

La Cassazione e i minori stranieri: un nuovo passo indietro verso una tutela a seconda della nazionalità?

di Nazzarena Zorzella (Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione)

Con la sentenza n. 5856/2010, depositata il 10 marzo, la Corte di cassazione torna sul tema della tutela del minore straniero, a pochissima distanza da due pronunce della medesima Corte di segno sostanzialmente opposto (n. 22080/2009 e n. 823/2010).

La questione riguarda l'interpretazione dell'art. 31, comma 3, del TU immigrazione d.lgs. 286/98, il quale, in deroga alle ordinarie regole per l'ingresso ed il soggiorno, consente al familiare (privo di permesso di soggiorno) del minore straniero di ottenere dal Tribunale per i minorenni una speciale autorizzazione all'ingresso o al soggiorno *“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”*. Se tale autorizzazione è accordata, la questura rilascia al genitore un permesso di soggiorno *“per assistenza minore, rinnovabile, di durata corrispondente a quella stabilita dal Tribunale per i minorenni. Il permesso di soggiorno consente di svolgere attività lavorativa ma non può essere convertito in permesso per motivi di lavoro”* (art. 29, co. 6 TU immigr.).

Il permesso di soggiorno, dunque, è di durata limitata, consente senz'altro lo svolgimento di attività lavorativa ma non può essere trasformato nello stabile titolo di soggiorno lavorativo.

Sull'interpretazione di tale norma - introdotta sin dal 1998 e modificata, da ultimo, nel 2007 - la giurisprudenza dei Tribunali minorili si è da sempre divisa tra chi ha ritenuto la speciale autorizzazione ai genitori riconoscibile solo in presenza di gravi condizioni di salute del minore straniero e chi, invece, ha cercato di qualificare i “gravi motivi” con l'insieme delle condizioni necessarie al complessivo ed equilibrato sviluppo psicofisico del minore, non necessariamente circoscritto dunque alla salute ma valutando, caso per caso, la “gravità” del pregiudizio per il minore in caso di allontanamento o di assenza del genitore.

Su tale questione la Corte di cassazione è intervenuta sin dall'inizio aderendo al filone sostanzialmente restrittivo, privilegiando le sole condizioni di salute del minore straniero ai fini del riconoscimento della speciale autorizzazione ai genitori, con grande attenzione posta più che al “superiore interesse del fanciullo” (principio di natura convenzionale ed internazionale e dunque a valenza costituzionale, ex art. 10 Cost.) all'esigenza di salvaguardare le frontiere da una immigrazione non regolamentata, ed evitando possibili strumentalizzazioni della norma.

Orientamento che, tuttavia, è stato in gran parte ridimensionato dalla sentenza n. 22216 del 2006, con cui le Sezioni unite della Cassazione hanno cominciato ad abbandonare le (prevalenti) preoccupazioni di difesa delle frontiere per dare maggior rilievo al “superiore interesse del fanciullo”, distinguendo la posizione del genitore che deve ancora fare ingresso in Italia per assistere il minore già qui presente (nel quale caso maggiore deve essere, secondo la Corte, il rigore valutativo della gravità dei motivi che possono consentire l'ingresso in deroga), da quella del/dei genitore/i già presenti in Italia, situazione nella quale la gravità dei motivi non deve necessariamente

essere eccezionale ma va valutata rispetto al pregiudizio, attuale ma anche futuro, sul minore dovuto all'allontanamento del genitore con cui ha già convissuto (ciò che sostanzialmente esclude la limitazione alle sole condizioni di salute).

Indubbiamente con la sentenza 22216/2006 la Corte di cassazione ha mostrato di ricondurre l'interpretazione della norma nell'alveo dei principi, giurisprudenziali ma anche internazionali, consolidati in materia di "*superiore interesse del fanciullo*" che, secondo le previsioni della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989 (ratificata in Italia con legge 176/91) deve permeare "*con carattere di priorità*" ogni decisione, sia dell'autorità giudiziaria che di quella amministrativa, che riguardi un minore, a prescindere dalla sua nazionalità, così come dalle sue condizioni sociali, economiche, religiose, ecc., ovverosia senza discriminazione alcuna.

In epoca più recente, con due importantissime pronunce di fine 2009 e inizio 2010 (n. 22080 del 2009 e n. 823 del 2010) la Corte di cassazione ha proseguito nel solco già tracciato dalle Sezioni Unite nel 2006 ma con due importanti innovazioni: da un lato ha rafforzato la lettura dell'art. 31, comma 3 del TU immigrazione con il significativo richiamo ai principi costituzionali già presenti nella tradizione giurisprudenziale italiana, applicabili anche al minore straniero, senza eccezione alcuna; dall'altro, invertendo completamente la logica interpretativa del passato, ha chiarito l'esatta portata dell'art. 31, comma 3 del TU immigrazione, precisando che *eccezionale* è il modo di acquisizione del permesso di soggiorno attraverso la speciale autorizzazione del Tribunale per i minorenni, ma l'eccezionalità non qualifica certo la "gravità dei motivi" connessi allo sviluppo psicofisico del minore, che dunque possono non essere affatto eccezionali e vanno verificati e valutati caso per caso dal giudice minorile. In tal modo, secondo la Corte di cassazione l'allontanamento del genitore da un minore straniero, sol perché privo di titolo di soggiorno, può costituire in sé un sicuro danno "*che può porre in serio pericolo uno sviluppo psicofisico armonico e compiuto*" (sent. 22080/09).

Entrambe le pronunce, peraltro, si sono fatte carico anche delle preoccupazioni, esplicitate nelle precedenti decisioni, del rischio di strumentalizzazione dell'art. 31 da parte di genitori stranieri che tenterebbero di regolarizzarsi "attraverso l'infanzia", in spregio alla normativa sull'immigrazione, evidenziando l'inutilità di tale preoccupazione in quanto l'art. 31 del TU immigrazione non consente affatto una duratura regolarizzazione, ma prevede una durata limitata dei titoli di soggiorno, oltre ad escludere che possano essere trasformati in permessi di soggiorno stabili per lavoro.

Ciò nonostante, con la sentenza n. 5856 del 10 marzo 2010 la Corte di cassazione fa un clamoroso quanto ingiustificato passo indietro e sembra permeata, forse inconsapevolmente, del clima di sospetto nei confronti degli immigrati, evocando nuovamente la preoccupazione di strumentalizzazione dell'infanzia e così richiamando quel bilanciamento tra le esigenze dello Stato di salvaguardare le proprie frontiere e il diritto del minore ad avere un equilibrato e positivo sviluppo psicofisico ma ritenendo prevalente questo ultimo solo se sorretto da ragioni eccezionali.

Pur escludendo che i "gravi motivi" connessi allo sviluppo psicofisico del minore, richiesti per il riconoscimento della speciale autorizzazione all'ingresso o al soggiorno dei genitori, possano esaurirsi in uno stato di malattia del minore, tuttavia la Corte torna al "vecchio" schema

interpretativo secondo cui quei “gravi motivi” devono essere eccezionali, dimenticando che quella qualificazione (di eccezionalità) non è contenuta nel testo dell’art. 31 TU immigrazione e così confondendo la gravità con l’eccezionalità!

Uno dei passaggi fondamentali della pronuncia riguarda quella che, secondo la Corte, è la volontà del legislatore di subordinare “*la necessità di garantire al minore che il suo progetto educativo, formativo e scolastico, si realizzi con l’assistenza del genitore al più generale interesse della tutela delle frontiere*”, laddove l’interesse del minore può prevalere solo se “*assuma carattere di emergenza, non necessariamente correlata a condizioni di salute e sia altresì contingente ed eccezionale, dunque non abbia tendenziale stabilità*” (pag. 6 sentenza).

L’interesse del minore straniero, dunque, deve essere declinato, secondo la Cassazione, in termini di emergenza, eccezionalità e temporaneità, per potere prevalere sull’esigenza statale di difesa dei confini nazionali. Minori stranieri contro l’invasione migratoria.

Con la sentenza 5856 del 2010 la Corte torna a spostare l’attenzione dal “superiore interesse del fanciullo” - e dunque dal pregiudizio derivante al minore straniero dall’assenza dei genitori o anche solo di un genitore – ai *motivi* della permanenza sua e dei genitori in Italia, preoccupandosi più di delimitare tali motivi anziché indagare, caso per caso, se e quando il minore subisca un grave pregiudizio a causa dell’allontanamento del genitore dall’Italia (o anche suo, nel caso debba seguire il genitore espulso).

Così facendo, tuttavia, la Cassazione offre un criterio interpretativo del tutto nuovo e non conforme a quanto richiesto dalla Convenzione di New York del 1989 (diventata legge in Italia e dunque facente parte a pieno titolo dell’ordinamento giuridico), né dall’art. 28, co. 3 TU 286/98, disposizioni che lungi dal qualificare in termini emergenziali od eccezionali quel “*superiore interesse del fanciullo*” pretendono che tutte le autorità, giurisdizionali ed amministrative, lo assumano quale criterio valutativo “*con carattere di priorità*”. Ma qualificare un bene in termini di priorità significa che esso è di per sé ritenuto prevalente su altri beni (sulla difesa di altri beni), i quali ultimi potranno prevalere solo se eccezionali (questi sì) e pertanto di interesse pubblico superiore quanto a motivazioni ed esigenze.

In altri termini, quello che la Convenzione di New York del 1989 e lo stesso TU immigrazione impongono è un ragionamento radicalmente opposto a quello svolto oggi dalla Corte di cassazione, che mette invece sullo stesso piano interessi e diritti diversi, finendo per confinare nella eccezionalità il superiore interesse del fanciullo.

Un ulteriore aspetto di grave preoccupazione della sentenza n. 5856/2010 è dato dal fatto che la Cassazione non tenta neppure di dirci, nemmeno a titolo esemplificativo, quali siano le situazioni con carattere di emergenza, contingenti ed eccezionali e dunque non stabili, necessarie per accordare al genitore del minore straniero la speciale autorizzazione a rimanere (o ad entrare) in Italia. La Corte, infatti, si limita a parlare di situazioni (del minore) caratterizzate da “*non stabilità*”, così escludendo semplicisticamente che il percorso educativo scolastico, o meglio la sua perdita, rientri tra i gravi motivi pregiudizievoli per il minore, essendo un progetto ordinario, stabile e normale!

La sentenza è troppo preoccupata a cercare di impedire (politicamente?) l’utilizzazione di questa eccezionale (perché derogatoria) modalità di acquisizione temporanea del permesso di soggiorno per

rendersi conto del clamoroso errore giuridico in cui è incorsa, confondendo l'ordinarietà del percorso e/o del progetto educativo/scolastico - che in Italia è e deve essere "ordinario", cioè *normalmente* accessibile per tutti i minori, senza distinzione di nazionalità, nel rispetto di un ben preciso precetto costituzionale (art. 34 Cost.: *La scuola è aperta a tutti*) – con la gravità dei motivi che, incidendo sullo sviluppo psicofisico del minore straniero, possono legittimare una autorizzazione straordinaria al genitore nell'interesse del proprio figlio.

Così facendo la Cassazione esclude che la necessità di conservare e garantire quel progetto educativo scolastico, che dovrebbe essere costituzionalmente *ordinario e stabile* anche per il minore straniero, sia di per sé sufficiente per evitare quel grave pregiudizio al suo sviluppo psicofisico, così da consentire la permanenza del/dei genitore/e in Italia.

Ma esclude pure che per un minore straniero possa esistere un diritto pari a quello di un minore italiano di partecipare alle medesime opportunità educative e scolastiche, cioè di avere le stesse possibilità di crescita, perché quel diritto può sparire per la semplice mancanza di un documento di soggiorno e può venir meno per la difesa dei confini nazionali.

Un brutto arresto della Corte di cassazione, che peraltro non affronta effettivamente nessuna delle argomentazioni giuridiche ben esplicitate nelle precedenti e recentissime due sentenze di segno opposto, limitandosi a liquidarle in poche righe con la definizione di superficialità e parzialità, come se considerare il "solo" "superiore interesse del minore" e declinarlo alla luce del catalogo dei diritti costituzionali del minore, significhi effettuare una analisi parziale ed incompleta!

Invero, ciò che correttamente le due precedenti pronunce hanno fatto è stato di ripercorrere i principi costituzionali ed internazionali in materia di effettività della tutela del minore, di diritto a vivere con entrambi i genitori, di diritto alla non discriminazione, di diritto alla protezione ed al rispetto della dignità umana; in altri termini "*richiamando una trama di principi costituzionali in tema di diritti dei minori elaborata già nel corso degli anni '70 dello scorso secolo*" le sentenze 22080/2009 e 823/2010 hanno esplicitato quel "*catalogo dei diritti dei minori tracciato nel riferimento iniziale agli artt. 30, 31, 34 e 37 Cost., letti alla luce degli artt. 2 e 3, menzionati per ricordare che «il riferimento alla personalità e al suo sviluppo» se vale per tutti i cittadini, o meglio per tutti gli individui, ancora di più acquista senso se riferita «al fanciullo, per il quale lo sviluppo della personalità costituisce un dato fisiologico»*" (C. Cottatelucci e L. Villa, *Una sentenza che viene da lontano: la Corte di cassazione conferma l'applicazione dell'art. 31 co. 3 per tutelare nella sua integrità lo sviluppo psico-fisico dei minori stranieri*, in corso di pubblicazione nella rivista *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, Franco Angeli editore, n. 1/2010, pagg. 109 e ss.)

Principi costituzionali e intangibilità dei diritti dei minori, qualunque sia la loro nazionalità, che ci auguriamo continuo ad essere la traccia delle future decisioni dei giudici minorili, nonostante e a prescindere dalla sentenza 5856/2010.