

La violazione del diritto all'unità familiare dei minori stranieri non accompagnati: quali le possibili soluzioni nel diritto interazionale privato?

di

Chiara Di Stasio*

SOMMARIO: 1. Lo *status* giuridico dei minori stranieri non accompagnati (MSNA) fra diritto internazionale, interno ed europeo. – 2. Il principio del superiore interesse del minore quale “filo rosso” nell’adozione di misure a tutela dei MSNA. – 3. Il diritto all’unità familiare dei MSNA alla luce del diritto internazionale, europeo e nazionale. – 4. Recenti casi di diniego del ricongiungimento familiare da parte di alcuni Stati membri nei confronti dei MSNA richiedenti asilo in violazione del regolamento “Dublino III”. – 5. Il possibile concorso fra diritto migratorio e diritto internazionale privato nella tutela del diritto all’unità familiare dei MSNA richiedenti asilo. – 6. Le possibili soluzioni “alternative” e “suppletive” offerte dal regolamento UE n. 1111/2019 c.d. “Bruxelles II-ter” in caso di diniego al ricongiungimento familiare previsto dal regolamento “Dublino III”. – 7. La negazione dell’unità familiare ai MSNA non richiedenti asilo e le soluzioni possibili offerte dal regolamento “Bruxelles II-ter”.

1. Lo *status* giuridico dei minori stranieri non accompagnati (MSNA) fra diritto internazionale, interno ed europeo.

L’aumento dei flussi migratori si è contraddistinto, negli ultimi anni, per un numero in crescita costante di bambini e adolescenti che, al seguito o meno della propria famiglia, hanno intrapreso le rotte migratorie al fine di raggiungere uno degli Stati membri dell’Unione europea. L’Italia rappresenta, ad oggi, il Paese europeo che accoglie il maggior numero di questi minori, anche se i dati relativi alle effettive presenze sul territorio nazionale risultano ampiamente sottostimati, a causa della “scomparsa” dai centri di accoglienza di molti di loro, in fuga verso

* Ricercatrice di Diritto internazionale, Università degli Studi di Brescia, Dipartimento di giurisprudenza.

altri Paesi europei per ricongiungersi più agevolmente con i parenti ivi presenti o alla ricerca di condizioni di vita migliori¹.

Da un punto vista giuridico, in tutti questi casi, si parla di “minore straniero non accompagnato (MSNA)”, volendosi con tale espressione indicare, in forza della definizione contenuta dell’art. 2 della legge 7 aprile 2017 n. 47² c.d. “legge Zampa”: “il minore non avente cittadinanza italiana o dell’Unione europea che si trova per qualsiasi causa nel territorio dello Stato o che è altrimenti sottoposto alla giurisdizione italiana, privo di assistenza e di rappresentanza da parte dei genitori o di altri adulti per lui legalmente responsabili in base alle leggi vigenti nell’ordinamento italiano”. La legge italiana c.d. “Zampa”, che prende il nome della senatrice prima firmataria, ha introdotto significative modifiche al d. l. n. 142/2015, c.d. “decreto accoglienza”³, a sua volta attuativo della direttiva UE n.

¹Nel triennio 2014-2017 sono giunti in Italia 433.000 minori. Alla data del 31 dicembre 2019 risultavano censiti 6.054 minori stranieri non accompagnati (MSNA) dei quali l’86,7% tra i 16 e i 17 anni di età. I dati sulla presenza dei MSNA sul territorio italiano vengono raccolti periodicamente dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali – Direzione Generale dell’Immigrazione e delle politiche di integrazione -Divisione II. Tali dati sono pubblicati, a cadenza bimestrale, all’interno di *report* sul seguente sito <https://www.lavoro.gov.it/temi-e-priorita/immigrazione/focus-on/minori-stranieri/Documents/Report-MSNA-mese-dicembre-2019.pdf>.

²Cfr. legge 7 aprile 2017, n. 47, “Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati”, in *GU*, Serie Generale n. 93, del 21.4.2017, entrata in vigore il 06.05.2017.

³Il decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142, “Attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all’accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale,” in *GU* Serie Generale n. 214, del 15.9.2015, (c.d. “decreto accoglienza”) ha recepito la direttiva UE n. 33/2013 c.d. “direttiva accoglienza” [direttiva UE n. 33/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 recante norme relative all’accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione), in *GUUE* L 180/2013, pp. 96 ss.]. Il c.d. “decreto accoglienza” (d.lgs. n. 142/2015) è stato modificato ed integrato più volte, dapprima, ad opera del decreto legge 17 febbraio 2017, n. 13 (“Disposizioni urgenti per l’accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell’immigrazione illegale”, in *GU* n. 90, del 18.4.2017 insieme alla legge di conversione 13 aprile 2017, in *GU* n. 46, del 18.4.2017) che ha previsto alcuni interventi urgenti in materia di immigrazione, successivamente, con la legge 47/2017 relativa ai minori stranieri non accompagnati (c.d. “legge Zampa”). Nell’attuale legislatura, il decreto legge 4 ottobre 2018, n. 113, “Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell’interno e l’organizzazione e il funzionamento dell’Agenzia nazionale per l’amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e

33/2013, ed oggi rappresenta, nel panorama europeo, la disciplina più evoluta e più garantista dei diritti dei MSNA, grazie alla previsione di avanzate misure di sostegno e di supporto. Le caratteristiche che emergono dalla definizione di MSNA contenuta nella legge “Zampa” sono: a) la minore età (che in Italia è per chi è inferiore degli anni diciotto); b) l’assenza di assistenza e rappresentanza da parte di genitori o di altri adulti per lui responsabili; c) la presenza sul territorio dello Stato; d) una cittadinanza diversa da quella italiana od europea. In quest’ ultimo caso, è bene precisare che queste norme non si applicano ai minori apolidi, in quanto essi sono considerati automaticamente cittadini italiani⁴. Tale definizione ricalca quella prevista nella disciplina dell’Unione europea, in particolare nella direttiva c.d. “ricongiungimento familiare”⁵, la quale, tuttavia, aggiunge anche l’ipotesi del minore che sia stato abbandonato dopo essere entrato sul territorio europeo. Sulla definizione in esame è intervenuta una recente ordinanza, la n. 9199, depositata il 3 aprile 2019 dalla Corte di Cassazione⁶ la quale ne ha anche chiarito i rapporti con l’omologa, contenuta nell’ordinamento dell’Unione europea. In particolare, la Corte, chiamata a stabilire se la competenza nel caso concreto fosse del tribunale per i minorenni⁷, ha colto l’occasione per precisare i requisiti

confiscati alla criminalità organizzata, in GU Serie Generale n. 231, del 04.10.2018, (c.d. “decreto immigrazione e accoglienza”) ha introdotto ulteriori modifiche, che riformano in parte l'impianto complessivo del sistema.

⁴Cfr. art. 1, co. 1, lett. b) della legge 5 febbraio 1992, n. 91, in GU n. 3 del 15.2.1992, che recita: “È cittadino per nascita: [...] b) chi è nato nel territorio della Repubblica se entrambi i genitori sono ignoti o apolidi, ovvero se il figlio non segue la cittadinanza dei genitori secondo la legge dello Stato al quale questi appartengono” e ancora di più per il comma 2 dell’articolo citato che recita: “È considerato cittadino per nascita il figlio di ignoti trovato nel territorio della Repubblica, se non venga provato il possesso di altra cittadinanza”.

⁵Cfr. art. 2, lett. f), direttiva CE n. 86/2003 del Consiglio del 22 settembre 2003 relativa al diritto al ricongiungimento familiare, in GUUE, L 251, pp. 12 ss. Cfr., V. DI COMITE, *Ricongiungimento familiare e diritto di soggiorno dei familiari di cittadini dell’Unione alla luce del superiore interesse al minore*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2018, n. 1, pp. 165-178; C. BERNERI, *Family reunification in the Eu*, Oxford, Bloomsbury, 2017.

⁶Pubblicata integralmente all’indirizzo <https://www.apfavvocati.it/media/4651556704190.pdf>.

⁷A sollevare il conflitto di competenza è stato il Tribunale di Torino chiamato ad occuparsi della domanda di un cittadino albanese che chiedeva la tutela del fratello minore, il quale si era allontanato dal proprio Paese di origine, con il consenso dei genitori, per andare a vivere con il fratello in Italia. Il giudice tutelare del tribunale di Novara aveva trasmesso gli atti al Tribunale per i minorenni di Torino per la nomina del tutore secondo il

necessari per qualificare un minore straniero non accompagnato nel nostro ordinamento. In particolare, la Corte ha chiarito che pur essendo necessario utilizzare la direttiva UE n. 33/2013 (recepita in Italia con d.lgs. n. 142/2015) e la direttiva UE n. 95/2011 (recepita con d.lgs. n. 18/2014), al fine di applicare gli strumenti di tutela previsti dall'ordinamento italiano, il minore straniero non accompagnato deve essere privo di assistenza e di rappresentanza da parte dei genitori e di altri adulti legalmente responsabili, in base a quanto disposto all'articolo 2 della legge "Zampa". L'uso della congiunzione "e" – osserva la Corte – "indica la necessaria concorrenza di entrambe le condizioni: la prima, relativa al profilo dell'assistenza materiale, intesa come assenza di soggetti che abbiano la cura, la custodia e assicurino il benessere del minore; la seconda, relativa al profilo della rappresentanza legale, intesa come assenza di soggetti che rappresentino il minore e per questo siano formalmente responsabili". Tali condizioni si ricavano anche dalla direttiva UE n. 33/2013 e dalla direttiva UE n. 95/2011 che, proprio per garantire l'interesse superiore del minore, considerano centrale l'assistenza e la rappresentanza legale sul territorio. Di conseguenza, considerando che la rappresentanza legale è quella prevista secondo l'ordinamento italiano, essa è attribuita ai soli genitori che non possono delegarla "in forma privatistica ad altri soggetti"⁸.

Va, inoltre, rilevato che l'onnicomprensiva definizione contenuta nell'art. 2 della legge "Zampa" ha segnato il superamento dell'originale distinzione, operata a livello internazionale, in particolare nel Commento Generale del 3 giugno 2005 del Comitato ONU sui diritti dell'infanzia⁹, tra "minori non accompagnati", ossia

d.lgs. n. 220/2017, considerando il minore come straniero non accompagnato. Secondo il tribunale per i minorenni, la qualificazione come minore straniero non accompagnato, in questa situazione, non è stata corretta perché, ad avviso del Tribunale, il minore non era privo di assistenza e, così, ha sollevato il regolamento di competenza.

⁸ Nel caso specifico, la Corte ha quindi riconosciuto la qualifica di minore straniero non accompagnato al minore assistito da un fratello con dimora in Italia.

⁹ La parte seconda della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, (*Convention on the Rights of the Child*, approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con risoluzione n. 44/25 del 20 novembre 1989, entrata in vigore il 2 settembre del 1990 e ratificata dall'Italia il 27 maggio 1991 con la legge n. 176) ha istituito il Comitato sui diritti dell'infanzia (*Committee on the rights of the child*). Il Comitato è l'organismo che

separati dai genitori o da altri parenti e privi delle cure di un adulto che per legge o consuetudine ne abbia la responsabilità, e “minori separati dalla loro famiglia”, ovvero i bambini separati da entrambi i genitori o dagli adulti che per legge o consuetudine si siano presi cura di loro, ma non necessariamente da altri parenti. Le cause che possono aver determinato lo stato di “abbandono” sono diverse: tali minori possono essere fuggiti, essere stati rapiti, essere rimasti orfani o essere stati inviati dalla propria famiglia, da soli oppure insieme ad un gruppo, verso Paesi europei nella speranza di assicurar loro un futuro migliore. Possono, infine, essere fuggiti da un arruolamento militare o essere stati abbandonati dai genitori durante il viaggio verso il Paese di destinazione. Situazioni così variegata impongono, quindi, di preferire una definizione maggiormente inclusiva, che sia in grado di contemplare tutte le situazioni possibili, rammentando che i minori potrebbero essere fisicamente accompagnati da qualcuno che però, per qualsiasi motivo, non è in grado o non può o non è disponibile a prendersi cura di lui¹⁰. L'immediata identificazione di minore non accompagnato consente, quindi, una più tempestiva ricerca dei genitori o di altri membri della famiglia che possano prendersene cura.

La particolare vulnerabilità dei MSNA determinata dalla minore età, dall'assenza di un adulto responsabile, dalla condizione di migrante rappresentano una priorità, in termini di tutela, in tutte le tappe del processo

controlla se e in quale misura gli Stati rispettano i loro obblighi nascritti della Convenzione. Al fine di monitorarne il rispetto, gli Stati parte devono presentare relazioni al Comitato, inizialmente due anni dopo l'adesione e, successivamente, ogni cinque anni, descrivendo quali progressi e quali problemi sono sorti in relazione alla sua applicazione. Oltre al rapporto governativo, il Comitato riceve informazioni sulla situazione dei diritti umani di un Paese da altre fonti, comprese Organizzazioni Non Governative, Agenzie delle Nazioni Unite, altre organizzazioni intergovernative, istituzioni accademiche e stampa. Alla luce di tutte le informazioni disponibili, il Comitato, unitamente ai rappresentanti governativi, redige una relazione e pubblica le raccomandazioni, definite “osservazioni conclusive”.

¹⁰ Cfr., al riguardo, la definizione dell'Alto Commissariato dell'ONU per i rifugiati (*UN High Commissioner for Refugees* – UNHCR (sulle cui funzioni si rinvia *ultra*, nota 14), contenuta nelle *Guidelines on Policies and Procedures in Dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum*, February 1997, in cui si legge: “An unaccompanied child is a person who is under the age of eighteen, unless, under the law applicable to the child, majority is, attained earlier and who is separated from both parents and is not being cared for by an adult who by law or custom has responsibility to do so”. Le *Guidelines* sono disponibili all'indirizzo <https://www.unhcr.org/publications/legal/3d4f91cf4/guidelines-policies-procedures-dealing-unaccompanied-children-seeking-asylum.html>.

migratorio. Ciò ha comportato il progressivo configurarsi di una disciplina multilivello e una stratificazione di norme che vanno dal piano internazionale a quello europeo fino a quello nazionale¹¹, che non sempre appaiono organiche e complete, trattandosi per la maggior parte di discipline di tipo settoriale.

A livello internazionale va, infatti, premesso che non esiste uno strumento specificamente rivolto ai MSNA, ma trovano applicazione, nei suoi riguardi, tutte le disposizioni e i principi che hanno come oggetto di tutela il minore in generale. In particolare, il MSNA è destinatario dei principi enucleati nella Convenzione di New York del 1989 sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza¹² e nella Convenzione dell'Aja del 1961 sulla competenza dell'autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione di minori¹³. Inoltre, un ruolo importante nella protezione internazionale dei MSNA è rappresentato dalle due linee guida dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati¹⁴ riguardanti, la prima, le politiche e le procedure nel trattamento dei minori non accompagnati richiedenti

¹¹Cfr. J.-Y. CARLIER, J. SAROLEA, *Droit des étrangers*, Larcier, 2016; L. CARPANETO, *Cross-border placement of children in the European Union*, Study for JURI Committee, May 2016, consultabile in [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556945/IPOL_STU\(2016\)556945_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556945/IPOL_STU(2016)556945_EN.pdf); C. COSTELLO, *The Human Rights of Migrants and Refugees in Europea Law*, Oxford University Press, 2015; R. PALLADINO, *La protezione dello straniero minore non accompagnato nel costruendo sistema comune europeo di asilo*, in C. FRATEA, I. QUADRANTI (a cura di), *Minori e immigrazione: quali diritti?*, Napoli, 2015, pp. 89-112; A. MARTONE, *Il trattamento dei minori stranieri non accompagnati tra disposizioni europee e normativa nazionale*, in G. CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Torino, 2014; C. CAMPIGLIO, *Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato*, in *Riv. Dir. Int.*, 2011, pp. 1029-1064; J.Y. CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés de la protection aux droits*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law 2007*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, Tome 332, 2007, pp. 9-354.

¹²Cfr., *Convention of New York on the Rights of the Child*, cit. *supra* nota 6.

¹³Cfr., *Hague Convention Concerning the Powers of Authorities and the Law Applicable in Respect of the Protection of Infants*, 5 October 1961, entrata in vigore il 4.2.1969, disponibile all'indirizzo <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=39>.

¹⁴ L'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (*United Nations High Commissioner for Refugees* - UNHCR) è l'agenzia delle Nazioni Unite specializzata nella gestione dei rifugiati; fornisce loro assistenza e persegue soluzioni durevoli per la loro drammatica condizione. È stata creata il 14 dicembre 1950 dall'Assemblea Generale dell'ONU ed ha iniziato ad operare dal 1° gennaio del 1951. L'attuale Alto Commissario delle Nazioni Unite per i rifugiati è Filippo Grandi.

asilo (1997)¹⁵ e, la seconda, la determinazione del miglior interesse del fanciullo (2008)¹⁶. Rilevano, altresì, i Commenti Generali sulla Convenzione di New York del 1989 pubblicati dal Comitato ONU per i diritti dell'infanzia¹⁷, in particolare il commento n. 6 riguardante il trattamento dei minori stranieri non accompagnati e separati fuori dal loro Paese di origine (2005)¹⁸.

In reazione, poi, alla specifica situazione dei MSNA che siano anche richiedenti protezione internazionale, gli Stati parte sono tenuti ad assicurare il pieno rispetto del principio di *non-refoulement* secondo quanto stabilito dall'art. 33 della Convenzione relativa alla *status* di rifugiato (1951)¹⁹ e dall'art. 3 della Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti (1984)²⁰ i quali proibiscono espressamente l'espulsione ed il rimpatrio dei minori verso Stati in cui sarebbero a rischio di torture, restrizioni della libertà, trattamenti inumani e degradanti, o dove la loro vita o libertà sarebbero minacciate²¹. C'è poi da

¹⁵Cfr. UNHCR, *The Guidelines on Policies and Procedures in Dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum*, cit. *supra* nota 7.

¹⁶UNHCR, *Guidelines on Determining the Best Interests of the Child*, May 2008, disponibili all'indirizzo <https://www.unhcr.org/4566b16b2.pdf>.

¹⁷Per approfondimenti sulle funzioni del *Committee on the rights of the child* si rinvia *supra*, nota 6.

¹⁸ Cfr., *General Comment No. 6, Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside their Country of Origin*, adottato dal Comitato Onu sui diritti dell'infanzia nella sua 39ma sessione (17 maggio-3 giugno 2005), U.N. Doc. CRC/GC/2005/6.

¹⁹Cfr., *The 1951 Convention relating to the Status of Refugees*, adottata a Ginevra il 28 luglio 1951, disponibile all'indirizzo <https://www.unhcr.org/3b66c2aa10>. L'art. 33 recita: "1. No Contracting State shall expel or return ("refouler") a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion".

²⁰Cfr., *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* adottata con risoluzione n. 39/46 dell'Assemblea Generale dell'ONU, il 10 dicembre 1984 ed entrata in vigore il 26 giugno 1987; l'art. 3 recita: "1. No State Party shall expel, return ("refouler") or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture. 2. For the purpose of determining whether there are such grounds, the competent authorities shall take into account all relevant considerations including, where applicable, the existence in the State concerned of a consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights."

²¹Cfr. A. CRESCENZI, *Unaccompanied Minors in International Law*, in R. ROSSKOPF (ed.) *Unaccompanied Minors in International, European and National Law*, BWV - BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG, Berlino, 2016, pp. 28-37.

considerare la situazione dei minori che siano anche vittime di tratta²². Secondo la Convenzione di Varsavia²³ del Consiglio d'Europa del 2005 la "tratta di esseri umani" integra un comportamento di tipo coercitivo al fine dello sfruttamento, principalmente di tipo sessuale, come la prostituzione. Il Protocollo di Palermo del 2000 contro la criminalità organizzata transnazionale²⁴ specifica che, nel caso in cui sia coinvolto un minore, egli è considerato vittima di tratta anche se non

²²Cfr. *Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, adottato a Palermo il 12 dicembre 2000, entrato in vigore il 28 gennaio 2004, disponibile all'indirizzo https://www.unodc.org/documents/middleeastandnorthafrica/smuggling-migrants/SoM_Protocol_English.pdf. Il Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la Criminalità organizzata transnazionale contro il traffico di migranti via terra, via mare e via aria completa la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale. È indicato anche come il "Protocollo sul contrabbando". Si tratta di uno dei tre Protocolli di Palermo (gli altri due sono il Protocollo delle Nazioni Unite sulla prevenzione, soppressione e persecuzione del traffico di esseri umani, in particolar modo donne e bambini e il Protocollo contro la fabbricazione e il traffico illeciti di armi da fuoco, loro parti e componenti e munizioni). Esso è finalizzato alla tutela dei diritti dei migranti e alla riduzione del potere e dell'influenza dei gruppi criminali organizzati che abusano dei migranti. Si enfatizza la necessità di fornire ai migranti un trattamento umano e la necessità di un approccio internazionale globale per la lotta contro il contrabbando di persone, comprese le misure socio-economiche per affrontare le cause della migrazione. L'art. 3, lett. a) fornisce una definizione di traffico di esseri umani: «"Smuggling of migrants" shall mean the procurement, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit, of the illegal entry of a person into a State Party of which the person is not a national or a permanent resident».

²³Cfr. la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani, adottata a Varsavia il 16 maggio 2005, disponibile all'indirizzo <https://www.coe.int/it/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/197>. Essa è stata ratificata dall'Italia con legge 2 luglio 2010, n. 108, in GU n.163 del 15.7.2010. In particolare all'art. 4, lett. a) si legge: «L'espressione "tratta di esseri umani" indica il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, l'alloggio o l'accoglienza di persone, con la minaccia dell'uso o con l'uso stesso della forza o di altre forme di coercizione, con il rapimento, con la frode, con l'inganno, con l'abuso di autorità o della condizione di vulnerabilità o con l'offerta o l'accettazione di pagamenti o vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra, a fini di sfruttamento. Lo sfruttamento comprende, come minimo, lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro o i servizi forzati, la schiavitù o pratiche simili alla schiavitù, la servitù o l'espianto di organi».

²⁴Cfr. *Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, Palermo 2000, adottato con risoluzione n. 55/25 dell'Assemblea Generale dell'ONU il 15 novembre 2000, disponibile all'indirizzo <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/protocoltraffickinginpersons.aspx>.

L'art. 3, lett. c) prevede: "The recruitment, transportation, transfer, harboring or receipt of a child for the purpose of exploitation shall be considered "trafficking in persons" even if this does not involve any of the means set forth in subparagraph (a) of this article".

destinatario di alcun intento di sfruttamento: questa precisazione ha il pregio di innalzare il livello di protezione nei suoi confronti.

A livello dell'Unione europea, il MSNA è destinatario di disposizioni più specifiche che sono contenute nel c.d. "pacchetto asilo di seconda generazione"²⁵, senza tuttavia prevedersi, anche in questo caso, un *corpus* organico di norme ad esso espressamente indirizzato. In particolare, sono gli strumenti relativi al diritto di asilo che prendono in considerazione in maniera specifica i MSNA, ovvero le direttive "accoglienza", "procedure", "qualifiche" e i regolamenti c.d. "Dublino III"²⁶ ed "Eurodac"²⁷. In secondo luogo, si occupano di MSNA anche la direttiva

²⁵Il primo pacchetto c.d. "pacchetto asilo di prima generazione" comprendente la c.d. "direttiva qualifiche" n. 83/2004, la c.d. "direttiva procedure" n. 85/2005, la "direttiva accoglienza" n. 9/2003 e il regolamento Dublino II, è stato già modificato e sono stati adottati quattro nuovi strumenti legislativi. Del nuovo pacchetto asilo, creato per gettare la basi di un "Sistema Europeo Comune di Asilo" (SECA), oggi fa parte la nuova "direttiva qualifiche" che ha visto la luce nel 2011 [direttiva UE n. 95/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno *status* uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta (rifusione), in GUUE L 337/2011, pp. 9 ss.]. Tale direttiva è stata attuata con d.lgs. del 21 febbraio 2014, n. 18. In data 26 giugno 2013 sono state approvate la nuova "direttiva procedure" [direttiva (UE) n. 32/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale (rifusione), in GUUE, L 180/2013 pp. 60 ss.] e la nuova "direttiva accoglienza" [direttiva UE n. 33/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione), in GUUE, L 180/2013, pp. 96 ss.] che sono state attuate nel nostro ordinamento con il d.lgs. 18 agosto 2015 n. 142, sul quale v.: N. MORANDI, G. SCHIAVONE, *Analisi delle norme in materia di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale e di procedura per il riconoscimento della protezione internazionale alla luce dell'entrata in vigore del d.lgs. 142/2015*, in *Dir. Immigraz. e Citt.*, n. 3-4, 2015, pp. 84-116; F.V. VIRZÌ, *La logica dell'accoglienza: un commento al d.lgs. n. 142/2015*, *ibidem*, pp. 117-141; G. SAVIO, *La nuova disciplina dell'accoglienza*, *ibidem*, pp. 142-161. Già dal 2016 sono state presentate proposte di riforma dell'attuale SECA, per approfondimenti sulle quali si rinvia a: C. DI STASIO, *La crisi del 'Sistema Europeo Comune di Asilo (SECA)' fra inefficienze del sistema Dublino e vacuità dei principi di solidarietà*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, n. 2, 2017, pp. 209-247; ID., *Il "Sistema Dublino" non è derogabile: note a margine della sentenza della Corte di giustizia del 26 luglio 2017, causa C-646/2016, Jafari*, in *questa rivista*, Fascicolo 2, 4 settembre 2017.

²⁶Cit. v. *supra* nota 25.

²⁷Regolamento UE n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che istituisce l'"Eurodac" per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione del regolamento UE n. 604/2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale

sul ricongiungimento familiare e la direttiva “rimpatri²⁸”. Riferimenti ai minori in generale si ritrovano, infine, anche nelle fonti primarie del diritto dell’UE, nello specifico nell’art. 3, par. 3 TUE, nel quale si afferma che tra gli obiettivi dell’organizzazione vi è la tutela dei diritti del minore, e nell’art. 24 della Carta dei diritti fondamentali, dove si legge che i bambini hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere e che il loro superiore interesse deve essere considerato preminente in tutti gli atti che li riguardano²⁹.

Nel nostro ordinamento, le disposizioni in materia di minori stranieri non accompagnati sono contenute principalmente negli articoli 32 e 33 del Testo unico in materia di immigrazione, il d.lgs. n. 286/1998³⁰, nonché nel relativo regolamento di attuazione³¹. Specifiche disposizioni sull’accoglienza dei minori non accompagnati sono previste nel già citato d.lgs. n. 142/2015 che, come si diceva, ha recepito la direttiva UE n. 33/2013 relativa all'accoglienza dei richiedenti asilo. Con riferimento particolare ai minori non accompagnati “richiedenti protezione internazionale” oltre al menzionato decreto, si applicano alcune disposizioni del d.lgs. n. 18/2014³² che ha attuato la direttiva c.d. “qualifiche”. Infine, ma non

presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo o da un apolide e per le richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità di contrasto degli Stati membri e da Europol a fini di contrasto, e che modifica il regolamento UE n. 1077/2011 che istituisce un'agenzia europea per la gestione operativa dei sistemi IT su larga scala nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, in GUUE, L 180, del 29.6.2013, pp. 1-30.

²⁸Direttiva CE n.115/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, in GUCE, L 348, 24.12.2008, pp. 98-107.

²⁹ A. DEL GUERCIO, *I minori non accompagnati nel diritto europeo tra obblighi di protezione e diritti negati* in *Minorigiustizia.it*, n. 3-2017.

³⁰ Decreto Legislativo 25 luglio 1998, n. 286, “Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero” in GU n. 191, del 18.8.1998, Supplemento Ordinario n. 139.

³¹ Cfr. decreto Presidente della Repubblica, 31 agosto 1999, n. 394, “Regolamento recante norme di attuazione del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, a norma dell’articolo 1, comma 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286”, disponibile all’indirizzo https://www.esteri.it/mae/normative/normativa_consolare/visti/dpr_394_1999.pdf.

³²Cfr. decreto legislativo 21 febbraio 2014, n. 18, “Attuazione della direttiva UE n. 95/2011 recante norme sull’attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno *status* uniforme per i rifugiati o per le

ultima, si ricorda la già citata legge n. 47/2017 c.d. “Zampa” che ha introdotto importanti novità in termini di tutela dei MSNA e ha tentato di sistematizzare la materia. Essa tuttavia, pur prevedendo misure avanzate volte alla tutela del minore che pongono al centro la prevalenza della persona rispetto alla condizione di straniero, si scontra con molte difficoltà attuative, che stanno facendo affiorare diversi vuoti di protezione.

2. Il principio del superiore interesse del minore quale “filo rosso” nell’adozione di misure a tutela dei MSNA.

Nonostante il quadro normativo a tutela del minore sia piuttosto variegato e frutto di una stratificazione multilivello, è necessario premettere che tutte le fonti, dal livello internazionale a quello europeo fino a quello nazionale, sono ispirate al principio del superiore interesse del minore³³. Parimenti, tutte le decisioni assunte nei confronti dei minori dai giudici o dalle autorità competenti devono informarsi a tale principio, essendo esse finalizzate alla promozione del benessere psicofisico del bambino e al raggiungimento di un assetto di interessi che sia ottimale per una sua crescita sana ed equilibrata. Da ciò ne discende che i diritti dell’adulto sono subordinati a quelli del minore, hanno cioè una portata per così dire “strumentale” rispetto alla tutela del minore, soggetto debole della relazione³⁴.

persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta”, in GU Serie Generale n.55 del 07.3.2014.

³³V. MORRONE, *L’interesse superiore del minore straniero non accompagnato nella prassi internazionale*, in A. ANNONI, P. MORI, *I diritti delle famiglie migranti fra integrazione e tutela della diversità*, Torino, 2015, pp. 103-125; P. DE CESARI, *L’affidamento del minore e il diritto di visita tra diritto internazionale privato, convenzioni internazionali e normativa comunitaria*, in *Comunicazioni e Studi dell’Istituto di Diritto Internazionale dell’Università di Milano*, Milano, 2007, pp. 481-510, in particolare p. 485 ss.

³⁴Cfr. artt. 23 e 24 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici del 1966 (*International Covenant on Civil and Political Rights*, adottato dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite con risoluzione n. 2200A (XXI) del 16 dicembre 1966, entrato in vigore il 23 marzo 1976 (disponibile all’indirizzo <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr>) e art. 10 del Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali del 1966 (*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, adottato dall’Assemblea Generale dell’ONU con risoluzione n. 2200A (XXI) del 16 dicembre 1966, entrato in vigore il 3 gennaio 1976, disponibile all’indirizzo <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cescr.aspx>).L’idea è già presente nella

Il principio del superiore interesse del minore è stato per la prima volta sancito nella Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1959³⁵. Oggi, numerosi strumenti internazionali a tutela del bambino³⁶ si informano a tale principio. Si pensi, in via esemplificativa, alla Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo³⁷, il cui art. 3, par. 1, disciplina il rilievo del superiore interesse del minore nelle decisioni che lo riguardano. Parimenti, l'art. 24, par. 2. della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dichiara: "In tutti gli atti relativi ai bambini [...] l'interesse superiore del bambino deve essere considerato

Déclaration de Genève del 26 settembre 1924 (*Déclaration des Droits de l'Enfant*) della Società delle Nazioni, primo documento internazionale che riconosce ai minori alcuni diritti fondamentali.

³⁵Il Principio n. 7, primo cpv, afferma: "L'intérêt supérieur de l'enfant doit être le guide de ceux qui ont la responsabilité de son éducation et de son orientation; cette responsabilité incombe en priorité à ses parents". Cfr., Assemblea Generale dell'ONU, *Declaration of the Rights of the Child* (1959) ris. n. 1386 (XIV), A/RES/14/1386, 20 novembre 1959, disponibile all'indirizzo

[https://www.ohchr.org/EN/Issues/Education/Training/Compilation/Pages/1DeclarationoftheRightsoftheChild\(1959\).aspx](https://www.ohchr.org/EN/Issues/Education/Training/Compilation/Pages/1DeclarationoftheRightsoftheChild(1959).aspx). In seguito allo scioglimento della Società delle Nazioni e alla nascita dell'Organizzazione delle Nazioni Unite e del Fondo Internazionale delle Nazioni Unite per l'Infanzia (UNICEF), si fa strada il progetto di una Carta sui diritti dei bambini che integri la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, con lo scopo di enfatizzarne i bisogni specifici. La stesura e l'approvazione della "Dichiarazione dei diritti del fanciullo" da parte dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite avviene all'unanimità e senza astensioni il 20 novembre 1959. Il documento si propone di mantenere i medesimi intenti previsti nella Dichiarazione di Ginevra del 1924, ma chiedendo agli Stati sia di riconoscere i principi contemplati nella dichiarazione sia di impegnarsi nella loro applicazione e diffusione. La Dichiarazione consiste in una sorta di "statuto" dei diritti del bambino e contempla un "Preambolo", in cui si richiamano la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 e la Dichiarazione sui diritti del fanciullo del 1924, e dieci principi. La nuova Dichiarazione include una serie di diritti non previsti nella precedente Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, quali: il divieto di ammissione al lavoro per i minori che non abbiano raggiunto un'età minima; il divieto di impiego dei bambini in attività produttive che possano nuocere alla loro salute o che ne ostacolino lo sviluppo fisico o mentale, il diritto del minore disabile a ricevere cure speciali. Pur non essendo uno strumento vincolante, bensì una mera dichiarazione di principi, la Dichiarazione gode di una notevole autorevolezza morale, che le deriva dal fatto di essere stata approvata all'unanimità e di essere un documento estremamente innovativo.

³⁶Nelle "Linee guida del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sulla giustizia a misura di minore", adottate il 17 novembre 2010, sono richiamati, fra convenzioni e raccomandazioni, decine di atti internazionali. Il testo, in traduzione non ufficiale, è reperibile all'indirizzo www.minoriefamiglia.it/categoria-www/id_47/ (per il testo ufficiale si veda www.marinacastellaneta.it/category/diritti-dei-bambini).

³⁷Alla Convenzione partecipano tutti gli Stati del mondo (tranne gli Stati Uniti d'America, la Somalia e il Sudan). Sulla Convenzione, v. M.R. SAULLE (a cura di), *La Convenzione dei diritti del minore e l'ordinamento italiano*, Napoli, 1994.

preminente". Specificamente finalizzata alla concretizzazione dell'interesse superiore dei minori è poi la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori, adottata dal Consiglio d'Europa il 25 gennaio del 1996³⁸. Ai sensi dell'art. 1, par. 2, scopo della Convenzione è, infatti, quello di promuovere, alla luce del loro superiore interesse, i diritti dei minori, facilitarne l'esercizio, in modo che essi stessi o tramite altre persone o organi, possano prendere parte ai procedimenti che li riguardano dinanzi ad un'autorità giudiziaria.

Va peraltro rammentato che le norme fin qui citate sono dotate di efficacia imperativa³⁹ nel nostro ordinamento. In questo senso si sono espresse sia la Corte costituzionale⁴⁰ sia la Corte di Cassazione italiana⁴¹.

Non va, poi, dimenticato che il superiore interesse del minore vuole essere altresì il principio che ispira e fonda tutta la disciplina della responsabilità genitoriale dettata dal regolamento CE n. 2201/2003 del 27 novembre 2003 (c.d. "Bruxelles II-bis")⁴² come modificato dal recente regolamento n. 1111/2019, cd. "Bruxelles II-ter" anch'esso ispirato a tale principio e del quale si dirà più approfonditamente nel prosieguo, in relazione al possibile utilizzo di tale strumento anche in relazione ai MSNA.

³⁸Cfr. Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori, del Consiglio d'Europa, del 25 giugno 1996, disponibile all'indirizzo www.coe.int/it/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/160. La Convenzione è in vigore per l'Italia dal 1° novembre 2003.

³⁹Cfr. A. CANNONE, *L'interesse del fanciullo, nelle Convenzioni internazionali dell'Aja*, in *Divenire sociale e adeguamento del diritto, Studi in onore di Capotorti*, Milano, 1999, p. 553.

⁴⁰Cfr. Corte costituzionale, sentenza 15 febbraio, n. 31 del 2012, disponibile all'indirizzo <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2012&numero=31>.

⁴¹Cfr. Corte di Cassazione, sez. I, 16 luglio 2018, n. 18827 (consultabile all'indirizzo <http://momentolegislativo.it/app/uploads/2018/07/18827-2018-pdf.pdf>) e 10 maggio 2011, n. 10265, nella quale la Corte richiama l'art. 18 della Convenzione del 1989 a fondamento della prospettiva che conferisce centralità e preminenza alla posizione dei minori nei riguardi della potestà genitoriale. Tale sentenza può essere letta all'indirizzo <https://www.miolegale.it/sentenze/cassazione-civile-i-10265-2011>.

⁴²A tale riguardo, v. P. DE CESARI, *Diritto internazionale privato dell'Unione europea*, Torino, 2011, pp. 182 ss.; M.C. BARUFFI, *La responsabilità genitoriale: competenze e riconoscimento delle decisioni nel regolamento Bruxelles II*, in S.M. CARBONE, I. QUEIROLO (a cura di), *Diritto di famiglia e Unione europea*, Torino, 2008, pp. 257 ss.

Il superiore interesse del minore, infine, è al centro di una copiosa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo⁴³, che ne ha valorizzato il contenuto, indirizzando l'interprete nell'applicazione del principio. Infatti, nonostante il rilievo del principio in esame, bisogna sottolineare che, a livello internazionale, ne manca una definizione. Nell'applicazione di esso, il giudice non dispone di un patrimonio di dati offerti dal testo normativo ma deve orientarsi

⁴³Nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo manca un riferimento esplicito al "superiore interesse nel minore". Tale circostanza si spiega sia per il fatto che la Convenzione non riguarda specificamente le persone di età minore sia perché, negli anni Cinquanta, il principio era ancora in via di definizione nel diritto internazionale. I minori sono comunque menzionati all'art. 5, par. 1, lett. d) e all'art. 6, par. 1 della CEDU; inoltre, l'art. 2 del Protocollo addizionale codifica il diritto all'istruzione, che riguarda soprattutto bambini e ragazzi. Con una decisiva accelerazione nell'ultimo ventennio, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha cercato di elaborare tale principio per via interpretativa, concettualizzandolo alla luce dei diritti umani. Tale operazione ermeneutica è stata resa possibile "dal basso", grazie al *consensus* tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa, v. al riguardo la sentenza della Corte EDU, 6 luglio 2010, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, ric. n. 41615/07 (pubblicata all'indirizzo <http://hudoc.echr.coe.int>) in cui si afferma: "there is currently a broad consensus (...) in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interests must be paramount". Le pronunce in materia di minori sono, inoltre, costanti nel richiamare il principio del superiore interesse del minore contenuto nei diritti nazionali positivi, in merito alla necessità dell'ingerenza nella vita familiare del genitore per la tutela dei diritti fondamentali della prole *ex art. 8, comma 2, CEDU*. Secondo la consolidata giurisprudenza della Corte, inoltre, la CEDU non va interpretata da sola, ma in armonia con i principi del diritto internazionale e, in particolare, con le norme concernenti la protezione internazionale dei diritti dell'uomo. Al riguardo la Corte richiama sovente nelle sue decisioni il diritto internazionale pattizio in materia, in particolare la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia (cfr., per esempio, i riferimenti contenuti nelle sentenze: 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ric. n. 25358/12, par. 76; 7 maggio 2015, *S.L. e J.L. c. Croazia*, ric. n.13712/11, par. 62, pubblicate all'indirizzo <http://hudoc.echr.coe.int>). In relazione alla CEDU, il "superiore interesse del minore" viene richiamato, anzitutto, in relazione all'art. 8, in particolare sotto il profilo della vita familiare (v., tra le più recenti, sentenza 9 aprile 2019, *A.V. c. Slovenia*, ric. n. 878/13) e della vita privata (cfr., per esempio, sentenze 26 giugno 2014, *Menesson c. Francia*; 26 giugno 2014, *Labassee c. Francia*, ric. n. 65941/1; 7 febbraio 2002, *Mikulic c. Croazia*), ma anche – sebbene meno frequentemente – con riferimento all'art. 3 sul divieto di trattamenti inumani e degradanti (sentenza 10 maggio 2001, *Z e altri c. Regno Unito*, ric. n. 29392/95, par. 74). Su tali aspetti e sul principio generale, v. E. LAMARQUE, *I diritti dei figli*, in M. CARTABIA, *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, pp. 283 ss.; A. CANNONE, *L'interesse del fanciulli*, cit., pp. 549 ss.; M. MARCHEGIANI, *Rispetto della vita privata e familiare e sottrazione internazionale di minori nella giurisprudenza recente della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int. priv. proc.* 2011, pp. 987 ss.; R. DI CHIO, *La Convenzione dell'Aja sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in G. CARELLA (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, Torino, 2009, pp. 91 ss.

nella ricerca della giusta decisione verso valori e *standard* valutativi forniti dall'esperienza. Un tentativo di esplicitarne il contenuto è stato compiuto nel Commento Generale n. 14 del Comitato per i diritti dei minori⁴⁴. Secondo il Comitato⁴⁵, il principio è sostanzialmente tripartito in: "*a substantive right*", cioè un diritto a veder riconosciuta l'effettiva preminenza del "*best interest*", in quanto l'art. 3, par. 1, crea un obbligo giuridico a carico agli Stati parti ed essendo *self-executing* può essere quindi direttamente invocato davanti ai giudici⁴⁶; "*a fundamental, interpretative legal principle*", cioè un principio ermeneutico fondamentale, che consente di scegliere, tra più interpretazioni possibili, quella più funzionale all'interesse del minore; "*a rule of procedure*" cioè una regola procedurale che impone l'adozione di procedure *child-friendly*⁴⁷. Il Commento non ha lo scopo di imporre rigide definizioni del principio stesso suscettibili di un'applicazione

⁴⁴Cfr. L. PALADINI, *Best interest del minore e obblighi internazionali nella recente giurisprudenza italiana*, in *Giur. It.*, 2014, n. 10, p. 227; C. FOCARELLI, *La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di "best interests of the child"*, in *Riv. Dir. Int.*, 2010, p. 981 ss. In tema, v. anche P. MARTINELLI, J. MOYERSON, *L'interesse del minore: proviamo a ripensarlo davvero*, in *Min. giust.*, 2011, p. 7 ss.; R. RIVELLO, *L'interesse del minore fra diritto internazionale e multiculturalità*, in *Minori e giustizia*, 2011, p. 15 ss.; F. SANTUOSSO, *Il minore e la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo*, in *Iust.*, 1997, p. 361 ss.

⁴⁵ Si legge, infatti, che il commento: "*does not attempt to prescribe what is best for the child in any given situation at any point in time*". Cfr. UN Committee on the Rights of the Child, *General comment No. 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)*, 2013 § 6, consultabile all'indirizzo http://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC_C_GC_14_ENG.pdf.

⁴⁶In tal senso è declinato anche dalla Corte EDU. Anzitutto, il superiore interesse quale "*subjective right*" deve interesse valutato e preso in considerazione in via primaria (talvolta la Corte si spinge addirittura oltre dicendo che esso "*must come before any other consideration*": v. al riguardo la sentenza del 19 settembre 2000, *Gnahore c. Francia*, ric. n. 40031/98 par. 59 <https://hudoc.echr.coe.int>) in tutte le azioni e decisioni pubbliche e private che lo riguardano. Per esempio, è dunque legittimo allontanare, anche definitivamente, il figlio se c'è la prova che la permanenza o il reinserimento presso i genitori possano arrecare un grave danno al minore (cfr., tra le tante decisioni, 27 aprile 2010, *Roberta Barelli e altri c. Italia*, ric. n. 15104/04, in <https://hudoc.echr.coe.int>) e occorre decidere per il non ritorno nella sottrazione internazionale di minori, se emerge da attento esame fattuale della situazione personale e familiare del minore che lo stesso subirebbe un pregiudizio dal rimpatrio (cfr. sentenza *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, cit., che rileva una violazione dell'art. 8 CEDU nella decisione della Svizzera di ordinare il ritorno in Israele di un bambino sottratto dalla madre al padre, malgrado il significativo pregiudizio che il minore può subire nel caso di rientro nel suo luogo di residenza abituale. Nella sentenza 26 novembre 2013 (*X c. Lettonia*, ric. n. 27853/09, in <https://hudoc.echr.coe.int>) la Corte arriva addirittura ad affermare che non c'è neppure bisogno della prova di un grave rischio).

⁴⁷Cfr., L. PALADINI, *Best interest*, cit.

universale in qualsiasi situazione, volendosi porre, piuttosto, come una guida per orientare l'operato delle autorità che si trovino in concreto ad applicarlo⁴⁸. Di particolare rilievo il par. 11 del Commento in quanto, in relazione proprio ai MSNA, stabilisce che questo principio sia ancor più rilevante e che, in particolare, debba essere preso in considerazione in tutte le fasi della ricollocazione e in tutte le decisioni che impattino sulla vita del minore⁴⁹.

L'opera ermeneutica dell'interprete, infine, deve essere condotta riferendosi anche alle "Linee guida dell'UNHCR sulla determinazione del superiore interesse del bambino" del 2008 che sottolineano come sia importante, nella definizione del principio in esame, tenere in debita considerazione tutti i diritti del minore che sono contenuti non solo nella Convenzione del 1989, ma anche in tutte le fonti sia a livello nazionale sia internazionale⁵⁰.

3. Il diritto all'unità familiare dei MSNA alla luce del diritto internazionale, europeo e nazionale.

Una delle applicazioni più ricorrenti da parte della giurisprudenza europea e nazionale del principio del "*best interest*" è legato al diritto all'unità familiare⁵¹. Come si è detto, tutti i minori, compresi i minori migranti, sono titolari dei diritti umani universalmente riconosciuti. Tra di essi, particolare rilievo assume il diritto all'unità familiare, che comporta, in caso di separazione, il diritto a ricongiungersi con i propri familiari, ai sensi del diritto internazionale e dell'UE, nonché a norma del diritto interno degli Stati UE, di recepimento, e non, della normativa europea.

Il diritto all'unità familiare è stato sancito fin dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, all'art. 16, comma 3. Esso si configura, pertanto, come un diritto fondamentale dell'uomo. La famiglia, infatti, "ha diritto ad essere

⁴⁸Cfr., *General comment No. 14*, § 11, cit.

⁴⁹Cfr., A. CRESCENZI, *Unaccompanied Minors in International Law*, cit., p.?

⁵⁰Cfr., UNHCR, *Guidelines on Determining the Best Interests of the Child*, Maggio 2008, cit., p.15.

⁵¹Cfr., al riguardo, A. BALBONI, *Il "diritto al ricongiungimento familiare" dei minori tra tutela del loro superiore interesse e dell'interesse generale in materia di politica migratoria*, in *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, 2015, pp. 163-206.

protetta dalla società e dallo Stato⁵²”, ma per i migranti ed i rifugiati, soprattutto minori, non è scontata ed è spesso minacciata. Molti strumenti internazionali ed europei a tutela dei diritti umani contengono disposizioni volte a garantire l’unità della famiglia, in particolare: la Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati del 1950⁵³, il Patto sui diritti civili e politici del 1966⁵⁴, la Convenzione dell’ONU sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza del 1989⁵⁵, la Convenzione europea dei diritti dell’uomo del 1950⁵⁶.

La Convenzione sui diritti dell’infanzia meglio di altri strumenti approfondisce la portata del diritto del minore al rispetto della vita familiare. Esso comprende una serie di diritti compositi, quali il diritto del minore a essere allevato dai suoi genitori, il diritto di intrattenere contatti con entrambi i genitori, il diritto a non essere separato dai genitori, a meno che ciò non sia nel suo interesse superiore e il diritto al ricongiungimento familiare. Infine, la Convenzione riconosce, in maniera specifica, il diritto di entrare e rimanere in un territorio in modo che il minore possa ricongiungersi con i propri genitori. L’art. 10, comma 1, prevede infatti: “(...) ogni domanda presentata da un fanciullo o dai suoi genitori in vista di entrare in uno Stato Parte o di lasciarlo ai fini di un ricongiungimento familiare sarà considerata con uno spirito positivo, con umanità e diligenza. Gli Stati parti vigilano inoltre affinché la presentazione di tale domanda non comporti conseguenze pregiudizievoli per gli autori della domanda e per i loro familiari”.

La legislazione europea, sia a livello dell’Unione europea⁵⁷ sia a livello di Consiglio d’Europa, prevede il diritto al rispetto della vita familiare (art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE⁵⁸; art. 8 della Convenzione europea dei diritti

⁵²Cfr. art. 16, comma 3, Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1948.

⁵³Cit., v. *supra* nota 19.

⁵⁴Cit., v. *supra* nota 34.

⁵⁵Cit., v. *supra* nota 9.

⁵⁶Cfr., Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà fondamentali (CEDU), STE 005, adottata a Roma il 4.11.1950, entrata in vigore il 3.9.1953, disponibile all’indirizzo <https://www.coe.int/it/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005>.

⁵⁷ M.G. PASCUAL, A.T. PEREZ, *The Right to Family Life in the European Union*, London/New York, Routledge, 2017; I. QUEIROLO, *Eu law and family relationships*, Aracne Editrice, 2015.

⁵⁸ Cfr., C. DRAGHICI, *The legitimacy of family rights in Strasbourg case law*, Oxford, Bloomsbury, 2017; P. DE CESARI, *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e la tutela*

dell'uomo). A livello del Consiglio d'Europa, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU)⁵⁹, la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori del 1996⁶⁰ e la Carta Sociale Europea⁶¹ tutelano il diritto alla vita familiare. Il diritto al rispetto della vita familiare non è assoluto, ma è soggetto ad una serie di limitazioni. Tali limitazioni, come precisano le spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁶², sono uguali a quelle delle corrispondenti norme della CEDU, nella fattispecie l'art. 8, par. 2, che recita: “[Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza] sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza al benessere economico del Paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui”⁶³. La Carta dei diritti fondamentali dell'UE integra espressamente in

della vita privata e familiare (art. 7 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), in G. BONILINI, M. CONFORTINI (eds.), F. BASINI, A. CADOPPI, A. CHIZZINI, P. CORSO, P. DE CESARI (collaboratori). *Codice ipertestuale della famiglia*, Torino, 2009, pp. 3161-3166.

⁵⁹Cit., *supra*, nota 56.

⁶⁰ STE n. 160, Strasburgo, 25.01, 1996 - Trattato aperto alla firma degli Stati membri e degli Stati non membri i quali hanno partecipato alla sua elaborazione e all'adesione degli altri Stati non membri e dell'Unione europea, entrato in vigore il 01.07.2000, disponibile all'indirizzo <https://www.coe.int/it/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/160>.

⁶¹ STE n°035, disponibile all'indirizzo <https://www.coe.int/it/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/035>.

⁶²Parlamento Europeo, Consiglio dell'Unione Europea, Commissione Europea (2007), “Spiegazioni

riguardanti la Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE”, 2007/C 303/02, OJ 2007 C 303, 14 Dicembre 2007, pp. 17–35, si vedano le spiegazioni relative all'art. 7.

⁶³Cfr., Consiglio d'Europa, Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, STE n. 5, 4 novembre 1950, art. 8. Al riguardo la Corte EDU ha affermato che – conformemente al diritto internazionale generale – rientra ad esempio nelle prerogative dello Stato la regolamentazione dell'ingresso, del soggiorno e dell'allontanamento degli stranieri (cfr. sentenza 21 ottobre 1997, *Boujlifa c. Francia*, ric. n. 25404/94, § 42). Essa ha, però, affermato che, da un lato, la decisione di espellere dal territorio uno straniero può costituire un'ingerenza nel diritto al rispetto della vita privata e familiare, la cui legittimità deve essere vagliata alla luce del comma 2 della disposizione (legalità, necessità in una società democratica, proporzionalità); dall'altro lato, che il rispetto degli obblighi positivi scaturenti dall'art. 8 CEDU può, in determinate circostanze, imporre agli Stati contraenti di autorizzare il ricongiungimento familiare di cittadini stranieri. Per quanto riguarda l'espulsione di cittadini stranieri, la Corte ha precisato che le misure adottate dalle autorità nazionali debbono essere conformi al principio di legalità, ossia essere previste da una legge, accompagnate da adeguate garanzie contro l'arbitrarietà

tale diritto l'obbligo di considerare preminente l'interesse superiore del minore (art. 24, par. 2)⁶⁴. Benché l'obbligo di considerare l'interesse superiore del minore non sia espressamente sancito dalla CEDU, la Corte EDU lo incorpora nella sua giurisprudenza⁶⁵, riconoscendo una serie di diritti interdipendenti quali il diritto alla vita familiare e il diritto del minore a che il suo interesse superiore sia considerato preminente. Inoltre, il Consiglio d'Europa ha adottato vari altri strumenti⁶⁶ che disciplinano questioni connesse al contatto, all'affidamento e all'esercizio dei diritti dei minori.

Ancora più numerosi sono gli strumenti legislativi adottati dall'Unione europea per tutelare l'unità familiare, a partire dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, per poi passare attraverso una serie di atti di diritto derivato fra cui ricordiamo: la direttiva CE n. 86/2003 relativa al diritto al ricongiungimento familiare dei cittadini extracomunitari⁶⁷; la direttiva CE n. 38/2004⁶⁸ relativa al

e sottoponibili a un pieno controllo giurisdizionale. La Corte ha specificato che i tribunali devono avere accesso alle informazioni in possesso della polizia, al fine di valutare la legittimità della misura (Corte EDU, sentenza 6 dicembre 2007, *Liu c. Russia*, ric. n. 42086/05). In definitiva, i fattori tenuti in considerazione nel bilanciamento tra diritto al ricongiungimento familiare e prerogative statali nella gestione dei flussi migratori sono la portata del pregiudizio alla vita familiare, l'intensità dei legami del richiedente con lo Stato ospitante, la possibilità di stabilire la residenza familiare nello Stato di origine, la sussistenza di motivi di ordine pubblico (precipuamente la commissione di reati) per negare il ricongiungimento. Non è, invece, ritenuto contrario all'art. 8 CEDU subordinare il ricongiungimento familiare all'autosufficienza economica del nucleo familiare. I procedimenti di ricongiungimento familiare debbono, infine, garantire un adeguato grado di trasparenza e celerità.

⁶⁴ Cfr. Corte giust., sentenza 5 ottobre 2010, causa C-400/10 PPU, *J. McB. c. L. E.*, in *Racc.* 2010, I-08965.

⁶⁵Cfr., per esempio, Corte EDU, sentenza 25 gennaio 2000, *Ignaccolo-Zenide c. Romania*, ric. n. 31679/96, punto 94, ECHR 2000-I.

⁶⁶Cfr. al riguardo, Consiglio d'Europa, Convenzione europea sullo statuto giuridico dei figli nati fuori matrimonio, STCE n. 85, 15 ottobre 1975; Convenzione sull'adozione dei minori (riveduta), STCE n. 202, 27 novembre 2008; Convenzione sulle relazioni personali riguardanti i minori, STCE n. 192, 15 maggio 2003; Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori, STCE n. 160, 25 gennaio 1996; Convenzione sulla protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, STCE n. 201, 25 ottobre 2007, tutte disponibili all'indirizzo <https://www.coe.int/it/web/conventions/full-list>.

⁶⁷Cfr. F. SEATZU, *Il ricongiungimento familiare nel diritto dell'Unione europea*, in P. DE CESARI (a cura di), *Persona e famiglia*, Torino, 2008, p. 244 ss.

⁶⁸ Direttiva CE n. 38/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento CEE n. 1612/68

diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri; il regolamento CE n. 2201/2003⁶⁹, c.d. "Bruxelles II-bis", ora sostituito dal regolamento UE n. 1111/2019⁷⁰, c.d. "Bruxelles II-ter". La competenza dell'UE in materia di vita familiare riguarda principalmente le controversie transfrontaliere, tra cui il riconoscimento e l'esecuzione di sentenze negli Stati membri. La Corte di giustizia dell'Unione europea si occupa prevalentemente di questioni quali l'interesse superiore del minore e il diritto alla vita familiare sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE in relazione al regolamento "Bruxelles II-bis".

In relazione ai MSNA, la definizione e i diritti correlati alla "famiglia" sono più generosi rispetto alla maggior parte delle altre categorie di figli di migranti. Lo strumento fondamentale, a tutela dell'unità familiare per i MSNA, è la direttiva sul ricongiungimento familiare, che impone agli Stati membri l'obbligo di autorizzare l'ingresso e il soggiorno dei genitori del minore non accompagnato che siano cittadini di Paesi terzi, nelle situazioni in cui il ricongiungimento con i genitori all'estero rappresenti l'interesse superiore del minore. In assenza di un genitore, gli Stati membri possono autorizzare l'ingresso e il soggiorno del tutore legale.

Infine, in relazione al diritto al ricongiungimento familiare dei MSNA richiedenti asilo, rilevano le norme del regolamento UE n. 604/2013, c.d. "Dublino III".

4. Recenti casi di diniego del ricongiungimento familiare da parte di alcuni Stati membri nei confronti dei MSNA richiedenti asilo in violazione del regolamento "Dublino III"

ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, in GUCE, L 158, del 30.4.2004, p. 77.

⁶⁹ Regolamento CE n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento CE n. 1347/2000, in GUUE, L 338, del 23.12.2003, pp. 1-29.

⁷⁰ Regolamento UE n. 2019/1111 del Consiglio, del 25 giugno 2019, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori, in GUUE, L 178, del 2.7.2019, pp. 1-115.

Come si è già accennato, in relazione alla particolare categoria dei MSNA richiedenti asilo, il diritto derivato dell'UE prevede una serie di disposizioni volte a tutelare in modo più stringente il diritto all'unità familiare di tali soggetti, in considerazione della maggiore vulnerabilità dovuta allo stato di abbandono nel quale versano¹. In particolare, la direttiva UE n. 95/2011, c.d. "direttiva qualifiche", invita gli Stati, per quanto possibile, a collocare i MSNA presso familiari adulti presenti nello Stato ospitante, alloggiandoli possibilmente con i fratelli. Essa prevede, inoltre, misure volte a rintracciare quanto prima i familiari assenti, precisando che le operazioni di rintracciamento debbano avvenire in sicurezza e in via confidenziale (art. 31). La c.d. "direttiva accoglienza" contiene norme simili in relazione ai minori non accompagnati che non hanno ancora acquisito lo *status* di rifugiato (art. 24). Sempre l'art. 24 prevede poi che, in relazione ai MSNA, debbano essere avviate il prima possibile, e comunque non appena sia stata manifestata la volontà di proporre domanda di protezione internazionale, le operazioni volte a rintracciare i familiari e, qualora sia necessario, possono essere coinvolte anche le organizzazioni internazionali o altre organizzazioni, sempre nel rispetto del superiore interesse del minore. Qualora sussista un rischio per l'incolumità o l'integrità del minore o dei suoi parenti, in particolare se questi siano ancora nel loro Paese di origine, la raccolta, il trattamento e la diffusione delle informazioni relative a queste persone sono effettuate in via confidenziale, in modo da non mettere in pericolo la loro sicurezza. L'art. 31, par. 5 della "direttiva qualifiche" prevede che il riconoscimento della protezione internazionale per il minore non deve interferire con l'inizio o il proseguimento delle operazioni di rintracciamento.

Ad ulteriore tutela del diritto all'unità familiare del MSNA, assumono particolare rilievo le norme a lui espressamente dedicate, contenute nel regolamento "Dublino III".

¹Di rilievo, in relazione alla particolare tutela rivolta ai MSNA, è anche la direttiva CE n. 55/2001, relativa a norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi (direttiva sulla protezione temporanea), in GUUE, L 212, del 7.8.2001. Tale direttiva riconosce, in capo al titolare della protezione temporanea, il ricongiungimento dei familiari (compresi i minori di cui bisogna considerare il superiore interesse) che sono stati separati a causa di circostanze connesse all'afflusso massiccio dal loro Paese d'origine (art. 15). Purtroppo questa direttiva non è mai stata resa effettiva, essendo necessaria una decisione del Consiglio che finora, nonostante ci siano state diverse circostanze che ne avrebbero reso opportuno l'impiego, come le vicende note come "Primavera Araba", non è stata mai adottata.

Il regolamento c.d. “Dublino III”, erede dell’omonima Convenzione del 1990, prevede una serie di disposizioni volte ad individuare la competenza a trattare una domanda di protezione internazionale, attribuendola in via principale allo Stato di primo ingresso. La pratica applicazione del regolamento è fortemente criticata² in quanto, in teoria, dovrebbe rispettare la Convenzione europea sui diritti umani del 1950, la Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato del 1950 e la Carta dei diritti fondamentali dell’UE³. In particolare, ai sensi dei “considerando” n. 13 e 14 del regolamento “Dublino III”, si prevede che “il rispetto della vita familiare” e l’interesse superiore del MSNA dovrebbero costituire i criteri fondamentali alla luce dei quali applicare il regolamento stesso. Come conseguenza, in forza dell’art. 8 del regolamento, se un MSNA presenta domanda di asilo in uno Stato membro, dovrebbe essergli garantito che la sua domanda sia trattata nello Stato membro in cui si trova legalmente un parente o un fratello del minore. Il terzo paragrafo dell’art. 8 prosegue disponendo che se un minore non accompagnato ha uno o più parenti presenti in un altro Stato membro che possono occuparsi di lui/lei, gli Stati membri provvedono, ove possibile, al ricongiungimento del minore con tali parenti, purché ciò sia nell’interesse superiore del minore⁴. Correlata all’art. 8 è la norma contenuta nell’art. 6 che impone agli Stati di individuare al più presto i parenti che risiedono nel territorio degli Stati membri, sempre tutelando l’interesse superiore del minore. Parimenti all’art. 24 della “direttiva accoglienza”, sempre l’art. 6 stabilisce la necessità di iniziare a rintracciare i familiari del minore, se necessario con l’assistenza di organizzazioni internazionali o altre organizzazioni competenti.

²V., al riguardo, C. DI STASIO, *Crisi migratoria e “porti chiusi”: ancora un vulnus ai diritti umani dei migranti*, in questa rivista, fascicolo 2, 7 ottobre 2019, pp. 1-34; ID., *Recenti misure dell’Unione europea per uscire dalla crisi migratoria: criticità irrisolte e prospettive future*, in G. NESI (a cura di), *Migrazioni e diritto internazionale: verso il superamento dell’emergenza?*, XXII Convegno Trento, 8-9 giugno 2017, Napoli, 2018, pp. 299-324; ID., *La crisi del ‘Sistema Europeo Comune di Asilo (SECA)’ fra inefficienze del sistema Dublino e vacuità dei principi di solidarietà*, cit., pp. 209-247; ID., *Il “Sistema Dublino” non è derogabile: note a margine della sentenza della Corte di giustizia del 26 luglio 2017, causa C-646/2016*, cit.

³V., al riguardo, S. AMADEO, *La funzione dei diritti fondamentali nel diritto dell’immigrazione e dell’asilo dell’Unione europea*, in *Le garanzie fondamentali dell’immigrato in Europa*, Torino, 2015, pp. 345-393.

⁴Cfr., al riguardo, A. DEL GUERCIO, *Superiore interesse del minore nella determinazione dello Stato competente all’esame della domanda di asilo nel diritto dell’Unione europea*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2015, pp. 243-248.

Il regolamento “Dublino III” dovrebbe rappresentare per i MSNA richiedenti asilo il principale strumento giuridico per ricongiungersi in modo legale e sicuro con i familiari presenti in tutti gli Stati europei. Nella pratica, invece, il meccanismo previsto dal regolamento “Dublino III” presenta diversi ostacoli applicativi, che in concreto vanificano la maggior parte dei ricongiungimenti dei MSNA con i familiari presenti in Europa⁵. Al riguardo, va rilevato che non esistono dati né a livello nazionale né europeo sul numero di MSNA che potenzialmente godrebbero del diritto al ricongiungimento familiare con parenti presenti in altri Stati membri, ma l’alto numero di minori che ogni anno fuggono dai centri di accoglienza e si rendono irreperibili lascia pensare che si tratti di migliaia di ragazzi.

Nel corso degli anni, sono stati condotti diversi studi promossi dall’UNHCR, dall’UNICEF e da alcune ONG⁶, che hanno cercato di mettere in luce i motivi per i

⁵Secondo il “*Report di monitoraggio - dati del 30 giugno 2019*” del Ministero del Lavoro: “Con riferimento ai 141 MSNA attualmente inseriti nella procedura di c.d. “ricongiungimento familiare”, si specifica che: 55 (46 provenienti dall’Eritrea, 2 dall’Afghanistan, 2 dal Senegal, 1 dalla Costa d’Avorio, 1 dal Ghana, 1 dalla Guinea, 1 dalla Liberia e 1 dalla Somalia), prevalentemente di genere maschile (43), sono già stati trasferiti dall’Italia in Olanda (13), Germania (11), Svezia (10), Regno Unito (7), Norvegia (7), Francia (3), Svizzera (2), Portogallo (1) e Liechtenstein (1). Il ricongiungimento è stato effettuato nei confronti di fratelli (30), zii (15), madre (4), padre (3) cugini (3). Si rileva che, nella maggior parte dei casi, essendo il minore privo di documenti d’identità o di certificati ufficiali (attestanti, ad esempio, la data di nascita o il legame familiare), la richiesta è stata supportata in via di fatto attraverso copia del documento di identità del familiare, alberi genealogici, ulteriori colloqui sulla storia personale del minore e il suo rapporto con il familiare, foto di famiglia, etc.; 86 (56 provenienti dall’Eritrea, 6 dalla Somalia, 3 dall’Afghanistan, 3 dall’Iraq, 3 dal Gambia, 3 dal Sudan, 2 dal Ghana, 2 dal Mali, 2 dal Pakistan, 2 dalla Turchia, 1 dall’Albania, 1 dal Bangladesh, 1 dalla Costa d’Avorio e 1 dalla Guinea) sono ancora in attesa della definizione della procedura e si trovano prevalentemente in Sicilia (47), in Lombardia (13), in Puglia (7) e in Campania (5); in particolare: 12 hanno già ottenuto una decisione positiva da parte dei Paesi di destinazione (principalmente Svezia, Regno Unito e Germania); di questi, 5 saranno a breve trasferiti; 2 sono ancora in attesa della decisione da parte dello Stato di destinazione; per 3 MSNA, la richiesta di presa in carico è in procinto di essere inviata; 26 sono stati rifiutati dai Paesi di destinazione; per la maggior parte di questi, la richiesta di riesame della domanda è già stata inviata; 43 sono stati inseriti nella procedura “*Dubs Act*” con il Regno Unito (28 sono già stati trasferiti)”. Il *report* è disponibile all’indirizzo <https://www.lavoro.gov.it/documenti-e-norme/studi-e-statistiche/Documents/Report%20di%20monitoraggio%20I%20semestre%202019%20-%20I%20Minori%20Stranieri%20Non%20Accompagnati%20MSNA%20in%20Italia/Report-di-monitoraggio-MSNA-I-semestre-2019-30062019.pdf>.

⁶ V. ad es., *Safe Passage e Praxis, Caught in the middle*, 2019, disponibile all’indirizzo <https://www.safeassage.org.uk/wp-content/uploads/2019/03/Caught-in-the-Middle-Unaccompanied-Children-in-Greece.pdf>; UNHCR, *Study on the implementation of the Dublin III Regulation: Left in Limbo*, agosto 2017, disponibile all’indirizzo <https://www.unhcr.org/protection/basic/5bd1bdfe4/left-in-limbo-full-report.html>; INTERSOS, *I*

quali le norme sul ricongiungimento familiare dei MSNA richiedenti asilo previste nel regolamento “Dublino III” non vengono applicate, determinando un malfunzionamento del sistema. Le cause che ostacolano la concreta applicazione delle norme del regolamento “Dublino III” e che, quindi, determinano una violazione del diritto all’unità familiare dei MSNA hanno una duplice natura: la prima, che potremmo definire “eso-regolamentare”, riguarda l’applicazione di “Dublino III” da parte degli operatori coinvolti nel procedimento di ricongiungimento e comprende tutti gli aspetti relativi alla mancata o inadeguata formazione e informazione; la seconda, più strettamente “endo-regolamentare”, attiene proprio ad alcune previsioni contenute nel regolamento che risultano mal formulate e producono violazione di diritti ed enormi ostacoli applicativi e quindi, spesso, vengono in concreto aggirate.

Per quanto attiene alle cause di natura “eso-regolamentari”, come si diceva, va rilevato che mancano sia una adeguata formazione degli operatori, statali e non, coinvolti nel procedimento sia una sufficiente informazione dei destinatari dello stesso, ovvero i MSNA. In relazione a quest’ultimo aspetto, va rammentata la priorità, in tutti i procedimenti che lo riguardano, dell’ascolto del minore, che appare fondamentale al fine di determinare quale sia in concreto il suo superiore interesse, compresa la necessità di ricongiungersi con la famiglia. Il diritto all’ascolto può estrinsecarsi solo laddove sia stato soddisfatto un altro diritto parimenti essenziale per il MSNA: quello di essere informato⁷. Tuttavia, nella pratica, l’informazione è scarsa ed inadeguata a causa della insufficiente formazione sulle procedure di asilo e sulla normativa relativa

minori stranieri non accompagnati lungo il confine settentrionale italiano, 2017, disponibile all’indirizzo <https://www.intersos.org/wp-content/uploads/2018/01/Rapporto-MSNA.pdf>; UNICEF, *Bambini Sperduti*, dicembre 2016, disponibile all’indirizzo https://www.unicef.it/Allegati/Bambini_Sperduti.pdf.

⁷Sia il diritto all’ascolto sia il diritto ad essere informato sono previsti non solo a livello nazionale, ma anche nel regolamento “Dublino III”, che prevede sia l’intervista individuale sia l’informazione in modalità *child-friendly* per iscritto, per mezzo di un opuscolo informativo appositamente redatto ad uso e consumo dei MSNA (di cui all’Allegato XI al regolamento di esecuzione UE n. 118/2014 della Commissione del 30 gennaio 2014 che modifica il regolamento CE n. 1560/2003 recante modalità di applicazione del regolamento CE n. 343/2003 del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l’esame di una domanda d’asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo, in GUUE, L 39, dell’8.2.2014, p. 1 ss.). L’Italia non ha ancora provveduto ad adottare tale opuscolo, nonostante le sollecitazioni in tal senso dell’Autorità garante dell’infanzia.

al ricongiungimento familiare di tutti gli attori coinvolti nella procedura⁸: assistenti sociali, tutori, personale dei centri di accoglienza, psicologi, giudici minorili, personale delle questure e delle prefetture. Al riguardo, si sottolinea il fatto che l’Autorità garante per l’infanzia e l’adolescenza, in un recente documento di febbraio 2019, dal titolo “Movimenti dei minori stranieri non accompagnati alle frontiere settentrionali⁹”, ha sottolineato che la formazione del personale coinvolto dovrebbe riguardare non soltanto il regolamento “Dublino III”, ma comprendere anche la conoscenza degli strumenti giuridici che potrebbero favorire il ricongiungimento familiare e che sono alternativi rispetto al regolamento “Dublino III”. Tali strumenti, sono, ad esempio, la direttiva europea sui ricongiungimenti familiari e gli strumenti offerti dal diritto internazionale privato (Convenzione dell’Aja del 1996, regolamento “Bruxelles II-bis”) i quali potrebbero supplire alla concreta disapplicazione di “Dublino III”, oppure intervenire quando Dublino non sia applicabile (perché il minore non è richiedente asilo).

Un’altra causa che conduce alla concreta disapplicazione del regolamento “Dublino III” riguarda la grande difficoltà nella collaborazione tra gli Stati coinvolti nella procedura, ovvero tra lo Stato in cui è accolto il MSNA e quello in cui sono localizzati i legami familiari. Gli operatori coinvolti non sono spesso in grado di determinare il superiore interesse del minore in quanto, ad esempio, vi è uno scarso dialogo tra i servizi sociali che seguono il minore nello Stato di accoglienza ed i servizi sociali che valutano l’idoneità dei familiari e parenti nello Stato richiesto. Non solo, ma spesso lo Stato richiesto chiede prove difficili da recuperare (come il certificato di nascita del MSNA) al fine di dimostrare il legame familiare e ciò nonostante il regolamento “Dublino III” preveda espressamente, all’art. 22, che “nella procedura per la determinazione dello Stato membro si utilizzano elementi di prova e prove

⁸In particolare, l’inadeguata formazione di tutti gli operatori del sistema è stata riscontrata direttamente durante l’attuazione in Italia, nel 2018 del progetto “*Operationalizing family reunion within Europe*” da parte della ONG *Safe Passage* in qualità di *partner* dell’UNHCR, menzionata nel *Report* di monitoraggio del Ministero del Lavoro, dicembre 2018, disponibile all’indirizzo <https://www.lavoro.gov.it/temi-e-priorita/immigrazione/focus-on/minori-stranieri/Documents/Report-MSNA-mese-dicembre-2018-15012019.pdf>

⁹ Il documento è pubblicato all’indirizzo <https://www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/movimenti-minori-stranieri-frontiere-settentrionali.pdf>.

circostanziali. Il requisito della prova non dovrebbe eccedere quanto necessario per la corretta applicazione del presente regolamento. (...)”. Se non vi è alcuna prova formale, lo Stato membro richiesto riconosce la propria responsabilità se le prove circostanziali sono coerenti, verificabili e sufficientemente dettagliate per stabilire la responsabilità. Va, inoltre, sottolineato che la maggior parte delle richieste di presa in carico di un MSNA viene rigettata dallo Stato richiesto. Sono rare le ipotesi in cui la collaborazione fra gli Stati coinvolti avviene senza ostacoli. Generalmente, lo Stato richiesto solleva obiezioni in ordine alle prove allegate per dimostrare il vincolo familiare oppure riguardo alla determinazione del superiore interesse del minore. Accade quindi sovente che sia necessario ricorrere ad una richiesta di riesame¹⁰, in seguito alla quale non è scontato ottenere l'accoglimento.

Tale aspetto è strettamente connesso alla prima delle cause che abbiamo definito “endo-regolamentari”. Infatti, ad aggravare la già incerta tutela giuridica dei MSNA vi è la mancanza di un rimedio effettivo contro la decisione di diniego di presa in carico del minore da parte dello Stato richiesto. Mentre il regolamento prevede un ricorso giurisdizionale, con effetto sospensivo, nei confronti della decisione di uno Stato membro di trasferire un richiedente asilo in un altro Stato membro, esso non contempla, al contrario, uno strumento giuridico adeguato, efficiente ed effettivo che permetta al legale rappresentante del minore di ricorrere avverso la decisione di diniego di presa in carico, per motivi di famiglia, da parte di uno Stato membro richiesto. Come si è detto, in questo caso, l'unico rimedio esperibile è un riesame della decisione chiesto dallo Stato di accoglienza allo Stato che ha espresso il diniego.

Un'altra causa di natura “endo-regolamentare” di grande rilievo concerne il fatto che il regolamento “Dublino III” richiede il formale riconoscimento di “richiedente asilo” al fine di godere delle garanzie ivi previste. Al riguardo, va rammentato che la Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato, al contrario, non richiede che sia presentata formale domanda di protezione internazionale per essere considerato un

¹⁰Cfr., sentenza Corte giust. 13 novembre 2018, *X e X c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, cause riunite C-47/17 e C-48/17, ECLI:EU:C:2018:900. Tale sentenza renderà presumibilmente più difficile il riesame giacché la Corte ha interpretato in senso perentorio il termine previsto dal regolamento di attuazione per la risposta alla richiesta di riesame.

“rifugiato”¹¹. Ciò significa che, ai sensi del regolamento “Dublino III”, un MSNA richiedente asilo deve presentare formale domanda di protezione internazionale nello Stato membro in cui si trova prima che possa essere trasferito al secondo Stato membro nel quale sono stati individuati i suoi legami familiari. In relazione al problema del termine relativo alla presentazione della domanda di ricongiungimento familiare, la Corte è stata di recente chiamata a pronunciarsi per il caso di un MSNA, divenuto maggiorenne nel corso della procedura per l’attribuzione della protezione internazionale. Sulla questione la Corte di giustizia, nella sentenza del 12 aprile 2018¹², ha precisato che la domanda di ricongiungimento familiare deve essere presentata entro un termine ragionevole ossia, in linea di principio, entro tre mesi decorrenti dal giorno in cui al minore interessato è stato riconosciuto lo *status* di rifugiato. La Corte ritiene, infatti, che debbano considerarsi al riguardo “minori” anche i cittadini di Paesi non UE e gli apolidi che hanno un’età inferiore ai diciotto anni al momento del loro ingresso nel territorio di uno Stato membro e della presentazione della loro domanda di asilo in tale Stato e che, nel corso della procedura di asilo, raggiungono la maggiore età e ottengono in seguito il riconoscimento dello *status* di rifugiato. Secondo la Corte, infatti, sebbene la direttiva UE n. 86/2003 non indichi espressamente fino a quale momento un rifugiato debba essere minore per poter beneficiare del diritto allo specifico ricongiungimento familiare, la Corte constata che la determinazione di tale momento non può essere rimessa alla discrezionalità di ciascuno Stato membro.

Va, inoltre, rilevato che, ai sensi degli art. 22 e 25 del regolamento “Dublino III”, prima che possano avviarsi le procedure del trasferimento del minore per il ricongiungimento familiare, lo Stato in cui risiede il minore deve anche determinare e assegnare la competenza per la trattazione della domanda di asilo, avviando una richiesta di presa in carico al secondo Stato membro.

¹¹Cfr. par. 28 dell’ *“Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees”*, HCR/IP/4/Eng/REV.1 Reedited, Geneva, Gennaio 1992, disponibile all’indirizzo <https://www.unhcr.org/4d93528a9.pdf>.

¹²Cfr. Corte giust., 12 aprile 2018, *A e S / Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, causa C-550/16, disponibile all’indirizzo <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&dodocid=200965&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3164646>.

In questo contesto, si inserisce una giurisprudenza statale particolarmente rilevante in tema di tutela del diritto all'unità familiare. Si tratta della sentenza resa il 22 gennaio 2016 dall'*Upper Tribunal Immigration and Asylum Chamber* (UT) nel caso *ZAT and Others*¹³ in relazione alla condizione dei minori stipati nel campo francese di Calais, in attesa di essere ricongiunti con i parenti nel Regno Unito¹⁴. Prima di tale decisione, gli Stati membri coinvolti riconoscevano i diritti relativi al ricongiungimento familiare solo una volta presentata formale domanda di asilo. La decisione dell'*Upper Tribunal* ha invece rilevato un contrasto fra il diritto sancito dall'art. 8 dalla CEDU, ovvero il diritto all'unità familiare, e il sistema Dublino che, in relazione ai MSNA, imponendo una previa presentazione della domanda di asilo è suscettibile di violarlo. Sul punto l'UT ha richiamato la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia, secondo la quale gli Stati devono consentire l'ingresso dei minori ai fini del ricongiungimento familiare¹⁵, nel loro superiore interesse. Pertanto l'UT ha deciso il caso avvalendosi dell'art. 8 della CEDU e qualificando i ricorrenti non quali candidati alla protezione internazionale ma come richiedenti il ricongiungimento familiare, in tal modo bypassando i meccanismi procedurali di Dublino, nelle fasi preliminari,

¹³Cfr. *R (on the application of ZAT and Others) v. Secretary of State for the Home Department* (Article 8 ECHR - Dublin Regulation – interface – proportionality) IJR, [2016] UKUT 00061 (IAC), United Kingdom: Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber), 22 January 2016, disponibile all'indirizzo https://www.refworld.org/cases,GBR_UTIAC,56d838564.html. Per un commento alla sentenza v. A. L. SCIACOVELLI, *Minori stranieri non accompagnati: criticità e nuovi sviluppi giurisprudenziali*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, n. 2, p. 508 ss.

¹⁴Il caso riguarda il ricorso presentato da tre MSNA, di origine siriana, ospitati nel campo profughi denominata "la giungla" di Calais in Francia, nei confronti del *Secretary of State* che aveva rifiutato di ammetterli nel Regno Unito al fine di ricongiungerli con le famiglie ivi presenti, ai sensi del regolamento Dublino, in quanto gli stessi non avevano presentato formale domanda di asilo in Francia, Stato di primo ingresso.

¹⁵Al riguardo, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha espresso il principio secondo il quale la tutela del prevalente interesse del minore costituisce un criterio fondamentale nella valutazione delle legislazioni e delle decisioni degli Stati in materia di immigrazione, potendo comportare ulteriori limiti alla loro discrezionalità [cfr. Corte EDU, sentenze 21 dicembre 2001, *Sen c. Paesi Bassi*, ricorso n. 31465/96, par 45 ss.; 1 dicembre 2005 *Tuquabo-Teckle c. Paesi Bassi*, ricorso n. 60665/00, par. 50; 12 ottobre 2006, *Mubilanzila c. Belgio*, ricorso n. 13178/03 (pubblicate sul sito della Corte <https://hudoc.echr.coe.int>)]. Tale orientamento è stato confermato anche nella sentenza 4 dicembre 2012, *Hamidovic c. Italia*, ric n. 31956/05, in cui la Corte ha rilevato che le decisioni degli Stati in materia di immigrazione possono, in alcuni casi, costituire un'ingerenza nell'esercizio del diritto al rispetto della vita privata e familiare tutelato dall'art. 8 della CEDU, soprattutto quando gli interessati possiedono legami familiari e personali sufficientemente forti che rischiano di essere gravemente lesi nel caso in cui venga applicata una misura di allontanamento.

rilevando la presenza di un caso di eccezionale gravità ed urgenza per la situazione dei MSNA¹⁶.

Il caso *ZAT*, oltre ad aver costituito un importante precedente per la giurisprudenza inglese¹⁷, potrebbe inserirsi nel solco dell'ormai consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo, inaugurata con la famosa sentenza *M.S.S.*¹⁸ in relazione alla derogabilità del meccanismo del trasferimento, dallo Stato in cui è presente il richiedente asilo allo Stato di primo ingresso, che sarebbe competente a trattare la domanda di asilo, in presenza di lacune del sistema di asilo di quest'ultimo tali da poter concretizzare una violazione dell'art. 3 della CEDU (divieto di trattamenti inumani e degradanti). Sarebbe al riguardo auspicabile che la Corte di Strasburgo, nel solco del percorso di rafforzamento e del completamento dei c.d. "*Strasbourg minimum*" a tutela dei MSNA già avviato per via giurisprudenziale, si pronunciasse anche al riguardo ed, estendendo la portata delle già citate sentenze, arrivasse a stabilire che la già affermata derogabilità del regolamento "Dublino III" potrebbe comportare un obbligo positivo di ingresso nello Stato ai fini del ricongiungimento familiare qualora le deficienze sistemiche rendano inadeguata la tutela dei MSNA nello Stato di primo ingresso (in forza del combinato disposto degli artt. 3 e 8 CEDU). Finora, infatti, la Corte di Strasburgo non si è spinta fino a dichiarare la derogabilità di "Dublino III" in relazione ai casi di minori stranieri non accompagnati trattenuti in condizioni disumane e degradanti, "limitandosi" a dichiarare la violazione dell'art. 3 della CEDU. Vanno al riguardo richiamate le due recenti sentenze, pronunciate entrambe il 28 febbraio 2019¹⁹ dalla Corte la quale ha acclarato la violazione dell'art. 3 CEDU con riferimento ai trattamenti subiti dai MSNA trattenuti rispettivamente dalla Francia, nella c.d. giungla di "Calais" e dalla Grecia in un centro di accoglienza.

¹⁶V. sentenza *ZAT*, parr. 50, 54-58.

¹⁷V. la sentenza *MK, IK and HK and CK (Afghanistan)* e la sentenza dell'UT del 12 aprile 2017, *R (on the Application of RSM and Another) v. Secretary of State for the Home Department*, [2017] UKUT 00124 (IAC). Per un commento alla giurisprudenza *ZAT*, v. P. BIONDI, *The ZAT Case and the Far-Reaching Consequences for the Dublin Regulation*, 2016, disponibile all'indirizzo <https://www.asylumlawdatabase.eu/en/journal/zat-case-and-far-reaching-consequences-dublin-regulation>; G. CLAYTON, *Textbook on Immigration and Asylum Law*, Oxford, 2016, p. 133 ss.

¹⁸Cfr. Corte EDU, 21 gennaio 2011, *M.S.S. c. Belgio*, ricorso n. 30699/09. Sulla derogabilità del sistema Dublino e sulla giurisprudenza e sulla dottrina correlata, v. diffusamente C. DI STASIO, *La crisi del "Sistema Europeo Comune di Asilo"*, cit. pp. 217 ss.

¹⁹Cfr. Corte EDU, 28 febbraio 2019, *H.A. et al. c. Grecia*, ric. n. 19951/16 e *Khan c. Francia*, ric. n. 12267/16, entrambe disponibili all'indirizzo <https://hudoc.echr.coe.int>.

In particolare, nel primo caso, *Khan c. Francia*, la Francia è stata condannata per la violazione dell'art. 3 della CEDU in quanto ha trattenuto per almeno sei mesi nella c.d. giungla di "Calais" un minore afgano, arrivato in Francia a 11 anni. Secondo la Corte, infatti, le autorità francesi non hanno fatto quanto necessario per proteggere il minore che, in quanto straniero e in quanto non accompagnato, si trovava in una particolare situazione di vulnerabilità. Malgrado poi l'intervento dei giudici di Lille, le autorità competenti, anche se non sono rimaste completamente inattive, non hanno attuato tutti i provvedimenti richiesti dal tribunale amministrativo. La Corte, nella decisione, tiene conto della complessità della situazione, delle difficoltà relative all'accertamento dell'età e di alcune dichiarazioni del minore ma, in ogni caso, ha ritenuto che la Francia non ha adottato tutti provvedimenti che si potevano ragionevolmente attendere per tutelare un minore in una particolare situazione di vulnerabilità. La Corte, infine, oltre ad accertare la violazione dell'articolo 3 della Convenzione, ha condannato la Francia a versare quindicimila euro al minore per i danni non patrimoniali.

L'altro caso affrontato dalla Corte, *H.A. c. Grecia*, ha riguardato quattro minori non accompagnati, entrati in Grecia dalla Turchia con l'intenzione di trasferirsi in altri Stati dell'Unione europea, i quali sono stati trattenuti prima presso diverse stazioni di polizia per un lungo periodo (tra 21 e 33 giorni), poi sono stati trasferiti presso un centro di accoglienza. In particolare, la violazione è stata rilevata in relazione alle condizioni del trattenimento e non alla sua durata, dovendosi questa valutare in relazione all'eccezionalità del flusso migratorio verso la Grecia nel periodo considerato e all'assenza di segnalazioni da parte dell'UNHCR in ordine a situazioni di particolare criticità rilevate presso i centri di accoglienza. In connessione con l'art. 3 CEDU, secondo la Corte, è stato violato anche l'art. 13 a causa dell'assenza di rimedi effettivi esperibili dai ricorrenti al fine di sottoporre il loro trattenimento all'esame di un'autorità terza ed imparziale. Nello stesso senso, si è espressa sempre la Corte di Strasburgo, nella successiva sentenza del 13 giugno 2019²⁰, pronunciata nei confronti di diversi Stati, segnatamente Grecia, Austria, Croazia, Ungheria, Macedonia del Nord, Serbia e Slovenia. La Corte ha, infatti, affermato che nei casi di detenzione ed

²⁰Cfr. Corte EDU, 13 giugno 2019, *Sh.D. and Others c. Greece, Austria, Croatia, Hungary, North Macedonia, Serbia and Slovenia*, ric. n. 14165/16, disponibile all'indirizzo <https://hudoc.echr.coe.int>.

accoglienza di migranti irregolari sorgono, in capo agli Stati, particolari obbligazioni il cui mancato rispetto può dare luogo alla violazione dell'art. 3 CEDU, soprattutto se sono coinvolti minori non accompagnati. Per quanto attiene alla custodia presso le stazioni di polizia, la Corte afferma che vi è una violazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti per lunghi periodi di detenzione in tali strutture²¹. In particolare, tali luoghi presentano condizioni inadatte alla detenzione prolungata, a causa della mancanza di spazi aperti per il movimento, di occasioni di contatto con il mondo esterno. Quanto ai minori, la Corte ricorda che gli Stati firmatari della Convenzione sui diritti del fanciullo, nella propria giurisdizione, sono obbligati a garantire, ad ogni bambino privato anche temporaneamente del proprio ambiente familiare, assistenza materiale e psicologica, in conformità con la propria legislazione nazionale. Gli Stati membri, dunque, hanno un obbligo generale di protezione e cura nei confronti di tutti i minori, a prescindere dal loro *status* e dalla loro provenienza²². Tali obbligazioni sono riconducibili ai principi di cui all'art. 3 CEDU. Tali principi, secondo la Corte, sono stati disattesi dagli Stati greco, austriaco, ungherese, macedone, serbo e sloveno per le condizioni di accoglienza e detenzioni nelle stazioni di polizia e nei campi di accoglienza.

La Corte di Appello inglese, di fronte alla quale è stata impugnata la sentenza dell'UP, nella sentenza del 2 agosto 2016 ha sostanzialmente confermato il contenuto della decisione di primo grado, limitandone tuttavia i potenziali effetti dirompenti e precisando che la possibilità di bypassare il sistema Dublino può avvenire in presenza di "*especially compelling cases*", quando cioè si possa dimostrare che le procedure di registrazione e presa in carico rendano oggettivamente impossibile rispondere in maniera adeguata al rispetto all'unità familiare²³. L'eco della giurisprudenza ZAT si è riverberata anche a livello politico portando alla adozione, da parte delle autorità governative dei due Stati membri coinvolti, di importanti provvedimenti. La Francia, il

²¹ In questo senso, cfr. *ex multis*, Corte EDU, 30 marzo 2017, *Grammosenis e altri c. Grecia*, ric. n. 16287/13, §§48-50; 7 aprile 2016, *Ali e altri c. Grecia*, ric. n. 13385/14, §§15-20; 16 luglio 2015, *Peidis c. Grecia*, ric. n. 728/13, consultabili all'indirizzo <https://hudoc.echr.coe.int>.

²²In questo senso v. anche Corte EDU, 28 febbraio 2019, *Khan c. Francia*, ric. n. 12267/16, §44, disponibile all'indirizzo <https://hudoc.echr.coe.int>.

²³Cfr., UK Court of Appeal, *Secretary of State for the Home Department v ZAT & Ors* [2016] EWCA Civ 810, par. 92-95 disponibile all'indirizzo <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/08/Home-Office-v-ZAT-judgment.pdf>.

25 gennaio 2016,²⁴ ha adottato una circolare interministeriale per ridurre il termine di registrazione delle domande di asilo dei MSNA a tre/dieci giorni. Dal canto suo, il Regno Unito ha aggiunto all'*Immigration Act* del 2016 la sez. 67, meglio conosciuta come emendamento *Dubs*, che prevede la possibilità di far entrare legalmente bambini particolarmente vulnerabili, provenienti da alcuni Stati membri come Francia, Grecia ed Italia, a discrezione del Governo. Grazie a questa previsione hanno fatto ingresso nel Regno Unito più di cinquecento MSNA, anche se nel 2017 la riforma è stata ridimensionata nella sua portata ²⁵.

Va, comunque rilevato che, nonostante la giurisprudenza ZAT e le riforme legislative introdotte, centinaia di minori sono rimasti a Calais in quanto la loro richiesta di ricongiungimento è stata respinta senza motivazioni. In seguito ad una forte pressione dell'opinione pubblica, il governo inglese ha deciso quindi di rivedere i casi respinti, acquisendo nuove informazioni circa i legami familiari dei minori. Nonostante questo supplemento di "indagini" condotte dal *British Home Office* che ha sostanzialmente intervistato nuovamente i richiedenti, la gran parte delle richieste è stata ancora rigettata. Così a marzo 2017, otto minori hanno impugnato dinanzi all'UT i doppi provvedimenti di rigetto. Se nel caso ZAT i ricorrenti chiedevano in sostanza di bypassare il meccanismo Dublino, in questo caso gli otto MSNA si sono opposti alla decisione del *Secretary of State* che reiteratamente ha rigettato la loro richiesta di essere trasferiti nel Regno Unito, invocando il diritto all'unità familiare previsto proprio dagli artt. 6 e 17 del regolamento "Dublino III". Nella sua decisione, l'UT, richiamando la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE²⁶ e la già citata sentenza ZAT, ha pertanto affermato che il Regno Unito ha potuto in passato, in determinate circostanze, bypassare la formale presentazione delle domande di asilo da parte di minori non

²⁴Cfr. *Circulaire interministérielle du 25 janvier 2016 relative à la mobilisation des services de l'Etat auprès des conseils départementaux concernant les mineurs privé temporairement ou définitivement de la protection de leur famille et les personnes se présentant comme tel*, n. JUSF1602101C, reperibile all'indirizzo http://www.justice.gouv.fr/publication/mna/circ_intermin20160125.pdf.

²⁵Cfr., *House of Commons, Home Affairs Committee, Unaccompanied Child Migrants, Thirteenth Report of Session 2016-17*, 6 marzo 2017, disponibile all'indirizzo <https://publications.parliament.uk/pa/cm201617/cmselect/cmhaff/1026/1026.pdf>.

²⁶ In particolare, viene citata la sentenza della Corte giust., 6 novembre 2012, K. c. *Bundesasylamt*, causa C-245 /11, ECLI:EU:C:2012:685, disponibile all'indirizzo <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-245/11&language=IT>

accompagnati e la formale presa in carico da parte della Francia²⁷. Agire in questo modo è stato non solo lodevole e ragionevole ma anche “compatibile” con gli scopi e gli obiettivi del regolamento “Dublino III”, tra i quali, in particolare: la fiducia reciproca, la cooperazione interstatale, la tutela dei minori e la promozione del diritto al ricongiungimento familiare²⁸. Tuttavia, l’UT ha osservato che il regolamento “Dublino III” prevede norme minime il cui dovere di osservanza è ineludibile²⁹ e di conseguenza, sebbene uno Stato membro possa superare legalmente la soglia di Dublino, non può legittimamente escludere il rispetto di disposizioni chiave e parti sostanziali diritto dell’UE³⁰. In altre parole, mentre i meccanismi di Dublino possono essere “allentati” per promuovere il ricongiungimento familiare, non si possono violare le garanzie sostanziali previste a tutela diritti dei minori. La decisione dell’UT del Regno Unito in *AM e OA* riconosce dunque una certa “fluidità” del regolamento “Dublino III”, rafforzando al contempo il suo ruolo di meccanismo vincolante e dando piena efficacia ai diritti umani dei cittadini di Paesi terzi. La sentenza in esame aiuta a promuovere i diritti di tutti i minori non accompagnati che necessitano di protezione internazionale, cercando di utilizzare le previsioni contenute nel regolamento “Dublino III” a loro vantaggio. Essa ha allargato anche il precedente giurisprudenziale relativo all’intersezione del regolamento “Dublino III” con diritti umani, che per la maggior parte si è finora focalizzato esclusivamente intorno ai c.d. “trasferimenti Dublino” che hanno determinato la violazione diritti umani non derogabili, quali il divieto di trattamenti inumani e degradanti³¹. Purtroppo, la c.d. *Brexit* ha assestato un duro colpo alla promettente legislazione in materia di ricongiungimenti di MSNA avviata con l’introduzione del c.d. emendamento “*Dubs*”, cioè della sez. 67 nell’*Immigration Act*. L’8 gennaio 2020, con 348 voti a favore e 252 contro, la Camera dei Comuni ha votato contro un emendamento che, se fosse stato inserito nell’ *European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020*³² avrebbe continuato a garantire ai minori stranieri non

²⁷Cfr., par. 72, sentenza *AM e OA*.

²⁸Cfr., par. 106, sentenza *AM e OA*.

²⁹Cfr., par. 107, sentenza *AM e OA*.

³⁰Cfr., par.108, sentenza *AM e OA*.

³¹V. *supra*, nota 72.

³²Tale legge, da non confondere con l’Accordo vero e proprio (ovvero l’“Accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall’Unione europea e dalla Comunità europea dell’energia atomica”, in GUUE, L 29 del 31.1.2020, p. 7 disponibile all’indirizzo

accompagnati richiedenti asilo il diritto al ricongiungimento con familiari presenti nel Regno Unito, anche in seguito all'uscita dall'Unione europea.

Nonostante l'atteggiamento di chiusura da poco inaugurato dall'uscente Regno Unito va asserito che, dal momento che i flussi migratori verso e attraverso tutto il territorio europeo continuano a un ritmo rapido, eludere le formalità procedurali di "Dublino III" mantenendo lo stesso *standard* di protezione dei diritti può risultare estremamente importante. Tutti gli Stati membri dovrebbero essere incoraggiati a "rilassare" le rigide procedure previste dal regolamento "Dublino III"³³, dovrebbero altresì adottare procedure accelerate che riuniscano più rapidamente i minori non accompagnati in cerca di protezione internazionale con i loro familiari, continuando a rispettare i loro diritti sostanziali.

5. Il possibile concorso fra diritto migratorio e diritto internazionale privato nella tutela del diritto all'unità familiare dei MSNA.

Come si è sopra evidenziato, uno degli ostacoli maggiori alla piena realizzazione dell'unità familiare per i MSNA richiedenti asilo consiste nel malfunzionamento del meccanismo di ricongiungimento previsto dagli artt. 8 ss. del regolamento UE "Dublino III" che, di fatto, impedisce ai minori di riunirsi con i propri familiari³⁴. In una situazione molto simile, si trovano anche i MSNA non richiedenti asilo, che rappresentano la maggioranza di tali minori, la cui tutela giuridica appare più affievolita e a tratti incerta rispetto ai richiedenti asilo, il che comporta una quasi totale compromissione del loro diritto a ricongiungersi con genitori o parenti già presenti in altri Paesi dell'Unione europea. In questo modo, il superiore interesse del minore viene

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12020W/TXT&from=IT>) è stata approvata in terza lettura dal parlamento britannico il 9 gennaio 2020 ed ha ottenuto il c.d. "Royal Assent" il 23 gennaio 2020, pochi giorni prima della ratifica da parte del Consiglio dell'Unione europea dell'Accordo sul recesso, avvenuto in data 31 gennaio 2020. L'*EU Withdrawal Act* contiene le norme per la ratifica e l'attuazione nell'ordinamento interno dell'Accordo sul recesso. Esso è consultabile all'indirizzo http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2020/1/pdfs/ukpga_20200001_en.pdf.

³³ Cfr., par. 114, sentenza *AM e OA*.

³⁴ Cfr., C. FRATEA, *Quando il diritto si scontra con la realtà: i minori migranti quali soggetti titolari del diritto al ricongiungimento familiare*, in C. FRATEA (a cura di), *Minori e immigrazione: quali diritti?*, I Quadranti, Napoli, 2015.

significativamente sacrificato in nome di interessi che nulla hanno a che fare con le esigenze primarie di un minore.

Essendo questo il quadro della scarsa tutela del diritto all'unità familiare dei MSNA, negli ultimi tempi si sta esplorando la possibilità di avvalersi degli strumenti giuridici previsti dal diritto internazionale privato europeo per sanare questa lacuna e garantire una tutela concreta ed efficace dei diritti dei MSNA. L'utilizzo di tali strumenti si configurerebbe come alternativa rispetto agli strumenti *ad hoc* ed in un certo senso "sostitutiva" qualora questi ultimi, come il regolamento "Dublino III", falliscano nel loro obiettivo di tutela. Al riguardo, non sono molti gli studi sulle possibili interazioni tra gli strumenti in materia di asilo e immigrazione e quelli previsti in materia di diritto internazionale privato³⁵. In generale, la separazione fra diritto migratorio e di asilo, da un lato, e diritto internazionale privato, dall'altro, potrebbe apparire *prima facie*

³⁵Non ultimo, va menzionato lo studio commissionato dal Parlamento europeo dal titolo: "Children on the Move: A Private International Law Perspective" STUDY for the JURI committee, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs PE 583.158- June 2017, disponibile all'indirizzo [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583158/IPOL_STU\(2017\)583158_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583158/IPOL_STU(2017)583158_EN.pdf). Tra gli altri, si segnalano, inoltre: J. VERHELLEN, *Balancing migration policy and personal autonomy in private international law: a shattered illusion?*, in M.C. FOBLETS, A. RENTELN AND M. GRAZIADEI (eds.), *The paradoxes of personal autonomy*, Routledge, 2017; P. MANKOWSKY, *Die Reaktion des Internationalen Privatrechts auf neue Erscheinungsformen der Migration*, in IPRax, 2017, p. 40 ss.; A. FIORINI *The Protection of the Best Interests of Migrant Children Through Private International Law and Habitual Residence in Migrant Children: Challenges for Public and Private International Law*, 2016; F. IPPOLITO, G. BIAGIONI (eds.), *Migrant Children: Challenges for Public and Private International Law*, Napoli, 2016; G. CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Torino, 2014, V. CHETAIL, *Les relations entre droit international privé et droit international des réfugiés: histoire d'une brève rencontre*, in *Journal de droit international*, 2014, pp. 447-475; S. CORNELOUP, *Can Private International Law Contribute to Global Migration Governance?*, in H. MUIR WATT, D.P. FERNANDEZ ARROYO, *Private International Law and Global Governance*, Oxford, 2014, pp. 301 ss.; M. VARGAS GOMEZ-URRUTIA, *Le rôle du droit international privé face au "nouveau" modèle de migration "temporaire ou circulaire": la technique de coopération des autorités et quelques questions du statut personnel des étrangers face au pluralism*, in H. RUIZ-FABRI, R. WOLFRUM AND J. GOGOLIN (eds.), *Select Proceedings of the European Society of International Law*, Hart Publishing, 2012, pp. 112-140; H. VAN LOON, *Vers un nouveau modèle de gouvernance multilatérale de la migration internationale – réflexions à partir de certaines techniques de coopération développées au sein de la Conférence de La Haye*", in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Liber Amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 420 – 434; V. VAN DEN EECKHOUT, *Instrumentalisation of and by Migration Law. Instrumentalisation and Private International Law*, 2005, disponibile all'indirizzo <https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/13855/V%20Van%20Den%20Eeckhout%20-%20Instrumentalisation%20of%20and%20by%20Migration%20Law.pdf?sequence=1>; ID., *The personal status of migrants: still a matter of Private International Law? – The dark side of the picture*, 2005, disponibile all'indirizzo <https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/13853>.

piuttosto netta, avendo le due normative un ambito di applicazione apparentemente autonomo l'uno dall'altro. I MSNA sono oggetto, come visto, di una particolare protezione sostanziale ai sensi delle convenzioni internazionali e del diritto dell'Unione europea (in particolare da parte del regolamento "Dublino III"). Il diritto internazionale privato dell'Unione europea si occupa, invece, di individuare le autorità competenti al fine di assumere misure di protezione nei confronti del minore, di determinare la legge applicabile e il riconoscimento e l'esecuzione dei provvedimenti negli Stati membri. Eppure, sembrano esserci alcuni punti di contatto fra diritto migratorio e diritto internazionale privato, anche se, ad oggi, appaiono ancora ignorati o sottostimati³⁶. Finora, infatti, sono stati considerati come settori separati del diritto e poca attenzione è stata data alla possibilità di un loro concorso, soprattutto ai fini di una tutela dei diritti dei MSNA.

Quando si parla di un possibile concorso fra diritto internazionale privato nell'ambito della tutela del minore e diritto migratorio è necessario prendere in considerazione, in particolare, due strumenti: il regolamento UE n. 1111/2019 del Consiglio, del 25 giugno 2019, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori³⁷, c.d. "Bruxelles II-ter" (che ha di recente sostituito il previgente regolamento UE n. 2201/2003, c.d. "Bruxelles II-bis" e che entrerà in applicazione il 1° agosto 2022) e la Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996 sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori³⁸. Il rapporto fra i due strumenti citati, essendo il loro campo di applicazione in

³⁶V. studio commissionato dal Parlamento europeo dal titolo: "*Children on the Move: A Private International Law Perspective*", cit., p. 7.

³⁷In GUUE, L 178, del 2.7.2019, pp. 1-115.

³⁸Cfr., *Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children*, pubblicata sul sito della Conferenza dell'Aja all'indirizzo <https://assets.hcch.net/docs/f16ebd3d-f398-4891-bf47-110866e171d4.pdf>. La Convenzione è, ad oggi, in vigore per tutti gli Stati membri dell'UE. Anche i seguenti Stati ne sono parte: Albania, Armenia, Australia, Barbados, Cuba, Ecuador, Fiji, Georgia, Guyana, Honduras, Lesotho, Monaco, Montenegro, Marocco, Nicaragua, Norvegia, Paraguay, Repubblica Dominicana, Russia, Serbia, Svizzera, Turchia, Ucraina e Uruguay. È stata firmata ma non ratificata da Argentina, Canada e Stati Uniti. Per un aggiornamento sullo stato delle ratifiche della Convenzione si rinvia al seguente link: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=70>.

gran parte corrispondente ed essendo tutti gli Stati membri dell'UE anche Stati parte della Convenzione, viene disciplinato dall'art. 97 del regolamento "Bruxelles II-ter" che prevede una prevalenza di quest'ultimo se il minore ha la residenza abituale in uno Stato membro e, in relazione al riconoscimento e all'esecuzione di una decisione emessa da un'autorità di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro, se il minore risiede abitualmente nel territorio di uno Stato parte della convenzione e in cui non si applica il regolamento. Va, tuttavia, rilevato che la reale applicazione della Convenzione risulta alquanto ridotta dal momento che tra gli Stati da cui proviene il maggior numero di migranti, soltanto Albania, Marocco e Turchia, oggi, sono parte della Convenzione.

Fatte queste precisazioni, occorre ora valutare il rapporto fra il regolamento "Dublino III" e i regolamenti "Bruxelles II-bis" e "Bruxelles II-ter" in relazione all'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione. I regolamenti in esame si occupano, infatti, di aspetti diversi. Come si diceva, il regolamento "Dublino III" fissa le regole per la concessione della protezione internazionale occupandosi di aspetti prettamente amministrativi, pur potendo il procedimento proseguire di fronte ad un giudice, mentre i regolamenti "Bruxelles II-bis" e "Bruxelles II-ter" non si applicano ai profili amministrativi della concessione dello *status*, ma si occupano della giurisdizione e del riconoscimento delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale. Parrebbe, dunque, di primo acchito, che la questione dei migranti, anche se minori, non possa rientrare nell'ambito di applicazione del regolamento "Bruxelles II-ter". Tale affermazione sembrerebbe trovare, sotto il vigore dell'attuale regolamento "Bruxelles II-bis", che ricordiamo si applicherà fino al 1° agosto 2022, una conferma nel "considerando" n. 10 che espressamente esclude "le decisioni sul diritto di asilo e nel settore dell'immigrazione" ricalcando l'art. 4 della Convenzione dell'Aja del 1996. Tuttavia, ad un'analisi più approfondita, come spiega anche la relazione Lagarde che accompagna la Convenzione dell'Aja del 1996, sono escluse dall'ambito di applicazione solo le decisioni, in genere di natura amministrativa, relative alla concessione della protezione internazionale mentre la tutela e la rappresentanza legale

del minore che presenta domanda di protezione vi rientrano a tutti gli effetti³⁹. Un ragionamento analogo, in considerazione della quasi totale sovrapposizione fra i due strumenti, deve essere condotto anche in relazione al regolamento “Bruxelles II-bis”, il quale è pacifico non trovare applicazione alle decisioni di natura amministrativa relative alla concessione della protezione internazionale, coperte dal regolamento “Dublino III”, potendosi al contrario applicare alle misure volte a tutelare il MSNA durante e dopo tali procedure⁴⁰. Nessun argomento contrario può desumersi in relazione all’ambito materiale di applicazione del regolamento “Bruxelles II-bis” che, anche se relativo alla responsabilità genitoriale, un’ampia e consolidata giurisprudenza ha esteso fino a ricomprendere qualsiasi misura relativa alla protezione del minore, indipendentemente da qualsiasi connessione con procedimenti su separazione, divorzio o annullamento del vincolo matrimoniale⁴¹. Nessun dubbio sorgerà quando si applicherà il regolamento “Bruxelles II-ter” il quale, recependo la sopracitata giurisprudenza, al “considerando” n. 7 dichiara la propria applicabilità a tutte “le decisioni in materia di responsabilità genitoriale incluse le misure di protezione dei minori, indipendentemente da qualsiasi nesso con procedimenti matrimoniali o altri procedimenti”. Pertanto, l’applicazione del regolamento “Bruxelles II-ter” può essere estesa anche alle misure richieste all’autorità giurisdizionale a tutela dei minori migranti appena sbarcati in Italia. Il minore, infatti, è anzitutto un minore prima che migrante ed il suo *status* giuridico non dipende dal fatto di aver presentato una domanda di protezione internazionale, di avere titolo a una forma di protezione, oppure di essere migrante economico e, quindi, di non poter essere beneficiario di alcuna protezione. L’unico aspetto rilevante riguarda il fatto che si tratta di un minore che, se non ha nessuno che lo accompagna e che se ne assuma la responsabilità e la cura secondo la legge italiana, ha diritto a ricevere, in base a quanto dispone la sopracitata legge c.d. “Zampa”, una tutela giuridica e a non essere respinto. Il divieto

³⁹V. P. LAGARDE, *Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention*, disponibile all’indirizzo <https://assets.hcch.net/docs/5a56242c-ff06-42c4-8cf0-00e48da47ef0.pdf>. V., inoltre, N. LOWE, *The 1996 Hague Convention on the Protection of Children*, Bristol, 2012, p. 31.

⁴⁰ V., in tal senso, lo studio commissionato dal Parlamento europeo dal titolo “*Children on the Move: A Private International Law Perspective*”, cit., p. 14.

⁴¹Cfr. Corte giust., 27 novembre 2007, causa C-435/06, C, punto 53; 2 aprile 2009, C-523/07, A., punti 21-29; 26 aprile 2012, C-92/12 PPU, *Health Service Executive*, punti 60-66, tutte consultabili all’indirizzo <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=it>.

di *refoulement*, principio cardine di molti strumenti internazionali tra cui la Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato del 1950, informa anche la legge c.d. “Zampa” che, all’art. 3, vieta di allontanare il minorenne respingendolo verso il proprio Paese di origine. L’art. 10 della legge “Zampa” consente pertanto al minore di ottenere Italia un permesso di soggiorno per minore di età. Di conseguenza, ai fini della tutela giuridica del MSNA nel Paese ospitante, rilevano le norme contenute nel regolamento “Bruxelles II-*bis*”, come riformato dal regolamento “Bruxelles II-*ter*”. Occuparsi del minore in un’ottica internazionalprivatistica significa porre al centro il minore, nella sua dimensione individuale, e non in qualità di migrante, come avviene applicando le norme contenute nel regolamento “Dublino III”⁴².

Una volta accertato che l’ambito materiale del regolamento “Bruxelles II-*bis*”, poi regolamento “Bruxelles II-*ter*”, può ricomprendere le misure a tutela del MSNA, resta da indagare se anche il suo ambito soggettivo di applicazione è suscettibile di una estensione applicativa. Il regolamento “Bruxelles II-*bis*”, come ha affermato la giurisprudenza della Corte di giustizia dell’UE è applicabile *erga omnes*, non è cioè condizionato da una situazione c.d. “intracomunitaria” che si verifica quando il potenziale conflitto di giurisdizione si realizza tra giudici di più Stati membri. Infatti, come la Corte ha avuto modo di chiarire⁴³ con riguardo all’art. 8 del regolamento “Bruxelles II-*bis*”, in un caso in cui il giudice inglese era stato adito in relazione alla responsabilità genitoriale di un minore nato (e fino a quel momento residente) solo in Bangladesh: “il fatto che una controversia portata dinanzi ad un giudice di uno Stato membro non sia suscettibile di rientrare nell’ambito di applicazione dell’art. 8, par. 1 del regolamento n. 2201/2003 non costituisce necessariamente un ostacolo a che tale giudice sia competente a conoscere tale controversia ad altro titolo. In particolare, continua la Corte: “resta comunque il fatto che, come evidenziato dalla Commissione, ciascuno Stato membro rimane libero, in conformità dell’art. 14 del regolamento summenzionato, di fondare la competenza dei propri giudici in virtù di norme di

⁴²V. C. HONORATI, *La tutela dei minori migranti tramite il diritto internazionale privato: quali rapporti tra Dublino III e Bruxelles II-bis?*, in A. ADINOLFI, G. CAGGIANO (a cura di), *Temi e questioni di diritto dell’Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci.*, Bari, 2019, pp. 717-733.

⁴³Cfr. Corte giust., 17 ottobre 2018, causa C-393/18, *UD*, par. 40, disponibile all’indirizzo <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=206859&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5767273>.

diritto interno discostandosi dal criterio della vicinanza sul quale si fondano le disposizioni di questo regolamento⁴⁴. Dunque, a parere della Corte, nella già richiamata sentenza, è errato ritenere di poter applicare il regolamento solo quando il minore sia residente abituale nell'UE. Il criterio della residenza abituale è sicuramente quello preferito dal legislatore in quanto, in un'ottica di tutela del minore, il giudice del luogo di residenza abituale è quello più adatto a decidere a causa della vicinanza del minore, tuttavia non è l'unico previsto, ben potendo sussistere il caso in cui uno Stato membro può esercitare la sua giurisdizione anche nei confronti di minori residenti fuori dall'UE, quando uno degli altri criteri alternativi previsti dal regolamento risulta soddisfatto. Anche se il caso in esame non riguardava in specifico un MSNA, l'interpretazione data dalla Corte del regolamento "Bruxelles II-bis" consente di concludere che nulla osti ad una applicazione anche ai MSNA regolamento "Bruxelles II-bis" e, quando entrerà in vigore, il "Bruxelles II-ter".

6. Le possibili soluzioni "alternative" e "suppletive" offerte dal regolamento UE n. 1111/2019 c.d. "Bruxelles II-ter" in caso di diniego al ricongiungimento familiare previsto dal regolamento "Dublino III".

Una volta accertata l'applicabilità *rationae materiae* e *rationae personae* del regolamento "Bruxelles II-bis" e, quando entrerà in applicazione, del regolamento "Bruxelles II-ter", è necessario indagare in quale modo la disciplina in essi contenuta possa sopperire alle lacune degli strumenti *ad hoc* previsti per i MSNA richiedenti asilo al fine di garantire la tutela del loro diritto familiare, in concreto molto spesso violato.

In relazione alla tutela del MSNA, le norme in essi contenute giocano un ruolo fondamentale, innanzitutto, con riguardo alla determinazione del giudice competente e del riconoscimento delle decisioni. Ai sensi della legge c.d. "Zampa", infatti, quando un minore straniero sbarca in Italia, viene "preso in carico" dalle autorità di questo Paese, circostanza che dovrebbe sollevare un problema di giurisdizione in merito alle varie misure di protezione da assumere nei suoi confronti come: la nomina di un rappresentante legale (ovvero di un tutore, legale o volontario); la determinazione dell'età; i provvedimenti in relazione alla sua protezione, ovvero collocamento presso

⁴⁴Cfr. par. 56 sentenza Corte giust., 17 ottobre 2018, cit.

un istituto, una famiglia affidataria; la decisione di ordinare il rimpatrio volontario (art. 8) qualora ciò rientri nel suo superiore interesse. In relazione a tutte queste misure, non sorgono dubbi circa la giurisdizione del giudice italiano, anche se è poco indagata la questione in base a quale titolo egli sia competente. La legge “Zampa” sembra dare per scontata la competenza del giudice italiano, ricollegandola tacitamente alla presenza del minore sul territorio italiano. Invero, a seconda del titolo posto a fondamento della decisione del giudice, questa avrà una portata differente proprio perché essa è resa nei confronti di soggetti stranieri e quindi, in molti casi, è destinata a circolare e a dispiegare i propri effetti al di fuori del foro in cui è pronunciata. L’esigenza che le misure adottate producano effetti nello spazio giudiziario europeo induce a chiedersi quali criteri del regolamento attribuiscono al giudice una piena giurisdizione in merito, escludendo, dunque, immediatamente, i criteri volti ad individuare il giudice competente ad adottare provvedimenti provvisori e cautelari che, pur potendo essere adottati per tutelare il minore il forza dell’art. 20 del regolamento “Bruxelles II-bis” (ora art. 15 del regolamento “Bruxelles II-ter”), non sono suscettibili di produrre effetti al di là del foro di adozione e hanno carattere temporaneo.

Quanto alla competenza giurisdizionale, due sono i criteri che si pongono all’attenzione ovvero quelli previsti dall’art. 8 (ora art. 7 del regolamento “Bruxelles II-ter” residenza abituale del minore) e dall’art. 13 (ora art. 11 del regolamento “Bruxelles II-ter”, presenza sul territorio del minore). Va sgombrato subito il campo circa la non applicabilità al minore migrante del criterio della residenza abituale, la quale richiede un certo grado di integrazione familiare e sociale in un determinato ambiente, che va accertata in concreto e che non può certo predicarsi in relazione ad un minore in fuga dal proprio Paese, eccezion fatta forse per il caso del minore che abbia magari 16 o 17 anni e che dimostri un adeguato livello di inserimento nello Stato membro ospitante⁴⁵. Dunque, il criterio della residenza abituale può trovare applicazione solo in casi limitati e residuali.

Pertanto, la norma che dovrebbe essere utilizzata nei confronti del MSNA è quella della presenza sul territorio, di cui all’art. 13 del regolamento “Bruxelles II-bis”, ora art.

⁴⁵Così ad esempio *Oberlandesgericht Karlsruhe*, 5 marzo 2012, 18 UF 274/11, e 26 giugno 2015, n. 18 UF 112/15, ha, in entrambi i casi, ritenuto abitualmente residente in Germania il minore che vi si trovava da otto mesi. Se ne veda la citazione in Parlamento europeo, *Children on the Move*, cit., p. 14, nota 14.

11 regolamento "Bruxelles II-ter". In relazione al primo paragrafo degli articoli citati, nulla è cambiato fra le versioni due regolamenti. Il primo paragrafo continua a prevedere che è competente lo Stato membro in cui si trova il minore, qualora non si possa individuare la residenza abituale né sia possibile individuare il foro né in altro Stato UE né in qualsiasi altro Stato terzo. Ovviamente tale paragrafo non sarà applicabile nel caso in cui sia possibile individuare la residenza abituale del minore, anche se al di fuori dell'Unione europea, ipotesi altamente probabile per i minori migranti. In questo caso, se il minore è residente abituale in uno Stato parte della Convenzione dell'Aja, la competenza si determina in base alle norme ivi contenute. Se, invece, la residenza abituale è individuabile in uno Stato terzo che non è nemmeno parte della Convenzione dell'Aja, la competenza andrà determinata alla luce dei criteri di competenza interna del foro, richiamati quale *extrema ratio* dall'art. 14 del regolamento "Bruxelles II-bis".

Non del tutto comprensibili appaiono le differenze di formulazione del secondo paragrafo dell'attuale art. 13 del regolamento "Bruxelles II-bis" (ora art. 11), di rilievo ai fini della presente trattazione, perché si tratta di una norma espressamente rivolta ai minori rifugiati e sfollati. Nel regolamento attualmente in vigore si dice, infatti, similmente all'art. 6 della Convenzione dell'Aja, che il paragrafo relativo al criterio della presenza sul territorio nello Stato membro si applica anche ai minori rifugiati o sfollati a causa dei disordini nei loro Paesi. Tale criterio, dunque, ben si adatta alla situazione del minore richiedente asilo che abbia lasciato il proprio Paese di residenza abituale per stabilirsi altrove, senza aver deciso tuttavia in modo certo dove. Dubbi sorgono circa l'ambito di applicazione del criterio che sembra potersi utilizzare solo nei confronti di chi sia già stato dichiarato rifugiato e solo se questi abbia lasciato il proprio Paese a causa di disordini. Nell'incertezza del dato normativo, sembra opportuno abbracciare una interpretazione inclusiva ed ampia, che consenta di non discriminare tra categorie di minori, includendo quindi sia coloro che sono in attesa della definizione del proprio *status*, sia chi non ha fatto ancora richiesta sia chi abbia ricevuto un esito negativo, e di farvi rientrare tutte le situazioni di rischio grave, oggettivo e sistematico. Solo un'ampia ed omnicomprensiva interpretazione può dirsi compatibile con i valori in cui si inserisce il regolamento e in linea con la politica che l'UE ha

sviluppato nel corso degli ultimi tempi a tutela dei minori migranti⁴⁶. Una tale estensiva applicazione della norma in esame troverebbe del resto conferma nell'interpretazione elaborata dalla Conferenza dell'Aja a proposito dell'art. 6 della Convenzione dell'Aja del 1996 disposizione, che come si è detto, è stata presa a modello dalla norma del regolamento "Bruxelles II-bis", in esame. Nella *Practical Handbook* ⁴⁷elaborata dalla Conferenza dell'Aja si chiarisce, infatti, che la frase "international displaced children" è abbastanza ampia da superare i limiti definitivi previsti dalle normative nazionali in relazione ai "rifugiati" e che i minori che rientrano in questa definizione sono tutti coloro che hanno lasciato il proprio Paese a causa delle "conditions arising there" e che non sono accompagnati da nessuno che possa prendersene cura. Dunque, nella Convenzione dell'Aja non viene data nessuna connotazione delle condizioni che hanno spinto il minore a lasciare il proprio Stato e ciò al fine di consentire un'applicazione quanto più ampia possibile dell'art. 6 della Convenzione.

Come si rilevava, però, preoccupazioni sorgono in merito alla nuova formulazione del secondo paragrafo dell'art. 13, ora art. 11 del regolamento "Bruxelles II-ter" il quale, a differenza della precedente formulazione, sembra aver compresso enormemente l'ambito applicativo, poiché può essere utilizzato solo nei confronti dei "minori rifugiati o minori sfollati a livello internazionale, a causa di disordini nei rispettivi Stati membri di residenza abituale". La norma, dunque, ripartisce la competenza fra gli Stati membri in relazione ai minori che sono già residenti abituali nell'UE e non su quelli che non lo sono ancora. Il "considerando" n. 25 precisa al riguardo che se prima dello

⁴⁶V., in tal senso, Comunicazione della Commissione, *Programma UE per i diritti del minore*, COM(2011)60, in <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0060:FIN:IT:PDF>; Comunicazione della Commissione, *La protezione dei minori migranti*, COM(2017)211 disponibile all'indirizzo <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/IT/COM-2017-211-F1-IT-MAIN-PART-1.PDF>. Per un'ampia rassegna dell'azione della Commissione a tutela dei minori migranti, si rinvia alla pagina appositamente dedicata: https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/rights-child/children-migration_en#euactiononchildreninmigration. Si veda altresì la risoluzione del Parlamento europeo, *Come far fronte ai movimenti di rifugiati e migranti: ruolo dell'azione esterna dell'UE*, (2015/2342(INI), del 5 aprile 2017, disponibile all'indirizzo https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0124_IT.html.

⁴⁷ Cfr., *Practical Handbook on the operation of the Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children*, The Hague, 2014, p. 41, parr. 4.13 – 4.14.

sfollamento il minore risiedeva in uno Stato terzo si dovrà applicare l'art. 6 della Convenzione dell'Aja del 1996. Tale ultima norma potrà tuttavia applicarsi solo se tale Stato terzo sia parte della Convenzione dell'Aja del 1996, in caso contrario, come visto sopra, la competenza andrà determinata alla luce dei criteri di competenza interna del foro, richiamati quale *extrema ratio* dall'art. 14 del regolamento "Bruxelles II-bis".

L'utilizzo del regolamento o delle altre fonti di diritto internazionale privato, ovvero la Convenzione dell'Aja del 1996 o la legge nazionale, non è di poco conto se si volessero utilizzare tali fonti per sopperire alla sostanziale disapplicazione degli strumenti *ad hoc* previsti per i MSNA a tutela del loro diritto all'unità familiare, in particolare di quelli contenuti nel regolamento "Dublino III". L'applicabilità del regolamento "Bruxelles II-bis" e "Bruxelles II-ter" si riflette, infatti, sulla possibilità di avvalersi di istituti che, anche se finora non utilizzati, potrebbero supplire alle inefficienze sopra evidenziate e garantire il ricongiungimento familiare di fatto negato ai MSNA. Il primo riguarderebbe il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni assunte nei confronti del MSNA in altri Stati membri. In particolare, come si diceva, una volta sbarcati in Italia, la legge "Zampa" prevede che si adottino una serie di misure volte a proteggere il MSNA. In particolare, l'art. 4 della legge stabilisce che i MSNA debbano essere accolti, per un periodo di 30 giorni, in apposite strutture ad essi riservate. I successivi artt. 6, 7 e 8 della legge n. 47/2017 concretizzano il diritto all'unità familiare contenuto nell'art. 29 Cost. Il d.lgs. n. 142/2015, art. 19, commi 7 e ss., dispone che, in attuazione della direttiva "procedure" proprio al fine di garantire il diritto all'unità familiare, "è tempestivamente avviata ogni iniziativa per l'individuazione dei familiari del minore non accompagnato richiedente protezione internazionale⁴⁸", operata di comune accordo tra Ministeri degli Interni, della Giustizia e degli Affari Esteri, sulla base di convenzioni con organizzazioni internazionali, intergovernative e umanitarie operanti nel settore. Al comma 3 dell'art. 6 della legge n. 47/17 si specifica che fino alla nomina del tutore, il responsabile della struttura di prima accoglienza

⁴⁸La competenza per le indagini familiari è in capo al Ministero dell'Interno (d'intesa con Giustizia e MAECI) e la competenza per il rimpatrio assistito, ex art. 8 legge n. 47/2017, passa dalla Direzione Generale dell'immigrazione del Ministero del lavoro, organo amministrativo, al Tribunale per i minori, organo costituzionalmente deputato alla determinazione del miglior interesse del minore (A. CORDIANO, *Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, Vol. 33, n. 9, 2017, pp. 1299-1309).

svolge le funzioni di responsabile legale ai fini delle procedure che coinvolgono il minore. Successivamente a detti adempimenti, la legge “Zampa” prevede, infatti, la necessità di nominare un tutore (art. 11). Tale nomina rappresenta una delle novità più importanti contenute nella legge in esame, introdotta proprio al fine di potenziare la tutela nei confronti dei MSNA. Prima della legge 47/2017, era prevalsa la prassi di nominare quale tutore un ente pubblico che, tra l’altro, aveva in carico in contemporanea un alto numero di minori. Il tutore volontario, al contrario, rappresenta una nuova figura investita di diverse funzioni, di natura complessa⁴⁹. Il tutore, infatti, non solo deve instaurare un rapporto di fiducia con il MSNA, ma è la figura che esercita per conto dei MSNA i suoi diritti. Il tutore volontario, trovandosi ad agire nella sfera delle esigenze evolutive del minore e della cura dello stesso (e non, quindi, solo in quella degli interessi afferenti alla tutela del suo patrimonio), si discosta dalla tradizionale figura del tutore prevista dal codice civile per la gestione del patrimonio del minore. Per tale motivo, la legge “Zampa” prevede che il tutore volontario, sia un privato cittadino che, all’esito positivo del completamento di un percorso di selezione e formazione, sia iscritto in un’apposita lista presso ogni Tribunale per i minorenni (art. 11, c. 1). Salvo che sussistano specifiche e rilevanti ragioni, ogni tutore dovrebbe dare la sua disponibilità ad assumere la tutela per un massimo di tre MSNA⁵⁰. Si tratta di un compito svolto in maniera volontaria, caratterizzato dalla gratuità della prestazione. In relazione alle funzioni svolte dal tutore, ai sensi dell’art. 19-bis del d.lgs. n. 142/2015, egli (in qualità di rappresentante), unitamente al mediatore culturale, deve presenziare nelle procedure di accertamento dell’età del minore. Sempre il tutore volontario deve adempiere i compiti relativi alla domanda di protezione internazionale. L’art. 19, c. 1, della legge 47/2017, prevede infatti che la relativa istanza possa essere presentata anche

⁴⁹A. THIENE, *Il tutore volontario finalmente protagonista nella vita dei minori stranieri non accompagnati*, in A. ANNONI (a cura di), *La protezione dei minori non accompagnati al centro del dibattito europeo ed italiano*, Napoli, Jovene, 2018.

⁵⁰ Il tutore volontario viene nominato dal Presidente del Tribunale per i minorenni o da un giudice da questo delegato, tra i soggetti iscritti nell’apposto registro. Per promuovere e facilitare la nomina dei tutori volontari, l’art. 11 della l. n. 47/2017 prevede la sottoscrizione di appositi protocolli tra i Garanti per l’infanzia e i Presidenti del Tribunale, evidenziando il requisito della prossimità territoriale. In effetti, ogni tutore volontario deve indicare il raggio territoriale entro il quale si deve rendere disponibile ad espletare tale funzione. In assenza di un elenco specifico, le funzioni e i compiti spettanti al tutore volontario vanno ricostruiti all’interno delle diverse disposizioni della l. n. 47/2017.

direttamente dal tutore qualora, all'esito della valutazione della storia personale svolta dal tutore, tale richiesta risulti opportuna. Il tutore rappresenta quindi una figura chiave nel sistema di protezione dei diritti spettanti al MSNA. Al tutore sono infatti attribuiti compiti di azione e di rappresentanza in giudizio del minore. Egli è, inoltre, il suo punto di riferimento sia all'interno del sistema di accoglienza, sia in relazione ai rapporti che coinvolgono altre istituzioni e autorità⁵¹.

Come si diceva, prima della nomina del tutore, è necessario svolgere le indagini familiari che hanno un ruolo molto importante in quanto la legge "Zampa" prevede che nel caso in cui siano rintracciati familiari idonei ad accogliere il minore, questi saranno preferiti al collocamento in comunità (comma 7-*quater*, art. 19 d.lgs. n. 142/2015). Sulla base di questo principio, le norme in esame definiscono quindi un doppio binario di intervento: la prima ipotesi è quella delle indagini familiari e del rintracciamento di un genitore o di un familiare idoneo a prendersi cura del minore; la seconda è quella in cui il minore debba essere rimpatriato verso il Paese di origine o verso un Paese terzo, con provvedimento assunto dal Tribunale per i minorenni, chiamato a valutare il superiore interesse del minore operando un bilanciamento fra il diritto alla famiglia ed il complesso dei diritti personali che devono essergli garantiti⁵². Nel caso, quindi, in cui "il ricongiungimento con i suoi familiari nel Paese di origine o in un Paese terzo corrisponda al superiore interesse del minore" (art. 8 legge n. 47/17), si procederà al rimpatrio assistito che si differenzia dall'espulsione perché preceduto da indagini sulla situazione specifica del Paese d'origine e in quanto viene adottato solo nel caso in cui rappresenti l'attuazione del principio dell'unità familiare. L'interpretazione letterale della norma sembra indicare che il rimpatrio possa essere solo volontario⁵³.

⁵¹Spetta al tutore, infatti attivarsi per l'iscrizione e la supervisione scolastica del minore, nonché per le attività professionali.

⁵²G. TOMAI, *Tutela del minore, Regolamento di Dublino III e diritto all'unità familiare in Minori e giustizia*, 2017, n. 3.

⁵³Sul punto è utile ricordare anche la direttiva CE n. 115/2008 del 16 dicembre 2008 (recepita nel nostro ordinamento con d.l. n. 89/11) recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (in GUCE, L 348, 24.12.2008, pp. 98-107) che si occupa anche del rimpatrio dei minori (artt. 10, 14, 17).

Qualora vengano individuati i familiari in un altro Stato membro e il MSNA abbia presentato domanda di protezione internazionale dovrebbe procedersi al ricongiungimento familiare, ai sensi degli art. 8 ss. del regolamento “Dublino III”.

Si prospetta, infine, l’ipotesi in cui non vengano individuati i familiari del MSNA. In quest’ultimo caso la legge Zampa, all’art. 7, prevede l’affido dei MSNA, a parità di trattamento con i minori italiani, dichiarando ad essi applicabile le norme contenute nella legge 184 del 1983⁵⁴, relativa alla disciplina dell’adozione e dell’affidamento del minore. Tale ultimo strumento, richiamato dalla legge Zampa, rileva ai fini della nostra analisi, in quanto contiene la disciplina del procedimento per l’accertamento e l’eventuale dichiarazione dello stato di abbandono, previsto dagli art. 9 ss. Il richiamo operato dalla legge “Zampa” alla l. 184/1993, potrebbe infatti giustificare il ricorso a tale procedimento al fine di garantire quel diritto all’unità familiare che viene di fatto negato da parte degli Stati i quali non applicano, come abbiamo visto, gli strumenti *ad hoc* previsti per i MSNA. Si precisa che il procedimento del quale si propone una applicazione estensiva non è stato pensato per disciplinare il ricongiungimento familiare dei MSNA, ma si potrebbe prospettare un suo utilizzo come *extrema ratio*, in attesa di un intervento legislativo in merito. Un suo utilizzo sarebbe volto a sanare *medio tempore* le sopra esposte difficoltà applicative del procedimento di ricongiungimento previsto per i MSNA dagli artt. 8 ss. del regolamento “Dublino III”. Il procedimento a cui si allude è quello volto a dichiarare lo stato di abbandono del minore. In particolare, mentre l’art. 11 della legge 184 citata disciplina la procedura per la dichiarazione dello stato di adottabilità in assenza di genitori o parenti entro il quarto grado che abbiano rapporti significativi con il minore, l’art. 12 della legge regolamenta una diversa procedura che andrebbe utilizzata in presenza dei soggetti indicati. Si potrebbe dunque pensare proprio ad un’applicazione dell’art. 12 qualora le indagini familiari, condotte sulla base della legge “Zampa”, abbiano consentito di individuare i genitori o i familiari presenti sul territorio di uno Stato membro, con i quali lo Stato abbia negato il ricongiungimento familiare sulla base del regolamento “Dublino III”. Il tutore del MSNA potrebbe, dunque, proporre ricorso al Tribunale per il MSNA. Ricevuto il ricorso e verificata l’esistenza di genitori o parenti entro il quarto

⁵⁴ Legge 4 maggio 1983, n. 184, in GU Suppl. ordinario n. 133, del 17.05.1983, come modificata prima nel 2001 dalla legge. n. 149, poi nel 2013, dal d.lgs. n. 154/2013.

grado, con decreto motivato, la legge 183 prevede che essi siano invitati a comparire, fissando un'apposita udienza. Conforta la tesi dell'utilizzabilità di questo strumento, il comma 3 dell'art.12 che prevede che se i genitori e i parenti entro il quarto grado abbiano la residenza all'estero è possibile delegare l'autorità consolare. In questo caso, infatti, il Tribunale ha l'obbligo di trasmettere all'autorità consolare delegata per la comparizione delle parti, copia del fascicolo del procedimento. Ciò al fine di non vanificare il diritto di difesa che, diversamente, diverrebbe estremamente oneroso, mettendo i genitori e i parenti entro il quarto grado nella concreta possibilità di prendere visione e conoscenza delle contestazioni che vengono mosse. Nel corso dell'udienza di comparizione, i genitori e i parenti entro il quarto grado devono essere ascoltati, alla presenza del loro difensore e, nel caso di convocazione dinanzi al collegio, in presenza del pubblico ministero.

Esaurita la fase dell'ascolto dei genitori o l'assunzione di ulteriori accertamenti ove ritenuti necessari, il Tribunale, se ritiene che non sussistano i presupposti, non dichiara lo stato di abbandono e, al contrario, può impartire, ai genitori o ai parenti entro il quarto grado, con decreto motivato, prescrizioni idonee a garantire l'assistenza morale e materiale del minore, la sua istruzione ed educazione. Scopo delle prescrizioni è tentare di creare le condizioni perché il minore riprenda a vivere in un ambiente familiare, consono alla sua armonica crescita. Le prescrizioni, comunque adattate alla realtà concreta, devono, però, garantire quell'assistenza morale e materiale che è l'elemento minimo indispensabile perché il minore possa continuare a vivere nella sua famiglia di origine.

Dal momento che si tratterebbe di una decisione pronunciata in base ai criteri di giurisdizione contenuti nel regolamento "Bruxelles II- bis" (poi "Bruxelles II-ter"), questa dovrebbe essere immediatamente riconosciuta ed eseguita in tutti gli Stati membri, in particolare nello Stato membro in cui si "trovano legalmente⁵⁵" un familiare o un fratello del minore non accompagnato, il che comporterebbe la misura accessoria che il minore possa essere a loro ricongiunto. Al riguardo, il regolamento "Bruxelles II-ter" potrebbe facilitare ancora di più la circolazione della decisione pronunciata dal tribunale italiano, dal momento che tra le novità di maggior rilievo è stata prevista la

⁵⁵ Cfr. art. 8 del regolamento "Dublino III".

soppressione della procedura di *exequatur*. Il nuovo regolamento estende, infatti, a tutte le decisioni in materia di responsabilità genitoriale l'abolizione della dichiarazione di esecutività (art. 34): un procedimento di opposizione all'esecuzione è solo eventuale e deve essere attivato dalla parte contro cui l'esecuzione è richiesta, ma si suppone che non sia nell'interesse dei genitori del MSNA opporsi alla decisione del giudice. In particolare, il regolamento precisa le condizioni per la circolazione fra gli Stati membri delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale, prevedendo che alla richiesta di riconoscimento debba essere allegato un certificato rilasciato ad istanza di parte dall'autorità competente, secondo un modello allegato al testo del regolamento (allegato III). Se la competenza fosse stata individuata sulla base della Convenzione dell'Aja del 1996 o in base alle norme diritto internazionale privato andranno applicate le norme ivi dettate per il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni che, comunque, continuano a prevedere, a differenza del regolamento "Bruxelles II-ter" una procedura di delibazione della decisione.

Come si diceva, l'applicabilità del regolamento "Bruxelles II-bis", poi del regolamento "Bruxelles II-ter", potrebbe rivelarsi utile anche in relazione alla possibilità di avvalersi della cooperazione tra autorità centrali, al fine di facilitare un ricongiungimento familiare negato. Nel caso in cui il MSNA avesse genitori o altri parenti che soggiornano legalmente in uno Stato membro il recente regolamento n. 1111/2019, che ha modificato il regolamento n. 2201/2003, presenta una importantissima novità, introdotta sotto la pressione, in particolare, della Commissione affari giuridici del Parlamento europeo⁵⁶ che aveva sollecitato un intervento risolutivo in tal senso. La novità riguarda la riformulazione dell'*ex* art. 56 (ora art. 82) relativo all'istituto del collocamento del minore presso uno Stato terzo. Rispetto alla norma precedente, che consentiva di collocare il minore esclusivamente in istituto o in una famiglia affidataria, ora, il nuovo art. 82 prevede la possibilità di collocarlo presso un genitore presente in un altro Stato membro e, in questo caso, non è necessario ottenere il preventivo consenso dell'autorità competente di quest'altro Stato membro, altrimenti necessario nel caso in cui si tratti di un familiare diverso dal genitore. Per procedere al

⁵⁶Cfr., *Draft report on the proposal for a Council regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast)*, [COM(2016)0411 – C8-0322/2016 – 2016/0190(CNS)], in https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-602839_EN.pdf?redirect.

collocamento, eccetto il collocamento presso un genitore, è infatti necessario che l'autorità giurisdizionale o l'autorità competente che intenda collocare il minore presso un altro Stato membro ottenga preventivamente il consenso dall'autorità competente di questo Stato membro e, a tal fine, l'autorità richiedente deve trasmettere all'autorità centrale dello Stato richiesto un'istanza di consenso, corredata da una relazione sul minore e sui motivi della proposta di collocamento, nonché dall'informazione su un eventuale finanziamento e da qualsiasi altra notizia che si ritiene utile. È comunque data facoltà agli Stati membri di decidere che il loro consenso al collocamento sul loro territorio non sia necessario per determinate categorie di prossimi congiunti, oltre ai genitori, che sono comunicate alla Commissione ai sensi dell'art. 103 del regolamento stesso. Questa nuova formulazione dell'art. 82 ha sicuramente segnato un netto miglioramento in relazione alla tutela del diritto all'unità familiare, rispetto al previgente assetto normativo. Infatti, tale riforma consente, ad esempio, ad una autorità italiana di richiedere il collocamento di un MSNA, che si trovi presso un centro di accoglienza siciliano, presso ad esempio uno zio soggiornante in Svezia. L'importanza della norma consiste nella possibilità di farvi ricorso anche nel caso di un diniego al ricongiungimento familiare previsto da un MSNA richiedente asilo. Di conseguenza, la cooperazione fra le autorità dei due Stati membri coinvolti dalla disciplina del collocamento di MSNA oggi deve avvenire ai sensi del regolamento UE n. 1111/2019, le cui operatività deve essere migliorata fra gli Stati membri in relazione ai MSNA. Particolare attenzione deve essere attribuita allo *status* del MSNA. Durante il processo di cooperazione fra i due Stati è necessario che l'ingresso e la permanenza del bambino siano autorizzati, il che richiede una cooperazione anche fra le autorità di frontiera dei due Stati.

7. La negazione dell'unità familiare ai MSNA non richiedenti asilo e le soluzioni possibili offerte dal regolamento "Bruxelles II-ter".

Finora ci si è focalizzati sulla normativa tesa all'unità familiare prevista per i MSNA che sono anche richiedenti asilo. Nel momento in cui a questi ultimi viene negato il ricongiungimento familiare ai sensi del regolamento "Dublino III", la loro situazione è del tutto simile a quella dei MSNA che non sono richiedenti asilo e che rappresentano la maggior parte di questi minori. Purtroppo la loro condizione è molto meno tutelata a

livello giuridico, soprattutto in relazione al loro diritto all'unità familiare. Si tratta di quei minori che si spostano verso o all'interno dell'Unione europea spinti da motivi economici o climatici ma che non devono essere sottovalutati nell'attuale crisi migratoria, rappresentandone la maggioranza. Tale categoria comprende i minori non accompagnati che non hanno presentato domanda di protezione internazionale oppure che non presentano i requisiti per poterlo fare. Si può trattare sia di cittadini europei che si trovano al di fuori dei propri confini nazionali, come i rom provenienti dalla Bulgaria, oppure di cittadini di Stati terzi, ad esempio bambini provenienti dai Balcani o da alcuni Paesi africani, che sono spesso mandati dalla propria famiglia in Europa. Anche i MSNA richiedenti asilo la cui domanda di protezione internazionale sia stata rigettata possono essere annoverati in tale categoria. Tutti questi minori, hanno diritto, come gli altri, di ottenere protezione a norma del diritto civile.

Al riguardo, va rilevato che la direttiva c.d. "rimpatri"⁵⁷ non proibisce in generale il rimpatrio e l'allontanamento del minore non accompagnato cittadino di un Paese terzo (art. 10), tuttavia gran parte delle normative interne agli Stati membri prevedono il divieto di rimpatrio forzato nei confronti del minore fino alla maggiore età, ovvero le autorità nazionali non possono adottare una decisione di rimpatrio nei confronti di un MSNA e le misure di allontanamento non possono essere eseguite nei confronti di un minore⁵⁸. Pertanto, risulta necessario adottare misure a tutela del minore e il diritto internazionale privato potrebbe giocare un ruolo fondamentale. Laddove la legge nazionale contempla la possibilità di rimpatrio del MSNA, l'art. 10 della direttiva "rimpatri" prevede una serie di garanzie a tutela di quest'ultimo che vanno dall'assistenza fornita da parte di organismi appropriati, all'accertamento che il minore sarà ricondotto ad un membro della sua famiglia, a un tutore designato o presso adeguate strutture di accoglienza nello Stato di rimpatrio.

Quando tali misure non si possano applicare è necessario che lo Stato membro sul cui territorio viene a trovarsi un MSNA sia consapevole di avere giurisdizione per adottare misure di protezione nei suoi confronti. Anche se, in questo caso, non si può

⁵⁷Cfr. Direttiva CE n 115/2008, cit.

⁵⁸Si veda, ad esempio, l'art. L. 511-4, 1° del "*Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*"; l'art. 61/18 della "*Loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et la loi du 12 janvier 2007 sur l'accueil des demandeurs d'asile et de certaines autres catégories d'étrangers*", 21 novembre 2017.

ritenere che un MSNA abbia la residenza abituale in quello Stato membro dove si trova, le autorità giurisdizionali di quello Stato hanno piena competenza in tutte le questioni correlate alla responsabilità genitoriale, sulla base del criterio della mera presenza sul territorio (*ex art. 13 regolamento UE n. 2201/2003 ora art. 11 regolamento UE n. 1111/2019 c.d. "Bruxelles II-bis"*) oppure, in tutti i casi in cui sia necessario adottare un provvedimento d'urgenza sulla base del criterio previsto dall'art. 20 del regolamento UE n. 2201/2003 (ora art. 15 del regolamento UE n. 1111/2019) che attribuisce a tale Stato membro detta competenza e che permane finché non sia individuata una soluzione più stabile per il bambino.

Al riguardo, va rilevato che, al fine di tutelare il suo diritto all'unità familiare, se il MSNA ha perso i contatti con i propri genitori, è necessario adottare le misure volte a rintracciarli. Per i MSNA che possiedono la nazionalità oppure hanno la residenza abituale in uno Stato membro oppure in uno Stato parte della Convenzione dell'Aja del 1996, o la cui famiglia si trovi in uno Stato membro dell'Unione europea, le informazioni sui legami familiari possono essere acquisite usufruendo delle Autorità centrali che sono state costituite nei meccanismi di cooperazione del diritto internazionale privato⁵⁹. La Francia rappresenta, ad oggi, un importante esempio di come le Autorità centrali che operano sia ai sensi del regolamento "Bruxelles II-bis" sia della Convenzione dell'Aja vengono sempre più interpellate per questi fini. In Italia, invece, nonostante l'elevato numero di MSNA presenti sul territorio, non sono state mai utilizzate. Una volta individuata la situazione familiare, una prima alternativa, volta a tutelare il MSNA, è quella di cercare una soluzione stabile all'interno dello Stato membro ospitante. A questo fine, tutte le misure di protezione del minore disponibili all'interno di uno Stato membro devono essere vagliate.

Tuttavia, come si diceva, il superiore interesse del minore potrebbe coincidere con la volontà di spostarsi in un altro Stato membro al fine di ricongiungersi con i genitori ivi residenti. È ciò che accade, ad esempio, alla maggior parte dei MSNA presenti in Italia, i quali desiderano ricongiungersi con i familiari già residenti in altri Stati del nord Europa, oppure ai minori stipati nei campi di Calais che vogliono raggiungere la famiglia nel Regno Unito. Dal momento che il ricongiungimento familiare come

⁵⁹V., in questo senso, lo studio del Parlamento europeo "Children on the Move", cit.

previsto dal regolamento “Dublino III” di cui si è detto è disponibile solo per i MSNA richiedenti asilo, per tutti gli altri, al fine di consentire loro di raggiungere la famiglia presente in altri Stati membri si potrà far ricorso ai meccanismi di collocamento del minore presso uno Stato terzo previsti dal regolamento “Bruxelles II-bis” e dalla Convenzione dell’Aja del 1996, rispettivamente all’ art. 56 del regolamento n. 2201/2003 (ora art. 82 regolamento n. 1111/2019) e all’art.33. Tuttavia, occorre operare una serie di distinguo, non potendo essere applicate le norme sul collocamento a tutti i MSNA. Se la madre o il padre del minore sono in possesso di un permesso di soggiorno in un altro Stato membro, la tutela dell’unità familiare deve essere garantita tramite le norme previste nella direttiva sul ricongiungimento familiare n. 86/2003. Se, al contrario, il padre e la madre sono presenti illegalmente sul territorio di uno Stato membro non si può ricorrere né al ricongiungimento familiare né al collocamento. Di conseguenza, se la famiglia non è richiedente asilo e non è soggiornante legalmente, per questi minori, non esiste alcuna via legale per essere riuniti alla loro famiglia. Se il minore ha altri parenti, che non siano i genitori, e che soggiornano legalmente in uno Stato membro si potrà utilizzare il nuovo art. 82 del regolamento “Bruxelles II-ter”, il quale disciplina l’istituto del collocamento sopra descritto.