

I diritti del minore straniero: quadro normativo e percorso giurisprudenziale

Augusta Tognoni
Magistrato

Abstract

The rights of foreign minors: legal framework and judicial path

Immigration is a complex social, political and legal reality. It requires sensitivity in accordance with the constitutional values of equality and solidarity, with particular attention to issues that concern the "minor" as "people" and "subjects of law" within the family and society. The articles 31, 35, 38 of the Italian Immigration Law number 286/1998 are still the subject of a lively political, social and legal debate regarding the interpretation of the rules; the jurisprudential path is tiring and practices are not homogeneous in the different regions.

Quaderni acp 2014; 21(4): 176-178

L'immigrazione è una realtà umana, sociale, politica, giuridica molto complessa, che richiede sensibilità nel rispetto dei valori costituzionali di uguaglianza e solidarietà, con particolare attenzione alle problematiche che riguardano i "minori", quali "persone" e "soggetti di diritto" nell'ambito della famiglia e della società. Gli articoli 31, 35, 38 del Testo Unico immigrazione n. 286/1998 sono tuttora oggetto di vivace dibattito politico-sociale-giuridico per l'interpretazione delle norme nell'applicazione al caso concreto; il percorso giurisprudenziale è faticoso; le prassi non sono omogenee nelle diverse regioni

Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina sull'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (D.lgs. 25/7/1998, n. 286)

Il Testo Unico immigrazione (T.U.) prevede espressamente "disposizioni a favore dei minori": diritto all'unità familiare (art. 31), diritto alla salute (art. 35), diritto all'istruzione (art. 38), con la precisazione che le suddette norme devono essere lette e interpretate alla luce dei principi enunciati dalla Costituzione italiana, dalla Dichiarazione dei diritti del fanciullo dell'ONU del 1959 e dalle Convenzioni internazionali (Convenzione di New York del 1989, Convenzione di Strasburgo del 1996, Carta di Nizza del 2000, Trattato di Lisbona).

Il diritto all'unità familiare

L'art. 9 della Convenzione di New York del 1989, ratificata dall'Italia con Legge 27/5/1991 n. 176, statuisce che "gli Stati parti vigilano affinché il fanciullo non sia separato dai suoi genitori contro la loro volontà, a meno che le autorità competenti non decidano, sotto riserva di revisione giudiziaria e conformemente con le leggi di procedura applicabili, che questa separazione è necessaria nell'interes-

se preminente del fanciullo. Gli Stati parti rispettano il diritto del fanciullo separato da entrambi i genitori o da uno di essi di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi i suoi genitori, a meno che ciò non sia contrario all'interesse preminente del minore". In questa ottica dev'essere commentato l'art. 31, 3 comma del T.U. che recita: "Il Tribunale per i minorenni, per gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico e tenuto conto dell'età e delle condizioni di salute del minore che si trova nel territorio italiano, può autorizzare l'ingresso o la permanenza del familiare per un periodo di tempo determina- to...".

Sull'applicazione della norma nel caso concreto si confrontano due linee interpretative contrastanti, con particolare riferimento alla configurabilità dei "gravi motivi": la linea restrittiva evidenzia il carattere eccezionale della disposizione, invocabile solo a fronte di comprovate gravi condizioni di salute del minore, e il valore non necessariamente prevalente del diritto del minore all'unità familiare rispetto all'interesse dello Stato alla tutela dei confini nazionali (Cass. 5856/2010). Alla base dell'interpretazione restrittiva si avverte la preoccupazione di

attribuire alla norma la funzione, che le è estranea, di introdurre una modalità anomala di legittimazione del soggiorno di famiglie di stranieri attraverso una strumentalizzazione dell'infanzia, che di fatto convertirebbe i diritti dei figli in privilegi per i genitori non regolarmente soggiornanti, traducendosi sostanzialmente in una sanatoria permanente di immigrati presenti irregolarmente sul territorio, utilizzando l'ampia discrezionalità che la formula "gravi motivi" consente.

Nell'immediatezza dell'applicazione della legge (anni 1999-2000) erano frequenti i ricorsi del genitore che chiedeva il ricongiungimento familiare per consentire al figlio, che aveva iniziato il percorso scolastico obbligatorio (scuola elementare e media), di completare il ciclo. Il Giudice configurava la sussistenza dei "gravi motivi" nell'interesse del minore all'unità familiare e allo studio alla luce delle norme della Costituzione e delle Convenzioni internazionali. La situazione si complicava quando il ricorso, presentato e accolto per un figlio, veniva ribadito per il secondo e anche il terzo figlio con una durata indeterminata. È legittimo in questi casi il dubbio che il ricorso ex art. 31 sia strumentale per sanare situazioni altrimenti non sanabili. La tesi "aperta" sottolinea la necessità di un'incisiva protezione del diritto del minore alla famiglia e al mantenimento di rapporti continuativi con entrambi i genitori come diritto fondamentale per la crescita e lo sviluppo della personalità in applicazione dei testi normativi nazionali e internazionali, con l'avvertenza che il "grave motivo" dedotto quale presupposto per l'autorizzazione alla permanenza o all'ingresso del genitore non in regola dev'essere supportato e provato da elementi e dati obiettivi. "Non si può invero ragionevolmente dubitare che per un minore, specie se in tenerissima età, subire l'allontanamento di un genitore, con conseguente impossibilità di avere rapporti con lui e di poterlo anche soltanto vedere, costituisca un sicuro danno che può porre in serio pericolo uno sviluppo psicofisico, armonico e compiuto"

Per corrispondenza:
Augusta Tognoni
e-mail: augusta.tognoni@gmail.com

il bambino e la legge

(Cass. 823/2010; Cass. 2677/2011; Cass. 7516/2011).

La Corte di Cassazione SSUU (sentenza n. 21799/2010), esaminando le due opposte tesi, osserva che l'art. 31 non richiede necessariamente l'esistenza di situazioni di emergenza o di circostanze contingenti ed eccezionali strettamente collegate alla salute del minore, bensì può comprendere qualsiasi danno effettivo, concreto, percepibile e obiettivamente grave, in considerazione dell'età o delle condizioni di salute, che deriva o è probabile che deriverà al minore, al suo complessivo equilibrio psicofisico dall'allontanamento o mancata presenza del familiare o dal definitivo sradicamento dall'ambiente in cui è cresciuto, trattandosi *"all'evidenza di situazioni che non si prestano a essere preventivamente catalogate e standardizzate, ma richiedono un'indagine svolta in modo individualizzato tenendo conto della peculiarità delle situazioni prospettate, nonché di ogni possibile variabile e fattore idoneo a consentire l'operazione di corretto bilanciamento degli interessi richiesta dalla norma: in relazione ai quali la Corte Europea ha elaborato una serie di parametri finalizzati a ottenere una soluzione fortemente caratterizzata dal caso concreto nonché a indirizzare l'interprete allorquando si rende necessario operare un bilanciamento di interessi"*; con la puntualizzazione che *"l'art. 31, 3° comma, assorbe già il contemperamento tra due beni giuridici entrambi di valore primario, in quanto entrambi derivabili dal diritto costituzionale e dal diritto internazionale: la tutela dei minori e la tutela della sicurezza nazionale"*.

Il principio di diritto enunciato dalle SSUU è ribadito da Cass. 15676/2013: *"I gravi motivi che consentono di derogare alla disciplina della immigrazione vanno ravvisati nelle conseguenze dell'allontanamento improvviso dei minori dal contesto ambientale in cui sono vissuti e hanno radicato significative relazioni sociali e cioè in una situazione anche non in atto ma solo in potenza con forti probabilità di verifica"*.

Il principio viene recepito dai giudici di merito, attenti a considerare come beni primari da tutelare nella soluzione dei casi concreti la salute psicofisica dei minori, la loro educazione, l'inserimento scolastico e sociale.

Tre esempi per chiarire il concetto: la Corte d'Appello di Napoli (Decreto

3/4/2012) evidenzia la necessità della *"verifica da parte del giudice minorile dell'idoneità del genitore a occuparsi del figlio, ad allevarlo in ambiente idoneo, a garantirne la crescita e a prendersi carico dei suoi bisogni e dei suoi problemi"*. Il Tribunale di Roma (Provvedimento 26/3/2013) autorizza una madre nigeriana alla permanenza in Italia per rimanere accanto alle figlie minorenni, entrambe nate a Roma, valutando che le ragazze, prossime al compimento di 15 anni, hanno realizzato un ottimo inserimento sociale e scolastico, *"risultati conseguenti alla comprovata qualità di accudimento di entrambi i genitori"*.

La Corte d'Appello di Milano (Decreto 21/2/2013) descrive la situazione di genitori salvadoregni, che hanno abbandonato nel 2006 il loro Paese, *"dilaniato da povertà, violenza e disoccupazione"* affidando i figli alla nonna materna e sono giunti in Italia *"per costruirsi una nuova vita"*, sono stati raggiunti nel 2010 a Milano dalla nonna e dai figli che frequentano regolarmente la scuola dell'obbligo e sono bene inseriti; *"il padre svolge attività di volantinaggio in nero, la madre svolge attività di colf non regolare e sono aiutati dalla nonna, svolgente in orari compatibili attività di badante"*.

La Corte ritiene la sussistenza dei presupposti per l'autorizzazione ex art. 31 e osserva che, *"allorché in un nucleo familiare che si presenta compatto e solido, come evidenziato dalla esperienza di migrazione dei genitori in Italia, finalizzata proprio alla riunione con i figli, i minori esprimano anche attraverso i risultati di profitto scolastico e di interazione raggiunti, un attaccamento alla nuova vita nel nostro Paese e una volontà di radicamento"*, si prospetta un deterioramento grave delle condizioni di vita familiare dei minori nell'ipotesi in cui il nucleo familiare dovesse essere espulso dal nostro territorio; *"l'autorizzazione alla permanenza temporanea nel nostro territorio dei reclamanti appare rispondente al bilanciamento equilibrato dei valori in gioco: per un verso il rispetto alla vita familiare del minore, che i pubblici poteri sono tenuti per dettato costituzionale e per indicazioni internazionali a proteggere e a promuovere, e per altro verso l'interesse pubblico generale alla sicurezza e al controllo delle frontiere che le SSUU 2010 hanno definito valore primario di pari grado"*.

Il diritto alla salute

Il tenore letterale dell'art. 35 non consente dubbi di interpretazione

Alla luce degli artt. 2 e 32 della Costituzione, che hanno portata solidaristica, il diritto alla salute ha garantito i cittadini stranieri presenti sul territorio nazionale non in regola con le norme relative all'ingresso e al soggiorno. Con la presentazione del codice *"straniero temporaneamente presente"* (STP) sono erogate, nei presidi pubblici e accreditati con il Servizio Sanitario Nazionale (SSN), le cure ambulatoriali e ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative, per malattia e infortunio e sono fornite la profilassi, la diagnosi, la cura delle malattie infettive, i programmi di medicina preventiva a salvaguardia della salute individuale e collettiva, tutte le prestazioni per la tutela della salute del minore, con la copertura dei relativi costi assicurata dal Ministero dell'Interno e dal fondo sanitario nazionale.

È importante sottolineare che l'accesso alle strutture sanitarie non può comportare alcun tipo di segnalazione, salvi i casi in cui sia obbligatorio il referto a parità di condizioni con i cittadini italiani.

Chiare ed efficaci sono le proposizioni della Corte di Cassazione SSUU n. 14500/2013 che confermano l'indirizzo costante del Supremo Collegio (1690/2005, 20561/2006, 1531/2008, 7615/2011): *"La garanzia del diritto fondamentale alla salute del cittadino straniero, che comunque si trovi nel territorio nazionale, impedisce l'espulsione nei confronti di colui che dall'immediata esecuzione del provvedimento potrebbe subire un irreparabile pregiudizio, dovendo tale garanzia comprendere non solo le prestazioni di Pronto Soccorso e di Medicina d'urgenza, ma anche tutte le altre prestazioni essenziali per la vita"*.

Tema critico è il diritto del minore straniero al pediatra di base, diritto tutelato a livello internazionale, costituzionale e legislativo, ma non sempre riconosciuto nella prassi di alcune Regioni. Sulla base di una interpretazione assai rigida dell'art. 35 T.U. e della nozione di *"cure urgenti ed essenziali"* si ritiene che i figli minori di stranieri privi di permesso di soggiorno abbiano accesso all'assistenza del pediatra di famiglia soltanto nei primi sei mesi di vita; ne consegue la mancanza della continuità delle cure e della prevenzione, con i connessi rischi per la

salute del bambino e per la salute pubblica collettiva.

È corretta e doverosa la puntualizzazione con riferimento all'accordo Stato-Regioni perfezionato il 20/12/2012 dopo un lungo, faticoso percorso di ricerca e discussione con espresso richiamo agli artt. 2 e 24 della Convenzione di New York del 1989 e all'art. 2 del T.U. immigrazione che stabilisce che *"allo straniero, comunque presente nel territorio dello Stato, spettano i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle convenzioni in vigore"*. L'accordo contiene "indicazioni per la corretta applicazione della normativa per l'assistenza sanitaria alla popolazione straniera da parte delle Regioni e Province autonome italiane"; prevede *"l'iscrizione obbligatoria di tutti i minori al SSN, indipendentemente dallo stato di regolarità del soggiorno dei genitori"*; disposizione dalla quale è legittimo-auspicabile derivare "il diritto" al pediatra di base per tutti i minori presenti sul territorio italiano. Sembra di poter affermare che l'accordo tende a superare le prassi disomogenee.

Il diritto all'istruzione

Autorevoli fonti giuridiche costituzionali (artt. 10, 30, 31, 34 Cost.) e internazionali (art. 26 Dichiarazione universale per i diritti umani, approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10/12/1948; art. 24 del Patto internazionale sui diritti civili e politici ONU del 16/12/1966, entrato in vigore il 23/3/1976; art. 28 Convenzione sui diritti dell'infanzia del 20/11/1989, ratificata dall'Italia con legge 176/1991) sanciscono la gratuità e l'obbligatorietà del diritto inderogabile della persona minore all'istruzione, all'educazione, alla formazione, allo sviluppo della personalità nell'ottica di una cultura di rispetto e di pace tra i popoli, in una scuola aperta, come luogo di confronto dialettico e costruttivo tra culture, etnie, confessioni religiose. L'art. 38 T.U. immigrazione stabilisce che *"i minori stranieri presenti sul territorio sono soggetti all'obbligo scolastico; a essi si applicano tutte le disposizioni vigenti in materia di diritto all'istruzione, di accesso ai servizi educativi, di partecipazione alla vita della comunità scolastica"*.

L'espressione "tutte le disposizioni vigenti" significa "parità assoluta" a prescindere da ogni condizione del fanciullo o dei suoi genitori, dalla loro origine nazionale,

etnica o sociale, dalla loro situazione finanziaria; è esclusa ogni forma di discriminazione motivata dalla condizione sociale, dall'attività, dalle opinioni professate o dalle convinzioni dei genitori. È aperto il dibattito sull'applicabilità dell'art. 38 con riferimento alla scuola dell'infanzia, alla scuola secondaria superiore, ai corsi di formazione professionale, ai servizi e alle prestazioni rientranti nell'assistenza scolastica o nel diritto allo studio. Un'interpretazione della norma orientata dai principi costituzionali (artt. 10, 31, 34 Cost.) consente di riconoscere al minore tali servizi, in quanto "diritti fondamentali della persona umana" (art. 2 T.U. immigrazione).

È ben vero che i principi di cui all'art. 38 letteralmente sono riferiti "all'obbligo scolastico"; è peraltro importante rilevare che l'art. 2 lett. d) della Legge-delega n. 53/03 prevede che *"il sistema educativo di istruzione e formazione si articola nella scuola dell'infanzia, in un primo ciclo che comprende la scuola primaria e la scuola secondaria di primo grado"* con la considerazione che la scuola dell'infanzia *"nella sua autonomia e unitarietà didattica e pedagogica realizza il profilo educativo e la continuità educativa con il complesso dei servizi dell'infanzia e con la scuola primaria"*, con il corollario che "è assicurata la generalizzazione dell'offerta formativa e la possibilità di frequenza della scuola dell'infanzia" (art. 1 D.lgs. 59/04).

I casi di contenzioso relativi all'art. 38 sono pochi. La giurisprudenza ha risposto in senso positivo in ordine alla questione della "parità" nell'accesso a tutti i servizi educativi.

Il Tribunale di Milano con due articolati provvedimenti (Decreto 11/2/2008 e Decreto 22/7/2008) emessi a seguito di ricorso ex art. 44 T.U. (azione contro condotte discriminatorie) ha affermato che nel diritto all'istruzione rientra la scuola materna, a prescindere dalla condizione di soggiorno del minore, in quanto la scuola dell'infanzia, pur non essendo obbligatoria, è comunque indirizzata all'istruzione del minore ed è dunque inserita nel sistema nazionale dell'istruzione. Nella stessa linea interpretativa si può sostenere l'accesso all'asilo nido, definito dalla legge quale struttura diretta a garantire la formazione e la socializzazione dei bambini di età compresa tra i 3 mesi e i 3 anni, con la precisazione che gli asili-nido sono definiti dalla giuri-

sprudenza "speciali servizi sociali di interesse pubblico".

Significativa è la pronuncia del Tribunale di Milano (Decreto 7/7/2009) che ha consentito l'iscrizione al centro comunale estivo al figlio di cittadina straniera sprovvista del titolo di soggiorno.

Interessante il provvedimento del Tribunale di Brescia (Decreto 19/1/2010) che ha dichiarato discriminatoria l'attribuzione, da parte del Comune di Chiari, di premi all'eccellenza scolastica riservati a studenti delle scuole superiori meritevoli, purché di cittadinanza italiana.

Di ampio respiro sono i commi 3 e 4 dell'art. 38: *"La comunità scolastica accoglie le differenze linguistiche e culturali come valore da porre a fondamento del rispetto reciproco, dello scambio tra le culture e della tolleranza; a tale fine promuove e favorisce iniziative volte all'accoglienza, alla tutela della cultura e della lingua di origine e alla realizzazione di attività interculturali comuni 'da realizzare' sulla base di una rilevazione dei bisogni locali e di una programmazione territoriale integrata, anche in convenzione con le rappresentanze diplomatiche o consolari dei Paesi di appartenenza e con le organizzazioni di volontariato"*.

Conclusioni

Il T.U. immigrazione prevede disposizioni specifiche a favore del minore, titolare dei diritti fondamentali della persona umana previsti dalla Costituzione, dal diritto interno e dalle Convenzioni internazionali.

Il dibattito politico-sociale-giuridico è ancora vivace per l'interpretazione delle norme (artt. 31, 35, 38) nell'applicazione al caso concreto; le prassi non sono omogenee nelle diverse Regioni; il percorso giurisprudenziale è faticoso con spunti di riflessione interessanti nelle decisioni della Corte di Cassazione.

Le tematiche dell'immigrazione sono indubbiamente molto complesse (non è questa la sede per approfondirle). Sono auspicabili sensibilità e lungimiranza per l'affermazione e la tutela dei diritti del minore straniero: diritto all'unità familiare, alla salute, all'istruzione in una scuola e in una comunità sociale accogliente. Dostoevskij ci dice che *"un buon ricordo può sostenere nella vita un uomo; ai bambini dobbiamo dare occasioni di buoni ricordi; un brutto presente è pre-messa per un brutto futuro"*. ♦