

ASGI

(associazione per gli studi giuridici
sull'immigrazione)

Magistratura Democratica

I nuovi cittadini

*Convegno regionale di studi
sulla condizione giuridica dei cittadini stranieri*

14 febbraio 04

I diritti dello straniero minorenne

La tutela del diritto d'asilo

Gli interventi delle regioni in materia di immigrazione

Palazzo di Giustizia di Trieste sabato 24 gennaio 2004 - sabato 14 febbraio 2004

Lorenzo Miazzi

La tutela dei minori nel nuovo quadro normativo

1 - La doppia condizione di minore e di straniero

Il trattamento giuridico del minore straniero immigrato dal punto di vista sostanziale costituisce un terreno estremamente interessante, essendo al confine fra due legislazioni di segno opposto, una di favore – quella sui minori, improntata a principi di protezione e di sostegno – e una di sfavore – quella sugli stranieri, nata come legislazione di pubblica sicurezza e improntata almeno in parte a principi di controllo e di difesa.

Questa marginalità determina anche una particolare difficoltà nell'individuare il diritto positivo: le fonti normative infatti sono all'incrocio fra due legislazioni speciali – quella dello straniero e quella del minore – le quali a loro volta toccano trasversalmente tutti i campi della legislazione, interessando il diritto penale, civile, amministrativo e in modo rilevante anche costituzionale. E del suo ci mette spesso anche il legislatore, che si occupa della materia in modo frammentario e con modifiche frequenti capaci di scoraggiare anche i più interessati, cosicchè nella pratica spesso si finisce con l'operare secondo prassi più o meno legittime.

Le difficoltà interpretative tuttavia derivano solo in parte dalla confusione delle fonti: il tratto caratteristico di questa materia è piuttosto la mancanza di un nucleo fondamentale di principi condivisi, che possano orientare nei frequenti casi di incertezza: nei casi dubbi, infatti, l'interprete si trova sempre di fronte a due sistemi incompatibili, quello dei minori e quello degli stranieri, e deve scegliere di volta in volta a quale fare riferimento. Nell'applicazione pratica, a fronte di un quadro legislativo carente, contraddittorio, ispirato a volte finalità costituzionalmente incompatibili, spesso è sembrata soccombere la tutela dei diritti dei minori, compresi o più semplicemente dimenticati nell'ambito di una legislazione forte come quelle materia di stranieri.

2 - Le fonti

Se l'emanaione di regole relative all'immigrazione in generale è un fenomeno relativamente recente¹, fino a pochi anni fa mancavano del tutto norme specifiche sui

¹ Sino al 1989 infatti non esisteva una legge organica in materia. I principi fondamentali erano disegnati direttamente dall'art. 10 della Costituzione; l'ingresso era principalmente una questione di polizia e di sicurezza pubblica, regolato dal Titolo V del Testo Unico di pubblica sicurezza; nel 1986 venne introdotta in ordine alla permanenza e ai diritti degli stranieri residenti una legge incentrata principalmente sui temi del lavoro e sui diritti e oneri dei lavoratori stranieri.

minori stranieri e le poche disposizioni esistenti non erano adeguate alle nuove caratteristiche del fenomeno immigratorio².

Sul tema dell'immigrazione il primo intervento legislativo rilevante sia per numero delle disposizioni che per la loro qualità fu il c.d. decreto Martelli, del 1989 (poi convertito nella legge n. 39/1990), il quale però conteneva due sole norme destinate ai minorenni, del tutto marginali nell'economia della legge³. I numerosi decreti legge in materia che caratterizzarono la prima metà degli anni '90 sempre più spesso contenevano accenni o disposizioni specifiche per i minorenni, in conseguenza alla crescente importanza anche numerica che cominciava ad assumere tale aspetto del fenomeno immigratorio. Queste poche norme tuttavia non potevano certo bastare a disegnare adeguatamente la disciplina della condizione giuridica del minore straniero, per cui un peso determinante assunsero le prassi dei vari uffici, largamente disomogenee fra loro.

Sempre in questo periodo cominciava a porsi il problema dei minori non accompagnati, cioè degli adolescenti soli che giungevano in Italia senza la famiglia (ma a volte "appoggiati" a lontani parenti) e quindi senza un rappresentante legale in senso stretto, e tuttavia non erano affatto in stato di abbandono, in quanto si muovevano autonomamente per scelta propria e delle famiglie. La legge n. 39/1990 non aveva regolato la materia, con la conseguenza di lasciare di fatto alla sola autorità di polizia i poteri di determinazione in merito. L'intervento dell'autorità giudiziaria (a volte individuata nel Tribunale per i Minorenni, altre nel Giudice Tutelare) veniva richiesto dagli operatori invocando la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo (ratificata nel 1991) ma anche i principi generali in materia di protezione dei minori⁴. Non mancavano, in effetti, le norme di diritto interno astrattamente applicabili: l'art. 343 C.C.,

² Vi era ad esempio una legge che regolamentava le modalità di iscrizione e la frequenza del minore straniero che risaliva agli anni '20, ed era idonea probabilmente a disciplinare l'accesso di giovani che si trasferiscono in Italia per studiare, ma del tutto inadeguata ad affrontare il problema dell'immigrazione.

³ La prima era in materia di studio, la seconda prevedeva la segnalazione al Tribunale per i minorenni dei minorenni che richiedevano lo status di rifugiati ed è da ricordare soltanto perché introduce una definizione che poi verrà molto usata dai successivi legislatori: per la prima volta infatti si parla di "minorì non accompagnati".

⁴ Il sistema generale delle norme del diritto minorile si ricavava dalla Costituzione, dalle Convenzioni Internazionali ratificate dall'Italia e, sul piano interno, dalle norme del codice civile e dalla disciplina sull'adozione e l'affidamento; tale complesso normativo, anche secondo alcune pronunce della Corte Costituzionale, assegnava all'Autorità Giudiziaria minorile un ruolo centrale nella protezione del minore, da cui veniva fatta discendere anche la competenza sul trattamento del minore straniero e quindi anche la decisione sull'opportunità del rimpatrio o della sua permanenza in Italia. Tale orientamento però non riuscì a prevalere, rimanendo predominante quantomeno numericamente la scelta di attribuire tale competenza all'autorità amministrativa.

che prevede l'apertura della tutela ad opera del giudice tutelare nei casi in cui i genitori siano impossibilitati ad esercitare la potestà; l'art. 371 C.C. che attribuisce al Giudice tutelare il compito di stabilire il luogo in cui il minore sottoposto a tutela deve vivere⁵; gli artt. 401, 402, 403 C.C. riguardanti il ricovero del minore in un istituto di assistenza e gli interventi di urgenza a tutela del minore a cura della pubblica autorità; l'art. 37 della legge n. 184/83 (testo anteriore alla modifica), che dichiara applicabile anche al minore straniero in stato di abbandono in Italia la legge italiana in materia di adozione, di affidamento e di provvedimenti necessari in caso di urgenza.

Anche i giudici erano però in ritardo, non preparati a cogliere la diversità e la portata del nuovo fenomeno migratorio. E risposero con orientamenti disomogenei e contraddittori, chi applicando le norme in materia di abbandono, chi disponendo affidamenti, spesso rifiutando ogni competenza. Quando comunque veniva emesso un provvedimento di protezione del minore da parte dell'Autorità Giudiziaria, al minore generalmente veniva concesso un permesso di soggiorno per motivi di "affidamento" o di "giustizia"⁶.

Solo la relativa stabilità politica della seconda metà degli anni '90 permise infine l'emanazione della prima legge che organicamente disciplina il fenomeno immigratorio in tutti i suoi aspetti, la legge 6 marzo 1998, n. 40 (poi trasfusa nel T.U. d. Igs. n. 286/98, cui si farà riferimento come normativa) contenente numerose e importanti disposizioni specifiche riguardanti i minorenni e più ampiamente i diritti della famiglia. Successivamente il legislatore intervenne più volte sulla legge, con modifiche tese più a restringere che a tutelare i diritti dei minori, trasferendo altresì ad organi amministrativi (il Comitato per i minori stranieri) competenze che, secondo i principi del diritto minorile, spettavano all'Autorità Giudiziaria.

L'ultima ampia modifica al Testo unico sull'immigrazione, introdotta con la legge n. 189/2002, incide solo *marginalmente* sulla condizione dei minori stranieri. L'unica

⁵ Tale norma, ad avviso di parte della dottrina, poteva essere applicato ai minori stranieri non accompagnati, così da attribuire al Giudice tutelare la valutazione dell'interesse o meno del minore a rimanere in Italia ovvero ad essere rimpatriato.

⁶ Una circolare amministrativa (circ. Ministero del Lavoro dd. 19.09.1995) consentì per ragioni di carattere umanitario, al raggiungimento della maggiore età al minore straniero non accompagnato e sottoposto a tutela, di rimanere in Italia, con iscrizione alle liste di collocamento, anziché essere espulso.

questione rilevante affrontata in materia, quella relativa alla sorte dei minori non accompagnati al compimento della maggiore età, è stata solo parzialmente risolta con la scelta di prendere in considerazione i minori (e permettere loro la permanenza) in quanto attuali o potenziali lavoratori. Quindi – capovolgendo i principi su cui si basava la l. n. 40/98 - non come soggetti da tutelare ma come forza lavoro da occupare⁷.

La riforma in sostanza introduce una *mini – regolarizzazione*, subordinata a numerose e rigorose le limitazioni, dagli effetti sostanziali negativi⁸ e la cui difficoltà ad essere applicata ai minori non accompagnati già presenti nel territorio è stata subito rilevata dato che fino ad allora non vi era stato motivo di programmare e fare progetti di integrazione sociale e civile, visto che nessuna disposizione li prevedeva; per cui è probabile che ben pochi potranno dimostrare di aver partecipato a simili progetti⁹.

In realtà, sulla condizione dei minori ha inciso molto di più l'abrogazione della lettera d) dell'art. 29 T. U., in coincidenza con la soppressione dell'istituto dello "sponsor", che ha chiuso definitivamente la possibilità di far entrare nel nostro paese regolarmente i *fratelli minori* dei lavoratori stranieri, che rappresentava uno degli anelli più consistenti della c.d. *catena migratoria*. Era uno dei canali che dovrebbero essere invece maggiormente incoraggiati, anche da una maggioranza che sembra fare dell'economia e del mercato il valore unico, perché portava (e continua a portare, ma nella clandestinità) all'arrivo di ragazzi giovani, motivati al lavoro, già con riferimenti familiari e abitativi nel nostro paese, che creano minori problemi di ordine pubblico e hanno maggiori prospettive di integrazione. Ragazzi adolescenti che frequentano i corsi

⁷ Nel dettaglio, l'art. 25 della l. n. 189/2002, che modifica l'art. 32 del T.U. d. lgs. n. 286/98, prevede che il permesso di soggiorno possa essere rilasciato "al compimento della maggiore eta', sempreche' non sia intervenuta una decisione del Comitato per i minori stranieri di cui all'art. 33, ai minori stranieri non accompagnati che siano stati ammessi per un periodo non inferiore a due anni in un progetto di integrazione sociale e civile gestito da un ente pubblico o privato che abbia rappresentanza" e che sia presente sul territorio dello stato da almeno tre anni.

⁸ Come rilevato nella *Newsletter promossa da Save the Children sul tema dei minori stranieri non accompagnati*, n. 2/2002, luglio 2002, "porre come condizione per il rinnovo del permesso di soggiorno la presenza in Italia da almeno 3 anni (ovvero l'ingresso prima del compimento dei 15 anni) rischia di escludere la maggior parte dei minori stranieri non accompagnati attualmente presenti nel nostro paese, in quanto dai dati disponibili e dalle testimonianze degli operatori risulta che probabilmente la maggior parte di questi minori sono entrati in Italia successivamente al compimento dei 15 anni." Ed inoltre rischia di incentivare l'arrivo in Italia di bambini quattordicenni o più piccoli, i soli a poter eventualmente usufruire del futuro permesso di soggiorno. La newsletter è consultabile sul sito di Save the Children Italia.

⁹ Infatti prevalentemente le regolarizzazioni degli ex minori sono avvenute usufruendo della regolarizzazione "ordinaria" seguita all'approvazione della legge n. 189/2002 e scaduta l'11 novembre 2002, che secondo le indicazioni fornite dal Ministero del Lavoro poteva essere applicata anche ai minorenni stranieri (ovviamente nel rispetto delle norme generali che regolano l'ammissione al lavoro dei minorenni).

di formazione, che fanno gli apprendisti, che (almeno nel nordest) artigiani e industrie non solo assumono, ma si contendono.

3– I principi ricavabili dalle fonti normative

Quali sono dunque i principi in materia di minori stranieri ricavabili dalle varie fonti normative sopra ricordate?

Primariamente, e non solo per criterio gerarchico, va rammentato l'art. 10 della Costituzione, che detta i “principi fondamentali” sul trattamento dello straniero. Al comma 1 si afferma che “l’ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute”; e al comma 2 che “la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali”; questa norma introduce un’importante riserva di legge ed è alla base del principio della parità civile (sia pure a condizione di reciprocità) degli stranieri. Anche se non unanime, la dottrina costituzionale assolutamente prevalente ritiene che agli stranieri siano riferibili i diritti fondamentali richiamati dall’art. 2 della Costituzione (e quindi i diritti di cui agli artt. 13, 14, 15, 4 etc) nonché il diritto di egualanza ex art. 3, sia pure con eccezioni. Ciò porta altresì a ritenere che tutti gli stranieri, e non solo quelli provenienti dai paesi europei, siano tutelati (tramite il richiamo dell’art. 10 comma 1 Cost.) dalla Convenzione Europea sui diritti dell’Uomo.

L’art. 2 co. 5 del T.U. d. lgs. n. 286/98 ha poi introdotto il principio di parificazione amministrativa tra stranieri e cittadini, in quanto estende espressamente agli stranieri quanto riconosciuto ai cittadini nella tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, nel rapporto con la P.A. e nell’accesso ai pubblici servizi, salvo diversa specificazione della legge (nel rispetto quindi della riserva di cui all’art. 10 co. 2 Cost.).

Altri principi introdotti dalla legge n. 40/1998 attengono invece esclusivamente ai minori. L’art. 19.2 a) T.U. d. lgs. n. 286/98 dispone l’inspellibilità amministrativa del minore straniero, salvo il diritto a seguire il genitore o l’affidatario espulsi e tranne per i motivi di sicurezza nazionale e ordine pubblico, per i quali, in base all’art. 31.4, deve disporre il Tribunale per i minorenni su richiesta del questore. Il successivo art. 28 del Regolamento dispone che venga rilasciato in questi casi un permesso di soggiorno “per

minore età". Va detto però che nulla era espressamente previsto per quanto concerne la condizione dei minori stranieri non accompagnati una volta raggiunta la maggiore età, in quanto l'art. 32 stabiliva la possibilità del rilascio di un permesso di soggiorno per motivi di studio o di accesso al lavoro solo per i "minorì affidati"; il che aveva condotto molte questure a rifiutare tale possibilità per i minori non accompagnati titolari del permesso di soggiorno per minore età, che venivano quindi espulsi.

Altra norma importante è l'art. 28.3 T.U. d. lgs. n. 286/98, enuncia il principio generale di prevalenza del superiore interesse del fanciullo in tutti i procedimenti finalizzati a dare attuazione al diritto all'unità familiare e riguardanti i minori. L'utilizzazione del criterio del miglior interesse del minore non era una novità: già la Corte Costituzionale aveva affermato nel 1986 che i diritti inviolabili che spettano al minore devono ritenersi estesi anche al minore straniero in stato di abbandono (10) e nel 1989 che minore italiano e minore straniero devono ricevere parità di trattamento nel godimento di diritti essenziali, come il diritto a sviluppare la propria personalità nella famiglia d'origine e il diritto ad avere un'unica famiglia, e, in subordine, il diritto di ottenere una famiglia sostitutiva "adeguata" (11). Successivamente anche la Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo firmata a New York il 20 novembre 1989, (ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176) aveva all'articolo 3, comma 1, invitato i paesi contraenti a provvedere nei procedimenti giurisdizionali e amministrativi alla protezione della condizione più debole del minore.

Pertanto, in attuazione di tali principi, ed espressamente affermando di volersi conformare a quanto previsto della Convenzione, l'art. 28, comma 3 T.U. introduce come criterio valutavo prioritario, in tutti i procedimenti amministrativi e giurisdizionali finalizzati a dare attuazione al diritto all'unità familiare e riguardanti i minori, quello del "superiore interesse del fanciullo". Si tratta di un criterio valutativo "mobile", in quanto non porta automaticamente a ritenere favorevole l'unità familiare o la permanenza nel paese, ma impone alla pubblica autorità di considerare in ogni singolo caso quale delle soluzioni possibili sia più favorevole al minore e di adottarla con preferenza ad ogni altra.

¹⁰ Corte cost., sent. 1-18 luglio 1986, n. 199.

Di grande importanza è anche l'art. 31, comma 3 T.U., per il quale il Tribunale per i minorenni può dare *l'autorizzazione per l'ingresso o la permanenza del familiare, per gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico del minore*. Sulla base di questa norma, il giudice “tenuto conto dell’età e delle condizioni di salute del minore che si trova nei territorio italiano”, può autorizzare, per un periodo di tempo determinato, anche in deroga alle altre disposizioni del presente testo unico, un familiare del minore a entrare o rimanere nel nostro paese nel suo interesse . L’autorizzazione è revocata quando vengono a cessare i gravi motivi che ne giustificavano il rilascio o per attività del familiare incompatibili con le esigenze del minore o con la permanenza in Italia.

Dal punto di vista costituzionale la norma è rilevante perché comporta l’intervento della magistratura minorile anche sulla condizione giuridica degli adulti stranieri, per la loro qualità di genitori o di familiari del minore, anche in deroga alle norme legislative, e ciò in astratto potrebbe confruggere con la riserva di legge in materia di condizione giuridica dello straniero prevista dall’art. 10 comma 2 Cost.. Peraltro, in questo caso vanno considerati anche gli artt. 30 e 31 Cost. che impongono al legislatore di favorire gli istituti necessari alla protezione dell’infanzia e di prevedere istituti sostitutivi dei compiti educativi dei genitori: il che giustifica l’applicazione meno rigida della riserva di legge prevista dalla norma.

Rilevante è infine l'art. 31, comma 4, T.U. d. lgs. n. 286/98, che dispone tassativamente la *competenza del Tribunale per i minorenni in ordine all’espulsione del minore straniero* su richiesta del questore, in luogo della competenza del prefetto su richiesta dell’autorità di pubblica sicurezza. Visto il divieto generale di espulsione amministrativa dei minori sopra ricordato, deve ritenersi che comunque l’espulsione possa essere disposta soltanto per motivi di ordine pubblico e sicurezza nazionale¹².

L’adozione dei provvedimenti di espulsione dei minori da parte di un’Autorità Giudiziaria, inoltre, rispetta pienamente (a differenza di quanto avviene per gli adulti) la riserva di giurisdizione prevista dall’art. 13 Cost. in ordine ai provvedimenti incidenti sulla libertà personale.

¹¹ Così Corte cost., sent. 30 novembre-11 dicembre 1989, n. 536

4 - Gli interventi della Corte Costituzionale

Importanti novità positive sono venute nel 2003 dalla Consulta, che ha rafforzato i diritti dei minori stranieri con due pronunce, sul ricorso contro il provvedimento di rimpatrio del minore non accompagnato e sul permesso di soggiorno ai minori sottoposti a tutela.

La Corte Costituzionale venne investita dal Tar Emilia Romagna della questione di legittimità costituzionale dell'articolo 32 T.U. D. L.vo n. 286/98 "nella parte in cui non prevede che, al compimento della maggiore età, il permesso di soggiorno possa essere rilasciato anche nei confronti dei minori stranieri sottoposti a tutela, ai sensi degli artt. 343 e i seguenti del codice civile". Il Tribunale di Vercelli, invece sollevava d'ufficio un'eccezione di incostituzionalità dell'articolo 33, comma 2 bis, "nella parte in cui non prevede la competenza del Tribunale per i minorenni in ordine ai ricorsi contro i provvedimenti del Comitato per i minori stranieri ivi contemplati".

La decisione di queste eccezioni hanno costretto la Corte Costituzionale ad affrontare scelte giuridiche non meramente tecniche, ma di principio, dovendo operare la scelta su quali dei due diversi sistemi interpretativi - quello relativo ai minori e quello relativo agli stranieri - dovesse essere ritenuto prevalente. Entrambi i sistemi, derivanti dalle due legislazioni speciali, erano astrattamente applicabili nella materia dei minori stranieri e pure di fatto erano incompatibili fra di loro essendo improntati, come si è detto, a principi antitetici: si trattava di un nodo che era evidente sin dall'emanazione della legge n. 40/1998 e che inevitabilmente poteva trovare rimedio solo in una decisione della Corte Costituzionale.

La Corte si è pronunciata con due sentenze interpretative di rigetto, con le quali ha affermato, nella prima, che il permesso di soggiorno ex articolo 32 è concedibile anche ai minori sottoposti a tutela, e, nella seconda, che la competenza in ordine al ricorso avverso la decisione del Comitato per i minori stranieri spetta al giudice monocratico del Tribunale ordinario. Le due decisioni hanno una grande importanza per la diretta applicazione alle fattispecie sottoposti a suo esame (basti pensare a quanti minori oggetto di provvedimento di tutela venivano espulsi al compimento della maggiore età) ma hanno

¹² L'espulsione però, sulla base dei principi già ricordati della convenzione ONU del 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo, non dovrebbe essere disposta qualora sia ritenuta in concreto prevalente la tutela dell'interesse del minore (ad

conseguenze indirette molto importanti su tutte le decisioni dei giudici amministrativi e ordinari in materia di minori stranieri.

Dalla sentenza n. 198 del 23.5.2003 sull'articolo 32, relativa alla concedibilità del permesso di soggiorno ai minori sottoposti a tutela, si può ricavare il principio che *in materia di minori stranieri, sulle norme e sugli istituti propri della legislazione speciale sugli stranieri, prevalgono norme e principi propri del diritto minorile*. La Corte Costituzionale infatti, per individuare le norme di riferimento della questione ad essa sottoposta ha richiamato varie disposizioni della legge n. 184/1983, le disposizioni codistiche in materia di tutela e le norme costituzionali riguardanti la famiglia, mentre neppure per accenno ha richiamato la normativa in materia di ingressi e di soggiorno. Ciò nonostante nell'ordinanza di rimessione il giudice amministrativo avesse fatto presente che l'interpretazione "costituzionalmente corretta" (poi confermata dalla Corte) presentava il rischio di un agiramento delle regole che presiedono all'immigrazione autorizzata. È chiaro quindi che secondo la Corte Costituzionale i principi generali di protezione del minore prevalgono, anche in relazione ai minori stranieri, sui principi di difesa e controllo degli ingressi propri del testo unico sull'immigrazione.

L'ordinanza n. 295 del 4.8.2003 sull'articolo 33, relativa alle impugnazioni avverso le decisioni del Comitato per i minori stranieri, afferma il principio che *la materia dei minori stranieri fa parte di quella dell'unità familiare, con la quale costituisce un tutt'uno*. Ne consegue che il criterio della priorità dell'interesse del fanciullo, previsto come prevalente nei procedimenti riguardanti il diritto all'unità familiare, si applicherà a tutti i procedimenti riguardanti i minori e che altrettanto avverrà in relazione alla "deroga alle altre disposizioni del testo unico" permessa in materia di ingressi dall'articolo 31 comma 3.

Dalle due importanti pronunce quindi si ricava che, dovendo applicarsi come principale criterio interpretativo in materia di minori stranieri quello del prevalente interesse del fanciullo, nei molti casi dubbi *l'applicazione delle norme ordinarie dettate per gli adulti stranieri dovrà avvenire in modo compatibile con l'interesse del fanciullo*: e quindi questo avverrà in relazione a tutte le questioni relative sia al rimpatrio assistito, sia al permesso di soggiorno per i minori stranieri non accompagnati, sia alle numerose altre portate all'esame dei giudici. Ancora, si deve osservare che in entrambe le

esempio per motivi di salute, o anche per il completamento degli studi o per il diritto alla unità familiare).

motivazioni la Corte Costituzionale non ipotizza neppure che la qualità di irregolare possa in qualche modo pregiudicare la tutela dei diritti del minore. Pertanto sembra davvero da escludere che sia costituzionalmente compatibile qualsiasi interpretazione che faccia perno sulla condizione di irregolarità di un minore per negargli un diritto del quale godrebbe come regolare, per cui si può si può ritenere che *l'irregolarità amministrativa della presenza del minore nel territorio non può pregiudicare l'applicazione di norme finalizzate alla sua protezione.*

Tanto è vero che la stessa Corte Costituzionale ha già applicato questi principi in relazione alla situazione di fatto del minorenne straniero affidato (senza un provvedimento legalmente efficace) ad un parente entro il quarto grado emigrato in Italia. Questo minore, seguendo l'interpretazione restrittiva della legge come facevano le questure, veniva espulso, ma la Corte Costituzionale nella “parte motiva” della sentenza n. 198 ha risolto “incidentalmente” la questione estendendo la concedibilità del permesso di soggiorno ex articolo 32 ad ogni tipo di affidamento previsto dalla legge 4 marzo 1983, n. 194, compreso l'affidamento di fatto di cui all'articolo 9 della medesima legge.

Certamente questo principio potrà poi essere la base per chiedere alla Cassazione di riconsiderare l'orientamento sinora tenuto in relazione ai limiti all'autorizzazione all'ingresso o alla permanenza del familiare per gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico di minori stranieri, ex articolo 31 co. 3 T.U. D. L.vo n. 286/98. È noto infatti che sin dall'emanazione della legge vi è stato aperto contrasto riguardo alla individuazione dei gravi motivi che costituiscono il presupposto di fatto della norma e in relazione all'applicabilità o meno ai minori in posizione di irregolarità amministrativa dell'autorizzazione da parte del Tribunale per i minorenni. La Corte di Cassazione ha fatto proprio un orientamento restrittivo secondo il quale la chiave interpretativa è quella della temporaneità dell'autorizzazione: si afferma che i gravi motivi connessi lo sviluppo psicofisico, tenuto conto dell'età e delle condizioni di salute del minore, devono essere interpretati relativamente e limitatamente all'inciso riguardante il “periodo di tempo determinato”; quindi possono essere considerati solo gravi motivi collegati a necessità contingenti e non a pregiudizi di lunga durata. Questo orientamento quindi esclude l'applicabilità dell'istituto nei casi in cui dovendo uno dei genitori essere espulso, il minore si trovi nel dilemma fra la scissione del nucleo familiare o l'allontanamento dell'Italia con conseguente sradicamento del minore in essere cresciuto; o nei casi di cui il

minore goda in Italia di cure sanitarie non riguardanti pericolo di vita; o quando sia costretto a interrompere il ciclo di studi...

L'opposto orientamento era il maggiormente diffuso fra le pronunce di merito ed è stato più volte consapevolmente riproposto anche dopo le decisioni della Cassazione, criticate in quanto limitano l'analisi del giudice a singoli elementi della vita del minore senza considerare globalmente la sua situazione, cosa che è invece fondamentale sempre ma ancora di più quando lo stesso si trovi da lungo tempo in Italia e qui abbia sviluppato in gran parte o totalmente i suoi interessi e le sue relazioni affettive.

I principi introdotti dalla Corte costituzionale rafforzano decisamente questo orientamento indicando come prioritario criterio di valutazione quello del superiore interesse del fanciullo e non quello del preordinato sistema degli ingressi disegnato dal testo unico sull'immigrazione; così come sembra poco compatibile con tali principi utilizzare l'autorizzazione ex 31 comma 3 solo a favore del minore straniero in condizione di permanenza regolare, negandola ai minori irregolari.

La conclusione – positiva – che si può trarre dall'esame complessivo delle fonti normative e della giurisprudenza costituzionale è che, proprio per il trovarsi in una posizione marginale e di confine, in ordine alla materia dei minori stranieri entrano in discussione grandi e centrali questioni del nostro ordinamento, quali la tutela dei diritti, il rispetto della persona, la sicurezza pubblica, il controllo dell'immigrazione, la protezione dei minori; e spesso i principi ad esse inerenti entrano in conflitto. Conforta quindi il deciso richiamo della Corte Costituzionale, che ribadisce la prevalenza della legge e dei diritti costituzionalmente garantiti anche all'interno dei settori disciplinati con leggi speciali e afferma che queste ultime devono comunque tenere conto del sistema di valori costituzionali e di principi sovranazionali che comunque garantiscono la salvaguardia dei diritti fondamentali della persona, anche se straniera, anche se minore, anche se irregolare.

Lorenzo Miazzi, magistrato in Adria, responsabile del settore "minori" della rivista "Diritto, immigrazione e cittadinanza".