sull'accertamento, in cui viene indicata l'attribuzione dell'età stimata, con specificazione dei valori minimo e massimo. Il margine d'errore con riferimento alle metodologie utilizzate è di circa due anni, quindi nel caso in cui sia stimata un'età pari a diciotto anni, in base al principio di presunzione della minore età, il soggetto dovrà essere considerato come minorenni. Confermata in questo decreto la presunzione di minore età nel caso vi sia dubbio. Il provvedimento deve essere

notificato all'interessato e al suo tutore e può essere oggetto di reclamo. Durante tutto il procedimento, l'individuo è trattato come minore e in quanto tale deve essergli fornita adeguata accoglienza e protezione, anche attraverso l'iscrizione obbligatoria al SSN. In questo periodo, il minore è assistito come straniero temporaneamente presente ovvero europeo non iscritto. Al termine della procedura di identificazione, viene rilasciato immediatamente il permesso di soggiorno per minore età.⁴⁷

Problematiche possono insorgere nel caso in cui il minore sia identificato erroneamente maggiorenne. In presenza di un provvedimento di attribuzione dell'età, come prima accennato, è possibile proporre reclamo secondo la disciplina applicabile agli atti del giudice emittente.

Nel caso in cui non sia stato adottato alcun provvedimento specifico, si potrà contestare l'errata attribuzione della maggiore età all'interno di un altri procedimenti, come quelli relativo all'espulsione, respingimento, trattenimento o rigetto dell'istanza di rilascio del permesso di soggiorno per minore età.

Oltre ai provvedimenti giudiziari, è data la possibilità al soggetto di avvalersi di consulenza tecnica, al fine di effettuare una valutazione della propria età e presentare gli accertamenti all'autorità giudiziaria, all'autorità di pubblica sicurezza o all'ente locale, allo scopo di tenerne conto per l'adozione dei provvedimenti di competenza. Nel caso in cui sia già stata effettuata la radiografia polso-mano, può esserne richiesta copia da parte dell'interessato, del suo tutore ovvero del suo difensore, così da non dover sottoporre ulteriormente il soggetto a radiazioni.

Esistono infine casi in cui l'accertamento non può essere considerato valido: nel caso in cui l'interessato mostri dati anagrafici certificati dal passaporto o da altro

47 Cfr. D.d.p.c.m 234/16, cioè il decreto che stabilisce i meccanismi per la determinazione dell'età dei minori non accompagnati vittime di tratta, il quale recepisce la normativa europea e internazionale su questo tema. Nello specifico la direttiva 2011/36/UE e direttiva 2012/29/UE. Vedi anche www.statoregioni.it/documenti/DOC038879255%20-%205%20quater.pdf

documento di identità, anche scaduto, ovvero da altro documento di riconoscimento munito di fotografia, fatta eccezione dei casi in cui sussista fondato dubbio sulla loro autenticità; nel caso in cui si determini l'età in base a un solo esame e non tramite l'approccio multidisciplinare; nel caso in cui non venga specificato il margine di errore intrinseco nella variabilità biologica e nelle metodologie utilizzate, in altre parole nel caso in cui non venga indicato il limite minimo e massimo d'età.⁴⁸

Il protocollo è entrato in vigore il 6 gennaio del 2017, ma per ora è in riferimento solo ai minori vittime di tratta; il Garante Nazionale per l'Infanzia e l'Adolescenza auspica che sia applicato in via analogica a tutti i minori stranieri non accompagnati: nonostante la questione abbia assunto un rilievo sempre maggiore negli anni, non esistono ancora procedure omogenee e standard applicabili per tutti i minori stranieri atti a garantire il rispetto dei diritti del fanciullo durante tutta la fase della procedura.⁴⁹

Norme sull'accertamento dell'età di tutti i minori non accompagnati sono previste nella legge “Zampa”, che per la prima volta regola la materia e garantisce che da ora in poi ci sarà uniformità a livello nazionale. Viene previsto che l'identità del minore straniero è accertata solo dopo che gli sia stata garantita un'immediata assistenza umanitaria. L'autorità di pubblica sicurezza procede, coadiuvata dal mediatore culturale, alla presenza di un tutore e, nel caso in cui non fosse ancora nominato, di un tutore provvisorio. Nel caso di dubbio il primo mezzo è la verifica del documento, avvalendosi anche delle autorità diplomatiche-consolari. Questo intervento non deve esser richiesto nel caso in cui il soggetto dichiari di volersi

48 Su accertamento della minore età, cfr. ASGI, *Norme sull'accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati*, (23 gennaio 2017), in www.asgi.it.

49 Precedentemente sull'applicazione in via analogica, si è pronunciato il Ministero dell'Interno, con circolare del 9 luglio 2007, Prot. n. 17272/7 avente ad oggetto “Identificazione di migranti minorenni”. Per dichiarazioni Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza, cfr. www.garanteinfanzia.org/news/garante-albano-vigore-il-decreto-determinare-l'età-dei-minori-vittime-di-tratta-passo-avanti.

avvalere della protezione internazionale ovvero ne emerga la necessità a seguito di colloquio. Viene prevista anche una cooperazione internazionale tra Ministeri degli Stati interessati al fine di accelerare il compimento di questi accertamenti.

Qualora permangano dubbi, si possono disporre accertamenti socio-sanitari – in ottemperanza al principio di accertamento multidisciplinare – la cui competenza spetta alla procura della Repubblica del tribunale per i minorenni. Viene ribadito anche qui la necessità di consenso informato, parametrato al grado di maturità e alfabetizzazione del presunto minore, come la necessità di comunicare il risultato degli accertamenti svolti, ovviamente comunicazione fatta in una lingua a lui comprensibile, indicante anche il margine di errore. Anche qui troviamo sia la presunzione di minore età nel caso in cui permangano dubbi, che l'avviso di possibilità di reclamo.

Una disposizione di chiusura prevede che, nell'attuare la normativa precedentemente descritta, si provveda nei limiti delle risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente e, in ogni caso, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica. Si suppone che potrebbero essere applicate a tutti i minori stranieri, e non solo ai minori vittime di tratta, le disposizioni previste dal d.p.c.m. n. 264/16.⁵⁰

7. Il diritto all'unità familiare: ricongiungimento familiare e richiesta di permesso di soggiorno per motivi familiari

La disciplina italiana sull'immigrazione e il diritto all'unità familiare del minore straniero trova espresso riconoscimento nel vigente T.U. immigrazione, che dedica uno specifico titolo a questa tematica: il titolo IV rubrica «diritto all'unità

⁵⁰ La legge “Zampa” prevede, con l'art.5 rubricato *Identificazione dei minori stranieri non accompagnati*, che sia inserito l'articolo 19 bis nel decreto legislativo 142/2015, in modo da colmare la lacuna normativa in riferimento a questa categoria di soggetti particolarmente vulnerabili.

familiare», dedicando attenzione specifica alla tutela del minore nell'art.28. In particolare, al comma 3 viene rilevata, in conformità a quanto indicato dalla Convenzione sui diritti del fanciullo, la necessità di tutelare il superiore interesse del bambino, in tutti i procedimenti riguardanti i minori.⁵¹

La disposizione richiamata individua il contenuto del diritto e il soggetto che ne è titolare, in modo specifico sono gli stranieri in possesso di carta di soggiorno o permesso di soggiorno di durata non inferiore a un anno rilasciato per motivi di lavoro, per studio, per motivi religiosi, familiari ovvero per asilo. Viene poi stabilito un motivo di esclusione di questa normativa: non si applica ai familiari stranieri di cittadini italiani ovvero di uno Stato dell'Unione Europea, fatte salve le normative più favorevoli del T.U immigrazione o del regolamento di attuazione.

Tale disposizione non ha immediata applicabilità, costringendo l'interprete a individuare istituti per l'attuazione del diritto proclamato. Questi istituti si possono individuare nel ricongiungimento familiare, nel rilascio di permessi di soggiorno a membri della famiglia già presenti nel territorio irregolarmente ovvero il permesso di soggiorno per motivi familiari, che trova applicazione sia nel caso in cui il genitore del minore deve ricongiungersi, che nel caso in cui sia il minore a doversi ricongiungere con il genitore presente regolarmente nel territorio italiano.

Questo articolo viene considerato un'enfatizzazione, all'interno della disciplina sull'immigrazione, di un principio fondamentale che trascende dall'ambito di applicazione, ma che ha radicamento nel diritto internazionale e nelle costituzioni degli Stati di democrazia.⁵²

Prima di analizzare il ricongiungimento dei MSNA, è bene capire cosa si intenda per famiglia.

La Costituzione italiana dedica alla famiglia e al matrimonio gli articoli 29, 30 e

51 Per approfondimenti, Cfr. E.Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, cit., pag. 105-109

52 Cfr. R.Borrello, *Il diritto all'unità familiare nel diritto dell'immigrazione: riflessioni generali di diritto costituzionale interno e comparato*, in R. Pisillo Mazzeschi, P. Pustorino, A. Viviani, (a cura di) *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, cit, pag.39-42.

31, le cui disposizioni sono tra loro connesse.

L'articolo 29 sottolinea il carattere naturale della famiglia, in quanto nasce come legame di coppia al fine di soddisfare l'esigenza naturale dell'essere umano di trovare amore e conforto in un'altra persona. L'art.30 afferma la responsabilità dei genitori, ovvero il potere-dovere di mantenere, educare ed istruire i figli, sia legittimi che illegittimi. L'articolo 31 obbliga lo Stato a sostenere le famiglie, in particolare quelle più numerose.

L'art.29 è stato considerato contraddittorio e irrisolto, nel senso che nel definire la famiglia come una società naturale, predispone che questa trovi il suo fondamento nel matrimonio.⁵³ Il problema viene risolto riconoscendo le famiglie di fatto, cioè quelle derivanti convivenza stabile e duratura, con o senza figli, fra una donna e un uomo, che si comportano anche esternamente come coniugi, senza essere sposati. Per questo riconoscimento si è fatto leva sull'art.2 Cost.: questo tipo di organizzazione familiare rappresenta una formazione sociale nucleare, in cui l'individuo svolge la propria personalità.⁵⁴

Nel nostro ordinamento quindi sono riconosciute dalla Costituzione tre diverse comunità familiari: la famiglia legittima in base all'art.29, la famiglia basata sulla procreazione ex art.30, la famiglia o l'unione fondata sulla convivenza stabile in base all'art.2. È in base a questi tre tipologie di famiglia che viene valutata tutta la disciplina dei ricongiungimento familiare.⁵⁵

Inoltre di recente la circolare del 5 agosto 2016 prot.3511, il Ministero dell'Interno ha chiarito che, conseguentemente all'entrata in vigore e all'attuazione della legge 20 maggio 2016, n. 76, le disposizioni del D. Lgs. n. 286/1998 in materia di ricongiungimento familiare e di permesso di soggiorno per

53 Cfr. R.Bin, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium juris* 2000, p.1068.

54 Cfr. C.Ottonello, *La rilevanza della famiglia di fatto nell'ordinamento giuridico italiano, in particolare la risarcibilità del danno da morte del convivente*, in *Diritto&Diritti*, maggio 2001

55 Anche l'Unione Europea disciplina la tematica della famiglia, in particolare interessante è la direttiva 2003/86/CE, riguardante il diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro famigliari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri

motivi familiari si estendono anche alle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso.⁵⁶

La Corte costituzionale ha ritenuto che lo straniero gode del diritto all'unità familiare, così come gode di tutti i diritti fondamentali della persona.⁵⁷

In riferimento al ricongiungimento con i genitori, l'art. 29 T.U. immigrazione prevede che i figli minori a carico e i figli minori affidati ovvero sottoposti a tutela, hanno la possibilità di entrare in Italia con un visto per il ricongiungimento familiare quando il genitore straniero, che sia titolare del permesso di soggiorno, presenti domanda di nulla osta e sia dotato dei requisiti previsti dalla legge. I figli minori passibili di ricongiungimento familiare possono ottenere l'ingresso a seguito del genitore, sempre titolare di permesso di soggiorno o visto d'ingresso: in base a questa disposizione, i figli possono seguire direttamente i genitori.

In base al primo comma dell'art. 29, il minore può ricongiungersi solo con i genitori, e non invece con altri parenti, di conseguenza il minore non accompagnato dai genitori non potrebbe usufruire del ricongiungimento e ricevere il permesso di soggiorno per motivi familiari a seguito di ricongiungimento.

Il comma secondo però equipara i minori affidati o sottoposti a tutela ai figli, ai fini del ricongiungimento e in questo modo vengono ampliate le possibilità di ricongiungimento e di rilascio del relativo permesso di soggiorno per motivi familiari.

La Corte si è spinta a sostenere che il diritto all'unità familiare e il diritto dello Stato di regolare l'ingresso sul proprio territorio hanno pari dignità e rango.⁵⁸

L'art. 29 comma 2 si applica al minore affidato o sottoposto a tutela tramite un provvedimento di affidamento o tutela emesso dalla competente autorità del Paese

56 Cfr. A.Schillaci, *Il ricongiungimento familiare dopo le unioni civili*, 10 agosto 2016, in www.asgi.it.

57 Cfr. Corte cost. sentenza del 19 gennaio 1995, n.28, in *Giur. cost.* 1995, con nota redazionale di R.Alesse, pag.275.

58 Cfr. Corte cost., ordinanza 23 dicembre 2005 n.464, in *Giur. Cost.*, 2005, pag.4971.

d'origine.⁵⁹ È ipotizzabile che l'applicabilità dell'art. 29 comma 2 possa essere estesa anche ai minori affidati di fatto a parenti entro il quarto grado, comprendendo nel concetto gli affidamenti di fatto entro il gruppo parentale. Il primo comma dell'art. 29, infatti, fa riferimento solo allo straniero che chiede il ricongiungimento, differenziando in tal modo la posizione tra affidatari o tutori stranieri e italiani, ma poiché non è ragionevole una disparità di trattamento in senso sfavorevole nel caso in cui l'affidatario o il tutore sia di nazionalità italiana, si può applicare l'art. 29.2 anche ai casi in cui l'affidatario o il tutore siano cittadini italiani.⁶⁰

In riferimento al figlio dei minore soggiornate in Italia con genitore naturale rimasto all'estero, la Corte costituzionale, ha dichiarato illegittimo l'art.4 della legge 30 dicembre 1986, n.943 nella parte in cui non consente al figlio minore di un cittadino extracomunitario con il genitore naturale: non è decisivo il rapporto tra genitori, ma il rapporto tra genitori e figlio minore.⁶¹

Successivamente l'art.29 del T.U. immigrazione ha previsto, al comma 5, il ricongiungimento del figlio minore con il genitore naturale che dimostri entro un anno di essere in possesso dei requisiti stabiliti dalla legge. In questo caso il genitore straniero può ottenere il rilascio di un permesso di soggiorno per motivi familiari⁶², a prescindere dall'irregolarità d'ingresso. In questo modo il legislatore ha previsto una garanzia effettiva anche al minore che si trovi da solo sul territorio nazionale.

La legge "Bossi-Fini" ha ristretto quest'ultima garanzia, prevedendo che il

59 La legge 218/95 in materia di diritto privato stabilisce infatti all'art. 66 che i provvedimenti stranieri di volontaria giurisdizione sono riconosciuti senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento, quando sono pronunciati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle disposizioni della legge stessa ovvero se sono pronunciati da un'autorità che sia competente in base a criteri corrispondenti a quelli propri dell'ordinamento italiano, salvo che siano contrari all'ordine pubblico.

60 Cfr. <http://www.stranieriinitalia.it/briguglio/immigrazione-e-asilo/2001/ottobre>

61 Cfr. Corte cost., sentenza del 26 giugno 1997, n.203, in *Giur. Cost.* 1997, pag.1948.

62 Cfr. Art. 30.1 lettera d T.U. Immigrazione.

ricongiungimento è possibile solo se il figlio naturale sia già regolarmente soggiornante con l'altro genitore.⁶³

L'art. 29 *bis*, introdotto dal d.lgs. 5/2007, dispone una normativa particolare per i familiari dei rifugiati: è consentito l'ingresso e il soggiorno, con finalità di ricongiungimento, degli ascendenti diretti di primo grado.

Al genitore irregolare del minore straniero che sia privo di permesso di soggiorno e soggetto ad espulsione, viene riconosciuta eccezionalmente la possibilità di ingresso e/o di temporanea permanenza in Italia, previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria e qualora sussistano determinate circostanze.⁶⁴

Competente è il Tribunale per i minorenni che, in presenza di gravi motivi, connesso allo sviluppo psico-fisico, considerando l'età e le condizioni di salute del soggetto, ha la facoltà di autorizzare, per un periodo di tempo prefissato, l'ingresso o la permanenza del familiare, anche in deroga alle disposizioni dello stesso testo unico. Il provvedimento viene revocato qualora cessino i gravi motivi ovvero a causa di attività del familiare incompatibili con le necessità del minore e con la permanenza sul territorio italiano. Il tipo di permesso rilasciato viene chiamato permesso per assistenza minori, è rinnovabile, di durata corrispondente a quella indicata dal Tribunale dei minori. Questo permesso non può essere convertito in permesso per motivi di lavoro. I requisiti per questo tipo di provvedimento sono la presenza del minore sul territorio italiano e i gravi motivi connessi con lo sviluppo psico-fisico. La formula generica dei gravi motivi ha dato luogo a diverse interpretazioni giurisprudenziali. La tesi più restrittiva aveva limitato la possibilità di rilascio alle sole situazioni legate alla salute del minore, in particolare nelle ipotesi di malattia o disabilità. I gravi motivi corrisponderebbero qui alla necessità di tutela del diritto alla salute. La tesi più espansiva prevede invece un catalogo

63 Cfr. M.Manetti, *Il ricongiungimento familiare nel diritto italiano*, in R.Pisillo Mazzeschi, P. Pustorino, A.Viviani, (a cura di) *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, cit, pag. 86-87

64 Cfr. art. 31 comma 3 T.U immigrazione

più ampio di soluzioni interpretative, senza però tenere conto del pericolo di elusione del T.U. immigrazione.⁶⁵

La tesi intermedia, abbracciata poi anche dalla giurisprudenza, prevede che i gravi motivi connessi con lo sviluppo del minore consistono in situazioni eccezionali, che non sono catalogabili aprioristicamente, idonee a creare un danno diverso e ulteriore rispetto a quello conseguente alla separazione dal genitore. In altre parole il giudice deve bilanciare l'esigenza di contenimento dell'immigrazione illegale e la necessità di protezione del minore.

Il giudice minorile dovrà indagare sulla situazione familiare del soggetto, accertando pregiudizialmente il livello di coesione familiare e dovrà altresì accertare che l'interruzione del rapporto familiare provocherebbe un danno irreversibile per lo sviluppo del fanciullo.⁶⁶

8. Il Comitato dei minori stranieri

Il fenomeno dei minori stranieri accolti in Italia ha avuto origine dopo la contaminazione nucleare a seguito dell'esplosione di Chernobyl, che ha mobilitato la comunità internazionale affinché si realizzassero programmi terapeutici temporanei. Nel nostro Stato i programmi solidaristici sono stati gestiti dal Comitato minori stranieri (attualmente dalla Direzione Generale dell'Immigrazione e delle politiche di integrazione presso il Ministero del lavoro)⁶⁷. L'attività che svolge è di tipo istruttorio: analizza e approva i programmi

65 Cfr. Cass.civ. 19 gennaio 2010 n.823, in Riv.dir.internazionale, 210, 3, 918. secondo la Corte la temporanea autorizzazione di ingresso o di permanenza in presenza di gravi motivi non postula solo l'esistenza di situazioni di emergenza o di circostanze strettamente legate alla salute, ma può essere connessa anche solamente alla minore età, sempre tenendo conto dell'equilibrio psico-fisico determinato dalla situazione di allontanamento o alla mancanza della famiglia.

66 Cfr. F.Albano, *La tutela dei minori stranieri*, cit., pag.413-417.

67 Il comitato per i minori stranieri è stato istituito ai sensi dell'art.33 d.lgs 286/98; è stato poi soppresso dall'art.12 comma 20 del D.L. 95/2012 (Decreto sulla *Spending Review*), convertito con legge 135/2012. In base a questa legge, a decorrere dalla data di scadenza degli organismi collegiali operanti nelle pubbliche amministrazioni, le attività svolte da questi ultimi sono

presentati dalle associazioni e dagli enti, monitora il soggiorno dei minori che hanno fatto ingresso in Italia, controlla che gli ingressi siano regolari e le eventuali uscite dei minori, collabora con le amministrazioni competenti, è dotato di una banca dati in cui vengono inseriti i minori accolti, i progetti, gli enti e le famiglie ospitanti.

Con l'entrata in vigore del D.Lgs n 113/99, le competenze del Comitato per i Minori Stranieri non si riferiscono più soltanto ai minori accolti facenti parte dei programmi solidaristici di accoglienza temporanea, ma anche ai minori presenti non accompagnati. Il Comitato è istituito al fine di tutelare i diritti di questi minori, in conformità delle disposizioni enunciate della Convenzione sui Diritti del Fanciullo di New York.

In relazione ai MSNA, il Comitato opera un censimento, accerta lo stato giuridico, promuove la ricerca dei familiari⁶⁸, avvalendosi in questa fase dell'ausilio di amministrazioni pubbliche e di organismi nazionali e internazionali e, se possibile, dispone il rimpatrio assistito. L'indagine familiare consiste in un'indagine socio-economica volta, tramite colloquio con la famiglia, a offrire un quadro della situazione familiare e locale di provenienza del minore. Il fine è quello di far capire agli enti responsabili dell'accoglienza e protezione dei bambini

trasferite ai competenti uffici delle amministrazioni nell'ambito delle quali operano. La soppressione di questi uffici non determina l'interruzione del meccanismo di protezione e tutela dei minori non accompagnati, ma le trasferisce alla Direzione Generale dell'Immigrazione e delle Politiche di integrazione presso il Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali. Il Comitato per i minori stranieri, istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, è composto da nove rappresentanti: uno del Dipartimento per gli affari sociali della Presidenza del Consiglio dei Ministri; uno del Ministero degli affari esteri; uno del Ministero dell'interno; uno del Ministero della giustizia; due dell'Associazione nazionale dei comuni italiani (ANCI); uno dell'Unione province italiane (UPI); due delle organizzazioni maggiormente rappresentative operanti nel settore dei problemi della famiglia e dei minori non accompagnati.

68 La Direzione generale, ai sensi dell'art.2 comma 2 lett. i) del D.P.C.M n. 535/1999, provvede al censimento dei minori presenti non accompagnati. Per questo fine, ai sensi dell'art.5 comma 1 i) pubblici ufficiali, gli incaricati di pubblico servizio e gli enti, che vengono a conoscenza tramite qualsiasi mezzo della presenza di questi soggetti, sono tenuti a dare immediata notizia alla Direzione. Le indagini familiari vengono svolte ai sensi dell'art. 2 comma 2 lett. f) e in questo caso la Direzione svolge compiti di impulso e di ricerca al fine di promuovere l'individuazione dei familiari dei MSNA, anche nei loro Paesi di origine ovvero Paesi terzi.

tutti gli elementi utili per conoscere la storia familiare e le motivazioni della migrazione, capire se ci siano criticità particolari, elaborare un percorso di accoglienza/integrazione in Italia per il minore e infine valutare l'opzione di reintegrazione del minore nel proprio contesto familiare, tutto in vista della tutela del superiore interesse del minore.⁶⁹

La legge “Zampa” prevede che, nei cinque giorni successivi al colloquio col minore, l'esercente la responsabilità genitoriale invia una relazione all'ente competente che, qualora non sussista un rischi per il minore stesso, avvia le indagini. Il risultato delle indagini viene inviato al Ministero dell'Interno, che ha il compito di darne avviso all'interessato e all'esercente la responsabilità genitoriale. Nel caso in cui siano individuati familiari idonei alla cura del minore, questi devono essere preferiti al collocamento in comunità. Fino al momento della nomina di un tutore, i compiti in relazione alla richiesta di permesso di soggiorno ovvero di protezione internazionale devono essere svolti dal responsabile della struttura di prima accoglienza.⁷⁰

È bene sottolineare che le competenze del Comitato hanno determinato una sovrapposizione di norme diverse ed in contrasto fra loro. Nello specifico, la disciplina dettata dalla legge n. 184/83, come modificata dalla legge n. 476/98, esprime una scelta di piena tutela giurisdizionale attraverso la segnalazione dell'ingresso di un minore nel territorio dello Stato, al di fuori delle ipotesi consentite, al Tribunale per i Minorenni che, nel valutare la situazione, può scegliere se applicare provvedimenti di protezione ovvero promuovere il rimpatrio assistito. In altre parole, dalla previsione normativa emerge una competenza esclusiva della competenza sul trattamento del minore straniero non accompagnato in Italia e sulle soluzioni da adottare nei suoi confronti all'Autorità

69 Cfr. Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, *Linee guida sui minori stranieri non accompagnati: le competenze della Direzione Generale dell'immigrazione e delle politiche di integrazione*, pag. 11.

70 Cfr. DDL 2583, Art. 6 “Indagini familiari”.

Giudiziaria minorile.⁷¹ La disciplina dell'art. 33 D.Lgs 286/98, come modificato dall'art. 5 del D.Lgs n. 113/99, attribuisce invece in via esclusiva al Comitato per i Minori Stranieri il potere di stabilire le modalità di accoglienza dei minori stranieri non accompagnati, del rimpatrio assistito e del loro ricongiungimento con la famiglia d'origine, senza indicazione dei criteri per tali attività, lasciando la funzione del Tribunale per i minorenni al solo rilascio del nulla-osta nel momento in cui sia instaurato a carico del minore un procedimento giurisdizionale. Rimandando ad un regolamento amministrativo la disciplina applicabile ai minori, si viola la riserva di legge.⁷² La riserva di legge parrebbe rispettata con la nuova legge, che modifica il comma 2 bis dell'art.33: le parole «dal Comitato di cui al comma 1» verrebbero sostituite dalle parole «dal tribunale per i minorenni competenti» e verrebbe soppresso il secondo periodo, che consiste nella previsione del rilascio del nulla-osta.

Di contro, lo spostamento della competenza su ogni questione che riguarda i minori stranieri non accompagnati dall'autorità giudiziaria ad un organo amministrativo, rende più celere la procedura e lascia maggiore discrezionalità nel filtrare l'ingresso e la regolare permanenza dei minori.⁷³

Qualora fosse accertata la volontà del minore di rientrare nel proprio Paese ovvero di ricongiungersi con la propria famiglia, questo ha diritto ad essere sostenuto nell'elaborazione del suo programma di reintegrazione, salvo che vi siano motivi

71 Cfr. W.Citti, *I minori stranieri in Italia tra tutela e rimpatrio*, in E.Rozzi (a cura di), *I minori stranieri non accompagnati e irregolari, tra accoglienza in Italia e rimpatrio. Aspetti giuridici*, www.savethechildrenitalia.it, 2001, (consultato il 03 aprile 2017), pag.123.

72 Cfr. G.C.Turri, *Minori stranieri non accompagnati: dalla legge Turco-Napolitano alla Bossi-Fini*, in *Minori Giustizia*, 2002, p. 62. In tal senso si pongono i dubbi di legittimità costituzionale sulle competenze attribuite al Comitato sollevati da P.Bonetti secondo cui, dato che è evidente che il rimpatrio assistito è un provvedimento limitativo della libertà personale del minore, in base alle riserve di legge e di giurisdizione previste dall'art. 13 Cost. per questi provvedimenti, questo potrebbe essere disposto solamente con provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria e soltanto nei casi e nei modi previsti dalla legge.

73 Cfr. L.Miazzì, *Il rimpatrio assistito del minore straniero: ancora un caso di diritto speciale?*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 2000, p. 40.

ostativi verificati dalle autorità competenti. Il progetto è incentrato sul diritto all'unità familiare e deve essere approvato dalla Direzione Generale.

Nel caso in cui non sia possibile il rimpatrio volontario o assistito, vengono attivate tutte le procedure previste dalla nostra legislazione a tutela dei minori privi di assistenza e rappresentanza, quali l'apertura di tutela, l'affidamento a famiglie, l'attivazione di un progetto di integrazione e la richiesta di permesso di soggiorno.⁷⁴

9. Le indagini nel paese d'origine e il rimpatrio assistito

Il Ritorno Volontario Assistito (RVA) è una misura che permette ai migranti di ritornare in modo consapevole e volontario nel proprio Paese d'origine in condizioni di sicurezza e con un'assistenza adeguata. Il RVA, infatti, prevede assistenza per l'organizzazione e il pagamento del viaggio e, in alcuni specifici progetti, anche il supporto alla reintegrazione sociale e lavorativa nel paese d'origine con l'erogazione di beni e servizi.

Sulla base della Legge n. 129 del 2 agosto 2011 e relative linee guida, DM 27 ottobre 2011, sono attualmente destinatari della misura diverse categorie di soggetti, tra cui troviamo soggetti vulnerabili ai sensi dell'art. 5 comma 2 della Decisione 2007/575/CE ovvero i minori, i minori non accompagnati, disabili, gli anziani, le donne incinte, le famiglie monoparentali con figli minori e le persone che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica o sessuale.

Il rimpatrio assistito è definito poi dal regolamento del Comitato per i minori stranieri come l'insieme di misure adottate allo scopo di garantire al minore

⁷⁴ Cfr. F.Albano, *La tutela dei minori stranieri*, cit, pag.406-409.

l'assistenza necessaria fino al ricongiungimento con i propri familiari o all'affidamento alle autorità responsabili del Paese d'origine.⁷⁵

Esiste un espresso divieto di espulsione per i minori stranieri, ma essi possono essere destinatari di un provvedimento di rimpatrio quando il superiore interesse del minore lo richieda e sia accertato che il minore si troverebbe in condizioni migliori nel proprio Paese d'origine.

La differenza principale tra rimpatrio e espulsione sta nel fatto che il rimpatrio ha presupposti e motivazioni differenti, per valutare i quali è necessario prendere contatti con la famiglia e verificare le opportunità assistenziali, formative, lavorative date dal Paese di provenienza, nonché le capacità della famiglia di prendersi cura del minore, in relazione alla sua educazione, istruzione e mantenimento. Al fine di valutare la possibilità di procedere al rimpatrio, vengono attivate apposite indagini familiari, per ricostruire la storia parentale del minore e valutare se il rimpatrio nel paese di origine possa ritenersi rispondente al suo superiore interesse.⁷⁶ Ulteriore differenza tra il rimpatrio e l'espulsione è che quest'ultima comporta il divieto di rientro nel territorio italiano per cinque anni, mentre il rimpatrio non prevede alcun divieto di rientro.

Viene prevista l'audizione del minore durante la procedura: il rimpatrio si costituisce una tipologia non coercitiva di allontanamento dello straniero, che presuppone una volontà del soggetto a tornare nel Paese di provenienza ovvero in un Paese terzo.⁷⁷ Ritroviamo anche in questa fase l'applicazione del diritto

75 Cfr. Art.1 comma 4 D.P.C.M n 535/1999.

76 Cf. www.asgi.it *Minori richiedenti asilo*, ottobre 2014.

77 Cfr. art. 5 della Convenzione europea sul rimpatrio dei minori, Aia, 28 maggio 1970, ratificata dalla Legge 15 gennaio 1994 n. 64. La Convenzione si applica ai minori nel territorio di uno Stato contraente di cui il rimpatrio è richiesto da un altro Stato contraente per il fatto che il minore sia nel territorio dello Stato richiesto contro la volontà della persona o delle persone che hanno la patria potestà nei suoi confronti; la presenza del minore nel territorio dello Stato richiesto sia incompatibile con una misura di protezione o di rieducazione adottata nei suoi confronti da parte delle autorità competenti dello Stato richiedente; la presenza del minore sia necessaria nel territorio dello Stato richiedente a causa dell'istituzione di un provvedimento lì al fine di adottare misure di protezione e di rieducazione nei suoi confronti. La Convenzione si applica anche al rimpatrio dei minori la cui presenza nel suo territorio di uno Stato contraente

all'ascolto, la cui *ratio* è sempre il coinvolgimento del fanciullo nelle decisioni che lo riguardano: il minore d'età, al pari di ogni altro individuo, è titolare di un diritto costituzionalmente garantito ad esprimere liberamente la sua opinione in ogni circostanza.

La volontà del minore, tenuto conto della sua capacità di discernimento al rimpatrio assistito, è accertata dagli organi competenti. Il provvedimento viene emanato dalla Direzione Generale dell'immigrazione, che per tal fine valuta anche l'opinione del tutore del minore o di altre persone legalmente responsabili in Italia. Il provvedimento, come detto nel paragrafo precedentemente, necessita del nulla-osta dell'autorità giudiziaria minorile. Dopo l'eventuale emissione del provvedimento, la Direzione generale sostiene le spese del rientro nel Paese indicato dal provvedimento, garantendo altresì al minore un piano di reinserimento socio-familiare. Questo piano viene elaborato con la collaborazione delle autorità competenti nel Paese terzo, tenuto conto delle abilità, inclinazioni e predisposizioni del minore: l'obiettivo è quello di avviare, finanziare e monitorare un iter educativo, scolastico ovvero lavorativo, col il fine ultimo di permettere al minore il raggiungimento di una dipendenza economica sia del minore che della sua famiglia nel più breve tempo possibile.⁷⁸

La procedura deve svolgersi in condizioni tali da assicurare il rispetto dei diritti garantiti al minore dalle convenzioni internazionali, dalla legge e dai provvedimenti dell'autorità giudiziaria e tali da assicurare il rispetto e l'integrità delle condizioni psicologiche del minore, fino al riaffidamento alla famiglia o alle autorità responsabili.⁷⁹

ritenga incompatibile con i propri interessi o gli interessi dei minori interessati, a condizione che il suo ordinamento autorizzi la rimozione del minore dal suo territorio.

78 Cfr. Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, *Linee guida sui minori stranieri non accompagnati: le competenze della Direzione Generale dell'immigrazione e delle politiche di integrazione*, pag. 12.

79 Cfr. Art.7 D.P.C.M n. 535/1999

Parlando delle indagini familiari, si è evidenziato come sia importante e fondamentale l'ausilio delle autorità del Paese d'origine. Negli ultimi anni un esempio di buona collaborazione tra Stati la possiamo rinvenire nei rapporti Italia-Egitto. Grazie ai rapporti tra Direzione Generale e Autorità diplomatiche-consolari, è stato individuato uno schema condiviso di recepimento delle informazioni.

A seguito della richiesta di rimpatrio del minore, confermata dal tutore o dall'Ente locale che lo ha in carico, la Direzione incarica l'OIM⁸⁰ di facilitare i contatti con la Rappresentanza diplomatico-consolare d'Egitto in Italia, che riceve informazione sul caso specifico. L'Ambasciata o il Consolato egiziano, dopo aver identificato il minore, trasmette al Ministero degli Affari Esteri egiziano una relazione informativa. Il Ministero degli Affari Esteri egiziano informa le Autorità egiziane competenti in materia di minori e la missione OIM de Il Cairo. Spetta poi al Consiglio Nazionale per la Maternità e l'Infanzia di stabilire quale sia la migliore modalità per contattare la famiglia d'origine del minore e valuta l'opportunità di rimpatrio. Il Consiglio successivamente stila un rapporto e la Rappresentanza diplomatico-consolare egiziana in Italia, sulla base dell'elaborato, fornisce a OIM Italia una nota scritta nella quale si comunica l'eventuale idoneità e disponibilità dei genitori del minore a riaccoglierlo. La nota arriva alla Direzione generale, che la con l'Ente locale che ha in carico il minore. Se il minore conferma la volontà di usufruire del programma di rimpatrio volontario assistito, viene avviato l'iter di emissione del provvedimento di rimpatrio volontario assistito.⁸¹

In linea generale, la Direzione Generale ha stipulato convenzioni con varie organizzazioni non governative al fine di rintracciare la famiglia di provenienza e

80 Acronimo con cui si individua l'organizzazione internazionale, fondata nel 1951, che si occupa di migrazioni.

81 Cfr. Ministero del lavoro e delle politiche sociali - Direzione generale dell'immigrazione e delle politiche di integrazione, *I minori stranieri non accompagnati (MSNA) in Italia, report di monitoraggio*, 30 aprile 2015.

avere informazioni sul Paese d'origine.⁸² Sono queste organizzazioni che si occupano di effettuare le indagini, fornire le informazioni agli enti locali, organizzare il viaggio, accompagnare il minore dalla famiglia e predisporre il progetto di inserimento. Le difficoltà riscontrate sono nel rintracciare le famiglie o il rilevamenti di possibile pericolo di sfruttamento del soggetto minore. È stato inoltre sottolineato che, nel caso in cui sia effettuato contro la volontà del minore, il rimpatrio viola il diritto alla libertà personale ex art.13 della Costituzione italiana.⁸³

Per quanto concerne le prospettive future, la legge “Zampa” dedica un apposito articolo al rimpatrio, stabilendo che il criterio principale per la scelta di questo provvedimento è sempre il superiore interesse del minore e che è necessario, al fine di valutare ciò, sentire sia il minore che il tutore, alla luce dei risultati delle indagini familiari.

10. La scelta tra accoglienza e rimpatrio

La competenza a disporre il rimpatrio assistito è della Direzione Generale dell'immigrazione e delle politiche di integrazione. Il criterio generale su cui deve fondarsi tale scelta è il principio del superiore interesse del minore: la Direzione Generale dovrebbe disporre il rimpatrio ovvero l'accoglienza in Italia in base alle risultanze del caso e la scelta dovrebbe ricadere su quella che ritenga essere maggiormente rispondente all'interesse di quel singolo minore.

Laddove l'organismo decida per il rimpatrio, comunica il provvedimento al Comune, alla Questura, al Tribunale per i minorenni e all'ONG che ha svolto le indagini: a questo punto si apre la problematica dell'esecuzione del

82 Tra le tante, Consorzio Italiano di Solidarietà (ICS), Amici dei Bambini (Ai.Bi) e Associazione Internazionale Volontari Laici (LVIA).

83 Cfr, J.Moyerson, G.Tarzia, *L'evoluzione della normativa sui minori stranieri non accompagnati*, in *Cittadini in crescita*, 2002.

provvedimento. Qualora invece valuti che è nell'interesse del minore restare in Italia, dispone il non luogo a provvedere al rimpatrio e informa l'Autorità giudiziaria competente per la valutazione dell'eventuale stato di abbandono e per i conseguenti provvedimenti, nonché i servizi sociali del Comune ove il minore dimora per l'eventuale affidamento.⁸⁴

Il Comitato per i minori stranieri (ora soppresso) aveva adottato alcuni criteri orientativi per cui non può essere disposto il rimpatrio in determinati casi:

1. quando non vi siano familiari o autorità del paese d'origine disposte ad assumere l'affidamento del minore a seguito del rimpatrio: questo criterio deriva dalla definizione di rimpatrio assistito, che è una misura finalizzata al ricongiungimento coi propri familiari o al riaffidamento alle autorità responsabili del Paese d'origine;
2. dal rimpatrio deriverebbe un danno al minore, ad esempio quando il minore provenga da un paese in guerra.

Deve essere disposto il rimpatrio nei casi in cui:

1. sia richiesto dal genitore o dal tutore;
2. si accerti che i motivi dell'immigrazione del minore non sono condivisi dai genitori.

Nei casi in cui vengano individuati familiari ovvero autorità del paese d'origine disponibili ad assumere l'affidamento del minore e il rimpatrio non comporti rischi, tendenzialmente dovrebbe essere disposto il rimpatrio, al fine di garantire il diritto del minore all'unità familiare. Secondo il Comitato non devono essere considerate le condizioni di povertà della famiglia e del contesto d'origine, tranne casi gravissimi.⁸⁵

Come detto nel paragrafo precedente, la legge 47/2017 modifica anche l'istituto del rimpatrio assistito, prevedendo che il provvedimento può essere adottato solo

⁸⁴ Cfr. Circolare del Ministero dell'Interno del 9 aprile 2001

⁸⁵ Cfr. E.Rozzi, *I minori stranieri non accompagnati*, (2 luglio 2002), www.asgi.it.

se, a seguito delle indagini familiari, si ritiene che il rimpatrio sia opportuno per l'interesse del minore.⁸⁶

11. Espulsione e respingimento del minore

Secondo l'art.19 del T.U immigrazione, i minori stranieri non possono essere espulsi, salvo per motivi di ordine pubblico e sicurezza dello Stato e salvo il diritto di seguire il genitore ovvero l'affidatario a loro volta espulsi. In questi casi, la competenza ad emanare il provvedimento di espulsione è del Tribunale per i minorenni.⁸⁷ I provvedimenti di espulsione ovvero respingimento devono essere emanati tenendo conto delle situazioni nel caso concreto, con modalità compatibili alla singole situazioni personali. In ogni caso è vietato trattenere i minori in un centro per immigrati adulti.⁸⁸

Il divieto di espulsione si estende anche allo straniero, parente entro il secondo grado, convivente con il minore. Anteriormente alla legge 94 del 15 luglio 2009, il grado di parentela era più ampio: esso comprendeva infatti i parenti fino al quarto grado. Vi è stato dunque un restringimento dell'ambito di questi divieto. L'estensione del divieto tutela il diritto all'unità familiare: l'importanza attribuita alla famiglia, vista come nucleo essenziale della società, viene riconosciuta anche a livello europeo e internazionale, tramite una serie di strumenti convenzionali. Nonostante questo però, in nessuno di questi trattati viene previsto in modo esplicito il divieto di espulsione qualora da esso possa derivare un danno alla vita familiare. Il divieto lo si evince dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e dal Comitato dei diritti umani.⁸⁹

86 Cfr. Artt. 6 e 8 legge 47/2017.

87 Cfr. Art.31 comma 4 T.U.Immigrazione.

88 Sul punto, caso centro di Cona, vedi nota 21.

89 Cfr. G.Cataldi, *Espulsione degli stranieri e protezione della vita familiare nella prassi degli organi internazionali di controllo sui diritti umani*, cit, pag.135-137.

Sulla questione, si è pronunciata anche la corte di Cassazione, evidenziando al necessità di mettere il minore al centro di ogni provvedimento che lo riguardi, ascoltandolo sempre ovvero, se minore in tenera età, utilizzando lo strumento della mediazione coi suoi rappresentanti legali.⁹⁰

Per l'applicazione della tutela, è necessaria la convivenza: il legislatore ha ritenuto questo elemento idoneo a evidenziare la volontà del cittadino italiano di instaurare una comunione di vita.⁹¹

Con riguardo all'esecuzione dell'espulsione, ci si è posti il problema se il minore possa essere trattenuto o meno nei Centri di Permanenza Temporanea e Assistenza previsti dal TU immigrazione: il trattenimento in questi centri potrebbe comportare la privazione della libertà personale per tale soggetto. Questo trattenimento suscita forti dubbi di legittimità costituzionale, soprattutto in riferimento alla lesione dei diritti del minore e in modo particolare del principio del superiore interesse, e l'inserimento nella prassi in contesti caratterizzati da forti tensioni emotive non può che confermare questa teoria.⁹²

Per quanto concerne il respingimento, è uno dei provvedimenti di allontanamento dal territorio dello Stato che può essere disposto nei confronti di stranieri extracomunitari. È differente dall'espulsione perché viene disposto al momento dell'attraversamento del valico di frontiera ovvero subito dopo; inoltre, sempre a differenza del provvedimenti di espulsione, una volta che sia stato eseguito non comporta effetti duraturi. L'art. 10 del T.U immigrazione disciplina due tipi di respingimenti: quello alla frontiera e quello differito.⁹³

90 Il caso riguardava il parente italiano entro il quarto grado del minore straniero espulso: la volontà di mantenere la convivenza era stata espressa dal genitore del minore. Cfr. Cass.civ.del 3 maggio 2012 n.6694, in *Mass.giust.civ*, 2011, 9, 1335

91 Cfr. F.Albano, *La tutela dei minori stranieri*, cit., pag. 417-419.

92 Cfr. www.asgi.it/immigrazione-e-asilo ottobre 2001.

93 Il respingimento alla frontiera consiste in un provvedimento disposto dalla polizia di frontiera nei confronti dello straniero che è coercitivamente obbligato a rientrare nel Paese di origine ovvero di provenienza a bordo del vettore che lo ha condotto al valico di frontiera. Il respingimento differito è disposto dal Questore con accompagnamento immediato alla frontiera nei confronti dello straniero che si trovi nelle situazioni indicate dalla stessa legge.

Il legislatore individua alcune categorie di stranieri nei cui confronti non è possibile operare il respingimento. Tra queste categorie troviamo i minori stranieri che si presentino ai valichi di frontiera senza essere accompagnati da almeno un genitore ovvero da parenti entro il quarto grado; sono fatte salve le ordinarie disposizioni relative all'ingresso nello Stato per fini familiari, turistici, di studio, di cura e di adozione.⁹⁴ In queste ipotesi i minori sono segnalati repentinamente da parte degli uffici di frontiera alla Commissione per le adozioni internazionali, in modo tale che quest'ultima prenda contatto con il Paese di origine degli stessi: il fine è quello di assicurare la migliore collocazione dei fanciulli nel loro superiore interesse, salvo che dalle indagini non si rilevino circostanze pregiudizievoli causate da guerre, calamità nazionali, situazioni di sfruttamento o altri gravi impedimenti di carattere oggettivo (art. 33 comma 3 legge n. 184/1983). In questi casi è ammesso l'ingresso del minore straniero nel territorio nazionale; di ciò gli uffici di frontiera danno segnalazione alla Commissione per le adozioni internazionali e al Tribunale per i minorenni competente in relazione al luogo in cui questi sono collocati.⁹⁵ In tutti questi casi esiste l'obbligo per la Pubblica autorità di collocare il minore in luogo sicuro, fino a quando si possa provvedere in modo definitivo alla sua protezione; è necessaria la segnalazione al Comitato per i minori stranieri e viene rilasciato il permesso di soggiorno per minore età valido per tutto il periodo necessario per l'espletamento delle indagini sui familiari nei Paesi di origine.⁹⁶

Il respingimento con rimpatrio immediato del minore contrasterebbe tra l'altro con il dovere dello Stato italiano di garantire la protezione del minore e di considerare prioritariamente il superiore interesse del minore in ogni procedimento giudiziario ovvero amministrativo, dovere che, secondo la Convenzione di New York, spetta allo Stato italiano nei confronti di tutti i minori.

94 Cfr art. 31 della legge n. 184/1983, come modificato dalla legge n. 476/1998.

95 Cfr. Art. 33 comma 4 legge n. 184/1983

96 Cfr. www.asgi.it-respingimenti, 14 settembre 2009.

Il divieto di respingimento viene confermato dalla legge “Zampa”, che all'art. 3 prevede una modifica della disciplina dell'immigrazione. Viene previsto l'inserimento, all'art.19, del comma 1 bis, in base al quale «in nessun caso può disporsi il respingimento del minore straniero non accompagnato».

Per quanto concerne il provvedimento di espulsione, viene previsto che il provvedimento è adottato, salvo il caso in cui non comporti un rischio di gravi danni per il minore e viene prevista una tempistica stringente per l'adozione di questo provvedimento da parte del Tribunale dei minorenni: tempestivamente e comunque non oltre trenta giorni.

Per quanto concerne i minori non muniti di visto di ingresso e non accompagnati da almeno da uno dei genitori o parenti entro il quarto grado, in base alla modifica della L.184/1983, verrebbe applicata la disciplina precedentemente descritta.

12. Tutela e affidamento del minore straniero non accompagnato

Il minore straniero non accompagnato, come visto, è titolare di una serie di diritti, ma, essendo incapace di agire e privo di una figura che eserciti su di lui la responsabilità genitoriale, è necessario individuare una figura che renda efficace questi diritti.

In base alle normativa italiana, il minore non è in grado di esercitare i propri diritti in quanto incapace di agire, quindi ad esercitare i diritti in loro vece provvedono solitamente i genitori ovvero chi esercita la responsabilità su di loro. L'art.343 del codice civile impone che la tutela sia aperta allorché i genitori, per morte ovvero per altra causa, siano nell'impossibilità di esercitare la responsabilità: tra questi casi rientra sicuramente la categoria dei minori stranieri non accompagnati.

Se è accertata l'esistenza di familiari ovvero di autorità del paese d'origine disposte ad assumere l'affidamento del minore a seguito del rimpatrio e il rimpatrio non comporta rischio per il minore, viene disposto.

In caso contrario, il rimpatrio non potrà essere disposto e la Direzione Generale dovrà informare l'Autorità Giudiziaria competente per la valutazione dell'eventuale stato di abbandono e per i provvedimenti necessari; inoltre dovrà avvisare servizi sociali del Comune dove il minore dimora per l'eventuale affidamento.⁹⁷

Nel corso del procedimento, il minore deve essere sentito dall'autorità locale, per accertarne l'opinione in merito all'eventuale rimpatrio e le motivazioni di tale opinione.⁹⁸ Il criterio generale su cui deve fondarsi tale scelta tra affidamento e rimpatrio è il principio del superiore interesse del minore. La Direzione Generale, quindi, dovrebbe disporre il rimpatrio o l'accoglienza in Italia in base a ciò che, con una valutazione caso per caso della situazione di ogni minore, ritenga essere maggiormente rispondente all'interesse di quel singolo minore.

Altro criterio è quello per cui, in assenza di familiari o di autorità del paese d'origine disposte ad assumere l'affidamento del minore a seguito del rimpatrio, ovvero nei casi in cui comporterebbe un rischio per il minore, il rimpatrio non può essere disposto.

L'art. 37-bis della legge 184/83 stabilisce esplicitamente che al minore straniero in stato di abbandono si applica la legge italiana in materia di affidamento. Per quanto riguarda la competenza a disporre l'affidamento, il regolamento di attuazione della legge 476 del 1998, D.P.R. 492/99, "facendo salve" le disposizioni del d.lgs. 113/99, attribuisce alla Direzione Generale competenze

97 Cfr. Art. 2 e 4 Regolamento del Comitato; Linee Guida del Comitato per i minori stranieri dell'11 gennaio 2001; circolare del Ministero dell'Interno del 9 aprile 2001

98 In ottemperanza al diritto all'ascolto. Il diritto alla partecipazione è uno dei diritti fondamentali sanciti dalla Convenzione di New York, che all'art. 12 stabilisce che: «Gli Stati Parti garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità». Le indagini per individuare la famiglia nel Paese d'origine e la decisione sul rimpatrio del minore hanno tempi molto lunghi, anche molti mesi, a causa delle oggettive difficoltà e degli scarsi mezzi a disposizione. E' molto importante, invece, che la decisione sull'interesse del minore a restare in Italia o al contrario ad essere rimpatriato sia assunta in tempi rapidi.

«concernenti l'ingresso, il soggiorno, l'accoglienza e l'affidamento temporanei e il rimpatrio assistito dei minori [...] presenti per qualsiasi causa nel territorio dello Stato e privi di assistenza e rappresentanza»: non è chiaro se implichi che i provvedimenti di affidamento nel caso di minori stranieri non accompagnati dovranno essere disposti non dai servizi sociali, dal Tribunale per i minorenni ovvero dalla Direzione Generale; ma un regolamento non può modificare una legge, e quindi sembra pacifico che i provvedimenti di affidamento debbano essere disposti, secondo le modalità previste dalla legge 184/83, dal Tribunale per i minorenni ovvero dai servizi sociali.

È importante che si stabiliscano regole e prassi comuni per decidere se l'affidamento dei minori stranieri non accompagnati debba essere disposto mediante affidamento giudiziale disposto dal Tribunale per i minorenni, in mancanza dell'assenso dei genitori o del tutore; ovvero mediante affidamento consensuale, disposto dai servizi locali previo consenso manifestato dai genitori o dal tutore. Le procedure possono essere diverse: il giudice tutelare può nominare un tutore, che dà poi il consenso all'affidamento; il consenso all'affidamento può essere manifestato dall'istituto di pubblica assistenza in quanto esercente i poteri tutelari ex art. 402 del Codice civile; c'è la possibilità per i genitori di manifestare il consenso all'affidamento mediante atto notarile legalizzato presso la Rappresentanza Diplomatico-Consolare italiana nel Paese d'origine.⁹⁹

⁹⁹ Cfr. Osservazioni del Presidente del Comitato per i minori stranieri del 2 maggio 2000

Esistono quindi vari tipi di affidamento.¹⁰⁰ Prima di tutti vi è l'affidamento giudiziale, cioè quello disposta dal Tribunale dei minorenni quando manca il consenso dei genitori o del tutore nominato.

Altra ipotesi è quella dell'affidamento consensuale: in questi casi l'affidamento è disposto dai servizi locali, previo consenso dei genitori o del tutore. In molti casi il minore è affidato al parente entro il quarto grado dai genitori stessi e quindi con il loro pieno consenso. L'assenso dei genitori manca non in senso sostanziale, ma in senso formale.

Alcuni tribunali e giudici tutelari si dichiarano incompetenti a provvedere in ordine alla domanda di affidamento da parte di parenti entro il quarto grado.

In ogni caso, l'idoneità del parente a provvedere al minore deve essere valutata caso per caso e indipendentemente dal procedimento relativo al permesso di soggiorno.¹⁰¹

Con l'approvazione della legge "Zampa", viene assegnata agli enti locali il compito di sensibilizzare e formare affidatari per accogliere minori non accompagnati, in modo da favorire l'affidamento familiare in luogo del ricovero in una struttura di accoglienza; nonché prevede l'istituzione, presso ogni tribunale per i minorenni, di elenchi di tutori volontari disponibili ad assumere la tutela di un minore straniero non accompagnato.¹⁰²

100L'affidamento è uno strumento introdotto a tutela del minore che risulti temporaneamente privo di un ambiente familiare idoneo alla propria crescita, nonostante che la famiglia riceva interventi di sostegno e di aiuto da parte dello Stato, della Regione o degli Enti locali. Si parla, infatti, in tali casi di affidamento temporaneo. L'affidamento del minore a soggetti terzi, individuati in base alle indicazioni della legge, dura per il periodo in cui sussiste l'impedimento nella famiglia di origine. Tale situazione di disagio deve essere circoscritta nel tempo: è previsto un termine massimo, che può essere prorogato nell'interesse del minore. Quando la causa che abbia impedito alla famiglia di origine di prendersi cura del minore venga meno, il minore potrà fare ritorno al suo nucleo familiare. Chi può essere dato in affidamento. Può essere dato in affidamento solo un minore di età, anche straniero se si trova in Italia.

101Cfr. asgi.it/immigrazione-e-asilo/2001/ottobre/schede-minori-rozzi.html.

102Cfr. Art.7 e 11 della legge. I tutori volontari non sono una novità: negli anni precedenti, ad esempio, grazie a un finanziamento della Provincia autonoma di Trento, era stato predisposto un progetto di reclutamento e formazione rivolto a cittadini disponibili a essere nominati tutori dei minori stranieri non accompagnati. All'esecuzione del progetto ci ha pensato un gruppo di

L'elenco deve essere istituito entro 90 giorni; all'elenco possono essere iscritti privati cittadini, selezionati e adeguatamente formati da parte dei Garanti regionali e delle province autonome per l'infanzia e l'adolescenza, disponibili ad assumere la tutela di un minore straniero non accompagnato.

Per promuovere la nomina dei tutori volontari, si presume che saranno stipulati protocolli d'intesa tra i garanti per l'infanzia e l'adolescenza e i presidenti dei tribunali per i minorenni.¹⁰³

L'autorità garante ha già provveduto a emanare le «Linee guida per la selezione, la formazione e l'iscrizione negli elenchi dei tutori volontari», ex art.11 legge 47/2017. Queste linee guida sono in frutto di un lavoro che vede coinvolti più soggetti, con la finalità di avere un indirizzo a livello nazionale che sia uniforme, a garanzia di un efficace ed effettivo esercizio della funzione di tutore nel nostro territorio, stabilito che comunque ogni ente e associazione potrà implementarle alla luce delle caratteristiche e esigenze delle singole realtà territoriali.¹⁰⁴

La funzione del tutore è gratuita e volontaria e la selezione avverrà tramite predisposizione di un bando pubblico e aperto. Si articolerà in tre fasi: la prima di preselezione, in cui i candidati saranno selezionati utilizzando i criteri dei titoli presentati nella domanda; la seconda fase sarà di formazione; la terza fase sarà l'iscrizione nell'elenco dei tutori volontari e i candidati che abbiano portato a termine l'intera procedura di formazione saranno iscritti previo consenso nell'elenco dei tutori volontari istituiti presso il Tribunale dei minorenni.

esperti, facenti parte della Cooperativa sociale Villa S. Ignazio (ente promotore del progetto), rappresentati dagli enti partners e il procuratore per i minorenni di Trento. La sperimentazione dei tutori volontari, dovuta dalla necessità di individuare soggetti che possano esercitare la funzione tutoria, si riscontra anche in altre Regioni, come Veneto, Emilia Romagna e Sicilia. Attualmente, la maggior parte dei tutori sono i Sindaci o i rappresentanti degli enti in cui risiede il minore e i tutori volontari rappresentano solo il 20% circa dei tutori in generale.

103L'Autorità Garante del Piemonte, nonostante la sua Regione, a differenza di altre, non abbia utilizzato fin'ora questa figura, ha già provveduto coinvolgere il Tribunale dei minori per un protocollo d'intesa.

104Cfr. *Nuovo ruolo per l'autorità garante dell'infanzia e dell'adolescenza: pronte le linee guida per la selezione, la formazione e la creazione degli elenchi di tutori volontari dei minori non accompagnati*, (26 maggio 2017), in www.garanteinfanzia.org

Le linee guida affermano che questa nuova espressione di tutela legale è espressione del principio del superiore interesse del minore e si traduce in tempestività della nomina, non discriminazione, indipendenze e imparzialità dei tutori, qualità e appropriatezza dei tutori, nel senso che i tutori devono essere specializzati, trasparenza e responsabilità, rendendo conto dei suo operato, partecipazione della persona di minore età. Quest'ultima prerogativa è espressione del diritto all'ascolto, i minorenni anche in questo caso devono essere informati in modo appropriato e comprensibile in relazione allo scopo della tutela e a tutti i servizi di cui possono fruire, oltre che dell'informazione di tutti i loro diritti.¹⁰⁵

¹⁰⁵Cfr. Autorità garante dell'infanzia e dell'adolescenza, *Linee guida per la selezione, la formazione e l'iscrizione negli elenchi dei tutori volontari*. L'asgi ha indetto un corso per i tutori volontari dei MSNA, presso il Centro Mediterraneo di studi e formazione Giorgio la Pira, in collaborazione con ASGI e Fondazione Migrantes: in questo modo intende contribuire alla costituzione di una rete di tutori volontari con azioni di sensibilizzazione e fornendo strumenti di formazione sui compiti del tutore e sull'avvio delle procedure previste a sostegno dei minori.

CONCLUSIONI

In relazione al tema dei minori stranieri non accompagnati, fino alla legge “Zampa” non si può far riferimento a una sola fonte normativa, bensì si deve guardare a molteplici disposizioni, disorganiche e alcune contrastanti tra loro: se da una parte sono destinatari delle misure di protezione a tutela dei minorenni nel nostro ordinamento, dall'altra si applicano a questi soggetti le disposizioni in materia di immigrazione. Le normative da prendere in considerazione, quella sui minori e quella sugli stranieri, hanno *ratio* profondamente diverse: la prima è altamente protettiva e garantistica, a causa della condizione di immaturità fisica e psichica dei minorenni, con conseguente capacità limitata nell'individuare e far valere i propri diritti e i propri interessi; la seconda è ispirata al soddisfacimento dell'esigenza di tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale.

La disciplina relativa ai flussi migratori è, in particolare, ispirata alla tutela dell'ordine pubblico: i provvedimenti legislativi in materia, infatti, sono stati il frutto di un approccio volto alla sicurezza pubblica, con riferimento alla gestione delle politiche di integrazione e coesione sociale connesse al fenomeno migratorio. Anche per la giurisprudenza costituzionale, la regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale è collegata al bilanciamento di molteplici interessi pubblici (in particolare pubblica sicurezza, controllo e difesa del territorio), bilanciamento spettante «al legislatore ordinario, il quale possiede quindi in materia un'ampia discrezionalità».¹ La scelta legislativa è stata quella di fissare regole poste a difesa della collettività nazionale, infatti la Corte ha affermato che «l'ordinata gestione dei flussi migratori si presenta, [...], come un bene giuridico strumentale, attraverso la cui salvaguardia il legislatore attua una protezione in forma avanzata del complesso di beni pubblici finali». Questi interessi pubblici hanno rilievo costituzionale e rischiano

¹ Cfr. Corte cost., sentenza del 6 luglio 2012, n.172, in *Giur. Cost.* 2012, pag.2546.

di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata². In ogni caso, è bene sottolineare che la tutela dei diritti inviolabili della persona umana rappresenta un limite invalicabile per il legislatore statale sia in materia di immigrazione, sia in materia di sicurezza.

La normativa relativa ai minori è invece, come detto, di segno opposto: al centro c'è sempre il superiore interesse del minore, visto come “soggetto debole”, caratterizzato da un'intrinseca vulnerabilità. In questo senso si è ispirata la disciplina ordinaria, caratterizzata, appunto, da un'impronta garantistica. Questa caratteristica si è spostata, di recente, da una visione patrimonialistica, che vede l'individuo adulto portatore di interessi, a una visione più “bambinocentrica”: per la prima volta ad accogliere ed ascoltare i bisogni dello sviluppo del soggetto in formazione, traducendosi in diritti soggettivi. In altre parole, mentre prima il diritto era uno strumento di garanzia per le prestazioni economiche e patrimoniali, cioè il minore era visto come “oggetto” di diritto degli adulti, totalmente sottoposto alla potestà familiare e privo di qualsiasi capacità di agire, adesso, invece, il diritto è volto a realizzare la persona nelle sue potenzialità, eliminando le condizioni negative che rendono difficoltosa la sua crescita. Si è passati da una valutazione improntata al superiore interesse della famiglia al principio del superiore interesse del fanciullo. In questo senso viene in rilievo la centralità del diritto all'ascolto: i bambini e gli adolescenti dovrebbero essere ascoltati su tutte le questioni che li riguardano. L' “ascolto informato” del minore capace di discernimento è, dunque, non solo un principio, ma anche un presupposto giuridico concreto affinché i provvedimenti giudiziari e amministrativi che coinvolgono i minori non siano viziati.

La tutela del minore come soggetto attivo della società e il principio del superiore interesse del fanciullo quale principale criterio di valutazione viene in rilievo non solo riguardo alle questioni familiari, ma in tutte le decisioni che concernono il

² Cfr., Corte cost., sentenza del 8 luglio 2010, n.250, in *Giur. Cost.* 2010, pag. 3051.

minore, in qualunque contesto relazionale, al fine di garantire una sua sostanziale uguaglianza di trattamento rispetto agli adulti.

Nel disciplinare la materia sui minori stranieri non accompagnati, il legislatore ordinario ha tenuto conto di entrambi i profili, ma spostando l'ago della bilancia nettamente a favore della protezione dei minori: la *ratio* della legge “Zampa” è, dunque, volta a garantire e proteggere questa categoria di soggetti. L'obiettivo è quello di rafforzare le tutele nei confronti dei minori stranieri non accompagnati e garantire l'applicazione uniforme della disciplina sull'accoglienza su tutto il territorio nazionale, mettendo al centro i bisogni di ogni singolo bambino: il minore deve essere obbligatoriamente sentito in tutta la fase dell'accoglienza.

Esaminando la moltitudine di discipline, la prima tappa è l'analisi della normativa internazionale e europea.

Negli anni successivi alla guerra³, c'è stato il passaggio dalla tutela del minore solo in relazione a specifici settori, come ad esempio quello del lavoro, al riconoscimento di una tutela del minore in generale, in quanto personalità in formazione, principio che si traduce sia in astratto, con il riconoscimento di veri e propri diritti in capo a questi soggetti, che in concreto, con la previsione di strumenti giuridici per la loro effettiva realizzazione.

La data di consacrazione di questo passaggio è il 20 novembre 1989, giorno di approvazione della Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti del Fanciullo: questa tappa è fondamentale per il processo di realizzazione dei diritti del minore; delinea una nuova visuale di minore, inteso d'ora in poi come detentore di interessi che vanno tutelati.

Tra i principi sanciti in questa Carta, il più rilevante è il principio del *best interest of child*, da cui deriva la titolarità di tutta una serie di diritti fondamentali, principalmente inerenti a obblighi umanitari di assistenza e protezione, considerati

3 Le drammatiche condizioni di vita dei minori durante le due grandi guerre hanno dato via a una riflessione sul tema della tutela del minore come soggetto in formazione, che non può essere limitata dal legislatore soltanto ad alcuni aspetti, ma deve essere generale.

come doveri di umanità. Gli Stati hanno un ruolo cruciale per l'effettività di tali diritti: devono impegnarsi ad assicurare al fanciullo la protezione e le cure necessarie al suo benessere, in considerazione anche dei diritti e doveri dei suoi genitori, dei suoi tutori ovvero di altri soggetti titolari della responsabilità genitoriale su di loro; a tal fine gli Stati adottano tutti i provvedimenti legislativi e amministrativi adeguati, compreso il controllo sul funzionamento delle istituzioni, dei servizi e degli istituti che hanno la responsabilità dei fanciulli.

Nonostante la Convenzione del 1989 abbia rappresentato un traguardo importante per il riconoscimento dei diritti del minore, ha il grave limite di essere inefficiente a livello di monitoraggio e eventuale sanzione della violazione di tali diritti, essendo previsto solamente l'esame dei rapporti presentati, con scadenza quinquennale, dai vari Stati contraenti, rapporti avente ad oggetto le misure adottate per dare attuazione nell'ordinamento interno ai diritti sanciti dalla Convenzione.

A livello europeo il documento da tenere in considerazione è la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU). Questa carta non affronta in modo separato il tema della tutela dei minori, ma contiene al suo interno disposizioni da cui si può ricavare una speciale tutela per questa categoria particolare.

Oltre alla CEDU, particolarmente importante risulta essere il principio del superiore interesse del minore, direttamente sancito nell'art.23 della direttiva 2013/33/UE. Nell'enunciare questo principio, la direttiva indica i criteri di valutazione dell'interesse stesso. In sintesi, gli Stati membri devono assicurare un livello di vita adeguato per lo sviluppo fisico, spirituale, morale e sociale del minore e nel farlo devono tenere conto di molteplici fattori, quali, a titolo esemplificativo, la possibilità di ricongiungimento familiare e le considerazioni attinenti all'incolumità e alla sicurezza, in modo particolare se sussiste rischio di essere vittime di tratta. Il superiore interesse del minore va dunque definito in concreto, verificando i presupposti per l'attuazione dei diritti del minore.

Altro strumento importante di protezione di tali diritti è la previsione di un

rappresentate per i minori: il Consiglio europeo ha avuto il merito di focalizzare l'attenzione delle autorità pubbliche sulla questione dell'esercizio dei diritti dei minorenni, parlando già nel 1996 di capacità giudiziaria di agire di questi soggetti. Monito che l'Italia ha seguito, prevedendo nella legge 47/2017 l'istituzione di liste di tutori volontari per i minori stranieri non accompagnati.

L'Europa, d'altronde, ha da anni dimostrato una certa sensibilità verso questa particolare categoria vulnerabile, adottando già dal 1997 una risoluzione sui minori stranieri non accompagnati⁴, al fine di garantire a ogni minore straniero non accompagnato accoglienza temporanea e un'idonea rappresentanza tramite tutela legale ovvero un organismo che si occupi della cura e del benessere dei minori.

Anche la nostra Costituzione tutela la figura del minore. I diritti del minorenne trovano fondamento nei principi inviolabili garantiti in essa; la giurisprudenza poi, partendo dal sistema di garanzie costituzionali degli artt. 2, 3, 31, 32, 34, 38 comma 3 in particolare, ha realizzato nel tempo una svolta nella disciplina dello *status* giuridico del minore, passando da un sistema in cui il fanciullo era considerato come soggetto da formare al fine di inserimento nel sistema produttivo, in base alla concezione patrimonialistica della famiglia, come “oggetto” di diritto degli adulti e privo di qualsiasi capacità di agire, a una concezione del minore titolare di diritti e conseguentemente come persona da tutelare nelle sue esigenze evolutive, in modo speculare alla disciplina sovranazionale. In particolare, il dettato costituzionale porta a una politica legislativa volta alla tutela di questi soggetti istituzionalmente deboli, in cui il *favor minoris* è attuato tramite la promozione dei suoi diritti. È proprio sul *favor minoris* che si basa il complesso sistema di tutele e promozione dei diritti del fanciullo, considerato come soggetto in via di formazione e sempre meritevole di protezione, indipendentemente dalla nazionalità.

4 Consiglio Europeo, 97/C-221/03

I diritti principali del minore sono in *primis* legati al concetto di famiglia: è all'interno di questa che deve svilupparsi e crescere, ha diritto al mantenimento, all'istruzione e all'educazione; dal dettato costituzionale si ricava lo statuto del minore lavoratore, incentrato sulla protezione dallo sfruttamento; viene sancito il diritto alla salute e all'accesso ai servizi sanitari; viene in risalto la particolare posizione del minore nei confronti della giustizia.

Il combinato disposto di tutti questi articoli forma una sorta di “statuto dei diritti del minore d'età”, cioè un sistema di doveri da parte di altri soggetti, famiglia e istituzioni, che entrano in gioco nel momento in cui si ha contatto con il minore.

Anche a livello nazionale si ritrova il concetto di superiore interesse del minore. Il concetto italiano di superiore interesse del minore emerge per la prima volta in una sentenza del 1981 in riferimento alla legge sull'adozione del 1967, in cui la Corte, passando dalla dottrina secondo cui la legge sull'adozione speciale avrebbe spostato «il centro di gravità dell'adozione dall'interesse dell'adottante a quello dell'adottato», afferma che «lo spostamento del centro di gravità dell'istituto era imposto ancor prima sul piano superiore della normativa costituzionale», interesse derivante dal combinato disposto degli articoli 2 e 30 Cost. In questo modo la Costituzione impone al legislatore ordinario di salvaguardare sempre il superiore interesse del minore, anche con leggi atte a predisporre istituti appositi di tutela dei minore.

Il superiore interesse del minore come enunciato nelle fonti europee e internazionali invece entra nel nostro ordinamento tramite gli articoli 11 e 117 Cost.⁵: questo principio percorre in modo trasversale tutta la normativa sui minori, sia essa di derivazione nazionale che sovranazionale.

Altra disciplina necessariamente da analizzare per trattare l'argomento dei minori stranieri non accompagnati è quella sugli stranieri in generale: documento di riferimento è il Testo Unico sull'immigrazione. All'interno troviamo delle

5 Cfr. Corte Cost. Sentenza del 23 gennaio 2013, n.7 in *Giur. Cost.* 2013, pag.172-176

disposizioni rivolte in modo specifico ai minori, volte a individuare un inquadramento specifico della condizione del minore straniero; il concetto del superiore interesse del minore, ribadito nell'art.28 comma 3 TU, conferma la caratteristica della trasversalità del principio in questione.

In particolare, al fine di assicurare una maggior tutela per il bambino che si trovi in Italia, viene riconosciuta la possibilità ai familiari di entrare ovvero permanere nel nostro territorio, a prescindere dalla regolarità di soggiorno. Essendo una facoltà (e non un obbligo), lascia un certo margine di discrezionalità per la pubblica autorità, imponendo di considerare nel caso concreto quale sia la soluzione più favorevole per il minore.

La moltitudine di fonti normative impone all'interprete una ricomposizione della normativa della legge ordinaria, che va letta nel quadro dei principi generali di tutela del minore, sia sovranazionali che nazionali. È necessario, nel fare questa operazione, differenziare la posizione dell'adulto da quella del minore, garantendo a quest'ultimo una protezione slegata dal concetto di cittadinanza.

È in questo senso che si è mossa la recente legge “Zampa”, avente ad oggetto le misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati.

La disciplina precedente risultava disorganica, con necessità di guardare a più fonti disomogenee: la materia viene disciplinata dalla legge sull'immigrazione, dalla legge sulla protezione dei minori e da fonti internazionali.

Negli ultimi anni questi strumenti sono risultati inadatti a fronteggiare il fenomeno crescente (e, come dimostrano i recenti dati, in crescita) dei minori stranieri non accompagnati: molte associazioni non governative, tra le tante Unicef, *Save the Children* e *Terre des Hommes*, hanno denunciato il fenomeno della sottrazione, a volte anche volontaria, dal sistema dell'accoglienza nazionale, perché la burocrazia per ottenere ricongiungimento ovvero richiesta d'asilo risulta essere troppo lento. La sottrazione a questi sistemi però rendono i MSNA esposti allo sfruttamento da parte di reti criminali.

In altre parole, gli strumenti legali e amministrativi non risultano adeguati a

sovrastare questo fenomeno: da qui la proposta di legge “Zampa” del 2013. Dopo un iter parlamentare durato più tre anni, viene approvata la legge.

Questa norma raccoglie per la prima volta in modo unitario tutta la disciplina sui minori stranieri non accompagnati e riguarda:

- l'accoglienza dei MSNA in luoghi specifici per la loro identificazione;
- l'accoglienza e momentanea permanenza in centri che aderiscono al sistema Sprar, con standard un unico metodo di accertamento dell'età, sempre in presenza di un mediatore culturale durante i colloqui;
- regole per la nomina dei tutori e l'istituzione di un albo dei tutori volontari, con la promozione dell'istituto dell'affidamento in famiglia;
- il divieto di respingimento forzato alla frontiera;
- il termine di trattenimento dei minori facenti parte di questa categoria nelle strutture di prima accoglienza diminuisce da 60 a 30 giorni;
- l'utilizzo dei mediatori culturali viene esteso al fine di creare un dialogo tra le istituzioni e questa categoria particolarmente vulnerabile.

La legge ha il pregio, come già detto, di sistematizzare la materia e l'Italia ha in questo senso il primato europeo.

Dall'entrata in vigore di questa normativa⁶, i minori non accompagnati non sono più identificati negli *hotspot*, ma nelle strutture previste dalla legge in questione: gli *hotspot*, che sono i centri di prima accoglienza per i migranti in generale, risultano infatti inadeguati a garantire la tutela di questi soggetti particolarmente vulnerabili. Il numero insufficiente degli Sprar fa sì che i minorenni finiscano in Centri per l'accoglienza straordinaria, che non rispettano gli standard di accoglienza, come ad esempio il caso di Cona (VE), per cui l'Italia è stata anche condannata dalla Corte europea: la previsione di centri idonei, con requisiti prestabiliti, risolve questa problematica.

6 La legge è entrata in vigore l'8 maggio.

La valorizzazione della figura del tutore, e in particolare il *favor legis* verso l'istituto dell'affidamento, permette un controllo più concreto su questi minori, evitando che finiscano in reti di criminalità organizzata. Inoltre permette che il minore possa fruire di tutti i servizi necessari alla sua crescita, come ad esempio i servizi sanitari, che prevedono, nel caso in cui il soggetto non possa prestare autonomamente consenso, che sia il detentore della responsabilità genitoriale a decidere in sua vece: così la sua posizione giuridica risulta essere pienamente tutelata in caso di malattia.

L'accertamento sull'età, che non viene sempre secondo linee omogenee, avverrà secondo un unico procedimento: bisogna capire che tipo di procedimento verrà adottato in concreto. Sotto questo profilo, nel caso in cui si opti per il procedimento "Greulich-Pyle", permarranno i rilievi critici derivanti da questa metodologia, che, come già evidenziato, risulta inadeguata e arcaica. In ogni caso è garantita l'informativa al diretto interessato in una lingua a lui comprensibile, con anche l'ausilio di un mediatore culturale. Particolari accorgimenti sono poi previsti per lo svolgimento di tutto l'accertamento socio-sanitario dell'età e per la comunicazione del risultato: si conferma una normativa altamente improntata alla tutela del minore.

La previsione di un mediatore culturale da affiancare al minore durante tutto l'iter di identificazione e collocamento in un posto idoneo, permette di avere assistenza, in modo tale che l'esperienza di migrazione sia il meno traumatica possibile.

A confermare l'impronta protezionistica di questa legge, l'ulteriore previsione della possibilità, per il minore coinvolto a qualsiasi titolo in un procedimento giurisdizionale, di nominare un legale di fiducia e di avvalersi, se ne ricorrono le condizioni, del gratuito patrocinio a spese dello Stato in ogni stato e grado del procedimento.

Questa legge è essenziale dunque perché permetterebbe di tutelare in modo più stringente la categoria dei minori stranieri non accompagnati, con un controllo reale che non lasci questi soggetti nelle mani di una "rete criminale"

internazionale: è un passo decisivo per la tutela e l'integrazione dei minori stranieri. Uno dei promotori di questa legge, Massimo Guerrera, presidente di UNICEF Italia, ha dichiarato di essere soddisfatto per questa nuova legge che tutela i bambini migranti e i rifugiati che «sono fuggiti da situazioni invisibili e sono arrivati in Italia pieni di speranza per il loro futuro».

Anche un altro promotore di questa legge, Raffaella Milano, Direttore dei Programmi Italia-Europa di *Save the Children*, dichiara di essere soddisfatta tramite queste parole: «grazie al via libera di oggi della Camera, la legge che garantisce la protezione e l'accoglienza dei minori stranieri non accompagnati è finalmente diventata realtà e l'Italia può dirsi orgogliosa di essere il primo paese in Europa a dotarsi di un sistema organico che considera i bambini prima di tutto bambini, a prescindere dal loro status di migranti o rifugiati».

La legge garantisce ai minori stranieri non accompagnati - quelli già presenti in Italia e quelli che arriveranno - la protezione e le opportunità di inclusione di cui necessitano.

BIBLIOGRAFIA

A

- ALBANO F., *La tutela dei minori stranieri*, in MACRILLÒ A. (a cura di), *Il diritto degli stranieri*, Padova 2014
- ALESSE R., *La tutela assistenziale e il recupero sociale degli invalidi: un nuovo e puntuale intervento della Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.* 1993
- ALIVERTI A., *Breve riflessione antropologica*, in ROTONDO A. (a cura di), *Minori stranieri non accompagnati*, Milano 2016
- ANTONINI E., *La tutela penale dei minori nel Testo Unico sull'immigrazione*, in PISILLO MAZZESCHI R., PUSTORNO P., VIVIANI A. (a cura di), *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, Napoli 2010
- ASGI, *I minori stranieri extracomunitari e il diritto di istruzione dopo l'entrata in vigore della legge n.94/2009 (28 settembre 2009)*. in www.asgi.it
- ASGI, *Norme sull'accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati (23 gennaio 2017)*, in www.asgi.it

B

- BARDONI D., *I minori e la loro tutela*, Roma 2016
- BARDUSCO A., *Il diritto di accesso alle scuole di specializzazione medica*, in *Giur. cost.* 2002
- BELLI R., *Servizi per le libertà: diritto inviolabile o interesse diffuso?*, in *Giur. cost.* 1987
- BENSO L., MILANO S., *Perché l'uso forense dell'età biologica è inappropriato*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2013
- BENVENUTI M., *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano*, Padova 2007
- BESSONE M., *Artt.30-31 Cost.*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma 1976

- BESSONE M., ALPA G., D'ANGELO A., FERRANDO G., SPALLAROSSA M.R., *La famiglia nel nuovo diritto. Principi costituzionali, riforme legislative, orientamenti della giurisprudenza*, Bologna 2002
- BIFULCO D., *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli 2003
- BIN R., *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium juris* 2000
- BIONDI DAL MONTE F., *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Torino 2013
- BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Torino 1965
- BONETTI P., *Osservatorio italiano. Rassegna delle leggi, dei regolamenti e dei decreti statali*, in www.dirittoimmigrazione cittadinanza.it, consultato il 9 giugno 2017
- BONETTI P., *La parità di trattamento tra stranieri e cittadini nell'accesso al collocamento obbligatorio degli invalidi: quando la Corte decide di decidere*, in *Giur. cost.* 1998
- BORELLO R., *Il diritto all'unità familiare nel diritto dell'immigrazione: riflessioni generali di diritto costituzionale interno e comparato*, in PISILLO MAZZESCHI R., PUSTORNO P., VIVIANI A. (a cura di), *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, Napoli 2010
- BORSACCHI S., *Problemi attuali del diritto minorile*, in Corte suprema di cassazione (a cura di), *L'evoluzione giurisprudenziale nelle decisioni della Corte di cassazione*, VII, Milano 2013

C

- CAMERLENGO Q., *Art.34 Cost.*, in BARTOLE S., BIN R., (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova 2008
- CASSESE A., *Principio di eguaglianza e assunzione al lavoro degli stranieri*, in *Giur. cost.* 1970
- CASSESE A., *Art.10 Cost.*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della*

- Costituzione*, Bologna-Roma 1976
- CASSETTI L., *Art.31 Cost.*, in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino 2006
- CASTELLAZZI S., *La condizione giuridica dello straniero*, in GASPARINI CASARI V. (a cura di), *Il diritto dell'immigrazione*, Modena 2010
- CATALDI G., *Espulsione degli stranieri e protezione della vita familiare nella prassi degli organi internazionali di controllo sui diritti umani*, in PISILLO MAZZESCHI R., PUSTORNO P., VIVIANI A. (a cura di), *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, Napoli 2010
- CHELI E., *Diritti degli immigrati: principi costituzionali e internazionali*, in PISILLO MAZZESCHI R., PUSTORNO P., VIVIANI A. (a cura di), *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, Napoli 2010
- CHIEFFI L., *La tutela della salute degli immigrati irregolari*, in PISILLO MAZZESCHI R., PUSTORNO P., VIVIANI A. (a cura di), *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, Napoli 2010
- CINANNI G., *Tre principi per una disciplina organica e coerente sull'immigrazione*, in *Giur. cost.* 1997
- CITTI W., *I minori stranieri in Italia tra tutela e rimpatrio*, in ROZZI E. (a cura di), *I minori stranieri non accompagnati e irregolari, tra accoglienza in Italia e rimpatrio. Aspetti giuridici*, in www.savethechildren.it, consultato il 03 aprile 2017
- COMITATO ITALIANO PER L'UNICEF ONLUS, *Sperduti. Storie di minorenni arrivati soli in Italia*, Roma 2017
- COMUNITÀ SANT'EGIDIO, *Scheda: cosa sono i corridoi umanitari* (28 maggio 2017), in www.santegidio.org
- COUNCIL OF EUROPE - EUROPEAN AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Manuale di diritto europeo in materia di diritti dell'infanzia e dell'adolescenza*, Lussemburgo 2015
- CUNIBERTI M., *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella*

Costituzione italiana, Padova 1997

CUNIBERTI M., *Art.22 Cost.*, in BARTOLE S., BIN R. (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova 2008

D

DI PAOLO C., *Spunti critici in tema di effettività della Convenzione per i diritti del fanciullo nell'ordinamento italiano* (5 settembre 1991), in www.d7.unicam.it/afg/node/13

E

EBENE COBELLI C., *Le due adozioni nel giudizio della Corte*, in *Giur. cost.* 1981

F

FACHILE S., *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari ex art. 18.6 T.U. 286/98: un importante strumento di tutela per le persone straniere che scontano una pena*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza* 2005

FOCCARELLI C., *Lezioni di diritto internazionale*, Padova 2008

G

GALAZZO G., *«Obbligatoria e gratuita»: riflessioni in ordine alla natura sociale del diritto all'istruzione*, in MATUCCI G., RIGANO F. (a cura di), *Costituzione e istruzione*, Milano 2016

GARANTE DELL'INFANZIA, *Nuovo ruolo per l'autorità garante dell'infanzia e dell'adolescenza: pronte le linee guida per la selezione, la formazione e la creazione degli elenchi di tutori volontari dei minori non accompagnati* (26 maggio 2017), in www.garanteinfanzia.org

GIANLUZ M., *Art.5 Diritto alla libertà e alla sicurezza*, in BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V. (a cura di), *Commentario breve alla*

Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Padova 2012

GRUPPO CRC, *Il diritto del bambino al riposo, tempo libero gioco, attività ricreative, vita culturale e artistica* in www.gruppocrc.net, consultato il 13 maggio 2017

GRUPPO MONDIALE SULLA MIGRAZIONE, *Comunicazione sui diritti umani dei migranti in situazione irregolare* (30 settembre 2010), in www.globalmigrationgroup.org

L

LAMARQUE E., *Art. 30 Cost.*, in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino 2006

LAMARQUE E., *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano 2016

LENZERINI F., *La protezione dei minori stranieri non accompagnati nel diritto internazionale*, in PISILLO MAZZESCHI R., PUSTORNO P., VIVIANI A. (a cura di), *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, Napoli 2010

M

MANETTI M., *Il ricongiungimento familiare nel diritto italiano*, in PISILLO MAZZESCHI R., PUSTORNO P., VIVIANI A. (a cura di), *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, Napoli 2010

MANTOVANI M., *Un nuovo intervento della Corte costituzionale sull'art.569 c.p. sempre in nome del dio minore*, in *Giur. cost.* 2013

MASTROPASQUA I., PAGLIAROLI T., TOTARO M.S., *Minori stranieri e giustizia minorile in Italia*, in centrostudinisida.it, consultato il 24 marzo 2017

MATUCCI G., *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, Padova 2015

MATUCCI G., *Il diritto a una didattica individualizzata e personalizzata*, in MATUCCI G., RIGANO F. (a cura di), *Costituzione e istruzione*, Milano 2016

MATUCCI G., *La responsabilità educativa dei genitori fra scuola e dinamiche familiari*, in MATUCCI G., RIGANO F. (a cura di), *Costituzione e istruzione*, Milano 2016

MIAZZI L., *Il rimpatrio assistito del minore straniero: ancora un caso di diritto speciale?*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza* 2000

MORO A., *Manuale di diritto minorile*, Bologna 2008

MORO C., *L'eguaglianza sostanziale e il diritto allo studio: una svolta nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.* 1987

O

OTTONELLO C., *La rilevanza della famiglia di fatto nell'ordinamento giuridico italiano, in particolare la risarcibilità del danno da morte del convivente*, in *Diritto&Diritti* maggio 2001

P

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

PERTICI A., *La Corte sceglie il rigore: questione inammissibile per insufficiente definizione dell'oggetto e genericità della relativa motivazione*, in *Giur. cost.* 2001

PILUSO G., *Il rischio di "default" per la ragion di Stato? La disciplina sui "minori stranieri non accompagnati" e la recente attuazione delle direttive comunitarie, con particolare riguardo alla realtà dei comuni siciliani*, in www.federalismi.it, consultato il 29 maggio 2017

PALERMO P., *Quali diritti per i figli dei "clandestini"? Atti dello stato civile, diritto all'istruzione e all'unità familiare*, in *Famiglia e diritto*, 2010

PALMERI G., *Diritti senza poteri. La condizione giuridica dei minori*, Napoli 1994

PANEBIANCO M., *Repertorio della carta dei diritti fondamentali dell'Unione*

Europea, Milano 2001

PATRONI GRIFFI A., *Protezione dei minori stranieri*, in PISILLO MAZZESCHI R., PUSTORNO P., VIVIANI A. (a cura di), *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, Napoli 2010

PUSTORINO P., *Immigrazione e diritto a un'abitazione nell'ordinamento internazionale*, in PISILLO MAZZESCHI R., PUSTORNO P., VIVIANI A. (a cura di), *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, Napoli 2010

POGGI A., *Art.34 Cost.*, in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino 2006

PREGLIASCO R., *Eticità dell'adozione alla luce dell'evoluzione del principio del superiore interesse del bambino*, in SERVIZI STUDI CIAI (a cura di), *L'adozione che verrà*, Atti del convegno del 14 novembre 2016, Università di Milano-Bicocca

PUSTORINO P., *Art.3 Proibizione della tortura*, in BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova 2012

ROSSI E., BIONDI DAL MONTE F., *Immigrazione e diritto alla salute*, in CHIEFFI L. (a cura di), *Bioetica pratica e cause di esclusione sociale*, Milano-Udine 2012

ROZZI E., *I minori stranieri non accompagnati* (2 luglio 2002), in www.asgi.it

S

SALAZAR C., *Art. 37 Cost.*, in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino 2006

SACCUCCI A., *Diritto all'istruzione e discriminazione scolastica di minori stranieri alla luce delle norme internazionali sui diritti umani*, in PISILLO MAZZESCHI R., PUSTORNO P., VIVIANI A. (a cura di), *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, Napoli 2010

SAVE THE CHILDREN, *Piccoli schiavi invisibili – I minori vittime di tratta e sfruttamento: chi sono, da dove vengono e di lucra su di loro*, (4 luglio 2016), in www.savethechildren.it

SCHILLACI A., *Il ricongiungimento familiare dopo le unioni civili* (10 agosto 2016), www.asgi.it

SIMONCINI A., LONGO E., *Art.32 Cost.*, in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino 2006

T

TARZIA G., MOYERSON J., *L'evoluzione della normativa sui minori stranieri non accompagnati*, in *Cittadini in crescita* 2002

TOMASI L., *Art.8 Diritto al rispetto e alla vita privata familiare*, in BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova 2012

TRIPODINA C., *Art.32 Cost.*, in BARTOLE S., BIN R. (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova 2008

TURRI G.M., *Minori stranieri non accompagnati: dalla legge Turco-Napolitano alla legge Bossi-Fini*, in *Minori Giustizia* 2002

V

VINCENZI AMANTO D., *Art.32 Cost.*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma 1976

W

WOELK J., *Art. 2 Protocollo 1*, in BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova 2012