

Cassazione civile, sez. unite, 25 ottobre 2010, n. 21799

(...OMISSIS).

Svolgimento del processo

Il Tribunale per i minorenni di Perugia, con decreto del 5 dicembre 2008, respingeva l'istanza della cittadina nigeriana (omissis) di essere autorizzata ai sensi dell'art.31 del T.U. sull'immigrazione appr. con d.lgs. 286/1998 alla temporanea permanenza sul territorio nazionale nell'interesse dei tre figli minori (omissis), (omissis) e (omissis) in atto affidati part-time presso la famiglia Nardoni-Rosati dal mese di aprile 2003. Il reclamo della (omissis) è stato respinto dalla Corte di appello di Perugia con decreto 12 marzo 2009, in quanto: a) i gravi motivi che consentono di autorizzare il familiare del minore alla permanenza nel territorio dello Stato devono aver riguardo a situazioni eccezionali e transitorie connesse a generali esigenze del suo sviluppo fisico; b) questa esigenza non si identifica, quindi, con quella di avere accanto un genitore durante il tempo della sua minore età; e d'altra parte la ricorrente condannata per il reato di sfruttamento della prostituzione e perciò destinataria di un provvedimento di espulsione, aveva tenuto un comportamento poco attento alle esigenze dei figli tanto che si era reso necessario l'intervento dei Servizi sociali ed il loro affidamento etero familiare.

Per la cassazione della sentenza la (omissis) ha proposto ricorso per due motivi. Nessuno degli intimati ha spiegato di fese.

Con ordinanza 14 aprile 2010 n.8882, questa Corte considerata l'esistenza di un contrasto all'interno della sezione soprattutto sull'interpretazione dei "gravi motivi" richiesti dalla legge quale presupposto necessario per il conseguimento dell'autorizzazione ha rimesso la controversia al Primo Presidente per l'assegnazione alle sezioni unite.

Motivi della decisione

2. Con il ricorso la , deducendo violazione degli art.31 d.lgs. 286 del 1998, e 3 della Convenzione dei Diritti sull'infanzia censura la sentenza impugnata per avere recepito una interpretazione restrittiva ed incostituzionale della menzionata disposizione del T.U. senza considerare:

a) che i gravi motivi richiesti per l'autorizzazione non possono ritenersi limitati a situazioni eccezionali e transitorie, riferendosi invece alla conservazione del nucleo familiare, all'impedimento di scissioni artificiali nonché dello sradicamento del minore dal contesto in cui è vissuto, nonché a concedere ai genitori possibilità di lavoro per il regolare sostentamento della prole;

b) la prevalenza dell'interesse del minore anche rispetto a quello dello Stato al regolare flusso migratorio; e sul quale d'altra parte non possono ricadere gli errori commessi dallo Stato nella gestione degli immigrati irregolari.

Il ricorso è fondato.

La giurisprudenza assolutamente prevalente di questa Corte, recepita dal decreto impugnato, ha ritenuto ai fini dell'autorizzazione temporanea all'ingresso od alla permanenza del familiare straniero del minore che si trovi nel territorio italiano, che le condizioni previste nel menzionato art. 31, consistenti nei gravi motivi connessi allo sviluppo psicofisico del minore stesso, tenuto conto delle condizioni di salute e di età, sono configurabili solo quando sia accertata l'esistenza di una situazione d'emergenza, rappresentata come conseguenza della mancanza o dell'allontanamento improvviso del genitore, a carattere eccezionale o contingente, che ponga in grave pericolo lo sviluppo normale della personalità del minore; e che detti motivi non possono quindi essere ravvisati nelle ordinarie necessità di accompagnare il processo d'integrazione ed il percorso educativo, formativo e scolastico, trattandosi di esigenze incompatibili con la natura temporanea ed eccezionale dell'autorizzazione, che viene concessa in deroga all'ordinario regime giuridico

del'ingresso e del soggiorno degli stranieri.

Per converso le recenti Cass.22080/2009 ed 823/2010, ignorando del tutto le pronunce suddette, hanno enunciato il diverso principio che la temporanea autorizzazione all'ingresso o alla permanenza in Italia del familiare del minore, di cui alla norma, non postula necessariamente l'esistenza di situazioni di emergenza o di circostanze contingenti ed eccezionali strettamente collegate alla sua salute, potendo essere connessa anche soltanto alla tenerissima età del minore, tenuto conto della grave compromissione e del sicuro danno all'equilibrio psico-fisico che determina in tale situazione l'allontanamento o la mancanza di uno dei genitori nonché la conseguente impossibilità di avere rapporti con lui e di poterlo anche soltanto vedere.

Queste ultime decisioni riflettono le posizioni della dottrina prevalente favorevole ad una interpretazione estensiva dei "gravi motivi connessi con lo sviluppo psico-fisico del minore", non limitati dai requisiti dell'eccezionalità e contingenza, ma corrispondenti ad un'idea promotiva dello sviluppo del fanciullo che ne prenda in considerazione il preminente interesse in relazione all'età e/o alle condizioni di salute anche psichiche nonché al pregiudizio che gli può derivare comunque dall'allontanamento forzato dei familiari (Cass.25026/05).

3. Tanto premesso, le Sezioni Unite osservano che gli art.29 e segg. Costit. tutelano la famiglia anche e soprattutto come luogo privilegiato di sviluppo ed affermazione della personalità del minore, ponendolo al centro di un sistema di protezione e fruizione di diritti da esercitarsi nei confronti dei genitori (art.30) e dei pubblici poteri (art.31). E che la Corte Costituzionale ha rimarcato l'applicazione generale e paritaria di detti diritti considerati fondamentali della persona" con specifico riguardo alla condizione degli stranieri già in epoca anteriore al T.U. appr. con d.lgs. 286 del 1998: estendendo il ricongiungimento di cui alla legge allora vigente a fattispecie ulteriori, riferite a nuclei familiari con figli minori attraverso una motivazione incentrata sul diritto del minore alla massima espressione della funzione genitoriale (sent. 203/1997 e 28/1995).

Con la successiva pronuncia 376/2000, ha rilevato quindi che il diritto all'unità familiare merita "una speciale protezione" quando riguarda il destino dei figli minori perché oltre a ricevere una diretta tutela costituzionale è affermato da una serie di disposizioni di trattati internazionali ratificati dall'Italia: dal patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (reso esecutivo con la legge 881 del 1977) alla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo ratificata dalla legge 176/1991, che approfondisce il contenuto del diritto di famiglia, con particolare riguardo al rapporto genitori-figli, precisando che il fanciullo non può essere separato dai genitori, se non in casi specifici e controllati (art. 9 e segg.}.

Da dette fonti ha tratto conferma del principio "pienamente rinvenibile negli art. 29 e 30 Costit. in base al quale alla famiglia deve essere riconosciuta la più ampia protezione ed assistenza, in particolare nel momento della sua formazione ed in vista della responsabilità che entrambi i genitori hanno per il mantenimento e l'educazione dei figli minori; tale assistenza e protezione non può prescindere dalla condizione, di cittadini o di stranieri, dei genitori, trattandosi di diritti umani fondamentali, cui può derogarsi solo in presenza di specifiche e motivate esigenze volte alla tutela delle stesse regole della convivenza democratica". Questo sistema di valori ritenuti "fondamentali della dignità umana", è divenuto parte integrante del diritto comunitario nel cui ambito è stata adottata la Direttiva 2003/86/CE relativa al ricongiungimento familiare di cittadini di paesi terzi, da interpretare secondo la Corte di Giustizia alla luce dei diritti fondamentali, e più "particolarmente del diritto al rispetto della vita familiare sancito sia dalla CEDO, sia dalla Carta"; ed è stato da ultimo interamente trasfuso nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Nizza, 7 dicembre 2000), nella versione derivante dal Trattato di Lisbona, del 13 dicembre 2007 ed entrata in vigore il 1° dicembre 2009, che ha ribadito il diritto al rispetto della propria vita privata e familiare {art. 7); i diritti dei minori alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere; nonché quelli ad intrattenere regolarmente relazioni e contatti diretti con i genitori, salvo che ciò appaia contrario al loro interesse (art. 24).

4. Alle ricordate norme rivolte alla protezione, con carattere di priorità, dell'individuo minorenne si

contrappone la materia dell'immigrazione, fondata su principi diversi (e talvolta antitetici) ispirati da esigenze di ordine pubblico e di sicurezza nazionale; e comportante anzitutto la rigorosa regolamentazione delle condizioni che consentono l'ingresso e la permanenza dello straniero nel territorio di ciascuno Stato. Si tratta anche in questo caso di principi e valori tutelati da fonti internazionali tanto da essere stati comunitarizzati dal Trattato di Amsterdam e da consentire interventi legislativi degli organi comunitari (art. 51 Tratt.); i quali con la recente Direttiva 2008/115/CE hanno dettato norme e procedure comuni da applicare negli Stati membri per il rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare. E la cui operatività richiede un difficile bilanciamento tra i diversi interessi generali ed individuali coinvolti attingendo anche la protezione dei diritti delle famiglie e dei minori immigrati.

Ne costituisce un significativo riscontro la giurisprudenza della Corte di Giustizia relativa ai ricongiungimento familiare, la quale ha formulato una serie di criteri interpretativi da seguire nell'esame delle domande rivolte a realizzarlo evidenziando alcuni indici più significativi e prioritari, quali la durata e la stabilità dei rapporti, il radicamento del nucleo familiare e dei figli minori, le effettive necessità reddituali e di alloggio rispetto agli standards normativi (da ultimo dec. 4 marzo 2010 in proc. C- 578/2008). Mentre con riguardo al rimpatrio obbligatorio dello straniero irregolare l'art. 5 della menzionata Direttiva ha raccomandato agli Stati membri di tenere nella debita considerazione l'interesse superiore del bambino e la vita familiare; ed il successivo art. 10, pur permettendo il rimpatrio e l'allontanamento anche di minori non accompagnati, ne ha reso obbligatoria l'adeguata assistenza "da parte di organismi appropriati" onde garantire in ogni momento siffatto interesse.

Nella stessa prospettiva del necessario bilanciamento fra queste contrapposte esigenze la Corte Edu ha disconosciuto ai diritto alla vita privata e familiare natura di diritto assoluto, dichiarando che lo stesso può essere sacrificato sulla base di politiche statali di regolamentazione dell'immigrazione; ed ha elaborato una serie di criteri di natura elastica al fine di bilanciare il diritto "au respect de sa vie privée et familiale" di cui all'art. 8 della Convenzione con il limite al suo esercizio costituito dall'ingerenza dei pubblici poteri consentita dal 2° comma, sostanzialmente subordinandola ai parametri della "proporzionalità" e "necessità" (Corte Edu, 24 novembre 2009, Omojudi; 22 marzo 2007, Maslov; 18 ottobre 2006, Unerv; 27 ottobre 2005, Keles; 17 aprile 2003, Ylmaz; 11 luglio 2002, Amrollahi; 20 novembre 1999, Baghli).

Per adeguare la legislazione nazionale a questi principi ed operare il bilanciamento prescritto dalle Corti sovranazionali, il T.U. del 1998: A) non ha consentito: 1/ espulsione degli stranieri minori degli anni 18, né delle madri "nei sei mesi successivi alla nascita del figlio cui provvedono"; B) nell'ambito del diritto all'unità familiare e tutela dei minori (Corte Costit. 295/2003) ha introdotto l'istituto del ricongiungimento familiare (art. 28 e segg.) dopo avere confermato che "deve essere preso in considerazione con carattere di priorità il superiore interesse del fanciullo, conformemente a quanto previsto dall'articolo 3, comma 1, della Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989". Tuttavia, il diritto al mantenimento dell'unità della propria famiglia, sulla scia della ricordata Direttiva comunitaria del 1986, è in via generale riconosciuto dall'art. 28, primo comma della legge alle condizioni sostanziali e nel rispetto delle regole procedurali previste nei successivi artt. 29 e 30, i quali dettano le modalità con cui viene tutelato il diritto anzidetto: perciò soltanto ai cittadini stranieri regolarmente presenti nel territorio dello Stato italiano, onde l'esistenza di un nucleo familiare non è di per sé sufficiente a far ritenere legittima la permanenza in Italia di cittadini stranieri al di fuori delle regole che disciplinano il loro ingresso nel territorio dello Stato. E la Corte Costituzionale (sent. 232/2001) ha ritenuto legittima detta tutela apprestata al solo straniero, che sia regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato, a mantenere l'unità del suo nucleo familiare, osservando: a) che l'esercizio del diritto al ricongiungimento può essere sottoposto dalla legge a condizioni volte ad assicurare un corretto bilanciamento con altri valori dotati di pari tutela costituzionale (sentenza 28/1995) ed, in particolare, alla condizione che sussista la possibilità di assicurare al familiare, con cui si opera il ricongiungimento, condizioni di vita che consentano un'esistenza libera e dignitosa (sentenza n. 2.03 dei 1997); b) che il legislatore può legittimamente porre dei limiti all'accesso degli stranieri nel territorio nazionale, effettuando un "corretto

bilanciamento dei valori in gioco”, esistendo in materia una ampia discrezionalità legislativa limitata soltanto dal vincolo che le scelte non risultino manifestamente irragionevoli (sentenza n. 353 del 1997); c) che, diversamente opinando, si andrebbero a vanificare i presupposti previsti dalla legge per il ricongiungimento familiare, dal momento che sarebbe consentito comunque allo straniero coniugato e convivente con altro straniero di aggirare le norme in materia di ingresso e soggiorno, con evidente sacrificio degli altri valori costituzionali considerati dalle norme in materia, perché non vi sarebbe alcun controllo circa la sussistenza delle condizioni minime per il ricongiungimento.

5. Questo quadro normativo è completato dalla disposizione del 3° comma dell'art.31 del T.U. la quale prevede una duplice possibilità di autorizzazione temporanea, all'ingresso ed alla permanenza del familiare sul territorio nazionale in deroga alle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione, e nel concorso di gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico del minore, tenuto conto della sua età delle sue condizioni di salute: perciò svolgendo la funzione di norma di chiusura del sistema di tutela dei minori stranieri, fondato in via ordinaria sull'istituto del ricongiungimento familiare, ed apportando una eccezione alla disciplina sull'ingresso e sul soggiorno dello straniero dettata dalle norme precedenti quando ricorrano le condizioni per salvaguardarne il “preminente interesse” in situazioni nelle quali l'allontanamento suo o di un suo familiare potrebbe pregiudicarne gravemente l'integrità fisio-psichica. In tale logica, essa attua, completa ed esaurisce il bilanciamento necessario ed equilibrato tra il rispetto alla vita familiare del minore che i pubblici poteri sono tenuti a proteggere e promuovere e l'interesse pubblico generale alla sicurezza del territorio e del controllo delle frontiere che richiede soprattutto il rispetto delle norme sull'immigrazione da parte dei soggetti ad essa sottoposti; e che rappresenta, secondo la Corte Costituzionale e le fonti internazionali menzionate, un valore primario di pari rango ed egualmente degno di tutela; tanto che la Corte CEDU lo ha incluso fra gli interessi pure fondamentali indicati dal 2° comma dell'art. 8 della Convenzione europea, a fronte dei quali ha considerato recessivi anche quelli del 1° comma, e comunque oggetto di un necessario bilanciamento che ha dato origine al noto catalogo dei parametri contenuti nella decisione Bouitif del 2 agosto 2001.

Questa interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione dell'art. 31, non consente di condividere l'indirizzo c.d. Restrittivo, laddove travalicando la lettera della legge, qualifica la norma “eccezionale” o la correla a requisiti di emergenza o la ritiene addirittura applicabile solo in situazioni di estremo pericolo per la salute (fisica) del minore: se non nel senso che, incidendo soprattutto sugli stranieri che soggiornano irregolarmente in Italia ed apportando una deroga (testualmente: “anche in deroga alle altre disposizioni”) alla precedente disciplina sull'immigrazione e sulle condizioni per conseguire il ricongiungimento familiare, rappresenti un istituto extra-ordinem “a favore dei minori” (come recita lo stesso titolo IV della legge in cui è compresa), nel significato tradizionale attribuitogli fin dal diritto romano. Al quale dunque - almeno nella seconda delle ipotesi considerate di permanenza del familiare sul territorio nazionale - può farsi ricorso, tutte le volte in cui è invocabile il presupposto sostanziale legittimante del grave motivo connesso allo sviluppo psicofisico del titolare del diritto: significativamente devoluto alla valutazione del Tribunale per i minorenni. Ma essa rende del pari inaccettabile la funzione attribuita da una parte della giurisprudenza di merito e da alcuni studiosi, di superare e porre nel nulla la disciplina del ricongiungimento posta dalla normativa precedente tutte le volte in cui per effetto dell'espulsione del genitore irregolare si realizzi la rottura dell'unità familiare comprendente un minore, muovendo dal presupposto che quest'ultima comporti per lui sempre e comunque un danno psichico: con la conseguente applicazione automatica della deroga dell'art. 31, in tal modo trasformata in regola, onde impedire detto allontanamento per tutta la durata della minore età, o (secondo altre decisioni) per la durata dell'intero percorso scolastico.

Una tale lettura risulta incompatibile proprio con l'intero sistema integrato delle fonti costituzionali, comunitarie ed internazionali introduttive dei criteri di bilanciamento di cui si è detto, da ultimo espresso dalla ricordata direttiva comunitaria del 2008, la quale non considera affatto “esclusivo” e

sempre gerarchicamente prevalente l'interesse del minore, ma pur raccomandando agli Stati sia nel 22° considerando che nell'art. 5 di tenere in debita considerazione "l'interesse superiore del bambino" e "la vita familiare", mantiene ferma la regola che "qualunque cittadino di un paese terzo...il cui soggiorno è irregolare" può essere espulso e rimpatriato allorché ricorrono le condizioni poste dall'art.6: facendo salve le sole deroghe di cui i paragrafi da 2 a 5 fra le quali non è compresa la presenza di figli minori. Ed appare egualmente inconciliabile con la normativa del T.U., rendendola illogica ed irrazionale, laddove da un lato (art. 19, comma 2° lett. a) non consente l'espulsione degli "stranieri minori degli anni 18", ma non anche quella dei familiari, perciò considerata legittima anche in presenza di figli minori ai quali in tal caso è attribuito espressamente il diritto di seguire il genitore o l'affidatario espulsi; e dall'altro attraverso la disposizione dell'art.31 la contraddice vietando non più l'espulsione della sola madre nei 6 mesi successivi al parto, bensì quella dei genitori per l'intera durata della minore età, o comunque per il periodo di formazione del minore o del completamento del suo ciclo scolastico: finalità questa più semplicemente conseguibile dal legislatore, ove effettivamente voluta - e peraltro senza alcuna contraddizione - con la mera aggiunta nell'art.19 dell'espressione "e dei loro genitori" (o dei familiari entro un certo grado).

6. Pertanto, il comma 3° dell'art. 31 non si contrappone a quest'ultima disciplina, né a quella posta dagli artt.28 e segg. sul ricongiungimento familiare, ma va coordinato con l'una e l'altra perché rivolto ad operarne il bilanciamento con l'interesse del minore nel grado più elevato possibile ed oltre il limite posto da quest'ultima normativa, senza per questo pregiudicare l'interesse pubblico alla sicurezza nazionale nonché all'osservanza della disciplina dell'immigrazione. Da qui l'individuazione e la selezione della soluzione ritenuta più adeguata a consentirne il contemperamento, la quale: A) subordina l'autorizzazione alla permanenza del genitore (o familiare) irregolare del minore straniero alla ricorrenza del requisito legale della "gravità dei motivi" e con la necessaria connessione di detta formula allo sviluppo psicofisico del minore: perciò da apprezzare avendo riguardo alla situazione in atto del fanciullo; e soprattutto, allorché si prospetta un deterioramento grave della sua condizione, con giudizio eventualmente prognostico sulle conseguenze che la sua modificazione possa comportare per il minore. Il che le Sezioni Unite avevano già evidenziato nella precedente decisione del 2006 osservando che la situazione oggettiva nella quale vanno ravvisati i gravi motivi "può essere attuale, ma può anche essere dedotta quale conseguenza dell'allontanamento improvviso del familiare sin allora presente e cioè di una situazione futura ed eventuale rimessa dall'accertamento del giudice minorile"; B) considera, tuttavia il provvedimento che esclude l'allontanamento in funzione esclusiva della tutela del minore e non del genitore o del familiare che dovrebbe essere espulso; per cui, essendo la sua condizione fisio-psichica una situazione che si modifica ed evolve, la norma ne giustifica una periodica rivalutazione, a seguito della quale, ove la gravità della situazione permane l'autorizzazione (significativamente prevista a tempo determinato) può essere prorogata. Mentre la stessa deve essere immediatamente "revocata quando vengono a cessare i gravi motivi che ne giustificano il rilascio.", pur se inizialmente presenti, e gli effetti siano, perciò, raggiunti prima della scadenza naturale del provvedimento.

Detta ricostruzione del contenuto e della finalità della norma/ne esclude in radice estensioni applicative rivolte a consentire ai familiari del minore la regolarizzazione, in via amministrativa della posizione di soggiorno, nonché la sanatoria di situazioni contingenti di irregolarità e di violazione della disciplina in tema di immigrazione: caratterizzate tutte dal disconoscimento della centralità dell'interesse del minore, relegato al ruolo marginale di mera occasione indiretta, piuttosto che di ragione giuridica esclusiva del provvedimento autorizzatorio.

E non consente neppure di condividere l'indirizzo rappresentato da Cass. 22080/2009 ed 823/2010, attento esclusivamente al panorama delle fonti internazionali che enunciano e privilegiano l'interesse del fanciullo, e per converso del tutto silente nella valutazione dell'impianto normativo della disciplina dell'immigrazione che secondo le medesime fonti ne costituisce il termine necessario di confronto critico; nonché delle problematiche affrontate dalla Corte Costituzionale e

dalia Corte Edu, in merito al bilanciamento dei relativi interessi costituzionalmente e convenzionalmente riconosciuti: nella prospettiva unilaterale e riduttiva di dette pronunce, invece ignorati del tutto. Senza considerare che il risultato conclusivo del richiamo ai soli parametri internazionali per legittimare l'autorizzazione alla permanenza dello straniero irregolare sul territorio nazionale, finisce per oltrepassare i confini interpretativi della clausola generale correlata ai gravi motivi, questa rendendo del tutto superflua, e perciò offrendone una esegesi sostanzialmente abrogativa.

7. D'altra parte, l'orientamento c.d. restrittivo, già sfrondata dalia richiesta del requisito dell'eccezionalità, o della natura emergenziale della situazione legittimante la misura autorizzativa (significativamente limitato dalle Sezioni Unite con la precedente pronuncia del 2006 alla sola ipotesi dell'ingresso dello straniero nel territorio nazionale) ha avuto una notevole evoluzione. A partire da Cass. 396/2006 è stata infatti abbandonata la lettura strettamente sanitaria della norma e limitata al ristretto orizzonte della patologia medica nonché delle evenienze terapeutiche riguardanti la sola salute fisica; e la contestuale Cass. sez. un. 22216/2006 ha rimosso anche la necessità della preesistenza della patologia nell'ipotesi in cui venga richiesta l'autorizzazione alla permanenza del familiare che diversamente dovrebbe essere espulso, osservando che proprio l'allontanamento improvviso del genitore o lo spostamento definitivo dell'intero nucleo familiare possono determinare una situazione futura di grave rischio per il corretto equilibrio psico-fisico del minore che, ancorché non puntualmente prospettata dalla parte ricorrente nell'indicazione dei gravi motivi, deve essere attentamente valutata dal giudice minorile anche attraverso accertamenti tecnici specialistici.

Per cui le Sezioni Unite nel ribadire quest'ultimo arresto, devono concludere che la tecnica di normazione a clausola generale dell'art. 31 induce a comprendervi qualsiasi danno effettivo, concreto, percepibile ed oggettivamente grave che in considerazione dell'età o delle condizioni di salute ricollegabili al complessivo equilibrio psico-fisico derivato è altamente probabile deriverà al minore dall'allontanamento del familiare o dal suo definitivo sradicamento dall'ambiente in cui è cresciuto.

Si tratta, all'evidenza, di situazioni che non si prestano ad essere preventivamente catalogate e standardizzate, ma richiedono un'indagine svolta in modo individualizzato, peraltro da parte di un organo specializzato, tenendo conto della peculiarità delle situazioni prospettate, nonché di ogni possibile variabile - come l'età, le condizioni di salute, la presenza o meno dell'altro genitore e la situazione della famiglia - e di qualsiasi altro fattore idoneo a consentire l'operazione di corretto bilanciamento degli interessi richiesta dalla norma: in relazione ai quali non a caso la Corte europea ha elaborato una serie di parametri finalizzati ad ottenere una soluzione fortemente caratterizzata dal caso concreto nonché ad orientare l'interprete allorquando si rende necessario operare un bilanciamento di interessi.

8. Da qui la necessità che tra il minore ed il genitore espulso sussista e sia documentato - un rapporto affettivo significativo idoneo a giustificare l'inversione della regola generale secondo cui il figlio minore segue la condizione giuridica del genitore (1° comma); prevedendo invece che quest'ultima possa seguire quella del figlio attraverso la richiesta dello straniero irregolare "di entrare o soggiornare in Italia anche in deroga alle altre disposizioni della presente legge" per la necessità di non privare traumaticamente il minore della figura parentale fino ad allora presente nella sua vita psichica.

Si tratta, infatti, secondo la giurisprudenza di questa Corte del riconoscimento di un diritto soggettivo a titolarità multipla, avente ad oggetto quel particolare bene della vita costituito dall'unità della famiglia e della reciproca assistenza tra i suoi membri, sebbene in subordine ed in funzione del superiore interesse del minore (Cass. 396/2006); che si fonda dunque sulla effettività della vita familiare nonché della relazione parentale che è rivolta a mantenere. E proprio alla pregressa vita familiare si riferisce sistematicamente la Corte Edu nell'attuare il bilanciamento postulato dalle menzionate disposizioni dell'art. 8 della Convenzione richiedendo che la stessa sia

“effettiva” ed includendo fra i parametri individuati nella decisione “Boultif” “il rilievo del ruolo genitoriale in considerazione dell’età e delle condizioni del minore”: peraltro implicitamente richiamato dallo stesso art.31 laddove è stabilita la revoca dell’autorizzazione “per attività del familiare incompatibili con le esigenze del minore”.

L’applicazione della norma non è allora subordinata all’accertamento di un rapporto di filiazione meramente biologica, ma la stessa concede il beneficio in favore dell’adulto richiedente come risposta alla primaria esigenza di assistenza del minore, onde evitargli il pregiudizio conseguente al venir meno della coesione familiare, nonché del riferimento genitoriale effettivo che la stessa ha istituito; per cui la presenza reale ed effettiva del genitore, strumentale alla presenza del fanciullo, è conseguente a tali condizioni e non si giustifica al di fuori di queste.

Una diversa interpretazione legittimerebbe l’utilizzo pretestuoso dei figli minori e dei diritti ad essi riconosciuti dalle fonti nazionali ed internazionali, da parte dei genitori nel loro esclusivo interesse; ed attribuirebbe alla norma la funzione che le è estranea, più volte paventata dall’indirizzo restrittivo, di introdurre una modalità anomala di legittimazione del soggiorno di famiglie di stranieri attraverso non già la tutela, ma una forma di strumentalizzazione dell’infanzia che di fatto convertirebbe i diritti dei fanciulli in privilegio per i genitori non regolarmente soggiornanti: sostanzialmente traducendosi in una vera e propria sanatoria permanente di immigrati presenti irregolarmente sul territorio nazionale.

Ciò impone al giudice minorile di accertare pregiudizialmente che la coesione familiare vi sia stata davvero e che nell’ambito di essa lo straniero richiedente abbia esercitato effettivamente a beneficio del figlio minore la propria funzione genitoriale, la cui improvvisa interruzione costituirebbe un nocimento irreversibile per il suo sviluppo psicofisico; ovvero se si tratta di minore in tenerissima età (significativamente considerata una variabile dalla norma) che sussista la sua idoneità effettiva ad occuparsi del minore, ad allevarlo in un ambiente familiare idoneo a garantirne la crescita, nonché a prendersi carico dei bisogni e dei problemi di lui.

9. Nessuna di queste indagini è stata eseguita dalla sentenza impugnata pervenuta alla conferma del decreto del Tribunale principalmente invocando il principio enunciato dall’indirizzo restrittivo per cui l’autorizzazione all’ingresso o alla permanenza in Italia del familiare del minore straniero (che invece andavano differenziate) può essere rilasciata solo in condizioni di emergenza ovvero in circostanze contingenti ed eccezionali per quest’ultimo; e ricordando la condanna definitiva della ricorrente per il reato di sfruttamento della prostituzione, nonché il provvedimento di affidamento dei figli ad una famiglia italiana, senza esaminare i successivi rapporti con la madre. E neppure se e quale pregiudizio agli stessi sarebbe derivato dall’espulsione di quest’ultima. Per cui la decisione va cassata con rinvio alla stessa Corte di appello di Perugia che in diversa composizione provvederà al riesame dei motivi di appello della ricorrente compiendo gli accertamenti di cui si è detto ed attenendosi al seguente principio di diritto:

“La temporanea autorizzazione alla permanenza in Italia del familiare del minore, prevista dall’art. 31 del d.lgs. n. 286 del 1998 in presenza di gravi motivi connessi al suo sviluppo psico-fisico, non postula necessariamente l’esistenza di situazioni di emergenza o di circostanze contingenti ed eccezionali strettamente collegate alla sua salute, potendo comprendere qualsiasi danno effettivo, concreto, percepibile ed oggettivamente grave che in considerazione dell’età o delle condizioni di salute ricollegabili al complessivo equilibrio psico-fisico deriva o deriverà certamente al minore dall’allontanamento del familiare o dal suo definitivo sradicamento dall’ambiente in cui è cresciuto. Trattasi di situazioni di per sé non di lunga o indeterminabile durata, e non aventi tendenziale stabilità che pur non prestandosi ad essere preventivamente catalogate e standardizzate, si concretano in eventi traumatici e non prevedibili nella vita del fanciullo che necessariamente trascendono il normale e comprensibile disagio del rimpatrio suo o del suo familiare”.

Il giudice di rinvio provvederà, infine, alla liquidazione delle spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte, accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e rinvia anche per la liquidazione delle spese del giudizio di legittimità alla Corte di appello di Perugia, sez. per i minorenni, in diversa composizione.

Così deciso in Roma il 6 luglio 2010.