



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

INNOVAZIONE E DIRITTO

La necessità di seguire i figli che studiano in Italia non impedisce l'espulsione del padre clandestino

Corte di Cassazione – Sezione I civile – Sentenza 14 gennaio-10 marzo 2010, n. 5856

di Giulia Malinconico

Le esigenze di legalità e di sicurezza non sono di per sé recessive rispetto all'interesse del minore, nemmeno ai sensi della Convenzione sui diritti del fanciullo di New York. Pertanto, chi è privo di permesso di soggiorno e vuole restare accanto ai figli deve fare domanda di ricongiungimento familiare.

L'autorizzazione non può essere rilasciata al familiare in ragione delle esigenze di salvaguardia di una situazione di integrazione del minore nel tessuto sociale che renda le sue condizioni di vita migliori rispetto a quelle godute nel suo paese d'origine, o altrove.

1. Il fatto

Il ricorrente, cittadino extracomunitario privo di permesso di soggiorno, con ricorso 15 novembre 2007 proposto innanzi al Tribunale per i Minorenni di Milano, chiedeva di essere autorizzato ai sensi dell'art. 31 del Testo Unico sull'Immigrazione (D. Lgs. 286/98) alla temporanea permanenza sul territorio nazionale, in deroga alle altre norme sulla disciplina dell'immigrazione e nell'interesse dei figli minori nati dal matrimonio celebrato il 26 febbraio 1997 con altra cittadina extracomunitaria; quest'ultima in possesso di regolare permesso di soggiorno e in attesa della cittadinanza italiana a seguito di adozione da parte di cittadino pronunciata con sentenza n. 15/2005 dal Tribunale di Busto Arsizio.

Il Tribunale adito respingeva l'istanza con decreto 24 settembre 2000 che, impugnato dall'istante innanzi alla Corte d'Appello di Milano, veniva confermato con decreto n. 1009 depositato il 5 febbraio 2009.

Avverso tale pronuncia il richiedente ha proposto ricorso dinanzi alla Suprema Corte, che si è pronunciata con la sentenza 14 gennaio-10 marzo 2010 n. 5856, qui in commento.

2. La sentenza 5856

Con la pronuncia in commento la Suprema Corte ha rigettato il ricorso sulla base del seguente principio: i “gravi motivi connessi con lo sviluppo psico-fisico” del minore menzionati dall’articolo 31, comma 3¹, del decreto legislativo 286 del 1998 devono essere determinati da situazioni di emergenza e non possono derivare da circostanze di tendenziale stabilità, come la frequenza della scuola da parte dei minori. Pertanto, non rientra fra le ipotesi di cui al ricordato articolo 31, che giustificano l’ingresso e la permanenza dello straniero extracomunitario in Italia, la necessità di seguire i figli negli studi in modo da garantirne un sano sviluppo psico-fisico.

I giudici della Suprema Corte si sono soffermati preliminarmente sulla duplice fattispecie prevista dalla norma in esame: quella dell’autorizzazione all’ingresso e quella dell’autorizzazione alla permanenza dello straniero extracomunitario nel territorio dello Stato, in deroga alle disposizioni normative concernenti la disciplina dell’immigrazione e sul presupposto della sussistenza di “gravi motivi connessi con lo sviluppo psico-fisico” del minore, tenuto conto della sua età e delle sue condizioni di salute.

La Suprema Corte ha chiarito poi che tali gravi motivi non sono ravvisabili in rapporto a situazioni che presentino carattere di normalità e di tendenziale stabilità (si pensi alle ordinarie esigenze di compimento del ciclo scolastico o dell’intero processo educativo-formativo del minore, di indeterminabile o lunghissima durata) come si desume inevitabilmente dalla circostanza che tale autorizzazione deve essere temporalmente limitata e revocata non appena si verifichi la cessazione dei motivi che ne abbiano giustificato il rilascio. I gravi motivi connessi con lo sviluppo psico-fisico del minore, tali da autorizzare una deroga alle norme che regolano la disciplina dell’immigrazione, devono essere

¹ “Il Tribunale per i minorenni, per gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico e tenuto conto dell’età e delle condizioni di salute del minore che si trova nel territorio italiano, può autorizzare l’ingresso o la permanenza del familiare, per un periodo di tempo determinato, anche in deroga alle altre disposizioni del presente testo unico. L’autorizzazione è revocata quando vengono a cessare i gravi motivi che ne giustificano il rilascio o per attività del familiare incompatibili con le esigenze del minore o con la permanenza in Italia. I provvedimenti sono comunicati alla rappresentanza diplomatica o consolare e al questore per gli adempimenti di rispettiva competenza.”

necessariamente connessi alla sussistenza di condizioni di emergenza o di circostanze contingenti ed eccezionali che pongano in serio pericolo il normale sviluppo della personalità del minore dal punto di vista fisico e psichico, tali da richiedere necessariamente la presenza del genitore per affrontarle.

In altre parole, ad avviso della Suprema Corte, l'autorizzazione prevista dall'articolo 31 del decreto legislativo 286 non può essere rilasciata al familiare al semplice scopo di favorire l'integrazione del minore all'interno del tessuto sociale in modo da garantirgli condizioni di vita migliori rispetto a quelle godute o godibili nel Paese d'origine, o altrove. Argomentare diversamente configurerebbe un modo anomalo di legittimare l'inserimento di famiglie di stranieri illegalmente presenti nel territorio dello Stato attraverso una forma di strumentalizzazione, e non già di tutela, dell'infanzia.²

La Corte chiarisce altresì che una tale interpretazione della norma positiva non è in contrasto con il diritto del minore a crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia, atteso che il diritto all'unità familiare sancito dagli articoli 29 e 30 del decreto 286 è garantito in particolare dall'istituto del ricongiungimento, il quale può essere tuttavia adoperato soltanto nell'ipotesi di regolare presenza sul territorio nazionale del genitore o del minore. Quest'ultimo, peraltro, ha diritto di seguire nel luogo di destinazione il genitore espulso dal territorio nazionale, ai sensi dell'articolo 19, comma 2, lettera a)³ del citato decreto.

L'interpretazione sopra riferita non contrasterebbe neppure con il principio di cui all'articolo 3⁴ della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 (ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge 27 maggio 1991,

² In tal senso v. anche Cassazione, 2 maggio 2007, n. 10135 che ha rilevato come l'autorizzazione all'ingresso o alla permanenza in Italia per gravi motivi del familiare di minore straniero possa essere rilasciata solo in condizioni di emergenza, ovvero in circostanze contingenti ed eccezionali che pongano in grave pericolo lo sviluppo normale della personalità del minore tanto da richiedere la presenza del familiare per fronteggiarle (nella specie, si è escluso che ricorressero i gravi motivi in relazione alle esigenze di salvaguardia di una situazione di integrazione nel tessuto sociale che rendevano le condizioni di vita del minore consone alle esigenze evolutive proprie dell'età e migliori rispetto a quelle godute o godibili nel paese di origine o altrove).

³ "Non è consentita l'espulsione, salvo che nei casi previsti dall'articolo 13, comma 1, nei confronti:

a) degli stranieri minori di anni diciotto, salvo il diritto a seguire il genitore o l'affidatario espulsi; [...]"

⁴ "In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente.

Gli Stati parti si impegnano ad assicurare al fanciullo la protezione e le cure necessarie al suo benessere, in considerazione dei diritti e dei doveri dei suoi genitori, dei suoi tutori o di altre persone che hanno la sua responsabilità legale, ed a tal fine essi adottano tutti i provvedimenti legislativi ed amministrativi appropriati.

Gli Stati parti vigilano affinché il funzionamento delle istituzioni, servizi ed istituti che hanno la responsabilità dei fanciulli e che provvedono alla loro protezione sia conforme alle norme stabilite dalle Autorità competenti in particolare nell'ambito della sicurezza e della salute e per quanto riguarda il numero e la competenza del loro personale nonché l'esistenza di un adeguato controllo."

n. 176 ed espressamente richiamata dall'articolo 28 del citato decreto legislativo 286/2008) che, in tema di diritto all'unità familiare, afferma che "l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente", considerando che la stessa Convenzione definisce i contorni dell'ambito di applicazione del principio imponendo, da un lato, l'obbligo per gli Stati di vigilare affinché il fanciullo non sia separato dai genitori contro la sua volontà, ma facendo salva, dall'altro, l'ipotesi in cui la separazione sia la conseguenza di provvedimenti legittimi adottati dallo Stato, come la detenzione, l'esilio, l'espulsione; provvedimenti tutti in cui lo Stato è tenuto unicamente a fornire ai genitori, al fanciullo o, se del caso, ad altro membro della famiglia le informazioni essenziali per risalire al luogo in cui si trovano i familiari (articolo 9, commi 1 e 4⁵).

Così argomentando la Corte giunge ad affermare, sul piano esegetico, che la norma di indirizzo generale non ha portata né assoluta né illimitata e che le esigenze di legalità e di sicurezza sottese all'espulsione non sono recessive rispetto all'interesse primario del fanciullo, nemmeno alla luce della citata Convenzione.⁶

3. La giurisprudenza anteriore

Occorre peraltro far presente che la giurisprudenza sul punto è tutt'altro che pacifica, atteso che in altre occasioni la stessa Cassazione è pervenuta a conclusioni opposte rispetto a quelle sopra trascritte, ravvisando la necessità di distinguere il caso dell'ingresso in Italia del genitore che si trova all'estero dalla permanenza del genitore già presente in Italia e opinando per una diversa valutazione dei gravi motivi nei due casi, atteso che, nel secondo caso, quale

⁵ "1. Gli Stati parti vigilano affinché il fanciullo non sia separato dai suoi genitori contro la loro volontà a meno che le autorità competenti non decidano, sotto riserva di revisione giudiziaria e conformemente con le leggi di procedura applicabili, che questa separazione è necessaria nell'interesse preminente del fanciullo. Una decisione in questo senso può essere necessaria in taluni casi particolari, ad esempio quando i genitori maltrattano o trascurano il fanciullo oppure se vivono separati ed una decisione debba essere presa riguardo al luogo di residenza del fanciullo.

2. [...]

3. [...]

4. Se la separazione è il risultato di provvedimenti adottati da uno Stato Parte, come la detenzione, l'imprigionamento, l'esilio, l'espulsione o la morte (compresa la morte, quale che ne sia la causa, sopravvenuta durante la detenzione) di entrambi i genitori o di uno di essi, o del fanciullo, lo Stato parte fornisce dietro richiesta ai genitori, al fanciullo oppure, se del caso, ad un altro membro della famiglia, le informazioni essenziali concernenti il luogo dove si trovano il familiare o i familiari, a meno che la divulgazione di tali informazioni possa mettere a repentaglio il benessere del fanciullo. Gli Stati parti vigilano inoltre affinché la presentazione di tale domanda non comporti di per sé conseguenze pregiudizievoli per la persona o per le persone interessate."

⁶ Nello stesso senso v. anche Cassazione, 19 febbraio 2008, n. 4197, che ha rilevato come l'interesse allo sviluppo psico-fisico del minore straniero presente sul territorio italiano non integri "grave motivo" idoneo a consentire il rilascio dell'autorizzazione all'ingresso o alla permanenza in Italia al familiare colpito da provvedimento di espulsione, in quanto le esigenze di legalità e sicurezza sottese a tale provvedimento non sono, di per sé recessive rispetto all'interesse pur preminente del fanciullo.

quello di specie, i “gravi motivi” di cui all’articolo 31 possono consistere sia in motivi già esistenti, e quindi attuali, sia in motivi legati alle possibili o probabili conseguenze di un improvviso allontanamento del genitore.

Più incisivamente la Corte ha osservato che non può ragionevolmente dubitarsi che per un minore, specie se in tenerissima età, subire l’allontanamento di un genitore, con conseguente impossibilità di avere rapporti con lui o anche solo di poterlo vedere, costituisca di per sé un sicuro danno alla sua persona, in grado di mettere in pericolo uno sviluppo psico-fisico armonico e compiuto, con conseguente violazione non solo dell’articolo 31 del decreto 286, ma anche dell’articolo 155 c.c.⁷ e dell’articolo 1⁸ della legge 184 del 1983, nonché delle numerose disposizioni della Carta di Nizza, poste a tutela della dignità umana, della vita familiare e del benessere dei minori, i quali trovano espressione, tra l’altro, nel “diritto ad intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con entrambi i genitori”. La Corte ha escluso altresì che l’interesse del minore potesse essere strumentalizzato dai genitori ed invocato al solo scopo di fare ingresso o di trattenersi nel territorio dello Stato, in violazione della legge sull’immigrazione, atteso che il permesso di soggiorno rilasciato al genitore rappresenta un titolo temporaneo e non convertibile in permesso di lavoro.⁹

Nello stesso senso si era già pronunciata la Corte con la Sentenza n. 22080 del 16 ottobre 2009, la quale ha affermato che la temporanea autorizzazione all’ingresso o alla permanenza in Italia del familiare del minore, prevista dall’articolo 31 in presenza di gravi motivi connessi con il suo sviluppo psico-fisico non postula necessariamente la presenza di situazioni di emergenza o di circostanze contingenti ed eccezionali, strettamente collegate alla sua salute, potendo essere legata anche soltanto alla tenerissima età del minore in considerazione delle conseguenze negative che l’allontanamento del genitore determinerebbe sul suo naturale sviluppo psico-fisico.

Tale orientamento viene espresso in continuità con un principio già affermato dalle Sezioni Unite nella Sentenza n. 22216 del 16 ottobre 2006, secondo la quale la presenza di gravi motivi connessi con lo sviluppo psico-fisico del minore deve essere puntualmente dedotta nel ricorso introduttivo soltanto nell’ipotesi di

⁷ “[...] il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, di ricevere cura istruzione ed educazione da entrambi (i genitori) [...]”.

⁸ “Il minore ha diritto di essere educato nell’ambito della propria famiglia. [...]”.

⁹ Cassazione, I Sezione Civile, 10 novembre 2009, n. 823.

richiesta di autorizzazione all'ingresso del genitore nel territorio dello Stato; allorchè invece la richiesta di autorizzazione concerne la permanenza del genitore, la situazione di eccezionalità nella quale sia possibile ravvisare la sussistenza dei gravi motivi richiesti dall'articolo 31 del decreto 286 può essere dedotta quale conseguenza dell'allontanamento improvviso del genitore fino ad allora presente e cioè da una situazione futura ed eventuale rimessa all'accertamento del giudice minorile.

4. Osservazioni

Così riassunti i termini del dibattito, non può dubitarsi, a mio modesto avviso, della correttezza della sentenza in commento sotto il profilo dell'esegesi delle fonti normative citate.

E difatti, il titolo quarto del decreto legislativo 286 del 1998 contiene la disciplina del "diritto all'unità familiare" e della "tutela del minore". Non è opinabile che il diritto del minore "di crescere ed essere educato nella propria famiglia" (di cui all'art. 1¹⁰ della legge 184 del 1983), nonché il diritto "di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno [dei genitori]" e "di ricevere cura, educazione ed istruzione da entrambi" (di cui all'articolo 155, comma 1, c.c.¹¹) trovino compiuta ed espressa tutela negli articoli 28, 29 e 30 che disciplinano l'istituto del ricongiungimento familiare.

Particolare rilevanza assume, in quest'ottica, il terzo comma dell'articolo 28 che stabilisce che in tutti i procedimenti amministrativi e giurisdizionali finalizzati a dare attuazione al diritto all'unità familiare e riguardanti i minori "deve essere preso in considerazione con carattere di priorità il superiore interesse del fanciullo".

La disposizione, tra l'altro, va letta anche alla luce della Convenzione Internazionale sui Diritti del Fanciullo del 20 novembre 1989 (espressamente richiamata dall'articolo 28). Il principio dell'unità della famiglia ed il diritto al ricongiungimento familiare trovano specifica previsione, proprio con riferimento al preminente interesse del minore, ad esempio nell'articolo 9 della citata Convenzione che impone agli stati membri di fare "in modo che il fanciullo non sia separato dai suoi genitori contro la sua volontà", e nel successivo articolo 10 che rileva: "ogni domanda presentata da un fanciullo o dai suoi genitori al fine di un

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Ibidem.

ricongiungimento familiare sarà considerata con uno spirito positivo, con umanità e rapidità”.¹²

Non è altresì opinabile che il successivo articolo 31 rappresenti una norma eccezionale (e come tale non suscettibile di interpretazione estensiva) che, al comma 3, ed in presenza di determinati presupposti, consente una deroga alle norme sulla disciplina dell’immigrazione e, in ultima analisi, alle esigenze di legalità e di sicurezza sottese all’espulsione.

Tuttavia un elemento di dissenso nasce dalla netta distinzione, operata dalla Corte con la sentenza in commento, tra gli articoli 28, 29 e 30 (che disciplinano l’istituto del ricongiungimento familiare) e l’articolo 31 (quale norma eccezionale recante disposizioni a favore dei minori). Da tale distinzione discenderebbe l’esclusione dell’articolo 31 dal novero delle norme specificamente rivolte alla tutela del diritto all’unità familiare e del diritto del minore a crescere e essere educato nella propria famiglia mantenendo un rapporto continuativo con entrambi i genitori e l’assorbente considerazione per la quale lo straniero sprovvisto di permesso di soggiorno che desideri seguire i propri figli lungo il loro percorso di studi debba necessariamente fare domanda di ricongiungimento familiare, ai sensi degli articoli 28 e ss. del decreto 286.

A tal proposito parrebbe più giusto affermare che la presenza dei gravi motivi di cui all’articolo 31 non possa essere aprioristicamente esclusa nel caso in cui la richiesta di autorizzazione si fondi semplicemente sull’esigenza di seguire il percorso di studi del minore, mancando quelle non meglio specificate “condizioni di emergenza” che sole legittimerebbero il rilascio del permesso di soggiorno temporaneo; essendo invece preferibile procedere ad una valutazione caso per caso, in cui si tenga conto dell’età, delle condizioni di salute, nonché della personalità e della situazione emotiva del minore.

In altre parole, sarebbe forse più aderente alla ratio sottesa all’articolo 31, e nell’ottica di un corretto bilanciamento degli interessi coinvolti, legare la presenza di “gravi motivi connessi con lo sviluppo psico-fisico”, almeno nei casi in cui l’autorizzazione afferisca alla permanenza e non all’ingresso del genitore

¹² Ad ulteriore supporto dei principi enunciati occorre menzionare gli articoli 7 e 24 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea del 2000, secondo i quali “in tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l’interesse del bambino deve essere considerato preminente”; ed ancora la Carta di Nizza secondo cui “ogni bambino ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori”.

clandestino, alla sussistenza di condizioni contingenti che rendano vitale la presenza dello stesso, anche quando tali condizioni dipendano unicamente dalla tenerissima età del minore e dal possibile o probabile danno che l'improvviso allontanamento del genitore possa provocare nella sfera psico-emotiva dello stesso. Tanto nell'ottica della tutela del preminente interesse del fanciullo, secondo quanto enunciato dalle fonti internazionali, prima fra tutte la Convenzione di New York.

E' appena il caso di ricordare, tra l'altro, che l'articolo 31 si configura, forse più delle norme che lo precedono, quale baluardo posto a tutela del primario interesse del fanciullo. Ciò è di palmare evidenza ove solo si presti attenzione al dato letterale della norma riflettendo sulla circostanza che proprio nell'ottica di salvaguardare il diritto fondamentale del minore ad un sano ed equilibrato sviluppo psico-fisico, il legislatore ha autorizzato una deroga a valori pure di preminente interesse per un Paese: i valori della legalità e della sicurezza interna. Pertanto l'articolo 31 concorre con le norme disciplinanti l'istituto del ricongiungimento familiare alla tutela del diritto all'unità familiare, seppur nella logica delle norme speciali, volte alla salvaguardia di un interesse giudicato preminente, sul presupposto della sussistenza di condizioni specifiche ed eccezionali: nel caso di specie, i gravi motivi connessi con lo sviluppo psico-fisico del minore.

Sulla base delle considerazioni appena svolte non appare così peregrina la posizione assunta dalla Suprema Corte con la già citata sentenza n. 823 del 19 gennaio 2010, dalla quale la sentenza in commento ha inteso discostarsi. Con detta precedente pronunzia la S.C., in maniera assolutamente condivisibile, afferma che, nei casi di autorizzazione alla permanenza del genitore già presente nel territorio italiano, i "gravi motivi" di cui all'articolo 31 possono consistere sia in motivi già esistenti, sia in motivi legati, in chiave prospettica, alle possibili conseguenze scaturenti da un improvviso e brutale allontanamento del genitore, atteso che per un minore subire l'allontanamento di un genitore, con conseguente impossibilità di avere rapporti con lui, costituisce di per sé un sicuro danno alla salute della sua persona, in grado di minare uno sviluppo psico-fisico armonico e

compiuto¹³, con conseguente violazione non solo dell'articolo 31, ma anche dell'articolo 155 c.c. e dell'articolo 1 della legge 184 del 1983, nonché delle numerose disposizioni della Carta di Nizza, poste a tutela della dignità umana, della vita familiare e del benessere dei minori.

Un'ultima considerazione merita poi la preoccupazione espressa dalla Corte, con la sentenza in commento, in relazione ad una possibile strumentalizzazione del minore al solo fine di legittimare la presenza sul territorio nazionale di soggetti sprovvisti dei requisiti di legge. Essa ci pare priva di riscontro pratico, atteso che, com'è noto, l'articolo 31 riconosce allo straniero la possibilità di ottenere un permesso di soggiorno necessariamente temporaneo e non convertibile in permesso per motivi di lavoro.

¹³ E' appena il caso di ricordare che il diritto alla salute dell'individuo deve essere inteso, secondo la più recente definizione fornita dall'Organizzazione mondiale della Sanità, come "stato di completo benessere fisico, psichico e sociale e non semplice assenza di malattia".

Bibliografia:

Belfiore, I gravi motivi che legittimano la permanenza in Italia del familiare di un minore straniero devono essere attuali o anche solo futuribili?, in *Giur. Mer.*, 2008, 125;

Bellagamba – Cariti, *La disciplina dell'immigrazione*, Milano, 2005;

Cocchini, Tutela del minore straniero e diritto all'unità familiare: l'art. 31, 3° comma t.u. immigrazione, non tutela situazioni di stabilità e normalità, in *NGCC*, 2008, I, 998 e ss.;

Finocchiaro, Chi è senza permesso ma vuole stare con i bambini deve fare domanda di ricongiungimento familiare, in *Guida al Diritto*, 2010, 13, 49 e ss.;

Liberati, *La disciplina dell'immigrazione e i diritti degli stranieri*, Padova, 2009;

Long, Ancora sull'autorizzazione ai genitori immigrati alla permanenza in Italia nell'interesse dei figli minori: un felice revirement della Cassazione, in *Minori giustizia*, 2006, 180 e ss.;

Morozzo Della Rocca, Sui presupposti per il rilascio del permesso di soggiorno al familiare "nell'interesse del minore", in *Fam. e dir.*, 2007, 224 e ss.;

Olivetti, La Corte di Cassazione e i minori stranieri: nuove aperture e consolidate resistenze, in *Dir., imm. Citt.*, 2006, 67 e ss.