

ANDREA PATRONI GRIFFI

## LINEAMENTI DELLA TUTELA COSTITUZIONALE DEI MINORI STRANIERI

### 1. *Un breve prospetto dei temi*

La protezione del minore straniero è tema di interesse per i cultori del diritto internazionale, del diritto europeo<sup>1</sup>, in un sistema costituzionale multilivello con un ruolo fondamentale della “rete” delle Corti nazionali e sovranazionali, che si va progressivamente realizzando sul piano giurisprudenziale. Si tratta di un ambito espressione di diritti e tutele che, al di là dell’assenza di riferimento espresso in Costituzione alla figura, si fonda invero in una cospicua normativa costituzionale, in una pluralità di principi e regole.

Emerge uno statuto costituzionale dei diritti del minore straniero, anche con riferimento all’implicito fondamento costituzionale del principio, di elaborazione sovranazionale, del *best interest* del minore. Di tale statuto la giurisprudenza costituzionale si pone quale garante attiva delle proiezioni dei diritti del minore, in particolare all’unità familiare.

Lo statuto dei diritti dei minori risulta, come evidente, in una pluralità composita di fonti di diversa natura, di livello internazionale e statale. La logica di tutela di un soggetto debole è quella di aggiungere “sommando” i livelli di tutela dei diritti. La protezione del minore straniero è costituita dall’importante costruzione dei diritti fondamentali dell’essere umano, anche privo dello *status civitatis*<sup>2</sup>, a cui si aggiungono i diritti specifica-

1 Cfr. da ultimo, G. CATALDI, *La tutela dei minori nell’ordinamento internazionale*, in *La tutela dei minori di cultura islamica nell’area mediterranea. Aspetti sociali, giuridici e medici*, a cura di A. Cilardo, Napoli 2011, 3 ss. e A. LIGUORI, *I minori stranieri nel diritto europeo*, *ivi*, 49 ss.

2 Sui diritti degli stranieri, nella vasta letteratura, v. G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali*, Napoli 2007; M. CUNIBERTI, *Espulsione dello straniero e libertà costituzionali*, in *Dir. pubblico*, 2000, 830; G. D’ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, Padova 1992; *Il diritto dell’immigrazione. Profili di diritto italiano, comunitario, internazionale*, a cura di V. Gasparini Casari, Modena 2010, 2 voll.; *Immigrazione e diritti fondamentali fra Costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, a cura di G. D’Ignazio, S. Gambino, Milano 2010;

mente riconosciuti ai minori e ai fanciulli. Si tratta di una rilevata logica di “complementarietà aggiuntiva, in cui alle norme di salvaguardia della totalità degli esseri umani, si sommano quelle approntate specificamente per i minori d’età”<sup>3</sup>, che rappresenta la necessaria prospettiva di tutela del minore straniero anche nell’ordinamento costituzionale.

È evidente che lo straordinario combinato disposto degli articoli 2, 3, 10 della Costituzione individua come destinatari di tali principi fondamentali tutti gli individui, anche privi dello *status civitatis*. Mentre, ai sensi degli articoli 30 e seguenti della Costituzione, si delinea, a differenza del passato ordinamento liberale, uno statuto costituzionale di tutela dei minori, che vale anche, e per certi aspetti ancor più, nei confronti dei minori stranieri, sia inseriti in un nucleo familiare sia per il caso ancor più delicato dei minori stranieri non accompagnati.

Tale statuto costituzionale di tutela si nutre anche di una fondamentale giurisprudenza costituzionale, che ha progressivamente rafforzato la protezione dello straniero minore non solo con sentenze di accoglimento, semmai quali manipolative di tipo additivo, ma anche proponendo, laddove possibile, in sentenze interpretative di rigetto, interpretazioni conformi a Costituzione.

Infine, sono da considerare le scelte operate dal legislatore ordinario in particolare con la legge n. 94/2009, in cui si evidenziano profili di criticità di tale esercizio della discrezionalità legislativa, con cui la Corte costituzionale ha avuto modo di confrontarsi, dovendosi distinguere, in sede di analisi critica, i profili di merito, intangibili dal giudice delle leggi, dai veri e propri dubbi di legittimità costituzionale. Così, ad esempio, con riferimento al ricorso al diritto penale nel reato e aggravante di clandestinità nonché al conseguente obbligo di denuncia rispetto all’accesso a servizi

---

E. GROSSO, *Straniero (status costituzionale dello)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. XV, Torino 1999, *ad vocem*, 156 ss.; G. NATOLI, *Lo straniero e la Costituzione*, su *movimentoperlagiustizia.it*; A. PATRONI GRIFFI, *Stranieri non per la Costituzione*, in *I diritti dell’uomo*, n. 3/2009, 5 ss.; E. ROSSI, *I diritti fondamentali degli stranieri irregolari*, in *I problemi costituzionali dell’immigrazione in Italia e in Spagna*, a cura di M. Ravenga Sanchez, Milano - Valencia 2005, 109 ss.; G. SIRIANNI, *Il diritto degli stranieri alla unità familiare*, Milano 2006; *La condizione degli stranieri in Italia*, a cura di E. Pförtl, Roma 2006. Con riferimento alla giurisprudenza, A. DI FRANCIA, *La condizione giuridica dello straniero in Italia nella giurisprudenza*, Milano 2006.

3 A. DEL GUERCIO, *Il minore straniero tra obblighi di protezione e politiche di chiusura*, *infra*; A. SACCUCCI, *Riflessioni sulla tutela internazionale dei diritti del minore*, in *Giur. it.*, 2000, 222.

pubblici, che costituiscono esercizio di diritti costituzionali, come nel caso dell'istruzione.

## *2. La dimensione costituzionale della tutela dei minori stranieri alla luce dei principi supremi*

La mancanza di un riferimento espresso in Costituzione agli stranieri e ai minori stranieri riguarda il "testo" della Carta, ma non certo il suo contenuto normativo, che invece è ricco di principi e altre norme, oltre il fondamentale rinvio contenuto nell'articolo 10 al diritto internazionale, che hanno come destinatari gli stranieri, ed i minori anche stranieri. Con una possibilità, anzi, inferiore di ragionevole deroga quando, rispetto al cittadino, dalla condizione dello straniero *tout court*, si passa ad analizzare quella di peculiare debolezza ed esigenza di tutela, e internazionale e costituzionale, del minore straniero.

Pluralismo, personalismo, dignità umana costituiscono valori, che assumono veste giuridica quali principi supremi della Costituzione, a fondamento certo della tutela costituzionale degli stranieri in generale.

Il valore e principio personalista ed il rispetto della "dignità umana" si esplicano nella centralità e primazia della persona in quanto tale, ma anche e soprattutto, attraverso il prisma della solidarietà, nella sua specificità di soggetto debole: donna, anziano, malato, diversamente abile, lavoratore, bambino e - si può aggiungere - straniero, soprattutto poi se donna, malato o minore, per l'appunto, non ignorando che tali posizioni di debolezza possono tra di loro cumularsi. Quelli indicati sono archetipi di soggetti deboli, anche se non tutti esplicitamente contemplati nelle disposizioni costituzionali, la cui differenziazione di trattamento è sottoposta a stretto scrutinio di ragionevolezza nel bilanciamento di interessi quali l'ordine, la sicurezza pubblica ed altri.

Per i minori stranieri, ma anche per le donne straniere, per i malati stranieri, per la loro condizione di doppia debolezza dovrebbe valere ancor di più la viepiù ricorrente ricostruzione di un concetto ampio di cittadinanza sociale. Si tratta, infatti, di due, o anche più, possibili presupposti che gravano su di uno stesso soggetto e che creano in maniera esponenziale una posizione di eccezionale debolezza del soggetto, per la quale lo stesso dato normativo che si muova secondo mere logiche formali di eguaglianza di tutti di fronte alla legge può risultare insufficiente. Mentre occorrerebbe semmai avere anche il "coraggio" - ma è questa valutazione che attiene

alla politica - di promuovere più forti azioni positive di tutela, che mirino a riequilibrare tali situazioni esponenziali di svantaggio.

Senza cadere in tentazioni da Stato etico, o anche solo di uno "Stato pedagogico" - alla francese in cui, per esemplificare, è lo Stato stesso ad "insegnare come ci si comporta" nella democrazia plurale - la Costituzione repubblicana pone al centro dell'attenzione tutti gli individui in quanto tali, e le individuate categorie di soggetti deboli, quali espressioni di dignità umana e sociale, che prescindono nel nucleo irrinunciabile di tutela dalla sovranità degli Stati.

Per il minore valgono dunque con ancor più forza i fondamenti costituzionali generali di tutela dello straniero: da un lato, ai sensi dell'articolo 10 della Costituzione, il rinvio, unico riferimento espresso, alle norme internazionali, attente alle esigenze di protezione del fanciullo e del minore; dall'altro nell'articolo 2 di "riconoscimento e garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo"; nell'articolo 3, che contiene l'enunciazione dell'eguaglianza in senso formale, che non è più mera *égalité* liberale *devant la loi*, ma accompagnata dal riferimento alla "pari dignità sociale" di tutti. Dove la "pari dignità" viene esattamente ricostruita quale ponte tra i diritti inviolabili dell'articolo 2 e l'eguaglianza, per cui ogni persona ha eguale dignità, di uomo e individuo in ogni fase della sua vita indipendentemente dallo *status civitatis*.

La tutela della dignità umana si riempie di significati diversi, come evidenzia la giurisprudenza costituzionale, quando riferita in particolare alla dignità di fanciullo, ponendosi in termini diversi, sul piano dei contenuti e dei divieti imposti, rispetto alla dignità di uomo riferita all'adulto.

La dignità umana si configura come valore e principio che, nel disposto degli articoli 2 e 3, qualifica tutte le libertà fondamentali, impedendo al legislatore nella disciplina di ciascun diritto di andare al di sotto di quel minimo o *standard*, in cui si leda la dignità stessa dell'uomo in quanto tale, ma anche la dignità di fanciullo e minore come intesa nel nostro ordinamento democratico. Costituisce un obbligo costituzionale garantire la protezione dei minori non solo nei confronti di interventi pubblici discriminatori, ma anche impedire che il pluralismo ed il rispetto delle differenze siano invocate<sup>4</sup> nell'esercizio del dovere/diritto genitoriale di educare per tutelare pratiche delle minoranze, che vadano proprio contro la pari dignità umana e sociale. Ciò vale soprattutto per le donne ed i minori stranieri che si trovano talora in posizione di assoluta debolezza nello stesso ordina-

4 Così anche nell'ordinamento internazionale: G. CATALDI, *La tutela dei minori nell'ordinamento internazionale*, op. cit.

mento particolare (alla Santi Romano) della minoranza di appartenenza. Si pensi, ad esempio, a pratiche, che configurano fattispecie di reato, quali l'infibulazione nei confronti della minore straniera, ed ogni forma di discriminazione della donna o di sfruttamento dei minori, che consentono al legislatore di intervenire a prevedere ipotesi di reato, come si vedrà a proposito dell'innovata disciplina penale dell'accattonaggio.

Già per gli individuati principi supremi la Costituzione orienta le politiche e le concrete scelte legislative sulla condizione giuridica dei minori stranieri, e non in astratto, ma nella concretezza del controllo di costituzionalità, come mostra la giurisprudenza costituzionale, che si riporterà. È la Costituzione a consentire e ad imporre un'interpretazione conforme a Costituzione che talora si sostanzia nel ricavare dal testo legislativo un contenuto normativo di maggiore favore nei confronti di minori stranieri, rispetto a quanto semmai voluto dal legislatore, come mostra la giurisprudenza costituzionale, ad esempio in tema di ricongiungimenti e lavoro domestico.

Nel campo dei diritti civili e per gli stessi diritti sociali, e per il diritto alla salute, in particolare, la prospettiva dell'eguaglianza del minore straniero rispetto al cittadino si pone come particolarmente forte per il suo stretto legame con i diritti della persona in quanto tale.

### *3. Il minore straniero quale destinatario delle norme costituzionali di tutela dei minori*

I minori stranieri appaiono in linea generale destinatari delle norme dettate in Costituzione a tutela dello *status* di minore<sup>5</sup>.

Le disposizioni espressamente dettate in Costituzione a tutela dei minori si sono riempite, anche grazie all'opera interpretativa svolta da dottrina e giurisprudenza, di importanti significati normativi. Certo, in Costituzione il minore viene considerato quale titolare di tutele con riferimento alla sua

5 Sulla tutela costituzionale dei minori stranieri, cfr. in particolare P. BONETTI, *Diritto all'unità familiare e tutela dei minori. I profili generali e costituzionali*, in *Diritto degli stranieri*, a cura di B. Nascimbene, Padova 2004; J. LONG, *Il ruolo del principio del superiore interesse del minore nella disciplina dell'immigrazione*, in *Minorigiustizia: rivista interdisciplinare di studi giuridici*, n. 1/2006, 251 ss. L. MIAZZI, *La tutela dei minori stranieri nel quadro normativo e costituzionale*, in *Minorigiustizia*, n. 4/2006, 155 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA e altri, *Il trattamento dei minori stranieri in Italia*, in *Minorigiustizia*, n. 3/2002, 29 ss.; P. PASSAGLIA, *I minori nel diritto costituzionale*, Relazione alla tavola rotonda su *I minori e il diritto: dialogo con i giuristi*; *Diritti affermati e diritti negati per i minori stranieri*, in *Minorigiustizia*, n. 1/2006 (num. monotematico)

specificità di soggetto debole<sup>6</sup>, quale lavoratore, in particolare, oltre che come studente e figlio, ma non anche con riferimento espresso all'essere straniero, semmai in quella condizione di straordinaria debolezza di "non accompagnato". Sul punto è difficile imputare un tale dato come una lacuna dei Costituenti, dati i tempi in cui la stessa operò, quando l'emigrazione e non l'immigrazione era fondamentalmente tema di dibattito; e se si considera che, nel precedente ordinamento liberale, alcun simile riferimento era contenuto nello Statuto Albertino.

Gli articoli 30 e seguenti della Costituzione, nel delineare un proprio statuto di tutela dei minori, contengono norme che individuano come destinatari i minori in quanto tali, al di là della condizione di cittadino, e possono in realtà essere visti quali implicito fondamento costituzionale del principio anche europeo<sup>7</sup> del *best interest* del minore, espresso nella Carta di Nizza, nella Convenzione sui Diritti del Fanciullo e ripreso espressamente nell'ordinamento positivo, nel testo unico dell'immigrazione, quando si statuisce all'articolo 28 che: "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". Si tratta di importante parametro nel bilanciamento relativo alla condizione dei minori stranieri.

Nell'articolo 30 della Costituzione, in cui il minore è considerato fondamentalmente quale figlio, la prospettiva di protezione del minore, quale soggetto debole, si carica di istanze assai importanti di tutela dello straniero, sia all'interno sia all'esterno del nucleo familiare<sup>8</sup>.

La comunemente rilevata inversione della formulazione del "diritto/dovere" nel primo comma ("È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli anche se nati fuori del matrimonio") costituisce espressione di una istanza di tutela del minore, nei confronti del quale vengono, per l'appunto, in rilievo prima i doveri e poi i diritti dei genitori. Si tratta di un'istanza di tutela che si può potenzialmente colorare di significati norma-

6 Con un taglio sociologico, cfr. *Viaggio attraverso i diritti dell'infanzia e dell'adolescenza*, a cura di F. Mazzucchelli, Milano 2006; *La fortezza e i ragazzini. La situazione dei minori stranieri in Europa*, a cura di G. Campani, O. Salimbeni, Milano 2006.

7 Con riferimento alla tutela dei minori nell'ordinamento normativo comunitario, v. anche per una sintesi delle questioni C. NovI, *La tutela dei diritti dei minori nell'ordinamento comunitario*, in *Diritto pubbl. comp. eur.*, n. 1/2007, 186 ss.

8 Sull'articolo 30 della Costituzione, v. almeno E. LAMARQUE, *Art. 30*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, vol. I, Torino 2006, 622 ss.

tivi specifici nel campo della tutela dei minori stranieri. Soprattutto in caso di “tradizioni” familiari, che giungano a prevedere pratiche di sfruttamento del minore, ad esempio, di accattonaggio e elemosina, che certo non possono trovare giustificazione nell’esercizio della potestà genitoriale, ma che anzi possono semmai fondare una limitazione della stessa potestà, dove i preminenti “doveri” valgono ad individuare una “funzione” da svolgere nell’interesse dei figli.

Così, l’introduzione nel codice penale, con la legge n. 94/2009, che invece altrove pone una serie di delicate questioni per il minore straniero, dell’art. 600-*octies* relativo al reato di “Impiego di minori nell’acattonaggio”<sup>9</sup> sostanzia proprio un’esigenza di tutela, che sembra trovare fondamento giustificativo nella stessa Costituzione.

È il diritto a “mantenere, istruire ed educare i figli” funzionale all’adempimento del “dovere” e non viceversa. Ed è forte la carica applicativa, anche nel riferimento costituzionale ai figli “nati fuori del matrimonio”, di questo principio, quando riferito ai minori stranieri, talora appartenenti a culture in cui ancora non è sviluppata una eguale sensibilità di protezione.

In una società italiana più sensibile alla questione di tutela dell’infanzia, lo statuto costituzionale del minore sembra anzi costituire possibile fondamento della previsione, oggi, di interventi che potranno avere come concreti destinatari soprattutto i minori stranieri a tutela della relativa condizione e in direzione di ampliamento della protezione.

Si tratta di norme assai importanti a garanzia in particolare dei minori stranieri non accompagnati. Così, nella ipotesi di cui al secondo comma dell’articolo 30 di “casi di incapacità dei genitori”, da intendersi anche come assenza fisica o invece non volontà dei genitori, tramite intervento dei soggetti pubblici si deve comunque garantire l’adempimento dei doveri di “mantenere, istruire ed educare” i figli. Ciò costituisce, a ben vedere, forma di espressione delle azioni positive presupposte dall’articolo 3 comma 2 della Costituzione. Sarà infatti la legge a “provvede[re] a che siano assolti i loro compiti”. Nella stessa ottica, l’articolo 31 si pone come complementare, “con misure economiche e altre provvidenze”, alla tutela dello stesso minore straniero prevedendo misure concrete di aiuto dei minori.

Acquista importante rilievo per le sue implicazioni nei confronti delle famiglie migranti tutta quella giurisprudenza poi che, sulla base del prin-

9 “Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque si avvale per mendicare di una persona minore degli anni quattordici o, comunque, non imputabile, ovvero permette che tale persona, ove sottoposta alla sua autorità o affidata alla sua custodia o vigilanza, mendichi, o che altri se ne avvalga per mendicare, è punito con la reclusione fino a tre anni”.

cipio costituzionale dell' "eguaglianza morale e giuridica dei coniugi", di cui all'articolo 29, comma 2 della Costituzione, equipara padre e madre di fronte alla potestà genitoriale e nell'adempimento dei relativi doveri.

Così come fondamentali appaiono, quando riferite al minore straniero, tutte le norme che riguardano il minore quale studente, ed il suo diritto allo studio per il disposto dell'articolo 34, come si dirà *infra* a proposito di un'interpretazione costituzionalmente orientata del riferimento alle "prestazioni scolastiche obbligatorie", in normativa vigente all'indomani della legge n. 94/2009, o le norme in tema di lavoro con riferimento al minore lavoratore di cui ai commi secondo e terzo dell'articolo 37.

Emerge in Costituzione una considerazione del minore, tutelato *in primis* come soggetto debole, rispetto al quale si sottolineano non tanto i diritti dello stesso, quanto i doveri nei confronti dello stesso. Doveri che sono funzionali alla protezione di un soggetto che, nel caso del minore straniero, appare essere ancor più debole e bisognoso di protezione. Il minore in Costituzione è soggetto in posizione di debolezza che va protetto nel suo divenire. Ed è questo un cambiamento culturale, prima che politico e giuridico, che offre oggi, in tempi di mutate condizioni sociali per i minori italiani, importanti ambiti di applicazione e tutela proprio a favore dei minori stranieri.

Mantenimento, istruzione, educazione, in quello che appare un crescendo valoriale, sono espressione non solo di un dovere/diritto dei genitori, ma in sostanza di diritti fondamentali di titolarità dei minori, anche stranieri, da fare valere nei confronti dei genitori, ma anche degli apparati pubblici, nei casi più ampi di "incapacità", da non intendersi come visto in senso stretto. Ed è alla luce della qualificazione come diritti fondamentali della persona che, nelle ricostruzioni giurisprudenziali, i diritti dei minori sono individuati come riferiti anche agli stranieri, divenendo parametro di costituzionalità di tutta la legislazione di settore, a partire dalla disciplina dei ricongiungimenti familiari, certo nel bilanciamento con altri principi e interessi.

Emblematica in tal senso è la specifica condizione dei minori stranieri non accompagnati. Dalla stessa prima definizione contenuta nel D.P.C.M. 9 dicembre 1999, n. 535, sono evidenti, alla luce del quadro delineato, le implicazioni costituzionali del relativo *status*<sup>10</sup>.

10 "Per minore straniero non accompagnato presente sul territorio dello Stato, di seguito denominato 'minore presente non accompagnato' s'intende il minore non avente cittadinanza italiana o di altri Stati dell'Unione europea che, non avendo presentato domanda di asilo, si trova per qualsiasi causa nel territorio dello

Di fronte ad ogni possibile ragione di permanenza nel territorio di un minore non accompagnato sussistono, come evidente, ancor più forti le esigenze costituzionali di piena tutela<sup>11</sup>.

#### 4. *Le irragionevoli differenziazioni legislative di trattamento nella giurisprudenza costituzionale*

Si delinea una prospettiva ampia nell'ordinamento costituzionale di eguaglianza e parità di trattamento tra minore straniero e minore italiano, affermata come principio più volte nella giurisprudenza costituzionale, a più forte corollario della generale inclusione degli stranieri tra i destinatari del principio, declinato anche come diritto, di eguaglianza<sup>12</sup>.

Riconoscere i migranti ed i minori migranti tra i destinatari del principio di eguaglianza non comporta, come evidente, l'illegittimità di fissare rispetto ai cittadini ed ai minori cittadini un trattamento giuridico differenziato per i minori stranieri, o tra regolari ed irregolari, e con riferimento specifico ai minori, tra quelli facenti parte di un nucleo familiare individuato e l'esaminata assai delicata posizione dei minori stranieri non accompagnati, bisognevoli di ancora maggiore tutela.

Certo, le differenti opzioni regolatorie di disciplina in materia di stranieri e minori stranieri non sono costituzionalmente indifferenti. Il principio di eguaglianza viene riferito anche agli stranieri minori e non, sottoponendo ad uno stretto scrutinio di ragionevolezza le scelte legislative di differenziazione di trattamento degli stranieri rispetto a quanto previsto per i cittadini. La regola imposta dalla Costituzione è quella della eguaglianza tra

---

Stato privo di assistenza e rappresentanza da parte dei genitori o di altri adulti per lui legalmente responsabili in base alle leggi vigenti nell'ordinamento italiano".

- 11 Già in relazione all'accertamento dell'età. Cfr. P. CARBALLO ARMAS, *L'immigrazione irregolare. Alcune riflessioni sul minore straniero non accompagnato*, in *Immigrazione e diritti fondamentali fra Costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, a cura di G. D'Ignazio, S. Gambino, Milano 2010, p. 293.
- 12 Su stranieri ed eguaglianza, v. in particolare A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. giur.*, Roma 1994, *ad vocem*; E. CODINI, *Diversi ed eguali. Immigrazione extracomunitaria e principi giuridici di eguaglianza*, Milano, 2002; *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, a cura di C. Calvieri, Torino 2006; A. GUAZZAROTTI, *Lo straniero, i diritti, l'eguaglianza*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2009, 87 ss.; J. HABERMAS, *L'inclusione dell'altro*, Milano, 2002 (spec. parte I); A. SACCUCCI, *Il divieto di discriminazione nella Convenzione europea dei diritti umani: portata, limiti ed efficacia nel contrasto a discriminazioni razziali o etniche*, in *I diritti dell'uomo*, n. 3/2005, p. 11 ss.

minore cittadino e straniero. Anche di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo, è proprio il giudizio sulla ragionevolezza della disparità di trattamento a costituire la fondamentale modalità applicativa della clausola di non discriminazione. Il giudice dei diritti, nazionale o sovranazionale che sia, giudica la legittimità dei bilanciamenti realizzati nelle discipline legislative. I bilanciamenti per essere legittimi devono essere "ragionevoli" (rispondere ad un criterio di razionalità e di proporzionalità, di *mesotes*).

Il difetto della cittadinanza non può costituire di per sé il fondamento di una sorta di "Stato di eccezione" valevole solo per i migranti, e ancor meno per i minori migranti, stante la loro condizione di ulteriore debolezza e di rilevanza costituzionale degli interessi protetti. Anzi il diritto minorile, con la sua fondamentale, specifica *ratio* di tutela del minore come soggetto debole, prevale sulla generale disciplina dell'immigrazione<sup>13</sup>.

La stella polare di tale giurisprudenza resta il principio di eguaglianza e la sua ricostruita portata normativa estesa anche agli stranieri. La cartina di tornasole, il concreto modo di vagliare la legittimità costituzionale delle leggi, è rappresentata dal criterio e principio di ragionevolezza. È possibile prevedere ad esempio interventi demolitori della Corte ogni qualvolta il legislatore incida sul contenuto del diritto, soprattutto nel suo nucleo essenziale, senza che la condizione di assenza della cittadinanza possa essere invocata a ragionevole fondamento del trattamento discriminatorio.

La Corte così, a mero titolo esemplificativo di vasta giurisprudenza, in una sentenza additiva<sup>14</sup>, accerta l'illegittimità costituzionale della legge "nella parte in cui non estende il divieto di espulsione al marito convivente della donna in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio". La Corte ricava le rime costituzionalmente obbligate che vincolano il giudice delle leggi all'addenda normativa dallo statuto costituzionale della maternità e dell'infanzia, sottolineando: "l'esigenza di assicurare una speciale protezione alla famiglia in generale, ed ai figli minori in particolare, che hanno il diritto di essere educati all'interno del nucleo familiare per conseguire un idoneo sviluppo della loro personalità; una protezione che non può non ritenersi estesa anche agli stranieri (non potendosi ammettere in tale ambito deroghe ragionevoli) che si trovino a qualunque titolo sul territorio dello Stato perché, come questa Corte ha già più volte avuto modo di affermare, «il diritto e il dovere di mantenere, istruire ed educare i figli, e perciò di tenerli con sé, e il diritto dei genitori e dei figli minori ad

13 A. DI FRANCIA, F. DELLAGIACOMA, *I diritti dei minorenni nella giurisprudenza*, Milano 2008, 410.

14 Corte cost., sentenza 12 luglio 2000, n. 376.

una vita comune nel segno dell'unità della famiglia, sono (...) diritti fondamentali della persona che perciò spettano in via di principio anche agli stranieri» (sentenza n. 28 del 1995, richiamata anche dalla sentenza n. 203 del 1997) (...) La norma in esame, pur apprestando nella particolare materia dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri sul territorio dello Stato una tutela adeguata nei riguardi della donna incinta e di colei che ha partorito da non oltre sei mesi, *omette* tra l'altro di considerare proprio quelle ulteriori esigenze del minore e cioè il suo diritto ad essere educato, tutte le volte che ciò sia possibile, in un nucleo familiare composto da entrambi i genitori e non dalla sola madre; consentendo l'espulsione del marito convivente, come esattamente osserva il giudice rimettente (non ci sono spazi per interpretazioni adeguatrici), la norma mette oltretutto la donna straniera che si trova nel territorio dello Stato in una alternativa drammatica (che lede i rilevati diritti e principi costituzionali) tra il seguire il marito espulso all'estero e l'affrontare il parto ed i primi mesi di vita del figlio senza il sostegno del coniuge, e questo proprio nel momento in cui si va formando quel nuovo più ampio nucleo familiare che la legge, in forza degli artt. 29 e 30 Cost., deve appunto tutelare”.

Altre volte la Corte è andata a pronunciarsi sull'irragionevole differenziazione di trattamento tra cittadino e straniero, minore e non, regolare o irregolare, a seconda dei diritti in bilanciamento, “salvando” il testo, ma interpretando le disposizioni in modo da ricavare norme conformi a Costituzione.

La Consulta, in questo importante filone, pronuncia sentenze interpretative di rigetto della questione di legittimità costituzionale, ricostruendo il contenuto normativo della legge impugnata - implicitamente e necessariamente, altrimenti ravvisandone l'incostituzionalità - come esteso anche agli stranieri.

Così, in modo paradigmatico per la portata applicativa del principio espresso anche a questioni che riguardino il trattamento legislativo di minori stranieri, in una fondamentale sentenza<sup>15</sup>, in assenza di un riferimento espresso al diritto di iscrizione negli elenchi speciali degli stranieri extracomunitari invalidi e disoccupati, la Consulta ha respinto la questione di costituzionalità, evidenziando che il “ragionamento va rovesciato”, in quanto per accogliere la questione - scrive la Corte - occorrerebbe rinvenire una norma che anche implicitamente neghi agli extracomunitari, in deroga alla “piena eguaglianza”, il diritto in questione.

---

15 Corte cost., sentenza 30 dicembre 1998, n. 454.

Il principio espresso dalla Corte è assai chiaro: in mancanza di una deroga espressa il regime regolatorio ordinario non può che essere nel senso dell'equiparazione dei cittadini agli stranieri, che si trovino in analoga situazione di esigenza di tutela. E si tratta di una giurisprudenza di notevole carica applicativa, che troverà altre espressioni anche in materia di diritti dello straniero malato. Senza dimenticare il fondamento internazionale di una tutela ancor più favorevole dei minori disabili tanto da imporre la Corte in decisione più recente<sup>16</sup>: "il riesame della rilevanza della questione" per il fatto che "in data 14 giugno 2009, è entrata in vigore per l'Italia la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (...) ratificata con la legge 3 marzo 2009, n. 18: è, infatti, agevole rilevare che la pregnanza e specificità dei principi e delle disposizioni introdotti da tale Convenzione, indubbiamente si riflettono, quanto meno sul piano ermeneutico e di sistema, sulla specifica disciplina dettata in tema di indennità di frequenza, trattandosi di istituto coinvolgente i diritti di minori che, presentando – come nel caso di specie – «difficoltà persistenti a svolgere i compiti e le funzioni proprie della [loro] età», risultano perciò stesso annoverabili tra i soggetti cui la Convenzione richiamata ha inteso assicurare una normativa di favore".

Nell'individuare la *ratio* a fondamento della protezione apprestata nella legge la Corte nega la possibilità di individuare deroghe quando la *ratio* di tutela del diritto sia la stessa, ma cambi il solo soggetto titolare, lo straniero e non più il cittadino. Così con riferimento alla scelta legislativa di tutela del lavoro anche casalingo non è possibile ricavare eccezioni alla legislazione di garanzia di diritti/doveri fondamentali legati all'educazione dei figli, quando si tratti di lavoro svolto all'interno della famiglia da stranieri, rispetto a parametri offerti dal legislatore in altre scelte normative di tutela del lavoro domestico.

Scrivono la Corte in modo emblematico<sup>17</sup>: "Il diritto e il dovere di mantenere, istruire ed educare i figli, e perciò di tenerli con sé, e 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 contemplati dalla legge qui in esame. Naturalmente, questi diritti possono essere assoggettati ai limiti derivanti dalla necessità di realizzarne un corretto bilanciamento con altri valori dotati di pari tutela costituzionale, come del resto avviene nel caso di specie in cui l'esigenza del ricongiungimento familiare viene collegata alla condizione

16 Corte cost., sentenza 2 novembre 2009, n. 285.

17 Corte cost., sentenza 12 gennaio 1995, n. 28.

che lo straniero immigrato sia in grado di assicurare ai propri familiari «normali condizioni di vita»... Individuate le finalità della norma in esame, e i valori cui essa si ispira, non può ritenersi accettabile l'interpretazione che restringe i destinatari dell'istituto del ricongiungimento familiare ai soli immigrati extracomunitari titolari di lavoro subordinato, escludendone chi svolge lavoro familiare. Infatti, anche il lavoro effettuato all'interno della famiglia, per il suo valore sociale ed anche economico, può essere ricompreso, sia pure con le peculiari caratteristiche che lo contraddistinguono, nella tutela che l'art. 35 della Costituzione assicura al lavoro «in tutte le sue forme...». Il rilievo assunto dall'attività lavorativa all'interno della famiglia, non può non comportare la conseguenza che tale attività debba essere assimilata alle forme di «occupazione» che la legge qui contestata richiede per l'attivazione dell'istituto del ricongiungimento familiare. Pertanto, la disposizione impugnata, nel caso di specie, deve intendersi nel senso che anche la cittadina extracomunitaria che presti - nel nostro Paese - lavoro nella propria famiglia deve essere ricompresa nel novero dei lavoratori che hanno diritto al ricongiungimento con figli minori che risiedono all'estero”.

Gli ambiti dei ragionevoli bilanciamenti tra diritto all'unità familiare ed altri contrastanti interessi vengono riassunti dalla Corte quanto ricorda in una decisione<sup>18</sup> come essa abbia avuto già “modo di affermare che l'inviolabilità del diritto all'unità familiare è certamente invocabile e deve ricevere la più ampia tutela con riferimento alla famiglia nucleare, eventualmente in formazione e, quindi, in relazione al ricongiungimento dello straniero con il coniuge e con i figli minori; mentre, nei casi di ricongiungimento tra figli maggiorenni, ormai allontanatisi dal nucleo di origine, e genitori, il legislatore ben può bilanciare «l'interesse all'affetto» con altri interessi meritevoli di tutela, a condizione che le scelte «non risultino manifestamente irragionevoli»”.

##### *5. Alcune considerazioni conclusive sull'effettività dei diritti ed i recenti pericoli di regresso anche nella tutela dei minori stranieri*

Rispetto al ricostruito quadro di tutela dei diritti fondamentali dei minori stranieri, emerge in fatto un dato di discrasia tra titolarità dei diritti ed effettivo godimento nell'esercizio degli stessi, ben al di là dell'osservazione di ordine generale, che riguarda anche i cittadini. L'intima connessione,

---

18 Corte cost., sentenza 3 ottobre 2007, n. 335.

sul piano dell'effettività, tra titolarità del diritto e concretezza del servizio prestato, e dell'accesso allo stesso, in cui è centrale soprattutto il profilo dell' "informazione", è ancora più forte quando riferita a soggetti deboli, quali nel caso di specie, sono proprio gli stranieri soprattutto minori, semmai "non accompagnati", che maggiori resistenze hanno in ogni caso nel rivolgersi a soggetti pubblici.

Per riportare un drammatico esempio, che colpisce le bambine straniere, si potrebbe evidenziare che, di fronte a pratiche volontarie di infibulazione<sup>19</sup>, vietate in Italia dall'ordinamento penale, anche se le strutture sanitarie sono in grado di offrire oggi interventi chirurgici di deinfibulazione, a ricostituzione dell'integrità fisica e prima ancora della dignità umana della donna, la mancata richiesta di interventi da parte delle straniere, che hanno subito quella menomazione, rende, in fatto, inutile la stessa previsione dell'accesso alla prestazione sanitaria.

In tal senso, si vuole qui sottolineare come risulti davvero fondamentale l'adozione di ogni misura normativa ed amministrativa che faciliti e, in certa misura, semplifichi il concreto esercizio dei diritti degli stranieri. Mentre la previsione di oneri e modalità gravose nell'esercizio dei diritti, prospettiva che sembra costituire un fondamento della legge 94/2009, va in concreto a disincentivare il godimento degli stessi da parte di chi si trovi nella condizione di intrinseca debolezza quale normalmente quella di non cittadino, sacrificando così, in fatto, il diritto pure in astratto riconosciuto.

Ora, di recente, negli interventi legislativi dettati da ragioni di "sicurezza" nei relativi pacchetti, nella distinzione tra politica *dell'immigrazione*, diretta ad individuare le condizioni per l'ammissione e il soggiorno degli stranieri extracomunitari e che pone soprattutto l'accento, più che sul governo dei flussi migratori, sulle misure atte ad evitare che si faccia ingresso irregolare nello Stato e a disciplinare l'espulsione dello straniero, politica *per gli immigrati*, relativa all'erogazione dei servizi sociali e all'integrazione degli stranieri che sono regolari, la tendenza legislativa, forse non solo italiana, è stata progressivamente quella di porre la massima attenzione alle politiche repressive *dell'immigrazione*, alle misure limitative e repressive dell'immigrazione irregolare, e di lasciare su di un secondo piano le politiche *per gli immigrati*, come testimonia proprio di recente la legge n. 94/2009, ultimo intervento dei cosiddetti pacchetti sicurezza.

19 Sul tema v. C. LONGOBARDO, *Le mutilazioni genitali femminili*, in *La tutela dei minori di cultura islamica nell'area mediterranea. Aspetti sociali, giuridici e medici*, a cura di A. Cilardo, Napoli 2011, 117 ss.

La legge 15 luglio 2009 n. 94 presenta, rispetto alla disciplina della condizione dello straniero, elementi di tensione, nonché di accertato contrasto costituzionale, come nel caso della fattispecie aggravante di reato legata alla clandestinità.

Un primo, rilevante tema si ricollega, sul piano generale, al ricorso ampio al diritto penale nella legge del 2009 non stabilendosi previsioni particolari per i minori stranieri. Come noto, si qualifica la situazione di “ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato”, quale fattispecie *in re ipsa* di reato nonché quale circostanza aggravante, come già sancito nel decreto legge n. 92/2008.

Sull'indubbio rafforzamento del diritto penale nella disciplina dell'immigrazione irregolare, e con particolare riferimento all'introduzione della “clandestinità” come reato e anche come circostanza aggravante, senza distinzioni o deroghe espresse per il caso di minori, una prima considerazione costituzionale di scenario si imponeva e si ricollegava al principio, evidenziato da tempo in storica giurisprudenza<sup>20</sup>, secondo cui il ricorso al diritto penale è costituzionalmente illegittimo se non costituisce un'*extrema ratio* nell'ordinamento: “soltanto nell'impossibilità o nell'insufficienza dei rimedi previsti dagli altri rami è concesso al legislatore ordinario di negativamente incidere, a fini sanzionatori”. Estendere un tale ragionamento al diritto penale introdotto dalla legge n. 94/2009, specialmente alle stesse norme che introducono il reato di “ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato” e alla stessa aggravante per il minore straniero appariva possibile. In particolare, se si considera che la prevista aggravante si applica nel caso di commissione di reati da parte dello straniero illegalmente presente sul territorio senza alcuna distinzione non solo sui reati perpetrati, ma sulla stessa eventuale minore età dello straniero; condizione che sembra invece fondare ragionevolmente una fattispecie di deroga all'applicazione dell'aggravante stessa.

Ora, sull'aggravante di “clandestinità”, il giudice delle leggi è intervenuto censurando la scelta legislativa, in forza di un'incostituzionale “presunzione generale ed assoluta di maggiore pericolosità dell'immigrato irregolare” - la cui condizione diventa uno “stigma” per un trattamento penalistico peggiorativo -, in quanto “la condizione giuridica dello straniero non deve essere considerata - per quanto riguarda la tutela di tali diritti [inviolabili] - come causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi, specie nell'ambito del diritto penale, che più direttamente è connesso alle libertà fondamentali della persona”<sup>21</sup>.

20 Corte cost., sentenza 21-25 maggio 1987, n. 189.

21 Corte cost., sentenza n. 249/2010.

Purtroppo, la Corte non ha mostrato lo stesso “coraggio” di fronte alla fattispecie di reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato, in quanto considerata scelta punitiva rientrante nella discrezionalità legislativa, senza in verità valutare in modo adeguato il contrasto della fattispecie, così come configurata dal legislatore italiano, con la direttiva rimpatri che non era stata ancora recepita.

Abbiamo dunque vigente nell’ordinamento una fattispecie penale legata all’irregolarità dell’ingresso e soggiorno, pure in potenziale contrasto, si è qui ricordato, con il principio, evidenziato da tempo in storica giurisprudenza, del ricorso al diritto penale come *extrema ratio*.

Va infine considerato che dall’introduzione del reato deriva l’obbligo di denuncia da parte di pubblico ufficiale (art. 361 c.p.) o incaricato di pubblico servizio (art. 362 c.p.), che venga a conoscenza del reato di irregolarità del soggiorno, al di là dell’espressa esclusione prevista nel settore sanitario, dove resta in vigore il previgente divieto di segnalazione. Più precisamente il vigente articolo 6 comma 2 del Testo Unico sull’immigrazione, a seguito della legge n. 94, prevede che, di fronte ad uno straniero irregolare, “fatta eccezione per i provvedimenti riguardanti attività sportive e ricreative a carattere temporaneo, per quelli inerenti all’accesso alle prestazioni sanitarie di cui all’art. 35 e per quelli attinenti alle prestazioni scolastiche obbligatorie, i documenti inerenti al soggiorno di cui all’art. 5, comma 8, devono essere esibiti agli uffici della pubblica amministrazione ai fini del rilascio di licenze, autorizzazioni, iscrizioni ed altri provvedimenti di interesse dello straniero comunque denominati”.

La norma, nel combinato disposto con l’introduzione del cosiddetto “reato di clandestinità” e conseguente obbligo di denuncia, sembrerebbe avere una portata di pericolosa tensione con la tutela dei diritti costituzionali.

Ciò comporta una serie di possibili conseguenze sul piano dell’effettività dell’esercizio dei diritti, in particolare, con riferimento al diritto fondamentale all’istruzione del minore straniero o, ad esempio, per l’accesso agli atti di stato civile. In mancanza del permesso di soggiorno rischiandosi denuncia per il reato di ingresso irregolare.

La normativa precedente alla legge n. 94/2009, in maggiore aderenza allo statuto costituzionale dei diritti degli stranieri, escludeva l’obbligo di presentazione del permesso di soggiorno in generale per l’accesso ai servizi pubblici. La legge n. 94/2009 ha invece eliminato tale ampia eccezione, introducendo, con riferimento allo stesso diritto all’istruzione, una più limitata deroga, conservando l’esclusione dell’obbligo di presentare il permesso solo per “le prestazioni scolastiche obbligatorie”.

Da ciò discende la necessità di un'interpretazione costituzionalmente adeguatrice, rispettosa dei diritti costituzionali e, nel caso in esame, anche dello statuto internazionale del diritto all'istruzione, che dovrebbe andare nella direzione di intendere in senso ampio, l'espressione "prestazioni scolastiche obbligatorie", come comprendenti la stessa scuola materna e dell'infanzia e sino al completamento dell'obbligo di istruzione o formazione. Ciò, invero, a tutela del diritto costituzionale, anche oltre il conseguimento della maggiore età dello studente straniero. In tutto il tempo necessario, e per tutti i profili correlati al servizio scolastico, dovrebbe valere l'esclusione dell'obbligo di esibizione del permesso di soggiorno. Laddove si ritenga invece vigente una norma di legge che obblighi in tali ambiti, ed altri simili in cui rilevano diritti fondamentali, all'esibizione del permesso, il delineato statuto costituzionale dei diritti dei minori dovrebbe comportarne l'illegittimità.

Di fronte al rischio di incidere sul piano dell'effettività dell'esercizio di diritti costituzionali, in particolare, con riferimento al diritto fondamentale all'istruzione del minore straniero, non possono ammettersi, pur in mancanza del permesso di soggiorno, ipotesi di rischio di denuncia per il reato di ingresso irregolare, altrimenti compromettendosi il diritto all'istruzione del minore. Se, con la legge 94/2009, viene meno l'eccezione generale all'obbligo di presentare il permesso di soggiorno per l'accesso ai servizi pubblici, e quindi anche in ambito di formazione e istruzione, - prevedendo oggi la legge 94 l'esclusione dell'obbligo solo per "le prestazioni scolastiche obbligatorie" -, si pone come imposta dalla Costituzione stessa un'interpretazione costituzionalmente adeguatrice, rispettosa anche dello statuto internazionale del diritto all'istruzione, che non può che andare nella direzione di intendere in senso ampio, l'espressione "prestazioni scolastiche obbligatorie", come comprendenti la stessa scuola materna e dell'infanzia, e sino al completamento dell'obbligo (e non solo diritto) di istruzione o formazione, indipendentemente dal conseguimento della maggiore età dello studente straniero.

In tutto questo periodo, e per tutte i procedimenti correlati, al servizio scolastico, deve valere l'esclusione dell'obbligo di esibizione del permesso di soggiorno, altrimenti ponendosi un'evidente questione di costituzionalità di una tale normativa.

Resterebbe altrimenti contraddetta sul punto la rilevata prospettiva costituzionale del minore, qualificato, indipendentemente dallo *status civitatis*, come soggetto debole, di cui la Costituzione garantisce il divieto di ogni forma di discriminazione, presupponendo anzi adeguate politiche pubbliche di tutela.