

Diritto e infra-diritto dei minori stranieri in Europa: un'analisi giuridica e sociologica

di Iside Gjergji

1. Premessa

Le politiche migratorie adottate nei confronti dei minori stranieri in diversi paesi europei (ma, in particolare, mi concentrerò su Italia, Francia e Spagna) convergono negli ultimi anni verso un'obiettivo comune: la precarizzazione della condizione giuridica e sociale di tali minori. Queste politiche migratorie sono espresse principalmente attraverso le leggi, che, - pur affermando generalmente ed astrattamente ampi principi di tutela, in linea con la *Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia* (1989) -, spesso finiscono per ostacolare l'ingresso ed il soggiorno regolare dei minori stranieri nel territorio europeo.

La prospettiva giuridica rappresenta un presupposto indispensabile per la comprensione della logica di fondo delle politiche migratorie degli ultimi anni negli stati europei, ma l'analisi scientifica, per essere esaustiva, necessita del confronto con altre prospettive teoriche, specie se si considera il fatto che la disciplina attuale è caratterizzata da una forte *politicità*, vale a dire da una forte "*pertinenza* al potere esecutivo che si traduce nella centralità del ruolo dell'autorità di polizia"¹. E' proprio tale pertinenza della disciplina giuridica dell'immigrazione al potere esecutivo e all'Autorità di polizia ad aver portato nel corso degli anni allo sviluppo di "nuove", e spesso illegittime, fonti di regolamentazione della condizione degli immigrati in Europa, dando vita ad un lento, ma costante, processo di svuotamento dello *stato di diritto*².

Per cogliere tutti gli aspetti di tale processo occorre, pertanto, tornare ad analizzare i fatti sociali, poiché ciò che davvero conta nella lettura dei fenomeni sociali sono, appunto, i fatti concreti. Se si segue, infatti, l'insegnamento di Durkheim - il quale affermava che per studiare la società è necessario registrare e analizzare i *fatti sociali*³ - e lo si applica al fenomeno dell'immigrazione in Europa, abbiamo a disposizione una ricchissima messe di elementi concreti circa il modello migratorio adottato. Questa fonte di elementi è costituita, certamente, dai provvedimenti legislativi approvati nel corso degli ultimi anni, ma anche da tutte quelle prassi illegittime (espulsioni e respingimenti illegittimi, trattenimenti illegittimi, ostacoli burocratici per impedire il rilascio di visti di ingresso o dei permessi di soggiorno) che, pur non essendo previste dall'ordinamento, finiscono comunque per incidere enormemente sulla vita degli stranieri (minori compresi).

¹ A. Caputo, *Immigrazione, diritto penale e sicurezza*, in "Questione giustizia", n. 2-3/2004, p. 360. Sulla "politicità" della materia dell'immigrazione cfr. anche F. Bricola, *Forme di tutela "ante-delictum" e profili costituzionali della prevenzione*, in Aa.Vv., *Le misure di prevenzione*, Atti del Convegno di studi "Enrico De Nicola", Giuffrè, Milano, 1975.

² Per una attenta riflessione sull'attuale crisi dello *stato di diritto*, si veda J-C. Paye, *La fine dello Stato di diritto*, Manifestolibri, Roma, 2004.

³ É. Durkheim, *Le regole del metodo sociológico. Sociologia e Filosofia*, Einaudi, Torino, 2008.

Spesso tali prassi illegittime sono diretta conseguenza dell'applicazione delle disposizioni contenute nelle "circolari amministrative" emanate dai governi o dagli apparati esecutivi nel corso degli anni. Come un diaframma, tali atti amministrativi si frappongono tra il diritto e la prassi, dando vita ad un livello normativo (abusivo, se ci si attiene alle fonti formali riconosciute come legittime dagli ordinamenti nazionali) sotterraneo e semi-nascosto, ovvero a quello che possiamo chiamare "infra-diritto" degli stranieri.

In questa relazione si cercherà, pertanto, attraverso alcuni (pochi rispetto alla quantità dei casi che si possono menzionare) esempi concreti, di analizzare le politiche migratorie di alcuni paesi europei – Italia, Francia e Spagna - nei confronti dei minori stranieri mettendo in evidenza questo multiplo livello normativo in tema di immigrazione.

Considerato il tempo a disposizione, in questa relazione si cercherà di illuminare soltanto alcuni aspetti delle legislazioni per i minori stranieri in vigore nei paesi oggetto di analisi, nel tentativo di concentrare lo sguardo sul rapporto tra *diritto vigente* e *diritto vivente*.

2. Il sistema di governo per circolari

La centralità assunta dal potere esecutivo/amministrativo nella gestione dei movimenti migratori in Italia, Francia e Spagna si è tradotta nella centralità degli atti amministrativi e, in particolare, delle circolari amministrative, le quali hanno assunto nel tempo il carattere di vere e proprie fonti di diritto. Si può dire che l'effettiva condizione giuridica e, in generale, le reali politiche migratorie in questi paesi sono desumibili non tanto dagli strumenti normativi tradizionali (leggi, decreti legislativi, decreti legge) quanto, piuttosto, dalle innumerevoli circolari amministrative emanate dagli apparati esecutivi e amministrativi dello Stato. Vi è, dunque, un evidente nesso tra l'attuale condizione giuridica e sociale della popolazione immigrata e le circolari amministrative.

Prima di avviare però il percorso analitico finalizzato ad esaminare tale nesso, voglio soffermarmi su alcune precisazioni di carattere giuridico, atte a specificare, anche sul piano meramente definitorio, il valore e il significato da attribuire alle circolari amministrative nell'ordinamento giuridico di questi stati. Si tratta di capire, insomma, se le circolari possono o meno produrre "diritto". Senza sciogliere prima questo nodo teorico, ogni passo successivo della riflessione rischia di impantanarsi.

Con il termine "circolare" sono generalmente indicati non un'unica categoria, ma una pluralità di atti amministrativi. Tuttavia è possibile individuare nella prassi alcune circolari a "contenuto tipico" che sono state denominate anche "*circolari in senso stretto*". Si tratta di atti attraverso cui l'amministrazione fornisce indirizzi in via generale e astratta relativi alle modalità con cui devono comportarsi i propri dipendenti e i propri uffici⁴. È questa categoria di circolari ad essere qui oggetto di studio.

Da un punto di vista strettamente giuridico, il tema delle circolari è assai vasto e, soprattutto, molto complesso in ciascuno dei paesi oggetto di analisi in questa relazione. In generale, le circolari amministrative non sono considerate formalmente fonti di diritto pubblico, né dall'ordinamento generale, né dalla dottrina e neanche dalla giurisprudenza. Negli ultimi anni, però, c'è stata un'inversione di tendenza: alcune

⁴ Cfr. E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 479

recenti previsioni legislative in diversi paesi sembrano attribuire ad esse un certo rilievo giuridico - diretto o indiretto - non trascurabile.

Il processo di pubblicizzazione delle circolari amministrative denota l'avvio di un "processo di emersione" delle circolari da quella zona oscura e (spesso) segreta⁵ in cui solitamente circolano, nel tentativo di renderle visibili e soggette ad un controllo esterno, ma appare evidente, nel contempo, che proprio tale processo rivela anche talune contraddizioni relative all'effettivo valore assunto dalle circolari nell'ordinamento generale. Il "processo di emersione" delle circolari rischia cioè di legittimare, implicitamente, l'idea che le circolari amministrative, in quanto diretta espressione di organismi statuali (amministrativi), siano dotate di un autonomo valore giuridico⁶, oppure che le scelte operate per il tramite delle circolari abbiano un carattere intrinsecamente cogente. È come se, in qualche modo, alle circolari venisse riconosciuta una prerogativa nella creazione di interpretazioni "autentiche" o, addirittura, una sorta di funzione integrativa nella produzione di norme giuridiche⁷.

La forza e il carattere dispositivo delle circolari amministrative si manifesta prepotentemente nella prassi amministrativa. È in questo ambito che alle circolari viene attribuita una forza cogente pari - se non addirittura superiore - alle stesse disposizioni legislative. In base alle osservazioni, infatti, gli operatori amministrativi sembrano sempre di più indotti ad agire pressoché esclusivamente sulla base delle circolari, disinteressandosi totalmente delle leggi⁸.

⁵ Occorre specificare, infatti, che le circolari amministrative, in specie quelle provenienti dagli organi esecutivi centrali, sono state tradizionalmente considerate atti amministrativi aventi carattere - quanto meno - "riservato", se non proprio "segreto". Anche ora che diversi provvedimenti legislativi tentano di rendere trasparente e "democraticamente controllabile" il *sistema di governo per circolari*, si può osservare come le circolari effettivamente pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale (o anche sui siti *web* ufficiali del governo, dei ministeri o altri enti pubblici) costituiscano soltanto una piccolissima percentuale rispetto alla quantità reale di circolari prodotte quotidianamente dalla pubblica amministrazione. La maggior parte delle circolari amministrative rimangono, di fatto, occulte. Cfr., sul punto, M.P. Chiti, *Circolare*, Enciclopedia Giuridica, Treccani, Roma, 1988, p. 3.

⁶ Tale rischio sussiste anche nell'ipotesi in cui le circolari forniscano delle interpretazioni delle disposizioni legislative. Anche in tali casi, infatti, si rischia di legittimare un (insussistente) potere di supremazia della pubblica amministrazione nell'interpretazione delle disposizioni legislative.

⁷ Nella dottrina sviluppata durante il periodo fascista si sosteneva spesso che le circolari fossero una delle fonti più autorevoli per l'interpretazione delle leggi. In alcuni casi, addirittura, alcuni autori hanno coerentemente sostenuto che la «funzione essenziale delle circolari è [...] quella di produrre norme giuridiche»: cfr. M. Piacentini, *Le circolari come fonti di diritto obiettivo*, in "Rivista di diritto pubblico", 1942, II, p. 252.

⁸ Cfr., in tal senso, U. Allegretti, *Le rôle de la pratique dans la formation du droit public en Italie*, in Aa.Vv., *Studi in memoria di V. Bachelet*, II, Giuffrè, Milano, 1987, p. 10.

Ciò che si constata, dunque, è che dal punto di vista formale tutte le posizioni teoriche convergono verso una rimozione delle circolari dal novero delle fonti del diritto obiettivo, ma dal punto di vista sostanziale, ossia del *diritto vivente*, non si può dire altrettanto. È proprio in questa contrapposizione tra il *dato formale* e il *dato reale* - o meglio tra l'*essere* e l'*apparire* delle circolari - che occorre ricercare anche le ragioni della loro *invisibilità* e *inafferrabilità* anche in sede giudiziaria. Essendo formalmente (e astrattamente) considerate atti interni della pubblica amministrazione, cioè atti che non producono effetti sui soggetti estranei alla pubblica amministrazione, le circolari sfuggono spesso anche al vaglio giurisdizionale. Esiste, pertanto, non solo un problema di definizione organica delle circolari amministrative (in particolare delle circolari *a carattere dispositivo*), ma anche un problema di tutela giurisdizionale dagli effetti prodotti dalle circolari. Queste sono attualmente situate in una *zona di confine* tra il diritto vigente e la prassi, ossia si frappongono come «un diaframma tra le disposizioni legislative e la loro concreta applicazione»⁹. Si può parlare, insomma, di una sorta di *infra-diritto*, prodotto esclusivamente da fonti interne alla pubblica amministrazione. Quello dell'*infra-diritto amministrativo* è – come si vedrà in seguito – un universo in continua espansione, composto da atti amministrativi che, pur non essendo annoverati formalmente tra le fonti del diritto, si occultano negli interstizi di queste assumendone le sembianze.

Le attuali politiche migratorie in Italia, Francia e Spagna si esprimono essenzialmente attraverso le circolari amministrative, ossia attraverso un *diritto interstiziale*. Ciò evidenzia, anzitutto, anche nel campo del diritto, la volontà delle istituzioni di non conferire una piena soggettività giuridica agli immigrati, e pone inoltre all'interprete seri interrogativi sull'attuale organizzazione del potere, sull'uso di forme *para-normative* nel suo esercizio e, in generale, sul processo di trasformazione dello stato. Ancora una volta, quindi, le politiche migratorie sembrano rivelarsi una importante chiave di lettura complessiva delle politiche pubbliche del nostro tempo.

3. Diritto e infra-diritto dei minori stranieri in Italia

L'attuale condizione giuridica dei minori stranieri in Italia è una delle questioni più complesse dell'intera disciplina giuridica dell'immigrazione in Italia. Da molti giuristi viene considerata una materia “quasi intrattabile”¹⁰ e ciò a causa della “coesistenza nell'ordinamento giuridico di molteplici disposizioni, disorganiche e in parte in contrasto tra loro, che danno luogo a enormi difficoltà di orientamento e, conseguentemente, a prassi giudiziarie le più disparate”¹¹. Insomma, una vera e propria giungla normativa, dove gli operatori sociali e giudiziari si sono dovuti orientare nel tempo “seguendo prevalentemente prassi più o meno consolidate a livello locale, dall'origine incerta e dalla perdurante legittimità quantomeno dubbia”¹², piuttosto che

⁹ M.P. Chiti, *Circolare*, cit., p. 3.

¹⁰ G. Turri, *I bambini stranieri non accompagnati*, in “Minorigiustizia” n. 4/1999.

¹¹ *Ibidem*.

le norme formalmente vigenti. Neanche l'intervento della magistratura, spesso assai 'coraggioso', è riuscito a creare soluzioni definitive e condivise.

In Italia, la condizione dei minori stranieri¹³, prima dell'approvazione della Legge n. 40/1998 e del successivo decreto legislativo n. 286/1998, non era regolamentata da leggi. Le uniche fonti normative a livello centrale e locale erano le *circolari amministrative*. Sia a livello centrale (ministeriale) che a livello locale si erano dovute individuare, quindi, forme di intervento ispirate essenzialmente ai principi generali dell'ordinamento nonché alla *Convenzione di New York sui diritti del fanciullo* del 1989¹⁴ (ratificata e resa esecutiva in Italia con Legge n. 176/1991). Gli interventi amministrativi prima della legge del 1998 erano sostanzialmente orientati a sottrarre i minori stranieri non accompagnati all'*Autorità di Polizia* per affidarli al *potere giudiziario*, ovvero al *Tribunale dei Minorenni*.

Il sistema generale delle norme in materia di protezione dei minori, ricavabile dalla Costituzione, dalla normativa internazionale, dal codice civile e dalla disciplina sull'adozione e l'affidamento (Legge n. 184/1983, così come modificata dalla Legge n. 476/1998 e dalla Legge n. 149/2001), affidava la competenza sul trattamento del minore in Italia quasi esclusivamente all'*Autorità Giudiziaria minorile*.

Nelle circolari ministeriali, emanate dal 1994 al 1998, infatti, si prendeva atto di ciò e si stabiliva la necessità, anche per il minore straniero non accompagnato, di avviare l'apertura di una tutela da parte del *Tribunale per i minorenni* (per i minori di anni 14) o del *Giudice tutelare* (per gli ultra quattordicenni), con conseguente affidamento all'*Ente locale* (solitamente i servizi sociali del Comune). In altre parole, con queste circolari ministeriali, veniva sottratto alla *polizia* ogni potere di determinazione della condizione e del trattamento del minore straniero non accompagnato, demandando all'*Autorità giudiziaria minorile* il compito di individuare la soluzione più adeguata per il minore straniero, in linea con i principi generali dell'ordinamento giuridico.

¹² L. Miazzi, *La condizione giuridica dei bambini stranieri in Italia*, in "Minorigiustizia", n. 4/1999. Sull'illegittimità costituzionale del sistema di trattamento dei minori stranieri non accompagnati si veda anche P. Bonetti, *Anomalie costituzionali delle deleghe e dei decreti legislativi previsti dalla legge sull'immigrazione straniera* (Parte II) in "Diritto, Immigrazione e Cittadinanza", n. 3/1999, pp. 74-83.

¹³ Sulla base del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (DPCM) 9 dicembre 1999, n. 535, «*Regolamento concernente i compiti del Comitato per i minori stranieri*», per minore straniero non accompagnato, si deve intendere il minore non avente cittadinanza italiana o di altri stati dell'Unione europea che, non avendo presentato domanda di asilo, si trova per qualsiasi causa nel territorio dello stato privo di assistenza e rappresentanza da parte dei genitori o di altri adulti per lui legalmente responsabili.

¹⁴ La suddetta *Convenzione* stabilisce che in tutte le decisioni riguardanti i minori deve essere tenuto in conto come considerazione preminente il "superiore interesse del minore". Inoltre, la *Convenzione sui diritti del fanciullo* riconosce a tutti i minori il diritto alla protezione, il diritto allo sviluppo (fisico, mentale, spirituale, morale e sociale) e il diritto alla partecipazione (ovvero il diritto di esprimere la propria opinione e che tale opinione sia tenuta in considerazione, tenendo conto dell'età e del grado di maturità).

Sempre tramite circolare¹⁵, fu stabilita la possibilità per il minore straniero non accompagnato di accedere al mercato del lavoro¹⁶. Con altra circolare¹⁷ fu poi sancita la possibilità per il minore non accompagnato, una volta compiuto i diciotto anni, di rimanere in Italia, usufruendo dell'iscrizione alle liste di collocamento, alla pari degli altri cittadini stranieri regolarmente soggiornanti in Italia per motivi di lavoro, anziché essere colpiti dal provvedimento di espulsione.

Questi interventi amministrativi avevano posto le basi, dunque, per un superamento della logica delle espulsioni a favore di una logica tesa ad incoraggiare l'accoglienza e l'integrazione dei minori stranieri nella società italiana.

Il quadro normativo determinato dalle circolari sembra in parte stabilizzarsi con l'approvazione della Legge n. 40/1998 (nota anche come la "legge Turco-Napolitano"), successivamente confluita nel *Testo Unico sull'Immigrazione* (decreto legislativo n. 286/1998), che con l'art. 19, comma 2, dispone l'inespellibilità del minore straniero, tranne che per "motivi di sicurezza nazionale" e "ordine pubblico", per i quali, in base all'art. 31, comma 4, deve comunque disporre il *Tribunale per i minorenni* su richiesta del *Questore*. Altra norma importante è quella prevista dall'art. 28, comma 3, che introduce come criterio valutativo prioritario, in tutti i procedimenti amministrativi e giurisdizionali finalizzati a dare attuazione al diritto all'unità familiare e riguardanti i minori, quello del "*superiore interesse del fanciullo*".

In ogni caso, non mancano le ombre nella legge del 1998. Il problema più grande che emergeva era quello relativo alla condizione dei minori stranieri non accompagnati, una volta che questi raggiungevano la maggiore età. L'art. 32 della legge stabiliva, infatti, la possibilità di rilascio del permesso di soggiorno per motivi di "*studio*" o di "*accesso al lavoro*" (a prescindere dal sistema delle quote annuali introdotto dal meccanismo della programmazione dei flussi) soltanto per i "*minori affidati*". La norma sembra quindi escludere i minori sottoposti a tutela. Tale disposizione aveva condotto le questure a negare il permesso di soggiorno ai minori non accompagnati sottoposti a tutela e titolari del permesso di soggiorno per "*minore età*"¹⁸.

¹⁵ Si tratta della circolare del Ministero del lavoro n. 67 del 16.06.1994.

¹⁶ In tal caso veniva rilasciato all'imprenditore che voleva assumere un minore straniero un apposito atto di avviamento a prescindere dall'iscrizione del minore alle liste di collocamento.

¹⁷ Circolare del Ministero del lavoro del 1909/1995.

¹⁸ Il regolamento di attuazione del T.U. sull'Immigrazione, DPR n. 394/1999, ha disposto a favore dei minori non accompagnati il rilascio del permesso di soggiorno per "*minore età*". Generalmente, ma questo aspetto è ancora assai controverso, il minore per poter ottenere il permesso deve avere un *tutore*. La nomina del *tutore* viene disposta dal *Giudice tutelare*, istituito presso il *Tribunale ordinario*, in virtù degli artt. 343 e ss. del Codice civile. La tutela si apre se entrambi i genitori sono morti o se per altre cause non possono esercitare la potestà di genitori. Il *tutore*, comunemente, corrisponde al responsabile della comunità, o ad un parente (zio, fratello maggiore), presso cui il minore abiterà. La circolare del Ministero degli Interni del 13 novembre 2000 ha disposto che il permesso di soggiorno per "*minore età*" non consente al minore di lavorare, né di vedersi convertito il permesso in altro titolo di soggiorno, se non quando sussistono determinate condizioni molto restrittive. A seguito di tale circolare, però, vi sono stati numerosi interventi giudiziari che hanno sancito l'illegittimità della circolare ministeriale.

Il quadro si complica ulteriormente con la svolta restrittiva imposta dal decreto legislativo n. 133/1999. Con tale decreto legislativo vengono introdotte delle disposizioni correttive al Testo Unico sull'immigrazione, relative ai poteri e alle funzioni del *Comitato per i Minori stranieri* previsto dall' art. 33 del T.U. sull'immigrazione. Il decreto legislativo n. 133/1999 - che non precisa dettagliatamente i compiti del *Comitato*, ma rimanda a sua volta ad un regolamento da approvare successivamente (D.P.C.M. n. 535/1999) – cambia completamente l'orientamento del Testo Unico sull'immigrazione, introducendo la possibilità che il *Comitato* possa adottare provvedimenti di “*rimpatrio*” nei confronti del minore straniero non accompagnato¹⁹.

Due sono le conseguenze più gravi di questo provvedimento legislativo:

- 1) la messa in discussione il principio di non espellibilità del minore straniero non accompagnato, sancito nel Testo Unico sull'immigrazione (art. 19, comma 2, D. Lgs. n. 286/1998);
- 2) l'amministrativizzazione della condizione del minore non accompagnato, limitando al massimo il coinvolgimento dell'*Autorità giudiziaria*. Affidare la decisione e l'esecuzione materiale del rimpatrio del minore straniero ad un organo amministrativo come il *Comitato per i minori stranieri*, significa anche escludere il minore da una serie di garanzie giurisdizionali, come ad esempio la possibilità di impugnare dinanzi al Giudice il provvedimento di “rimpatrio”.

Secondo molti giuristi, l'attribuzione al *Comitato per i minori stranieri* delle competenze sul loro trattamento ha reso evidente il processo di “*amministrativizzazione*” della condizione dei minori non accompagnati, che si configura come una grave regressione rispetto al quadro normativo e alla prassi precedente²⁰.

Le modifiche introdotte con la legge n. 189/2002 (nota come la “*legge Bossi-Fini*”), hanno inciso in modo significativo sulla condizione dei minori stranieri e, in particolare, con riferimento ai minori non accompagnati. Anche questa volta, ad essere seriamente “aggredita” è stata la possibilità di soggiorno in Italia al compimento della maggiore età. La legge capovolge i principi su cui si basava la Legge n. 40/1998, perché i minori stranieri sono ora visti non come soggetti da tutelare, ma come *mera forza-lavoro* (da impiegare preferibilmente in nero e in clandestinità, considerate le

¹⁹ Sulla base dei dati forniti dal *Comitato per i minori stranieri*, e riportati in seguito nel Report di *European Migration Network* (maggio 2010), l'Italia ha rimpatriato 126 minori nel 2004, 108 nel 2005, 8 nel 2006 e 1 nel 2008. La drastica riduzione dei rimpatri negli ultimi anni è dovuta al fatto che in questi anni è sensibilmente diminuito il numero dei minori albanesi, i quali sono stati i più colpiti dai provvedimenti di rimpatrio del Comitato. Nel 2008, infatti, la popolazione dei minori stranieri non accompagnati era così composta: 663 minori afgani, 975 minori albanesi, 1068 minori egiziani, 390 minori eritrei, 288 minori irakeni, 1193 minori marocchini, 320 minori nigeriani, 741 minori palestinesi, 296 minori serbi, 304 minori somali. Tra questi 7056 erano minori maschi e soltanto 741 appartenenti al sesso femminile.

²⁰ L. Miazzi, *Il rimpatrio assistito del minore straniero: ancora un caso di diritto speciale?*, in “Diritto, Immigrazione e Cittadinanza”, n. 2/2000, p. 47.

difficoltà introdotte per rinnovare il permesso di soggiorno al compimento del diciottesimo anno di età).

Nel dettaglio, l'art. 25 della Legge n. 189/2002, che modifica l'art. 32 del T.U. Immigrazione, prevede che il permesso di soggiorno possa essere rilasciato "*al compimento della maggiore età, sempreché non sia intervenuta una decisione del Comitato per i minori stranieri di cui all'art. 33, ai minori stranieri non accompagnati che siano stati ammessi per un periodo non inferiore a due anni in un progetto di integrazione sociale e civile gestito da un ente pubblico o privato che abbia rappresentanza e che sia presente sul territorio dello stato da almeno tre anni*"²¹.

Secondo una circolare emessa dal *Comitato per i minori stranieri*, affinché il minore non accompagnato²² possa vedersi convertito il proprio titolo di soggiorno da minore età ad altro titolo, nel momento del compimento dei diciotto anni, dovranno concorrere tutti i requisiti sopramenzionati.

La situazione è divenuta ancor più difficile a seguito dell'emanazione della circolare del Ministero dell'Interno del 13 novembre 2002, che aveva stabilito che i minori sottoposti a tutela, contrariamente a coloro che erano in "*affidamento*", non potevano convertire il permesso di soggiorno per "*minore età*" in permesso per "*studio*" o "*lavoro*" al compimento dei diciotto anni.

Sul punto si è poi espressa la Corte Costituzionale che, con la sentenza del 23 maggio 2003, n. 198, ha stabilito che, ai fini della conversione del permesso di soggiorno al compimento della maggiore età, non vi sono differenze tra minori sottoposti a tutela, *ex artt. 343 e ss. del Codice civile* e minori affidati in virtù della L. n. 184/1983. Cioè, secondo la Corte Costituzionale, l'art. 32, comma 1 del T.U. sull'Immigrazione, non introduce una disparità di trattamento tra minori stranieri in tutela e minori stranieri affidati²³.

A compromettere la portata della sentenza della Corte Costituzionale è giunta però un'altra circolare del Ministero dell'Interno²⁴, del 23 ottobre 2003. Con tale circolare, si

²¹ In altri termini, le condizioni per il minore di ottenere un permesso di soggiorno al compimento della maggiore età sono: 1) l'assenza di un provvedimento di rimpatrio, emesso dal *Comitato per i minori stranieri*; 2) essere arrivato in Italia all'età di 15 anni; 3) avere frequentato un progetto di integrazione sociale o civile gestito da un ente pubblico o privato per non meno di 2 anni; 4) avere la disponibilità di un alloggio, frequentare o aver frequentato corsi di studio, o svolgere attività lavorativa retribuita nelle forme e con le modalità previste dalla legge italiana, ovvero essere in possesso di contratto di lavoro anche se non ancora iniziato.

²² L'accertamento della minore età, qualora vi fossero dubbi, viene effettuato preferibilmente mediante radiografia del polso. A tal proposito è stato istituito un gruppo di lavoro interministeriale allo scopo di pervenire ad una procedura da applicare uniformemente sul territorio italiano.

²³ Ciò anche in ragione del fatto che gli istituti della tutela e dell'affidamento, pur avendo presupposti diversi (la tutela si apre con la morte o l'assenza di entrambi i genitori o l'impossibilità di questi di esercitare la potestà, l'affidamento può essere disposto allorché la famiglia di origine sia temporaneamente inidonea ad offrire al minore un adeguato ambiente familiare) sono entrambi finalizzati ad assicurare la cura del minore.

²⁴ Circolare Ministero degli Interni n. 400/AA/P/12.214.32 del 23.10.2003.

è cercato di restringere l'applicazione della sentenza della Corte Costituzionale al solo caso dei minori che avevano raggiunto la maggiore età prima dell'entrata in vigore della L. n. 189/2002.

In questo “braccio di ferro” tra circolari amministrative, da un lato, e le decisioni dell'autorità giudiziaria (comprese le decisioni del Consiglio di Stato), dall'altro, a rimetterci sono stati i minori stranieri, la cui condizione giuridica e, di conseguenza, sociale diventa sempre più precaria.

Per comprendere meglio il fenomeno del governo per circolari dei movimenti migratori in Italia e, in particolare, quella dei minori stranieri, mi soffermerò in particolare su un episodio significativo: la detenzione illegittima dei minori stranieri nei centri di identificazione ed espulsione.

Come molti operatori che si occupano di minori stranieri fanno, il trattenimento dei minori stranieri nei CIE italiani è vietata dalla legge. Eppure, i casi di trattenimento dei minori non sono affatto numericamente trascurabili. Mancano delle vere statistiche in tal senso a livello sia nazionale che locale, ma è davvero difficile trovare un avvocato o un assistente sociale che non abbia incontrato durante la sua attività casi di questo tipo. Si dirà - come in effetti spesso si dice - che questo accade a causa della disorganizzazione degli uffici, oppure a causa dell'errore umano o addirittura del razzismo di singoli individui. Personalmente, non sono persuasa da tali spiegazioni, specie se si considerano la frequenza e la costanza di tale fenomeno. I numerosi episodi di trattenimento dei minori stranieri in Italia rivelano piuttosto una tendenza generale delle politiche migratorie, ovvero quella di considerare “clandestina” (ovvero socialmente pericolosa) la presenza dei minori stranieri giunti illegalmente in Italia.

Vi è un episodio accaduto di recente che rivela i contorni di questa tendenza generale. Il riferimento è ai minori tunisini che nella primavera del 2011 furono rinchiusi tutti insieme per diverse settimane in uno stabile dell'isola di Lampedusa. Della loro condizione raccontarono i servizi giornalistici ed i report di alcune ONG, in particolare quando i minori detenuti a Lampedusa proclamarono lo sciopero della fame e poi, stremati e arrabbiati, iniziarono a devastare l'edificio, bruciando anche alcuni materassi.

Allora cos'è successo a Lampedusa? Perché più di duecento minori stranieri sono stati rinchiusi e, di fatto, detenuti per diverse settimane, in aperto contrasto con la normativa nazionale ed internazionale? Perché ciò è potuto accadere? Perché gli operatori di polizia non hanno applicato la legge?

Nessuna risposta a queste domande potrà davvero essere esaustiva, se non si tiene conto della peculiarità delle politiche migratorie in Italia, di cui abbiamo accennato sopra: ovvero *del loro carattere autoritario e discrezionale* che deriva dal governo per circolari dei movimenti migratori.

La prova di ciò, nel caso specifico, la possiamo ricavare da una circolare ministeriale emanata dall'allora ministro degli interni, nonché esponente della forza politica più razzista in Italia, Roberto Maroni, il quale vietò - in barba a tutte le norme dell'ordinamento in vigore - l'ingresso ad associazioni, osservatori, parlamentari e giornalisti in tutti i centri di detenzione per immigrati a Lampedusa, compreso quello in cui erano rinchiusi i minori. Non è la prima volta che ciò accade in Italia, ma questo caso ci rende l'idea del peso sostanziale degli ordini amministrativi nella gestione dei movimenti migratori. E' bastata una circolare di Maroni per sospendere lo stato di diritto a Lampedusa. Tutti gli operatori delle forze dell'ordine ma anche quelli delle organizzazioni che gestiscono i centri non hanno fiutato e hanno obbedito agli ordini gerarchici, senza minimamente preoccuparsi della violazione lampante delle leggi in vigore. Appare evidente, pertanto, che anche la detenzione di centinaia di minori

stranieri sia da considerare diretta applicazione di qualche altro ordine contenuto in qualche altra circolare del Ministro, anche se direttamente non ne abbiamo mai avuto la prova. Perché non tutte le circolari sono pubbliche.

4. Diritto e infra-diritto dei minori stranieri in Francia

Nel 2008, i minori stranieri non accompagnati, in Francia definiti *minori stranieri isolati (Mineurs Isolés Étrangeres - MIE)*²⁵, sono stati circa 6.000²⁶, di cui 40% provenienti dai paesi dell'Est²⁷. In Francia, la legge prevede che gli stranieri non ammessi sul territorio nazionale, o in attesa di farvi ingresso, possano essere trattenuti/detenuti in una "zona d'attesa", ovvero in uno spazio di transizione situato tra la cosiddetta zona internazionale ed il territorio francese²⁸ vero e proprio. La "zona d'attesa", dunque, non è un luogo virtuale, ma è uno spazio fisico, creato e definito dalla legge del 6 luglio 1992. Prima di questa legge non vi era alcuna norma che prevedeva il trattenimento dello straniero nelle zone di frontiera. Lo spazio delle "zone di attesa" corrisponde, infatti, concretamente ad una zona con accesso limitato all'interno di porti, aeroporti e stazioni

²⁵ L'espressione "minori stranieri non accompagnati" è stata utilizzata in Francia fino alla fine degli anni Novanta, ma in seguito è stata sostituita con l'espressione "minori stranieri isolati", in quanto la prima è considerata non adeguata a rendere conto dell'insieme delle situazioni di pericolo e di vulnerabilità, in cui i minori stranieri si vengono a trovare. Nell'ultimo Rapporto «*Les mineurs isolés étrangers en France*», redatto da Madame Isabelle Debré, del maggio 2010, si sottolinea che si preferisce l'impiego della locuzione "minori stranieri isolati" proprio per sottolineare maggiormente l'importanza della condizione di *isolamento* del minore rispetto a quella di *straniero*. Secondo il suddetto rapporto, inoltre, deve considerarsi "isolato" il minore di 18 anni che si trova fuori dal proprio paese di origine senza essere accompagnato da un adulto esercente la patria potestà («*Est isolée, une personne âgée de moins de 18 ans qui se trouve en dehors de son pays d'origine sans être accompagnée d'un titulaire ou d'une personne exerçant l'autorité parentale*»). Ma vi è di più! L'espressione "minore isolato" pone l'accento sul pericolo derivante dalla condizione di vulnerabilità o di pericolo in cui viene a trovarsi il minore straniero, indipendentemente dal fatto che accanto allo straniero vi possa essere un accompagnatore adulto che lo rappresenti. E' evidente, inoltre, che tale espressione si adatta con estrema facilità ad un particolare segmento della comunità dei minori stranieri: *i minori rom*. Questi minori, infatti, sono spesso accompagnati, ma evidentemente tale "accompagnamento" non sempre è considerato idoneo da parte delle autorità francesi. Ecco, infatti, cosa afferma Debré in proposito: «*En France cette question de la réalité de l'isolement se pose notamment pour les jeunes Roms ou Tziganes qui vivent dans des campements en communauté au sein desquels ils sont plus ou moins accompagnés. Cet "accompagnement" ne suffit pas à les protéger puisqu'ils peuvent être contraints à voler, mendier ou se prostituer, exploités par des réseaux très organisés*».

²⁶ Secondo le conclusioni del gruppo di lavoro sui minori stranieri, istituito da Eric Besson, ministro dell'immigrazione, dell'integrazione e dell'identità nazionale e dello sviluppo solidale, nel 2008 il numero dei minori isolati stranieri in Francia oscillava tra 4.000 e 6.000. Secondo le associazioni e le organizzazioni non governative, però, la cifra più credibile dovrebbe essere quella di 8.000.

²⁷ Cfr. Rapporto di Debré, cit.

²⁸ Articolo L. 222-1 del CESEDA.

ferroviarie. L' "attesa" però in queste "zone" è pensata per durare a lungo. Invero, l'articolo L. 221-1 del *Codice di Ingresso e Soggiorno degli Stranieri e del Diritto d'Asilo* (*Code de l'Entrée et du Séjour des Étrangers et du Droit d'Asile - CESEDA*) prevede che nelle "zone d'attesa" possano essere incluse anche delle strutture di alloggio.

Con l'entrata in vigore della Legge Sarkozy del 26 novembre 2003, si è introdotta nell'ordinamento francese una definizione decisamente più estensiva della "zona d'attesa". Si stabilisce, infatti, che uno straniero possa essere trattenuto anche «nelle prossimità del luogo di sbarco» («à proximité du lieu de débarquement»). Tale definizione giuridica crea la possibilità che le "zone d'attesa" siano costruite in ogni luogo, anche ben lontano dalle zone ferroviarie, portuali o aeroportuali. La legge dispone, infatti, che siano comprese nelle "zone d'attesa" anche tutti i luoghi in cui lo straniero si reca nell'ambito della procedura, ad esempio in Tribunale (*Tribunal de Grande Instance*) oppure nella Corte d'Appello, che sono ambedue istituzioni competenti a decidere sulla proroga del trattenimento dello straniero trattenuto. Rientrano, così, nelle "zone d'attesa" anche gli ospedali o altri centri di cura, qualora lo straniero necessiti di cure mediche.

Ciò vale anche per il minore straniero che, in base all'art. 35 dell'Ordinanza del 2 novembre 1945, è trattato alla stregua di un adulto. Il minore straniero isolato, infatti, anche quando è confermata la sua età (anche mediante l'intervento del medico), può essere trattenuto/detenuto nella "zona d'attesa", assieme agli adulti. Diversi minori isolati si trovano ad essere respinti al momento della loro uscita dall'aereo, in applicazione di quel principio di responsabilità dei vettori, stabilito dal diritto comunitario²⁹. Si calcola, infatti, che circa il 30% dei minori stranieri isolati che arriva sul territorio francese per via aerea viene respinto senza una reale garanzia sulle condizioni di accoglienza nel paese di ritorno³⁰. Può inoltre accadere che il minore straniero isolato venga rispedito in patria o nel paese di provenienza direttamente dalla "zona di attesa", quando non è ammesso nel territorio francese³¹.

Il trattenimento dei minori nelle "zone d'attesa" è stato ed è oggetto di critiche da parte del *Comitato dei diritti del fanciullo*³² e del *Comitato contro la tortura delle*

²⁹ Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 tra i Governi degli Stati dell'Unione economica del Benelux, della Repubblica Federale di Germania e della Repubblica francese, relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, Gazzetta ufficiale L 239 del 22/09/2000 p. 0019 – 0062, art. 26.

³⁰ Secondo il *Gruppo di lavoro interministeriale sui minori isolati stranieri*, Progetto di rapporto, *Diagnostica e resoconti*, ottobre 2009, 189 p. 35, nel 2008, questo ha riguardato 341 minori, ossia il 31,2 % dei minori trattenuti in "zone d'attesa". Nel primo semestre del 2009, sono stati "imbarcati" 101 minori, ossia il 28%.

³¹ Infatti, nell'attesa di rimpatrio o dell'ammissione nel territorio francese, i minori isolati sono trattenuti per una durata che può raggiungere, al massimo, i 20 giorni. Tale durata può raggiungere eccezionalmente i 30 giorni nel caso in cui il minore presenti una domanda d'asilo negli ultimi giorni del trattenimento. Le proroghe del trattenimento devono essere autorizzate con specifica ed individuale ordinanza dal *Giudice della Libertà e della Detenzione*. Entro 48 ore dall'arrivo in una "zona d'attesa" avviene la nomina dell'*amministratore ad hoc*, responsabile di rappresentare e assistere il minore in tutte le procedure relative al suo ingresso nel territorio nazionale.

*Nazioni Unite*³³. Anche il *Coordinamento dei Rifugiati* e le altre ONG denunciano con forza questa pratica e considerano il trattenimento/detenzione dei minori nelle “*zone d’attesa*” una aperta violazione della *Convenzione internazionale dei diritti dell’infanzia di New York del 1989* (ratificata in Francia nel 1990) nonché della *Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo* (CEDU).

Una volta entrati nel territorio francese, però, i minori stranieri non possono essere più legittimamente espulsi e trattenuti nei centri in attesa di espulsione. Una volta usciti dallo spazio extraterritoriale (ovvero le “*zone d’attesa*”) ed entrati nello spazio territoriale francese si ristabilisce nuovamente il diritto “normale”, vigente nell’ordinamento francese, ed i minori tornano ad essere soggetti inespellibili, cioè esseri meritevoli di tutela. Tuttavia, come accade in Italia, esiste spesso nella realtà un contrasto tra il *diritto vigente* ed il *diritto vivente*, ovvero tra le norme legislative e quelle effettivamente applicate dagli organi dello stato, in particolare gli operatori di polizia.

Un recentissimo esempio ci aiuta a comprendere la complessità e la gravità della situazione. Il 22 agosto scorso si è tenuta l’udienza del Consiglio di Stato riguardante i ricorsi presentati da numerose associazioni e ONG francesi al fine di ottenere la “sospensione” di una parte della circolare del Ministero dell’Interno del 6 luglio 2012, che dispone anche il trattenimento dei minori stranieri nell’isola di Mayotte (arcipelago delle Comore). La decisione del governo francese è giustificata dalla “pressione migratoria”. Come opportunamente segnalano le associazioni ricorrenti dinanzi al Consiglio di Stato, non vi è alcun fondamento legale che possa giustificare il trattenimento dei minori stranieri, anche quando accompagnati dai genitori, poichè tale circostanza si configurerebbe come trattamento inumano e degradante. La Corte europea dei diritti dell’uomo ha infatti affermato, il 19 gennaio 2012, l’illegalità del trattenimento dei minori in attesa di espulsione. Nonostante però tale pratica sia considerata illegale, sia dall’ordinamento nazionale francese che dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, l’attuale governo francese ha imposto, tramite circolare, esattamente il contrario.

Naturalmente, le circolari amministrative in tema di immigrazione sono parte costante e significativa della condizione degli stranieri in Francia. Non è certo la prima volta che tramite circolari vengano emanati ordini in aperta violazione con le leggi in vigore. Possiamo citare qui l’esempio recente del 5 agosto 2010, quando il governo francese ordinò tramite circolare l’espulsione di centinaia di rom (compresi molti minori), di nazionalità romena, cioè comunitaria, in aperto contrasto con le leggi in vigore e che suscitò le ire del Commissario europeo alla Giustizia, Viviane Reding. Ma quale fu la risposta del Governo francese a tali dure prese di posizione da parte della Commissione europea? Paradossalmente, non ci fu il ritiro della circolare accusata di razzismo e di illegalità, ma si decise di riscrivere “meglio” la circolare stessa, ovvero di tentare di fornire una qualche base giuridica alla decisione arbitraria³⁴.

5. Diritto e infra-diritto dei minori stranieri in Spagna

³² Cfr. Comitato dei Diritti del Fanciullo, «Esame dei rapporti presentati dagli Stati parte in applicazione dell’articolo 44 della Convenzione», Osservazioni finali alla Francia, 51a sessione, 22 giugno 2009, CRC/C/FRA/CO/4, §86b.

³³ Cfr. Comitato delle Nazioni Unite contro la Tortura, Osservazioni finali alla Francia, 44a sessione, CAT/C/FRA/CO/4-6, 14 maggio 2010, §25.

La politica migratoria spagnola non è un fatto recente, come spesso superficialmente si afferma. Già agli inizi del 1800 essa era improntata su criteri altamente selettivi, che puntavano ad incrementare una immigrazione “scelta” e a respingere quella “subita”, ovvero quell’immigrazione che non era considerata utile per gli interessi del regno spagnolo.

Con il *Decreto Reale susugli stranieri (Real Decreto de Extranjeria)* del 1852, tale orientamento politico e giuridico si è consolidato ulteriormente, anche se si è stabilito, nel contempo, la (quasi) parificazione della condizione giuridica del residente straniero con quella del suddito spagnolo. Questo decreto ha avuto un ruolo importante nella storia spagnola, anche perché si tratta del provvedimento legislativo che è rimasto in vigore fino al 1985, anno della promulgazione della prima legge in materia di immigrazione.

In realtà, occorre rilevare che durante il periodo della dittatura franchista non sono affatto mancati provvedimenti in materia di immigrazione, anche se questi si distinguevano per un forte carattere amministrativo. Nel 1974, infatti, il governo di Franco emanò un decreto sulla condizione giuridica degli stranieri in Spagna, con il quale veniva attribuito al *Direttore Generale della Sicurezza del Regno* il potere di decidere (del tutto discrezionalmente!) sullo *status* giuridico dello straniero, ovvero sulla sua condizione di ingresso (art. 11), di soggiorno (artt. 17 e 19) e di allontanamento (artt. 28 e 29). Occorre evidenziare, inoltre, – fatto, questo, di non poca rilevanza - che tale decreto è rimasto in vigore in Spagna fino all’approvazione del *Regolamento di attuazione* della Legge n. 7/1985.

Con l’approvazione della nuova Costituzione spagnola (1978) mutò radicalmente il quadro giuridico ed istituzionale in Spagna, ma, nonostante ciò, la prima legge sull’immigrazione fu approvata soltanto sette anni dopo. La Legge n. 7/1985, secondo molti studiosi ed osservatori, fu adottata non tanto perché vi furono importanti spinte politiche interne, quanto perché la Spagna, avendo contratto numerosi obblighi verso la Comunità internazionale ed europea e avendo siglato nei primi anni Ottanta diverse convenzioni che tutelavano i diritti dei cittadini stranieri, doveva onorare gli impegni internazionali. Da allora, però, la produzione legislativa in materia di immigrazione non ha conosciuto soste, assumendo talvolta tratti compulsivi. Numerose sono, infatti, le leggi sull’immigrazione approvate in Spagna negli ultimi anni, fino ad arrivare alla legge organica del 2000³⁵ (*Ley organica* n. 4/2000). L’ultima in ordine di tempo, però, risale al 12 dicembre 2009 («*Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*»).

In Spagna, così come in Francia e in Italia, la tendenza generale della più recente produzione legislativa è quella che porta verso una forte restrizione dei canali

34

Davanti ai giornalisti, l’11 agosto 2010, Nicolas Sarkozy, presidente della Francia, riconobbe infatti che la circolare del 5 agosto sull’evacuazione dei campi rom in Francia “conteneva alcune espressioni suscettibili di essere mal interpretati”. E poi aggiunse che il rimedio da lui individuato è consistito nell’emanazione di una nuova circolare, ma questa volta scritta meglio: “Questa circolare è stata sostituita con una nuova circolare, firmata dallo stesso ministro degli Interni [...] di più che posso fare?”, domandò perplesso il presidente della Francia (cfr. B. Hugues, “Roms: à Bruxelles, Sarkozy maintient le cap”, in *Le Figaro*, URL: <http://www.lefigaro.fr/politique/2010/09/16/01002-20100916ARTFIG00611-roms-a-bruxelles-sarkozy-maintient-son-cap.php>).

di ingresso regolari ed una drastica riduzione dei diritti degli stranieri, ivi compresi i minori.

In Spagna, l'accesso al territorio è negato agli stranieri, adulti o fanciulli che siano, fermati alle frontiere aeroportuali, terrestri - in particolar modo nelle *enclaves* di Ceuta e Melilla³⁶ - e marittime, che sono privi dei documenti necessari per il loro ingresso. Le autorità spagnole li respingono quindi nel paese di provenienza applicando, anche nei confronti dei minorenni, una disposizione legislativa prevista per gli adulti³⁷.

Il quadro legislativo relativo alla protezione dei minori spagnoli o stranieri fa riferimento ad un ampio ventaglio normativo, costituito sia dalla legislazione nazionale sia dalle convenzioni internazionali. A livello internazionale si deve citare, *in primis*, la *Convenzione dei diritti del fanciullo* del 1989, ratificata con legge dal Parlamento spagnolo il 3 novembre 1990. In virtù dell'ordinamento statale e di quello di tipo regionale (le *Comunità autonome*) nonché della *Convenzione* internazionale di New

³⁵ «Questa legge è stata avvertita dal padronato spagnolo come una minaccia al sistema economico, e soprattutto al sistema di sfruttamento della mano d'opera. Oltre alla regolarizzazione questa legge introduceva il riconoscimento esplicito di numerosi diritti anche per i lavoratori immigrati *sinpapeles*: diritto di sciopero, di associazione e di manifestazione, assistenza sanitaria, previdenza sociale. Il quadro che ne veniva fuori era quello di un'ampia tutela del lavoratore immigrato che in questi termini diveniva soggetto di diritto a pieno titolo», A. De Bonis, *El Ejido, un esempio di razzismo contemporaneo*, in *Gli immigrati in Europa. Diseguaglianze, razzismo, lotte*, a cura di P. Basso, F. Perocco, Franco Angeli, Milano, 2003, p. 322. Da questo punto di vista la *Ley d'extranjeria* del 2000 si presentava come una delle leggi più accoglienti ed innovative nell'intero panorama europeo. Effettivamente, questa fu una legge fortemente voluta dalla parte minoritaria della maggioranza di governo dell'epoca. Unico partito a votare contro fu il partito popolare di Aznar. Quest'ultimo, infatti, farà della modifica della legge del 2000 uno degli obiettivi più importanti della sua attività governativa.

³⁶ La Spagna ha siglato accordi di riammissione con diversi paesi africani: il Marocco (1992); la Nigeria (2001); l'Algeria (2002); la Guinea-Bissau (2003) e la Mauritania (2003). La Spagna ha concluso accordi di "cooperazione migratoria" con la Guinea e la Gambia (2006), il Capo Verde e il Mali (2007), la Nigeria (2008), condizionando il suo aiuto economico a questi paesi alla riammissione dei loro cittadini emigrati in Spagna. In attesa che vengano riammessi nei loro paesi di origine, questi ultimi sono reclusi nei centri di trattenimento. L'*enclave* di Ceuta rappresenta, in questo senso, un enorme centro di trattenimento, circondato, da un lato, da una recinzione alta sei metri che si estende per otto chilometri e, dall'altro lato, dal mare. Gli immigrati trattenuti a Ceuta vivono in una sorta di "*limbo giuridico*". I loro diritti, pur trovandosi formalmente sul territorio spagnolo, sono decisamente inferiori a quelli formalmente garantiti nella penisola iberica. Gli immigrati, infatti, non possono spostarsi nell'altra parte del territorio spagnolo e neanche in altri paesi dell'Unione europea, perché Ceuta non è parte dello spazio Schengen. Questa condizione aggrava di molto la situazione degli immigrati irregolari, poiché, a differenza di coloro che si trovano nel territorio della penisola, non possono registrarsi negli uffici di assistenza, precostituendosi così la prova della loro permanenza sul territorio spagnolo, in vista di una futura domanda di permesso di soggiorno. Anche dopo tre anni di residenza (il periodo minimo richiesto dalla legge), gli immigrati hanno grandi difficoltà ad ottenere un permesso. Di conseguenza, essi non hanno accesso al welfare e all'istruzione.

York, la condizione di minorenne, unita al fatto di essere privo di riferimenti adulti che si occupino di lui, esige la costituzione di una tutela amministrativa³⁸.

Il trattamento dei minori stranieri non accompagnati è disciplinato nello specifico da due norme generali di diritto comune: il *Codice civile spagnolo (Codigo Civil)* e la legge sulla protezione giuridica dei minori del 1996 (*Ley organica de proteccion juridica del menor n. 1/1996*), nei quali si definisce il concetto giuridico di “*minore in stato di pericolo*” sul quale è istituito l’intero sistema di protezione dei minori che si trovano in una situazione di questo tipo.

La legge sulla protezione giuridica dei minori distingue le “*situazioni di rischio*” (art. 17), ovvero quelle situazioni che possono alterare lo sviluppo psicofisico o sociale del minore, ma che – nel contempo - non richiedono l’assunzione di custodia per effetto di legge, dalle “*situazioni di pericolo*”, così come definite dall’art. 172.1 del Codice Civile: ovvero quelle situazioni nelle quali, per impossibilità o inopportuno esercizio delle funzioni di tutela previste dalla legge per la custodia dei minori, questi ultimi sono privati della necessaria assistenza morale o materiale³⁹.

Gli organi spagnoli che adottano le misure di protezione per i minori in situazione di abbandono sono le amministrazioni pubbliche competenti per la protezione dei minori ed il *Procuratore generale*. I servizi deputati alla protezione dei minori devono assumerne automaticamente la tutela non appena lo trovano sul territorio. Coerentemente a quanto sancito nell’art. 172, il minore straniero che si trova

³⁷ L’articolo 60 della legge organica relativa allo *status* degli stranieri evidenzia che gli stranieri che, alla frontiera, non sono autorizzati a entrare nel territorio del paese, saranno rinviiati al loro luogo d’origine nel più breve tempo possibile. Se il rientro è stato ritardato per più di settantadue ore, l’autorità incaricata si rivolgerà al giudice istruttore allo scopo di decidere del luogo in cui saranno trattenuti fino al loro rientro. Non è attualmente possibile raccogliere alcun dato preciso relativo alla prassi di respingimento dei minori, in quanto non esiste alcuna statistica ufficiale in grado di rivelare la portata generale del fenomeno. Tuttavia, stante le denunce di molte associazioni ed Ong operanti sia sul territorio spagnolo che estero (in particolar modo quelle che operano in Marocco), si può ragionevolmente affermare che siano centinaia i minori stranieri che ogni anno vengono respinti alla frontiera.

³⁸ La legislazione in materia di protezione dei minori comprende: legge n. 1/1996 sulla protezione giuridica dei minori che, in parte, modifica il Codice civile e il Codice di procedura civile. La legislazione in materia dei diritti degli stranieri: la Legge organica n. 4/2000 sui diritti e libertà degli stranieri in Spagna, così come modificata dalla legge n. 9/2009. La legislazione in materia di asilo: legge n. 9/1994; regolamento approvato con Regio Decreto n. 203 del 1995. A questo quadro normativo complesso deve essere aggiunta la legislazione sulle comunità autonome in materia di protezione dei minori nonché i provvedimenti legislativi approvati da ciascuna Comunità autonoma. Tutti gli interventi che coinvolgono i minori, in conformità all’art. 12 della legge n. 1/1996 sulla tutela giuridica dei minori, e dell’art. 92 del regolamento di attuazione della legge n. 4./2000 sugli stranieri devono essere guidati dal superiore interesse del minore.

³⁹ In base all’art. 172 del Codice civile, si ritiene “*stato di pericolo*” quello prodotto dall’inopportuno esercizio delle funzioni di tutela previste dalla legge per la custodia dei minori, e quando a causa di questo, il minore è privato della necessaria assistenza morale o materiale.

in territorio spagnolo, non accompagnato da figure adulte di riferimento che effettivamente esercitino funzioni di cura e di tutela, si trova in uno stato di impotenza soggettiva ed oggettiva, e dunque versa in una situazione di pericolo.

Nessuna espulsione è applicabile ai minori non accompagnati che non possono essere oggetto di “rimpatrio”. Il “rimpatrio” può però essere soltanto “assistito” e deve considerarsi come “*ricongiungimento con la famiglia di origine*”. Tale ipotesi, tuttavia, è considerata ora prioritaria⁴⁰ dalla legislazione spagnola (art. 35 della Legge n. 9/2009). In ogni caso, occorre rilevare che l’ordinamento prevede comunque una procedura di “rimpatrio” che comprende anche l’audizione del minore, anche al fine di esaminare esistono tutte le garanzie necessarie per effettuare il ritorno dei minori⁴¹.

E’ da segnalare, in ogni caso, il fatto che, tra tutti i paesi europei, soltanto la Spagna ha concluso degli accordi bilaterali con paesi terzi riguardanti specificatamente i minori non accompagnati⁴², aprendo così, di fatto, la strada verso politiche di espulsione di massa (seppur denominate “rimpatri assistiti”) nei confronti dei minori non accompagnati anche nel resto d’Europa.

Al raggiungimento della maggiore età può essere richiesta, entro 3 mesi, un permesso di residenza per lavoro, oppure i minori stranieri sotto tutela possono acquisire direttamente la nazionalità spagnola dopo due anni di tutela, seguita da un anno di residenza legale ininterrotta. Mentre i minori che compiono 18 anni senza aver mai avuto un documento, possono richiedere il rilascio di un permesso di soggiorno temporaneo per “circostanze eccezionali”, ovvero per permettere la partecipazione alle attività di formazione utili alla loro integrazione sociale.

Le tutele previste per i minori stranieri accompagnati in Spagna sono formalmente ampie, così come in Francia e in Italia. Il vero ostacolo che si profila, tuttavia, è legato, anche in questo caso, al *fenomeno del governo per circolari* dei movimenti migratori. Anche in Spagna si è formato nel corso degli anni un livello normativo parallelo, costituito da istruzioni (instrucciones) circolari amministrative (circulares), emanate da vari organi dell’apparato esecutivo dello stato.

⁴⁰ L’art. 35, comma 1, della Legge organica n. 4/2000, così come modificato dall’art. 37 della Legge n. 9/2009 recita: «*Il Governo promuoverà gli accordi di collaborazione con quei paesi di origine che contemplino, integralmente, la prevenzione dell’immigrazione irregolare, la protezione e il ritorno dei minori non accompagnati. Le Comunità Autonome saranno informate di tali accordi*» («*El Gobierno promoverá el establecimiento de Acuerdos de colaboración con los países de origen que contemplen, integradamente, la prevención de la inmigración irregular, la protección y el retorno de los menores no acompañados. Las Comunidades Autónomas serán informadas de tales Acuerdos*»).

⁴¹ Occorre comunque rilevare che la possibilità offerta, dalla fine del 2008, al minore di contestare il suo rimpatrio davanti a un tribunale, a seguito della decisione del Tribunale Costituzionale del 22 dicembre 2008, ha di fatto bloccato i “rimpatri” dei minori non accompagnati.

⁴² Possono qui elencarsi: l’Accordo tra la Repubblica del Senegal e il Regno di Spagna «*relativo alla cooperazione nell’ambito della prevenzione dell’emigrazione dei minori senegalesi non accompagnati, la loro tutela, il loro rimpatrio e reinserimento sociale*», firmato a Dakar il 5 dicembre 2006; l’Accordo tra il Regno di Spagna e il Regno del Marocco «*relativo alla cooperazione nell’ambito della prevenzione dell’emigrazione illegale dei minori non accompagnati, la loro protezione e il loro ritorno concertato*», firmato a Rabat il 6 marzo 2007.

La mia ancora superficiale conoscenza del contesto spagnolo non mi consente oggi di portare esempi lampanti di violazione delle leggi in vigore da parte delle disposizioni contenute nelle circolari. Bisognerebbe vagliare caso per caso, confrontare tali disposizioni con le norme dell'ordinamento in vigore oltre che con la giurisprudenza dominante. Tuttavia, ciò che di sicuro ci consente di poter affermare che anche nel caso spagnolo esiste un sottobosco normativo di tipo amministrativo che condiziona fortemente l'esistenza degli stranieri in Spagna, ivi compresi i minore (accompagnati e non) è la quantità impressionante di circolari emanate in tema di immigrazione negli ultimi 15-20 anni. Interessante appare in tal senso una delle ultime circolari del *Ministero de Trabajo e Inmigración*, del 28 giugno 2011 (*Instrucción DGI/SGRJ/2/2011*), dove si fa un elenco dettagliato delle circolari che andrebbero applicate in tema di immigrazione: una sorta di testo unico delle circolari. E' evidente, pertanto, il rileva attribuito a questi atti amministrativi nella gestione concreta dei movimenti migratori in Spagna. Caratteristica, questa, che accomuna la Spagna all'Italia e alla Francia

Conclusioni

Il quadro normativo (in Italia, Francia e Spagna) in tema di minori stranieri è dunque assai complesso e molto difficile da descrivere, a causa anche dei molteplici livelli normativi che vi si intrecciano. Ciò accade anche a causa di quel processo di "amministrativizzazione" dell'intera disciplina giuridica degli stranieri, che da sempre caratterizza le politiche europee sull'immigrazione. Il perenne carattere "emergenziale" attribuito all'immigrazione ed il convincimento diffuso circa la "politicalità" di tale fenomeno sociale hanno da sempre giustificato l'affidamento esclusivo della sua gestione agli organi esecutivi e all'autorità di polizia, cioè a quegli organi che - come spesso si sostiene - «più direttamente interpretano la volontà 'politica' dello Stato»⁴³.

La centralità assunta dal potere esecutivo/amministrativo nella gestione dei movimenti migratori in Italia si è tradotta nella centralità degli atti amministrativi e, in particolare, delle *circolari amministrative*, le quali hanno assunto nel tempo il carattere di vere e proprie *fonti* del diritto pubblico.

Come si evince chiaramente da quanto finora illustrato, non si può davvero conoscere e comprendere la politica migratoria in Italia, Francia e Spagna se non si prendono seriamente in considerazione le innumerevoli circolari amministrative, a cui quotidianamente viene affidata l'effettiva condizione giuridica degli stranieri, compresa quella dei minori.

Il fenomeno di governo dell'immigrazione, che può anche definirsi *fenomeno di governo per circolari*, ha creato le condizioni per una smisurata dilatazione della sfera *discrezionale/arbitraria* degli organi esecutivi dello Stato nella gestione dei movimenti migratori. Ciò ha consentito lo sviluppo e l'attuazione di politiche spiccatamente

⁴³ A. Caputo, *Immigrazione, diritto penale, sicurezza*, in "Questione giustizia", n. 2-3/2004, pp. 359-379. L'immigrazione è considerata «un problema di ordine pubblico, se non proprio *bellico*. Da affidare sempre più alle polizie e agli eserciti, alle marine militari e ai servizi segreti, alle carceri e ai moltiplicandi centri di detenzione», P. Basso, F. Perocco, *Gli immigrati in Europa*, in Idd. (a cura di), *Gli immigrati in Europa. Disuguaglianze, razzismo, lotte*, Franco Angeli, Milano, 2003, p. 7.

discriminatorie e razziste che ha spesso visto come prime vittime i segmenti più deboli della popolazione immigrata, ovvero i minori stranieri.