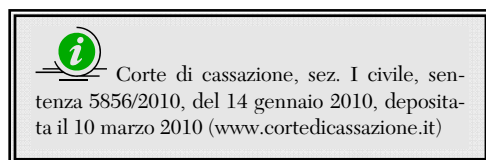


p. 299 e ss.). La nozione di ‘nucleo inderogabile’ rapportata al concetto di ‘garanzia minima’ del diritto alla vita culturale implica che lo Stato, in caso di carenza di risorse, deve optare per l’immediata attuazione dell’obbligo di predisporre misure ‘normative’ nazionali dirette ad eliminare lo stato di diseguaglianza di fatto di alcuni soggetti rispetto agli altri in ordine al godimento del diritto alla partecipazione alla vita culturale. Fermo restando, quindi, che il diritto in esame si configura quale ‘obbligo programmatico’ rimesso alla ‘graduale’ e ‘progressiva’ attuazione degli Stati parte (cfr. par. 45), l’affermazione secondo cui tale diritto troverebbe *immediata attuazione* rispetto al principio di non-discriminazione, sembra implicare che per il Comitato il ‘nucleo inderogabile di garanzia’ sia fondato direttamente sul principio di eguaglianza e non-discriminazione e trovi pertanto forma in tutte quelle misure nazionali di attuazione dirette ad eliminare lo stato di disuguaglianza di fatto dei soggetti cd. deboli. Da questo punto di vista, non vi è dubbio che il Comitato, pur definendo il diritto alla vita culturale come “libertà fondamentale” tende ad attribuirgli la connotazione tipica dei diritti sociali (sul punto cfr. A. Hansen, *op. cit.*).

Doriana Vitiello

IMMIGRAZIONE E ASILO

Sviluppo psicofisico del minore e controllo dell’immigrazione clandestina: il bilanciamento operato dalla Corte di cassazione



Con la sentenza n. 5856 del 14 gennaio 2010, la Corte di cassazione ritorna ancora una volta sull’interpretazione dell’art. 31, co. 3, del Testo unico sull’immigrazione (d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 e successive modifiche). Questa norma prevede che, qualora sussistano “gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico e tenuto conto dell’età e delle condizioni di salute del minore che si trova nel territorio italiano”, il Tribunale per i minorenni autorizzi “l’ingresso o la permanenza del familiare, per un tempo determinato, anche in deroga alle disposizioni del presente testo unico”. La disposizione trova collocazione nel Titolo IV del Testo unico, rubricato “Diritto all’unità familiare e tutela dei minori”; essa dovrebbe pertanto essere interpretata alla luce del principio generale, di cui all’art. 28 co. 3, secondo il quale “in tutti i procedimenti amministrativi e giurisdizionali finalizzati a dare attuazione al diritto all’unità familiare e riguardanti i minori, deve essere preso in considerazione con carattere di priorità il superiore interesse del fanciullo, conformemente a quanto previsto dall’articolo 3, comma 1, della Convenzione sui diritti

del fanciullo del 20 novembre 1989". Sembra pertanto evidente la volontà del legislatore di far prevalere la tutela del preminente interesse del minore sulle esigenze di controllo dell'immigrazione. Tuttavia, proprio il carattere derogatorio dell'art. 31 co. 3 ne ha spesso favorito un'interpretazione restrittiva da parte della Corte di cassazione (si vedano le sentenze della sezione I civile n. 8510 del 14 giugno 2002, n. 17194 del 14 novembre 2003, n. 1463 del 19 febbraio 2008; per una ricostruzione critica della giurisprudenza di merito e di legittimità, si rinvia a L. Miazzi, "Superiore interesse del minore straniero e autorizzazione alla permanenza del familiare", in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2004, p. 52 ss.; nonché, in nota alla sentenza n. 5856, N. Zorzella, "La Cassazione e i minori stranieri: un nuovo passo indietro verso una tutela a seconda della nazionalità?", consultabile al sito www.asgi.it).

La sentenza n. 5856 del 2010, che nega il permesso di restare in Italia al padre di due bambini regolarmente residenti in Italia con la madre, moglie del richiedente, e regolarmente soggiornante, è un chiaro esempio di tale orientamento restrittivo, tanto più criticabile se si considera che essa segue di pochi mesi due pronunce della stessa Corte di segno opposto. Con la sentenza n. 22080 del 2009, la Corte aveva, infatti, affermato, alla luce di un'attenta analisi dei principi costituzionali ed internazionali posti a tutela del minore e del diritto di ogni individuo allo sviluppo della propria personalità e al rispetto della propria vita familiare, che il carattere 'eccezionale' dell'art. 31 co. 3 è da ravvisarsi nel suo derogare "alle altre disposizioni del d.lgs. 286/98 sulla presenza dello straniero sul territorio nazionale" e non nel fatto che la norma tratti di situazioni eccezionali collegate alla salute del minore (Corte di cassazione, sezione I civile, sentenza del 26 giugno, dep. 16 ottobre 2009, n. 22080). La Corte aveva anche precisato che "non può ragionevolmente dubitarsi che, per un minore, specie se in tenerissima età (...), subire l'allontanamento di un genitore (...) costituisca un sicuro danno che può porre in serio pericolo uno sviluppo psicofisico, armonico e compiuto" (*ibid.*). Considerando poi il carattere temporaneo del permesso concesso *ex art.* 31 co. 3 e l'impossibilità di una sua conversione in permesso per lavoro, la Corte aveva negato si potesse "ritenere che l'interesse del minore venga strumentalizzato al solo fine di legittimare la presenza di soggetti privi dei requisiti dovuti per la permanenza in Italia" (*ibid.*). Tale orientamento, volto a far prevalere la tutela dell'interesse del minore sulle esigenze di controllo dell'immigrazione, è stato in seguito confermato, dalla medesima sezione I civile, con l'ordinanza n. 823 del 10 novembre 2009 (dep. 19 gennaio 2010). Queste due pronunce si ponevano in perfetta coerenza con la precedente sentenza delle Sezioni unite n. 22216 del 2006, in cui si affermava un'importante distinzione tra i casi di autorizzazione all'ingresso e quelli di autorizzazione alla permanenza del genitore già presente in Italia (Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenza del 28 settembre, dep. 26 novembre 2006, n. 22216). La Corte aveva, infatti, stabilito che "la presenza dei gravi motivi deve essere puntualmente dedotta dal ricorrente e accertata dal Tribunale per i minorenni solo nell'ipotesi di richiesta di autorizzazione all'ingresso

(...) ciò non vale sempre, invece, nell'ipotesi in cui (...) venga richiesta l'autorizzazione alla permanenza del familiare che diversamente dovrebbe essere espulso, poiché la situazione eccezionale nella quale vanno ravvisati i gravi motivi può essere attuale, ma può anche essere dedotta quale conseguenza dell'allontanamento improvviso del familiare sin allora presente e cioè di una situazione futura ed eventuale rimessa all'accertamento del giudice minorile" (*ibid.*). Abbassando la soglia di apprezzamento dei 'gravi motivi' le sezioni unite avevano così affermato la netta prevalenza delle esigenze di tutela del nucleo familiare costituito su quelle di ripristino della legalità attraverso l'espulsione dell'immigrato irregolarmente entrato o trattenutosi nel territorio nazionale.

La sentenza n. 5856 del 2010 si pone in netta opposizione alla giurisprudenza appena citata, legittimando un bilanciamento tra le esigenze di tutela del minore e quelle del contrasto all'immigrazione clandestina, in una direzione decisamente favorevole a queste ultime. Come accennato, la sentenza nega il permesso di restare in Italia al padre di due bambini regolarmente residenti in Italia con la madre, coniuge del richiedente, titolare di permesso di soggiorno e in attesa di riconoscimento della cittadinanza italiana. Nonostante il parere dei servizi sociali – che ritenevano pregiudizievole per i bambini l'allontanamento del padre dal nucleo familiare – la Corte di cassazione ha affermato la necessità di una situazione "eccezionale e contingente relativa ai figli minori", ravvisabile solo nel caso in cui "i gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico del minore concretino una situazione d'emergenza rappresentata come conseguenza della mancanza o dell'allontanamento improvviso, che il Tribunale per i minori accerti (...) essere eccezionale e temporanea, e ponga in grave pericolo lo sviluppo normale della personalità del minore". Una tale situazione non può, nell'opinione della Corte, "concretarsi nella condizione di mero disagio del minore, quale quella rappresentata come eccezionale nel ricorso, dipendente dall'incertezza relativa al completamento del ciclo scolastico, laddove il minore ha il diritto di seguire il genitore espulso nel luogo di destinazione".

Poco oltre la Corte procede ad una ricostruzione della *voluntas legis* secondo cui il dettato normativo "subordina la necessità di garantire al minore che il suo ordinario processo educativo, formativo o scolastico, si realizzi con l'assistenza del genitore che merita invece di essere allontanato dal territorio italiano, al più generale interesse della tutela delle frontiere, che si esprime nelle esigenze di ordine pubblico che convalidano il decreto d'espulsione". In tale contesto, l'art. 31 co. 3 privilegerebbe l'esigenza del minore di ricevere l'assistenza del genitore "solo se, apprezzata in relazione all'età ed alle condizioni del minore, assuma carattere di emergenza, non necessariamente correlata a condizioni di salute, e sia altresì contingente ed eccezionale, dunque non abbia tendenziale stabilità". Nell'opinione della Corte, una diversa interpretazione del dettato normativo "finirebbe col legittimare l'inserimento di famiglie di stranieri strumentalizzando l'infanzia".

Al di là dei gravi effetti prodotti dalla pronuncia nel caso di specie, la sentenza della Cassazione non sembra corrispondere ad una interpretazione costi-

tuzionalmente orientata del dettato normativo e solleva dubbi anche con riferimento al diritto internazionale rilevante.

Va ricordato, infatti, che la Corte costituzionale ha in più occasioni affermato l'illegittimità di un generale assoggettamento del diritto minorile e delle norme poste a protezione del minore e della famiglia alle esigenze della disciplina dell'immigrazione. In diverse pronunce relative al diritto al ricongiungimento familiare, la Corte ha ribadito che la garanzia della "convivenza del nucleo familiare" si radica "nelle norme costituzionali che assicurano protezione alla famiglia e in particolare, nell'ambito di questa, ai figli minori"; di conseguenza "il diritto dei genitori e dei figli minori ad una vita comune nel segno dell'unità della famiglia sono (...) diritti fondamentali della persona che perciò spettano in via di principio anche agli stranieri" (Corte costituzionale, sentenza del 12 gennaio 1995, n. 28, par. 4 e sentenza del 17 giugno 1997, n. 203, par. 4). Con sentenza n. 376 del 12 luglio 2000 (relativa all'illegittimità, con riferimento agli articoli 2, 3, 29 e 30 della Costituzione, della mancata estensione al coniuge convivente del divieto di espulsione della donna incinta e nei sei mesi successivi alla nascita), la Corte ha affermato che "alla famiglia deve essere riconosciuta la più ampia protezione ed assistenza, in particolare nel momento della sua formazione ed in vista della responsabilità che entrambi i genitori hanno per il mantenimento e l'educazione dei figli minori; tale assistenza e protezione non può non prescindere dalla condizione, di cittadini o di stranieri, dei genitori, trattandosi di *diritti umani fondamentali, cui può derogarsi solo in presenza di specifiche e motivate esigenze volte alla tutela delle stesse regole della convivenza democratica*" (par. 6 della sentenza, corsivo aggiunto). Il parametro indicato dalla Corte costituzionale ai fini del bilanciamento tra interesse dello Stato all'espulsione dello straniero irregolare e tutela dei diritti fondamentali della famiglia e del minore è quindi dato da "specifiche e motivate esigenze volte alla tutela delle stesse regole della convivenza democratica", parametro ben più restrittivo di quello del "generale interesse alla tutela delle frontiere" adottato dalla Corte di cassazione. Vero è che la citata pronuncia della Corte costituzionale concerne il generale diritto al ricongiungimento e alla coesione familiare disciplinato dagli articoli 29 e 30 del Testo unico, e non il più particolare permesso di cui all'art. 31 co. 3, previsto proprio, in deroga alle altre disposizioni del Testo unico, per quei casi in cui non sussistono le condizioni per il ricongiungimento familiare. Tuttavia, pare sistematicamente coerente che il parametro identificato dalla Consulta sia egualmente applicabile all'intero Titolo IV del Testo unico, volto appunto, nel suo complesso, a garantire il diritto all'unità familiare e la tutela dei minori.

Passando al diritto internazionale convenzionale pertinente, va in primo luogo rilevato che la sentenza n. 5856 del 2010, diversamente dalla precedente sentenza n. 22080 del 2010, omette di dare rilievo agli artt. 3, 9 e 10 della Convenzione sui diritti dell'infanzia. Gli articoli 9 e 10, garantendo il diritto del minore a non essere separato dai propri genitori, ed imponendo di considerare "con uno spirito positivo, con umanità e diligenza" ogni domanda presentata da

un fanciullo o dai suoi genitori in vista di entrare in uno Stato Parte ai fini di un ricongiungimento familiare, non impongono un generale obbligo di garantire il diritto al ricongiungimento o alla coesione familiare per i migranti, ma offrono comunque una chiara indicazione nel senso che un riconoscimento ampio di tale diritto corrisponderebbe in generale all'interesse del fanciullo che l'art. 28 co. 3 del Testo unico impone di considerare come preminente.

Simili considerazioni possono essere svolte anche con riferimento all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti umani. Come noto, la Corte di Strasburgo ha adottato una giurisprudenza piuttosto restrittiva con riguardo all'applicazione dell'art. 8 a casi di ricongiungimento familiare (si rinvia a M. Evola, "La riunificazione familiare dello straniero nei trattati sui diritti umani", *supra*, p. 279 e ss., per una più approfondita analisi). Da un lato, infatti, la Corte ha generalmente attribuito ampio rilievo ai legami familiari in casi riguardanti la revoca o il rifiuto di rinnovo del permesso di soggiorno a persone che avevano legalmente risieduto negli Stati membri, e che nel corso del periodo di regolare residenza avevano costituito legami personali e familiari, e ciò nonostante l'espulsione fosse spesso determinata da esigenze di ordine pubblico e tutela della pubblica sicurezza (si ricordino, tra gli altri, *Moustaquim c. Belgio*, ricorso n. 12313/86, sentenza del 18 febbraio 1991; *Boultif c. Svizzera*, ricorso n. 54273/00, sentenza del 2 agosto 2001; da ultimo, *Omojudi c. Regno Unito*, ricorso n. 1820/08, sentenza del 24 novembre 2009 e *A.W. Khan c. Regno Unito*, ricorso n. 47486/06, sentenza del 12 gennaio 2010). D'altro canto, la stessa Corte si è inizialmente mostrata molto meno favorevole all'individuo quando l'ingerenza nella vita privata e familiare era determinata dall'espulsione di persone che avevano soggiornato senza titolo sul territorio dello Stato (si vedano *Mitchell c. Regno Unito*, ricorso n. 40447/98, decisione del 24 novembre 1998, e *Ajayi e altri c. Regno Unito*, ricorso n. 27663/95, decisione del 22 giugno 1999), o si chiedeva un'autorizzazione all'ingresso del familiare (*Gül c. Svizzera*, ricorso n. 23218/94, sentenza del 19 febbraio 1996; *Ahmut c. Paesi Bassi*, ricorso n. 21702/93, sentenza del 28 novembre 1996). Tuttavia, anche con riferimento a fattispecie quali quelle da ultimo segnalate, e che più si apparentano alla vicenda all'origine della sentenza n. 5856 del 2010, la giurisprudenza più recente segnala spazi di maggiore apertura a favore dello straniero. Nel caso *Şen c. Paesi Bassi* (ricorso n. 31465/96, sentenza del 21 dicembre 2001), la Corte ha constatato la violazione dell'art. 8 da parte dei Paesi Bassi per aver rifiutato a due coniugi turchi, regolarmente residenti in Olanda con due figli nati e scolarizzati in tale paese, la possibilità di farsi raggiungere dalla figlia maggiore, inizialmente lasciata in Turchia, affidata ad una parente. La Corte ha ritenuto che imporre ai genitori la scelta tra rinunciare a ricostituire il nucleo familiare, o rientrare in Turchia sradicando i due figli più piccoli dall'ambiente nel quale erano nati, cresciuti e regolarmente scolarizzati, costituisse un'ingerenza nella vita privata e familiare dei soggetti coinvolti del tutto sproporzionata allo scopo di tutela del benessere economico del paese perseguito dallo Stato attraverso una politica dei ricongiungimenti familiari particolarmente restrittiva. Nel successivo caso *Rodrigues da*

Silva e Hoogkamer c. Paesi Bassi (ricorso n. 50435/99, sentenza del 31 gennaio 2006), la Corte ha ritenuto costituisca violazione dell'art. 8 il rifiuto di concedere un permesso di soggiorno ad una donna brasiliana, madre di una bambina nata in Olanda da padre olandese e legalmente affidata al padre, il quale aveva annunciato che non avrebbe permesso alla figlia di seguire la madre in Brasile. La Corte ha constatato che, nonostante il formale affido al padre della bambina, questa aveva il suo rapporto più stretto con la madre, che se ne occupava in maniera prevalente. Alla luce delle gravi conseguenze che l'espulsione e la conseguente separazione avrebbero comportato tanto per la madre quanto per la figlia, la Corte ha ritenuto che il benessere economico del paese non potesse prevalere sui diritti derivanti per i ricorrenti dall'art. 8, e ciò nonostante il fatto che la ricorrente risiedesse illegalmente nei Paesi Bassi sin all'epoca della nascita della figlia.

I casi appena riportati sono indicazione di una tendenza, anche da parte della Corte europea, a restringere la discrezionalità degli Stati in materia di autorizzazione all'ingresso e alla permanenza di cittadini stranieri facendo prevalere il diritto/dovere dei genitori di crescere ed educare i figli e il diritto di questi al sostegno e alla vicinanza dei genitori, nonché il diritto dei bambini a continuare processi educativi e di scolarizzazione cominciati nel paese di accoglienza. Tale tendenza, che come sopra riportato, caratterizza anche una parte della giurisprudenza costituzionale italiana, era stata fatta propria dalla Corte di cassazione con le pronunce n. 22080 del 2009 e n. 823 del 2010, rispetto alle quali la sentenza n. 5856 del 2010 marca senza dubbio un momento di arresto e, probabilmente, di involuzione nella tutela dei diritti individuali. Pare pertanto auspicabile che le sezioni unite – cui la sezione I civile ha finalmente deciso di rimettere la questione con ordinanza n. 8881 del 17 marzo 2010 (dep. 14 aprile 2010) – privilegino un'interpretazione dell'art. 31 co. 3 orientata al massimo rispetto dei valori del nostro ordinamento costituzionale e dei diritti fondamentali.

Francesca De Vittor

Il caso Hussun: sui respingimenti Italia-Libia del 2005 la Corte di Strasburgo decide ... di non decidere

Il 19 gennaio 2010 la Corte europea dei diritti dell'uomo si è pronunciata sul noto caso *Hussun e a. c. Italia*, riguardante quattro ricorsi presentati da alcune decine di migranti allontanati coattivamente dai centri di Lampedusa e Crotone nella primavera del 2005 verso la Libia. Il giudice di Strasburgo ha esaminato nel merito soltanto la



Corte europea dei diritti umani, *Hussun e a. c. Italia*, ricorso n. 10171/05, 10601/05, 11593/05 e 17165/05, decisione del 19 gennaio 2010 (www.echr.coe.int)