

# LA PRESENZA DEL MINORE STRANIERO NEL TERRITORIO NAZIONALE

a cura di *Paolo Passaglia*

con contributi di *C. Bontemps di Sturco, C. Guerrero Picó, M. T. Rörig*

## INTRODUZIONE

### FRANCIA

#### 1. Cenni sulla condizione del minore straniero

- 1.1. La tutela del minore nell'ordinamento costituzionale francese
- 1.2. Il soggiorno del minore straniero
  - 1.2.1. Il minore in famiglia
    - 1.2.1.1. La disciplina codicistica...
    - 1.2.1.2. ... e la sua estensione
  - 1.2.2. Il minore non accompagnato
    - 1.2.2.1. Il minore non accompagnato presente alla frontiera
    - 1.2.2.2. Il minore non accompagnato presente sul territorio nazionale
  - 1.2.3. Il minore destinatario di protezione speciale
- 1.3. L'allontanamento del minore straniero

#### 2. Lo straniero al compimento della maggiore età

- 2.1. Il minore in famiglia
- 2.2. Il minore non accompagnato
- 2.3. Il minore destinatario di protezione speciale

### GERMANIA

#### 1. La condizione del minore straniero

- 1.1. La tutela del minore nell'ordinamento costituzionale tedesco
- 1.2. Il soggiorno del minore straniero
  - 1.2.1. Il minore in famiglia
    - 1.2.1.1. I figli minori beneficiari di ricongiungimento
    - 1.2.1.2. Gli altri beneficiari del ricongiungimento
  - 1.2.2. Il minore non accompagnato
    - 1.2.2.1. L'ingresso e l'accoglienza
    - 1.2.2.2. L'ottenimento di un titolo di soggiorno
  - 1.3. L'allontanamento del minore straniero

#### 2. Lo straniero al compimento della maggiore età

- 2.1. Il minore in famiglia
  - 2.1.1. La conversione del titolo di soggiorno
  - 2.1.2. Il permesso di stabilimento autonomo
- 2.2. Il minore non accompagnato

## REGNO UNITO

### **1. Cenni sulla condizione del minore straniero**

- 1.1. La tutela del minore nell'ordinamento costituzionale
- 1.2. I rapporti familiari dei minori
  - 1.2.1. L'adozione
  - 1.2.2. La special guardianship
  - 1.2.3. L'affidamento (fostering)
  - 1.2.4. I residence orders
- 1.3. Il soggiorno del minore straniero
  - 1.3.1. Il minore in famiglia
  - 1.3.2. La de facto adoption
  - 1.3.3. Il minore non accompagnato
    - 1.3.3.1. I minori non accompagnati e l'asilo
    - 1.3.3.2. I minori non accompagnati destinatari di protezione speciale
    - 1.3.3.3. I minori non accompagnati ed il permesso di soggiorno "discrezionale"
  - 1.3.4. Il minore cittadino del Commonwealth di discendenza britannica
  - 1.3.5. L'allontanamento del minore straniero
    - 1.3.5.1. L'espulsione
    - 1.3.5.2. Il respingimento amministrativo

### **2. Lo straniero al compimento della maggiore età**

- 2.1. Il compimento della maggiore età da parte del minore in famiglia
- 2.2. Il compimento della maggiore età da parte del minore non accompagnato
  - 2.2.1. Il minore non accompagnato richiedente l'asilo
  - 2.2.2. Il minore non accompagnato in possesso di un permesso di soggiorno "discrezionale"

## SPAGNA

### **1. Cenni sulla condizione del minore straniero**

- 1.1. La tutela del minore nell'ordinamento costituzionale
- 1.2. La novellata disciplina sul minore straniero
- 1.3. Il soggiorno del minore straniero
  - 1.3.1. Il minore in famiglia
    - 1.3.1.1. Il soggiorno del figlio nato in Spagna
    - 1.3.1.2. Il soggiorno del figlio nato fuori dalla Spagna e del minore affidato o sottoposto a tutela
    - 1.3.1.3. L'accoglienza temporanea di minori

- 1.3.2. Il minore non accompagnato
  - 1.3.2.1. Il regime generale
  - 1.3.2.2. Le autorizzazioni al soggiorno per circostanze eccezionali
- 1.3.3. Il minore destinatario di protezione speciale
- 1.4. L'allontanamento del minore straniero
  - 1.4.1. L'allontanamento del minore in famiglia
  - 1.4.2. L'allontanamento del minore non accompagnato

## **2. Lo straniero al compimento della maggiore età**

- 2.1. Il compimento della maggiore età da parte del minore in famiglia
- 2.2. Il compimento della maggiore età da parte del minore non accompagnato
  - 2.2.1. Il soggetto provvisto di un titolo di soggiorno
  - 2.2.2. Il soggetto sprovvisto di titolo di soggiorno

# INTRODUZIONE

di Paolo Passaglia

Il presente quaderno mira ad evidenziare alcune delle peculiarità che caratterizzano lo *status* del minore straniero (extracomunitario) in rapporto al regime generale applicabile agli stranieri, in special modo per quel che attiene al soggiorno sul territorio nazionale (ma anche, sia pure incidentalmente, con riferimento all'ingresso ed all'allontanamento).

Al fine di fornire un quadro il più possibile compiuto, si è ritenuto di preliminarmente accennare ai tratti salienti (*id est*, costituzionalmente imposti) del sistema di protezione dei minori (a prescindere dalla cittadinanza), in quanto da essi possono trarsi utili indicazioni al fine di inquadrare il trattamento riservato ai minori stranieri.

Gli ordinamenti che sono stati presi in considerazione risultano non privi di interesse già per la diversità di soluzioni che approntano, sin dal livello costituzionale. Tralasciando, per ovvi motivi, il caso del Regno Unito, è significativo che gli altri tre sistemi offrano gradi di tutela variabili tra il riconoscimento di una protezione dell'infanzia in quanto tale (Spagna), una generica affermazione volta a tutelare i minori, unitamente ad altre categorie di soggetti deboli (Francia), ed una assenza di protezione specifica che viene mitigata – ma, evidentemente, trattasi di una mitigazione parziale – dalla (corposa) tutela predisposta in favore della famiglia (Germania).

Le impostazioni presenti a livello costituzionale non sono scevre di riflessi sul diritto dell'immigrazione, segnatamente per quel che concerne la disciplina dell'allontanamento, che, almeno in forma coattiva, è vietato per i minori che si trovino (non ai valichi di frontiera, ma) all'interno del territorio (in Francia) o formalmente ammesso, anche se di fatto contornato da molteplici cautele (in Germania e, soprattutto, in Spagna e nel Regno Unito, dove le cautele appaiono più forti).

Sul piano della disciplina più specificamente concernente il minore straniero, da notare, sin da subito, è che i diversi contributi evidenziano, tutti, la sussistenza di una *summa divisio*, consistente nella differenziazione del regime giuridico tra minori inseriti in un contesto familiare e minori non accompagnati. La differenziazione, già avvertibile nella fase dell'ingresso sul territorio nazionale, si ripropone anche nell'ottica del riconoscimento di titoli di soggiorno ed in quella della previsione di garanzie contro l'allontanamento, ma i suoi effetti si estendono altresì sulla situazione conseguente al raggiungimento della maggiore età.

La menzionata *summa divisio* assume un carattere fondamentale nella disciplina dell'ingresso (da cui dipende in buona misura anche quella della concessione di titoli di soggiorno), giacché la via del ricongiungimento familiare rappresenta la strada maestra percorsa al fine di legittimare la presenza (*recte*, l'ingresso) di un minore nel territorio nazionale. Viene in tal modo a prospettarsi una diversità tra minori in famiglia e minori non accompagnati che, dal piano del diritto positivo, si

apprezza anche (e forse soprattutto) sul piano della *policy* che regge i flussi migratori: l'approntare un regime di tutela per il principio di unità familiare (specie dove costituzionalmente imposto, come in Germania) consente di offrire ai minori uno statuto di favore che appare condizionato alle prospettive di un loro inserimento nella società di accoglienza. Prospettive che, nel caso dei minori non accompagnati, non sempre sono agevoli da tratteggiare. Emblematico, in tal senso, è il caso francese, nel quale al *favor* generale per il minore in famiglia corrisponde una tutela per i minori non accompagnati graduata sulla base delle loro reali possibilità di integrazione (o, forse meglio, di assimilazione), attraverso l'attestazione di conoscenza della società e del sistema di accoglienza e/o la sottoscrizione di specifici contratti.

Le divaricazioni tra le due categorie di minori sono filtrate da una cartina di tornasole allorché si abbia il raggiungimento della maggiore età, che, per i minori in famiglia, vede prevalere la continuità (il soggetto mantiene, infatti, lo stesso *status*, per lo più mutuato da quello del/i genitore/i o del/i congiunto/i), mentre per i minori non accompagnati segna un momento di chiara rottura, in ragione del venir meno del sistema di protezione discendente direttamente dalla minore età e/o dall'assenza di situazioni giuridiche pregresse su cui innestarsi (salve esigenze di matrice *lato sensu* umanitaria ovvero di robuste prospettive di integrazione).

Alla luce di queste differenziazioni, per la cui analisi nel dettaglio non può che rinviarsi ai contributi che seguono, diviene assolutamente centrale il determinare se un minore possa o meno dirsi "accompagnato". La questione è solo apparentemente di agevole soluzione o, per meglio dire, è di agevole soluzione solo in relazione ai casi "classici". Così, il figlio legittimo di genitori stranieri regolarmente soggiornanti non potrà non essere ritenuto accompagnato; parimenti lo saranno il figlio naturale, vista la generale equiparazione tra le due categorie di filiazione, e, ancora, il figlio legalmente adottato, *in toto* assimilato al figlio legittimo. Per converso, sarà difficile non qualificare come privo di accompagnamento il minore che viva in stato di abbandono o che si presenti alla frontiera senza che alcun adulto sia in sua compagnia. Le problematiche – come è chiaro – divengono delicate allorché ci si addentra nelle "zone grigie", nella specie rappresentate dai casi nei quali i minori sono posti, sì, sotto la responsabilità di adulti, ma questi ultimi non sono i genitori (né biologici né adottivi).

Le soluzioni, anche al riguardo, sono variegate. In Spagna, il principio è quello dell'assimilazione tendenziale ai rapporti di filiazione di tutti i casi nei quali sia formalizzata la responsabilità di uno o più adulti nei confronti del minore. Nell'ordinamento tedesco, il principio è solo in parte convergente, giacché la configurazione dei minori sottoposti a tutela o affidati è, sì, quella propria dei minori accompagnati, ma sussiste una chiara distinzione tra il rapporto genitoriale e quello instaurato a seguito degli istituti in questione, come testimonia, ad esempio, la necessità che si dimostri, oltre alla formalizzazione del rapporto, anche l'effettività dello stesso (attestata, ad esempio, dalla convivenza). L'impostazione muta sensibilmente in Francia, dove, omettendo la legislazione sull'immigrazione un inquadramento relativo alle situazioni di affidamento e di

sottoposizione a tutela, la lacuna legislativa ha richiesto alla giurisdizione (amministrativa) di adottare le soluzioni da ritenersi più congrue (soprattutto alla luce del superiore interesse del minore, principio, questo, universalmente applicato).

Nel Regno Unito, infine, è da segnalare una particolare estensione del concetto di minore “accompagnato”. Una siffatta definizione si applica, non solo a coloro che sono affidati (anche mediante affidamento c.d. privato) o sottoposti ad una *special guardianship*, ma anche a situazioni oggettivamente difficili da inquadrare. Il riferimento va alla introduzione, da parte del diritto di matrice politica, dell’istituto della adozione *de facto*, finalizzato proprio a risolvere in senso affermativo le situazioni di incertezza inerenti al diritto dell’immigrazione, consentendo l’estensione del concetto di minore “accompagnato”, pur senza rinunciare alla differenziazione tra i rapporti di filiazione “classici” (ed assimilati) e quelli non formalizzati.

La pluralità delle impostazioni può trovare una conferma nella qualificazione che viene fornita – negli ordinamenti presi in esame – ad un istituto di diritto islamico, di sempre maggiore diffusione anche sul continente europeo, quale è la *kafala*. Trattasi di un istituto che può essere accostato, con le dovute cautele, a quello dell’affidamento, sostanziandosi nell’accoglienza del minore presso una coppia unita in matrimonio, ma non implicando l’inserimento a tutti gli effetti del minore nell’ambito della famiglia.

La carica di ambiguità pare, in effetti, ineliminabile per un istituto che è *simile* ad altri che possono (almeno in certi ordinamenti) condurre a qualificare il minore come “accompagnato”, ma che, al contempo, muove dalla esplicita *incompatibilità* con il concetto di adozione<sup>1</sup>.

Non può dunque stupire che non si sia formata una *communis opinio* a livello europeo. Se il Regno Unito, attraverso l’adozione *de facto*, ha risolto *in limine* il problema (tale istituto è, infatti, utilizzato soprattutto a beneficio di minori legati da *kafala*), in Germania si è rimarcata l’assimilabilità all’affidamento, con le conseguenze che si sono dette. Più articolate sono state le soluzioni francese e spagnola. In Francia, la giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto alla *kafala* la assimilabilità ai rapporti familiari di impronta occidentale solo se all’istituto si sia fatto ricorso in ordinamenti dove l’adozione sia vietata. In Spagna, invece, la protezione del rapporto è stata limitata ai soli casi nei quali la *kafala* sia stata formalizzata attraverso un atto della pubblica autorità, mentre si è ritenuta irrilevante la *kafala* di matrice unicamente negoziale.

---

<sup>1</sup> Tale limitazione discende dal divieto coranico di adozione, sancito dalla Sura XXXIII (La sura delle fazioni alleate), versetti 4-5, di cui si riporta la traduzione: «4 Dio non ha posto nelle viscere dell’uomo due cuori, né ha fatto delle mogli vostre che voi ripudiate col zihar, delle madri, né dei vostri figli adottivi dei veri figli. Questo lo dite voi con la vostra bocca, ma Dio dice la Verità e guida sulla Via! – 5 Chiamate i vostri figli adottivi dal nome dei loro veri padri: questo è più equo agli occhi di Dio. E se non conoscete i loro padri, siano essi vostri fratelli nella religione e vostri protetti. E non vi saranno imputati a peccato gli errori che ignari abbiate commesso a questo riguardo, ma solo quel che intenzionalmente avran voluto i vostri cuori. E Dio è indulgente e clemente!» (Il Corano, a cura di Bausani, XV ed., Milano, 2004, 306).

# FRANCIA

di Charlotte Bontemps di Sturco

## 1. Cenni sulla condizione del minore straniero

### 1.1. La tutela del minore nell'ordinamento costituzionale francese

Due norme costituzionali citano esplicitamente il fanciullo: i commi 11<sup>o</sup> e 13<sup>o</sup> del preambolo della Costituzione del 1946; nessuno dei due è stato, però, letto come fondativo di una protezione del minore in quanto tale<sup>3</sup>.

Il comma 10<sup>o</sup> del medesimo preambolo<sup>4</sup>, che si riferisce all'individuo ed alla famiglia, combinato con il comma 11<sup>o</sup>, ha invece permesso al *Conseil constitutionnel* di proteggere (non tanto i minori, quanto) la famiglia<sup>5</sup>.

La dottrina<sup>6</sup> individua peraltro il fondamento dei diritti del fanciullo nell'articolo I della

---

<sup>1</sup> “[La Nazione] garantisce a tutti, e specialmente al fanciullo, alla madre e ai lavoratori a riposo, la protezione della salute, la sicurezza materiale, il riposo e le vacanze. Ogni essere umano che, in dipendenza dell'età, dello stato fisico o mentale o della situazione economica, si trovi nell'impossibilità di lavorare, ha il diritto di ottenere dalla collettività adeguati mezzi di esistenza”.

<sup>2</sup> “La Nazione garantisce al fanciullo ed all'adulto parità di accesso all'istruzione, alla formazione professionale ed alla cultura. L'organizzazione dell'insegnamento pubblico, gratuito e laico in tutti i gradi, è un dovere dello Stato”.

<sup>3</sup> In effetti, il primo è stato utilizzato per riconoscere esigenze e garanzie costituzionali c.d. sociali: in materia di salute (protezione della salute, principi di bioetica, libera scelta del medico, ecc.), di riposo (riposo e salute dei lavoratori, lavoro domenicale), di prestazioni sociali (combinati con il principio di eguaglianza e con i diritti degli stranieri) e di alloggio (alloggio decente, diritto all'alloggio).

Il secondo ha permesso di garantire, in generale, il principio ad un eguale accesso alla formazione ed alla cultura, nonché il principio secondo cui l'insegnamento deve essere pubblico e laico.

Per maggiori dettagli, v. T. RENOUX e M. DE VILLIERS (a cura di), *Code constitutionnel*, Litec, Parigi, 2011, p. 331 e s. e p. 347 e s.

<sup>4</sup> “La Nazione assicura all'individuo ed alla famiglia le condizioni necessarie al loro sviluppo”.

<sup>5</sup> Il *Conseil* ha quindi riconosciuto il diritto a condurre una vita familiare normale; diritto, questo, affermato dalla giurisprudenza amministrativa come principio generale del diritto e poi riconosciuto come principio costituzionale, applicabile sia ai cittadini che agli stranieri. Con riguardo a questi ultimi, il ricongiungimento familiare è stato definito come una componente del diritto ad una vita familiare normale, specie con riferimento ai minori. Nella decisione n. 93-325 DC del 13 agosto 1993, sulla Legge relativa al controllo dell'immigrazione ed alle condizioni d'ingresso, di accoglienza e di soggiorno degli stranieri in Francia, il *Conseil constitutionnel* ha affermato che deriva dal comma 10<sup>o</sup> del Preambolo della Costituzione del 1946 che “gli stranieri che risiedono in Francia stabilmente e regolarmente hanno, come i cittadini, diritto a condurre una vita familiare normale e che questo diritto comprende, in particolare, la facoltà di far venire presso di loro il coniuge ed i figli minori” (*Considérant* 70).

Il *Conseil constitutionnel* ha adottato un'interpretazione più restrittiva di quella del Consiglio di Stato. Infatti, la giurisprudenza amministrativa (CE, Ass. 11 luglio 1980, *Montcho*, Rec. p. 315) aveva riconosciuto il ricongiungimento familiare anche per gli stranieri poligami, ritenendo la poligamia non in sé contraria all'ordine pubblico francese. La giurisprudenza costituzionale ha invece considerato che “le condizioni di una vita familiare normale sono quelle prevalenti in Francia, paese di accoglienza, le quali escludono la poligamia” (*Considérant* 71).

<sup>6</sup> Cfr. l'analisi di D. YOUF, *La Convention internationale des droits de l'enfant : ses raisons d'être*, in *Les petites affiches*, 7 ottobre 2010, n. 200, p. 3 e s.

Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 (dotata tutt'oggi di valore costituzionale), secondo cui "gli uomini nascono e rimangono liberi e uguali nei diritti". Da questa affermazione deriva che, se i fanciulli nascono liberi ed uguali nei diritti, significa che sono anch'essi dei soggetti di diritto da tutelare. La riforma della famiglia, operata nel 1792, andava in questa logica di uguaglianza nei rapporti familiari, con l'introduzione del divorzio consensuale e con l'abolizione della figura del *pater familias* come titolare di un potere assoluto incontestato. Il codice civile del 1804 non formalizzerà, però, questa rivoluzione domestica e condurrà ad un ritorno alla concezione aristotelica della famiglia, nella quale si ritiene che i genitori naturali siano i migliori rappresentanti degli interessi dei fanciulli, donde la loro titolarità della potestà genitoriale.

Sono state quindi soprattutto le norme internazionali, ed in particolare la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo, a disegnare uno statuto di protezione del minore. Nel diritto francese, però, la Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo è stata, in un primo tempo, ritenuta, non direttamente applicabile, in quanto avente come destinatari solo gli Stati membri. L'evoluzione giurisprudenziale non ha condotto ad un ribaltamento di prospettiva, ma ha certamente limitato le conseguenze negative del principio affermato: pur non riconoscendosi un'applicabilità diretta di tutti gli articoli, il Consiglio di Stato (CE 10 luglio 1996, *Aghane*) e la Corte di cassazione (Cass. 18 maggio 2005, n. 02-20613) hanno affermato l'applicabilità diretta di alcuni articoli, e specialmente dell'articolo 3, par. 1, cioè della norma forse più incisiva in materia, giacché impone (anche) alle autorità amministrative e giudiziarie di prendere primariamente in considerazione l'interesse superiore del fanciullo.

A livello legislativo, le norme relative la protezione dell'infanzia sono contenute essenzialmente nel codice civile (d'ora in poi, cod.civ.) e nel codice dell'azione sociale e delle famiglie (d'ora in poi, cod.a.s.f.).

La legge n. 2007-593 del 5 marzo 2007, *relativa alla protezione dell'infanzia*, nel sostituire o nell'introdurre gli articoli da 375 a 375-9 cod.civ., ha chiaramente ribadito che i minori (senza distinzione di cittadinanza), qualora siano privati della protezione della loro famiglia, sono considerati come minori potenzialmente in pericolo<sup>7</sup>. Vengono quindi predisposte misure di assistenza educativa, di competenza del giudice dei bambini, come quelle dell'affidamento o della tutela da parte di terzi, di familiari o di centri specializzati, sempre tenendo conto dell'interesse del bambino.

Così, in base all'articolo 375 cod.civ., se la salute, la sicurezza o la moralità di un minore sono in pericolo o se le condizioni della sua educazione sono gravemente compromesse, misure di assistenza educativa possono essere richieste congiuntamente dal padre e dalla madre, da uno dei due, o anche dalla persona o dal servizio al quale il bambino è stato affidato, dal tutore, dal minore

---

<sup>7</sup> MINISTÈRE DE L'IMMIGRATION, DE L'IDENTITÉ NATIONALE ET DU DÉVELOPPEMENT SOLIDAIRE, *Les politiques relatives à l'accueil, l'intégration et le retour des mineurs non accompagnés*, in <http://www.immigration.gouv.fr/IMG/pdf/REMMInIsoles.pdf> cit., p. 6.



stesso o dal pubblico ministero.

Le misure di protezione dei minori rientrano nella competenza delle province e dell'*Aide sociale à l'enfance* (o ASE), le cui funzioni sono definite dal cod.a.s.f., ed in particolare dall'articolo L 221-1, per le misure di prevenzione e protezione dei minori, dall'articolo L 223-2, per la segnalazione dei minori in pericolo, e dagli articoli L 222-5 e L 223-1, per le attività da svolgere. Nel caso in cui i servizi dell'ASE non possano fronteggiare la situazione di un minore isolato, il Procuratore della Repubblica, in situazioni di emergenza, può adottare varie misure destinate a tutelarlo.

Nel diritto francese, il codice civile prevede due ipotesi nelle quali, in assenza o in ipotesi di incapacità dei genitori, possa essere organizzata una rappresentanza legale del minore destinata a proteggerlo: si tratta della tutela e della delega di potestà genitoriale.

La delega di potestà genitoriale è disciplinata dagli articoli da 376 a 377-3 del cod.civ.

L'articolo 377, comma 2, del cod.civ., come modificato dalla legge n. 2010-769 del 9 luglio 2010, prevede che padre e madre, insieme o disgiuntamente, possano, se le circostanze lo esigono, adire il giudice per trasferire, totalmente o parzialmente, l'esercizio della loro potestà genitoriale. Questa delega può essere fatta a beneficio di un terzo, di un membro della famiglia, di una persona conosciuta degna di fiducia, di un istituto di accoglienza dei bambini o di un servizio dell'ASE. Il trasferimento della potestà necessita quindi, in linea di principio, sia della volontà dei genitori che dell'accordo della persona – fisica o giuridica – che si prenderà cura del minore.

È altresì previsto che, in caso di disinteresse manifesto dei genitori o di loro impossibilità ad esercitare, totalmente o parzialmente, la potestà genitoriale, il terzo, l'istituto di accoglienza dei bambini o il servizio dell'ASE al quale è stato affidato il minore o un membro della famiglia possano adire il giudice, al fine di ottenere la delega, parziale o totale, della potestà genitoriale.

La delega di potestà genitoriale deve sempre risultare da una sentenza adottata dal giudice degli affari familiari (articolo 377-1 cod.civ.).

La delega di potestà genitoriale è più agevole da ottenere e da esercitare rispetto alla tutela<sup>8</sup>, disciplinata dagli articoli da 390 a 413 del cod.civ.

In base all'articolo 390 del cod.civ., la tutela è organizzata quando il padre e la madre sono deceduti, quando sono stati entrambi privati dell'esercizio della potestà genitoriale o quando la filiazione di un bambino non è legalmente stabilita.

Quando non dispone di alcun referente familiare, il minore è affidato, in tutela, ai servizi di protezione dell'infanzia (c.d. tutela di Stato). Questa tutela è spesso delegata all'ASE in seguito ad una segnalazione di minore isolato. Il giudice dei bambini adito trasmette il caso al giudice tutelare, che adotta i provvedimenti che instaurano la tutela. Quando sono presenti familiari del minore sul

---

<sup>8</sup> S. BERNIGAUD, Quel(s) droit(s) pour le mineur étranger isolé ?, in *Revue de droit sanitaire et social*, 2006, p. 545.

territorio francese, si può instaurare una tutela a beneficio di un consiglio di famiglia (composto da quattro a sei persone, tra membri della famiglia, persone care, amici, vicini o qualunque altra persona che si interessa al minore)<sup>9</sup>.

Se questa normativa riguarda tutti i fanciulli, senza distinzione a seconda della cittadinanza, nella pratica può accadere che i giudici rifiutino di instaurare una tutela se lo stato civile del minore straniero non sia chiaramente definito o se i suoi genitori non siano morti o scomparsi e se abbia ancora contatti con loro. In questi casi, il giudice instaura una delega di potestà genitoriale o, addirittura, non procede a nominare un rappresentante legale, privandone il minore per un certo termine e addirittura – talvolta – fino al compimento della maggiore età. La designazione di un rappresentante legale, dunque, pur se prevista giuridicamente, non è di fatto scontata.

## 1.2. Il soggiorno del minore straniero

L'articolo L 311-1 del *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* (d'ora innanzi, cod.e.s.e.d.a.) pone l'obbligo per gli stranieri di età superiore ai diciotto anni di dotarsi di una carta di soggiorno. I minori non sono sottoposti a questo obbligo, e possono quindi rimanere sul territorio senza effettuare formalità amministrative<sup>10</sup>; a differenza degli adulti, del resto, essi non possono essere espulsi (articoli L 511-4 e L 521-4 cod.e.s.e.d.a.).

Ciò posto, il cod.e.s.e.d.a. ha comunque previsto diversi tipi di documenti specifici per i minori, non configurati come titoli di soggiorno in senso stretto, ma semmai come documenti che permettono la loro circolazione.

Il cod.e.s.e.d.a. ha una concezione molto restrittiva della famiglia, limitandola, relativamente alla filiazione, ai figli legittimi, naturali e adottati (senza distinguere, come fa il codice civile, tra adozione semplice o piena<sup>11</sup>).

Non si disciplina esplicitamente la situazione del minore affidato sottoposto a tutela o a delega di potestà genitoriale. Ciò ha creato dubbi, ad esempio, con riguardo alla *kafala*, istituto assimilabile per alcuni tratti sia all'adozione che alla tutela o alla delega di potestà genitoriale. La relativa disciplina, non rintracciabile nel cod.e.s.e.d.a., è il risultato di accordi bilaterali o di affermazioni rese dalla giurisprudenza amministrativa.

Infine, il cod.e.s.e.d.a. disciplina l'ingresso dei minori privi di rappresentante legale che si

---

<sup>9</sup> MINISTÈRE DE L'IMMIGRATION, DE L'IDENTITÉ NATIONALE ET DU DÉVELOPPEMENT SOLIDAIRE, *Les politiques relatives à l'accueil, l'intégration et le retour des mineurs non accompagnés*, cit. p. 13.

<sup>10</sup> AA.VV., *L'accueil et la prise en charge des mineurs non accompagnés dans huit pays de l'Union européenne*, in <http://www.cir-onlus.org/accueil-et-reception-des-mineurs-non-accompagnes-dans-8-pays-de-ue-rapport-final-fr.pdf>, p. 29.

<sup>11</sup> Il diritto francese riconosce due tipi di adozione: l'adozione piena e l'adozione semplice. La prima implica una rottura totale con il legame di filiazione anteriore (ad eccezione del caso in cui il beneficiario dell'adozione sia il figlio del coniuge) in quanto una nuova filiazione si sostituisce. La seconda lascia invece intatti i legami di filiazione con la famiglia di origine, nella quale l'adottato conserva i suoi diritti, tra cui quelli successori.

presentano alle frontiere, prevedendo la nomina di un tutore *ad hoc* quando sono in zona di attesa e per accedere allo statuto di apolide, rifugiato o alla protezione sussidiaria. I minori non accompagnati presenti sul territorio, entrati regolarmente o meno, sono invece sottoposti alla disciplina del cod.civ. e del cod.a.s.f.

### **1.2.1. Il minore in famiglia**

#### *1.2.1.1. La disciplina codicistica...*

I due tipi di documenti previsti per i minori dal cod.e.s.e.d.a. sono il documento di identità della Repubblica ed il documento di circolazione.

Il documento di identità della Repubblica è attribuito ad ogni minore nato in Francia, da genitori stranieri titolari di una carta di soggiorno (articolo L 321-3 cod.e.s.e.d.a.). Questo documento permette al minore di viaggiare fuori dalla Francia e di rientrarvi senza difficoltà.

Il documento di circolazione (articolo L 321-4 cod.e.s.e.d.a.) ha le medesime caratteristiche, ma è attribuito al minore straniero di cui almeno uno dei genitori sia titolare di una carta di soggiorno temporanea con menzione (cioè per motivi inerenti alla) “vita privata e familiare”, di una carta di residente, di una carta di soggiorno “competenza e talenti” oppure dello statuto di rifugiato o apolide<sup>12</sup>. Il documento di circolazione è rilasciato anche ai minori stranieri che sono entrati in Francia per seguire degli studi con un visto che permette loro di soggiornare in Francia per più di tre mesi.

Il documento di circolazione è consegnato al minore dai servizi di Prefettura per uscire dalla Francia ed ha la funzione di evitare ostacoli al reingresso<sup>13</sup>. Ha quindi effetti per certi versi simili al visto di lungo periodo (ha, infatti, una validità di cinque anni)<sup>14</sup>.

Il cod.e.s.e.d.a. prende in considerazione solo il rapporto genitore/figlio. In diversi articoli lo

---

<sup>12</sup> Le diverse carte di soggiorno, previste per i maggiorenni (e solo in qualche caso, che si vedrà, anche per i minori), sono elencate all'articolo L 311-2 del cod.e.s.e.d.a.: (1) la carta di soggiorno temporaneo (valida per un massimo di un anno, al termine del quale si può richiedere una carta di residente; può avere diverse menzioni, cioè indicazioni dei motivi del soggiorno: visita – se le risorse finanziarie permettono un'autosufficienza senza lavorare –, vita privata e familiare, con alcune condizioni relative alle risorse finanziarie, alloggio e, per quanto riguarda la famiglia, quelle che si diranno nel prosieguo –, studente – in caso di iscrizione presso un ente scolastico, di vittoria in un concorso o di studi svolti all'estero nell'ambito di un ente scolastico che dia la maturità francese –, tirocinante – con tirocinio riconosciuto tramite convenzione dallo Stato –, scientifica – per insegnamento universitario – o professionale – con un regolare contratto di lavoro a tempo o indeterminato –); (2) la carta di residente (valida per dieci anni, rinnovabile automaticamente, salve alcune eccezioni); (3) la carta di soggiorno “competenze e talenti” (in caso in cui lo straniero partecipi, grazie alle sue competenze e/o al suo “talento” allo sviluppo economico, intellettuale, scientifico, culturale, umanitario o sportivo della Francia; è valida per una durata di tre anni e può permettere di accedere alla carta di residente); e (4) la carta di soggiorno per il pensionato.

<sup>13</sup> L'articolo L 212-1 del cod.e.s.e.d.a. dispone che “(...) gli stranieri titolari di un titolo di soggiorno o del documento di circolazione attribuito ai minori (...) sono ammessi sul territorio alla semplice visione di questo titolo e di un documento di viaggio”

<sup>14</sup> Cfr. A. BAUX, *Légalité du refus de délivrer un document de circulation et kafala*, in *Actualité Juridique du Droit Administratif*, 2009, p. 1497.

stesso codice estende esplicitamente detto rapporto ai figli adottati<sup>15</sup>. La giurisprudenza amministrativa ha, almeno in un primo tempo, affermato la legittimità del rifiuto di attribuire documenti di circolazione a minori che non fossero figli legittimi, naturali o adottati, uniformandosi così alla propria giurisprudenza in tema di ricongiungimento familiare<sup>16</sup>, nell'ottica di un *favor* per il modello di famiglia nucleare<sup>17</sup>.

Da notare è che questo *favor* deve comunque essere bilanciato con le esigenze di un efficace controllo delle frontiere. Così, le norme relative al ricongiungimento familiare esigono che il minore beneficiario del ricongiungimento non sia entrato in modo illegale sul territorio. Peraltro, una tale regola deve essere bilanciata con altri principi: resta quindi salva la necessità di adeguatamente ponderare l'interesse superiore del fanciullo, che deve essere accertato in applicazione dell'articolo 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo; parimenti, non può escludersi una deroga alla regola generale allorché il rifiuto di ricongiungimento leda in modo sproporzionato la vita familiare del minore (articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo). Ad esempio, è stato riconosciuto questo interesse in un caso in cui l'amministrazione aveva rifiutato la domanda di ricongiungimento in Francia per una bambina di cinque anni presente (irregolarmente) sul territorio francese al momento della domanda. Il Consiglio di Stato (CE, 22 settembre 1997, n. 161364, *Cinar*) ha dichiarato l'illegittimità del rifiuto perché contrario alle esigenze dell'interesse superiore della bambina; la madre avrebbe infatti dovuto separarsi da sua figlia e rimpatriarla in Turchia, laddove nessuno poteva accoglierla.

Sempre con riguardo ai rapporti tra figli e genitori, è stata molto criticata la previsione della legge n. 2007-1631 del 20 novembre 2007, che, all'articolo L 111-6 del cod.e.s.e.d.a., ha richiesto la prova del legame di filiazione tra il richiedente e il figlio beneficiare tramite prelievo di sangue e *test* del DNA in caso di inesistenza o dubbio sull'atto di stato civile. Il *Conseil constitutionnel* ha dichiarato la norma legittima, ponendo però due riserve di interpretazione, una volta a permettere l'applicazione della legge personale della madre e l'altra diretta a configurare il ricorso al *test* genetico solo come sussidiario, le autorità diplomatiche o consolare dovendo verificare, caso per caso, sotto il controllo del giudice, la validità e l'autenticità degli atti di stato civile.

L'articolo L 314-11 del cod.e.s.e.d.a. fa riferimento alla nozione di "filiazione legalmente stabilita, compresa quella del figlio adottato con decisione di adozione, a condizione che il pubblico ministero verifichi la regolarità di questa quando pronunciata all'estero". L'adozione può essere sia semplice che piena<sup>18</sup>.

L'estensione delle garanzie ad eventuali figli di uno dei coniugi risulta più complessa. Si fa

---

<sup>15</sup> Ad esempio, negli articoli L 314-9 e L 314-11.

<sup>16</sup> Cfr. A. BAUX, *Légalité du refus de délivrer un document de circulation et kafala*, cit.

<sup>17</sup> M. FARGE, *Ensemble des conditions pour bénéficier du regroupement familial*, in *Actualité Juridique de la famille*, 2009, p. 245.

<sup>18</sup> M. FARGE, *Ensemble des conditions pour bénéficier du regroupement familial*, in *Actualité Juridique de la famille*, 2009, p. 245.

riferimento in tal caso all'interesse superiore del minore di mantenere un legame con i due genitori. Così, l'articolo L 411-2 del cod.e.s.e.d.a. ammette il ricongiungimento familiare, quando, al momento della richiesta, la filiazione è stabilita solo nei confronti del richiedente o del suo coniuge se l'altro genitore è deceduto o è privo della potestà genitoriale sul minore. In questa logica, sarà consentito il ricongiungimento di un figlio del richiedente solo se l'altro genitore non possa soggiornare sul territorio francese e non abbia l'esercizio della potestà genitoriale sul minore (articolo L 411-7 del cod.e.s.e.d.a.). Si può chiedere anche il ricongiungimento familiare di un figlio nato da un'altra unione, se il richiedente abbia ricevuto dall'altro genitore la delega di potestà genitoriale con decisione dell'autorità giudiziaria straniera (articolo L 411-3 del cod.e.s.e.d.a.).

La famiglia e i minori possono, nella prospettiva del raggiungimento della maggiore età, preparare, a livello amministrativo, formalità di "integrazione nella società francese" in vista della richiesta, entro l'anno dalla maturità, di una carta di soggiorno, obbligatoria per i maggiorenni. L'articolo L 311-9 del cod.e.s.e.d.a., come modificato da ultimo con la legge n. 2010-1657 del 29 dicembre 2010, prevede che lo straniero entrato regolarmente in Francia tra i 16 ed i 18 anni, ma anche l'ultradiciottenne, il quale desideri stabilirvisi durevolmente, deve preparare la sua integrazione repubblicana nella società francese. A questo scopo, sottoscrive un contratto di accoglienza ed integrazione – sottoscritto anche dal suo rappresentante legale in Francia titolare di un valido titolo di soggiorno – con il quale si obbliga a seguire una formazione civica<sup>19</sup> e, se necessario, anche una formazione linguistica (entrambe gratuite)<sup>20</sup>. Il mancato rispetto, che risulti in modo manifesto, di detti obblighi sarà preso in considerazione, da parte dell'autorità amministrativa, ai fini della concessione (o della mancata concessione) della carta di soggiorno.

Questa integrazione è anche richiesta nel caso in cui una famiglia con minori abbia beneficiato della procedura di ricongiungimento familiare. L'articolo L 311-9-1 cod.e.s.e.d.a. (legge n. 2007-1631 del 20 novembre 2007) impone che la famiglia concluda con lo Stato un contratto di accoglienza e di integrazione, obbligandosi a seguire una formazione sui diritti e doveri dei genitori in Francia, ma anche a rispettare l'obbligo scolastico. Il mancato rispetto, che risulti in modo manifesto, di detti obblighi sarà preso in considerazione ai fini della concessione della carta di soggiorno.

In due casi il cod.e.s.e.d.a. permette ai minori di richiedere carte di soggiorno previste normalmente per i maggiorenni.

In primo luogo, l'articolo L 311-3 prevede che un minore di età compresa tra i 16 e i 18 anni possa richiedere una carta di soggiorno se esercita un'attività professionale. Il tipo di carta varia a seconda della tipologia di carta di soggiorno propria dei genitori.

---

<sup>19</sup> La formazione civica comprende una presentazione delle istituzioni francesi e dei valori della Repubblica, con particolare riguardo all'eguaglianza tra uomo e donna ed alla laicità.

<sup>20</sup> In alcuni casi, come ad esempio quando lo straniero è stato a scuola in Francia per almeno tre anni o quando esercita un'attività professionale e detiene già un titolo di soggiorno, questo contratto non è necessario.

In secondo luogo, l'articolo L 313-11, par. 8, dispone che, tra i 16 ed i 21 anni, possa essere richiesta l'attribuzione della carta di soggiorno temporaneo, con menzione "vita privata e familiare", da parte dello straniero nato in Francia che dimostri (con qualunque mezzo) di avervi soggiornato continuativamente per almeno otto anni e di aver seguito, dopo l'età di dieci anni, un percorso scolastico per almeno cinque anni in una scuola francese. Non è richiesto necessariamente un ingresso regolare in Francia.

#### 1.2.1.2. ... e la sua estensione

L'articolo 370-3 cod.civ. stabilisce che "l'adozione di un minore straniero non può essere pronunciata se la sua legge personale vieta detto istituto, salvo che il minore sia nato o abbia l'abitudine di risiedere in Francia".

Nei paesi musulmani, ad eccezione della Turchia, dell'Indonesia e della Tunisia, l'adozione intesa nel senso occidentale è vietata<sup>21</sup>. Il diritto musulmano riconosce però la *kafala*, un istituto a vocazione umanitaria che permette ad una famiglia di accogliere, mantenere, educare e proteggere un minore senza creare nuovi legami di filiazione né rompere quelli esistenti. La *kafala* cessa con la maggiore età.

Non creando nuovi rapporti di filiazione, la *kafala* non può essere assimilata ad una adozione, avvicinandosi, piuttosto, alla tutela o alla delegazione di potestà genitoriale<sup>22</sup>.

L'accordo bilaterale tra la Francia e l'Algeria del 27 dicembre 1968, modificato nel 2001<sup>23</sup>, che disciplina le condizioni di circolazione, di impiego, di ingresso e di soggiorno degli algerini e dei membri delle loro famiglie in Francia, permette di integrare nella richiesta di ricongiungimento familiare i minori affidati tramite *kafala* a cittadini algerini residenti sul territorio francese, a condizione che ciò corrisponda all'interesse superiore del minore.

Al di là degli accordi bilaterali, è da notare che l'articolo 20 della Convenzione sui diritti del fanciullo menziona detto istituto imponendo una protezione simile a quella derivante dall'adozione, là dove l'adozione in quanto tale sia vietata.

È stato peraltro il riferimento all'articolo 3, par. 1, della Convenzione sui diritti del fanciullo ed all'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo a condurre la giurisprudenza (CE, 24 marzo 2004, *Ministre des affaires sociales c/ Boulouida*) ad integrare la *kafala* nelle categorie di legami che permettono il ricongiungimento familiare, con tutte le conseguenze che ne derivano in termini di *status* del minore.

---

<sup>21</sup> V. A. BAUX, *Légalité du refus de délivrer un document de circulation et kafala*, cit.

<sup>22</sup> Così A. BAUX, *Légalité du refus de délivrer un document de circulation et kafala*, cit.; contra, v., però, M. FARGE, *Ensemble des conditions pour bénéficier du regroupement familial*, cit., che propende per un parallelismo con l'adozione semplice.

<sup>23</sup> C. COUNIL e M. REICO, *Le regroupement familial: cadre général et bénéficiaires*, in *Actualité juridique de la Famille*, 2009, p. 241 e s.

Così, è stato ammesso il ricongiungimento quando il minore, affidato con *kafala*, sia stato abbandonato dalla madre alla nascita e non consti una dichiarazione di paternità (CE, 24 marzo 2004, *Ministre des affaires sociales c/ Boulouida*) oppure quando non sia mai stato cresciuto dai genitori (CAA Lyon, 17 luglio 2008, *Benzekroufa*, n. 07LY01272) oppure ancora quando il padre sia affetto da una malattia psichiatrica e la madre sia priva di risorse economiche (CAA Lyon, 12 luglio 2007, *Préfet de la Drome c/ Himich*, n. 05LY00310)<sup>24</sup>.

La *kafala*, ovviamente, non può condurre all'applicazione di un regime di favore rispetto alle regole generali. Ad esempio, tenendo conto che non può farsi luogo a ricongiungimento a beneficio di un soggetto che sia entrato illegalmente in Francia, la presenza irregolare del minore, affidato con *kafala*, sul territorio francese al momento della domanda di ricongiungimento, implica il rigetto della stessa. Così, ad esempio, nel caso deciso dalla Corte amministrativa d'appello di Lione il 22 febbraio 2011, n. 10LY01740, il ricongiungimento è stato negato perché il minore presente (irregolarmente) sul territorio, affidato con *kafala* ad una zia da un anno e mezzo, aveva 17 anni, ed aveva vissuto in Algeria fino ad un anno prima, con i suoi genitori (ancora residenti nel paese di origine). La decisione di rigetto del ricongiungimento non ha permesso comunque, vista la minore età (v. *infra*), di allontanarlo dal territorio francese.

### **1.2.2. Il minore non accompagnato**

La direttiva 2001/55/CE del Consiglio del 20 luglio 2001, recante *norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi*, definisce, all'articolo 2, i "minori non accompagnati" come "i cittadini di paesi terzi o gli apolidi di età inferiore ai diciotto anni che entrano nel territorio degli Stati membri senza essere accompagnati da una persona adulta responsabile per essi in base alla legge o agli usi, finché non ne assuma effettivamente la custodia una persona per essi responsabile, ovvero i minori che sono lasciati senza accompagnamento una volta entrati nel territorio degli Stati membri".

La disciplina del minore non accompagnato prevista nei vari codici (cod.civ., cod.a.s.f. e cod.e.s.e.d.a.) è diversa a seconda che il minore si presenti alla frontiera (regolarmente o meno) o se abbia già fatto ingresso nel territorio.

#### **1.2.2.1. Il minore non accompagnato presente alla frontiera**

È il cod.e.s.e.d.a. che disciplina l'ingresso sul territorio delle persone che si presentano alla frontiera. In questo caso, al minore non si applica un regime derogatorio rispetto a quello generalmente previsto per gli stranieri. Per i minori non accompagnati, tuttavia, normative

---

<sup>24</sup> Cfr. M.-P. VIARD, *Regroupement familial, kafala et interet superieur de l'enfant*, in *Actualité juridique du droit administratif*, 2009, p. 378 e A. BAUX, *Légalité du refus de délivrer un document de circulation et kafala*, cit.

sovrnazionali possono imporre provvedimenti particolari. La disciplina dell'ingresso dei minori non accompagnati alla frontiera rinvia alle procedure d'ingresso sul territorio nazionale attraverso le frontiere aeree, ferroviarie e marittime (i minori che fanno ingresso attraverso le frontiere terrestri sono infatti considerati come presenti sul territorio nazionale<sup>25</sup> e rientrano quindi nel regime di protezione generale dei minori disciplinati dal cod.civ. e dal cod.a.s.f.).

Come gli adulti, i minori stranieri che si presentano senza rappresentante legale alla frontiera (non terrestre) possono: (1) essere oggetto di respingimento ed essere rinviiati nel paese di provenienza o di origine, su decisione del giudice dei bambini (se si ritenga la misura da adottarsi nell'interesse del minore); (2) essere oggetto di una misura di riammissione verso un altro Stato membro dell'Unione europea; e (3) essere ammessi sul territorio francese in qualità di minore non accompagnato e/o in pendenza di una procedura di asilo, di riconoscimento dello *status* di rifugiato o della protezione sussidiaria.

Dal momento in cui arrivano nell'aeroporto, nel porto o nella stazione ferroviaria fino a quando le autorità giudiziarie e amministrative decidono sulla loro situazione, i minori, come gli adulti, sono sistemati in una zona di attesa<sup>26</sup> o in albergo, se minori infratredicenni.

Vari problemi si pongono specificamente per il minore non accompagnato: ad esempio, quelli della difesa dei suoi interessi e della sua incapacità giuridica, nonché quelli connessi alla determinazione della sua età (con *test* sulle ossa, tecnica tra l'altro che contiene un margine di errore che può arrivare ad un anno e mezzo<sup>27</sup>), specie in assenza di documenti o in presenza di documenti la cui validità sia contestata.

Il minore sistemato in zona di attesa può rimanervi fino a quattro giorni su decisione delle autorità amministrative; la durata può, previa determinazione giurisdizionale, essere prolungata fino a venti giorni.

La legge n. 2002-305 del 4 marzo 2002, *sulla potestà genitoriale*, ha previsto la nomina, da parte del Procuratore della Repubblica, di un tutore *ad hoc*, da nominarsi immediatamente, per rappresentare il minore in zona di attesa e per svolgere tutte le pratiche che riguardano l'ingresso sul territorio francese (articolo L 221-5 cod.e.s.e.d.a.).

Questa norma è stata molto criticata, in quanto ha sortito paradossalmente, effetti deteriori rispetto al passato<sup>28</sup>. Fino al 2002, infatti, la Corte di cassazione ammetteva sistematicamente i minori sul territorio francese dopo quattro giorni passati in zona di attesa, perché riteneva che non si potesse loro richiedere un ulteriore sacrificio. D'altro canto, la qualità di minore senza

---

<sup>25</sup> MINISTÈRE DE L'IMMIGRATION, DE L'IDENTITÉ NATIONALE ET DU DÉVELOPPEMENT SOLIDAIRE, *Les politiques relatives à l'accueil, l'intégration et le retour des mineurs non accompagnés*, cit. p. 8.

<sup>26</sup> S. BERNIGAUD, *Quel(s) droit(s) pour le mineur étranger isolé ?*, in *Revue de droit sanitaire et social*, cit.

<sup>27</sup> COMITÉ CONSULTATIF D'ÉTHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ, *Avis n. 88 sur les méthodes de détermination de l'âge à des fins juridiques*, juin 2005.

<sup>28</sup> Cfr. S. BERNIGAUD, *Quel(s) droit(s) pour le mineur étranger isolé ?*, cit.



rappresentante legale non permetteva di svolgere, in quell'ambito, le formalità e ricorsi previsti dalla legge relativa all'ingresso sul territorio<sup>29</sup>.

Alla luce della nuova disciplina, i tutori *ad hoc* assistono il minore quando si trova in una zona di attesa; il loro compito, molto circoscritto, non risolve la questione più ampia della potestà genitoriale. Questi tutori sono tratti da liste depositate in tribunale: devono essere di età compresa tra 30 e 65 anni ed essere competenti in materia di infanzia. Non sono però richieste conoscenze giuridiche, che sarebbero viceversa opportune per poter seguire procedure complesse quali quelle relative all'ammissione dello straniero. La retribuzione molto esigua di questo incarico, poi, certo non agevola una selezione di persone particolarmente competenti<sup>30</sup>. Tenendo conto di questi rilievi, la dottrina ha denunciato una protezione di facciata<sup>31</sup>, che finisce per rendere più facile l'allontanamento dei minori verso i loro paesi di origine.

I dati del 2007 e del 2008 evidenziano che, dei minori non accompagnati che sono stati fermati alle frontiere, circa un terzo è stato ammesso sul territorio; tra quelli ammessi, una gran parte (il 93%) ha ottenuto lo statuto di rifugiato<sup>32</sup>.

Quando sono ammessi sul territorio francese, i minori non accompagnati sono affidati ai servizi dell'ASE e possono beneficiare delle misure che offrono le province in quest'ambito.

È infine da menzionare una giurisprudenza della Corte di cassazione (Cass. Civ I, 25 marzo 2009, n. 08-14.125) che potrebbe rimettere in discussione la distinzione tra la situazione del minore presente alla frontiera (disciplina del cod.e.s.e.d.a.) e quella del minore presente sul territorio (disciplina del cod.civ. e del cod.a.s.f.). La Corte di cassazione ha affermato che il minore collocato in una zona di attesa si trova sul territorio nazionale e può quindi beneficiare della protezione di cui all'articolo 375 del cod.civ.: si è in tal modo innovato rispetto alla giurisprudenza anteriore, che attribuiva alle zone di attesa uno statuto extra-territoriale<sup>33</sup>. Se un tale *revirement* venisse confermato, sarebbe possibile approntare per i minori la garanzia dell'intervento del giudice dei bambini, il quale potrebbe adottare una misura educativa diretta a porre fine alla detenzione nella zona di attesa<sup>34</sup>. Nel caso di specie, il minore era rimasto nella zona per otto giorni<sup>35</sup>: una tale

---

<sup>29</sup> E. GALLANT, Désignation tardive de l'administrateur ad hoc représentant le mineur étranger en zone d'attente, in *Revue critique de droit international privé*, 2008, p. 89.

<sup>30</sup> AA. VV., L'accueil et la prise en charge des mineurs non accompagnés dans huit pays de l'Union européenne, cit., p. 99.

<sup>31</sup> Cfr. la posizione di P. MUZNY citata da E. GALLANT, *Désignation tardive de l'administrateur ad hoc représentant le mineur étranger en zone d'attente*, cit., per una rassegna delle diverse critiche mosse alla figura del tutore *ad hoc*.

<sup>32</sup> MINISTÈRE DE L'IMMIGRATION, DE L'IDENTITÉ NATIONALE ET DU DÉVELOPPEMENT SOLIDAIRE, *Les politiques relatives à l'accueil, l'intégration et le retour des mineurs non accompagnés*, cit. p. 11.

<sup>33</sup> Cfr. la posizione di J.-L. RONGE, citata da M. BRUGGEMAN, Zone d'attente et assistance éducative : vers une protection accrue des mineurs étrangers isolés ?, in *Revue de droit sanitaire et social*, 2009, p. 550 e s.

<sup>34</sup> M. BRUGGEMAN, Zone d'attente et assistance éducative : vers une protection accrue des mineurs étrangers isolés ?, cit.

evenienza non dovrebbe più ripetersi, essendo l'istanza giurisdizionale nelle condizioni di evitare detenzioni eccessive. Il problema, semmai, sarebbe quello di assicurare una adeguata informazione in ordine alla sussistenza del diritto al giudice.

#### *1.2.2.2. Il minore non accompagnato presente sul territorio nazionale*

I minori non accompagnati presenti sul territorio nazionale, che siano entrati regolarmente o meno, beneficiano della disciplina di protezione dell'infanzia, la cui applicazione spetta ai servizi dell'ASE, competenti sia per accogliere i minori in centri e prenderli a carico sia per la loro salute e la loro educazione sia per rappresentarli giuridicamente, tramite l'istituto della tutela, qualora non abbiano famiglia in Francia. L'accesso alla formazione professionale è agevolata finché il minore non abbia compiuto i sedici anni; oltre questa soglia, sono richiesti un'autorizzazione amministrativa o un titolo di soggiorno valido (documento di identità della Repubblica, documento di circolazione o carta di soggiorno nelle due ipotesi previste dal codice: cfr. *supra* 1.2.1.1.). Per questo, è assai difficile per i minori ultrasedecenni entrati irregolarmente accedere ad una formazione professionale.

In concreto, si fa sovente ricorso (la prassi cambia, però, da provincia a provincia), nell'ambito dell'aiuto dell'ASE, al contratto "giovane maggiorenne" (stipulato tra la provincia ed il minore) per permettere al soggetto un'integrazione nella società francese.

La circolare del 2 maggio 2005 autorizza eccezionalmente ad attribuire al minore non accompagnato affidato all'ASE, al compimento dei sedici anni, un permesso di soggiorno qualora egli sia iscritto in un percorso di inserimento e di formazione. Egli può quindi richiedere in prefettura una carta di soggiorno temporaneo con la menzione "lavoratore dipendente" quando ha concluso un contratto di lavoro superiore a dodici mesi, o con la menzione "lavoratore temporaneo" per i contratti di lavoro di durata inferiore a dodici mesi. Ai fini della concessione, è necessario il parere dei servizi dell'ASE. La carta di soggiorno è valida per un anno ed è rinnovabile finché la formazione, che potrebbe permettere l'accesso ad un lavoro, non sia terminata. L'applicazione in concreto di queste misure è molto variabile a seconda dei territori, ciò che può inficiarne la portata.

Quando i minori hanno invece contatti familiari, si può dar luogo ad una tutela o ad una delega di potestà genitoriale, alle condizioni che sono state in precedenza ricordate. La sottrazione all'ASE potrebbe, tuttavia, avere ripercussioni negative ai fini dell'ottenimento, in futuro, di un titolo di soggiorno autonomo.

#### ***1.2.3. Il minore destinatario di protezione speciale***

In applicazione della Convenzione di Ginevra sui rifugiati, l'asilo può essere concesso allo

---

<sup>35</sup> Quando la Corte si è pronunciata, il minore era stato, però, già ricondotto nel suo paese di origine e non ha quindi potuto avvalersi del mutamento di giurisprudenza.

straniero (anche minorenni) che teme, a ragione, di essere perseguitato nel suo paese di origine per ragioni di razza, religione, opinioni politiche o appartenenza ad un gruppo sociale. Il preambolo della Costituzione del 1946 aggiunge l'ulteriore motivo derivante dalla sua azione in favore della libertà.

La legge n. 2003-1176 del 26 dicembre 2003, che ha modificato la legge n. 52-893 del 25 luglio 1952 relativa al diritto di asilo, permette di attribuire allo straniero che non rientra nella definizione del diritto internazionale la protezione sussidiaria.

L'articolo L 321-4 cod.e.s.e.d.a. prevede che venga attribuito automaticamente il documento di circolazione ai minori rifugiati o apolidi. I minori non accompagnati che hanno questo statuto otterranno quindi questo documento di circolazione.

### **1.3. L'allontanamento del minore straniero**

Per quanto riguarda le misure di allontanamento, in virtù degli articoli L 511-4 e L 521-4 del cod.e.s.e.d.a., i minori – come accennato – non possono essere espulsi dal territorio francese.

Si è posta la questione se la garanzia dei minori si potesse estendere alla loro famiglia. Il Consiglio di Stato non ha riconosciuto l'applicabilità diretta dell'articolo 10, par. 1, della Convenzione del fanciullo, che avrebbe consentito di contestare la legittimità di una misura di allontanamento dei genitori (CE, 29 luglio 1994, n. 143866, *Abdelmoula*). Si è ritenuto che l'argomento ostativo della separazione dei figli dai loro genitori non possa essere invocato se nulla impedisca ai genitori di portare con sé i propri figli. Ad esempio, l'interesse superiore del fanciullo (e quindi l'articolo 3, par. 1, della medesima Convenzione) ha condotto alla dichiarazione di illegittimità di una misura di allontanamento della madre polacca di una bambina avuta con un cittadino libanese, in quanto questa misura avrebbe avuto come conseguenza di privare la fanciulla alternativamente della madre o del padre, giacché quest'ultimo non avrebbe potuto fare ingresso in Polonia (CE, 2 giugno 2003, n. 236148, *Préfet de police c/ Sweica*)<sup>36</sup>.

L'avvenuta estensione alla *kafala* della nozione di famiglia (ai fini del ricongiungimento) ha avuto effetti anche in ordine all'allontanamento dei congiunti del minore.

Per quel che concerne i minori non accompagnati, ad essi si applica la procedura di rimpatrio volontario assistito nel paese di origine, sebbene possano avanzarsi dubbi circa la validità e la effettività del consenso prestato dai minori. La procedura è gestita dall'*Office français de l'immigration et de l'intégration* ed è disciplinata dalla circolare interministeriale del 7 dicembre 2006, *relativa allo strumento di rimpatrio volontario assistito per gli stranieri in situazione irregolare o in situazione di difficoltà*.

In assenza di un accordo bilaterale, il rimpatrio dei minori è subordinato allo sviluppo di contatti

---

<sup>36</sup> D. LOCHAK, *Droit et libertés des étrangers – Vie privée et familiale*, in *Jurisclasseur Libertés*, Fasc. 735, 20 maggio 2007.

con la famiglia presente nel paese di origine, al suo accordo al rimpatrio o, in mancanza, all'accordo di un organismo nel paese di origine.

Non potendo farsi luogo alla procedura senza il consenso del minore, detta misura è nella pratica poco utilizzata. Inoltre, numerosi sono i consolati che invocano la minore età, e quindi l'incapacità di agire, per rifiutare il rimpatrio<sup>37</sup>.

Il *Conseil constitutionnel*, nella decisione n. 2010-614 DC, del 4 novembre 2010, avente ad oggetto la *Legge che autorizza l'approvazione dell'accordo tra il Governo della Repubblica francese e il Governo della Romania relativo ad una cooperazione in vista della protezione dei minori rumeni isolati sul territorio della Repubblica francese e al loro ritorno nel paese di origine nonché alla lotta contro le organizzazioni di sfruttamento dei minori*, si è pronunciato sulla natura delle decisioni di rimpatrio organizzate da questo accordo internazionale. Esse non erano volontarie ma decise dal pubblico ministero. Nei *Cahiers del Conseil constitutionnel*, si è posta quindi la questione della natura di queste decisioni, che non apparivano né come una misura di assistenza decisa del giudice dei bambini, né come una misura di allontanamento nel senso del cod.e.s.e.d.a.<sup>38</sup>. Indipendentemente dalla natura di queste decisioni, il *Conseil constitutionnel* ha ritenuto queste misure contrarie alla Costituzione, in quanto l'accordo del 2007 non prevedeva alcuna possibilità di contestare la decisione del pubblico ministero e violava quindi il diritto ad un ricorso effettivo.

## **2. Lo straniero al compimento della maggiore età**

In base all'articolo L 311-1, comma 1, del cod.e.s.e.d.a., come modificato dalla legge n. 2006-911 del 24 luglio 2006, "ogni straniero [non cittadino UE e salva qualunque diversa disposizione di un accordo internazionale] di età superiore a diciotto anni che vuole soggiornare in Francia deve, dopo un termine di tre mesi dal suo ingresso in Francia, essere munito di una carta di soggiorno".

L'articolo L 311-4 del cod.e.s.e.d.a. prevede che la ricevuta di una domanda di rilascio (o di rinnovo) di una carta di soggiorno o di una domanda di asilo permette allo straniero di permanere provvisoriamente sul territorio nazionale. Questa ricevuta non permette, però, di svolgere un'attività professionale.

### **2.1. Il minore in famiglia**

Diverse norme del cod.e.s.e.d.a. permettono al minore in famiglia, al compimento della maggiore

---

<sup>37</sup> MINISTÈRE DE L'IMMIGRATION, DE L'IDENTITÉ NATIONALE ET DU DÉVELOPPEMENT SOLIDAIRE, *Les politiques relatives à l'accueil, l'intégration et le retour des mineurs non accompagnés*, cit. p. 22.

<sup>38</sup> CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Décision n. 2010-614 DC - 4 novembre 2010*, Loi autorisant l'approbation de l'accord entre la République française et le Gouvernement de la Roumanie relatif à une coopération en vue de la protection des mineurs roumains isolés sur le territoire de la République française et à leur retour dans leur pays d'origine ainsi qu'à la lutte contre les réseaux d'exploitation concernant les mineurs, in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n. 30, p. 6.

età, di richiedere una carta di soggiorno.

La situazione di questi soggetti dipende dall'età alla quale sono arrivati in Francia, dalla durata del soggiorno, dalle modalità (regolari o meno) con le quali sono arrivati, dalla cittadinanza o dalla situazione dei genitori, ecc. In ogni caso, è sempre posta la condizione che la presenza dello straniero non costituisca una minaccia per l'ordine pubblico.

L'attribuzione di una carta di residente (quella più ambita, sia per la durata che per le facoltà lavorative che offre) è sempre subordinata ad un soggiorno regolare.

L'articolo L 314-9, par. 1°, del cod.e.s.e.d.a. prevede che possa essere attribuita ai figli, nell'anno che segue il compimento dei diciotto anni, di uno straniero titolare della carta di residente, che sono stati autorizzati a soggiornare in Francia nell'ambito di una procedura di ricongiungimento familiare e che possono attestare una residenza continuativa in Francia di almeno tre anni.

L'articolo L 314-11, par. 2°, del cod.e.s.e.d.a. permette l'attribuzione automatica della carta di residente al figlio straniero di un cittadino francese, di età compresa tra i diciotto ed i ventuno anni.

Per entrambe le disposizioni, il riferimento al "figlio" è da intendersi come relativo a rapporti di filiazione legittima, naturale o adottiva. In quest'ultimo caso, si fa riserva della verifica da parte del pubblico ministero della regolarità dell'adozione, qualora sia stata dichiarata all'estero.

Per quanto riguarda, invece, la carta di soggiorno temporaneo, con menzione "vita privata e familiare", essa è attribuita automaticamente, sulla scorta dell'articolo L 313-11, par. 1°, del cod.e.s.e.d.a., allo straniero nell'anno che segue il compimento dei diciotto anni, a condizione che almeno uno dei genitori sia titolare di una carta di soggiorno temporaneo o di una carta di residente e purché il soggetto sia stato autorizzato a soggiornare a seguito di un ricongiungimento familiare.

Come si è visto, la presenza irregolare del minore sul territorio francese ostacola, in via di principio, la procedura del ricongiungimento familiare durante la minore età ed ostacola, quindi, anche l'attribuzione della carta di soggiorno.

L'articolo L 313-11 del cod.e.s.e.d.a. ha però previsto alcune ipotesi nelle quali non è posta la condizione dell'ingresso regolare sul territorio francese. La carta di soggiorno temporaneo, con menzione "vita privata e familiare", potrà quindi essere attribuita allo straniero nell'anno che segue il compimento dei diciotto anni, purché egli giustifichi con ogni mezzo di aver avuto una residenza fissa in Francia presso almeno uno dei genitori legittimi, naturali o adottivi, a partire dall'età di tredici anni (par. 2° dell'articolo L 313-11). In alternativa, uno dei genitori deve essere titolare della carta di soggiorno "competenza e talenti" o della carta di soggiorno temporaneo con menzione "dipendente in missione", e deve essere considerato residente in Francia (par. 3° dell'articolo L 313-11).

Infine, l'articolo L 313-11, par. 8°, del cod.e.s.e.d.a. permette l'attribuzione della carta di soggiorno temporaneo, con menzione "vita privata e familiare", tra i sedici ed i ventuno anni, anche

in caso di ingresso irregolare, purché il soggetto sia nato in Francia, vi abbia soggiornato continuativamente per almeno otto anni ed abbia seguito, dopo l'età di dieci anni, un percorso scolastico per almeno cinque anni in una scuola francese (cfr. anche *supra*, par. 1.2.1.1.)

Come si è visto, il minore affidato con *kafala* può beneficiare delle norme relative al ricongiungimento familiare e deve rispettare le condizioni che il cod.e.s.e.d.a. pone al riguardo.

L'applicazione della disciplina del ricongiungimento familiare implica di poter estendere al caso della *kafala* le norme relative ai titoli di soggiorno al compimento della maggiore età per il minore in famiglia.

## **2.2. Il minore non accompagnato**

Il fatto di aver soggiornato sul territorio francese come minore non accompagnato non fa sorgere automaticamente un diritto al soggiorno al compimento della maggiore età<sup>39</sup>.

Diverse ipotesi sono previste.

In due casi è previsto che il minore possa richiedere la cittadinanza francese, in virtù dell'articolo L 21-12 del cod.civ.

Il primo è se stato affidato ad un cittadino francese prima dei tredici anni.

Il secondo è se il minore è stato affidato ai servizi di protezione dell'infanzia prima dei quindici anni. Questa norma, introdotta dalla legge n. 2003-1119 del 26 novembre 2003, *relativa al controllo dell'immigrazione, al soggiorno degli stranieri ed alla cittadinanza francese*, è più restrittiva della precedente, che permetteva di attribuire la cittadinanza francese ai minori affidati ai servizi dell'ASE senza condizioni di età o di soggiorno.

Se il minore è stato invece affidato ai servizi dell'ASE prima del compimento dei suoi sedici anni, beneficia automaticamente di una carta di soggiorno temporaneo con la menzione "vita privata e familiare". L'articolo L 313-11-2 *bis* del cod.e.s.e.d.a. richiede che sussistano determinate condizioni: (1) il carattere reale e serio della formazione che sta seguendo; (2) la natura dei legami rimasti con la famiglia nel paese di origine (*ergo*, l'assenza di legami effettivi con la famiglia); (3) il parere dell'ente che ha accolto il minore non accompagnato ai fini del suo inserimento nella società francese. Nella pratica, la prova dell'accoglimento da parte dell'ASE prima dei sedici anni è sufficiente per ottenere la carta sopra menzionata<sup>40</sup>. La norma in questione, del resto, è stata introdotta con la legge n. 2006-911 del 24 luglio 2006, su proposta di una commissione senatoriale che ha evidenziato l'incongruenza derivante dall'espulsione di soggetti per i quali i servizi provinciali si erano impegnati con successo nell'inserimento, ad esempio attraverso il "contratto

---

<sup>39</sup> Cfr. AA. VV., L'accueil et la prise en charge des mineurs non accompagnés dans huit pays de l'Union européenne, cit. p. 29.

<sup>40</sup> Cfr. AA. VV., L'accueil et la prise en charge des mineurs non accompagnés dans huit pays de l'Union européenne, cit. p. 29.

giovane maggiorenne” concluso con la provincia.

La situazione del minore non accompagnato affidato ai servizi dell’ASE dopo i sedici anni è più delicata: l’attribuzione di un titolo di soggiorno specifico non è prevista dalla legge.

La precitata circolare del 2 maggio 2005 permette anche ai neo-maggiorenni che siano stati affidati dopo i loro sedici anni all’ASE, quando il rientro nel paese di origine appare difficile, di ottenere una carta di soggiorno temporanea con menzione “studente”. La situazione del soggetto viene valutata dalle autorità amministrative, anche alla luce del suo inserimento.

Secondo l’articolo L 317-11, par. 7°, la carta di soggiorno temporaneo può essere attribuita allo straniero (anche se entrato in modo irregolare) che non rientri in una delle categorie dei beneficiari del ricongiungimento familiare<sup>41</sup>, ma i cui legami personali familiari in Francia (apprezzati, in particolare, a seconda della loro intensità, della loro durata e della loro stabilità), le cui condizioni di vita, il cui inserimento nella società francese (valutato tenendo conto specialmente della conoscenza dei valori della Repubblica) ed i cui legami con la famiglia rimasta nel paese di origine siano tali che il rifiuto di autorizzare il soggiorno lederebbe in modo sproporzionato il suo diritto al rispetto della sua vita privata (nozione da intendersi, alla luce della giurisprudenza della Corte EDU, come integrante anche le relazioni sociali, associative, di amicizia, ecc.<sup>42</sup>) e familiare.

La circolare ministeriale del 12 maggio 1998, adottata in attuazione della legge n. 98-349 della legge dell’11 maggio 1998, *relativa all’ingresso ed al soggiorno degli stranieri in Francia ed al diritto di asilo*, ha precisato che, ai fini della concessione del permesso nell’ipotesi appena prospettata, si possono prendere in considerazione, a titolo sussidiario: altri aspetti della vita familiare in senso lato, quali i legami collaterali, con i tutori, con altri parenti; l’assenza di legami familiari nel paese di origine; la residenza presso un altro membro della famiglia (fratello, zio, nonni); in caso di legami con i genitori, l’esistenza di una tutela, di un affidamento giudiziario o sociale in un centro di accoglienza in Francia. Deve altresì essere valutato se il soggetto abbia una vita familiare propria, cioè se abbia egli stesso figli.

Un’altra circolare, del 1° dicembre 1999, ha completato la precedente, precisando che possono rientrare nell’ambito di questo regime i neo-maggiorenni che siano rimasti nel paese di origine quando invece tutta la loro famiglia risieda in Francia.

La situazione dei minori non accompagnati affidati tramite tutela o delega di potestà genitoriale a familiari rientra in questa categoria. Rimane però sempre un margine di valutazione da parte delle autorità amministrative, e dunque l’attribuzione della carta di soggiorno non è automatica.

Da notare è altresì la possibilità (aperta, oltre che agli adulti, anche al minore non accompagnato) di ottenere un titolo di soggiorno per motivi sanitari. Così, l’articolo L 313-11, par. 11°, del

---

<sup>41</sup> Né in altre categorie menzionate dal medesimo articolo, come ad esempio quella di coloro che hanno prestato servizio nell’armata francese, o quelle menzionate *infra* sviluppi nel testo.

<sup>42</sup> V. D. LOCHAK, *Droit et libertés des étrangers – Vie privée et familiale*, cit. punti 31 e s.

cod.e.s.e.d.a. prevede questa carta di soggiorno a beneficio dello straniero (entrato in Francia regolarmente o meno) che risieda in modo continuo in Francia, ed il cui stato di salute necessiti di cure il cui venir meno potrebbe avere conseguenze di un'eccezionale gravità (e sempre che, ovviamente, le cure non possano essere garantite nel paese di origine). La decisione di attribuire la carta di soggiorno è adottata dall'autorità amministrativa, previo parere medico dell'agenzia regionale della salute e, se del caso, anche di una commissione medica regionale.

Infine, l'articolo L 222-5 del cod.a.s.f. permette di prolungare la protezione dei minori non accompagnati al compimento dei diciotto anni fino al compimento dei ventuno anni. Questa protezione può essere approntata in caso di difficoltà di inserimento sociale dovuto ad una mancanza di risorse o di un adeguato sostegno familiare<sup>43</sup>. In concreto, essa è collegata, sovente, alla stipulazione di un "contratto giovane maggiorenne", che permette un sostegno finanziario, un sostegno educativo a domicilio ed un'accoglienza con alloggio, misure che dovrebbero permettere al giovane di raggiungere, con il passare del tempo, una certa autonomia. Questo contratto è valido un anno e può essere rinnovato fino ai ventuno anni del giovane, a condizione che egli si sia impegnato seriamente in un progetto di formazione. Facendo applicazione di questo orientamento, la giurisprudenza amministrativa, ad esempio, ha annullato un provvedimento di allontanamento di un giovane maggiorenne che era stato un minore non accompagnato perché era titolare di un "contratto giovane maggiorenne" (CAA Bordeaux, 7 febbraio 2007, n. 06BX02277).

### **2.3. Il minore destinatario di protezione speciale**

La soluzione delle problematiche connesse al soggiorno è più agevole<sup>44</sup> per i minori figli di stranieri che siano titolari del diritto di asilo o di una protezione internazionale (rifugiato o protezione sussidiaria) e per i minori non accompagnati che siano essi stessi titolari dell'asilo o della protezione.

In effetti, secondo l'articolo L 314-11, par. 8°, del cod.e.s.e.d.a. (sempre a condizione che la sua presenza non costituisca una minaccia per l'ordine pubblico) la carta di residente è attribuita automaticamente al figlio dello straniero che ha lo statuto di rifugiato, nell'anno che segue il compimento dei diciotto anni.

Il minore non accompagnato che rientra in questa categoria potrà, in virtù di questa norma, anch'egli ottenere automaticamente la carta di residenza, al compimento della maggiore età. La norma permette anche che questa carta sia concessa ai suoi ascendenti diretti di primo grado.

Secondo l'articolo 313-3 del cod.e.s.e.d.a., invece, il figlio dello straniero che dispone della protezione sussidiaria ottiene automaticamente, nell'anno che segue il suo diciottesimo anno, la

---

<sup>43</sup> AA. VV., L'accueil et la prise en charge des mineurs non accompagnés dans huit pays de l'Union européenne, cit. p. 116 e s.

<sup>44</sup> AA. VV., L'accueil et la prise en charge des mineurs non accompagnés dans huit pays de l'Union européenne, cit. p. 30.



carta di soggiorno con menzione “vita privata e familiare”. Essa può essere rinnovata ogni anno se le condizioni che giustificano detta protezione siano ancora integrate. Il medesimo regime si applica al neo-maggiorenne che sia stato un minore non accompagnato beneficiario di una protezione sussidiaria.

Un altro regime speciale riguarda l’apolidia. Il figlio dell’apolide, se attesta tre anni di residenza regolare in Francia, avrà automaticamente, nell’anno che segue il diciottesimo<sup>45</sup>, una carta di residente (articolo L 314-11, par. 9°, del cod.e.s.e.d.a.). In difetto dei requisiti prescritti, ed indipendentemente dalla regolarità o meno del suo ingresso, otterrà, automaticamente una carta di soggiorno temporaneo, con menzione “vita privata e familiare”. Analogamente, la carta di residente o la carta di soggiorno temporaneo sono rilasciate, alle medesime condizioni, al neo-maggiorenne apolide che sia stato un minore non accompagnato.

---

<sup>45</sup> ... o quello che ha tra i 16 e 18 anni nell’ipotesi menzionata all’articolo L 311-3 cod.e.s.e.d.a.

# GERMANIA

di Maria Theresia Rörig

## 1. La condizione del minore straniero

### 1.1. La tutela del minore nell'ordinamento costituzionale tedesco

La Legge fondamentale (LF) tedesca non contiene disposizioni specifiche a tutela del minore. Quest'ultimo gode, nell'ambito dell'art. 6 LF, di una particolare tutela solamente in quanto parte della famiglia<sup>1</sup>. L'art. 6 salvaguardia la c.d. *Kernfamilie*, ovvero il nucleo familiare che si compone di genitori e figli, questi ultimi intesi anche come adottivi, figliastri (*Stiefkinder*), affidati (*Pflegekinder*), maggiori o minori di età. La disposizione si riferisce ad una convivenza, ad una comunità di cura ed assistenza (*Betreuungsgemeinschaft*) e, in generale, ad una comunione di vita basata sul legame familiare. La famiglia basata su figli affidatari (*Pflegefamilie*) gode della tutela di cui all'art. 6 LF, che è condizionata all'avvenuta creazione tra i suoi componenti di un particolare legame a seguito del protrarsi continuativo e duraturo del rapporto di affidamento<sup>2</sup>. Lo stesso vale con riferimento al tutore (*Vormund*) ed ai minori sottoposti alla sua tutela: per godere della protezione di cui all'art. 6 LF si richiede, infatti, oltre alla tutela formale, la sussistenza di una effettiva convivenza o comunione di vita ed educazione, onde potersi parlare di un legame sociale (c.d. "famiglia sociale")<sup>3</sup>. Controversa è invece la questione se l'art. 6 LF tuteli anche la famiglia nel senso più ampio, quindi i rapporti parentali in linea retta o collaterale (ad es., nonni-nipoti o zii-nipoti, ecc.).

L'incidenza sui diritti di cui all'art. 6 LF può essere costituzionalmente giustificata là dove si riscontrino, in base al principio di proporzionalità, una prevalenza dei diritti di terzi o altri diritti o interessi di rango costituzionale (ad esempio, l'interesse alla sicurezza).

---

<sup>1</sup> Art. 6 LF:

(1) Il matrimonio e la famiglia godono della particolare protezione dell'ordinamento statale.

(2) La cura e l'educazione dei figli sono un diritto naturale dei genitori ed un loro precipuo dovere. La comunità statale vigila sul modo con il quale essi svolgono la loro funzione.

(3) I figli possono essere separati dalla loro famiglia contro il volere delle persone che ne hanno la potestà solo in forza di una legge, nel caso che gli aventi il diritto dell'educazione vengano meno al loro dovere o nel caso che, per altri motivi, i figli corrano il rischio di venir trascurati.

(4) Ogni madre ha diritto alla protezione ed all'assistenza della comunità.

(5) La legge assicura ai figli naturali le stesse condizioni di sviluppo, fisico e morale, nonché lo stesso *status* sociale, sanciti per i figli legittimi.

<sup>2</sup> BVerfGE 68, 176 (187); BVerfGE 75, 201 (217 ss.); BVerfGE 79, 51.

<sup>3</sup> BVerfGE 68, 176 (187); 79, 51 (59); 34, 165 (200).

La condizione e la tutela del minore deve peraltro essere valutata anche in base a vari atti di diritto internazionale al cui rispetto la Germania è vincolata. Oltre a quelli di portata generale, possono menzionarsi quelli specificamente rivolti alla protezione dei minori. Tra questi figurano, in particolare: (i) la Convenzione concernente la competenza delle autorità e la legge applicabile in materia di protezione dei minori, stipulata a L'Aja, il 5 ottobre 1961, (ii) la Risoluzione del Consiglio dell'Unione europea del 26 giugno 1997 sui minori non accompagnati, (iii) la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, fatta a Strasburgo il 25 gennaio 1996, e (iv) la Convenzione sui diritti del fanciullo stipulata a New York il 20 novembre 1989.

Con precipuo riguardo ai minori stranieri, è da notare che, in sede di ratifica della citata Convenzione di New York del 1989 (che, in Germania, è entrata in vigore il 5 aprile 1992), la Germania ha apposto la seguente riserva: “*Niente nella Convenzione può essere interpretato come implicante che sia permesso l'ingresso illegale nel territorio della Repubblica federale di Germania di uno straniero o la sua permanenza illegale in esso; né può alcun articolo essere interpretato in modo da comportare una limitazione al diritto della Repubblica federale di Germania di approvare leggi e regolamenti riguardanti l'ingresso di stranieri nel suo territorio*”. Tale riserva è stata oggetto di forti critiche, tanto che, nel luglio 2010, è stata ufficialmente revocata<sup>4</sup>.

Nonostante l'esistenza di queste fonti di provenienza sovranazionale concernenti i minori, la “impronta familiare” che caratterizza la normativa costituzionale condiziona, evidentemente, il diritto di rango legislativo. Alla luce di ciò, si coglie forse il motivo per cui la legge tedesca sul soggiorno, sull'attività lavorativa e sull'integrazione degli stranieri nel territorio federale (*Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet*<sup>5</sup>, di seguito anche *AufenthG*) del 30 luglio 2004<sup>6</sup>, prevede, con riferimento ai permessi di soggiorno di cittadini extracomunitari, un'apposita disciplina solo con riferimento ai minori che si ricongiungano con i loro familiari nel territorio tedesco, difettando di una disciplina specifica per i minori in quanto tali (ivi compresi anche i minori non accompagnati)<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Il legislatore tedesco non ha, tuttavia, provveduto a porre in essere le modifiche alla normativa vigente che tengano conto degli eventuali effetti prodottisi a seguito di tale revoca.

<sup>5</sup> *Bundesgesetzblatt (BGBl.)* I, p. 1354 (per la traduzione inglese, aggiornata al 19 agosto 2007, cfr. <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/AufenthG.htm>). La *AufenthG* ha sostituito la precedente *Ausländergesetz* (legge sugli stranieri) del 1990.

<sup>6</sup> Nella sua nuova versione del 25 febbraio 2008, *BGBl.* I. p. 162, da ultimo modificata il 12 aprile 2011, *BGBl.* I., p. 610.

<sup>7</sup> Da segnalare è che la *AufenthG* fa parte di un testo unico in materia di immigrazione, la c.d. *Gesetz zur Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern* (la legge sulla gestione e la limitazione dell'immigrazione e la disciplina del soggiorno e dell'integrazione dei cittadini UE e degli stranieri), la “*Zuwanderungsgesetz*”, del 30 luglio 2004, entrata in vigore il 1° gennaio 2005, e successivamente oggetto di varie modifiche.

Oltre all'*AufenthG*, la *Zuwanderungsgesetz* contiene le norme in materia di libera circolazione dei cittadini comunitari e di quelli appartenenti allo SEE, nonché la disciplina di ulteriori situazioni relative al fenomeno dell'immigrazione, tra cui l'asilo (disciplinato dalla *Asylverfahrensgesetz* – legge sul procedimento di asilo – del 26 giugno 2011

## 1.2. Il soggiorno del minore straniero

L'*Aufenthaltsgesetz*<sup>8</sup> contiene le principali basi giuridiche in materia di ingresso, di soggiorno e di allontanamento degli stranieri<sup>9</sup>, ivi inclusi i minori, non appartenenti ai paesi dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo<sup>10</sup>. Il soggiorno in Germania presuppone un permesso di soggiorno<sup>11</sup>, che viene concesso per motivi di lavoro, di formazione, di ricongiungimento familiare o per motivi umanitari, di diritto internazionale o politici.

L'*AufenthG* trova applicazione anche per i rifugiati "riconosciuti" e per i richiedenti il diritto di asilo, nella misura in cui la legge sul procedimento di asilo non preveda norme speciali. Peraltro, l'art. 60 *AufenthG* prevede il divieto di espulsione o allontanamento dei richiedenti asilo o dei rifugiati cui sia stato riconosciuto il diritto al soggiorno.

---

giugno 1992, nella sua nuova versione del 2 settembre 2008, da ultimo modificata il 12 aprile 2011), la cittadinanza, la situazione giuridica degli espatriati (persone di etnia tedesca provenienti dall'Estonia, dalla Lituania e dalla Lettonia, giunte in Germania dopo il 31 dicembre 1992) e degli apolidi nel territorio tedesco, nonché i diritti sociali degli stranieri.

Da notare è che la normativa di recepimento della direttiva 2008/115/CE del Parlamento e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, non figura ancora all'interno della *Zuwanderungsgesetz*, non essendo ancora stata attuata in Germania (sebbene il termine di attuazione sia scaduto il 24 dicembre 2010). Il Governo ha presentato, il 12 aprile 2011, un disegno di legge (*Drucksache* 17/5470 – *Bundesrat-Drucksache* 210/11) al fine di recepire, tra le altre, detta direttiva. Il disegno di legge prevede alcune modifiche sia dell'*AufenthG* che dell'*Asylverfahrensgesetz* (<http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/054/1705470.pdf>). Approvato dal *Bundestag*, il testo è stato esaminato e discusso dal *Bundesrat* il testo il 27 maggio, senza che venissero sollevate obiezioni, di talché la legge dovrebbe essere a breve promulgata ed entrare in vigore. Peraltro, secondo il Governo, la normativa tedesca attuale contempla già la gran parte dei contenuti della direttiva. Le modifiche riguardano pertanto sostanzialmente il nuovo tipo di permesso di soggiorno per lavoratori clandestini che è previsto dalla direttiva, nonché le forme attraverso cui procedere all'allontanamento dal territorio nazionale.

<sup>8</sup> In questa sede, ci si concentrerà sull'esame della disciplina che riguarda la situazione del minore straniero extracomunitario di diritto comune, al più facendo qualche accenno a situazioni particolari, come ad esempio quelle del minore al quale si applichi la disciplina prevista per il diritto di asilo.

<sup>9</sup> Il termine "straniero" identifica tutte le persone che non sono cittadini tedeschi ai sensi dell'art. 116, comma 1, LF: "Salva contraria disposizione di legge, si considera cittadino tedesco ai fini della presente Legge fondamentale chiunque possieda la cittadinanza tedesca o abbia trovato accoglienza, come profugo o espulso di appartenenza etnica al popolo tedesco, o come suo coniuge o discendente, nel territorio del *Reich* tedesco entro i confini vigenti alla data del 31 dicembre 1937".

<sup>10</sup> Una disciplina particolare è prevista, poi, con riferimento ai cittadini turchi e svizzeri (che godono, all'incirca, degli stessi diritti dei cittadini comunitari).

<sup>11</sup> Nella legge sono contemplati, oltre al visto, tre tipi di titoli di soggiorno: il permesso di soggiorno (*Aufenthaltserteilnis*), la cui durata è temporanea e collegata ai motivi del soggiorno (art. 7), il permesso di stabilimento, la cui durata è indeterminata (*Niederlassungserlaubnis*) (art. 9) ed il permesso di soggiorno permanente UE (*Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EG*) (art. 9a), che recepisce quanto stabilito dalla direttiva 2003/109/CE del Consiglio europeo del 25 novembre 2003 e si distingue dalla *Niederlassungserlaubnis* soltanto per i suoi effetti "transnazionali".

Per ottenere il rilascio di qualsiasi tipo di permesso di soggiorno il richiedente deve generalmente dimostrare di essere in regola con il passaporto o con altro documento di ingresso e di possedere adeguati mezzi di sussistenza. Devono essere note le sue generalità e la sua nazionalità; inoltre, la presenza del richiedente non deve rappresentare un pericolo per gli interessi della Repubblica federale e non devono sussistere validi motivi per l'adozione di un provvedimento di espulsione (art. 5). Si noti che, ai sensi dell'art. 4, comma 1, della *AufenthG*, il permesso di soggiorno non è obbligatorio se così stabilito in un regolamento, nella normativa dell'Unione europea o nell'accordo di associazione dell'Unione europea con la Turchia.

Come accennato, l'*AufenthG* include apposite disposizioni sull'ingresso e soggiorno dei minori solo ai fini del ricongiungimento familiare.

La disciplina tedesca si basa, infatti, su una netta distinzione tra i "minori in famiglia" (che godono di una disciplina di favore) ed i "minori non accompagnati", cioè che fanno ingresso nel territorio tedesco senza genitori o altri soggetti titolari di potestà.

Quanto ai primi, la disciplina si differenzia ulteriormente tra i minori che si ricongiungono con i propri genitori (anche se si tratta di figli adottivi), da un lato, ed i minori che si ricongiungono con altri familiari (zii, nonni, parenti cui sono affidati ed alla cui tutela sono sottoposti, etc.), dall'altro.

Quanto invece ai minori non accompagnati, essi, se non sono stati immediatamente allontanati al confine o subito dopo l'ingresso nel territorio, vengono sottoposti a tutela, solitamente da parte dell'Ufficio dei minori (*Jugendamt*). Le loro possibilità di permanere nel territorio tedesco sono tuttavia limitate, a meno che non sia loro riconosciuto lo *status* di rifugiato o la titolarità del diritto di asilo o, quantomeno, il diritto ad una protezione sussidiaria.

### ***1.2.1. Il minore in famiglia***

Il soggiorno per motivi familiari viene disciplinato nella sesta parte del 2° capitolo dell'*AufenthG* (artt. 27-36). Ai sensi dell'art. 27, si concede o si rinnova un permesso di soggiorno (*Aufenthaltsurlaubnis*) ai familiari extracomunitari "per tutelare il matrimonio e la famiglia", in conformità all'art. 6 LF. Lo scopo di tale concessione o di tale rinnovo, e dunque anche del ricongiungimento familiare, è quindi sintetizzabile nella realizzazione e nella tutela della comunione familiare sul territorio tedesco.

Determinante in materia è comunque il titolo di soggiorno rilasciato alla persona con cui ci si ricongiunge, che deve possedere un vero e proprio permesso di soggiorno: non è infatti sufficiente lo *status* di "tollerato" ("*Duldung*", condizione che rinvia l'espulsione o sospende l'allontanamento coatto: v. *infra*) né la semplice autorizzazione al soggiorno provvisorio per i richiedenti asilo (*Aufenthalts gestattetung*).

In genere, per il ricongiungimento familiare di stranieri extracomunitari è necessario che siano soddisfatti alcuni requisiti generali (ad es., l'abitazione non deve essere troppo piccola: art. 2, comma 4, *AufenthG*; deve essere garantito da parte del richiedente il ricongiungimento il sostentamento dei familiari: artt. 5, 27 e 29). Tali requisiti si applicano in relazione a qualunque ricongiungimento familiare, salva diversa disposizione<sup>12</sup>. Eccezioni possono, infatti, essere applicate, ad es., per i rifugiati ufficialmente riconosciuti (gli aventi diritto d'asilo ed i rifugiati secondo la Convenzione di Ginevra del 1951 o i titolari di tutela temporanea ai sensi della direttiva 2001/55 CE del 20 luglio 2001), poiché nel loro caso l'unità familiare non può essere ottenuta se

---

<sup>12</sup> Come, ad esempio, avviene negli artt. 29, comma 2; 30, comma 3; 33; 34, comma 1; 35, per. 2, *AufenthG*.

non attraverso il ricongiungimento (cfr. art. 29 *AufenthG*)<sup>13</sup>.

In linea di principio i familiari che intendono ricongiungersi con la persona che già si trova in Germania godono degli stessi diritti e sono soggetti agli stessi doveri ed alle stesse limitazioni di quest'ultima. In quest'ottica, l'art. 27 *AufenthG* sancisce come regola generale il vincolo della durata massima dei permessi per motivi familiari in relazione a quella del permesso della persona che ha richiesto il ricongiungimento.

Affinché la tutela sia realmente indirizzata alla famiglia, sono contemplate disposizioni tese a privare di effetti matrimoni, adozioni o altri rapporti di parentela *simulati*. Il ricongiungimento familiare è, infatti, negato se il matrimonio è contratto o se un figlio viene adottato al solo fine di facilitare l'ingresso ed il soggiorno in Germania.

Al di là di queste regole generali, la disciplina del ricongiungimento, nel dettaglio, si mostra molto diversificata in relazione alle singole fattispecie. Dei familiari che sono generalmente autorizzati a ricongiungersi fanno parte, oltre al coniuge, i figli (minori) del richiedente e, in determinati casi, anche altri familiari. In relazione alle diverse tipologie di rapporti familiari, ben possono darsi normative differenziate. I beneficiari del ricongiungimento devono quindi soddisfare requisiti diversi a seconda del titolo, della durata di soggiorno e del grado di integrazione del familiare che si trova in Germania, nonché dello stato di famiglia e dell'età del richiedente.

Una disciplina affatto particolare è poi quella che riguarda il ricongiungimento richiesto da un cittadino tedesco (art. 28 *AufenthG*), nonché quella che riguarda i figli nati sul territorio tedesco (art. 33 *AufenthG*), che non saranno tuttavia illustrate in questa sede.

#### *1.2.1.1. I figli minori beneficiari di ricongiungimento*

Tra i beneficiari potenziali di ricongiungimento, di una particolare tutela godono i figli minori, secondo quanto previsto nell'art. 32 *AufenthG*<sup>14</sup>.

Il termine "figlio" non viene definito da tale norma né tantomeno da altre della *AufenthG*. Il termine viene però specificato dalla c.d. *Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz* (provvedimento amministrativo generale relativo all'*AufenthG*) del Ministero federale dell'Interno del 26 ottobre 2009, secondo cui l'art. 32 *AufenthG* si applica ai figli minori (non coniugati), legittimi, naturali o adottivi, ma non anche ai minori affidati o sottoposti a tutela (anche se il tutore è un parente). Questi ultimi possono però, a determinate condizioni, godere di tutela nell'ambito

---

<sup>13</sup> Si osserva, al riguardo, che i figli minori di persone titolari del diritto di asilo o di rifugiati ai sensi della Convenzione di Ginevra godono anche della tutela familiare di cui all'art. 26, comma 4, *AsylVfG* (quindi non possono essere allontanati), oltre che della protezione dall'espulsione (v. art. 56, comma 1, n° 5, *AufenthG*).

<sup>14</sup> La disciplina conosce una eccezione rilevante: secondo la disposizione transitoria di cui all'art. 104, comma 3, *AufenthG*, il ricongiungimento dei figli nati prima del 1° gennaio 2005 con i propri genitori, purché questi abbiano soggiornato regolarmente in Germania antecedentemente alla stessa data, viene disciplinato dalle regole previste dalla legge sugli stranieri (*Ausländergesetz*) del 1990 precedentemente in vigore, secondo il c.d. *Meistbegünstigungsprinzip* (principio del maggior favore), quindi salvo che la *AufenthG* preveda disposizioni più favorevoli in capo ai figli.

dell'art. 36 *AufenthG*, che disciplina il ricongiungimento di c.d. "altri familiari" (v. *infra*). L'esclusione dei minori affidati o sottoposti a tutela dal campo di applicazione dell'art. 32 *AufenthG* (nonostante la loro inclusione nell'ambito protetto dall'art. 6 LF: v. *supra*)<sup>15</sup> non viene ulteriormente argomentata se non con l'osservazione che, nell'ambito dell'art. 36, si potrebbe tener conto anche degli interessi dei genitori naturali.

L'orientamento descritto sembra trovare conferma anche in alcune pronunce dei giudici di merito che hanno considerato l'istituto della *kafala* (come disciplinato dal diritto marocchino) alla stregua di un affidamento (e non come una adozione), e quindi nell'ambito dell'art. 36 *AufenthG*, e non in quello dell'art. 32 *AufenthG*<sup>16</sup>.

La disposizione dell'art. 32 *AufenthG* prevede che i figli minori<sup>17</sup> non sposati, abbiano diritto a beneficiare del ricongiungimento entro il compimento del sedicesimo anno di età<sup>18</sup>, là dove entrambi i genitori (o il genitore che da solo esercita la potestà) siano in possesso di un permesso di soggiorno, di un permesso di stabilimento oppure di un permesso di soggiorno permanente UE<sup>19</sup>.

La medesima disciplina si applica anche quando il minore, che ha già compiuto i sedici anni, si trasferisca nella Repubblica federale di Germania assieme ai propri genitori, o con il genitore che esercita da solo la potestà, ed entrambi i genitori o il genitore singolo siano in possesso di un permesso di soggiorno, di un permesso di stabilimento oppure di un permesso di soggiorno permanente UE.

I figli minori che hanno già compiuto sedici anni, ma si trasferiscono successivamente ai genitori (*scil.*, sempre che questi ultimi siano titolari di un permesso di soggiorno, di un permesso di stabilimento oppure di un permesso di soggiorno permanente UE), hanno invece diritto al ricongiungimento solo se abbiano una adeguata conoscenza della lingua tedesca oppure se risulti evidente la loro capacità di integrazione nella società in Germania.

I figli minori di uno straniero che possiede il permesso di soggiorno di cui all'art. 38a *AufenthG* (*ergo*, dunque che è titolare di un permesso di soggiorno di lunga durata in un altro Stato membro)

---

<sup>15</sup> Si noti tuttavia che, secondo il provvedimento amministrativo provvisorio del Ministero dell'Interno del *Land* Bassa Sassonia del 31 luglio 2008 relativo all'*AufenthG*, il campo di applicazione dell'art. 32 *AufenthG* si estende anche ai figli affidati (essi non vengono quindi – contrariamente a quanto previsto dal provvedimento a livello federale – considerati alla stregua di altri familiari ai sensi dell'art. 36 *AufenthG*, ma come "figli" ai sensi dell'art. 32 *AufenthG*).

A prescindere da questa divergenza è d'uopo constatare che il tema non sembra essere stato oggetto di particolare approfondimento, né in dottrina né in giurisprudenza.

<sup>16</sup> Cfr. BVerwG, 1 C 16.09, del 26 ottobre 2010; BVerwG, 1 C 7.10, del 10 marzo 2011; e, con riferimento alla precedente *AuslG*, VGH Hessen, 12 TH 611/92, dell'8 aprile 1992.

<sup>17</sup> Minore viene considerato – a prescindere da quanto previsto dalla legge del paese di origine – colui che non abbia compiuto i diciotto anni d'età (art. 80, comma 3, per. 1, *AufenthG*).

<sup>18</sup> L'età è calcolata al momento della presentazione della domanda.

<sup>19</sup> Si noti che le disposizioni che disciplinano il ricongiungimento con un familiare di cittadinanza tedesca sono più favorevoli: se i figli di questi sono cittadini di uno Stato terzo, hanno il diritto al ricongiungimento fintanto che non abbiano raggiunto la maggiore età. Il ricongiungimento familiare non può essere negato neppure se il reddito è insufficiente, poiché il familiare che vive in Germania non può e non deve essere costretto a trasferirsi all'estero.

hanno diritto ad un permesso di soggiorno in Germania se la comunione di vita familiare sussisteva già nello Stato membro in cui il genitore è titolare di un permesso a lunga durata.

I figli minori di rifugiati o di titolari del diritto di asilo, ufficialmente riconosciuti come tali, hanno in ogni caso il diritto al ricongiungimento fino al diciottesimo anno di età (v. art. 32, comma 1, n. 1, in combinazione con l'art. 25, commi 1 e 2, o con l'art. 26, comma 3, *AufenthG*)<sup>20</sup>.

Per i figli minori che non soddisfano i requisiti richiesti in relazione alle singole categorie enucleate, l'Ufficio stranieri può concedere, a propria discrezione, un permesso di soggiorno per far fronte a casi limite, cioè per evitare situazioni di particolare disagio (“*Härte*”), vale a dire situazioni che si appalesino particolarmente gravi tenuto conto dell'interesse del minore e della situazione familiare (art. 32, comma 4, *AufenthG*). Un caso limite può tuttavia configurarsi solo ove dal rifiuto del permesso derivino per il minore conseguenze negative che risultino irragionevoli e che siano significativamente diverse da quelle che colpiscano altri minori che non ottengono un permesso ai sensi dell'art. 32 *AufenthG*. Ad esempio, una situazione di particolare bisogno può rinvenirsi quando accada un evento imprevisto, come una malattia, ed il figlio abbia bisogno di cura ed assistenza da parte dei genitori, che vivono in Germania, e tale cura ed assistenza non possa essere assicurata nel paese di origine tramite un parente cui il figlio potrebbe essere eventualmente affidato.

Da sottolineare è, però, che la potestà genitoriale, che include il diritto di educare il figlio e di decidere in merito al suo soggiorno, non implica di per sé un diritto al ricongiungimento in base all'art. 32, comma 4, *AufenthG*. Si deve, infatti, effettuare in ogni caso una ponderazione di tutte le circostanze del caso singolo (ivi inclusi l'età del minore, le probabilità di integrazione dello stesso, la situazione familiare, l'interesse del figlio e dei genitori al ricongiungimento) con gli interessi pubblici e politici della Germania in merito alla regolamentazione e limitazione della immigrazione.

Il permesso di soggiorno del minore *deve* essere rinnovato alla scadenza – anche in deroga ai requisiti di cui all'art. 5, comma 1, n° 1 (reddito sufficiente al sostentamento), e all'art. 29, comma 1, n° 2 (sussistenza di una abitazione adeguata) – se i titolari della potestà genitoriale possiedono (in tale momento) un permesso di soggiorno, un permesso di stabilimento o un permesso di soggiorno permanente UE e se il minore (con)vive con gli stessi in comunità familiare (art. 34, comma 1, *AufenthG*)<sup>21</sup>.

Inoltre, il permesso *può* essere rinnovato se il minore che sia espatriato dopo aver regolarmente

---

<sup>20</sup> I titolari del diritto di asilo ed i rifugiati ai sensi della Convenzione di Ginevra godono di una disciplina di favore (ad es., relativa all'esenzione dalle condizioni reddituali) che non si applica, invece, a chi sia titolare di un permesso di soggiorno “per altri motivi di diritto internazionale o umanitari” (v. art. 29, comma 3, *AufenthG*), il quale il ricongiungimento familiare è soggetto a significative restrizioni (oltre a quelle di cui all'art. 5, 10, comma 1, e 27, 29, comma 1, *AufenthG*).

<sup>21</sup> È controverso in dottrina se il permesso di soggiorno del minore da rinnovare debba essere un permesso concesso per motivi familiari (così K. HAILBRONNER, in *Ausländerrecht*, Kommentar Heidelberg, Aprile 2008, A 1 § 34, n° 1; N° 34.1.1. AVV-*AufenthG*) o se possa anche trattarsi di un altro tipo di permesso (così, ad es., B. HUBER, *Aufenthaltsgesetz*, 1° ed. 2010, § 34, n° 1).



soggiornato in Germania ha il diritto di rientrare nel territorio tedesco ai sensi dell'art. 37 *AufenthG* (art. 34, comma 1, *AufenthG*). Si cerca in tal modo di evitare la discriminazione dei minori che avrebbero avuto la possibilità di rientrare nel paese (a prescindere dal permesso dei genitori) rispetto ai minori che hanno (solo) un permesso di soggiorno.

#### 1.2.1.2. *Gli altri beneficiari del ricongiungimento*

L'art. 36 *AufenthG* disciplina il ricongiungimento sia dei genitori di un minore titolare di un permesso di soggiorno sia dei c.d. "altri familiari" di uno straniero residente in Germania. Neppure il termine "altri familiari" viene definito dalla legge: risulta solo brevemente illustrato nel relativo provvedimento amministrativo del Ministero federale dell'Interno (v. *supra*), secondo il quale per "altri familiari" si intendono in particolare i figli maggiorenni e/o coniugati, i nonni, i nipoti ed anche, come accennato, i minori affidati al richiedente ("*Pflegekinder*") e quelli sottoposti alla sua tutela (*Vormundschaft*).

In linea generale può dirsi che il ricongiungimento di "altri familiari" è condizionato a requisiti molto restrittivi.

Il ricongiungimento presuppone, *in primis*, che la comunità o convivenza familiare da realizzare o tutelare sia protetta dall'art. 6 LF (v. anche l'art. 27 *AufenthG*). Con particolare riferimento ai minori affidati o sottoposti a tutela non è pertanto sufficiente la formale sussistenza del rapporto giuridico, ma è necessario che si sia creato materialmente un legame sociale ed una comunione di cura ed assistenza durante un periodo di tempo che abbia avuto una certa durata. Se il rapporto di affidamento o di tutela si è sviluppato all'estero, si richiede il consenso al ricongiungimento da parte delle autorità del paese di origine. Il ricongiungimento di minori è previsto, ed è quindi tutelabile, solo con parenti maggiorenni cui spetti la cura esclusiva del minore, onde riprodurre, nei limiti del possibile, il loro rapporto intercorrente tra un figlio ed un genitore.

Il ricongiungimento con altri parenti di linea ascendente (ad es., i nonni) è eccezionalmente previsto nei casi in cui il minore sia orfano o se appaia evidente che i genitori non sono in grado di esercitare la potestà genitoriale (ad es., in quanto bisognosi essi stessi di assistenza) o se le competenti autorità tedesche abbiano revocato loro la potestà genitoriale per motivi che non siano stati originati dall'intenzione dei genitori di fare avere al minore la possibilità di ottenere un titolo di soggiorno.

Il ricongiungimento deve risultare necessario per evitare situazioni particolarmente gravi e di estremo disagio per i soggetti coinvolti. Deve, infatti, trattarsi di casi limite "estremi", che possono sussistere quando uno dei due familiari (quello residente in Germania oppure quello residente all'estero) abbia bisogno dell'assistenza dell'altro, in quanto, ad esempio, affetto da malattia oppure perché molto anziano oppure, nel caso di minore, quando questo si trovi altrimenti in uno stato di abbandono. Non rilevano, invece, le condizioni generali di vita nel paese di origine o motivazioni di

natura politica od umanitaria. Il criterio sulla cui base si valuta la necessità di concedere il ricongiungimento è basato sul fatto che un eventuale rifiuto del permesso deve risultare, nel caso concreto, irragionevole ed insostenibile alla luce degli interessi e delle difficoltà dei soggetti coinvolti in ordine al mantenimento della comunione familiare. Di particolare importanza è l'interesse del minore, da valutare anche in considerazione della sua età.

Nella valutazione non si deve tener conto della circostanza che la cura ed assistenza alla persona bisognosa possa essere prestata da un terzo estraneo, in quanto la famiglia come comunione di assistenza è proprio caratterizzata dall'aiuto personale e diretto da parte dei familiari<sup>22</sup>. Se, tuttavia, il minore ha parenti all'estero che possono prendersi cura di lui, generalmente si tende a negare la sussistenza di un c.d. caso limite.

Al riguardo si segnala – pur se adottata nel vigore della disciplina anteriore a quella attuale – una pronuncia del tribunale amministrativo del *Land* Hessen (12 TH 611/92, sentenza dell'8 aprile 1992), secondo cui non spetta ad un minore diciassettenne che ha convissuto all'estero con la propria madre fino all'età di quattordici anni il diritto di ricongiungersi con lo zio in Germania sotto la cui tutela è stato posto con il consenso della madre (la quale sosteneva di non poter più sostenere il figlio a causa di proprie difficoltà economiche).

Un'altra pronuncia interessante ai presenti fini è quella del tribunale amministrativo di Francoforte (sentenza del 24 novembre 1993 - 5 E 11833/93), che ha evidenziato come, in assenza di qualsiasi contatto con i genitori naturali, gli stretti legami familiari intercorsi tra un minore ed i genitori affidatari od anche con il parente nominato tutore, con i quali il minore abbia convissuto per diversi anni, possono rappresentare un impedimento all'allontanamento e dunque un valido fondamento per la concessione di un titolo di soggiorno. Sebbene la legge all'epoca vigente non prevedesse un tale impedimento, esso veniva dedotto direttamente dall'art. 6, commi 1 e 2, LF, e dall'art. 8 CEDU, che tutelano la famiglia. Tale conclusione si riteneva ulteriormente rafforzata dalla Convenzione di New York del 1989 e dalla Convenzione del L'Aja del 1961 a tutela del minore cui è tenuta la Germania.

Il permesso di cui all'art. 36, comma, *AufenthG*, può essere rinnovato finché i requisiti posti dalla norma siano soddisfatti (la sussistenza della comunione familiare e la configurabilità di un c.d. caso limite). Con particolare riferimento ai minori, la cessazione di tali requisiti non implica però necessariamente il diniego del rinnovo. Di fronte ad una convivenza familiare pluriennale in Germania, si ritiene che il diniego del rinnovo possa ledere in maniera significativa l'interesse del fanciullo, ponendosi altresì in contrasto con il disposto dell'art. 6 LF, tanto da condurre all'emersione di un c.d. caso limite. Inoltre, in relazione ai minori, il rinnovo prescinde dai presupposti di cui all'art. 5, comma 1, n° 1 (autosufficienza economica della famiglia), ed all'art. 29, comma 1, n° 2, (abitazione adeguata), *AufenthG* (cfr. l'art. 36, comma 2, per. 2, in

---

<sup>22</sup> Cfr. BVerfG, 2 BvR 1119/96, del 1° agosto 1996; BVerfG, 2 BvR 260/97, del 20 marzo 1997.

combinazione con l'art. 34, comma 1, *AufenthG*).

### **1.2.2. Il minore non accompagnato**

Per l'ingresso ed il soggiorno del minore che non gode della tutela prevista nella sesta parte del 2° capitolo dell'*AufenthG*, e quindi del minore non accompagnato, non esiste una apposita disciplina: ad esempio, non esiste, nell'ordinamento tedesco, un "permesso di soggiorno per minore età". Ne discende che i presupposti normativi per l'ingresso ed il soggiorno regolare del minore non accompagnato sono, in linea di principio, gli stessi che sono previsti per i maggiorenni. Le differenze riscontrabili tra maggiorenni e minorenni riguardano essenzialmente le procedure di accoglienza e la prassi dell'allontanamento.

#### *1.2.2.1. L'ingresso e l'accoglienza*

Come per ogni altro straniero, l'ingresso regolare nel territorio tedesco presuppone il possesso di un valido passaporto o documento d'identità sostitutivo e di un titolo di soggiorno o quantomeno di un visto (art. 3 *AufenthG*). Quest'ultimo deve essere richiesto presso la rappresentanza consolare tedesca nel paese di origine. Spesso i minori non accompagnati non hanno però la possibilità di procurarsi un visto (alla luce del malfunzionamento dell'amministrazione nel loro paese durante una situazione di crisi o guerra o semplicemente a causa della loro età): l'ingresso nel territorio tedesco avviene pertanto, nella maggior parte dei casi, in maniera irregolare.

Un minore non accompagnato che tenta di entrare nel territorio tedesco e non è in grado di esibire il visto può essere respinto dalla polizia di frontiera federale<sup>23</sup>, senza che debba neppure esserne informato l'Ufficio dei minori territorialmente competente (*Jugendamt*).

Anche la c.d. "*Flughafenregelung*" (il regolamento aeroportuale) trova, in linea di principio, applicazione per i minori. Secondo tale regolamento, le persone appartenenti a Stati extracomunitari che vogliano entrare nel territorio tedesco attraverso un aeroporto internazionale e che chiedano asilo vengono accompagnati nell'area del transito aeroportuale, dove sono sottoposte ad una procedura abbreviata di asilo. Se non viene presentata la richiesta d'asilo, si procede, quando possibile, all'allontanamento.

Ai minori infraquattordicenni richiedenti di asilo si cerca di evitare il trattenimento nell'area di transito, e viene dunque solitamente consentito l'ingresso nel paese.

Nel caso in cui si fermi un minore non accompagnato che sia entrato illegalmente nel territorio tedesco (e che quindi non può più essere respinto alla frontiera), la polizia federale esamina, nell'ambito delle proprie competenze, la possibilità di un allontanamento coatto (*Zurückschiebung*) entro i sei mesi dall'ingresso. Se l'allontanamento può essere effettuato nel giro di poche ore, si

---

<sup>23</sup> Si parla di respingimento coattivo (*Zurückweisung*), da parte delle autorità competenti, dello straniero che cerca di entrare illegalmente alla frontiera (art. 15, comma 1, *AufenthG*); v. anche *infra*.

procede senza neppure informare l'Ufficio dei minori.

Se si ritiene che la detenzione propedeutica all'allontanamento (*Zurückschiebungs* e *Abschiebungshaft*)<sup>24</sup> sia necessaria al fine di assicurare l'allontanamento, la polizia federale ne fa richiesta al giudice competente, facendo presente la minore età dello straniero. In tal caso, è il giudice che informa l'Ufficio dei minori competente.

Se, infine, l'allontanamento coattivo (*Zurückschiebung*) risulta impossibile ovvero non opportuno, il minore viene consegnato all'Ufficio dei minori o all'Ufficio stranieri competente (che deve informare il primo). A volte, i minori vengono direttamente condotti dalla polizia federale presso centri di accoglienza specializzati nella tutela e cura dei minori o presso i centri della c.d. procedura "clearing" (v. *infra*). In tal caso devono essere informati sia l'Ufficio stranieri che l'Ufficio dei minori<sup>25</sup>.

In sostanza, i minori non accompagnati che non vengano immediatamente respinti ed allontanati e che non abbiano persone in Germania cui spetti la potestà genitoriale vengono consegnati all'Ufficio dei minori competente. Quest'ultimo deve prendere tali minori in custodia (*Obhut*) (l'art. 42 SGB VIII) e provvedere al collocamento provvisorio degli stessi presso persone ritenute idonee ad assicurare una loro cura oppure presso appositi centri di accoglienza o residenze specializzate che ospitano i minori. Inoltre, l'Ufficio dei minori deve provvedere immediatamente alla nomina di un tutore ossia un rappresentante legale (spesso un collaboratore dell'Ufficio stesso), rivolgendosi al riguardo al tribunale di famiglia competente. Senza un tutore, il minore che non ha ancora compiuto i 16 anni non può chiedere né l'asilo né un permesso di soggiorno per così dire "ordinario", mentre il sedicenne viene considerato dalla legge, ad entrambi gli scopi, capace di agire in proprio nome. Da ciò parte della dottrina ha tratto argomento per negare che i minori ultrasedicenni debbano necessariamente essere alloggiati in appositi centri per minori, potendo invece essere collocati nei centri di accoglienza per i richiedenti asilo maggiorenni (in tal senso, del resto, era orientata, specie in passato, la prassi di alcuni *Länder*).

In seguito al collocamento provvisorio, si procede con la c.d. procedura *clearing*, diretta a chiarire i motivi per cui il minore si trovi sotto custodia ed a stabilire le misure necessarie da intraprendere nel suo interesse. In particolare, spetta al tutore decidere, in base ad un colloquio con il giovane, se presentare una richiesta di asilo. Nell'ambito della procedura *clearing* si verifica anche se il minore abbia parenti in Germania ovvero in un altro Stato europeo e se si possa

---

<sup>24</sup> Si distinguono due tipi di detenzione: la detenzione preparatoria (*Vorbereitungshaft*), che non può durare più di sei settimane e che si applica nei casi in cui non sia possibile assumere una decisione immediata riguardo all'espulsione forzata o all'allontanamento e, al contempo, l'esecuzione dell'allontanamento possa risultare compromessa in mancanza di misure restrittive della libertà personale; la detenzione cautelare (*Sicherungshaft*), la cui durata può estendersi sino a diciotto mesi e che si applica in caso di ingresso illegale, o qualora lo straniero abbia lasciato scadere il termine per l'espatrio volontario e si sia reso irreperibile, ovvero si sia sottratto o vi sia il fondato sospetto che egli intenda sottrarsi al provvedimento di allontanamento.

<sup>25</sup> Nel 2008, i minori infrasedicenni fermati alla frontiera (terrestre o aeroportuale) sono stati 174. Di questi, 125 sono stati consegnati all'Ufficio dei minori, 8 sono stati respinti alla frontiera e 12 sono stati allontanati coattivamente.

richiedere un ricongiungimento familiare. Se il minore ha parenti in Germania, le autorità devono consentire al minore di contattarli e verificare se gli stessi sono in grado di garantirne la cura ed assistenza. Parenti o affini fino al terzo grado (nonni, zii o fratelli) non necessitano del permesso dell'Ufficio dei minori per accogliere e prendersi cura del minore non accompagnato. All'esito della procedura *clearing*, i minori vengono in ogni caso alloggiati presso una persona idonea (se possibile, presso eventuali parenti scelti dal tutore; i minori che hanno meno di quattordici anni vengono comunque affidati ad una famiglia), o in una residenza specializzata che accoglie e si occupa dei minori o in una struttura simile.

#### *1.2.2.2. L'ottenimento di un titolo di soggiorno*

Con riferimento alla possibilità di permanere nel territorio tedesco, si deve distinguere tra i minori non accompagnati che richiedono l'asilo e quelli che non lo richiedono.

##### *(i) I permessi per i richiedenti asilo e per i titolari del diritto*

Il minore, alla stessa stregua di un adulto, che richiede asilo può soggiornare legittimamente in Germania; gli viene infatti concesso un permesso temporaneo di permanenza, il c.d. *Aufenthaltsgestattung*, in base all'art. 55 AsylVfG. Una volta riconosciuto come avente diritto all'asilo ai sensi dell'art. 16a LF<sup>26</sup>, gli viene concesso un permesso di soggiorno per tre anni (art. 25, comma 1, *AufenthG*). Analoghe considerazioni valgono per il riconoscimento dello *status* di rifugiato (art. 25, comma 2, *AufenthG*).

Dopo tre anni, il permesso di soggiorno deve essere tramutato in un permesso di stabilimento (a tempo indeterminato), purché l'Autorità federale per gli immigrati ed i rifugiati (BAMF) confermi che non sussistono i presupposti per revocare il riconoscimento.

##### *(ii) Gli altri permessi*

Mentre in passato la richiesta di asilo era l'unica modalità per poter soggiornare, sia pur temporaneamente, nel territorio tedesco, adesso esistono anche altri casi nei quali si dà la possibilità di rimanere (quantomeno provvisoriamente) in Germania.

*(ii.1)* In particolare, si possono far valere i c.d. impedimenti all'espulsione, disciplinati dall'art. 60 *AufenthG*. Pertanto, se il riconoscimento del diritto di asilo o dello *status* di rifugiato non è possibile, può tuttavia accertarsi un divieto di allontanamento (ossia di espulsione coattiva), ad esempio se sussiste in capo allo straniero il pericolo di un grave danno o di altre gravi minacce per la sua libertà, la sua integrità fisica e la sua vita nel paese verso cui verrebbe allontanato. L'impedimento all'espulsione viene descritto come una "tutela sussidiaria" ed i suoi presupposti sono disciplinati nell'art. 60, commi 2, 3, 5, 7, per. 1 e 2, *AufenthG* (v. anche l'art. 15 della direttiva 2004/83/CE del 29 aprile 2004).

---

<sup>26</sup> Art. 16a, comma 1, LF: I perseguitati politici godono del diritto di asilo.

Da notare è che ogni richiesta di asilo implica la richiesta di esaminare la tutela, in subordine, la possibilità di ottenere questo tipo di tutela, che è aperta a qualunque straniero, e quindi anche ai minori<sup>27</sup>. Di particolare rilevanza per i minori è proprio l'impedimento all'allontanamento che deriva dall'art. 60, comma 7, *AufenthG*; infatti, si ritiene sussistere un pericolo per la vita e l'integrità fisica se il minore non ha parenti nel paese di origine che possono prendersi cura di lui o se si teme – in mancanza di centri adatti che possono accogliere e tutelare il minore (ad es., orfanotrofi) – che lo stesso possa patire la fame o comunque vivere al di sotto del livello minimo esistenziale.

Il divieto di allontanamento coattivo conduce alla concessione di un permesso di soggiorno della durata minima di un anno (art. 25, comma 3, *AufenthG*)<sup>28</sup>.

(ii.2) Nel caso in cui la richiesta di asilo venga respinta e l'obbligo di allontanamento sia esecutivo, l'autorità competente può concedere un permesso di soggiorno temporaneo in presenza di impedimenti giuridici (diversi da quelli di cui all'art. 25, comma 3, *AufenthG*: trattasi, ad esempio, di impedimenti che derivano direttamente dalla Legge fondamentale, come dagli artt. 1 e 2 – grave malattia, gravidanza, etc. –, o dall'art. 6 – motivi familiari –, o di impedimenti derivanti da fonti internazionali, come dall'art. 8 CEDU, su cui v. anche *supra*, par. 1.2.1.2.) o di impedimenti materiali all'allontanamento (ad es., incapacità a viaggiare per mancanza del passaporto, mancanza di vettore idoneo, etc.) la cui cessazione non risulti imminente e nemmeno prevedibile nel prossimo futuro e la cui causa non sia imputabile allo straniero (art. 25, comma 5, *AufenthG*). Se la sospensione dell'esecuzione del provvedimento di allontanamento si protrae per diciotto mesi, l'autorità deve concedere il permesso di soggiorno<sup>29</sup>.

Da notare è che uno straniero che possiede da sette anni un permesso di soggiorno temporaneo ai sensi comma 3 o del comma 5 dell'art. 25 può, a determinate condizioni, anche ottenere un permesso di stabilimento. Nei sette anni viene eccezionalmente incluso anche il periodo di soggiorno corrispondente allo svolgimento della procedura di asilo (art. 26, comma 4, *AufenthG*). Quanto agli stranieri che sono entrati nel paese prima di aver compiuto i diciotto anni, l'art. 26, comma 4, per. 4, *AufenthG* richiama il successivo art. 35, su cui v. *infra*.

(ii.3) Ai termini dell'art. 25, comma 4, *AufenthG*, sussiste la possibilità di concedere allo straniero il cui obbligo di allontanamento non sia esecutivo, un permesso di soggiorno per motivi umanitari o personali imprescindibili (ad esempio, un intervento medico, la cura di un familiare malato, ma anche la conclusione di studi scolastici o di cicli di formazione) ovvero per rilevanti

---

<sup>27</sup> Dalle rilevazioni statistiche si evince che di solito i minori vengono riconosciuti solo occasionalmente titolari del diritto di asilo; assai più frequente è la concessione dello *status* di rifugiato oppure della "tutela sussidiaria".

<sup>28</sup> Si distingue tra divieti di allontanamento in base alla normativa europea, che implicano l'obbligo di concessione del permesso, e divieti in base alla normativa nazionale, che danno luogo ad una decisione discrezionale sulla scorta della quale "di regola" si concede il permesso.

<sup>29</sup> Se lo straniero ha soggiornato meno di 18 mesi in Germania, il permesso viene concesso per una durata massima di 6 mesi.

interessi pubblici che richiedano la sua presenza temporanea nel territorio tedesco. Inoltre, il soggiorno (regolare) può essere prorogato se l'allontanamento significhi per lo straniero, alla luce delle circostanze particolari del caso singolo, una situazione di “disagio straordinario” ovvero una situazione particolarmente grave. La sussistenza di una siffatta situazione è riscontrabile, tuttavia, solo se dal rifiuto del permesso derivino per lo straniero conseguenze negative ed irragionevoli che si distinguano in maniera fondamentale dalle conseguenze che deriverebbero ad altri stranieri da un analogo rifiuto (ad esempio, alla luce del grado di integrazione in Germania).

(ii.4) La legge concede, inoltre, ai *Länder* la possibilità di istituire una “*Härtefallkommission*” (“commissione per i casi gravi”: art. 23a *AufenthG*), che può rivolgere all'autorità di rango supremo competente per il *Land* determinate richieste o proposte relative a casi singoli di particolare rilevanza umanitaria. Tale autorità ha il potere di concedere il permesso di soggiorno anche se le condizioni generali per il permesso non sono integrate. Questa norma relativa ai casi gravi presuppone che lo straniero risieda in Germania, abbia l'obbligo di lasciare il paese quando ciò divenga possibile, e non abbia commesso reati.

(ii.5) Secondo quanto previsto dall'art. 24 *AufenthG*, uno straniero può ottenere un permesso di soggiorno o il suo rinnovo nel quadro di una protezione temporanea disposta ai sensi della direttiva 2001/55/CE, per la durata stabilita dagli artt. 4 e 6 della direttiva.

L'art. 24, comma 4a, *AufenthG* riguarda poi un nuovo permesso di soggiorno a tutela delle vittime del traffico di persone, che viene solitamente concesso per 6 mesi.

(ii.6) Qualora non sussistano i presupposti per la concessione di un permesso di soggiorno e l'obbligo di allontanamento sia esecutivo, l'espulsione coattiva (ovvero l'esecuzione dell'allontanamento) dello straniero può essere sospesa o rinviata, a discrezione dalle autorità di rango supremo dei *Länder*, per motivi umanitari, di diritto internazionale pubblico o per interessi politici della Repubblica federale tedesca (art. 60a *AufenthG*); se, però, l'espulsione non è eseguibile per impedimenti giuridici o materiali, alla discrezionalità si sostituisce l'obbligo di disporre la sospensione.

In questi casi, viene attribuito allo straniero irregolare lo *status* di “tollerato” (si parla di “misura di espulsione rinviata”), che non escluda la sua irregolarità, ma soltanto la sanzionabilità della stessa (cfr. l'art. 95, comma 1, n° 2, ultimo periodo). L'obbligo di allontanamento, infatti, rimane valido. Trattasi di una condizione precaria, ovviamente peggiore rispetto a quella di chi è titolare di un permesso di soggiorno (anche in relazione alle fattispecie sopra evocate), tanto che, in alcuni *Länder*, si rifiuta, ad esempio, l'accesso degli stranieri tollerati a cicli di studio o di formazione.

La sospensione dell'espulsione non può superare i sei mesi, salve eventuali proroghe<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> Per dar luogo ad una sospensione superiore ai sei mesi, è necessario che il Ministero federale dell'Interno, che deve tener conto della omogeneità delle prassi a livello federale (*Bundeseinheitlichkeit*) e deve quindi evitare forti divergenze tra la prassi dei *Länder*, presti il proprio consenso (art. 23, comma 1, *AufenthG*).

Un impedimento giuridico che legittima la sospensione dell'esecuzione si riscontra, ad esempio, in presenza di un pericolo (temporaneo) per l'integrità dello straniero o di un pregiudizio irragionevole e sproporzionato per la famiglia quando genitori e figli minori vengano separati o, ancora, se uno straniero cresciuto in Germania non abbia alcun legame con il paese di appartenenza (in tali casi, vengono principalmente in rilievo le protezioni offerte dall'art. 6 LF e dall'art. 8 CEDU, quest'ultimo letto anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in merito alla proporzionalità della misura di espulsione).

Un impedimento materiale discende, invece, ad esempio dall'incapacità di viaggiare in caso di malattia o in mancanza di documenti.

Allo straniero *può*, inoltre, essere concesso lo *status* di tollerato a discrezione dell'autorità nel caso in cui esigenze personali imprescindibili impongano la sua permanenza nel territorio tedesco (ad es., se lo straniero deve concludere l'ultimo anno scolastico o di formazione, oppure deve sottoporsi ad un intervento medico, oppure ancora deve prendersi temporaneamente cura di un parente gravemente malato).

In alcuni comuni, l'Ufficio stranieri attribuisce al minore non accompagnato, durante la procedura di *clearing*, lo *status* di "tollerato" ai fini di stabilire se sussistano gli estremi per richiedere asilo o la tutela sussidiaria (*Abschiebeschutz*). Poiché una espulsione coattiva può avvenire solo a condizione che la cura del minore venga garantita nel paese di origine, a numerosi minori non accompagnati viene riconosciuto lo *status* di tollerato fino alla maggior età.

Lo *status* di "tollerato", sia pure per un breve periodo, deve essere riconosciuto nei casi in cui, in ragione di accordi bilaterali o in applicazione della direttiva 2003/110/CE del Consiglio del 25 novembre 2003, la Germania sia tenuta a "riammettere" lo straniero il cui allontanamento non sia andato a buon fine (art. 60a, comma 2a, *AufenthG*).

(ii.7) L'art. 26 *AufenthG* disciplina la durata dei permessi concessi in base agli artt. 23-25 *AufenthG* che non deve, in ogni caso, superare i tre anni.

### **1.3. L'allontanamento del minore straniero**

La *AufenthG* prevede, agli artt. 15 e 50-62, una disciplina dettagliata in materia di allontanamento e di espulsione coattiva degli stranieri. Tali provvedimenti, adottati in via amministrativa, riguardano ovviamente gli stranieri irregolari, ma anche quelli regolari in presenza di determinate condizioni<sup>31</sup>. La disciplina non distingue tra minorenni e maggiorenni, per cui ai

---

<sup>31</sup> L'ordine di espulsione (*Ausweisung*) riguarda gli stranieri "regolari", la cui condotta possa mettere in pericolo la sicurezza pubblica e l'ordine pubblico o altri interessi rilevanti della Repubblica federale. A seguito dell'ordine di espulsione, tali stranieri, originariamente regolari, devono considerarsi "irregolari" e devono quindi lasciare il territorio tedesco. I motivi che giustificano un ordine di espulsione possono essere di varia natura (artt. 53-56 *AufenthG*). In particolare, a seconda della gravità di condanne penali in capo allo straniero, l'ordine può essere obbligatorio o discrezionale. Determinate categorie di stranieri (ad esempio, gli stranieri con un permesso di soggiorno a tempo indeterminato che soggiornano almeno da cinque anni nel territorio tedesco) godono, ai sensi dell'art. 56 *AufenthG*, di una tutela particolare e non possono essere espulsi se la loro permanenza non rappresenti un grave ed imminente



primi si applica, in linea di principio, e salve le cautele che si sono viste in precedenza, la normativa generale.

L'obbligo di allontanamento è previsto per chi non è in possesso di un permesso di soggiorno e per chi sia titolare di un permesso di soggiorno scaduto o venuto comunque meno (art. 50 *AufenthG*)<sup>32</sup>. Nella prassi, le autorità competenti emettono un provvedimento che informa circa l'obbligo di allontanamento e che prevede un termine entro il quale lo stesso deve essere adempiuto<sup>33</sup>.

Nel caso in cui lo straniero non ottemperi volontariamente all'obbligo di allontanamento, esiste una gamma piuttosto variegata di strumenti mediante i quali uno straniero può essere allontanato.

(i) Il primo è il c.d. respingimento coattivo (*Zurückweisung*), da parte delle autorità competenti, dello straniero che cerca di entrare illegalmente alla frontiera (art. 15, comma 1 *AufenthG*).

(ii) Il secondo è l'allontanamento coattivo (*Zurückschiebung*) dello straniero che sia già entrato illegalmente. Tale soggetto deve essere allontanato, senza preavviso, entro sei mesi dall'ingresso nel territorio tedesco (art. 57, comma 1, primo periodo, *AufenthG*), salvo il ricorrere di circostanze eccezionali che, secondo una valutazione discrezionale, giustificano la permanenza<sup>34</sup>. L'obbligo di allontanarsi deve poter essere messo in atto (eseguibile) e non devono sussistere divieti o impedimenti all'allontanamento (v. *supra*, par. 1.2.2.2.). Relativamente ai richiedenti asilo, che di regola non possono essere allontanati, sono previste disposizioni particolari.

(iii) Il terzo è la c.d. espulsione forzata (*Abschiebung*), ai sensi degli artt. 58 ss. *AufenthG*. Lo straniero senza titolo di soggiorno deve lasciare il territorio tedesco immediatamente o entro il termine imposto dall'autorità competente. Se l'obbligo di lasciare il territorio è esecutivo<sup>35</sup> e se sussiste il concreto pericolo di non ottemperanza a tale obbligo, oppure se una sorveglianza circa

---

pericolo per l'ordine o la sicurezza pubblica. Inoltre, il *Bundesverfassungsgericht* ha imposto (v. la sentenza del 10 agosto 2007, 2 BvR 535/06, e la sentenza del 10 maggio 2007, 2 BvR 304/07), con riferimento a tutte le tipologie di espulsione, ivi inclusa quella dell'ordine di espulsione obbligatorio, un approfondito esame di proporzionalità (c.d. *Verhältnismässigkeitsprüfung*), che tenga conto delle condizioni personali del singolo individuo e delle circostanze in cui versa (ad esempio, la durata del soggiorno, l'integrazione dello straniero, i suoi legami familiari e personali, la sua lontananza culturale rispetto al paese di origine, etc.). Lo scrutinio necessario si estende, in particolare, alla violazione della vita familiare e personale dello straniero, garantita dall'art. 8, comma 1, CEDU.

<sup>32</sup> Il *permesso di soggiorno* può venir meno per legge (nel caso in cui non viene rinnovato ed in alcuni casi in cui lo straniero ha lasciato il paese) ovvero a seguito di un provvedimento amministrativo, come l'ordine di espulsione (*Ausweisung*), la revoca o il ritiro del permesso o la comunicazione di un ordine di allontanamento ("*Abschiebungsanordnung*") ai sensi dell'art. 58a *AufenthG*.

<sup>33</sup> Si noti che un tal modo di procedere è previsto come obbligatorio nel disegno di legge per l'attuazione della direttiva 2008/115/CE.

<sup>34</sup> Il disegno di legge per l'attuazione della direttiva 2008/115/CE prevede alcune restrizioni alla possibilità di procedere a questo tipo di allontanamento.

<sup>35</sup> Nel caso dell'ingresso illegale o nel caso in cui lo straniero non abbia richiesto il rilascio o il rinnovo del permesso oppure in presenza di una decisione di rimpatrio da parte di un altro Stato membro ai sensi dell'art. 3 della direttiva 2001/01/CE del Consiglio europeo, l'obbligo di espatrio è immediatamente esecutivo. Negli altri casi, tale obbligo diventa esecutivo solo allorquando il permesso sia stato rifiutato o se un altro provvedimento amministrativo (la revoca, il ritiro del permesso o l'ordine di espulsione) non sia più impugnabile e sia quindi immediatamente esecutivo.

l'esecuzione dell'allontanamento appare necessaria per motivi di sicurezza e di ordine pubblico (ad es., perché è presumibile che lo straniero commetta reati), si procede all'espulsione forzata. Lo straniero viene scortato dalla polizia alla frontiera e consegnato al posto di controllo di frontiera, che procede poi all'esecuzione dell'allontanamento, salvo nei casi in cui sussistano divieti o impedimenti all'espulsione forzata (cfr. *supra*)<sup>36</sup>.

(iv) Il quarto, ed ultimo, strumento per allontanare uno straniero dal territorio è l'ordine di allontanamento ("*Abschiebungsanordnung*"), previsto dall'art. 58a *AufenthG*. Si tratta di una competenza affidata ai *Länder* per la sicurezza e la difesa da particolari pericoli per la Federazione, nonché in caso di minaccia terroristica<sup>37</sup>.

(v) Per garantire l'esecuzione dell'allontanamento o dell'espulsione coattiva può infine essere disposta la già menzionata detenzione propedeutica all'allontanamento (*Zurückschiebungs- e Abschiebungshaft*) (art. 62 *AufenthG*). La detenzione ai fini dell'allontanamento pone alcuni problemi di costituzionalità, in quanto non è configurata alla stregua di una pena, ma viene attuata nella stessa maniera di una detenzione penale. Il *Bundesverfassungsgericht* ha pertanto imposto la massima accelerazione del procedimento e, in virtù del principio di proporzionalità, la rinuncia alla detenzione se l'allontanamento non sia comunque attuabile<sup>38</sup>.

L'ordine di espulsione (*Ausweisung*), l'allontanamento coattivo (*Zurückschiebung*) e l'espulsione coattiva (*Abschiebung*) comportano, ai termini dell'art. 11, comma 1, *AufenthG*, il divieto di reingresso e soggiorno nel territorio tedesco<sup>39</sup>.

La disciplina che si è sin qui passata sommariamente in rassegna si estende, come accennato, in linea di principio anche ai minori e non contrasta, ad avviso del legislatore tedesco, con gli atti di diritto internazionale a tutela dei minori. Nella prassi, gli allontanamenti coattivi vengono tuttavia effettuati solamente qualora si evinca, in base ad uno specifico esame, che l'assistenza e la cura del minore, soggetto all'obbligo di allontanamento, venga garantita nel paese di destinazione. I criteri da applicare per l'esame delle condizioni che devono essere garantite nel paese di origine variano a

---

<sup>36</sup> In generale, l'espulsione forzata è preceduta da un preavviso scritto (art. 59 *AufenthG*). Secondo il disegno di legge per l'attuazione della direttiva 2008/115/CE, tale avviso diventa obbligatorio salvo in casi eccezionali (ad. es. se sussiste il pericolo di fuga).

L'autorità amministrativa fissa discrezionalmente il termine per l'allontanamento, che non dovrà però superare i sei mesi (art. 50, comma 2, *AufenthG*). Il disegno di legge per l'attuazione della direttiva 2008/115/CE prevede che il termine possa essere prorogato nel caso singolo alla luce di circostanze particolari (in particolare, esigenze e legami familiari e sociali).

<sup>37</sup> Con questo ordine di allontanamento, l'ufficio supremo di ogni *Land* può "ordinare" l'espulsione coattiva di uno straniero con effetto immediato, quindi senza che vi sia un precedente ordine di espulsione, e senza preavviso.

<sup>38</sup> BVerfGE del 6 luglio 1982, BVerfGE 61, 28, 34; BVerfGE del 12 novembre 1999, in *DVBl.* 2000, p. 69. V. anche BVerfGE del 16 maggio 2007, 2 BvR 2106/05.

<sup>39</sup> Allo straniero espulso o allontanato non viene più concesso un permesso di soggiorno neanche in presenza degli altri presupposti di legge. Su richiesta, tale effetto di legge può però essere limitato nel tempo, salvo nei casi in cui lo straniero sia stato allontanato per reati che riguardano la pace, crimini di guerra o contro l'umanità, oppure sulla base di un ordine di allontanamento ("*Abschiebungsanordnung*"), ai sensi dell'art. 58a *AufenthG* (resta comunque fermo il potere dell'autorità del *Land* di concedere ulteriori eccezioni).

seconda dei *Länder*.

Se è vero che una apposita procedura per il rimpatrio di minori non è attualmente prevista in Germania, è altresì vero, comunque, che, in via di fatto, sovente gli Uffici stranieri rimandano l'allontanamento coatto fino al compimento della maggiore età.

Il disegno di legge teso a dare attuazione alla direttiva 2008/115/CE prevede l'inserimento di un nuovo comma nell'art. 58 *AufenthG* (relativo all'allontanamento ovvero all'espulsione coattiva). Tale previsione stabilisce espressamente l'obbligo dell'autorità competente di assicurarsi, prima di eseguire l'espulsione coattiva di un minore non accompagnato, che lo stesso venga consegnato nel paese di destinazione ad un familiare o ad altra persona che sia per lui responsabile o, in mancanza, ad un ente di accoglienza adeguato.

Quanto alla detenzione propedeutica all'allontanamento, la prassi circa il trattamento dei minori ultrasedicenni varia da *Land* a *Land*. Esiste però un accordo di base tra il *Bund* ed i *Länder* secondo cui i minori che non hanno ancora compiuto i sedici anni non devono essere assoggettati a tale detenzione.

L'art. 17 della direttiva 2008/115/CE impone peraltro alcune previsioni in merito alla detenzione. Il disegno di legge di attuazione prevede, al riguardo, che la detenzione propedeutica all'allontanamento debba essere disposta nei confronti di minori, o di famiglie con minori, solo in casi estremi ed eccezionali e solo a condizione che ciò risulti ragionevole, in considerazione dell'interesse del minore (nuovo comma 1 dell'art. 62 *AufenthG*)<sup>40</sup>. Quanto all'esecuzione della detenzione, il disegno di legge stabilisce inoltre che le esigenze tipiche legate all'età dei minori debbano essere rispettate, alla stregua di quanto previsto dalla stessa direttiva 2008/115/CE (art. 17).

Nelle more dell'entrata in vigore della legge di attuazione, si ritiene che la direttiva espliciti un effetto diretto per quanto riguarda le garanzie minime inerenti alla detenzione ed alla tutela del minore.

## **2. Lo straniero al compimento della maggiore età**

In ordine alle conseguenze derivanti dal compimento della maggiore età, si deve distinguere nuovamente tra il minore in famiglia ed il minore non accompagnato.

### **2.1. Il minore in famiglia**

#### **2.1.1. La conversione del titolo di soggiorno**

Al compimento della maggiore età, il permesso del minore in famiglia diventa autonomo e non è

---

<sup>40</sup> V. anche BGH del 17 giugno 2010 (BGH - V ZB 9/19 und 127/10 -).

più dipendente dal permesso dei genitori e dall'esistenza della comunione e dal legame familiare per cui era stato concesso. Gli artt. 27-33 *AufenthG* non trovano, quindi, più applicazione.

Il permesso si converte automaticamente ai sensi dell'art. 34 *AufenthG*, senza che sia necessaria un'apposita richiesta. Al momento del compimento della maggiore età, lo straniero deve però ancora essere in possesso di un permesso valido. Tale permesso rimane valido anche dopo la sua conversione, fino alla sua scadenza.

Il permesso di soggiorno convertito può essere rinnovato a discrezione dell'autorità competente se non sussistono ancora i presupposti per una concessione di un permesso di stabilimento di cui all'art. 35 *AufenthG* o per un rinnovo ai sensi dell'art. 34, comma 1, *AufenthG* in combinazione con l'art. 37 (permesso che dà diritto al rientro nel territorio tedesco). L'art. 34, comma 2, *AufenthG* non implica di per sé un diritto al rinnovo. Infatti, se non sussistono i presupposti per la concessione di un permesso di stabilimento o per un rinnovo del titolo previo esercizio del diritto a rientrare in Germania, trovano applicazione le disposizioni generali sul rinnovo dei permessi (in particolare l'art. 8, comma 1, *AufenthG* che rinvia alle disposizioni per il primo rilascio del permesso, contenute nell'art. 5 *AufenthG*).

La conversione in un permesso autonomo alla stregua dell'art. 34 *AufenthG* è anche prevista per il permesso di un minore, ad esempio un minore affidato o sottoposto alla tutela di un congiunto. L'art. 36, comma 2, *AufenthG* stabilisce, infatti, che l'art. 34 trova, con riferimento a tali minori, applicazione in via analogica.

### **2.1.2. Il permesso di stabilimento autonomo**

Con riferimento a tutti i minori che hanno compiuto sedici anni ed anche agli stranieri maggiorenni cui è stato concesso e rinnovato un permesso di soggiorno ai fini del ricongiungimento familiare “in base alla sesta parte del 2° capitolo” dell'*AufenthG* (quindi anche ai minori affidati o sottoposti a tutela di un familiare), l'art. 35 *AufenthG* prevede – in deroga all'art. 9, comma 2 *AufenthG* (che stabilisce i requisiti generalmente necessari per la concessione del permesso di stabilimento) – una disposizione che agevola l'ottenimento di un permesso di stabilimento.

Al minore sedicenne spetta il permesso di stabilimento nel caso in cui sia da cinque anni in possesso di un permesso di soggiorno per ricongiungimento familiare (in corso di validità al compimento dei sedici anni).

Lo straniero maggiorenne, per ottenere tale permesso illimitato, deve invece (a prescindere dall'età del suo ingresso in Germania), non soltanto essere da cinque anni in possesso del permesso di soggiorno, ma anche disporre di una conoscenza sufficiente della lingua tedesca e di sufficienti mezzi per garantire la propria sussistenza o, in alternativa, partecipare ad un corso di formazione o di studio che conduca ad un titolo o diploma scolastico o professionale formale e riconosciuto<sup>41</sup>. Per

---

<sup>41</sup> Il disegno di legge per l'attuazione della direttiva 2008/115/CE estende tale disposizione anche alla laurea presso un'università.

le persone malate o portatrici di *handicap*, il permesso viene tuttavia concesso anche in assenza di tali requisiti (art. 35, comma 4, *AufenthG*).

Ai fini del calcolo del periodo quinquennale del soggiorno, rilevano (v. anche l'art. 9, comma 4, *AufenthG*): (i) la durata del visto (se in seguito ad esso è stato concesso un permesso di soggiorno), (ii) la durata della certificazione provvisoria (*Fiktionsbescheinigung*) di cui all'art. 81, comma 4, *AufenthG*, in base al quale il permesso scaduto si considera, nelle more di una decisione sul rinnovo o sulla richiesta di un altro tipo di permesso, valido fino alla decisione dell'Ufficio stranieri, (iii) nel caso dell'art. 35, comma 2 (frequenza di scuole al di fuori del territorio tedesco), i tempi di un precedente possesso di un permesso di soggiorno, (iv) il periodo intercorso tra il rifiuto di un permesso di soggiorno e la sua concessione o il suo rinnovo a seguito di un rimedio giudiziario (art. 84, comma 2, per.3 *AufenthG*), (v) il periodo in cui lo straniero, prima del 1° gennaio 2005, è stato esonerato, a causa della sua età, dal requisito del permesso secondo quanto previsto dalla legge sugli stranieri precedentemente in vigore (sempre che il soggiorno mirasse al ricongiungimento familiare), (vi) in limitati casi, la durata di un permesso temporaneo di permanenza concesso durante la procedura di asilo. Si noti che interruzioni del soggiorno (ma non della validità del permesso) fino ad un anno non implicano necessariamente la decadenza del diritto al permesso.

Il diritto al permesso non sussiste in presenza di motivi che giustificano l'espulsione derivanti dal comportamento dello straniero stesso (in particolare, in presenza di condanne penali); in tal caso, l'autorità competente può tuttavia concedere o rinnovare il permesso a propria discrezione, considerando anche il grado di integrazione dello straniero, la sussistenza di un motivo concreto di espulsione e di un concreto pericolo derivante dalla permanenza.

## **2.2. Il minore non accompagnato**

Con riferimento al minore non accompagnato, non esiste una particolare disciplina relativa alla conversione di un permesso esistente al compimento della maggiore età. Si applicano quindi le regole generali sul rinnovo del permesso, ciò che dà luogo ad una sostanziale equiparazione, sul punto, tra minori non accompagnati e minori in famiglia (cui non spetta – ancora – il permesso di stabilimento o il permesso che dà diritto al rientro in Germania).

Si segnala, tuttavia, che per gli stranieri che sono entrati già da minori nel territorio ed hanno soggiornato per motivi umanitari per un lungo periodo in Germania è prevista una agevolazione (che non è però, appunto, strettamente legata al compimento della maggiore età, ma piuttosto al possesso di un permesso in corso di validità). Infatti, gli stranieri con un permesso di soggiorno per motivi umanitari, che sono entrati (solitamente non accompagnati) nel territorio tedesco *prima* del compimento della maggiore età, possono ottenere, *a discrezione*<sup>42</sup> dell'autorità competente, un permesso di soggiorno autonomo, analogamente a quanto previsto nell'art. 35 *AufenthG* (e cioè il

---

<sup>42</sup> Non sussiste un diritto al permesso ma solo il diritto ad una decisione in merito al permesso che sia corretta, nel senso di priva di errori e di eccesso di potere.

permesso di stabilimento che viene concesso ai minori o adulti che hanno in precedenza ottenuto un permesso di soggiorno ai fini del ricongiungimento familiare) (art. 26, comma 4, per. 4). Il privilegio sussiste nel fatto che devono – in deroga all’art. 9, comma 2, per. 1, n° 2-9, *AufenthG* – solo dimostrare di aver soggiornato per motivi umanitari per cinque anni consecutivi in Germania. Lo straniero deve, a seconda dell’età, avere i requisiti di cui all’art. 35, comma 1, per. 1 o 2, *AufenthG*, senza che debba però sussistere ai fini del permesso in corso di validità lo scopo del ricongiungimento familiare e senza dover dimostrare la capacità di disporre di una abitazione, etc.

Rilevano, ai fini del calcolo del soggiorno quinquennale, la durata della titolarità: (i) dei permessi di soggiorno di cui agli artt. 22-25, 104a e 104b *AufenthG* nonché della certificazione provvisoria (*Fiktionsbescheinigung*) di cui all’art. 81, comma 4 *AufenthG* (v. *supra*); (ii) di un (altro) permesso di soggiorno se, durante il relativo periodo, sussistevano anche i presupposti per il rinnovo di un permesso di soggiorno per motivi straordinari (*Aufenthaltsbefugnis*) o di una sospensione temporanea dell’espulsione (*Duldung*) ai sensi della legge sugli stranieri previgente (anteriore, quindi, al 1° gennaio 2005), oppure di un permesso di soggiorno ai sensi del capitolo 2, parte 5, *AufenthG* (dopo il 1° gennaio 2005); (iii) del permesso di soggiorno per motivi straordinari (*Aufenthaltsbefugnis*) o di una sospensione temporanea dell’espulsione (*Duldung*) (prima del 1° gennaio 2005) ai sensi della legge sugli stranieri previgente, e/o di tale sospensione (*Duldung*) oltre il 1° gennaio 2005, se a quest’ultima è succeduto, senza interruzione, un permesso per motivi umanitari; (iv) del permesso temporaneo di permanenza concesso durante la procedura di asilo che ha preceduto il permesso di soggiorno (ma non di altri permessi temporanei relativi a precedenti procedure d’asilo).

Non si computano, invece, i periodi in cui lo straniero è stato tollerato ai sensi dell’art. 60a *AufenthG*<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> Al riguardo, merita però menzione un’altra disposizione, di natura transitoria, che prevede solo un permesso di soggiorno temporaneo a tutela degli stranieri integrati che sono entrati ed hanno soggiornato già da minori per lunghi anni nel territorio tedesco (art. 23, comma 1, per. 1, in combinazione con l’art. 104a, comma 2, per. 2 *AufenthG*). In particolare, gli stranieri che al 1° luglio 2007 avevano, in qualità di minori non accompagnati, soggiornato da almeno sei anni ininterrottamente in Germania con lo *status* di tollerato, con permesso di soggiorno temporaneo in quanto richiedenti d’asilo o con permesso di soggiorno per motivi umanitari, e che sembravano, in base alla loro formazione ed alle loro condizioni di vita, capaci di inserirsi ed adeguarsi alle condizioni di vita nella Repubblica federale di Germania, potevano ottenere un permesso di soggiorno temporaneo con una validità fino al 31 dicembre 2009. Lo stesso valeva per i figli adulti “tollerati” di uno straniero che il 1° luglio 2007 aveva soggiornato come “tollerato” o come titolare di permesso provvisorio o per motivi umanitari per un lungo periodo (a seconda del caso, sei o otto anni) in Germania, e i quali erano minorenni al momento dell’ingresso in Germania ed evidentemente capaci di integrarsi nella vita in Germania.

Il permesso poteva essere rinnovato (discrezionalmente) in casi estremi di particolare disagio (ad esempio, durante gli studi e la formazione se riconosciuti dallo Stato tedesco) o, altrimenti, se il futuro sostentamento autonomo del soggetto appariva garantito (eccezioni potevano essere previste nel caso in cui lo straniero si trovasse ancora nella fase di formazione, se riconosciuta).

Inoltre, i figli integrati che al 1° luglio 2007 avevano compiuto i 14 anni, potevano ottenere, a determinate condizioni, un titolo di soggiorno indipendente da quello dei genitori, se questi ultimi dovevano lasciare il paese, a condizione che la loro cura fosse garantita (art. 104 b *AufenthG*).

## 1. Cenni sulla condizione del minore straniero

### 1.1. La tutela del minore nell'ordinamento costituzionale

In assenza di una costituzione scritta, la disciplina fondamentale a tutela del minore è da ricercarsi in diversi atti normativi, che si segnalano, tra l'altro, per le frequenti modifiche di cui sono oggetto.

A livello nazionale, assume particolare rilevanza il *Children Act 1989*, adottato per riformare e chiarire il preesistente *corpus* normativo sui minori<sup>1</sup>. Tale *Act* ha introdotto il c.d. *paramountcy principle*, cioè il principio secondo il quale il benessere del minore deve essere il criterio fondamentale nella decisione di qualsiasi aspetto della vita del minore; in quest'ottica, ad esempio, va esperito ogni tentativo per mantenere i legami tra il minore e la famiglia naturale. L'*Act* ha anche stabilito il principio della responsabilità genitoriale, la quale è definita alla *section 3* come “[l’insieme de] i diritti, i doveri, i poteri e le responsabilità di cui dispone per legge il genitore di un figlio, con riguardo al figlio ed alle proprietà da questi possedute”. L'*Act* esplicita anche i doveri delle autorità pubbliche locali e delle corti ai fini della tutela del benessere dei minori, ad es. il dovere di fornire “servizi per i minori bisognosi, per le loro famiglie e per altri individui” (*section 17*).

Il *Children Act 2004* non ha apportato modifiche profonde dell'*Act* omonimo del 1989. Piuttosto, ha permesso il rafforzamento delle strutture e dei provvedimenti da adottarsi a tutela del benessere del minore; ad esempio, si è creata la figura del *Children's Commissioner for England*, il quale ha il compito di salvaguardare i diritti ed il benessere dei minori.

Nel 1991, il Regno Unito ha ratificato la Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia. Il Governo britannico ha dichiarato di ritenersi “vincolato” dalla Convenzione ed ha rinviato ad essa nell'approntare le linee-guida destinate agli operatori sociali e giuridici; la Convenzione, tuttavia, non è stata ancora incorporata nell'ordinamento nazionale. In questo differisce, dunque, dalla Convenzione europea sui diritti umani (anch'essa, ovviamente, rilevante ai presenti fini), che invece è stata nazionalizzata per mezzo dello *Human Rights Act 1998*. La CEDU non fa espresso riferimento ai minori, ma è comunque applicabile ai fini della loro protezione: tra i diritti maggiormente rilevanti, si può annoverare quello al rispetto della vita privata e familiare.

---

<sup>1</sup> Nel Regno Unito, la maggiore età può essere compiuta in momenti diversi, a seconda dei diversi fini di ciascuna normativa. In generale, ed agli scopi della presente ricerca, il minore è un individuo di età inferiore ai diciotto anni.

L'*Adoption and Children Act 2002* ha apportato alcune modifiche al sistema di adozione, affidamento e sottoposizione a tutela dei minori, contenuto precedentemente nel *Children Act 1989*; la legge del 2002 ha anche incorporato le disposizioni della precedente legge sulle adozioni internazionali. La legge è stata ulteriormente modificata dalla *Part 2 del Children and Adoption Act 2006*.

Il *Borders, Citizenship and Immigration Act 2009*, poi, ha introdotto l'obbligo per gli agenti della *UK Border Agency* (di seguito, UKBA) di salvaguardare e promuovere, anche in un settore particolarmente delicato come quello dei flussi migratori, il benessere dei minori.

La Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori del 1996 non è stata ad oggi firmata o ratificata dal Regno Unito, anche se riferimenti ad essa vengono operati da alcune autorità coinvolte nella tutela dei minori<sup>2</sup>.

## **1.2. I rapporti familiari dei minori**

Nel Regno Unito si prevede uno spettro piuttosto ampio di istituti che fungano da alternativa alla famiglia naturale, classificabili in base al grado di responsabilità detenuto dagli adulti cui i minori sono "affidati". I principali sono l'adozione, la *special guardianship* e l'affidamento (*fostering*).

### **1.2.1. L'adozione**

La procedura di adozione è oggi disciplinata dall'*Adoption and Children Act 2002* ed è fondata sulla indefettibilità della considerazione primaria per il benessere del minore. L'adozione può essere il risultato del consenso prestato dai genitori naturali del minore, ma – in difetto di tale consenso – può anche aver luogo attraverso un procedimento giudiziario, in seguito al quale un'autorità locale ottiene un c.d. *placement order* dalla corte, che permette all'autorità stessa di collocare il minore presso genitori adottivi.

Oltre alle coppie sposate, possono divenire genitori adottivi anche i *singles* e le coppie non sposate; attualmente le coppie omosessuali non sono invece legittimate all'adozione.

L'*Adoption and Children Act 2002* disciplina anche l'adozione internazionale. Al riguardo, l'*Act* ha posto le basi normative per la ratifica, da parte del Regno Unito, della Convenzione de L'Aja sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale.

### **1.2.2. La special guardianship**

Lo stesso *Adoption and Children Act 2002* prevede anche la possibilità di istituire una c.d. *special guardianship*, destinata ai minori per i quali l'adozione non è opportuna, ma che non

---

<sup>2</sup> Si segnalano, in special modo, le *policies* adottate dalla *Children and Family Court Advisory and Support Service* (CAFCASS), un ente pubblico attivo nell'ambito del Ministero dell'istruzione britannico, che opera per lo sviluppo e l'implementazione delle politiche a favore dei minori.



possono tornare nelle proprie famiglie d'origine e che trarrebbero beneficio dalla stabilità fornita da una collocazione familiare alternativa<sup>3</sup>.

La *special guardianship* rappresenta una soluzione intermedia tra l'adozione (in conseguenza della quale il minore perde i legami con la famiglia di origine e la responsabilità genitoriale è *in toto* trasferita ai genitori adottivi) e l'affidamento (nel quale i genitori affidatari non dispongono della responsabilità genitoriale).

L'ordinanza che stabilisce una *special guardianship* conferisce, allo *special guardian*, la responsabilità genitoriale per il minore fino al compimento della maggiore età. Più precisamente, lo *special guardian* ha la responsabilità per tutte le decisioni di ordinaria e di straordinaria amministrazione relative al minore; il minore, però, mantiene il legame con la propria famiglia di origine, in quanto i genitori mantengono una responsabilità genitoriale sebbene in forma assai ridotta: lo *special guardian* dovrà consultare i genitori naturali solamente nel caso di decisioni di particolare importanza (ad esempio, qualora intenda trasferirsi all'estero).

A differenza dell'adozione, è possibile modificare e addirittura revocare l'ordinanza che dà luogo alla *special guardianship*.

### **1.2.3. L'affidamento (fostering)**

L'affidamento può essere di due tipi: il primo è quello gestito dalle autorità statali a livello locale, mentre nel secondo, denominato "privato", l'affidamento può essere istituito indipendentemente da esse, ad esempio su iniziativa dei genitori. In entrambi i casi, la famiglia o l'individuo affidatari non assume la responsabilità genitoriale nei confronti del minore. L'affidamento può essere concesso anche alle coppie omosessuali.

Nell'affidamento gestito dalle autorità pubbliche, i potenziali genitori affidatari devono seguire un lungo *iter*, gestito per l'appunto dalle autorità a livello locale, volto ad accertare la loro idoneità. Dopo aver ottenuto l'approvazione, i genitori affidatari *in pectore* dovranno iscriversi ad un'apposita agenzia (*recte*, ad un'articolazione locale della stessa), che organizza i soggiorni dei minori. L'affidamento si distingue a seconda della durata del soggiorno presso la famiglia affidataria e dello scopo dello stesso. Ad esempio, l'affidamento può essere a breve o a lungo termine; in quest'ultimo caso, l'affidamento dura fino al compimento del diciottesimo anno di età. Un altro tipo di affidamento può essere il c.d. *kinship care*, consistente nel trasferimento del minore presso il domicilio di un parente (ad esempio, i nonni, gli zii o i fratelli)<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Esempi di situazioni in cui potrebbe essere preferibile adottare una soluzione di *special guardianship* potrebbero essere quelli in cui sono coinvolti ragazzi adolescenti, che, a causa della loro età, non desiderino essere adottati; ciò può essere vero anche per i minori che vengano accuditi da parenti, estranei però al nucleo familiare. La *special guardianship* si rivela utile anche nei casi di minori non accompagnati i quali non desiderino sciogliere i propri legami con la famiglia all'estero.

<sup>4</sup> Altri tipi di affidamento sono l'affidamento di emergenza, che risponde ad un bisogno di pernottamento urgente, su "rinvio", ovvero reso necessario a seguito di un ordine giudiziario, o terapeutico, per i minori con necessità o problemi comportamentali particolari.

L'affidamento privato è disciplinato dalla *Part IX del Children Act 1989*. Si ritiene in affidamento privato (*private fostering*) un minore di età inferiore ai sedici anni che riceve le cure (ed una sistemazione) da un adulto che non sia un genitore, né il titolare della responsabilità genitoriale, né un parente prossimo (l'affidamento privato non può coinvolgere nonni, fratelli, o zii del minore; può invece essere concesso a prozii oppure a cugini). Per potersi considerare un rapporto di *private fostering*, il minore deve essere stato preso in cura per un periodo di tempo superiore ai 28 giorni e deve aver intenzione di proseguire il rapporto di cura e tutela. Le autorità locali devono essere destinatarie della notifica del rapporto almeno sei settimane prima dell'instaurazione dello stesso (in caso di mancata notifica è prevista addirittura la condanna penale). Le autorità hanno il dovere di assicurare che il benessere del minore in affidamento sia salvaguardato e promosso; allo scopo, possono stabilire un calendario di visite presso l'abitazione in cui si svolge l'affidamento. Se le autorità hanno motivo di ritenere che il benessere del minore non sia adeguatamente salvaguardato e promosso, possono anche porre fine al rapporto di affidamento ed assicurarsi che le cure e la sistemazione del minore vengano affidate ad un genitore, ad un individuo che detiene la responsabilità genitoriale o ad un parente prossimo. In alternativa, possono suggerire sistemazioni presso soggetti pubblici.

Alle autorità locali si deve notificare anche l'eventuale interruzione del rapporto di affidamento privato.

#### **1.2.4. I residence orders**

L'ordinamento britannico prevede anche la possibilità di ottenere *residence orders*, ordinanze che determinano il luogo di residenza del minore. Si conferisce, in tal modo, la responsabilità genitoriale all'individuo che accoglie il minore, ma tale responsabilità è condivisa con i genitori naturali. A differenza delle *special guardianships*, un individuo che abbia ottenuto un *residence order* deve accordarsi con i genitori naturali del minore sulla maggior parte delle questioni relative alla crescita del minore. Le *residence orders* cessano di avere effetto quando il minore compie i sedici anni.

### **1.3. Il soggiorno del minore straniero**

I cittadini britannici<sup>5</sup> non debbono sottoporsi ad alcun controllo di frontiera o ad altra procedura per potersi stabilire nel Regno Unito, poiché essi godono automaticamente del diritto al domicilio (*abode*). Risultano ovviamente agevolati anche i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea.

---

<sup>5</sup> Il diritto britannico sulla cittadinanza è assai complesso. In breve, con riguardo ai soli individui nati dopo il 1983, sono cittadini coloro che sono nati nel territorio del Regno Unito da almeno un genitore cittadino britannico o stabilitosi nel Regno Unito. Se l'individuo è nato fuori dal Regno Unito, per acquisire la cittadinanza britannica almeno uno dei genitori deve essere di cittadinanza britannica, oppure almeno uno dei suoi genitori deve essere stato registrato o naturalizzato come britannico. Tale tipo di cittadinanza si definisce "per discendenza" e non vale a trasmettere a sua volta la cittadinanza ad un figlio nato al di fuori del Regno Unito. Le modalità di acquisizione della cittadinanza britannica da parte di cittadini degli Stati membri del *Commonwealth* sono oggi scarsamente rilevanti, poiché

I minori che non rientrano nelle categorie sopra menzionate possono vedersi assegnare uno *status* tra i molti previsti dal diritto dell'immigrazione. Salvo quanto previsto per il ricongiungimento familiare, non esistono, tuttavia, normative organiche specifiche per i minori in quanto tali, nemmeno nel caso dei minori non accompagnati. Pur con qualche eccezione, anche i minori rientrano, dunque, nella sfera soggettiva di applicazione del diritto generale dell'immigrazione, basato principalmente sulle *Immigration Rules*, anch'esse costantemente soggette ad emendamenti ed aggiornamenti.

Alcuni operatori del settore dell'immigrazione minorile nel Regno Unito hanno osservato che il diritto dell'immigrazione si è sviluppato principalmente intorno alla figura del migrante adulto, mentre il diritto a tutela dei minori si fonda soprattutto sui giovani già presenti nel paese e circondati dalla propria comunità "naturale"<sup>6</sup>. Si può forse ascrivere ad un tale percorso evolutivo e di *policy*, nonché all'assenza di reali sforzi volti ad integrare pienamente i due rami di diritto, il motivo per cui il diritto in materia di immigrazione minorile può risultare asistemático e frammentario: ad esempio, le *Immigration Rules* non operano alcun accenno alla disciplina relativa ai minori affidati o sottoposti a tutela.

Per quanto riguarda le categorie di minore previste espressamente dal diritto dell'immigrazione, è peraltro fondamentale la distinzione basata sulla presenza o meno di "accompagnatori" del minore. Il minore che desideri far ingresso nel Regno Unito al fine di soggiornarvi ed è accompagnato, o è stato preceduto, da uno o da entrambi i genitori, sarà ritenuto minore in famiglia e dunque potenziale oggetto di un ricongiungimento familiare; in tale categoria rientrano anche i minori adottati<sup>7</sup>, ed i figli naturali o adottati di coppie (o individui) omosessuali. Le *Rules* recano previsioni particolari per il caso delle c.d. adozioni *de facto*; la disciplina a tal riguardo ricalca (pur con qualche differenza) quella prevista per le adozioni in generale.

La disciplina relativa al ricongiungimento con parenti sarà applicabile anche nel contesto degli affidamenti privati e delle *special guardianships*, poiché l'adulto responsabile è un parente. Tuttavia, se il minore ha fatto ingresso nel Regno Unito insieme con almeno uno dei genitori naturali ed è successivamente stato affidato, il proprio titolo di soggiorno è legato a quello ottenuto dal genitore naturale, cosicché, se il genitore lasciasse il figlio nel Regno Unito, il figlio dovrebbe presentare una richiesta di soggiorno indipendente<sup>8</sup>.

Altra categoria rilevante è quella dei minori separati, o non accompagnati, cioè soggetti separati dai propri genitori o dagli individui che, per legge o per consuetudine, ne abbiano principalmente

---

l'acquisizione postula la nascita prima del 31 dicembre 1982 oppure, alla stessa data, la situazione di coniugio con un cittadino britannico.

<sup>6</sup> Child first, migrant second: Ensuring that every child matters. ILPA Policy Paper, del 2006, a cura di H. CRAWLEY.

<sup>7</sup> Paragrafi 309A-316F delle *Immigration Rules*.

<sup>8</sup> La scelta precisa del tipo di soggiorno richiesto – se ad es., ricongiungimento al parente affidatario oppure un permesso discrezionale, ecc. – dipende, ovviamente, dalla fattispecie situazione contingente.

cura. Nella maggior parte dei casi, questi minori giungono nel Regno Unito già da non accompagnati; alcuni, tuttavia, diventano non accompagnati in seguito, ad esempio a causa della interruzione di un rapporto di *private fostering*.

Come accennato, non è previsto alcun titolo di soggiorno particolare per i minori, e dunque neppure per i minori non accompagnati; tuttavia, essi vengono solitamente incoraggiati<sup>9</sup> a fare richiesta di asilo.

Da precisare è che, se ai fini del diritto dell'immigrazione, minore è un individuo di età inferiore ai diciotto anni, la soglia anagrafica viene eventualmente calcolata al momento della presentazione di richieste di titoli di soggiorno.

### ***1.3.1. Il minore in famiglia***

I minori che desiderano ricongiungersi ad uno o ad entrambi i genitori, o ad un parente, già presenti nel Regno Unito, oppure i minori che facciano ingresso al seguito di uno di questi soggetti dovranno integrare le condizioni stabilite nella *Part 8* delle *Rules*, relativa ai familiari. Poiché il titolo di ingresso e soggiorno concesso al minore dipende da quello in possesso dell'adulto, una richiesta di ricongiungimento familiare viene formulata solitamente se il genitore o il parente di riferimento abbia ottenuto un permesso di soggiorno a tempo indeterminato (*a*); nei casi in cui l'individuo di riferimento abbia un permesso di soggiorno a tempo determinato (*b*), il minore può fare domanda di accoglimento nel Regno Unito in base alle *Rules* previste per i familiari di coloro che sono in possesso di un permesso limitato nel tempo, ma anche, in alternativa, in base ad un'altra *Rule* (ad es., quella che stabilisce le modalità di accoglimento degli studenti), per evitare così che la durata del loro soggiorno dipenda da quella del genitore.

Ai fini del ricongiungimento familiare, "genitore" è il genitore naturale del minore; nel caso di decesso di uno di questi, anche il patrigno o la matrigna del minore può essere ritenuto un genitore, così come il patrigno o matrigna divenuto tale in seguito ad una *civil partnership* (l'unione omosessuale). Inoltre, possono essere considerati genitori anche i genitori di un minore illegittimo, compreso il padre (purché sussistano prove del rapporto di paternità).

(*a*) Solitamente, un minore richiede il permesso di ricongiungersi ad uno o ad entrambi i genitori stabilitisi nel Regno Unito, e dunque titolari di un permesso di soggiorno a tempo indeterminato. Il ricongiungimento con un parente non-genitore rappresenta un caso eccezionale. I requisiti per il ricongiungimento sono stabiliti nel paragrafo 297 della *Part 8* delle *Rules*.

È necessario identificare dapprima i genitori o i parenti stabilitisi nel Regno Unito ai quali il minore desidera ricongiungersi, e, successivamente, verificare l'adeguatezza delle misure poste in essere per la cura ed il mantenimento del minore nel Regno Unito.

---

<sup>9</sup> *The reception and care of unaccompanied minors in eight countries of the European Union*, del dicembre 2010, reperibile al seguente indirizzo Internet: <http://tdh-childprotection.org/documents/the-reception-and-care-of-unaccompanied-minors-in-eight-countries-of-the-european-union>.

Un minore può fare ingresso nel Regno Unito se entrambi i genitori soggiornano nel Regno Unito oppure al seguito di entrambi i genitori. In alternativa, il minore può fare ingresso se uno dei suoi genitori soggiorna nel Regno Unito e l'altro genitore desidera far ingresso nel paese insieme con il minore, oppure ancora se uno dei genitori soggiorna nel Regno Unito o intende farvi ingresso insieme con il minore e l'altro genitore è deceduto.

I casi in cui entrambi i genitori sono vivi ma uno di essi non prende parte al ricongiungimento (ad esempio perché difetta la condizione di convivenza oppure per separazione o divorzio) pongono questioni particolari. In questi casi, il minore può far ingresso nel Regno Unito solo se il genitore soggiornante nel Regno Unito o che richiede di farvi ingresso è l'unico ad avere la responsabilità genitoriale<sup>10</sup>. È in tali situazioni di "incompletezza" del nucleo familiare che si prevede l'unica possibilità di ricongiungimento del minore ad un parente, piuttosto che ad un genitore: può essere infatti accolto un minore che abbia un genitore o un parente soggiornante nel Regno Unito o che chiede di farvi ingresso, allorché sussistano motivi, familiari o di altra natura, seri ed inoppugnabili (*serious and compelling reasons*)<sup>11</sup>, che renderebbero indesiderabile l'esclusione del minore ed allorché siano state adottate, in seno alla famiglia, misure adeguate per la cura del minore.

Con riferimento alle condizioni poste per il ricongiungimento a parenti, è da ricordare che esse sono applicabili al caso degli affidamenti privati ed alle *special guardianships*, in assenza di normative specifiche che regolino tali tipologie di famiglie alternative.

---

<sup>10</sup> Nella sentenza della *Court of Appeal*, pronunciata nel 2000, *Nmaju v Entry Clearance Officer*, si è determinato che la brevità del periodo di tempo nel quale il genitore stabilitosi nel Regno Unito ha detenuto la responsabilità genitoriale (nella specie, due mesi e mezzo) non era rilevante; la questione centrale era, tuttavia, se il genitore stabilitosi nel Regno Unito detenesse attualmente la responsabilità genitoriale esclusiva nei confronti del minore. Se il minore e il genitore stabilitosi nel Regno Unito sono stati separati per un certo periodo di tempo, la presenza dei parenti che si sono presi cura del minore potrebbe non essere irrilevante: se, infatti, tali parenti sono del genitore che non partecipa al ricongiungimento, e non del genitore soggiornante nel Regno Unito, solitamente la richiesta di ricongiungimento viene negata. Responsabilità non significa che tutte le decisioni prese nella vita quotidiana di un minore debbano essere assunte da quel genitore, ma le decisioni devono almeno riguardare le linee educative fondamentali ed il controllo dell'educazione del minore: così *Suzara Ramos v Immigration Appeal Tribunal*, sentenza della *Court of Appeal* del 1989.

<sup>11</sup> Le linee guida della UKBA attualmente in vigore dispongono che l'obiettivo è quello di permettere ad un minore di ricongiungersi ad un genitore o ad un parente nel Regno Unito solamente se il minore non possa essere adeguatamente educato dai genitori o dai parenti nel paese d'origine. In tale contesto, i desideri o gli interessi dei parenti soggiornanti nel Regno Unito non sono rilevanti per la concessione del permesso. Questo approccio è del tutto coerente col principio, sancito a livello internazionale, che un minore debba essere educato innanzitutto dai propri genitori naturali e, ove ciò non sia possibile, dai propri parenti naturali nel suo paese d'origine. Solo se i genitori o i parenti presenti nel paese d'origine non sono in grado di accudire il minore, può essere presa in considerazione la scelta di ricongiungerlo ai suoi parenti in un altro paese. In altre parole, sono rilevanti due fattori principali: se l'individuo nel Regno Unito è un genitore o un parente del minore, e se tale individuo vi si è stabilito o meno. Se l'individuo che già si trova nel Regno Unito non è un genitore ma un parente, allora si dovrà tener conto esclusivamente del benessere del minore e delle circostanze nelle quali egli vive o ha vissuto prima di venire nel Regno Unito. Tali circostanze dovranno avere connotati di eccezionalità affinché l'ingresso venga permesso. Se, invece l'individuo nel Regno Unito è uno dei genitori del minore, si dovrà accertare se il genitore si è stabilito nel Regno Unito, ovvero se egli ha fatto domanda per stabilirsi nel Regno Unito. In mancanza di questa richiesta, si dovranno valutare solamente le circostanze attinenti al minore; altrimenti, si potranno prendere in considerazione tanto le circostanze attinenti al minore quanto quelle attinenti al genitore, di natura sia fisica che psichica.

Condizioni ulteriori riguardano il minore: questi non può condurre una vita indipendente, non può essere sposato né aver costituito un *civil partnership* né può aver altrimenti costituito una unità familiare autonoma. Il genitore o familiare presente nel Regno Unito deve dimostrare di poter ospitare adeguatamente il minore, senza ricorso a finanziamenti pubblici ed in un'abitazione posseduta o occupata dalla propria famiglia in via esclusiva.

(b) La situazione dei minori che desiderino ricongiungersi a genitori o familiari nel Regno Unito che abbiano ottenuto un permesso di soggiorno a tempo determinato (ad es., studenti, alcuni tipi di lavoratori, ecc.) comporta condizioni ben precise relativamente al soggetto al quale ci si desidera riunire. Innanzitutto, i minori non possono ricongiungersi ai propri parenti che soggiornano nel Regno Unito a tempo determinato, ma solamente ai propri genitori. A tal riguardo, uno dei genitori deve soggiornare nel Regno Unito, oppure fare ingresso allo stesso momento del minore; l'altro genitore deve aver ottenuto, oppure deve ottenere al momento dell'ingresso del minore, un permesso di soggiorno a tempo determinato. In alternativa, uno dei genitori del minore deve ottenere o aver ottenuto un permesso di soggiorno limitato nel tempo ed avere avuto la responsabilità genitoriale esclusiva per il minore (l'unica altra situazione in cui il ricongiungimento può avvenire in relazione da un genitore singolo, che abbia conseguito oppure che stia conseguendo un permesso di soggiorno a tempo determinato è data dalla sussistenza di motivi familiari o di altra natura, seri ed inoppugnabili, che renderebbero indesiderabile l'esclusione del minore, e dall'avvenuta predisposizione di misure adeguate per ricevere ed accudire il minore).

Il permesso di soggiorno a tempo determinato concesso al minore può essere valido per un periodo non superiore ai 27 mesi.

### ***1.3.2. La de facto adoption***

Come accennato, il diritto dell'immigrazione britannico prevede un istituto particolare, la c.d. *de facto adoption*. Il paragrafo 309A delle *Immigration Rules* stabilisce, infatti, che, ai fini dell'interpretazione delle norme sull'adozione, si ritiene sussistere un'adozione *de facto* se, immediatamente prima della richiesta del titolo d'ingresso nel Regno Unito, il genitore o i genitori adottivi vivevano all'estero (in caso di domande inviate da due genitori, è necessaria la loro convivenza da almeno diciotto mesi) ed avevano vissuto assieme al minore da almeno dodici mesi. Il ruolo genitoriale, tuttavia, anche se non necessariamente la convivenza con il minore, deve essere stato assunto sin dall'inizio del periodo di diciotto mesi, onde potersi argomentare l'avvenuto trasferimento della responsabilità genitoriale.

Nei casi di adozione *de facto*, il minore può ottenere un permesso di soggiorno a tempo indeterminato solo se uno dei suoi genitori adottivi possiede il diritto di domicilio (*abode*) nel Regno Unito, oppure se fa ingresso al seguito di un genitore adottivo titolare di un permesso a tempo indeterminato.

L'eventuale ingresso fondato sulla sussistenza di un'adozione *de facto* non conferisce alcuno *status* legale al rapporto instauratosi tra minore e genitori "adottivi", che dovrà quindi essere regolarizzato nel Regno Unito seguendo una delle modalità sopra passate in rassegna.

La adozione *de facto* viene utilizzata soprattutto per i minori provenienti dai paesi musulmani, paesi nei quali l'adozione non è legalmente riconosciuta, ma esiste comunque la possibilità di accogliere un minore in famiglia (attraverso la c.d. *kafala*).

### **1.3.3. Il minore non accompagnato**

Per legge, i minori non accompagnati possono godere degli stessi diritti dei minori che sono cittadini britannici, compreso il diritto all'istruzione ed i diritti sanciti dal *Children Act 1989*. La condizione perché ciò avvenga è che al minore non accompagnato sia conferito uno degli *status* previsti dal diritto dell'immigrazione.

#### *1.3.3.1. I minori non accompagnati e l'asilo*

I minori non accompagnati sono solitamente incoraggiati a richiedere l'asilo (*Unaccompanied asylum-seeking children*). Le *Immigration Rules* stabiliscono che, per ottenere l'asilo, il richiedente deve rientrare nella definizione sancita dall'articolo 1A della Convenzione di Ginevra del 1951 relativa allo statuto dei rifugiati<sup>12</sup>. L'individuo deve trovarsi nel Regno Unito o deve essere presente alla frontiera e non devono sussistere motivi ragionevoli per ritenerlo un pericolo per la sicurezza del Regno Unito, né l'individuo deve essere stato dichiarato colpevole di un reato particolarmente grave. Infine, l'asilo è subordinato alla circostanza che il respingimento della richiesta si tradurrebbe nell'obbligo per l'individuo di recarsi in un paese nel quale la sua vita o la sua libertà verrebbe minacciata a causa della sua razza, della sua religione, della sua nazionalità, delle sue opinioni politiche o della sua appartenenza ad un particolare gruppo sociale. Tali previsioni sono applicabili, ovviamente, anche alle richieste presentate dai minori.

I rifugiati ottengono un permesso di soggiorno della durata di cinque anni, soggetto alla revisione allo scadere del quinquennio, ma anche prima, per verificare che non siano intercorsi cambiamenti durevoli nel paese d'origine che renderebbero possibile il rimpatrio.

È la UKBA a decidere se concedere o meno l'asilo. Nella prassi, solo una minoranza dei minori non accompagnati rimane nel Regno Unito in seguito alla concessione dell'asilo. I minori che vedono la loro richiesta d'asilo respinta possono restare privi di qualunque titolo di soggiorno, ma possono anche ottenere un permesso per rimanere nel Regno Unito su determinazione discrezionale

---

<sup>12</sup> È da considerarsi rifugiato "chiunque, per causa di avvenimenti anteriori al 1° gennaio 1951 e nel giustificato timore d'essere perseguitato per la sua razza, la sua religione, la sua cittadinanza, la sua appartenenza a un determinato gruppo sociale o le sue opinioni politiche, si trova fuori dello Stato di cui possiede la cittadinanza e non può o, per tale timore, non vuole domandare la protezione di detto Stato; oppure a chiunque, essendo apolide e trovandosi fuori del suo Stato di domicilio in seguito a tali avvenimenti, non può o, per il timore sopra indicato, non vuole ritornarvi."

dell'ufficiale procedente. In entrambi i casi, permane il diritto a fare appello contro il diniego dell'asilo.

La procedura per ottenere l'asilo è stata modificata nel marzo 2007. Tale procedura presenta tre caratteristiche: la classificazione preventiva del richiedente, lo smaltimento accelerato delle pratiche e l'assegnazione di ciascun caso ad un singolo ufficiale designato.

Una delle categorie enucleate per i richiedenti asilo è quella dei "minori", nella quale vengono annoverati i minori non accompagnati ed anche i minori facenti parte di famiglie che richiedono l'asilo. I minori non accompagnati possono essere soggetti ad un esame finalizzato a verificare la loro età: in attesa dell'esito della verifica, la loro domanda viene comunque valutata alla stregua delle domande presentate da minori.

I minori, come gli adulti, possono formulare una richiesta d'asilo da qualsiasi frontiera del Regno Unito o anche dall'interno del territorio, presso l'unità di accertamento delle richieste d'asilo (sita nelle vicinanze di Londra); i minori non accompagnati possono altresì fare domanda agli uffici locali che gestiscono ed assicurano l'osservanza della disciplina sull'immigrazione. Al momento della richiesta, vengono registrate le impronte digitali del minore e vengono consegnati documenti di identità e soggiorno temporanei (*Application Registration Card* o *Standard Acknowledgment Letter*).

Il minore ultradodicesimo deve recarsi presso un ufficiale designato, che deve evadere la sua domanda entro dieci giorni (per la c.d. *First Reporting Event*). Il minore deve poi compilare un modulo, lo *Statement of Evidence Form (Self Completion)*, con l'assistenza di un rappresentante legale, che viene inviato all'ufficiale designato entro venti giorni lavorativi (se ciò non avviene, senza che sussistano validi motivi per il ritardo, la domanda di asilo può essere respinta). Per i minori di età inferiore ai dodici anni è sufficiente la compilazione di una *Application Registration Card* oppure di uno *Standard Acknowledgment Letter* e lo *Statement of Evidence Form*. Se il minore non dispone di un rappresentante legale, l'ufficiale designato deve nominarne uno.

I minori ultradodicesimi, ritenuti sufficientemente maturi, devono solitamente sottoporsi ad un colloquio relativo ai contenuti della loro richiesta d'asilo, principalmente per capire se nel loro paese di origine sono effettivamente a rischio di persecuzione o maltrattamento. Presentarsi al colloquio è obbligatorio, ed in caso di mancata presentazione la UKBA può rifiutare una richiesta d'asilo per motivi di "non-conformità" alle condizioni da soddisfare per l'accoglimento.

La UKBA assume le prime decisioni sull'asilo entro 35 giorni lavorativi dalla data in cui la richiesta è pervenuta, mentre l'eventuale fase di appello si esaurisce entro i successivi 80 giorni lavorativi. L'esito può essere uno dei seguenti: riconoscimento dello *status* di rifugiato, concessione di un permesso di soggiorno "discrezionale", concessione di una protezione umanitaria o respingimento. In quest'ultimo caso, l'ufficiale può anche disporre la detenzione dell'individuo, se



ritiene che quest'ultimo possa sottrarsi al provvedimento di allontanamento e rimanere nel territorio del Regno Unito illegalmente.

Nel caso di respingimento della richiesta, si ha il diritto di appellarsi contro la decisione<sup>13</sup>. Tale diritto ricomprende, in talune circostanze, il diritto di appellarsi contro una decisione nella quale viene concessa una forma di permesso diverso dall'asilo.

Come noto, se un individuo è giunto nel Regno Unito attraversando un c.d. "paese terzo sicuro" dell'UE, è il paese attraverso il quale l'individuo ha fatto ingresso nell'Unione ad essere responsabile per l'eventuale richiesta d'asilo. Peraltro, i minori possono essere ricondotti in tale paese solamente se vi hanno richiesto asilo. Possono comunque sussistere circostanze eccezionali in cui sia consigliabile che la richiesta di asilo venga valutata nel Regno Unito, ad esempio se si tratta di un minore non accompagnato che ha un parente legalmente soggiornante nel Regno Unito, sempre a condizione che ciò sia nell'interesse del minore.

#### *1.3.3.2. I minori non accompagnati destinatari di protezione speciale*

Il diritto dell'immigrazione britannico prevede la possibilità di godere della c.d. *humanitarian protection*, la tutela umanitaria. In questi casi, il minore non ha soddisfatto i requisiti per ottenere lo *status* di rifugiato, ma il rientro nel paese d'origine è ritenuto comunque troppo pericoloso, ad esempio a causa della possibilità di essere condannato a morte. Il rimpatrio comporterebbe, dunque, una violazione, da parte del Regno Unito, dell'articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dello *Human Rights Act 1998*.

Come nel caso dei rifugiati, il permesso di soggiorno ha durata quinquennale; al suo scadere, il Ministero degli Interni opera una revisione del caso, per eventualmente estendere il periodo di soggiorno, concedere un permesso di soggiorno a tempo indeterminato, oppure procedere al rimpatrio. In ogni caso, l'interessato può richiedere il soggiorno a tempo indeterminato.

Un minore può anche usufruire di un permesso di soggiorno fondato su altri motivi eccezionali, ad esempio di natura compassionevole. Questo potrebbe essere concesso ad un minore che fosse stato nel Regno Unito talmente a lungo da andare incontro a serie difficoltà di adattamento qualora venisse allontanato dal paese; tra l'altro, il Regno Unito potrebbe violare i propri impegni derivanti dalla ratifica della CEDU (in particolare, con riferimento all'obbligo di rispettare il diritto alla vita privata e familiare).

---

<sup>13</sup> Il *Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007* ha istituito un nuovo sistema di tribunali (*id est*, organi para-giurisdizionali), in vigore dal 2010. Le competenze della maggior parte dei tribunali esistenti sono state trasferite a due nuovi tribunali, il *First-Tier Tribunal* ed il *Upper Tribunal*, ciascuno dei quali è diviso in *Chambers* a seconda della materia del contendere. Avverso le decisioni di questi tribunali esiste un diritto di appello alla *Court of Appeal*.

Gli appelli possono essere rivolti entro 10 giorni dalla notifica di una decisione oppure entro 5 giorni, per gli individui detenuti. Se l'appello non può essere rivolto dal Regno Unito esso deve essere depositato entro 28 giorni dal momento in cui si è stati allontanati.

### *1.3.3.3. I minori non accompagnati ed il permesso di soggiorno “discrezionale”*

La maggior parte dei minori non accompagnati riceve un permesso di soggiorno su determinazione discrezionale degli ufficiali per l’immigrazione (c.d. *discretionary leave to remain*). Ciò può avvenire nei casi in cui il minore non può ottenere né lo *status* di rifugiato né la tutela per motivi umanitari, ma, ad esempio, nel paese d’origine non esistono strutture adeguate per accogliere nuovamente il minore. Tale permesso può essere concesso anche per altri motivi impellenti, sempre a discrezione della *UK Border Agency*. Il permesso di soggiorno discrezionale è concesso per un periodo minimo di tre anni, ma può essere concesso fino al compimento dei 17 anni e mezzo. Il minore può richiedere il rinnovo del permesso prima della sua scadenza; nel momento della scadenza, le circostanze del minore dovranno essere rivalutate e, se del caso, un nuovo permesso di soggiorno di tre anni potrà essere concesso dal Ministro degli interni. La mancata richiesta di rinnovo del soggiorno comporta l’illiceità della permanenza del minore sul territorio britannico (che diviene così un *overstayer*); il soggetto sarà quindi allontanato e potrà impugnare la decisione solo dall’estero (in taluni casi, però, può essere impugnato anche il provvedimento di allontanamento).

Se i minori hanno ottenuto un permesso di soggiorno “discrezionale”, possono appellarsi contro il mancato riconoscimento dell’asilo. Dall’aprile 2003, comunque, tali appelli sono possibili solo se siano stati concessi almeno dodici mesi di soggiorno. Ne discende, ad esempio, che, se un individuo giunge nel Regno Unito all’età di diciassette anni ed ottiene un permesso di soggiorno fino al compimento dei diciassette anni e mezzo non avrà il diritto di impugnare la decisione. Se, successivamente, quel permesso viene rinnovato, il soggetto può impugnare il respingimento della richiesta.

### *1.3.4. Il minore cittadino del Commonwealth di discendenza britannica*

Una situazione affatto peculiare è quella del minore che può acquisire un permesso di soggiorno in base alla propria discendenza britannica. In particolare, un giovane di almeno diciassette anni che abbia almeno un nonno nato nel Regno Unito (e nelle sue Isole), e che intende lavorare o cercare lavoro nel Regno Unito ed è in grado di mantenersi senza far ricorso a fondi pubblici, può fare ingresso nel Regno Unito in qualità di lavoratore (*Tier 1 migrant*). Il permesso ha validità quinquennale; al termine di questo periodo, il lavoratore può richiedere di essere ammesso come individuo stabilitosi nel Regno Unito e che pertanto gode automaticamente del diritto di risiedere in maniera continuativa nel Regno Unito.

### *1.3.5. L’allontanamento del minore straniero*

Nel Regno Unito, l’*Immigration Act* 1971 permette alle autorità di procedere all’allontanamento dei migranti presenti illegalmente sul territorio del Regno Unito, compresi i minori. Tuttavia, la *policy* generalmente seguita dalle autorità britanniche è quella di non allontanare i minori se non è possibile accertare l’adeguatezza delle condizioni di vita e sistemazione nei loro paesi d’origine. Le

procedure mediante le quali un minore può essere allontanato dal Regno Unito sono l'espulsione ed il c.d. respingimento amministrativo (*administrative removal*). Nei casi in cui le autorità abbiano motivi sufficienti per ritenere che il minore non si conformerà volontariamente all'obbligo di allontanarsi, esse potranno disporre la sua detenzione provvisoria in strutture apposite, denominate *immigration removal centres*<sup>14</sup>.

Qualsiasi immigrato, anche se minorenne, può volontariamente far richiesta di rimpatrio, purché non sia titolare di un permesso di soggiorno a tempo indeterminato né sia già soggetto ad un provvedimento di rimpatrio obbligatorio<sup>15</sup>.

Il Regno Unito non ha partecipato all'adozione della direttiva 2008/115/CE, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare, e non è pertanto ad essa vincolato<sup>16</sup>.

#### *1.3.5.1. L'espulsione*

Uno straniero può essere espulso dal Regno Unito se il Ministro degli interni ritiene che l'espulsione costituisca un beneficio per l'interesse pubblico, se è un familiare di altro straniero espulso oppure se una corte ha deciso per la sua espulsione. In quest'ultimo caso, lo straniero deve avere almeno diciassette anni e deve essere colpevole di un reato punibile con una pena detentiva.

L'espulsione prevede l'emissione di un'ordinanza che impone all'individuo di lasciare il paese; finché l'ordinanza non viene ritirata, l'individuo non può legalmente far ritorno nel Regno Unito.

L'individuo potrà essere rimpatriato oppure allontanato verso un altro paese disposto ad accoglierlo.

È prevista la possibilità di appello contro le decisioni di espulsione.

Tra i parenti dell'espulso, suscettibili dunque di espulsione "per associazione", si possono annoverare naturalmente anche i figli, legittimi, naturali o adottivi (ivi inclusi quelli per i quali è prevista la adozione *de facto*). Un minore legalmente adottato è ritenuto figlio solamente di colui che l'ha adottato; un figlio illegittimo è considerato figlio della madre.

L'espulsione dei parenti di un espulso non potrà tuttavia aver luogo se sono trascorse otto settimane dall'espulsione "originaria".

L'espulsione è disposta su provvedimento discrezionale del Ministro degli interni, anche se è presumibile che l'interesse pubblico faccia propendere per l'espulsione nella maggior parte dei casi

---

<sup>14</sup> Da notare è che nel giugno 2010 è stata avanzata una proposta per la creazione di un "centro di re-integrazione" in Afghanistan, allo scopo di accogliere i minori afgani allontanati dal Regno Unito ed assisterli al reintegro in seno alla società di origine.

<sup>15</sup> Per i minori separati ed i giovani che desiderano far ritorno volontariamente nel proprio paese di origine, la *International Organisation for Migration* gestisce programmi specifici di assistenza al rimpatrio.

<sup>16</sup> V. la parte finale del Considerando 26 della direttiva.

in cui gli individui immigrati siano stati riconosciuti passibili di espulsione (*liable to be deported*). Nel caso dei minori, il Ministro solitamente non procede all'espulsione se sussistono le seguenti circostanze: il minore non convive con l'espulso; il minore ha trascorso un periodo di tempo rilevante nel Regno Unito ed è prossimo al diciottesimo anno di età; il minore ha lasciato il tetto familiare ed ha intrapreso una vita indipendente, o si è sposato o ha formato una *civil partnership* prima che sussistesse la possibilità di espellere il genitore. Il Ministro dovrà tener conto degli effetti dell'espulsione sulla formazione del minore, ed in particolare delle difficoltà di accudire ed allevare il minore nel caso in cui uno o entrambi i genitori fossero espulsi.

#### 1.3.5.2. *Il respingimento amministrativo*

Può essere allontanato per mezzo di una decisione amministrativa colui che non ha adempiuto alle condizioni poste in relazione al suo permesso di soggiorno; chi è rimasto oltre il tempo concesso nel permesso di soggiorno; chiunque abbia ottenuto o tentato di ottenere un permesso di soggiorno in maniera fraudolenta. L'allontanamento incide anche sui familiari del destinatario. Con l'*administrative removal*, all'individuo non è vietato il tentare nuovamente di entrare nel Regno Unito; tuttavia, per potervi fare nuovamente ingresso, egli dovrà soddisfare i requisiti stabiliti per l'ingresso.

Prima di decidere se allontanare uno straniero, il Ministro degli interni deve valutare molteplici fattori, tra cui anche l'età dell'individuo passibile di allontanamento. Ad esempio, un minore non accompagnato non sarà allontanato se non si accerti la sussistenza di strutture di accoglienza e alloggio adeguate nel proprio paese d'origine<sup>17</sup>.

Un minore, figlio di un individuo passibile di allontanamento amministrativo, che non gode del diritto di domicilio (*abode*) e che non ha soggiornato stabilmente nel Regno Unito, può essere allontanato insieme con il genitore, se questi viene effettivamente allontanato. Tuttavia, a differenza dell'espulsione, non sussiste, nel caso dell'allontanamento amministrativo, una presunzione a favore dell'allontanamento. In sostanza, i fattori da valutare nella decisione di allontanamento del minore sono gli stessi che si applicano al soggetto destinatario del provvedimento principale. Inoltre, la presenza, nel Regno Unito, di un figlio avente un'età inferiore ai diciotto anni è un fattore da prendere specificamente in considerazione, e da bilanciare con le ragioni che spingono all'allontanamento.

Se il Ministro degli interni decide di non procedere all'allontanamento del soggetto, normalmente a quest'ultimo viene conferito un permesso di soggiorno a tempo indeterminato. Il figlio minorenne potrebbe dunque collegare il proprio *status* immigratorio a quello nuovamente

---

<sup>17</sup> Oltre all'età, saranno rilevanti anche la durata del soggiorno nel Regno Unito, i legami personali e sociali instaurati nel Regno Unito, i precedenti personali, la situazione nel paese d'origine, la presenza o meno di precedenti penali ed esigenze connesse alla situazione di disagio.

acquisito dal genitore ed ottenere anch'egli la facoltà di soggiornare nel Regno Unito a tempo indeterminato.

La decisione sull'allontanamento amministrativo non è impugnabile.

## **2. Lo straniero al compimento della maggiore età**

Solitamente, lo *status* di immigrazione conferito prima dei diciotto anni non cambia al compimento della maggiore età; il giovane maggiorenne può ottenere un diritto al domicilio nel Regno Unito a lungo termine (se aveva ottenuto lo *status* di rifugiato oppure una forma di tutela sussidiaria), oppure può ottenere una carta di residenza, che viene rinnovata periodicamente, ma che non è dipendente dalla sua età. La sola eccezione riguarda i giovani che abbiano ottenuto uno *status* particolare riservato ai minori non accompagnati, ovvero il permesso di soggiorno “discrezionale” conferito in via temporanea ai minori che hanno richiesto l'asilo, i quali si vedranno “riesaminare” una volta compiuti i diciassette anni e mezzo di età.

Se, prima di ottenere una decisione sulla richiesta di soggiorno inviata, il minore compie diciotto anni, la sua domanda viene comunque valutata come se fosse ancora un minorene<sup>18</sup>.

### **2.1. Il compimento della maggiore età da parte del minore in famiglia**

Si è visto che il titolo di soggiorno che può ottenere il minore in famiglia dipende da quello ottenuto dal genitore o dal parente con cui si ricongiunge. Così, se il genitore dispone di un permesso di soggiorno a tempo indeterminato, un tale permesso si comunica al minore, senza che il raggiungimento della maggiore età abbia alcuna incidenza. Il figlio che abbia già compiuto i diciotto anni al momento della richiesta d'ingresso non può far ingresso per ricongiungimento, ma deve presentare una richiesta indipendente, ad esempio per un permesso di studio o lavoro nel Regno Unito, a meno che non sussistano gravi ed eccezionali motivi<sup>19</sup>.

Se il genitore o parente possiede un permesso di soggiorno a tempo determinato, è probabile che il minore abbia fondato il proprio ingresso nel Regno Unito su un'altra base prevista dalle *Immigration Rules*, per non dover essere vincolato dalle restrizioni temporali in essere per il genitore. Se, in seguito alla scadenza del periodo di soggiorno concesso, il minore è divenuto maggiorenne, egli deve fare una autonoma domanda di rinnovo.

### **2.2. Il compimento della maggiore età da parte del minore non accompagnato**

---

<sup>18</sup> *Internal Guidance* ad uso degli ufficiali d'immigrazione britannici, SET7.6.

<sup>19</sup> Secondo il paragrafo 317 delle *Immigration Rules*, ciò può verificarsi solamente se il figlio “vive al di fuori del Regno Unito nelle circostanze che muovono a compassione più eccezionali ed è essenzialmente dipendente, in termini economici, dai propri parenti stabilitisi nel Regno Unito”.

Le conseguenze del compimento della maggiore età da parte del minore non accompagnato dipendono dallo *status* di immigrazione eventualmente conferitogli. Nessun problema si pone, ovviamente, per il minore che sia stato già riconosciuto titolare del diritto di asilo o di una protezione sussidiaria (ponendosi, al più, l'esigenza di una rivalutazione della situazione alla scadenza del periodo di validità del titolo di soggiorno). Più delicate sono, invece, altre situazioni.

### ***2.2.1. Il minore non accompagnato richiedente l'asilo***

Un caso particolare si pone per colui che compia i diciotto anni nelle more della decisione definitiva sulla sua titolarità del diritto di asilo.

Se, nella prassi, viene concesso al minore un permesso di soggiorno temporaneo, che ha sovente la propria scadenza al compimento della maggiore età, ben può darsi che il giovane maggiorenne venga a trovarsi di fronte all'eventualità di essere allontanato.

Ora, la *policy* attualmente seguita dal governo britannico è quella di rimpatriare gli immigrati al proprio paese d'origine se la loro domanda di asilo sia stata respinta e siano stati esauriti tutti i gradi di appello. Il minore, appena divenuto maggiorenne, può quindi richiedere un'estensione del permesso di soggiorno, in seguito alla scadenza di quest'ultimo (il c.d. permesso di rimanere "oltre tempo utile"; *leave to remain out of time*), al fine di poter verificare l'esito della domanda d'asilo originalmente comunicata. In questo caso, tale domanda di asilo viene normalmente ritenuta una "nuova" richiesta d'asilo.

### ***2.2.2. Il minore non accompagnato in possesso di un permesso di soggiorno "discrezionale"***

Per il minore, il permesso di soggiorno discrezionale deve essere obbligatoriamente soggetto a revisione quando il titolare compie i diciassette anni e mezzo. Il minore deve in quella sede richiedere l'estensione del permesso ed il processo di riesame può condurre all'ottenimento di un permesso di soggiorno discrezionale "comune", cioè disponibile per qualunque immigrato, e non soltanto per il minore non accompagnato. Il risultato del riesame potrebbe, però, anche comportare l'assegnazione di uno *status* di immigrazione diverso, quale ad esempio quello di rifugiato. Infine, la richiesta potrebbe anche venire respinta, nel qual caso il minore non avrebbe più diritto di risiedere sul territorio britannico. In quest'ultima evenienza, le operazioni di rimpatrio non avranno corso finché il minore non abbia compiuto i diciotto anni. Viene, quindi, a concretizzarsi un lasso di tempo durante il quale il minore straniero può richiedere – onde evitare il rimpatrio – un permesso di soggiorno alternativo.

# SPAGNA

di Carmen Guerrero Picó

## 1. Cenni sulla condizione del minore straniero

### 1.1. La tutela del minore nell'ordinamento costituzionale

La Costituzione spagnola del 1978 introduce una nuova concezione dei diritti e libertà dell'infanzia, della struttura familiare e delle responsabilità nei confronti dei fanciulli, nonostante i riferimenti espliciti ai minori siano esigui. Nell'ambito dei diritti fondamentali, l'art. 14 vieta la discriminazione in ragione della nascita, l'art. 20 erige la protezione dell'infanzia a limite alla libertà di espressione e l'art. 27 sancisce il diritto all'istruzione. Il costituente si è soffermato, però, piuttosto sull'inclusione della tutela della famiglia e dell'infanzia tra i principi che devono reggere la politica sociale ed economica. L'art. 39 Cost. così recita: “1. I pubblici poteri assicurano la protezione sociale, economica e giuridica della famiglia. | 2. I pubblici poteri assicurano anche la protezione integrale dei figli, uguali questi di fronte alla legge a prescindere dalla filiazione, e delle madri, qualunque sia il loro stato civile. La legge agevolerà l'accertamento della paternità. | 3. I genitori devono prestare ogni assistenza ai figli avuti nel o fuori del matrimonio, durante la minore età e nelle altre ipotesi previste dalla legge. | 4. L'infanzia godrà della protezione prevista negli accordi internazionali che ne tutelano i diritti”.

La tutela del minore non è, dunque, condizionata dalla sua cittadinanza ed è veicolata essenzialmente dalla necessità del rispetto delle norme internazionali, che hanno avuto una influenza decisiva nell'attuazione immediata dei diritti fondamentali per la mancanza di riferimenti normativi interni; in particolare, devono menzionarsi, almeno, la Dichiarazione dei diritti del fanciullo del 20 novembre 1959 e la Convenzione dei diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, dalla Spagna ratificata senza riserve<sup>1</sup>.

La tutela che l'ordinamento appronta a beneficio del minore è delineata principalmente nella legge *orgánica* n. 1/1996, del 15 gennaio, sulla protezione giuridica del minore e di modifica

---

<sup>1</sup> In questo senso, si ricordi che l'art. 10, comma 2, Cost., prevede che le norme riguardanti i diritti fondamentali devono essere interpretate in conformità alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo ed ai trattati internazionali ratificati dalla Spagna. Tra i trattati riguardanti specificamente i minori ratificati dalla Spagna figurano altresì: la Convenzione del 5 ottobre 1961, sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori; la Convenzione del 25 ottobre 1980, sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori; la Convenzione del 29 maggio 1993, sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale, ecc. Sono parimenti rilevanti le norme del Consiglio d'Europa e le norme UE, in particolare la Risoluzione del Parlamento europeo A4-0392, sulla Carta europea dei diritti del fanciullo, dell'8 luglio 1992. Altre ipotesi di diritto delle organizzazioni internazionali al quale si è riferito il Tribunale costituzionale in cause in cui erano coinvolti i diritti o gli interessi dei minori sono le Regole minime per l'amministrazione della giustizia minorile (Regole Beijing).

parziale del codice civile e della legge processuale civile. Essa si applica a tutti i minori di diciotto anni che si trovino in territorio spagnolo (art. 1). D'altronde, anche la normativa concernente la condizione dello straniero riconosce esplicitamente che il minore straniero<sup>2</sup> beneficia della tutela che l'ordinamento offre ai minori, a prescindere che il suo soggiorno sia regolare o meno: "la mancanza di titolo di soggiorno non sarà di ostacolo al riconoscimento e godimento di tutti i diritti che [al minore] spettino per la sua condizione di minore" (art. 35, comma 7, della legge *orgánica* n. 4/2000, dell'11 gennaio, sui diritti e sulle libertà degli stranieri in Spagna e sulla loro integrazione sociale).

In base alla legge *orgánica* n. 1/1996, i principi che devono guidare l'operato dei pubblici poteri sono, tra gli altri: *a*) la preminenza dell'interesse del minore; *b*) il mantenimento (nei limiti del possibile) del minore nel nucleo familiare di origine; *c*) la sua integrazione familiare e sociale (art. 11, comma 2). L'interesse superiore dei minori prevale su qualsiasi altro interesse legittimo che venga in gioco (art. 2).

La legge *orgánica* n. 1/1996 ha apportato cambiamenti sostanziali anche ai tradizionali istituti di tutela del minore. Nonostante la famiglia costituisca lo strumento sociale più idoneo per la formazione e lo sviluppo personale del fanciullo, se le autorità constatano che il minore è in stato di *desamparo*<sup>3</sup>, vengono attivate misure di protezione alternative a quella della famiglia biologica: la tutela, l'affidamento (residenziale o familiare, semplice, permanente e preadottivo) e l'adozione. A tali istituti sono dedicati gli artt. 172-180 del codice civile.

In virtù dell'art. 172 del codice civile, "l'ente pubblico territoriale cui spetta la protezione di minori [...], quando constata che un minore si trova in situazione di *desamparo*, ha per obbligo di legge la sua tutela". Per determinare quale in concreto sia l'ente pubblico competente, è necessario rifarsi al riparto di attribuzioni tra Stato e Comunità autonome. L'art. 149, comma 1, par. 2, Cost. sancisce la competenza esclusiva dello Stato in materia di "nazionalità, immigrazione, emigrazione, condizione dello straniero e diritto di asilo", mentre l'art. 148, comma 1, par. 20, Cost. riconosceva alle Comunità autonome la possibilità di assumere competenze in materia di "assistenza sociale", concetto che include le funzioni pubbliche relative alla protezione e tutela dei minori. Tutte le Comunità autonome hanno assunto la competenza esclusiva in materia di protezione e tutela dei minori nei loro statuti di autonomia, per cui, quando un minore, straniero o meno, si trovi in situazione di *desprotección* saranno loro ad assumere immediatamente la tutela.

---

<sup>2</sup> I minori stranieri che soggiornano in Spagna sono 971.479; rappresentano il 13,5% della popolazione minore di 18 anni. Provengono, per la maggior parte, dal Marocco (18,7%), dalla Romania (14%) e dall'Ecuador (10,2%). Non si hanno dati ufficiali riguardanti il numero di minori non accompagnati, ma le stime del Ministero dell'interno, per il 2007, parlavano di 6.475 persone in questa situazione (UNICEF, *La infancia en España*, ottobre 2010, [http://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/Informe\\_Infancia\\_Espana\\_2010\\_UNICEF.pdf](http://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/Informe_Infancia_Espana_2010_UNICEF.pdf)).

<sup>3</sup> I cambiamenti hanno avuto anche un riflesso a livello terminologico. Il legislatore si è discostato dal termine "abbandono", optando per *desamparo* o *desprotección* del minore. Si considerano in situazione di *desamparo* i minori che, di fatto, per l'inadempimento dei doveri di protezione stabiliti dalla legge, sono privi della necessaria assistenza morale o materiale (art. 172, comma 1, del codice civile). Questi concetti permettono un più pronto intervento da parte delle autorità a tutela dei minori.



## 1.2. La novellata disciplina sul minore straniero

La precitata legge *orgánica* n. 4/2000, sui diritti e sulle libertà degli stranieri, è stata modificata in quattro occasioni, da ultimo con la legge *orgánica* n. 2/2009, dell'11 dicembre. La riforma si era resa necessaria perché il Tribunale costituzionale aveva dichiarato l'illegittimità di alcune norme che negavano agli stranieri irregolari taluni diritti fondamentali<sup>4</sup>. Inoltre, lo Stato doveva recepire diverse direttive comunitarie approvate dal 2003<sup>5</sup> ed occorreva dunque adattare la normativa alle nuove realtà migratorie. Ad esempio, la legislazione preesistente mancava di una disciplina integrale sui minori e l'unica disposizione in materia (l'art. 35) verteva sui minori non accompagnati.

Il legislatore spagnolo si è concentrato sulla prevenzione all'origine della migrazione dei minori non accompagnati<sup>6</sup>, favorendo la celebrazione di accordi bilaterali tra la Spagna (o le Comunità autonome<sup>7</sup>) ed i paesi da cui i minori provengono (art. 35, commi 1 e 2), affinché l'attenzione e l'integrazione sociale dei minori stranieri in situazione irregolare si realizzi nel loro ambiente di provenienza<sup>8</sup>. Subordinatamente alla prevenzione dell'immigrazione minorile irregolare, si è data rilevanza al loro rimpatrio assistito ed alla reintegrazione del minore nel paese di origine, salvo che l'interesse superiore del minore lo sconsigli.

Le garanzie giuridiche ed i diritti del minore sono stati rafforzati, anche grazie ai recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale. Ad esempio, il diritto all'istruzione è riconosciuto nell'art. 9, comma 1, nei termini indicati nella STC 236/2007, del 7 novembre<sup>9</sup>, e nell'ambito del

---

<sup>4</sup> V. le SSTC 236/2007, del 7 novembre, e 259/2007, del 19 dicembre.

<sup>5</sup> In particolare le direttive 2003/110/CE (espulsioni per via aerea), 2003/109/CE (residenti di lungo periodo), 2004/81/CE (vittime della tratta di essere umani o coinvolti in un'azione di favoreggiamento dell'immigrazione illegale che cooperano con le autorità competenti), 2004/82/CE (obblighi dei vettori di comunicare dati relativi alle persone trasportate), 2004/114/CE (ingresso e soggiorno per motivi di studio, scambio di alunni, tirocinio non retribuito o volontariato), 2005/71/CE (ammissione di cittadini a fini di ricerca scientifica), 2008/115/CEE (rimpatrio di stranieri irregolari), 2009/50/CE (ingresso e soggiorno di cittadini che intendano svolgere lavori altamente qualificati) e 2009/52/CE (sanzioni nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini il cui soggiorno è irregolare).

<sup>6</sup> In consonanza con gli obiettivi e con le principali linee di attuazione stabilite nel Piano d'azione sui minori non accompagnati (2010-2014) [COM(2010) 213], promosso dalla Spagna durante la sua Presidenza nell'Unione europea ed adottato dalla Commissione europea il 6 maggio di 2010.

<sup>7</sup> Nel caso delle Comunità autonome, gli accordi non hanno natura normativa, ma sono una mera proiezione dell'azione estera delle Comunità autonome in questo ambito, a riconoscimento anche dell'essenzialità del loro ruolo in materia.

<sup>8</sup> Questa *policy* era stata intrapresa già qualche anno prima della riforma. Lo Stato spagnolo ha concluso tre accordi bilaterali: 1) l'Accordo, del 15 dicembre 2005, con la Romania sulla cooperazione nell'ambito della protezione dei minori rumeni non accompagnati in Spagna, il loro rimpatrio e la lotta contro il loro sfruttamento; 2) l'Accordo, del 5 dicembre 2006, con la Repubblica del Senegal, sulla cooperazione nell'ambito della prevenzione dell'emigrazione di minori senegalesi non accompagnati, la loro protezione, il loro rimpatrio ed il loro reinserimento; 3) l'Accordo con il Regno del Marocco, del 6 marzo 2007, sulla cooperazione nell'ambito della prevenzione dell'emigrazione illegale di minori non accompagnati, la loro protezione ed il loro rimpatrio concertato.

<sup>9</sup> Il *plenum* del Tribunale costituzionale, osservando che dall'art. 27 Cost. e dagli atti internazionali (Convenzione sui diritti del fanciullo, Dichiarazione universale sui diritti umani) si deduce l'inequivocabile vincolo tra il diritto all'educazione e la garanzia della dignità umana, ha escluso che l'istruzione sia un diritto di cui possono godere solo i minori stranieri in situazione non irregolare (trattandosi di un diritto di cui sono ugualmente titolari spagnoli e stranieri),

procedimento di rimpatrio del minore straniero non accompagnato, l'art. 35, comma 6, riconosce il diritto a essere sentito ed il diritto ad agire ed a ricorrere contro il decreto di rimpatrio, anche senza il consenso del rappresentante legale, come stabilito nella STC 183/2008, del 22 dicembre<sup>10</sup>.

Sotto altro profilo, è da rilevare l'introduzione di nuovi meccanismi di tutela dei minori non accompagnati. Si è prevista, ad esempio, la possibilità di affidare la loro tutela ordinaria ad organizzazioni non governative specializzate nella protezione dei minori e la possibilità che le Comunità autonome giungano ad accordi con altre Comunità autonome dove si trovino i minori stranieri non accompagnati, per assumere in maniera concordata la tutela e la custodia (art. 35, commi 11 e 12)<sup>11</sup>.

Infine, è da segnalare che il 1° luglio 2011 entrerà in vigore il regio decreto n. 557/2011, del 20 aprile, con cui si approva il regolamento di attuazione della legge *orgánica* n. 4/2000. Nel Titolo XI si delinea con completezza il regime giuridico dei minori stranieri, accompagnati o meno, e per la prima volta si disciplinano nel dettaglio il rimpatrio del minore (contemplando un intervento intenso del pubblico ministero) e le conseguenze del raggiungimento della maggiore età.

### 1.3. Il soggiorno del minore straniero

Il Titolo XI del nuovo regolamento sulla condizione dello straniero ha ad oggetto il soggiorno del figlio – nato in Spagna o meno – dello straniero che risiede regolarmente (ma si fa riferimento

---

affermando inoltre che il diritto all'educazione non è un diritto circoscritto all'insegnamento elementare, ma che si estende ai livelli superiori, benché con riferimento ad essi non sia costituzionalmente imposta né l'obbligatorietà né la gratuità (v. il FJ 8 della sentenza).

Dopo la riforma del 2009, l'art. 9, comma 1, della legge *orgánica* n. 4/2000 stabilisce che “i minori di sedici anni hanno il diritto ed il dovere all'educazione, che include l'accesso ad un insegnamento basilare, gratuito ed obbligatorio. Gli stranieri minori di diciotto anni hanno anche il diritto all'educazione post-obbligatoria. Questo diritto include l'ottenimento del titolo scolastico corrispondente e l'accesso al sistema pubblico di borse e di aiuti alle stesse condizioni che gli spagnoli. In caso di raggiungimento della maggiore età durante l'anno scolastico, conserveranno questo diritto fino alla fine del suddetto corso”.

<sup>10</sup> Il Tribunale costituzionale ha riconosciuto che “il diritto di *qualsiasi* minore con capacità e maturità sufficienti ad essere sentito in via giudiziaria nell'adozione di provvedimenti che interessano la sua sfera personale, forma parte del contenuto essenziale dell'art. 24, comma 1, Cost.” (FJ 5, il corsivo è aggiunto).

In precedenza, il Tribunale non si era mai pronunciato sulla capacità processuale dei minorenni ad impugnare in sede giudiziale le decisioni concernenti la loro sfera personale, ma, in più occasioni, aveva avuto modo di constatare la violazione del diritto al giudice dei minori in processi in cui non erano stati sentiti prima dell'adozione di provvedimenti che riguardassero la loro sfera personale. Il Tribunale costituzionale ha ribadito il diritto dei minori che siano nelle condizioni di poter formare un giudizio proprio ad essere ascoltati in ogni procedimento amministrativo o giudiziario che li coinvolga. Confermano questa tesi l'art. 12 della Convenzione ONU sui diritti del bambino del 1989, l'art. 9 della legge *orgánica* n. 1/1996, del 15 gennaio, sulla tutela giuridica del minore, e l'art. 24, comma 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (riprodotto nell'art. 2 della legge *orgánica* n. 1/2008, del 30 giugno, che autorizza la ratifica del Trattato di Lisbona). D'altra parte, per quanto attiene specificamente al rimpatrio dei minori, il Tribunale costituzionale ha ricordato di aver dichiarato che si tratta di uno dei casi in cui è interessata la loro sfera personale e familiare (v. l'ATC 372/2007, del 17 settembre, FJ 3).

<sup>11</sup> Sono state accolte le richieste in questo senso del Governo canario, soverchiato dall'afflusso di minori non accompagnati (soprattutto nell'estate del 2006). Prima della riforma del 2009, si permetteva il trasferimento dei minori ad altre Comunità autonome, ma ciò non si traduceva in un trasferimento della tutela, che continuava ad essere di spettanza della Comunità autonoma delle Canarie.

anche ad altre ipotesi, come quella del minore di cui lo straniero regolare sia il rappresentante legale), il soggiorno temporaneo di minori ed il soggiorno dei minori non accompagnati, che la legge prefigura come un'eccezione (nonostante la prassi lo smentisca), in conseguenza dell'applicazione del principio dell'interesse superiore del minore.

### ***1.3.1. Il minore in famiglia***

#### *1.3.1.1. Il soggiorno del figlio nato in Spagna*

L'art. 185, comma 1, del regio decreto n. 557/2011 prevede la regolarizzazione dei minori stranieri nati in Spagna che siano figli di uno straniero legalmente soggiornante<sup>12</sup>, a prescindere dalla circostanza che la loro filiazione si inserisca o meno in un matrimonio, in applicazione del principio di uguaglianza dei figli. La disposizione così recita: "I figli nati in Spagna da uno straniero residente in Spagna acquisiranno automaticamente lo stesso permesso di soggiorno di cui sia titolare uno qualsiasi dei genitori. A questo fine, il padre o la madre dovranno richiedere personalmente un permesso di soggiorno per il figlio, [potendolo fare] quando abbia avuto luogo la nascita o dal momento in cui uno dei genitori acceda alla residenza, accompagnando la richiesta con l'originale ed una copia del certificato di nascita".

Il permesso di soggiorno del figlio nato sul territorio nazionale è, quindi, collegato a quello del padre o della madre<sup>13</sup> e, per il rinnovo, si segue la procedura prevista per il soggiorno dei familiari ricongiunti (art. 185, comma 4, del regio decreto n. 557/2011).

L'art. 185, comma 3, del regio decreto n. 557/2011 si riferisce, invece, al figlio nato in Spagna da uno straniero che sia titolare di un permesso di soggiorno per ricongiungimento familiare, in quanto discendente da un altro residente. Egli acquisirà un permesso di soggiorno per ricongiungimento familiare dipendente dal genitore. Giunto il momento del rinnovo del permesso, se il genitore del minore ha ancora un titolo di soggiorno per ricongiungimento familiare, le autorità amministrative devono valutare se il genitore del minore ed il primo soggiornante (da cui discende il permesso per ricongiungimento del genitore) hanno un alloggio adeguato e dispongono di risorse economiche sufficienti per provvedere alle necessità della famiglia.

Per quanto riguarda la possibilità di accedere al mercato del lavoro una volta raggiunta l'età lavorativa, l'art. 36, comma 1, della legge *orgánica* n. 4/2000 esige che gli stranieri maggiori di sedici anni che vogliano esercitare qualsiasi attività lucrativa, lavorativa o professionale, debbano ottenere un'autorizzazione amministrativa alla residenza ed al lavoro. Tuttavia, i permessi di

---

<sup>12</sup> La nascita in territorio spagnolo non determina di per sé l'acquisizione della cittadinanza spagnola. Si veda CAMERA DEI DEPUTATI, SERVIZIO BIBLIOTECA, *L'acquisizione della cittadinanza*, LS, n. 9, gennaio 2009, <http://documenti.camera.it/leg16/dossier/Testi/mlc16009.htm>, e *L'acquisizione della cittadinanza in Francia, Germania, Olanda, Regno Unito e Spagna (Aggiornamento)*, LS, n. 15, gennaio 2010, <http://documenti.camera.it/leg16/dossier/Testi/MLC16015.htm>.

<sup>13</sup> Potrebbe trattarsi di un titolo di soggiorno temporaneo, di lungo periodo, di mero soggiorno, di soggiorno e lavoro, di studi, ecc. Si vedano gli artt. da 29 a 43 della legge *orgánica* n. 4/2000.

soggiorno di cui all'art. 185 del regio decreto n. 557/2011 permettono ai titolari di lavorare al compimento dei sedici anni senza necessità di attivare altre pratiche amministrative. Il legislatore ha voluto agevolare, in tal modo, il loro inserimento sociale.

### *1.3.1.2. Il soggiorno del figlio nato fuori dalla Spagna e del minore affidato o sottoposto a tutela*

La via che permette la regolarizzazione dei minori nati all'estero che ancora non si trovano in territorio spagnolo<sup>14</sup> è il ricongiungimento familiare.

Il Tribunale costituzionale ha negato che il diritto al ricongiungimento familiare sia un diritto fondamentale<sup>15</sup>: si tratta di un diritto c.d. di configurazione legale, sancito dall'art. 16 della legge *orgánica* n. 4/2000 e disciplinato dagli artt. da 17 a 19 della stessa, nonché dagli artt. da 54 a 55 del regio decreto n. 557/2011. Gli stranieri possono esercitarlo quando abbiano ottenuto il rinnovo del permesso di soggiorno iniziale<sup>16</sup>, abbiano un'abitazione dignitosa e dispongano di mezzi economici sufficienti a mantenere i familiari.

Tra i parenti che possono beneficiare del ricongiungimento figurano i figli – ivi inclusi quelli adottivi – ed i minori affidati o soggetti ad un'altra istituzione di tutela che trasferisca la rappresentanza legale in capo al soggiornante.

Secondo l'art. 17, comma 1, della legge *orgánica* n. 4/2000, “lo straniero residente ha il diritto di ricongiungere in Spagna i seguenti familiari: [...] *b*) i figli del soggiornante e del suo coniuge, ivi compresi quelli adottati, purché siano minori di diciotto anni<sup>17</sup>, o le persone con disabilità qualora obiettivamente non possano provvedere alle proprie necessità in ragione del loro stato di salute. Qualora si tratti di figli di uno solo dei coniugi si richiederà, inoltre, che egli eserciti in esclusiva la potestà o che gli sia stata concessa la loro custodia e [che i figli] siano effettivamente a carico suo. Trattandosi di figli adottivi si dovrà verificare che il provvedimento giurisdizionale con cui si è accordata l'adozione presenti gli elementi necessari per produrre effetti in Spagna<sup>18</sup>. *c*) I minori di

---

<sup>14</sup> La Spagna non ha fatto uso della possibilità prevista nell'art. 5, comma 3, della direttiva 2003/86/CE (relativa al diritto al ricongiungimento familiare), secondo cui uno Stato membro può accettare che una domanda di ricongiungimento sia presentata quando i familiari si trovano già nel suo territorio. Inoltre, la legislazione spagnola non stabilisce differenze in base all'età del minore, pur autorizzate dal legislatore comunitario.

<sup>15</sup> Si veda la STC 236/2007, del 7 novembre, in particolare i FFJJ 10-11.

<sup>16</sup> Per ricongiungere gli ascendenti maggiori di sessantacinque anni è richiesto, invece, il soggiorno di lungo periodo.

<sup>17</sup> L'art. 53 del regio decreto n. 557/2011 specifica che la soglia anagrafica si calcola “al momento in cui è richiesto il permesso di soggiorno”.

<sup>18</sup> Secondo la legge n. 54/2007, del 28 dicembre, in tema di adozione internazionale, l'adozione costituita da autorità straniera sarà riconosciuta in Spagna in conformità a quanto stabilito nei trattati e nelle altre norme internazionali in vigore (in particolare, nella Convenzione de L'Aja del 29 maggio 1993, relativa alla protezione dal bambino ed alla cooperazione in materia di adozione internazionale) (art. 25). In assenza di norme internazionali, le adozioni poste in essere da autorità straniera sono valide purché dichiarate da parte di una autorità pubblica (non necessariamente giudiziaria), in conformità con le leggi del paese, e purché risultino da un documento autentico, che abbia valore legale e che sia stato tradotto in spagnolo (art. 26).

diciotto anni ed i maggiorenni che obiettivamente non possano provvedere alle proprie necessità in ragione del loro stato di salute, quando il soggiornante sia il loro rappresentante legale e l'atto giuridico da cui nascono i poteri di rappresentanza non sia contrario ai principi dell'ordinamento spagnolo [...]”.

Nella prassi si sono posti alcuni dubbi interpretativi concernenti la portata del concetto di rappresentanza legale dei minori. L'art. 9 del codice civile stabilisce che la legge personale (dipendente dalla cittadinanza) determina la capacità legale, e, in base all'art. 10, comma 11, alla rappresentanza legale si applica la legge regolatrice della relazione giuridica da cui nascono i poteri del rappresentante, purché l'applicazione della legge straniera non sia contraria all'ordine pubblico internazionale spagnolo (ad esempio, in quanto risulta contraria all'interesse superiore del minore); in tale ultimo caso si dovrà applicare la legge spagnola.

La *Dirección General de Inmigración (Instrucción DGI/SGRJ/01/2008, del 17 gennaio 2008)*<sup>19</sup> esige che la condizione di rappresentante legale sia stata adottata dalla autorità competente (preferibilmente giudiziaria) e sia stata riconosciuta in Spagna (cioè, integri i requisiti necessari per produrre effetti in Spagna). Non viene accolta la richiesta di soggiorno per ricongiungimento familiare nei seguenti casi.

- a) Il minore è sotto la potestà dei genitori, biologici o adottivi, che sono vivi (uno o entrambi), e non esiste dichiarazione giudiziaria di abbandono. Non è valida la cessione della potestà ad un terzo da parte di uno o di entrambi i genitori.
- b) Il minorenne è legalmente emancipato.
- c) Il soggiornante è stato privato o sospeso giudizialmente dell'esercizio della potestà sui propri figli o dei diritti di custodia ed istruzione, o è stato legalmente rimosso da una tutela, oppure sta scontando una pena detentiva o è stato condannato per un reato che faccia presupporre che non eserciterà adeguatamente la rappresentanza legale del minore.
- d) Il soggiornante non dispone di mezzi di sussistenza sufficienti per fronteggiare le necessità economiche del minore o non adempie una qualunque delle condizioni legali o regolamentari per il ricongiungimento familiare.

Uno dei problemi che si sono posti con maggior frequenza, per la rilevanza dei flussi migratori provenienti del Maghreb, riguarda la possibilità di ricongiungere un minore proveniente da un paese di tradizione giuridica coranica sulla base di un documento che attesti la *kafala*<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Le *instrucciones* della *Dirección General de Inmigración* sono reperibili in <http://extranjeros.mtin.es/es/NormativaJurisprudencia/Nacional/RegimenExtranjeria/InstruccionesDGI/>.

<sup>20</sup> Sull'argomento, v. JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE, “*Efectos jurídicos en España del acogimiento de derecho islámico («kafala»*”, in *Diario La Ley*, n. 7393, 3 maggio 2010, pp. 8-13 (con abbondante cita di giurisprudenza), e MARÍA DEL PILAR DIAGO DIAGO, “*La kafala islámica en España*”, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2010, vol. 2, n. 1, pp. 140-164.

In base ai criteri adottati dai tribunali e dalla *Dirección General de Inmigración (Instrucción del 1º dicembre 2004 e Instrucción DGI/SGRJ/06/2007, del 27 settembre 2007)*, la soluzione differisce a seconda che la *kafala* sia costituita da un'autorità giudiziaria o amministrativa oppure semplicemente dai genitori del minore. Se è stata costituita da un'autorità pubblica (perché non è stata determinata la filiazione del minore, è orfano ovvero è stato dichiarato abbandonato dall'autorità competente sulla scorta della sua legge personale), si ritiene che la *kafala* sia equiparabile alla tutela dativa e che attribuisca, quindi, la rappresentanza legale del minore. In questo caso, la *kafala* può includersi nell'ipotesi di cui all'art. 17, comma 1, lettera c), della legge *orgánica* n. 4/2000 agli effetti del ricongiungimento familiare. Di contro, quando sia stata attribuita dai genitori del minore, nonostante risulti in un documento pubblico, essa non implica la rappresentanza legale del minore ed è esclusa dall'ambito di applicazione del suddetto art. 17.

Il ricongiungimento familiare implica il diritto dei minori beneficiari di ricongiungimento di soggiornare in Spagna con un permesso connotato dalla dipendenza e dalla temporaneità. Peraltro, con la riforma della legge *orgánica* n. 4/2000 operata nel 2009, il legislatore ha permesso che i figli ricongiunti possano lavorare una volta compiuti i sedici anni (art. 19) ed il regolamento ha esteso tale possibilità ai minori di cui il soggiornante sia semplicemente il rappresentante legale.

Il regio decreto n. 557/2011 dedica l'art. 186 alla *Residencia del hijo no nacido en España de residente*, ma la rubrica è molto equivoca. L'ambito soggettivo della norma è infatti molto più esteso, non essendo circoscritto ai figli nati fuori dalla Spagna, ma riguarda tutti i minori di cui il soggiornante sia il rappresentante legale, prendendo in considerazione perfino i casi in cui questi minori si trovano in territorio spagnolo senza aver seguito la procedura prevista per il ricongiungimento familiare. La disposizione così recita:

“1. I minori che non sono nati in Spagna, figli di stranieri con residenza in Spagna, nonché i minori soggetti legalmente alla tutela di un cittadino o di una istituzione spagnoli o di uno straniero residente legale in Spagna, potranno ottenere il permesso di soggiorno quando si dimostri la loro permanenza continuativa in Spagna per un minimo di due anni<sup>21</sup> e quando i loro genitori o tutori adempiano ai requisiti sui mezzi economici e sull'alloggio che il regolamento esige per poter esercitare il diritto al ricongiungimento familiare<sup>22</sup>.”

2. Quando i minori si trovino in età di scolarizzazione obbligatoria, si dovrà presentare il certificato che provi la loro scolarizzazione durante la loro permanenza in Spagna.

3. La validità dei permessi concessi per questo motivo sarà vincolata, se del caso, a quella del soggiorno del padre, della madre o del tutore dell'interessato.

Qualora il permesso derivi dalla tutela da parte di un cittadino comunitario, la durata sarà di cinque anni.

---

<sup>21</sup> È l'inciso che apre la porta al soggiorno per “radicamento sul territorio” (*arraigo*) dei minori accompagnati.

<sup>22</sup> Cfr. gli artt. 54 e 55 del regolamento.

4. Per il rinnovo dei titoli di soggiorno disciplinati in questo articolo si seguirà la procedura prevista per i permessi di soggiorno dei parenti ricongiunti.

5. Quando i loro titolari raggiungano l'età lavorativa, i permessi di soggiorno rilasciati secondo quanto previsto nei commi precedenti permetteranno loro di lavorare senza necessità di altre pratiche amministrative”.

#### *1.3.1.3. L'accoglienza temporanea di minori*

La legislazione spagnola prevede talune forme di accoglienza temporanea a favore di minori che partecipano a programmi di carattere umanitario, promossi e finanziati dalle amministrazioni pubbliche, organizzazioni non governative o fondazioni o altri enti che non siano titolari della potestà o della custodia dei minori. I progetti sono diversificati in base alle loro finalità e si suddividono in tre tipi: vacanze, cure mediche e programmi scolastici. I minori che ne usufruiscono non rientrano nella categoria di minori non accompagnati.

L'art. 187 del regio decreto n. 557/2011, riprendendo quanto già previsto nel regime anteriore, si riferisce al “*Desplazamiento temporal de menores extranjeros*”, ovvero al c.d. soggiorno a scopo terapeutico o per ferie, che ha una durata massima di novanta giorni.

L'ente o la persona che promuove il programma deve presentare al rappresentante del Governo nelle Comunità autonome in cui soggiogneranno i minori (cioè, al *Subdelegado* o *Delegado del Gobierno*, a seconda che si tratti di Comunità autonome pluriprovinciali o monoprovinciali) una relazione al riguardo, predisposta dall'organo autonomico competente in materia di protezione di minori. Il *Subdelegado* o *Delegado* dovrà redigere, a sua volta, un parere favorevole sul programma (art. 187, comma 1). Allo scopo, gli aspetti cui presterà una particolare attenzione saranno l'adempimento dei requisiti ed il rispetto delle autorizzazioni richieste in Spagna in materia sanitaria e di protezione giuridica del minore; l'impegno dei promotori di agevolare il ritorno al paese di origine del minore (senza costi per l'erario pubblico, a meno che questi non siano stati autorizzati); l'attestazione che il soggiorno temporaneo del minore non abbia per scopo la sua adozione. L'emissione di un parere favorevole autorizzerà il rilascio del visto dei minori (art. 187, comma 2).

Il requisito indispensabile per partecipare a questi programmi è l'autorizzazione espressa dei genitori o dei tutori dei minori (art. 187, comma 1). I promotori si assumono la responsabilità della tutela dei bambini. Se i minori soggiornano presso una famiglia o persone singole, queste devono dar atto per iscritto di essere a conoscenza che il soggiorno del minore non abbia per scopo l'adozione e devono attestare il loro impegno a favorire il rientro nel paese di origine (art. 187, comma 4). Considerando che il 24 maggio 2011 la Spagna è stata condannata dalla Corte di Strasburgo (*affaire Saleck Bardi c. Espagne*, n. 66167/09) per aver vulnerato il diritto alla vita privata e familiare di una donna saharawi la cui figlia non era tornata in Algeria dopo un soggiorno

estivo in Spagna, è molto probabile che questi aspetti saranno oggetto, nel prossimo futuro, di un controllo più rigoroso da parte delle autorità amministrative spagnole<sup>23</sup>.

Il soggiorno volto a partecipare a programmi scolastici è disciplinato dall'art. 188 del regolamento (*Desplazamiento temporal de menores extranjeros con fines de escolarización*). Trattasi di un soggiorno che ha la stessa natura giuridica del soggiorno per studi. Per farlo in essere, oltre a seguire la procedura descritta per il soggiorno a scopo terapeutico o per vacanze, si dovrà dimostrare che il minore è stato ammesso in un centro scolastico riconosciuto ufficialmente in Spagna. Il soggiorno si concluderà con la fine del corso scolastico, quando il minore dovrà ritornare al suo paese, sempre che “ragioni eccezionali non lo impediscano” (art. 188, comma 2). Se vorrà proseguire gli studi, il minore dovrà essere inserito in un nuovo programma.

La valutazione da parte delle autorità di questi progetti di accoglienza varia a seconda della tipologia di accoglienza: nel caso dei soggiorni per motivi medici, viene fatta una valutazione dei miglioramenti generali della salute dei minori ed in particolare della malattia che viene curata; per quanto riguarda i soggiorni educativi, la valutazione viene effettuata all'interno della scuola e gli sviluppi vengono seguiti direttamente attraverso la famiglia; per i progetti-vacanza, la valutazione consiste in interviste con le famiglie e con i minori per verificare l'esistenza o meno di problemi durante il soggiorno.

Il Ministero degli affari esteri e della cooperazione, il Ministero del lavoro e dell'immigrazione ed il Ministero degli interni (chiamato a controllare il ritorno dei minori nel paese d'origine) sono gli enti istituzionali che coordinano e autorizzano l'ingresso ed il soggiorno dei minori stranieri per motivi umanitari.

---

<sup>23</sup> La minore, che aveva 9 anni quando era giunta in Spagna, partecipava ad un programma di vacanze ed aveva prolungato il suo soggiorno perché soffriva di una malattia epatica ed aveva bisogno di cure. Due anni dopo, la madre aveva sollecitato il suo ritorno, ma il Governo della Comunità autonoma di Murcia aveva assunto la tutela della minore, considerandola in stato di *desamparo*. Dopo un lungo contenzioso giudiziario, il tribunale dei minori aveva assegnato la custodia della minore alla famiglia di accoglienza, che l'aveva ospitata sin dall'inizio del soggiorno.

Il fulcro della decisione della Corte EDU è stata la constatazione che le autorità nazionali non avevano preso tutte le misure necessarie ed adeguate che si potevano esigere ragionevolmente per facilitare il ritorno della minore da sua madre nel più breve lasso di tempo: “65. *La Cour rappelle qu'il appartient à chaque État contractant de se doter d'un arsenal juridique adéquat et suffisant pour assurer le respect des obligations positives qui lui incombent en vertu de l'article 8 de la Convention. Elle se borne à vérifier si, dans l'application et l'interprétation des dispositions légales applicables, les autorités nationales ont respecté les garanties de l'article 8 de la Convention, en tenant notamment compte de l'intérêt supérieur de l'enfant (voir, mutatis mutandis, Neulinger et Shuruk c. Suisse [GC], n° 41615/07, § 141, CEDH 2010-...).* La Cour s'est donc limitée à examiner si, en l'espèce, les mesures adoptées par les autorités espagnoles pour régler la situation de non-droit de Saltana en Espagne et pour garantir les droits de la requérante étaient adéquates et suffisantes en la matière. Au vu de ce qui précède, elle estime que les autorités nationales ont failli à l'obligation de célérité particulièrement exigible pour ce type d'affaires.

66. Eu égard à ces considérations et nonobstant la marge d'appréciation de l'État défendeur en la matière, la Cour conclut que les autorités espagnoles n'ont pas déployé des efforts adéquats et suffisants pour faire respecter le droit de la requérante au retour de son enfant, méconnaissant ainsi son droit au respect de sa vie familiale garanti par l'article 8”.



### 1.3.2. Il minore non accompagnato

#### 1.3.2.1. Il regime generale

Al minore non accompagnato sono dedicati l'art. 35 della legge *orgánica* n. 4/2000 e gli artt. da 189 a 198 del nuovo regolamento. Come anticipato, la priorità del legislatore spagnolo è il ritorno e la reintegrazione del minore<sup>24</sup> nel suo ambiente familiare, nel suo paese di origine. La sua permanenza in Spagna è sussidiaria e, in linea di principio, si prospetta solo quando non è possibile il ricongiungimento familiare o l'affidamento del soggetto ai servizi di protezione dei minori del paese di provenienza.

L'art. 189 del regolamento definisce la nozione di “minore non accompagnato”, stabilendo che “quanto previsto nel presente capo si applica allo straniero minore di diciotto anni che giunga nel territorio spagnolo senza essere accompagnato da un adulto che sia di lui responsabile (legalmente o conformemente alla consuetudine), al sussistere del rischio di *desprotección* del minore, finché tale adulto responsabile non si sia fatto carico effettivamente del minore, [e si applica a] qualunque minore straniero che una volta in Spagna si trovi in questa situazione”.

Nel caso in cui le forze dell'ordine individuino uno straniero privo di documenti la cui minore età non possa essere stabilita con sicurezza, i servizi competenti in materia di protezione dei minori gli presteranno immediatamente l'attenzione di cui abbia bisogno ed il fatto sarà reso noto al pubblico ministero, il quale disporrà che le istituzioni sanitarie determinino la sua età, ponendo in essere prioritariamente le verifiche opportune (art. 35, comma 3, della legge *orgánica* n. 4/2000)<sup>25</sup>. Una volta constatato che si tratta effettivamente di un minore, il pubblico ministero lo affiderà ai servizi competenti in materia di protezione di minori della Comunità autonoma in cui si trova (art. 35, comma 4).

Secondo l'art. 35, comma 7, della legge *orgánica* n. 4/2000, “si riterrà regolare, a tutti gli effetti, il soggiorno dei minori che siano tutelati in Spagna da una Amministrazione pubblica o, in virtù di un provvedimento giudiziario, da qualsiasi altro ente. Su richiesta dell'organismo che eserciti la tutela, ed una volta che sia stata accreditata l'impossibilità di ritorno presso la famiglia o nel paese di origine, si concederà al minore un permesso di soggiorno i cui effetti saranno retrodatati al momento in cui il minore sia stato affidato ai servizi di protezione di minori”. I commi 11 e 12

---

<sup>24</sup> Sui recenti mutamenti legislativi in materia di minori non accompagnati, si veda: CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ GONZÁLEZ DEL REAL, “*Menores extranjeros*”, in JAVIER MARIANO BALLESTEROS MARTÍN (coord.), *Extranjería y cooperación judicial internacional*, CISS, Madrid, 2010, pp. 243-291, e MARÍA ASUNCIÓN ASÍN CABRERA, “*La protección jurídica de los menores inmigrantes no acompañados*”, in DIEGO BOZA MARTÍNEZ, FRANCISCO JAVIER DONAIRE VILLA e DAVID MOYA MALAPEIRA (Coords.), *Comentarios a la reforma de la ley de extranjería (LO 2/2009)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2011, pp. 251-262.

<sup>25</sup> A proposito di queste verifiche, si veda l'art. 190 del regolamento. Di un qualche interesse è anche la *consulta* n. 1/2009, del 10 novembre, della *Fiscalía General del Estado* su alcuni aspetti relativi ai provvedimenti di determinazione dell'età dei minori stranieri non accompagnati, [http://www.fiscal.es/ficheros/memorias/347/541/vol1\\_consul\\_01.pdf](http://www.fiscal.es/ficheros/memorias/347/541/vol1_consul_01.pdf).

dell'art. 35 fanno riferimento, rispettivamente, alla possibilità di concedere la tutela ordinaria dei minori non accompagnati ad organizzazioni non governative specializzate nella protezione dei minori ed alla possibilità che le Comunità autonome giungano ad accordi con altre Comunità autonome dove si trovino i minori stranieri non accompagnati al fine di trasferirne la tutela.

La concessione del permesso di soggiorno di cui all'art. 35, comma 7, avverrà una volta provata l'impossibilità di rimpatrio del minore e, in ogni caso, trascorsi nove mesi dall'affidamento del minore ai servizi sociali (art. 196, comma 1, del regolamento). Il procedimento per l'autorizzazione al soggiorno sarà instaurato – d'ufficio – da parte dell'Ufficio stranieri della *Delegación o Subdelegación del Gobierno* nella provincia in cui il minore si trova (art. 196, comma 2)<sup>26</sup>; l'inizio del procedimento sarà comunicato al minore attraverso il servizio di tutela dei minori. La *Delegación o Subdelegación* deciderà entro un mese e notificherà la sua decisione al minore, comunicandola anche al pubblico ministero entro dieci giorni. In caso di autorizzazione al soggiorno, il rappresentante del minore potrà richiedere il rilascio del suo documento d'identità, ovvero la *Tarjeta de Identidad de Extranjero* (art. 196, comma 3).

La validità del permesso di soggiorno è di un anno (art. 196, comma 4), a decorrere dalla data del provvedimento con cui il pubblico ministero ha affidato il minore al servizio di protezione dei minori.

L'art. 40, comma 1, lettera *i*), della legge *orgánica* n. 4/2000 concede una autorizzazione al lavoro ai minori stranieri in età lavorativa che abbiano un permesso di soggiorno e siano tutelati da un ente di protezione dei minori, affinché realizzino quelle attività che, secondo il suddetto ente, favoriscano la loro integrazione sociale. L'art. 196, comma 4, del regolamento specifica che tale autorizzazione avrà la durata dell'attività per cui è stata concessa, a meno che questa superi il periodo di validità del titolo di soggiorno.

La procedura di rinnovo del permesso di soggiorno o di soggiorno e lavoro sarà instaurata – d'ufficio – dall'Ufficio stranieri competente, nei sessanta giorni anteriori alla data di scadenza. L'inizio del procedimento prorogherà la validità del permesso anteriore fino alla decisione sul rinnovo. Si procede al rinnovo quando persistano le circostanze che hanno motivato la sua concessione iniziale, per un anno, a meno che non sia possibile rilasciare un titolo di soggiorno di lungo periodo<sup>27</sup> (art. 196, comma 5, del regolamento).

#### *1.3.2.2. Le autorizzazioni al soggiorno per circostanze eccezionali*

Quando l'art. 189 definisce il “minore non accompagnato”, include un inciso finale secondo cui “il contenuto di questo capo si dovrà interpretare senza pregiudizio della possibilità che il minore straniero non accompagnato possa integrare i requisiti stabiliti negli artt. 59 e 59 *bis* della legge

---

<sup>26</sup> I documenti richiesti sono enumerati nell'art. 196, comma 2, del regolamento.

<sup>27</sup> Cfr. *infra*, par. 2.2.

*orgánica* n. 4/2000, dell'11 gennaio, o nella normativa spagnola in materia di protezione internazionale”.

Gli artt. 59 e 59 *bis* della legge *orgánica* n. 4/2000 prevedono che lo straniero che si trova irregolarmente in Spagna può usufruire di un rimpatrio assistito o di un permesso di soggiorno e lavoro per circostanze eccezionali, se è vittima, pregiudicato o testimone di un traffico illecito di esseri umani, di un atto di immigrazione illegale, di sfruttamento sul lavoro o di favoreggiamento della prostituzione, e se collabora con le autorità spagnole contro organizzazioni dedite a tali scopi.

Queste disposizioni possono essere applicate ai minori, dovendosi prendere in considerazione la loro età e la loro maturità, nonché la prevalenza dell'interesse superiore del minore<sup>28</sup>.

### ***1.3.3. Il minore destinatario di protezione speciale***

La legge n. 12/2009, del 30 ottobre, sul diritto di asilo e sulla protezione sussidiaria, contempla per la prima volta l'asilo dei minori, dei minori non accompagnati e di altri soggetti in situazione di vulnerabilità (disabili, anziani, donne in stato di gravidanza). Il Titolo V (artt. 46-48) stabilisce che un futuro regolamento dovrà tener conto delle loro peculiarità. L'art. 47 sancisce il diritto dei minori a richiedere la protezione internazionale, nel caso in cui ne ricorrano le condizioni, ricevendo un'assistenza sanitaria e psicologica qualificata. L'art. 48 prevede che, per i minori non accompagnati, sarà nominato un rappresentante legale, in conformità alla legislazione in materia di minori.

La stessa legge n. 12/2009 garantisce, inoltre, il mantenimento dell'unità familiare (art. 39). Allo scopo, dispone l'estensione familiare del diritto di asilo o della protezione sussidiaria ai discendenti di primo grado (tranne che in ipotesi di indipendenza familiare, maggiore età e diversità di cittadinanza) e ad altri membri della famiglia dipendenti e conviventi nel paese di origine con il titolare dell'asilo (art. 40). Ciò comporta l'estensione soggettiva degli effetti previsti nell'art. 36, tra cui l'autorizzazione al soggiorno ed al lavoro permanente (comma 1, lettera *c*).

Le persone beneficiarie “dirette” di tutela internazionale potranno comunque optare anche per la richiesta di ricongiungimento con le persone di cui sopra (anche qualora queste si trovino già in Spagna), non già attraverso l'estensione soggettiva dell'asilo, bensì in applicazione della normativa generale sulla condizione dello straniero (con le opportune deroghe: art. 41)<sup>29</sup>.

## **1.4. L'allontanamento del minore straniero**

---

<sup>28</sup> Si veda anche l'art. 146 del regolamento.

<sup>29</sup> Anche nell'art. 185, comma 2, del regio decreto n. 557/2011 si contempla la possibilità che per il figlio nato in Spagna da padre o madre riconosciuti come rifugiati o beneficiari di protezione sussidiaria si possa scegliere tra il richiedere l'estensione familiare del diritto di protezione internazionale o un permesso di soggiorno, in funzione dell'interesse superiore del minore. Alcuni autori sostengono che può risultare più favorevole per il minore ottenere un permesso di soggiorno per rimanere in Spagna, poiché lo *status* di rifugiati può cessare se concorrono le circostanze di cui all'art. 37 del regio decreto n. 203/1995, del 10 febbraio (ad esempio, se la persona beneficiaria “diretta” abbandona il territorio spagnolo e stabilisce la sua residenza in un altro paese).

### ***1.4.1. L'allontanamento del minore in famiglia***

Nel caso dei minori accompagnati dai genitori o dai tutori, e che non si trovano nella situazione di *desprotección* descritta nell'art. 172, comma 1, del codice civile, prevale il loro diritto a conservare i loro rapporti familiari. La regola è, quindi, che, se l'autorità competente decreta l'allontanamento dei genitori o dei tutori, l'allontanamento si estende anche al minore; correlativamente, non potranno essere allontanati i minori quando la legge vieti l'espulsione dei genitori o dei tutori.

Il codice penale prevede che, in certi casi, se l'immigrato irregolare delinque, si dovrà sostituire la pena e/o la misura di sicurezza con l'espulsione dal territorio nazionale (art. 89). D'altra parte, le infrazioni amministrative gravi, come il soggiorno irregolare, sono punite con un'ammenda che si deve graduare in base a criteri di proporzionalità, valutando specificamente il grado di colpevolezza, il danno prodotto o il rischio derivato dall'infrazione e la sua rilevanza, nonché la capacità economica del contravventore (art. 55): in alternativa alla sanzione amministrativa può essere adottato, per le violazioni gravi e molto gravi, un provvedimento di espulsione (art. 57), che è accompagnato da un divieto temporaneo di (re)ingresso sul territorio spagnolo, la cui durata può essere fino a dieci anni, nei casi più gravi (art. 58)<sup>30</sup>. Nelle more del procedimento di espulsione, il giudice può altresì disporre il trattenimento del cittadino extracomunitario entrato illegalmente in un *Centro de Internamento de Extranjeros* (CIE), per un periodo di tempo non superiore a quaranta giorni (art. 62).

Ora, in base all'art. 57, comma 5, della legge *orgánica* 2/2000, “la sanzione dell'espulsione non potrà essere imposta, salvo che si tratti di un'infrazione di cui all'art. 54, comma 1, lettera *a*)<sup>31</sup>, o che si commetta nuovamente, entro il termine di un anno, una infrazione della stessa natura sanzionabile con l'espulsione, agli stranieri che si trovano nei seguenti casi: *a*) I nati in Spagna che abbiano soggiornato legalmente negli ultimi cinque anni. *b*) Coloro che hanno un permesso di soggiorno di lungo periodo. Prima di adottare la decisione di espulsione di un soggiornante di lungo periodo, dovranno prendersi in considerazione la durata del suo soggiorno in Spagna ed i vincoli creati, nonché l'età, le conseguenze per l'interessato e per i membri della sua famiglia, ed i vincoli con il paese verso il quale si espelle. *c*) Coloro che sono stati spagnoli e che poi hanno perso la cittadinanza. *d*) Coloro che beneficiano di una prestazione per incapacità lavorativa permanente conseguente ad un incidente sul lavoro o ad una malattia professionale avvenuto o contratta in Spagna, nonché coloro che percepiscono una prestazione contributiva per disoccupazione o che beneficiano di una prestazione economica assistenziale di natura pubblica destinata al loro

---

<sup>30</sup> È giurisprudenza consolidata del Tribunale supremo che la mera irregolarità del soggiorno di uno straniero non possa provocare l'espulsione dal territorio nazionale, per cui in questi casi si applica l'ammenda. A questo proposito, si veda il precedente lavoro dell'area di diritto comparato del Servizio studi: *La disciplina dell'immigrazione irregolare* (giugno 2009), [http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/CC\\_SS\\_La\\_disciplina\\_immigrazione\\_irregolare\\_12012010.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_La_disciplina_immigrazione_irregolare_12012010.pdf).

<sup>31</sup> Consistente nel partecipare ad attività contrarie alla sicurezza nazionale o che possono pregiudicare i rapporti della Spagna con altri paesi oppure nel prendere parte ad atti molto gravi contro l'ordine pubblico.

inserimento o reinserimento sociale o lavorativo. | Non si potrà imporre o, se del caso, eseguire la sanzione di espulsione nei confronti del coniuge dello straniero che si trova in una delle situazioni anteriormente descritte e che abbia soggiornato legalmente in Spagna per più di due anni, né nei confronti dei suoi ascendenti e figli minori, o maggiori con incapacità tali che non siano oggettivamente capaci di provvedere alle proprie necessità in conseguenza del loro stato di salute, che siano a suo carico”.

Per quanto riguarda i *Centros de Internamento de Extranjeros*, l’art. 62, comma 4, della legge *orgánica* n. 4/2000 stabilisce che non potrà “accordarsi l’ingresso di minori nei centri di internamento, senza pregiudizio di quanto previsto nell’art. 62 *bis*, comma 1, lettera i)”, ai termini del quale tra i diritti degli stranieri internati si annovera quello “di avere in loro compagnia i loro figli minori, purché il pubblico ministero emetta un parere favorevole a tale misura ed esistano nel centro strutture che garantiscano l’unità ed intimità familiare”. Conformemente, l’art. 258, comma 7, del regio decreto n. 557/2011, stabilisce che “i minori stranieri non potranno fare ingresso nei centri [d’internamento], e dovranno essere affidati ai servizi competenti di protezione dei minori, a meno che il giudice di prima istanza non dia l’autorizzazione, previo parere favorevole del pubblico ministero, ed i loro genitori o tutori si trovino nello stesso centro, manifestino il loro desiderio di rimanere insieme ed esistano strutture che garantiscano l’unità ed intimità familiare”.

Deve sottolinearsi che la condizione di genitore di un minore, spagnolo o meno, è uno degli aspetti che più ha influito sul procedimento amministrativo di espulsione dello straniero irregolare. In assenza di una disciplina *ad hoc* nella legislazione sull’immigrazione, i tribunali<sup>32</sup> (in particolare il Tribunale supremo ed i Tribunali superiori di giustizia), affrontavano questa problematica applicando direttamente principi costituzionali o di altre branche del diritto, con il risultato di escludere molto spesso l’allontanamento. Lo stesso Tribunale costituzionale ha avuto modo di pronunciarsi sul punto nella STC 140/2009, del 15 giugno. Si trattava di un ricorso di *amparo* presentato da uno straniero irregolare contro la decisione amministrativa che aveva decretato la sanzione dell’espulsione e contro la pronuncia giurisdizionale che l’aveva confermata; il Tribunale ha constatato che erano stati violati i suoi diritti alla tutela giudiziale effettiva (art. 24, comma 1, Cost.) ed alla difesa (art. 24, comma 2, Cost.), poiché l’imposizione di tale sanzione non era stata motivata né era stato valutato il radicamento dello straniero nel territorio (*arraigo*), iscritto all’anagrafe delle coppie di fatto con una donna che aveva ottenuto il rinnovo del permesso di soggiorno e con quattro figli minori che frequentavano la scuola<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Paradigmatica è la sentenza del Tribunale supremo (*sala* contenzioso-amministrativa) del 26 gennaio 2005.

Si veda JUAN ANTONIO HURTADO MARTÍNEZ, “La sanción de expulsión sobre extranjeros en situación irregular y la filiación de menores”, in *Diario La Ley*, n. 6904, 14 marzo 2008, e DIEGO BOZA MARTÍNEZ, “La regularización de los progenitores de menores de nacionalidad española y la necesidad de una solución reglamentaria a la cuestión”, Working paper n. 1/2011, del 09/02/2011, Institut de Dret Public dell’Università di Barcellona.

<sup>33</sup> Il Tribunale costituzionale ha ribadito, in questa pronuncia, il suo dovere di interpretare le norme costituzionali conformemente ai trattati internazionali in materia di diritti umani (art. 10, comma 2, Cost.). Ora, l’art. 39, comma 1, Cost. sancisce la tutela della famiglia e la giurisprudenza della Corte EDU prevede che, nelle ipotesi di espulsione in

Dopo le ultime riforme legislative, l'art. 31, comma 3, della legge *orgánica* n. 4/2000 permette all'amministrazione di concedere permessi di soggiorno temporanei per ragioni umanitarie, alle condizioni stabilite dal regolamento. In attuazione di questa disposizione, l'art. 124 del regio decreto n. 557/2011 ha introdotto la possibilità di concessione del permesso nel caso in cui si constati l'*arraigo* sociale o l'*arraigo* familiare, che si verifica quando lo straniero irregolare sia il genitore di un minore di cittadinanza spagnola.

Per concludere sul punto, giova segnalare che se il minore (accompagnato o meno) straniero delinque si applica la legge *orgánica* n. 5/2000, del 12 gennaio, sulla responsabilità penale dei minori, novellata dalla legge *orgánica* n. 8/2006, del 4 dicembre 2006. La legge, nel rispetto delle norme costituzionali e della normativa internazionale, applica i principi dell'interesse superiore del minore, del minimo intervento, d'opportunità e d'uguaglianza e tutte le garanzie di diritto processuale penale. La competenza del tribunale dei minori si estende alle persone maggiori di quattordici e minori di diciotto anni (art. 1)<sup>34</sup>. Il minore dovrà rispondere dei fatti-reato da lui commessi, essendo sanzionabile attraverso un ampio ventaglio di misure di carattere educativo<sup>35</sup>. La misura dell'internamento si applica solo come *extrema ratio*, nei casi molto gravi<sup>36</sup>; la legge non prevede, comunque, l'espulsione del minore straniero dal territorio nazionale.

Al minore straniero si riferisce esplicitamente l'art. 17, dedicato alla detenzione dei minori, *in fine*: “se il minore detenuto è straniero, il fatto della detenzione si notifica alle corrispondenti autorità consolari quando il minore abbia la sua residenza abituale fuori dalla Spagna o quando lo richieda lo stesso minore o i suoi rappresentanti legali”.

#### **1.4.2. L'allontanamento del minore non accompagnato**

La *policy* cui, in teoria, si ispira il legislatore spagnolo è quella che dà priorità, non al soggiorno, bensì al rimpatrio assistito del minore non accompagnato ed alla reintegrazione del minore nel paese di origine.

---

applicazione di una sanzione penale o amministrativa, l'*arraigo* familiare possa fungere da limite all'espulsione (v. le sentenze della Corte EDU del 2 agosto 2001, *Boultif c. Suiza*, o del 17 aprile 2003, *Yilmaz c. Alemania*). Parimenti, non può ignorarsi che l'art. 39, comma 4, Cost. stabilisce che i bambini godranno della tutela prevista negli accordi internazionali che proteggono i loro diritti e che, in questo senso, l'art. 3, comma 1, della Convenzione delle Nazioni Unite del 20 novembre 1989, sui diritti del fanciullo, stabilisce che in tutte le misure che adottino – tra le altre – le autorità amministrative in cui possano risultare coinvolti i bambini è primordiale tutelare i loro preminenti interessi (v. il FJ 6).

<sup>34</sup> I minori di quattordici anni non sono penalmente responsabili ai sensi di questa legge: si applica loro quanto disposto nelle norme sulla protezione dei minori del codice civile e della legge *orgánica* n. 1/1996 (art. 3).

<sup>35</sup> Ad esempio, l'ammonizione, l'internamento durante il fine settimana, la libertà vigilata, la privazione del diritto alla guida di motorini e di veicoli a motore, la prestazione di servizi in favore della comunità, l'inserimento in un centro a regime aperto, semiaperto o chiuso, la convivenza con una famiglia diversa dalla propria, il divieto di avvicinarsi alla vittima, ecc. (art. 7).

<sup>36</sup> È data facoltà al giudice di disporre la prosecuzione della pena detentiva in un penitenziario, qualora il minore compia i diciotto anni durante il periodo di esecuzione della pena e la sua condotta non risponda all'obiettivo fissato nella sentenza di condanna (art. 14).

La competenza per avviare l'*iter* e risolvere il procedimento amministrativo di rimpatrio del minore non accompagnato spetta all'Amministrazione statale, ovvero al *Delegado* o *Subdelegado* del Governo del territorio in cui si trova il domicilio del minore (art. 191, commi 1 e 2 del regolamento).

I provvedimenti prodromici a quello di rimpatrio si sostanziano nella richiesta alla rappresentanza diplomatica del paese di origine del minore di dati relativi alla sua filiazione ed alle circostanze sociali e familiari del suo ambiente<sup>37</sup>. Quando non possano ottenersi dati sulla famiglia, si acquisiranno informazioni sui servizi sociali di protezione dei minori esistenti *in loco* e si dovrà includere nella relazione l'impegno per scritto che l'autorità competente del paese di provenienza si assumerà la responsabilità sul minore al suo ritorno.

In questa fase, anche l'ente che ha la tutela del minore e l'amministrazione autonoma dovranno fornire all'amministrazione centrale tutti i dati in loro possesso sul minore (art. 191, commi da 3 a 5, del regolamento).

Se, in base alle precedenti informazioni, il *Delegado* o *Subdelegado* riterrà che l'interesse superiore del minore sia soddisfatto dal ricongiungimento alla sua famiglia o con l'affidamento ai servizi sociali del suo paese, darà inizio al procedimento di rimpatrio (art. 192 del regolamento). Una tale determinazione sarà immediatamente notificata al minore (in forma tale che gli risulti comprensibile, superando ostacoli linguistici; il minore verrà contestualmente informato circa i suoi diritti, ivi compreso quello ad un interprete della sua lingua se non abbia una adeguata conoscenza dello spagnolo), al suo rappresentante legale o a coloro che detengano la sua tutela o custodia provvisoria, nonché al pubblico ministero.

Nei dieci giorni successivi alla data di notifica, le parti potranno fare le loro allegazioni e produrre le prove che ritengano pertinenti in relazione ai fatti adottati. L'art. 35, comma 6, della legge (attuata dall'art. 193, comma 1, del regolamento) stabilisce che "ai maggiori di sedici anni e minori di diciotto anni si riconosce capacità per agire nel procedimento di rimpatrio previsto in questo articolo, nonché nella sede giurisdizionale contenzioso-amministrativa per lo stesso motivo, potendo intervenire personalmente o attraverso il rappresentante che designino. Quando si tratti di minori di sedici anni, con sufficiente discernimento, che abbiano manifestato una volontà contraria a quella di colui che esercita la tutela o la rappresentanza, si sospenderà il procedimento fino alla nomina di un difensore giudiziario che li rappresenti". Inoltre, l'art. 35, comma 5, della legge *orgánica* n. 4/2000 (attuato dall'art. 194 del regolamento) prevede che sia sentito il minorenne che abbia un sufficiente discernimento. Un'interpretazione sistematica delle norme applicabili in materia di protezione di minori conduce ad affermare che, in linea di principio, ogni minore che abbia compiuto dodici anni deve essere necessariamente sentito, così come deve essere sentito il

---

<sup>37</sup> In assenza di rappresentanza diplomatica di quel paese in Spagna, le attività di individuazione della famiglia dovranno essere compiute attraverso il Ministero degli affari esteri (*Dirección General de Asuntos Consulares y Migratorios*).

minore che, pur non avendo tale età, dimostri una maturità sufficiente per pronunciarsi (in caso contrario, si violerebbe il diritto alla tutela giurisdizionale di cui all'art. 24, comma 1, Cost.)<sup>38</sup>.

Sentiti il pubblico ministero, il minore, il tutore e, se del caso, il difensore giudiziario o il rappresentante designato dal minore, il *Delegado* o *Subdelegado* del Governo deciderà sul rimpatrio. È bene ribadire, e sottolineare, che il rimpatrio, sebbene sia configurato come la regola, non è affatto la sola misura adottabile, ed anzi ad esso può farsi luogo solo se, attenzione avendo riguardo all'interesse superiore del minore, agevola il ricongiungimento alla famiglia oppure si constata che sia più vantaggioso per il minore un reinserimento sociale nel suo paese di origine attraverso le sue istituzioni tutelari<sup>39</sup>.

La decisione adottata esaurisce la via amministrativa ed è impugnabile in via contenzioso-amministrativa dal pubblico ministero, dallo stesso minore, dall'ente pubblico che ne ha la tutela, rappresentando i suoi interessi, e dalle associazioni di immigrati o di protezione dei minori, secondo l'art. 19, comma 1, lettera *b*), in relazione all'art. 18 della legge n. 29/1998, del 13 luglio, di disciplina della giurisdizione contenzioso-amministrativa.

Nell'ipotesi si decreti il rimpatrio, questo sarà eseguito dai funzionari del corpo nazionale di polizia, che consegneranno il minore alla sua famiglia o all'ente di tutela competente (art. 195, comma 1, del regolamento). I costi del rimpatrio saranno a carico della famiglia del minore o dei servizi sociali del suo paese di origine; solo sussidiariamente se ne farà carico lo Stato spagnolo (art. 195, comma 3, del regolamento).

Se il minore è sottoposto ad un procedimento penale (v. *supra*, par. 1.4.1.) e ciò emerga nel procedimento amministrativo di rimpatrio, l'esecuzione di rimpatrio sarà condizionata all'autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria (art. 195, comma 2, del regolamento).

## **2. Lo straniero al compimento della maggiore età**

### **2.1. Il compimento della maggiore età da parte del minore in famiglia**

Il sistema delle norme dedicate al soggiorno dei minori i cui genitori o i cui rappresentanti siano stranieri regolarmente soggiornanti fa sì che, per i rinnovi dei titoli di soggiorno, si segua la procedura prevista in relazione al ricongiungimento familiare (art. 185, comma 4, e art. 186, comma 4).

---

<sup>38</sup> In questo senso, le SSTC 221/2002, del 25 novembre; 71/2004, del 19 aprile; e 152/2005, del 6 giugno.

<sup>39</sup> Cfr. la *Instrucción* della *Fiscalía General del Estado* n. 6/2004, del 26 novembre. Al rimpatrio si addiuvano unicamente se si danno le garanzie necessarie, il che nella pratica diventa molto difficile, dati i problemi che si presentano spesso per localizzare le famiglie, la scarsa collaborazione dei paesi di origine e l'assenza di servizi di protezione e di attenzione alle famiglie che si possano fare carico di questi minori.



L'art. 59 del regio decreto n. 557/2011 riguarda il soggiorno dei familiari ricongiunti indipendente da quello del soggiornante. Nel comma 4 si stabilisce che i figli ed i minori otterranno un titolo di soggiorno indipendente. Ciò avverrà in una delle situazioni che seguono.

1) Il soggetto raggiunge la maggiore età e dimostra di trovarsi in una delle situazioni descritte nell'art. 59, comma 1, e cioè non ha debiti con l'amministrazione tributaria o con la previdenza sociale e integra uno dei seguenti requisiti:

- a) ha mezzi economici sufficienti per la concessione di un permesso di soggiorno temporaneo di carattere non lucrativo (*id est*, che non contempla una attività lavorativa);
- b) è parte di uno o più contratti di lavoro (dipendente), di durata minima (dal momento della richiesta) di un anno, e dai quali derivi una retribuzione non inferiore a quattordici volte il salario minimo interprofessionale mensile a tempo pieno;
- c) integra i requisiti esigibili per la concessione di un permesso di soggiorno temporaneo e di lavoro autonomo.

2) Il soggetto raggiunge la maggiore età ed ha soggiornato in Spagna per cinque anni.

Secondo l'art. 59, comma 6, la durata del titolo di soggiorno indipendente varia a seconda della durata del soggiorno di cui il soggetto è stato titolare in conseguenza del ricongiungimento familiare; ma, in ogni caso, avrà una validità minima di un anno.

Infine, è da segnalare che, in generale, hanno diritto ad un permesso di soggiorno di lungo periodo (art. 148, comma 1, del regolamento) gli stranieri che hanno soggiornato legalmente ed in forma continuativa nel territorio spagnolo per cinque anni. Un analogo diritto spetta a "i residenti che siano nati in Spagna e, al compimento della maggiore età, abbiano soggiornato in Spagna legalmente e continuativamente, per – almeno – i tre anni immediatamente precedenti alla richiesta" (l'art. 148, comma 3, lettera c), del regolamento).

## **2.2. Il compimento della maggiore età da parte del minore non accompagnato**

Il regio decreto n. 557/2011 distingue tra i minori non accompagnati titolari di un titolo di soggiorno e quelli che ne sono sprovvisti.

### ***2.2.1. Il soggetto provvisto di un titolo di soggiorno***

L'art. 197 del regio decreto n. 557/2011 reca la disciplina applicabile al minore non accompagnato provvisto di un titolo di soggiorno al compimento della maggiore età.

"1. Nel caso dei minori sui quali un servizio di protezione di minori abbia la tutela legale, la custodia o l'affidamento che raggiungano la maggiore età essendo titolari di un titolo di soggiorno concesso in base all'articolo precedente [v. *supra*, par. 1.3.3.], il titolare di questo potrà richiedere il suo rinnovo presentando l'apposito modulo, nei sessanta giorni anteriori alla data di scadenza del

titolo. La presentazione della richiesta entro questo termine prorogherà la validità del titolo [di soggiorno] precedente sino alla definizione del procedimento di rinnovo.

Si prorogherà fino alla definizione del procedimento anche nell'ipotesi in cui la richiesta sia presentata entro i novanta giorni successivi alla data in cui sarebbe scaduta il precedente titolo, senza pregiudizio dell'inizio del corrispondente procedimento sanzionatorio per l'infrazione in cui sia incorso.

2. Il titolo sarà rinnovato conformemente alla procedura di rinnovo dell'autorizzazione al soggiorno temporaneo di carattere non lucrativo, con le seguenti particolarità:

a) La somma da calcolare come mezzi economici di cui si dispone per il sostentamento è stabilita in una quota che rappresenti mensilmente il 100 per cento dell'IPREM<sup>40</sup>.

b) Potranno essere presi in considerazione i rapporti positivi che, se del caso ed a questi effetti, possano presentare gli enti pubblici competenti, in conformità a quanto previsto nell'articolo 35, comma 9, della legge *orgánica* n. 4/2000, dell'11 gennaio.

3. Si prenderà specialmente in considerazione il grado di inserimento del richiedente nella società spagnola, che sarà determinato una volta valutati i seguenti aspetti:

a) Il rispetto delle norme di convivenza nel centro di tutela.

b) Il grado di conoscenza delle lingue ufficiali dello Stato.

c) L'esistenza di legami familiari in territorio spagnolo, con cittadini spagnoli o con stranieri residenti.

d) Il tempo durante il quale sia stato accolto, affidato o sottoposto a tutela di fatto di un cittadino o di un'istituzione spagnola.

e) La continuità negli studi.

f) L'esistenza di un'offerta o di un contratto di lavoro.

g) La partecipazione a percorsi di formazione.

4. La validità del titolo rinnovato sarà di due anni, a meno che spetti un titolo di soggiorno di lungo periodo.

5. Entro un mese dalla notifica della decisione con cui si rinnova il titolo di soggiorno, il titolare dovrà sollecitare il rilascio della *Tarjeta de Identidad de Extranjero*.

6. Nel momento del compimento della maggiore età o in qualsiasi momento posteriore, potrà essere chiesta la trasformazione del titolo di soggiorno in corso di validità in un titolo di soggiorno e

---

<sup>40</sup> L'*Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples* (IPREM) è l'indice di riferimento che ha sostituito, in Spagna, il "reddito minimo garantito" come soglia per usufruire di aiuti per l'abitazione, di borse di studio, di sussidi per disoccupazione, dell'assistenza giuridica gratuita, ecc.

lavoro, nei termini stabiliti nell'art. 200 di questo regolamento. Agli effetti della suddetta modifica, potranno essere presentati uno o più contratti di lavoro di validità successiva”.

Hanno diritto a un permesso di soggiorno di lungo periodo “i residenti che al compimento della maggiore età siano stati sotto tutela di un ente pubblico spagnolo durante i cinque anni immediatamente precedenti di modo continuativo” (l'art. 148, comma 3, lettera *e*), del regolamento).

### **2.2.2. Il soggetto sprovvisto di titolo di soggiorno**

L'art. 198 del regio decreto n. 557/2011 disciplina il caso in cui lo straniero irregolare raggiunga la maggiore età.

“1. Nel caso di minori su cui un servizio di protezione dei minori eserciti la tutela legale, la custodia o l'affidamento che raggiungano la maggiore età senza avere ottenuto il permesso di soggiorno previsto nell'art. 196 di questo regolamento ed abbiano partecipato adeguatamente alle azioni formative ed alle attività programmate da tale ente per favorire la loro integrazione sociale, [il detto servizio di protezione] potrà raccomandare la concessione di un permesso di soggiorno temporaneo per circostanze eccezionali.

2. A prescindere da ciò, e dal fatto che la raccomandazione dell'ente dovrà accompagnare la richiesta di autorizzazione, questa sarà presentata personalmente dallo straniero entro i sessanta giorni anteriori o entro i novanta giorni successivi alla data in cui si compiano i diciotto anni.

Parimenti, [il soggetto] dovrà attestare, in alternativa:

a) Che ha mezzi economici sufficienti per il suo sostentamento, in una quantità che rappresenti mensilmente il 100 per cento dell'IPREM.

b) Che ha un contratto o contratti di lavoro di validità successiva rispetto ai quali si integrano i requisiti stabiliti nelle lettere *b*), *c*), *d*), *e*), *e f*), dell'art. 64, comma 3, di questo regolamento<sup>41</sup>.

c) Che integra i requisiti stabiliti nelle lettere *a*), *b*), *c*), e *d*), dell'art. 105, comma 3, di questo regolamento<sup>42</sup> per l'esercizio di un'attività di lavoro autonomo. Ciò nonostante, il reddito previsto dal progetto [di attività] dovrà essere, come minimo, di una quantità che garantisca le spese relative a vitto e alloggio nella misura mensile del 100 per cento dell'IPREM.

---

<sup>41</sup> I suddetti requisiti fanno riferimento all'esistenza di un contratto valido, che rispetti la normativa in materia di lavoro ed il contratto collettivo, che garantisca al lavoratore un'attività continuativa durante il periodo di vigenza dell'autorizzazione iniziale di soggiorno temporaneo e lavoro per conto terzi. Il soggetto deve essere stato iscritto al sistema di previdenza sociale e deve avere la qualifica legalmente richiesta per l'esercizio della professione in questione. Il datore di lavoro deve avere mezzi economici sufficienti per far fronte agli obblighi assunti nei confronti del lavoratore.

<sup>42</sup> È quindi necessario adempiere alle condizioni che la legislazione esige per l'apertura e lo svolgimento della attività progettata, essere in possesso della qualifica professionale precisa e dell'iscrizione all'albo, se necessaria, attestare che l'investimento iniziale previsto sia sufficiente, e disporre di mezzi economici per il vitto e l'alloggio.

In caso di concessione del permesso in base a quanto previsto nelle lettere *b*) e *c*), questo comporterà un'autorizzazione al lavoro e la sua validità sarà condizionata alla successiva iscrizione del lavoratore alla previdenza sociale entro un mese dalla notifica della decisione [sulla concessione del soggiorno].

3. Nell'ambito del procedimento si terrà specialmente conto del grado di inserimento del richiedente nella società spagnola, nei termini previsti dal comma 3 dell'articolo precedente”.