

amministrativ@mente

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo

Publicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile

Gaetano Caputi

Redazione

Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 1/2021

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821



Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliati, Francesco Rota, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Giovanni Coccozza, Sergio Contessa, Mariaconcetta D'Arienzo, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.



La corte di Lussemburgo stringe le maglie sulla tutela dei minori stranieri non accompagnati.

di **Donatella del Vescovo**

(Ricercatrice a tempo indeterminato di Diritto dell'Unione Europea presso l'Università degli studi di Roma 3)

Sommario

1.Premessa. -2.Legislazione internazionale sulla tutela dei minori. -3.Legislazione europea sui MSNA. -4.Il rimpatrio dei MSNA irregolari. -5.I fatti. -6.Analisi del ricorso. -7.Conclusioni.

Abstract

This article aims to critically analyze the legal protection of the unaccompanied minor migrants in the European Union Law. They are a vulnerable category of migrants who need reinforced protection as they are more exposed to dangers and risks because of their young age and because they arrive at a foreign country on their own without their parents or any other adult.

Following a preliminary and rapid excursus of the main international obligations on the child protection, which shall inspire the European pieces of legislation, you will examine the rights of this subjects in the European Union Law, with particular reference to the latest ruling of the European Court of Justice on the treatment of unaccompanied foreign minors.



1. Premessa.

È molto netta la Corte di Giustizia Ue, in una recente sentenza destinata a lasciare il segno sul fronte della gestione della migrazione, con un forte paletto in grado di bloccare anche eventuali espulsioni di una particolare categoria di migrante quella dei minori stranieri non accompagnati (di seguito MSNA)¹.

Tale domanda è stata proposta nell'ambito di una controversia tra un minore non accompagnato cittadino di un Paese terzo il cui soggiorno era irregolare, e il Segretario di Stato olandese in ordine ad una decisione di rimpatrio adottata nei confronti di tale minore. Con la sua domanda di pronuncia pregiudiziale, il giudice del rinvio cercava, in sostanza, di chiarire se la prassi amministrativa attualmente in vigore nei Paesi Bassi riguardo al trattamento dei MSNA non beneficiari di alcun diritto di protezione internazionale fosse o meno conforme al diritto dell'Unione.

In questa controversia la Corte di giustizia ha indicato che "prima di emettere una decisione di rimpatrio nei confronti di un minore non accompagnato, uno Stato membro deve accertarsi che nello Stato di rimpatrio sia disponibile un'accoglienza adeguata per il minore". Questa valutazione secondo la Corte deve essere fatta caso per caso in quanto "se al momento dell'allontanamento non è più garantita un'accoglienza adeguata, lo Stato membro non potrà eseguire la decisione di rimpatrio". Secondo i giudici dunque bisogna "prendere necessariamente in considerazione l'interesse superiore del minore", ed evitare che esso possa trovarsi "in una situazione di grande incertezza quanto al suo *status* giuridico e al suo futuro".

Prima di analizzare questa causa faremo un rapido *excursus* sul trattamento giuridico riconosciuto a livello internazionale alla categoria dei MSNA. Si tratta di soggetti particolarmente vulnerabili poiché, oltre ad avere meno di diciotto anni, giungono nello Stato ospitante privi della assistenza e rappresentanza dei genitori o di un adulto legalmente responsabile e di conseguenza risultano maggiormente esposti a pericoli e rischi durante il percorso migratorio, quali lo sfruttamento sessuale e la tratta di esseri umani. Inoltre è risaputo che il diritto di ciascuno Stato membro di gestire liberamente le proprie politiche migratorie e il controllo delle frontiere va a collidere in maniera significativa con i diritti umani fondamentali da riconoscere a tali soggetti in quanto minori, per di più privi di un titolare della responsabilità genitoriale, prima ancora che migranti. Essi pertanto in ragione della loro particolare vulnerabilità si rendono depositari di istanze di tutela rafforzata al fine di far fronte alla condizione di debolezza che li caratterizza².

¹ Sentenza del 14 gennaio 2021, *TQ c. Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, C-441/19, EU:C:2021:9.

² M. VANZO, *I minori stranieri non accompagnati: quadro d'insieme*, in *Papers di diritto Europeo* n. 3/2015, p. 3 e 5; A. CRESCENZI, *I minori non accompagnati nel diritto internazionale*, in (a cura di) A. ANZALDI, T. GUARNIER, *Viaggio nel mondo dei minori stranieri non accompagnati: un'analisi giuridico-fattuale*, Roma, 2014, p. 8; M.



Dunque a seguito di un preliminare esame dei principali obblighi internazionali a tutela del fanciullo, ai quali le fonti comunitarie fortemente si ispirano, verranno esaminati i diritti e le garanzie sancite nei confronti di tali soggetti dal diritto dell'Unione europea, con particolare riferimento alle fonti del diritto derivato in materia di immigrazione e asilo.

2. Legislazione internazionale sulla tutela dei minori.

Una completa disciplina delle migrazioni, vincolante per tutti gli Stati, non trova spazio nella normativa internazionale³; la materia in questione rientra, infatti, nell'ambito del dominio riservato dei singoli Stati (*domestic jurisdiction*), secondo il principio generale del limite della competenza domestica, sancito dal Trattato delle Nazioni Unite⁴.

Tuttavia a livello internazionale, bisogna senza dubbio citare la Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia⁵ adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 Novembre 1989. Essa segna il raggiungimento di un traguardo importante nell'evoluzione della tutela dei diritti dei minori, in quanto eleva il minore a soggetto attivo di diritto internazionale, ossia titolare di diritti e non più semplice destinatario di decisioni.

Nei 54 articoli che compongono il testo della Convenzione, sono statuiti infatti quattro principi per il fondamento della protezione dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza⁶. Il primo è il principio di non discriminazione sancito dall'art. 2, il quale estende i diritti stabiliti nella Convenzione a ciascun minore "a prescindere da ogni considerazione di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o altra del fanciullo o dei suoi genitori o rappresentanti legali, dalla loro origine nazionale, etnica o sociale, dalla loro situazione finanziaria, dalla loro incapacità, dalla loro nascita o da ogni altra circostanza"⁷. In secondo luogo, gli Stati contraenti si impegnano a rispettare il principio di superiore interesse del minore (*best interest of the child*) "in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi"⁸. Il terzo principio basilare sancito dalla Convenzione è il diritto alla vita, alla sopravvivenza e allo sviluppo del minore per il

BORGHETTO, M. CAMPACI, A. CERUTTI, L. TRONCONI, *Percorsi di accoglienza, garanzie ed integrazione in Papers di diritto europeo* n. 3/2015, p. 29.

³ C. CAMPIGLIO, *Disciplina delle migrazioni: limiti internazionali*, in V. GASPARINI CASARI, *Il diritto dell'immigrazione*, «Il diritto dell'economia», 2010, V, vol. I, Modena.

⁴ Carta delle Nazioni Unite, articolo 2, comma 7.

⁵ Adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con Risoluzione n. 44/25 del 20 novembre 1989.

⁶ Si rinvia al sito <http://www.unicef.it/doc/599/convenzione-diritti-infanzia-adolescenza.html>.

⁷ Convenzione sui diritti dell'infanzia, articolo 2, comma 1.

⁸ Convenzione sui diritti dell'infanzia, articolo 3, comma 1.



quale gli Stati contraenti devono impegnare il maggior numero di risorse disponibili⁹.

Inoltre per la prima volta si statuisce all'interno della Convenzione un principio particolarmente importante ossia il diritto del minore di esprimere la propria opinione e di essere ascoltato. L'articolo 12 della stessa infatti enuncia l'obbligo di garantire al fanciullo capace di discernimento, il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa. A tal fine, si darà in particolare al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale.

Oltre quindi alla suddetta Convenzione altro strumento di diritto internazionale a tutela dei MSNA è la Convenzione di Ginevra relativa allo *status* dei rifugiati del 28 luglio 1951 e il conseguente Protocollo del 31 gennaio 1967. Questa influisce in modo particolare sulla protezione di una categoria specifica di minori non accompagnati: i MSNA richiedenti asilo (di seguito MSNARA). Destinatari della protezione fornita dalla Convenzione sono dunque coloro che "temendo a ragione di essere perseguitati per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o per le loro opinioni politiche, si trovano fuori del Paese di cui sono cittadini e non possono o non vogliono, a causa di questo timore, avvalersi della protezione di questo Paese"¹⁰. La Convenzione all'art. 33 sancisce il principio di non respingimento (*non refoulement*) che è alla base della protezione destinata ai rifugiati; tale principio semplicemente prevede che nessuno degli Stati contraenti possa espellere o rimandare in nessun modo un rifugiato, contro la sua volontà, verso un territorio dove egli teme di essere perseguitato.

Per quanto riguarda i MSNARA, anche l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR) ha stilato delle linee guida sulle politiche e procedure da seguire affinché gli Stati rispettino il principio di superiore interesse del minore previsto dalla Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia¹¹.

Ulteriormente va citato anche il diritto al ricongiungimento familiare sancito dall'art. 44, secondo comma, della Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei

⁹ Convenzione sui diritti dell'infanzia, articolo 6. L'Italia ha ratificato la Convenzione tramite la Legge del 27 maggio 1991, n. 176. La Legge prevede una serie di garanzie a protezione del minore, a partire da un livello di vita sufficiente per consentire il suo sviluppo fisico, mentale, spirituale, morale e sociale (art. 27), dalla garanzia di servizi medici e riabilitativi (art. 24), fino all'accesso all'istruzione e alla formazione lavorativa in funzione delle sue capacità (art. 28) e alla protezione contro lo sfruttamento economico (art. 32).

¹⁰ Convenzione di Ginevra, articolo 1.

¹¹ Per quanto riguarda le procedure e i provvedimenti di sottrazione e affidamento dei minori, la normativa internazionale è regolamentata dalla Convenzione di Lussemburgo del 20 maggio 1980 e dalla Convenzione dell'Aia del 25 ottobre 1980 sui provvedimenti di affidamento e sottrazione di minori, ratificate e rese esecutive con la Legge n. 64 del 15 gennaio 1994, oltre alla Convenzione sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozioni internazionali del 29 maggio 1993, ratificata con la Legge n. 476 del 31 dicembre 1998.



lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie, adottata dall'Assemblea Generale tramite la Risoluzione n. 45/158 del 18 dicembre 1990. Ma anche alcune organizzazioni internazionali regionali, come l'Organizzazione degli Stati Americani, l'Unione Africana e il Consiglio d'Europa hanno adottato norme specifiche a tutela di questa categoria di soggetti. In particolare, il Consiglio d'Europa ha redatto la Convenzione Europea di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei minori¹², contenente una serie di disposizioni volte a rafforzare la tutela e il rispetto dei diritti dei minori e la Convenzione europea relativa al rimpatrio dei minori del 28 maggio 1970¹³ oltre alla Risoluzione del Consiglio d'Europa n.1810/2011 sull'arrivo, soggiorno e il ritorno dei minori non accompagnati in Europa.

3. La legislazione europea sui MSNA.

La legislazione dell'Unione europea a tutela dei minori invece, al contrario di quella internazionale, si è sviluppata nel corso degli anni in maniera piuttosto caotica.

Una svolta nell'affermazione di una tutela programmatica, orientata ai principi e obiettivi sanciti dal diritto internazionale è stata segnata dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea adottata a Nizza nel 2000. In particolar modo all'interno della Carta di fondamentale rilievo è l'art. 24 rubricato "diritti del minore", con il quale vengono affermati tre principi fondamentali: il diritto del minore di esprimere liberamente la propria opinione in funzione della propria età e maturità (par. 1), il diritto a che l'interesse superiore del minore sia considerato preminente (par. 2) e il diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori (par. 3).

Solo però con il Trattato di Lisbona si è data una maggiore attenzione e tutela ai minori e in particolar modo alla categoria dei MSNA, data la particolare vulnerabilità di tali soggetti che rendeva necessaria una tutela rafforzata a livello europeo. Negli ultimi decenni, infatti, a fronte dell'aumento dei flussi migratori la questione della protezione da riconoscere a quest'ultimi ha acquisito sempre maggiore centralità all'interno delle politiche dell'Unione.

Ad oggi nell'ordinamento dell'Unione europea sono presenti discipline specifiche che sanciscono diversi livelli di accoglienza e assistenza dei MSNA a seconda che si tratti di minori migranti richiedenti protezione internazionale, di minori migranti in condizione di irregolarità o di vittime della tratta di esseri umani. I MSNARA, ossia quei minori separati da entrambi i genitori o altri parenti, che richiedono asilo politico allo Stato ospitante in virtù del loro *status* di rifugiati o di beneficiari di protezione sussidiaria, infatti, sono destinatari di un trattamento di maggior favore in virtù della loro peculiare condizione. Tale disparità di trattamento, tuttavia risulta

¹² Ratificata tramite la Legge n. 77 del 20 marzo 2003.

¹³ Ratificata con Legge del 30 giugno 1975 n. 396.



del tutto irragionevole soprattutto in virtù delle sentenze della Corte di Strasburgo¹⁴ la quale ha sottolineato che in considerazione della vulnerabilità di tali soggetti dovrebbe essere garantito un livello di protezione standard che li ponga al riparo dalla condizione di debolezza in cui si trovano, a prescindere dai motivi dell'ingresso in uno Stato o dalla loro condizione giuridica¹⁵.

L'evoluzione delle politiche comunitarie in questo campo, è stata condizionata in particolare da due esigenze specifiche, da un lato il controllo delle frontiere, strettamente collegato alle politiche di sicurezza di ciascun Paese; dall'altro, la necessità e l'obbligo di garantire protezione a coloro che presentano domanda di asilo e ai gruppi vulnerabili, di cui i MSNA fanno parte. In sostanza attraverso gli atti di diritto derivato dell'Unione sono posti in essere una serie di diritti e garanzie spettanti ai MSNA e MSNARA in concomitanza con diversi doveri spettanti ai 27 Stati membri.

Uno degli atti giuridici di maggior rilievo per la protezione dei MSNA è la direttiva 2001/55/CE¹⁶ sulla protezione temporanea, che offre una definizione di MSNA (art. 2 lett. f) oltre a categorizzarlo come soggetto particolarmente vulnerabile. Essa include anche questi soggetti tra i beneficiari della procedura per la concessione di protezione temporanea in ipotesi di emergenza legate al massiccio afflusso di sfollati. Si tratta di un beneficio di durata semestrale, nel quale lo Stato dovrà provvedere a garantire ai titolari di protezione una serie di diritti e garanzie: permesso di soggiorno, accesso ad attività lavorative, alloggio, assistenza medica, ricongiungimento familiare, un rappresentante legale e la possibilità di presentare domanda di asilo. Tuttavia, come osservato dalla più attenta dottrina, le difficoltà riscontrate sul piano pratico e che hanno reso, ad oggi, tale beneficio lettera morta, risiedono nell'aver subordinato il riconoscimento della protezione temporanea ad una procedura farraginoso (deliberazione del Consiglio su proposta della Commissione, a una maggioranza qualificata dell'adunanza¹⁷) che riduce notevolmente le possibilità di adozione della decisione in seno al Consiglio¹⁸.

Anche la direttiva 2008/115 recante norme e procedure applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, stabilisce all'art.10, che anteriormente all'allontanamento di un MSNA dal territorio di uno Stato

¹⁴ Corte eur. dir. uomo, sentenza *Rahimi c. Grecia*.

¹⁵ A. DEL GUERCIO, *L'accoglienza dei minori non accompagnati in Italia alla luce degli obblighi internazionali*, (a cura di) A. ANZALDI, T. GUARNIER, *Viaggio nel mondo dei minori stranieri non accompagnati: op.cit.*, pp. 14-15-16.

¹⁶ Direttiva 2001/55/CE sulle "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 sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi".

¹⁷ Art. 5, Direttiva 2011/55/UE.

¹⁸ A. MENEGHETTI, *I minori migranti nel sistema comune di asilo*, in *Papers di diritto europeo*, n. 3/2015, p. 12; C. FRATEA, *Quando il diritto si scontra con la realtà: i minori migranti quali soggetti titolari del diritto al ricongiungimento familiare*, in (a cura di) C. FRATEA, I. QUADRANTI, *Minori e immigrazione: quali diritti?*, 2015, pp. 119-121.



membro, sia necessario che le autorità di tale Stato svolgano accertamenti in merito al congiungimento del minore con un membro della sua famiglia, un tutore designato o l'inserimento presso un'adeguata struttura di accoglienza.

Un altro strumento per la tutela dei minori è dato dalla direttiva 2011/36/UE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, la quale prevede, all'art. 16, che gli Stati offrano assistenza, sostegno e protezione nei confronti di questa vulnerabile categoria, in conformità con il principio di superiore interesse del minore.

Nonostante tutta la normativa citata però la categoria dei MSNA viene tutelata nel maggiore dei modi solo dalla direttiva 2011/95/UE (cd. direttiva qualifiche) che li colloca tra i beneficiari della protezione internazionale- *status* di rifugiato¹⁹ o titolare di protezione sussidiaria- mettendoli così nelle condizioni di presentare domanda di asilo e godere in tal modo di garanzie rafforzate sul piano dell'accoglienza, in virtù del loro peculiare *status*.

In sostanza la direttiva qualifiche (sostitutiva della direttiva n. 2004/83/CE), recepisce parzialmente la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea e armonizza i diritti concessi ai beneficiari di protezione internazionale, considerando due tipi di protezione: *status* di rifugiato e *status* di protezione sussidiaria. L'atto ribadisce che gli Stati membri debbano adottare misure volte ad assicurare la necessaria rappresentanza dei minori non accompagnati e stabilisce le possibili sistemazioni dei MSNA (art. 31).

Tutti insieme questi atti si propongono di definire *standard* comuni elevati oltre che aumentare la cooperazione tra gli Stati membri per assicurare ai migranti giunti sul territorio dell'Unione europea un equo trattamento negli Stati membri e la possibilità di presentare domanda di asilo.

Il quadro legislativo di riferimento a livello europeo in materia di immigrazione ed asilo, integrante il cosiddetto "Sistema comune d'asilo", si compone oltre che della normativa suddetta anche del regolamento n. 604/2013, denominato regolamento Dublino III.

Il regolamento Dublino III, principale referente normativo in tema di asilo a livello europeo, sancisce i criteri per individuare lo Stato competente ad esaminare la domanda di protezione internazionale presentata da un cittadino di un Paese terzo o apolide. Esso con riferimento ai minori prevede una disciplina di maggior favore finalizzata a garantire che l'intera procedura di asilo venga svolta tenendo preliminarmente in considerazione il loro interesse superiore, consacrato dal Considerando n. 13 quale criterio fondamentale per gli Stati membri nell'applicazione del regolamento, coerentemente con quanto previsto dalla

¹⁹ Per la definizione di rifugiato si suole far riferimento all'art. 1 della Convenzione di Ginevra del 1951.



Convenzione di New York e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Pertanto, l'art. 8 nello stabilire il titolo di giurisdizione che viene in rilievo nell'individuazione dello Stato competente sancisce una disciplina tutta improntata alla tutela dell'unità familiare prevedendo che se il richiedente fosse un MSNA, l'esame della domanda di protezione internazionale debba competere allo Stato membro nel quale si trovi legalmente un suo familiare (par. 1). Qualora, invece, il richiedente minore non accompagnato abbia un parente presente legalmente in un altro Stato membro, che si possa occupare di lui, detto Stato membro dovrà provvedere al ricongiungimento familiare del minore e sarà considerato lo Stato competente. (par. 2). Se invece familiari, fratelli o parenti soggiornano in più di uno Stato membro, allora la competenza sarà determinata sulla base dell'interesse superiore del MSNA (par. 3). Infine, in mancanza di un familiare, di un fratello o di un parente è competente lo Stato membro in cui il minore non accompagnato abbia presentato la domanda di protezione internazionale. (par. 4)²⁰. Tale disposto normativo è stato interpretato in via pregiudiziale dalla Corte di giustizia dell'UE su istanza di MA contro il Secretary of State for the Home Department. Nella sentenza *The Queen* infatti la Corte ha chiarito che lo Stato competente ad esaminare la domanda di asilo debba essere quello in cui il minore si trovi attualmente, dopo aver presentato la domanda stessa²¹, ciò al fine di "evitare che nell'interesse superiore del minore la procedura venga prolungata più del necessario con trasferimenti del minore da uno Stato membro ad altro".

Una delle questioni più delicate riguardanti il trattamento dei MSNA è costituita sicuramente dalla possibilità di trattenimento di tali soggetti. La questione è affrontata dall'art 11 della direttiva 2013/33/UE sulle condizioni di accoglienza, la quale non esclude, in termini assoluti, la possibilità di trattenimento dei minori non accompagnati, anche se questo evento limitato soltanto a circostanze eccezionali. Dunque l'ipotesi del trattenimento come *extrema ratio*, a cui ricorrere laddove non vi sia nessuna altra misura attraverso la quale meglio realizzare l'interesse superiore del minore, è piuttosto accettata.

²⁰ R. PALLADINO, *La protezione dello straniero minore non accompagnato nel costruendo sistema comune europeo di asilo*, in (a cura di) C. FRATEA, I. QUADRANTI, *Minori e immigrazione: cit.*, pp. 97-98; Agenzia europea dei diritti fondamentali, *Manuale sul diritto europeo in materia di asilo, frontiere e immigrazione*, pp. 234.

²¹ Corte giust. UE, 6 giugno 2013, causa C-648/11, *The Queen*, su istanza di MA c Secretary of State for the Home Department; A. MARTONE, *Il trattamento dei minori stranieri non accompagnati*, in (a cura di) G. CAGGIANO, *I percorsi giuridici per l'integrazione: migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, p.309; Agenzia europea dei diritti fondamentali, *Manuale sul diritto europeo in materia di asilo, frontiere e immigrazione*, p. 234 ss, in www.fra.com; R. PALLADINO, *La protezione dello straniero minore non accompagnato nel costruendo sistema comune europeo di asilo*, in (a cura di) C. FRATEA, I. QUADRANTI, *Minori e immigrazione: cit.*, p. 104.



Perplessità invece sono sorte in dottrina con riferimento all'assenza di specificazione dei casi eccezionali in cui è ammesso ricorrere al trattenimento dei MSNA, lasciando, così, un ampio e pericoloso margine di discrezionalità di azione in capo agli Stati membri²².

4. Il rimpatrio dei minori stranieri non accompagnati irregolari.

Qualora invece il MSNA soggiorni sul suolo europeo in condizioni di irregolarità interviene a regolamentare il tutto la direttiva 2008/115/CE che dispone l'allontanamento dal Paese ospitante.

A differenza dei minori beneficiari di protezione internazionale per i quali vige il principio di *non refoulement*, non esiste per i minori irregolari un divieto assoluto di rimpatrio, ma soltanto la previsione che qualsiasi decisione in merito dovrà essere assunta considerando il loro interesse superiore (art. 5).

Dall'applicazione di tale principio di matrice internazionalistica all'istituto del rimpatrio consegue dunque non soltanto la necessità di valutare caso per caso le esigenze particolari del minore, la sua situazione familiare, la situazione e le condizioni di accoglienza del Paese di rimpatrio prima di disporre l'allontanamento, ma anche l'obbligo dello Stato di assicurare forme complementari di protezione del minore nel caso in cui il rimpatrio non appaia una soluzione percorribile²³.

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ribadisce in tal senso gli stessi principi con la sentenza *Üner c. Paesi Bassi* del 2006²⁴ sottolineando la necessità di tenere in considerazione l'impatto che l'espulsione avrebbe sui bambini membri di una famiglia, al momento di stabilire se l'espulsione rappresenta una risposta proporzionata. Si deve pertanto considerare "il miglior interesse dei minori eventualmente coinvolti (in particolare la loro difficoltà a integrarsi nel Paese verso cui il genitore è espulso) e la solidità dei legami sociali, culturali e familiari coltivati dall'individuo nel Paese di residenza e in quello di destinazione".

La direttiva 2008/115 infatti, non contempla il rimpatrio come unica alternativa prevista per i minori soggiornanti in condizione di irregolarità in uno Stato membro: lo Stato ospitante pertanto è lasciato libero di astenersi dal disporre il rimpatrio o

²² R. PALLADINO, *La protezione dello straniero minore non accompagnato nel costruendo sistema comune europeo di asilo*, in (a cura di) C. FRATEA, I. QUADRANTI, *Minori e immigrazione: cit.*, p. 102.

²³ L. TRONCONI, *Percorsi di accoglienza, garanzia ed integrazione*, in *Papers di diritto europeo*, n. 3/2015, pp. 24-25; Agenzia Europea dei diritti fondamentali, *Manuale sul diritto europeo in materia di asilo, frontiere e immigrazione*, p. 236, in www.fra.com.

²⁴ Corte eur. dir. uomo, sentenza 18 ottobre 2006, *Üner c. Paesi Bassi* (n. 46410/99), punti 57- 58. Cfr. anche Corte eur. dir. uomo, sentenza 2 agosto 2001, *Boultif c. Svizzera* (n. 54273/00). Cfr. Agenzia europea dei diritti fondamentali, *Handbook on European law relating to the rights of the child*, 2015, p. 191, in www.fra.eu.



l'allontanamento del minore laddove ciò risulti maggiormente rispondente all'interesse di quest'ultimo. In tal caso, però, dovrà essere regolarizzata sul piano giuridico la sua permanenza sul suolo europeo, concedendogli un permesso di soggiorno temporaneo fino al compimento dei 18 anni o rinviandone l'allontanamento, al fine di evitare che situazioni ibride possano pregiudicare la posizione del minore.

L'art. 10, della direttiva proprio specificamente per i MSNA, prevede che prima di emettere la decisione di rimpatrio debba essere fornita assistenza al minore da parte di organismi appropriati diversi dalle autorità che eseguono il rimpatrio, tenendo nel debito conto l'interesse superiore del bambino (par. 1). Per organismi appropriati la direttiva fa riferimento ad organismi governativi o non governativi, i quali dovranno garantire al minore l'accesso all'istruzione, oltre che assistenza sul piano legale e sotto il profilo medico, assicurando le prestazioni sanitarie necessarie. Inoltre, prima di allontanare il minore dal territorio di uno Stato membro le autorità dovranno accertarsi che questi sia ricondotto ad un membro della famiglia, ad un tutore designato o presso adeguate strutture di accoglienza nello Stato di rimpatrio (par. 2)²⁵.

Questa disciplina dunque pur sembrando tener conto di ogni possibile circostanza, presenta degli aspetti che destano maggiori perplessità e dai quali emerge in maniera chiara come ai MSNA non richiedenti protezione internazionale o ai minori a cui sia stata rifiutata la domanda di asilo sia riservato un trattamento di minor favore. Questi sono la possibilità di effettuare in *extremis* il rimpatrio anche in assenza di familiari nel Paese d'origine e l'assenza di una disposizione che preveda espressamente la nomina di un tutore che rappresenti il minore, limitandosi, invece ad imporre agli Stati l'assistenza di quest'ultimo a mezzo di "organismi appropriati", il tutto in detrimento dei principi internazionali previsti a tutela di tali soggetti, primo fra tutti il *best interest of the child*²⁶.

L'ipotesi di trattenimento del soggetto sottoposto alle procedure di rimpatrio invece viene ammessa soltanto in caso di pericolo di fuga o se il cittadino in qualche modo ostacoli la preparazione dell'allontanamento. Infatti, come chiarito dalla Corte di Strasburgo, non ultimo nel caso *Rahimi c. Grecia* del 2011²⁷, nei confronti dei MSNA, in considerazione della condizione di vulnerabilità che li caratterizza, devono essere prese in considerazione opzioni di alloggio alternative al trattenimento, che costituirà per loro la *extrema ratio*. Infatti, i minori non accompagnati e le famiglie con minori in condizione di irregolarità, per espressa previsione della direttiva in questione,

²⁵ R. PALLADINO, *La protezione dello straniero minore non accompagnato nel costruendo sistema comune europeo di asilo*, in (a cura di) C. FRATEA, I. QUADRANTI, *Minori e immigrazione: cit.*, p. 102.

²⁶ L. TRONCONI, *Percorsi di accoglienza, garanzia ed integrazione*, in *Papers di diritto europeo*, n. 3/2015, p. 26.

²⁷ Corte eur. dir. uomo, sent. 5 aprile 2011 *Rahimi c. Grecia*.



potranno essere trattenuti solo in mancanza di altra soluzione e per un lasso temporale il più breve possibile²⁸.

5. I fatti.

Una volta chiarita la normativa applicabile al caso in esame andiamo ad illustrare i fatti oggetto di ricorso.

La vicenda riguardava un minorenne non accompagnato che all'epoca aveva 15 anni e quattro mesi e arrivava dalla Sierra Leone. Il ragazzo, una volta arrivato in Olanda, aveva presentato domanda di permesso di soggiorno a tempo determinato. Nella richiesta aveva indicato di essere nato nel 2002 in Guinea e di essere arrivato in Europa dopo la morte della zia, presso la quale viveva in Sierra Leone. Quando è arrivato ad Amsterdam, nei Paesi Bassi, il ragazzo sarebbe stato vittima di tratta di esseri umani e di sfruttamento sessuale, motivi per i quali avrebbe sofferto di gravi turbe psichiche.

Nel marzo 2018, il segretario di Stato alla giustizia e alla sicurezza dei Paesi Bassi ha deciso d'ufficio che il ragazzo non poteva beneficiare di un permesso di soggiorno a tempo determinato e il giudice del rinvio precisò che il minore non poteva beneficiare né dello *status* di rifugiato né della protezione sussidiaria.

Il problema era che in base al diritto dei Paesi Bassi, questo tipo di decisione si considerava come decisione di "rimpatrio", pertanto il ragazzo ad aprile 2018 presentò ricorso contro questa decisione, facendo presente di non sapere dove potessero risiedere i suoi genitori e di non conoscere alcun altro suo familiare.

Il giudice del rinvio, in quell'occasione spiegò che la legge dei Paesi Bassi effettuava una precisa distinzione tra i ragazzi a seconda dell'età. Infatti per i minori che avevano meno di quindici anni alla data di presentazione della domanda di asilo, prima di adottare una decisione di rimpatrio veniva effettuata un'indagine per capire se esistesse o meno un'accoglienza adeguata nello Stato di rimpatrio, mentre per gli altri minori no.

Essendoci questo presupposto dunque il giudice del rinvio rilevava che avendo il ragazzo 15 anni e quattro mesi nel momento di presentazione della domanda di asilo, in base al diritto olandese sarebbe stato obbligato a lasciare il territorio dello Stato membro senza che si fosse accertata l'esistenza, nel Paese d'origine o altrove fuori dall'Unione, di un'accoglienza adeguata.

Il giudice del rinvio in questo caso evidenziò che la distinzione tra i minori di età inferiore e di età superiore a 15 anni non avrebbe dovuto esistere, facendo valere in generale l'interesse superiore del minore. Se si considera infatti l'articolo 3 della direttiva 2008/115, che qualifica i minori non accompagnati come "persone vulnerabili", si ritiene impossibile che il legislatore dell'Unione possa avere avuto

²⁸ L. TRONCONI, *Percorsi di accoglienza, garanzia ed integrazione*, in *Papers di diritto europeo*, n. 3/2015, p. 26.



l'intenzione di non concedere assistenza una volta adottata la decisione di rimpatrio, proprio perché bisogna tener sempre conto dell'interesse superiore del minore.

Il giudice del rinvio pertanto, una volta fatte queste osservazioni, invitò la Corte a precisare due principali questioni. Primo in quale fase del procedimento dinanzi alle autorità nazionali fosse necessario effettuare le indagini dirette a determinare l'esistenza di condizioni di accoglienza adeguate nello Stato di rimpatrio. Secondo se uno Stato membro possa almeno operare una distinzione in base all'età, limitando l'obbligo di effettuare dette indagini unicamente ai casi riguardanti minori di età inferiore ai 15 anni.

6. *Analisi del ricorso.*

La norma che la Corte analizza nel caso in esame è la direttiva 2008/115, la quale come abbiamo detto, nell'articolo 10 distingue due diverse categorie di obblighi applicabili alle varie fasi della procedura, ossia la fase dell'adozione della decisione di rimpatrio e quella dell'allontanamento, ciascuna disciplinata rispettivamente ai paragrafi 1 e 2. Sulla base di tale norma, si potrebbe affermare che l'obbligo di accertarsi che lo Stato di rimpatrio offra un'accoglienza adeguata è menzionato solo al paragrafo 2, che è una disposizione riguardante unicamente la fase dell'allontanamento. Pertanto risulta chiaramente dall'articolo 10, paragrafo 2, che nell'intenzione del legislatore europeo l'obbligo di cui sopra sorge prima di allontanare il minore, il che lascia intendere che lo Stato membro deve, se del caso, adempiere a tale obbligo in una fase preliminare nella procedura, o addirittura quando sarà venuto il momento di decidere se si debba ordinare o no il rimpatrio del minore. In altri termini, la formulazione di tale disposizione non permette assolutamente di concludere che è sufficiente che le autorità nazionali si accertino, nel corso della procedura di allontanamento, che nello Stato di rimpatrio esistano adeguate condizioni di accoglienza.

Secondo la Corte pertanto è evidente che non è possibile interpretare l'articolo 10 della direttiva 2008/115 senza tener conto di altre disposizioni applicabili al caso di specie che hanno lo scopo di proteggere i diritti del minore non accompagnato, come quella prevista all'articolo 5, lettera a) della direttiva stessa. Tale disposizione infatti, prevede che nell'applicazione della suddetta direttiva gli Stati membri tengano nella debita considerazione l'interesse superiore del bambino²⁹. E la determinazione dell'interesse superiore del bambino si basa su una valutazione individuale che tenga

²⁹ V. «Returning unaccompanied children: fundamental rights considerations», Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (FRA), 18 September 2019, pp. 7 e 23, da cui risulta che l'articolo 10, paragrafo 2, dev'essere interpretato in armonia con l'articolo 5 e con il considerando 22 della direttiva 2008/115 nel senso che le autorità competenti devono accordare un'attenzione preminente all'interesse superiore del bambino lungo tutta la procedura di rimpatrio. Secondo l'agenzia FRA, tale principio generale deve guidare tutti gli atti che conducono all'allontanamento di un minore non accompagnato.



conto di più fattori connessi alla sua situazione, ivi comprese le condizioni di accoglienza esistenti nel Paese di rimpatrio.

Inoltre l'obbligo di protezione incombente agli Stati membri presenta un'importanza superiore nel caso in cui il minore, dopo aver richiesto senza successo l'asilo, si trovi di fronte ad un rischio reale di trattamenti inumani o degradanti nel suo Paese d'origine³⁰.

A tal proposito teniamo a ricordare che parecchie disposizioni del diritto dell'Unione in materia di asilo e di immigrazione rispecchiano l'impegno di rispettare il principio di *non-refoulement*, come ad esempio l'articolo 19, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali, l'articolo 78, paragrafo 1, TFUE, e l'articolo 5 della direttiva 2008/115, per citarne solo alcune.

Proprio l'articolo 5, lettera a), della direttiva 2008/115 infatti traspone al settore del diritto dell'immigrazione dell'Unione l'obbligo derivante dall'articolo 24 della Carta, consistente nell'offrire la protezione e le cure necessarie al benessere dei minori³¹, nonché nel vegliare a che in tutti gli atti relativi ai minori, l'interesse superiore del minore sia considerato preminente.

Anche nel diritto internazionale, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della già citata Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo³², ratificata da tutti gli Stati membri dell'Unione, si ribadisce che "in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza 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". Così come ai sensi dell'articolo 12, paragrafo 2, di detta Convenzione, "(...) si darà (...) al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne", il che include altresì ogni procedura di rimpatrio di cui sia oggetto un minore non accompagnato.

L'importanza di tutelare i diritti del fanciullo nel settore dell'immigrazione è parimenti riconosciuta dalla giurisprudenza della Corte stessa³³. Infatti come essa ha ricordato nella sentenza *Parlamento c. Consiglio*³⁴, vertente sull'interpretazione della direttiva 2003/86/CE relativa al diritto al ricongiungimento familiare³⁵, gli Stati membri debbono "tenere nella dovuta considerazione l'interesse superiore

³⁰ Ai sensi dell'articolo 15 della direttiva 2011/95.

³¹ S. LEMKE, *Europäisches Unionsrecht* (von der Groeben, Schwarze, Hatje), Baden-Baden, 2015, articolo 24, punto 11, p. 664, ritiene che il diritto fondamentale di cui all'articolo 24, paragrafo 1, della Carta sia compromesso ove le autorità vincolate al rispetto di tale disposizione non agiscano attivamente e non offrano una protezione e cure adeguate nella misura necessaria al benessere del minore.

³² Adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989 (Raccolta dei trattati delle Nazioni Unite, vol. 1577, pag. 43).

³³ V., per quanto riguarda l'importanza dei diritti del fanciullo in generale per la giurisprudenza della Corte, sentenza del 14 febbraio 2008, *Dynamic Medien*, C-244/06, EU:C:2008:85, punto 39.

³⁴ Sentenza del 27 giugno 2006, *Parlamento c. Consiglio*, C-540/03, EU:C:2006:429, punti 10, 37 e 57.

³⁵ GUUE 2003, L 251, p. 12.



dei minori" nell'attuazione del diritto dell'Unione. Il richiamo secondo cui il rispetto dei diritti fondamentali si impone anche quando il diritto dell'Unione attribuisce agli Stati membri un certo margine di discrezionalità ci sembra pertinente ai fini della causa in questione, in quanto la direttiva 2008/115 permette anch'essa l'adozione delle misure di recepimento per via legislativa e amministrativa, senza specificare però in dettaglio in che modo gli Stati membri debbano adempiere all'obbligo derivante dal suo articolo 10, paragrafo 2.

La Corte dunque in considerazione dell'importanza che il diritto dell'Unione riconosce alla protezione del MSNA, ritiene impensabile che il legislatore possa aver avuto l'intenzione di obbligare gli Stati membri a verificare "unicamente nella fase dell'allontanamento" se esistano o meno condizioni di accoglienza adeguate nello Stato di rimpatrio, tanto più che non è facile stabilire perché lo Stato membro dovrebbe ignorare un aspetto di fatto così importante come la mancanza di accoglienza adeguata nel Paese d'origine al momento di adottare una decisione di rimpatrio, rinviando tale compito all'ultimissima fase della procedura. Secondo la stessa infatti è necessario, al fine di garantire in maniera effettiva la tutela dell'interesse superiore del minore, effettuare una tale verifica in ciascuna fase rilevante della procedura, ivi compreso il momento di prevedere l'adozione di una decisione di rimpatrio. Questo d'altronde viene confermato dall'articolo 24, paragrafo 3, della direttiva 2013/33 in quanto prescrive che "gli Stati membri iniziano a rintracciare quanto prima i familiari del minore non accompagnato, se necessario con l'assistenza di organizzazioni internazionali o altre organizzazioni competenti, non appena sia manifestata la volontà di chiedere la protezione internazionale, sempre tutelandone l'interesse superiore".

Dunque le conclusioni della Corte ricavate dall'analisi di tale questione sono le seguenti.

In primo luogo, si provvede meglio all'interesse superiore del minore quando l'unità del nucleo familiare è garantita³⁶, il che risulta del resto dall'articolo 10, paragrafo 2, della direttiva 2008/115, che menziona in maniera esplicita la possibilità di una riconduzione ad un "membro della sua famiglia". Tale conclusione è altresì corroborata dalle considerazioni della Corte nella già citata sentenza *Parlamento c. Consiglio* nella quale la stessa Corte ha sottolineato l'importanza del ricongiungimento familiare per il minore migrante, per il fatto che esso gli consente

³⁶ Il documento «Returning unaccompanied children: fundamental rights considerations», op. cit., p. 23, nonché la raccomandazione (UE) 2017/2338 della Commissione del 16 novembre 2017 che istituisce un manuale comune sul rimpatrio che le autorità competenti degli Stati devono utilizzare nell'espletamento dei compiti connessi al rimpatrio (GUUE 2017 L 339, p. 123) raccomandano che venga privilegiato il rimpatrio presso familiari, salvo che ciò non sia manifestamente nell'interesse superiore del minore.



di condurre una "vita di famiglia"³⁷, e dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo riguardante il diritto al rispetto della vita familiare ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali³⁸.

Per motivi di completezza, ci preme evidenziare in tal senso la sentenza *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Belgio*³⁹, pronunciata dalla Corte europea per i diritti dell'uomo alcuni mesi dopo la sentenza *Parlamento c. Consiglio*, nella quale tale giudice ha concluso per una violazione dell'articolo 8 della CEDU nell'ambito di una procedura di rimpatrio, in quanto il Regno del Belgio non aveva adottato le misure adeguate per garantire il ricongiungimento di un minore con la famiglia nel suo Paese d'origine.

In secondo luogo, la Corte rileva che le autorità nazionali sono tenute ad intervenire già nella fase iniziale della procedura di asilo, ossia al momento in cui "sia manifestata la volontà di chiedere la protezione internazionale", il che ha logicamente la conseguenza di far sorgere, in maniera quasi simultanea, l'obbligo di accertarsi che vi siano condizioni di accoglienza adeguate nello Stato di rimpatrio.

La stessa giurisprudenza fornisce vari indizi a sostegno di un'interpretazione che privilegi una valutazione il più possibile precoce delle adeguate condizioni di accoglienza nel Paese di origine. Infatti, come la Corte ha dichiarato nella sentenza *Boudjlida*⁴⁰, un cittadino di un Paese terzo il cui soggiorno sia irregolare ha "il diritto di manifestare, prima dell'adozione di una decisione di rimpatrio che lo riguarda, il proprio punto di vista (...) sull'eventuale applicabilità degli articoli 5 e 6, paragrafi da 2 a 5, [della direttiva 2008/115] nonché sulle modalità del suo rimpatrio"⁴¹. Da ciò ne consegue che, "qualora l'autorità nazionale competente intenda adottare una decisione di rimpatrio, [essa] deve necessariamente rispettare gli obblighi imposti dall'articolo 5 della direttiva 2008/115 e sentire l'interessato in proposito"⁴². Pertanto risulta chiaramente da tale sentenza che considerazioni legate all'interesse superiore del bambino possono eventualmente far sì che l'autorità nazionale "si astenga dall'adottare una decisione di rimpatrio"⁴³.

Ciò premesso, condividiamo il parere della Corte, secondo cui l'obbligo previsto all'articolo 5, lettera a), della direttiva 2008/115 implica che, quando si prende una

³⁷ Sentenza *Parlamento c. Consiglio*, punto 69; v., quanto all'importanza del ricongiungimento familiare per il benessere del minore migrante, conclusioni dell'avvocato generale Hogan nella causa *B. M. M. e B. S.* (Ricongiungimento familiare – figlio minore) C-133/19, EU:C:2020:222, paragrafi 1, 2, 43.

³⁸ Sentenza *Parlamento c. Consiglio* punti 52 e segg., nonché giurisprudenza citata.

³⁹ Sentenza della Corte EDU del 12 ottobre 2006, *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Belgio*, CE:ECHR:2006:0126DECE001317803.

⁴⁰ Sentenza dell'11 dicembre 2014, *Boudjlida*, C-249/13, EU:C:2014:2431.

⁴¹ Sentenza dell'11 dicembre 2014, *Boudjlida*, C-249/13, EU:C:2014:2431, punto 68.

⁴² Sentenza dell'11 dicembre 2014, *Boudjlida*, C-249/13, EU:C:2014:2431, punto 49.

⁴³ Sentenza dell'11 dicembre 2014, *Boudjlida*, C-249/13, EU:C:2014:2431, punto 55.



decisione riguardante il rimpatrio, le autorità nazionali devono tener conto di una serie di fattori⁴⁴ quali l'età del minore, la sua particolare vulnerabilità. Allo stesso tempo in quanto minore non accompagnato e in quanto vittima della tratta di esseri umani, le autorità nazionali devono considerare attentamente il suo collocamento in una famiglia di affidamento al momento in cui la decisione di rimpatrio viene adottata, il suo ambiente sociale e il suo stato di salute mentale, nonché l'eventuale presenza di familiari nel Paese di rimpatrio e, più in generale, la disponibilità o meno di adeguate strutture di accoglienza. Le autorità competenti pertanto devono valutare tali fattori quali si presentano al momento in cui esse decidono di adottare una decisione di rimpatrio. Solo una valutazione globale sulla base di tali fattori infatti permetterà di identificare l'interesse superiore del bambino e di adottare una decisione conforme alle prescrizioni della direttiva 2008/115.

Secondo la Corte dunque un'interpretazione dell'articolo 10, paragrafo 2, della direttiva 2008/115 che imponga agli Stati membri l'obbligo di effettuare tale verifica "in ciascuna fase rilevante della procedura", e non soltanto al momento di procedere all'allontanamento, risponde nel migliore dei modi all'interesse superiore del bambino, tanto più che tale interesse può variare in relazione alle circostanze⁴⁵.

Ciò premesso, vorremmo attirare l'attenzione sul fatto che la stessa Corte ha ricordato, nella sentenza *Gnandi*,⁴⁶ che "gli Stati membri devono consentire alle persone interessate di far valere qualsiasi mutamento delle circostanze verificatosi successivamente alla decisione di rimpatrio che presenti rilevanza significativa per la valutazione della situazione degli interessati medesimi con riguardo alla direttiva 2008/115 e, in particolare, all'articolo 5 della stessa"⁴⁷. Deduciamo infatti da tale sentenza che la Corte era già consapevole del fatto che solo una gestione flessibile della procedura, che permetta verifiche ad ogni fase rilevante, garantisce che l'interesse superiore del bambino sia debitamente preso in considerazione. Pertanto in caso di evoluzione sfavorevole delle circostanze, sarebbe ragionevole secondo i giudici europei sospendere gli effetti della decisione di rimpatrio o rinviare la sua esecuzione al fine di evitare una situazione che possa pregiudicare i diritti fondamentali del MSNA. Viceversa, può succedere che l'assenza di condizioni

⁴⁴ La determinazione dell'interesse superiore del bambino si realizza attraverso una valutazione individuale che si basa su un approccio pluridisciplinare, associando il tutore designato del minore o la competente autorità di protezione dell'infanzia. Vari soggetti internazionali, quali l'Agenzia delle Nazioni Unite per i rifugiati, il Comitato delle Nazioni Unite sui diritti del bambino e il Fondo delle Nazioni Unite per l'infanzia hanno adottato orientamenti interpretativi ed operativi. Vari documenti pubblicati dalle agenzie europee, forniscono un quadro utile dei criteri che le autorità nazionali devono prendere in considerazione nell'ambito di tale valutazione.

⁴⁵ Tale interpretazione è del resto conforme alla raccomandazione dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, consistente nel riesaminare periodicamente l'interesse superiore del bambino alla luce dell'evoluzione del singolo caso (v. «Returning unaccompanied children: fundamental rights considerations», op. cit., p. 12).

⁴⁶ Sentenza del 19 giugno 2018, *Gnandi*, C-181/16, EU:C:2018:465.

⁴⁷ Sentenza del 19 giugno 2018, *Gnandi*, C-181/16, EU:C:2018:465, punto 64.



adeguate per un ritorno del minore nel Paese di origine imponga che una decisione di rimpatrio non sia per nulla adottata, almeno finché non siano ancora state trovate strutture d'accoglienza adeguate.

Secondo la Corte in conclusione l'articolo 10, paragrafo 2, della direttiva 2008/115, in combinato disposto con l'articolo 5, lettera a), della stessa, e alla luce dell'articolo 24 della Carta dei diritti fondamentali⁴⁸, dev'essere interpretato nel senso che, prima di imporre un obbligo di rimpatrio ad un minore non accompagnato, le autorità dello Stato membro devono accertarsi che nello Stato di rimpatrio sia disponibile un'accoglienza adeguata per il minore non accompagnato di cui trattasi.

Una volta chiarito questo la Corte si accinge ad analizzare un'altra questione che le viene sottoposta ossia il fatto di stabilire se uno Stato membro possa operare una distinzione in base all'età di un minore per autorizzarlo a soggiornare nel suo territorio, qualora sia accertato che tale minore non può aver diritto allo *status* di rifugiato o alla protezione sussidiaria.

A questo proposito essa esamina attentamente la nozione di "minore", che conformemente all'articolo 2, lettera d), della direttiva 2013/33, designa qualsiasi cittadino di un Paese terzo o apolide di età inferiore agli anni diciotto.

La direttiva 2013/33 non prevede quindi alcuna distinzione tra i minori in base all'età. Lo stesso vale per la direttiva 2008/115 che il giudice del rinvio chiede alla Corte di interpretare.

Pertanto tenuto conto del contesto normativo abbastanza chiaro, alla Corte appare inconcepibile che una prassi amministrativa avente l'effetto di trattare una categoria di minori, definita in relazione all'età, in maniera meno favorevole rispetto ad un'altra possa essere considerata conforme al diritto dell'Unione⁴⁹. Infatti la prassi amministrativa in questione, che prevede la violazione, da parte delle autorità nazionali, del loro obbligo di effettuare le verifiche necessarie quanto all'esistenza di un'adeguata accoglienza nel Paese d'origine, costituisce un trattamento meno

⁴⁸ In base a questo articolo: 1. I minori hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione. Questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità. 2. In tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente. 3. Il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse.

⁴⁹ Come afferma R. LAMONT, *Article 24 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in *The UE Charter of Fundamental Rights*, Oxford 2014, p. 672, articolo 24, punto 24.23, la Carta contiene, oltre ai diritti del minore all'articolo 24, un divieto di discriminazione in base all'età all'articolo 21, il che, secondo l'autore, implica che qualsiasi discriminazione di minori (in generale) è vietata. A nostro parere, tale constatazione non esclude che una categoria specifica di minori definita dall'età (ossia quelli di età pari o superiore a 15 anni) possa far valere tale divieto al fine di contestare la legittimità di una disposizione nazionale (di attuazione del diritto dell'Unione) che, come nel caso di specie, abbia l'effetto di trattare tale categoria di minori, in sostanza, come quella dei maggiorenni, in quanto essa viene privata della protezione garantita dall'articolo 24 della Carta, quale concretizzata dal combinato disposto dell'articolo 10, paragrafo 2, della direttiva 2008/115 e dell'articolo 5, lettera a), di tale direttiva.



favorevole dei minori non accompagnati di età pari o superiore a 15 anni, in quanto non viene fatto alcuno sforzo per accertarsi che tali minori crescano in un ambiente che garantisca la loro sicurezza in occasione del loro rimpatrio. Di conseguenza il minore non accompagnato di età inferiore a 15 anni può beneficiare del sostegno delle autorità competenti per la ricerca della sua famiglia o almeno delle adeguate strutture di accoglienza, che contribuiscano così alla sua integrazione nel Paese d'origine. Situazione opposta invece, per il minore di età pari o superiore a 15 anni, che deve rassegnarsi a rientrare senza avere una prospettiva del genere. In tal modo, anche se la prassi amministrativa di cui trattasi non prevede il rimpatrio immediato dell'interessato, in quanto il suo soggiorno nel territorio dello Stato membro è tollerato finché non abbia raggiunto la maggiore età, si può ritenere che la sua situazione sarà meno privilegiata, dato che egli non disporrà, al suo rimpatrio nel Paese d'origine, di alcuna persona di riferimento o di una struttura di accoglienza che possa offrirgli una reale possibilità di integrazione.

Nell'ambito di questo contesto la Corte ha provato ad analizzare i motivi che giustificavano una siffatta disparità di trattamento. In questo senso, conformemente alle informazioni fornite dal governo olandese, la distinzione si basava sul fatto che una procedura di asilo nei Paesi Bassi dura normalmente tre anni. Pertanto è stato adottato un regime speciale di soggiorno per non lasciare i minori per più di tre anni nell'incertezza sulla loro situazione e per fornire loro una prospettiva di futuro. Conformemente a tale regime speciale, veniva concesso un diritto di soggiorno regolare al richiedente asilo che, al termine del periodo di tre anni, fosse ancora minorenne. Di conseguenza, solo i minori di età inferiore a 15 anni potevano venire in considerazione per un siffatto diritto di soggiorno. Da lì discende il requisito secondo il quale il minore doveva avere un'età inferiore a 15 anni al momento della prima domanda di soggiorno. Secondo la spiegazione del governo olandese, infatti le autorità nazionali procedevano ad una valutazione della situazione del minore alla luce di tale regime speciale di soggiorno, solo una volta deciso che egli non veniva in considerazione per un permesso a titolo di asilo.

La Corte a questo proposito condivide i dubbi espressi dal giudice del rinvio riguardo alla conformità, con l'obbligo derivante dall'articolo 10, paragrafo 2, della direttiva 2008/115, di una prassi amministrativa nazionale che si basava su una mera presunzione della durata massima di una procedura di asilo al fine di operare una distinzione fondata sull'età tra i componenti di un gruppo di persone, sebbene questi ultimi si trovassero tutti nella stessa situazione. In tal modo le persone venivano trattate in maniera diversa benché non vi fosse alcun motivo ragionevole per operare una siffatta distinzione se non l'intento di semplificare il lavoro delle autorità nazionali. Infatti, tale distinzione sembrava avere sostanzialmente lo scopo di disciplinare in maniera prevedibile lo *status* di soggiorno dei MSNA ai fini del diritto



olandese, privilegiando quelli di età inferiore ai 15 anni rispetto a quelli di età superiore.

Come indicato dal giudice del rinvio, un diritto di soggiorno veniva concesso a tale categoria di minori se essi non potevano ritornare nel loro Paese d'origine o se non potevano lasciare il territorio dei Paesi Bassi. Tali minori che acquisivano diritti al soggiorno durante la loro minore età, non rientravano in patria e non potevano essere riaccompagnati alla frontiera qualora l'indagine prevista all'articolo 10, paragrafo 2, della direttiva 2008/115 non fosse stata effettuata o non abbia dato alcun risultato. Per contro, per quanto riguarda i minori non accompagnati di età superiore a 15 anni, la prassi amministrativa di cui trattasi sembrava invece incoraggiare le autorità nazionali a rinunciare all'esigenza di condurre indagini, permettendo loro addirittura di astenersi dal procedere all'allontanamento del minore finché quest'ultimo non avesse raggiunto la maggiore età. Pertanto il limite di età di 15 anni era stato appositamente fissato dalle autorità nazionali come un criterio asseritamente chiaro al fine di poter determinare con esattezza il modo in cui conveniva procedere in ciascun singolo caso, anche se tale approccio non trovava alcun fondamento nella direttiva 2008/115, e di conseguenza comportasse gravi rischi nell'ambito della sua corretta applicazione.

Secondo la Corte infatti, tale approccio ha l'effetto di attenuare la protezione cui gli Stati membri sono tenuti nei confronti dei minori non accompagnati in forza del diritto internazionale e del diritto dell'Unione. In questo modo rinunciando ad adempiere agli obblighi ad esse derivanti dall'articolo 10, paragrafo 2, della direttiva 2008/115 a favore di una maggior prevedibilità amministrativa, le autorità nazionali agiscono in senso contrario all'obiettivo definito nei Trattati, che è quello di vegliare al benessere del minore. Infatti se le autorità nazionali si astengono dal verificare direttamente la presenza di adeguate condizioni di accoglienza nello Stato di rimpatrio, ciò significa che esse impongono in ultima analisi tale responsabilità al minore non accompagnato, contrariamente a quanto prevede la disposizione di cui sopra.

Inoltre, un siffatto approccio ostacola l'obiettivo di istituire "un'efficace politica in materia di allontanamento e rimpatrio" basata su norme comuni, così come previsto dai considerando 2 e 4 della direttiva 2008/115. Tale direttiva impone, in forza degli articoli 6 e 8, che gli Stati membri adottino una decisione di rimpatrio "nei confronti di qualunque cittadino di un Paese terzo il cui soggiorno nel loro territorio è irregolare" nonché "tutte le misure necessarie per eseguire la decisione di rimpatrio". Pertanto una politica nazionale di sedicente "tolleranza" nei confronti dei cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare che sia imperniata su una prassi amministrativa indulgente, se non indifferente, da parte delle autorità nazionali, rischia di compromettere il buon funzionamento del diritto dell'Unione in materia di asilo e di immigrazione. Essa infatti ha l'effetto di creare una "zona grigia" di



illegalità, permettendo il soggiorno prolungato dei migranti minori nel territorio dello Stato membro malgrado l'esistenza di una decisione di rimpatrio. Tutto questo risulta pregiudizievole per la certezza del diritto e contrario all'obiettivo perseguito dalla direttiva 2008/115, consistente nel garantire che lo *status* di soggiorno dei migranti sia chiarito quanto prima possibile attraverso una decisione amministrativa o giudiziaria ai sensi dell'articolo 3, punto 4, della detta direttiva, e, se del caso, che misure concrete di esecuzione siano prese senza indugio dalle autorità nazionali.

Ne consegue che una prassi amministrativa come quella controversa, che tratta i minori non accompagnati in maniera diversa in base alla loro età, in particolare per quanto riguarda l'obbligo di accertarsi che il Paese d'origine offra loro in linea di principio un'accoglienza adeguata, non è giustificata da ragioni oggettive. Pertanto, essa costituisce una discriminazione vietata dal diritto dell'Unione.

Alla luce delle considerazioni che precedono, la Corte pertanto ha dichiarato che l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 2008/115, alla luce dell'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali, dev'essere interpretato nel senso che non consente agli Stati membri di operare una distinzione in base all'età di un minore non accompagnato per autorizzare il soggiorno sul loro territorio, allorché si accerti che tale minore non possa beneficiare né dello *status* di rifugiato né della protezione sussidiaria.

7. Conclusioni.

L'analisi della normativa internazionale ed europea riguardante i MSNA effettuata in questo lavoro, ha tratteggiato una categoria di soggetti particolarmente vulnerabile portatrice, in considerazione della debolezza che la caratterizza, di istanze di tutela rafforzata.

Tali soggetti richiederebbero una legislazione a livello europeo che sancisca uno standard di garanzie, vincolando gli Stati membri e assicurando una tutela omogenea dei diritti nello Spazio giuridico europeo.

L'intento di implementazione e coordinamento della normativa in materia è, però, allo stato attuale, rimasto parzialmente inattuato.

La Commissione aveva sottoposto all'attenzione del legislatore europeo alcune *pars dolens* della normativa sui minori non accompagnati che necessitavano di un rafforzamento⁵⁰. In particolare, la frammentarietà della disciplina europea, l'esistenza di disposizioni sulla protezione dei minori non accompagnati specifiche per contesto attribuenti livelli diversi di garanzie, circa l'accoglienza ed il trattamento dei minori, a seconda che si tratti di migranti in condizione di irregolarità, di richiedenti asilo o di vittime della tratta, erano stati individuati quali limiti insormontabili all'elaborazione di un credibile e coerente assetto normativo a tutela di tale categoria.

⁵⁰ COM(2010)213, p. 9.



Come sottolineato anche all'interno della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, riguardo ai minori non accompagnati è del tutto impensabile e discriminatorio poter effettuare delle distinzioni in relazione al differente *status* giuridico e ai differenti motivi di ingresso nel territorio europeo. Difatti, la particolare condizione che caratterizza i minori non accompagnati, impone di riconoscere preminenza alla condizione di bambino su quella di migrante e, pertanto, di garantire in maniera effettiva l'applicazione dei principi internazionali previsti a tutela del fanciullo⁵¹.

Ora finalmente la Corte di giustizia impone accanto a questi *dictat* anche il blocco delle espulsioni in mancanza di un'accoglienza adeguata, oltre che il divieto di differenziazione tra minori in base all'età. A ciò vanno ad aggiungersi altre criticità poste in luce dalla Commissione e già emerse dall'esame delle direttive nel corso del presente lavoro, quali, a titolo esemplificativo, il fatto che, eccetto per i MSNARA, non sia contemplata per esplicita previsione normativa la nomina di un rappresentante del minore al momento dell'identificazione; che il diritto di essere rappresentati sia previsto solo per i richiedenti asilo; che l'eccessiva genericità delle garanzie sancite rimetta il piano della tutela dei minori alla sostanziale discrezionalità degli Stati membri; che maggiore attenzione dovrebbe essere riservata dalla normativa europea alla scomparsa dei MSNA, problema che alimenta le maglie del traffico degli esseri umani; che dovrebbe essere normativamente risolto il problema della scarsa affidabilità delle tecniche di accertamento dell'età del minore, procedura durante l'arco della quale dovrebbe essere garantita al minore l'assistenza ed il supporto di un tutore; ed infine che si dovrebbero ricercare soluzioni meno farraginose per la ricerca ed il ricongiungimento familiare dei minori, magari anche rafforzando la cooperazione e lo scambio di informazioni tra gli Stati membri⁵².

L'enorme aumento registratosi nel numero di arrivi di migranti nel continente europeo degli ultimi anni ha, poi, fatto emergere in maniera ancora più chiara la già prospettata fragilità del sistema di protezione europeo dei minori migranti. Pertanto anche in quest'occasione con la COM(2017)211 la Commissione è intervenuta individuando una serie di azioni coordinate ed efficaci per la protezione dei migranti da porre in essere nel breve periodo e volte a rimediare alle carenze su aspetti che vanno dall'identificazione, l'accoglienza, l'attuazione delle garanzie procedurali alla creazione di soluzioni durature⁵³.

In primo luogo, la Commissione ha richiesto al Parlamento ed al Consiglio europeo una implementazione dell'azione esterna della UE attraverso "il sostegno di progetti

⁵¹ A. DEL GUERCIO, *L'accoglienza dei minori non accompagnati in Italia alla luce degli obblighi internazionali*, (a cura di) A. ANZALDI, T. GUARNIER, *Viaggio nel mondo dei minori stranieri non accompagnati: un'analisi giuridico-fattuale*, pp. 14-15.

⁵² COM(2010)213, p. 9 ss.

⁵³ COM(2017)211, p. 3.



volti a tutelare i MSNA nei Paesi terzi lungo le rotte migratorie, in particolare per impedire la tratta o il traffico di minori; il finanziamento di interventi umanitari al fine di aiutare i Paesi *partner* a sviluppare solidi sistemi nazionali di protezione di minori e servizi anagrafici, così come una cooperazione transfrontaliera; l'attuazione degli orientamenti dell'UE in materia di promozione e tutela dei diritti dei minori"⁵⁴.

Sul piano, invece, della identificazione e protezione dei minori migranti, la Commissione ha rilevato la necessità di una maggiore efficienza e rapidità delle procedure. Specificatamente, ha sottolineato che "ai minori dovrebbe essere riservata una posizione prioritaria sia nel corso della fase di attraversamento delle frontiere, che in quella di identificazione e registrazione".

Sarebbe importante applicare in tale fase metodi adatti ai minori e che tengano conto della specificità di genere ai fini del rilevamento delle impronte digitali e dei dati biometrici; oltre che garantire che fin dall'inizio della fase di identificazione e di registrazione sia presente una persona responsabile della protezione dei minori, e che in ogni punto di crisi siano nominati incaricati della protezione dei minori ai fini di predisporre procedure e protocolli necessari per riferire e reagire sistematicamente in ogni caso di scomparsa di minori non accompagnati.

Tuttavia vi è ancora una lunga strada da percorrere. Preme, ciononostante sottolineare che in un contesto europeo di tale criticità uno spiraglio di luce verso l'affermazione di diritti e di una tutela rafforzata per i MSNA è stato aperto dall'Italia, con l'approvazione della legge n. 47/2017 recante disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati⁵⁵.

⁵⁴ COM(2017)211, p. 4 ss.

⁵⁵ Ricalcando le linee programmatiche e gli standard qualitativi delineati dal legislatore europeo, la legge 47/2017 sancisce un sistema organico e specifico di accoglienza, con strutture dedicate alla prima accoglienza all'interno delle quali i minori non possono soggiornare per più di 30 giorni, un sistema di seconda accoglienza in centri che aderiscono al Sistema per richiedenti asilo e rifugiati (Sprar) (art. 4) e un sistema omogeneo per l'accertamento dell'età e l'identificazione del minore con la presenza di un mediatore culturale durante i colloqui (art. 5). L'interesse superiore del minore viene, inoltre, fattivamente garantito attraverso una maggiore attenzione ai ricongiungimenti familiari (art. 6); riconoscendo priorità all'affidamento in famiglia come principale forma di accoglienza (art. 7); attraverso il ricorso a due unici tipi di permessi di soggiorno, quello per minore età e quello per motivi familiari, che potranno essere richiesti direttamente alla questura competente anche in assenza della nomina del tutore, eliminando così il pericolo che lungaggini burocratiche possano ledere il rapido riconoscimento dei diritti dei minori (art. 10); attraverso la creazione di regole più chiare per la nomina dei tutori con l'istituzione dell'albo dei tutori volontari a cura dei tribunali per i minorenni (art. 11); attraverso il passaggio della competenza sul rimpatrio assistito al Tribunale per i minorenni, organo costituzionalmente dedicato alla determinazione dell'interesse del minore. La legge Zampa sui MSNA in 5 punti, in www.openmigration.org.