



Freedom, Security & Justice:
European Legal Studies

Rivista giuridica di classe A

2021, n. 2

EDITORIALE
SCIENTIFICA



DIRETTORE

Angela Di Stasi

Ordinario di Diritto Internazionale e dell'Unione europea, Università di Salerno
Titolare della Cattedra Jean Monnet 2017-2020 (Commissione europea)
"Judicial Protection of Fundamental Rights in the European Area of Freedom, Security and Justice"

COMITATO SCIENTIFICO

Sergio Maria Carbone, Professore Emerito, Università di Genova

Roberta Clerici, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale privato, Università di Milano

Nigel Lowe, Professor Emeritus, University of Cardiff

Paolo Mengozzi, Professore Emerito, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna - già Avvocato generale presso la Corte di giustizia dell'UE

Massimo Panebianco, Professore Emerito, Università di Salerno

Guido Raimondi, già Presidente della Corte EDU - Presidente di Sezione della Corte di Cassazione

Silvana Sciarra, Professore Emerito, Università di Firenze - Giudice della Corte Costituzionale

Giuseppe Tesaurò, Professore f.r. di Diritto dell'UE, Università di Napoli "Federico II" - Presidente Emerito della Corte Costituzionale †

Antonio Tizzano, Professore Emerito, Università di Roma "La Sapienza" - Vice Presidente Emerito della Corte di giustizia dell'UE

Ennio Triggiani, Professore Emerito, Università di Bari

Ugo Villani, Professore Emerito, Università di Bari

COMITATO EDITORIALE

Maria Caterina Baruffi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Verona

Giandonato Caggiano, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre

Pablo Antonio Fernández-Sánchez, Catedrático de Derecho Internacional, Universidad de Sevilla
Inge Govaere, Director of the European Legal Studies Department, College of Europe, Bruges

Paola Mori, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università "Magna Graecia" di Catanzaro

Lina Panella, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Messina

Nicoletta Parisi, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Catania - già Componente ANAC

Lucia Serena Rossi, Ordinario di Diritto dell'UE, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna - Giudice della Corte di giustizia dell'UE



COMITATO DEI REFEREEES

Bruno Barel, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Padova

Marco Benvenuti, Associato di Istituzioni di Diritto pubblico, Università di Roma "La Sapienza"

Raffaele Cadin, Associato di Diritto Internazionale, Università di Roma "La Sapienza"

Ruggiero Cafari Panico, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano

Ida Caracciolo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università della Campania - Giudice dell'ITLOS

Federico Casolari, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna

Luisa Cassetti, Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università di Perugia

Giovanni Cellamare, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bari

Marcello Di Filippo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Pisa

Rosario Espinosa Calabuig, Catedrática de Derecho Internacional Privado, Universitat de València

Ana Cristina Gallego Hernández, Profesora Ayudante de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Sevilla

Pietro Gargiulo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Teramo

Giancarlo Guarino, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"

Elspeth Guild, Associate Senior Research Fellow, CEPS

Victor Luis Gutiérrez Castillo, Profesor de Derecho Internacional Público, Universidad de Jaén

Ivan Ingravallo, Associato di Diritto Internazionale, Università di Bari

Paola Ivaldi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Genova

Luigi Kalb, Ordinario di Procedura Penale, Università di Salerno

Luisa Marin, Marie Curie Fellow, European University Institute

Simone Marinai, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa

Fabrizio Marongiu Buonaiuti, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Macerata

Rostane Medhi, Professeur de Droit Public, Université d'Aix-Marseille

Stefano Montaldo, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Torino

Violeta Moreno-Lax, Senior Lecturer in Law, Queen Mary University of London

Claudia Morviducci, Professore Senior di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre

Leonardo Pasquali, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa

Piero Pennetta, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Salerno

Emanuela Pistoia, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Teramo

Concetta Maria Pontecorvo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"

Pietro Pustorino, Ordinario di Diritto Internazionale, Università LUISS di Roma

Alessandra A. Souza Silveira, Diretora do Centro de Estudos em Direito da UE, Universidade do Minho

Angel Tinoco Pastrana, Profesor de Derecho Procesal, Universidad de Sevilla

Chiara Enrica Tuo, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova

Talitha Vassalli di Dachenhausen, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"

Alessandra Zanobetti, Ordinario di Diritto Internazionale, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna

COMITATO DI REDAZIONE

Francesco Buonomenna, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno

Caterina Fratea, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona

Anna Iermano, Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno

Angela Martone, Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno

Michele Messina, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Messina

Rossana Palladino (*Coordinatore*), Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno

Revisione abstracts a cura di

Francesco Campofreda, Dottore di ricerca in Diritto Internazionale, Università di Salerno



Rivista quadrimestrale on line "Freedom, Security & Justice: European Legal Studies"

www.fsjeurostudies.eu

Editoriale Scientifica, Via San Biagio dei Librai, 39 - Napoli

CODICE ISSN 2532-2079 - Registrazione presso il Tribunale di Nocera Inferiore n° 3 del 3 marzo 2017



Indice-Sommario
2021, n. 2

numero monografico

**VERSO UN QUADRO COMUNE EUROPEO ED UNA NUOVA GOVERNANCE DELLA
MIGRAZIONE E DELL'ASILO**

**TOWARDS A COMMON EUROPEAN FRAMEWORK AND A NEW GOVERNANCE OF
MIGRATION AND ASYLUM**

- In memoriam*** p. 1
- Presentazione** p. 2
Angela Di Stasi
- Editoriale**
La tutela (negata) dei migranti e dei rifugiati nella giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo p. 4
Paulo Pinto de Albuquerque
- Saggi, Articoli e Commenti**
Il "nuovo" Patto europeo sulla migrazione e l'asilo: recenti sviluppi in materia di solidarietà ed integrazione p. 9
Maria Cristina Carta
- La normalizzazione della detenzione amministrativa alle frontiere esterne dell'Unione nel Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo p. 43
Eleonora Celoria
- La trasformazione dell'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo in un'Agenzia per l'asilo: una lettura in prospettiva della proposta di riforma nel contesto del Nuovo Patto europeo su migrazione e asilo p. 71
Marcella Cometti
- Il "Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo" e la protezione dei minori migranti p. 95
Francesca Di Gianni
- Accesso alle procedure di protezione internazionale e tutela delle esigenze umanitarie: la discrezionalità in capo agli Stati membri non viene intaccata dal Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo p. 124
Caterina Fratea



- Environmental migrants: UN recent and “soft” sensitivity v. EU deafening silence in the New European Pact on Migration and Asylum p. 150
Francesco Gaudiosi
- Captured between subsidiarity and solidarity: any European added value for the Pact on Migration and Asylum? p. 167
Luisa Marin, Emanuela Pistoia
- Sul partenariato UE-Stati terzi in ambito migratorio: le proposte del Nuovo Patto sulla migrazione e l’asilo in tema di rafforzamento delle capacità di *border management* p. 194
Daniele Musmeci
- The European Union’s Policy on Search and Rescue in the New Pact on Migration and Asylum: Inter-State Cooperation, Solidarity and Criminalization p. 215
Francesca Romana Partipilo
- Il Nuovo Patto sulla migrazione e l’asilo ed i migranti ambientali: una categoria “dimenticata”? p. 245
Francesca Perrini
- Osservazioni sul ruolo del Consiglio europeo in relazione al “Nuovo Patto sulla migrazione e l’asilo” p. 261
Nicola Ruccia
- Quote di ricollocazione e meccanismi di solidarietà: le soluzioni troppo “flessibili” del Patto dell’Unione europea su migrazione e asilo p. 281
Teresa Russo
- The ‘inward-looking’ securitization of the EU external migration policy in the *New Pact on Migration and Asylum*: a critical appraisal from a perspective of international law with reference to migration from Africa p. 305
Pierluigi Salvati
- L’*Informal International Lawmaking* in materia di riammissione: prassi e implicazioni sul rapporto tra diritto internazionale e diritto dell’Unione europea p. 324
Alessandra Sardu
- Il Nuovo Patto sulla migrazione e l’asilo dalla prospettiva della vulnerabilità: un’occasione mancata p. 351
Chiara Scissa



Il fenomeno migratorio oltre l'ordinario: riflessioni sulla proposta della Commissione circa un solido sistema di preparazione e di risposta alle crisi e a situazioni di forza maggiore

p. 388

Susanna Villani

IL “NUOVO PATTO SULLA MIGRAZIONE E L’ASILO” E LA PROTEZIONE DEI MINORI MIGRANTI

Francesca Di Gianni*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il “*best interest of the child*” nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1989. – 3. *Segue*: e in altri atti di interesse nel sistema regionale europeo. – 4. La protezione dei minori migranti nelle proposte legislative presentate con il “Nuovo Patto sulla migrazione e l’asilo”. La proposta di regolamento che introduce accertamenti preliminari all’ingresso. – 5. *Segue*: la proposta diretta ad istituire una procedura comune di protezione internazionale. – 6. *Segue*: le modifiche al “sistema Dublino” per una maggiore tutela dei MSNA? – 7. *Segue*: i minori stranieri non accompagnati e la figura del tutore nelle proposte legislative del Nuovo Patto. – 8. Conclusioni.

1. Introduzione

Il 23 settembre 2020, la Commissione europea ha presentato il “Nuovo Patto sulla migrazione e l’asilo”¹, un pacchetto di riforma diretto a modificare l’attuale Sistema europeo comune di asilo (SECA) attraverso il ricorso ad un approccio globale di gestione delle politiche in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere². Il Patto, presentato congiuntamente ad una serie di proposte legislative, intende segnare “un nuovo inizio” nell’azione dell’Unione per fronteggiare le sfide poste dalla migrazione e le gravi carenze del SECA messe in luce dalla crisi dei migranti del 2015-2016³. Sebbene dal

Articolo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

* Dottoranda di ricerca in “Principi giuridici e istituzioni tra mercati globali e diritto fondamentali”, Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”. Indirizzo e-mail: f.diaggianni@gmail.com.

¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Un nuovo patto sulla migrazione e l’asilo*, COM(2020)609 final, Bruxelles, 23 settembre 2020.

² Asilo in Europa, *Il nuovo Patto sulla migrazione e l’asilo presentato dalla Commissione europea*, ottobre 2020, p. 1, reperibile online: <https://www.asiloineuropa.it/wp-content/uploads/2020/10/Analisi-nuovo-patto-ue-immigrazione-e-asilo.pdf>. Per un approfondimento sul Sistema europeo comune d’asilo e per ulteriori riferimenti bibliografici si rimanda, segnatamente, K. HAILBRONNER, D. THYM, *EU Immigration and Asylum Law. A Commentary*, II ed., Oxford, 2016.

³ COM(2020)609 final, p. 1. Per una prima analisi sul Patto, si vedano, segnatamente, A. DI PASCALE, *Il nuovo patto per l’immigrazione e l’asilo: scontentare tutti per accontentare tutti*, in *Eurojus*, 28 settembre 2020; C. FAVILLI, *Il patto europeo sulla migrazione e l’asilo: “c’è qualcosa di nuovo, anzi di antico”*, in

2015 ad oggi il numero degli arrivi irregolari nell’Unione europea (UE) sia diminuito drasticamente, circa del 92% secondo i dati dell’Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera (Frontex), permangono una serie di difficoltà strutturali che ostacolano il buon funzionamento dei sistemi di asilo, accoglienza e rimpatrio degli Stati membri. Da simili difficoltà è sorta, quindi, la necessità di istituire un “quadro europeo nuovo e duraturo”, che favorisca una *governance* efficace ed efficiente della migrazione, in grado di garantire una condivisione equa e sostenibile della responsabilità tra gli Stati membri, di fornire condizioni di accoglienza sufficientemente dignitose nonché di trattare rapidamente ed efficacemente le domande di asilo presentate nell’UE.

Nell’ambito di questo processo di riforma, attenzione è data al soddisfacimento delle esigenze specifiche dei gruppi più vulnerabili, tra cui quelle dei minori migranti. Come è noto, questi ultimi vivono una situazione di particolare vulnerabilità determinata dall’età, dalla lontananza dal proprio Paese d’origine e, talvolta, dalla separazione dai genitori. A questa condizione segue il bisogno di una specifica e adeguata protezione, in quanto quei minori sono maggiormente esposti a rischi di violenza, sfruttamento e abusi (fisici, psicologici, sessuali) che si accentuano laddove si tratti di minori stranieri non accompagnati (MSNA)⁴. A tal proposito, è da notare che a fronte della diminuzione del

Questione Giustizia, 2 ottobre 2020, reperibile online; C.C. POLI, *Il Nuovo Patto UE sulla migrazione e l’asilo: cambiare tutto perché nulla cambi*, Progetto MeltingPot Europa, 7 dicembre 2020, reperibile online; P. DE BRUYCKER, *The New Pact on Migration and Asylum: What is not and What it Could Have Been*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 15 December 2020, reperibile online; S. CARRERA, *Whose Pact? The Cognitive Dimensions of the New EU Pact on Migration and Asylum*, in *CEPS Policy Insight*, No. 22, 2020; F. MANCHÒN, *The Pact on Migration and Asylum, a New Opportunity for Europe?*, in *Opinion Paper*, Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE), n. 152, 2020; P. BENDEL, *Fresh Start or False Start? The New Pact on Migration and Asylum*, in *ASILE*, Center for European Policy Study, 9 January 2021, reperibile online.

⁴ Nel diritto internazionale non vi è una definizione generalmente accettata di MSNA. Talvolta si preferisce utilizzare la nozione di “*separated children*” – che evidenzia in maniera immediata l’elemento dell’assenza di assistenza e protezione da parte dei genitori o di un tutore legale –, “*unaccompanied minors*”, “*unaccompanied asylum-seeking children*” e “*unaccompanied children*”, nonché, nel contesto francofono, la definizione “*jeunes errants*”. Nella normativa europea, la definizione è contenuta nell’art. 2, par. 1, lett. l) della direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull’attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta (rifusione), secondo cui l’espressione minore straniero non accompagnato si riferisce a “qualsiasi persona di età inferiore ai 18 anni, che si trova al di fuori del suo paese di origine o di residenza abituale, che è stata separata da entrambi i genitori e da altri parenti e che non è presa in carico da alcun adulto che, per legge o per consuetudine, abbia la responsabilità di farlo”. Sulla disciplina applicabile ai MSNA si vedano, tra gli altri, F. LENZERINI, *La protezione dei minori stranieri non accompagnati nel diritto internazionale*, in R. PISILLO MAZZESCHI, P. PUSTORINO, A. VIVIANI (a cura di), *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, Napoli, 2010, p. 271 ss.; M.C. MAFFEI, *La tutela internazionale dei diritti del bambino*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani: norme, garanzie, prassi*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 232 ss.; F. MORRONE, *L’interesse superiore del minore straniero non accompagnato nella prassi internazionale*, in A. ANNONI, P. MORI (a cura di), *I diritti delle famiglie migranti fra interazione e tutela della diversità*, Torino, 2015, p. 103 ss.; R. ROSSKOPF, *Unaccompanied Minors in International, European and National Law*, Berlino, 2016; F. IPPOLITO, G. BIAGIONI, *Migrant Children: Challenges for Public and International Law*, Napoli, 2016; R. ROSSKOPF, *Unaccompanied Minors in International, European and National Law*, Berlin, 2016; A. ANNONI, *La protezione dei minori stranieri non accompagnati al centro*

numero degli arrivi irregolari, secondo i dati più recenti, solo nel 2019 sono state 207.000 le domande d'asilo presentate da persone di età inferiore a 18 anni, di cui 14.000 erano MSNA. Di conseguenza, la protezione dei diritti dei minori migranti, indipendentemente dal loro *status* e in tutte le fasi della migrazione, è divenuta una priorità nel sistema dell'UE di gestione della migrazione e dell'asilo.

La necessità di miglioramenti tangibili sulla protezione di tutti i minori migranti ha formato oggetto di molteplici iniziative dell'Unione europea. Il Piano d'azione sui minori non accompagnati (2010-2014)⁵ e l'Agenda europea sulla migrazione del 2015⁶, unitamente alla comunicazione sul suo stato di attuazione⁷, sono stati determinanti per aumentare la consapevolezza relativa alle particolari necessità di protezione dei minori migranti, in specie dei MSNA. Inoltre, la questione è stata al centro del dibattito in molteplici occasioni, come il "Decimo forum annuale sui diritti dei minori" del 2016⁸ e la Conferenza "*Lost in Migration*" del 2017⁹, in cui sono state individuate le principali difficoltà che i minori migranti affrontano nel corso di tutto il processo migratorio ed è stata evidenziata la necessità di sviluppare azioni mirate ad una loro maggiore tutela. Tali esigenze di tutela sono state enfatizzate anche in un Rapporto del 2017 presentato dal Rappresentante speciale del Segretariato generale del Consiglio d'Europa per le migrazioni e i rifugiati¹⁰, in cui sono state identificate le principali difficoltà che i minori migranti si trovano ad affrontare nell'UE e rispetto alle quali è stata raccomandata l'adozione di misure urgenti in grado di garantirne una adeguata protezione. Nel contesto così delineato, la Commissione europea ha presentato nel 2017 una Comunicazione sulla protezione dei minori migranti¹¹, avente lo scopo di "indicare una serie di azioni coordinate ed efficaci per rimediare alle carenze in materia di protezione e alle necessità pressanti che i minori devono affrontare una volta raggiunta l'Europa"¹². La comunicazione prende in considerazione numerosi aspetti, dall'identificazione, l'accoglienza, l'attuazione delle garanzie procedurali alla creazione di soluzioni durature,

del dibattito europeo ed italiano, Napoli, 2018; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, Rimini, 2019, p. 151 ss.

⁵ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Piano d'azione sui minori non accompagnati (2010-2014)*, COM(2010) 213 def, Bruxelles, 6 maggio 2010.

⁶ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Agenda europea sulla migrazione*, COM(2015) 240 final, Bruxelles, 13 maggio 2015.

⁷ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio *sullo stato di attuazione delle azioni prioritarie nel quadro dell'Agenda europea sulla migrazione*, COM(2016) 85 final, Bruxelles, 10 febbraio 2016.

⁸ European Commission, *10th European Forum on the Rights of the Child: the Protection of Children in Migration*, 28-30 November 2016.

⁹ Missing Children Europe, *Lost in Migration: Working Together in Protecting Children from Disappearance*, 26-27 January 2017. Per un approfondimento sui risultati della Conferenza è possibile consultare il sito ufficiale: <http://www.lostinmigration.eu/>.

¹⁰ Special Representative of the Secretary General on migration and refugees, *Thematic Report on Migrant and Refugee Children*, 10 March 2017, SG/Inf(2017)13.

¹¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *La protezione dei minori migranti*, Bruxelles, 12 aprile 2017, COM(2017) 211 final.

¹² *Ibid.*, p. 3.

che rappresentano elementi essenziali dell’approccio globale dell’UE alla gestione della migrazione¹³.

Ciò posto, la garanzia di un’effettiva protezione dei minori migranti costituisce uno degli elementi d’interesse del processo di riforma del SECA alla luce del “Nuovo Patto sulla migrazione e l’asilo”, il quale stabilisce che “una notevole preminenza sarà attribuita al superiore interesse del minore migrante”¹⁴ e, quindi, alla protezione dei suoi diritti fondamentali nelle pertinenti procedure di asilo. Muovendo da questi presupposti, si intende condurre un’analisi del pacchetto di riforma nell’ottica della protezione dei minori migranti, valutando gli aspetti più rilevanti in materia delle proposte legislative che accompagnano il Patto, volte a favorire una maggiore promozione e tutela dei loro diritti e interessi.

2. Il “*best interest of the child*” nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1989

Alla luce del riferimento contenuto nel “Nuovo Patto” e nelle proposte allegate, vale la pena, brevemente, di richiamare l’attenzione sul principio del “*best interest of the child*”, parametro di riferimento della normativa a tutela del fanciullo¹⁵. Il concetto di “superiore interesse del minore”¹⁶ viene formulato, per la prima volta, nella Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo, adottata dall’Assemblea Generale il 20 novembre del 1959¹⁷. Nella Dichiarazione si legge che “the child shall enjoy special protection, and shall be given opportunities and facilities, by law and by other means, to enable him to develop physically, mentally, morally, spiritually and socially in a healthy and normal manner and in conditions of freedom and dignity. In the enactment of laws for this purpose, *the best interests of the child shall be the paramount consideration*”¹⁸ e

¹³ *Ibid.*, p. 4.

¹⁴ COM(2020)609 final, p. 8.

¹⁵ L’affermazione del principio dei “*best interests of the child*” nelle questioni concernenti i minori nacque nel *common law* nordamericano nella prima parte del XIX secolo. In particolare, i due campi in cui si fece inizialmente ricorso alla “*best interests of the child doctrine*” furono quello dell’adozione e quello dell’affidamento tra coniugi divorziati. Per un approfondimento in merito allo sviluppo di questa dottrina si vedano, tra gli altri, S. B. PRESSER, *The Historical Background of the American Law of Adoption*, in *Journal of Family Law*, 1971, vol. 443, n. 11, p. 448 ss.; P. ALSTON, *The Best Interest Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights, Reconciling Culture and Human Rights*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 1994, vol. 8, n. 1, p. 4 ss.; L. M. KOHM, *Tracing the Foundations of the Best Interests of the Child Standard in American Jurisprudence*, in *Journal of Law and Family Studies*, 2008, vol. 10, pp. 1-40; M. FREEMAN, *The Future of Children’s Rights*, Leiden, 2015.

¹⁶ Il termine “minore”, “bambino” o “fanciullo” è da intendersi nel senso di “ogni essere umano avente un’età inferiore a diciotto anni, salvo se abbia raggiunto prima la maturità in virtù della legislazione applicabile”, così come stabilito dall’art. 1 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo.

¹⁷ United Nations, *Declaration of the Rights of the Child*, United Nations General Assembly resolution 1386 (XIV), 20 November 1959, Principle 2. Inoltre, sul punto, L. MARI, *L’interesse superiore del minore nel quadro dello spazio giuridico europeo (a proposito di recenti casi di sottrazione internazionale di minori)*, in *Studi Urbinati di scienze giuridiche politiche ed economiche*, 2012, vol. 63, p. 101.

¹⁸ Principio II, corsivo aggiunto.

che “*the best interests of the child shall be the guiding principle* of those responsible for his education and guidance [...]”¹⁹. Pur non essendo giuridicamente vincolante, la Dichiarazione costituisce un primo tentativo di identificare nel principio del “superiore interesse del minore” una guida per coloro che operano in materia²⁰.

È tuttavia nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo conclusa a New York nel 1989 che il principio trova formale consacrazione²¹. Considerata come “the milestone on children’s rights”²², la Convenzione di New York esamina compiutamente il contenuto e la portata di principi già enunciati in strumenti giuridici precedenti²³ e al contempo introduce nuovi diritti per i minori, disciplinandone in maniera autonoma l’ambito di protezione²⁴. Ciò che più rileva evidenziare è che la Convenzione elabora una nuova concezione dell’infanzia e dell’adolescenza basata sulla piena titolarità dei diritti da parte dei minori che tutti, *in primis* gli Stati, sono obbligati a rispettare, tutelare e promuovere²⁵. Sottolineando la necessità di una protezione speciale da accordare al minore, la Convenzione di New York lo riconosce come titolare di ampi diritti e posizioni soggettive²⁶, introducendo una “*child-centered perspective*”²⁷.

In tal senso, particolare rilievo è accordato dalla Convenzione al principio del superiore interesse del minore²⁸. Ai sensi dell’art. 3 è stabilito che “in all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, *the best interests of the child shall be a primary consideration*”²⁹, attribuendo ai “*best interests of the child*” il valore di principio generale di riferimento in tutte le decisioni riguardanti i soggetti minori³⁰. Il

¹⁹ Principio VII, corsivo aggiunto.

²⁰ S. DETRICK, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, The Hague, 1999, p. 14.

²¹ United Nations, *Convention on the Rights of the Child*, United Nations General Assembly resolution 44/25, New York, 20 November 1989. Il superiore interesse del minore rappresenta uno dei quattro principi che la Convenzione enuncia, a cui si affiancano quelli di non discriminazione (art. 2), il diritto alla vita, alla sopravvivenza e allo sviluppo (art. 6) e l’ascolto delle opinioni del minore (art. 12).

²² D. MCGOLDRICK, *The United Nations Convention on the Rights of the Child*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 1991, vol. 5, n. 2, p. 132. In generale, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, si veda M. DISTEFANO, *Commento alla Convenzione delle Nazioni Unite 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo*, in A. ZACCARIA (diretto da), *Commentario breve al diritto della famiglia*, IV ed., Padova, 2020, pp. 3336-3345.

²³ In particolare, la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1948, il Patto internazionale sui diritti civili e politici e il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966.

²⁴ F. POCAR, *La CRC nel sistema delle Nazioni Unite*, in *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza. Conquiste e prospettive a 30 anni dall’adozione*, Autorità Garante per l’Infanzia e per l’Adolescenza, Roma, 2019, p. 13.

²⁵ *Ibid.*, p. 13.

²⁶ G. BIAGIONI, *Il diritto all’inclusione*, *ivi*, cit., p. 163.

²⁷ D. FOTRELL, *Revisiting Children’s Rights: 10 Years of the UN Convention on the Rights of the Child*, The Hague, 2000, p. 5

²⁸ R. HODGKIN, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, United Nations Children’s Fund (UNICEF), Geneva, 2007, p. 35; M. C. BARUFFI, *Il principio dei best interests of the child negli strumenti di cooperazione giudiziaria civile europea*, in A. DISTASI, L. S. ROSSI (a cura di), *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. A vent’anni dal Consiglio europeo di Tampere*, Napoli, 2020, pp. 233 ss.

²⁹ Corsivo aggiunto.

³⁰ M. ACIERNO, *Il mantra del preminente interesse del minore*, in *Questione Giustizia*, 2019, n. 2, p. 93.

concetto nasce, da un lato, per limitare l’autorità degli adulti sui minori sulla base del riconoscimento del fatto che l’adulto “is only in a position to undertake decisions on behalf of a child because of the child’s lack of experience and judgement”³¹; dall’altro, per assicurare il pieno ed effettivo godimento di tutti i diritti riconosciuti nella Convenzione alla luce di uno sviluppo olistico del minore (fisico, mentale, spirituale, morale, psicologico e sociale)³². Dunque, obiettivo del principio è quello di garantire il rispetto della dignità del minore e il soddisfacimento dei suoi bisogni primari ed essenziali³³.

Mancando una specifica definizione del principio, per una piena comprensione del suo significato appare utile procedere in via interpretativa, ricorrendo ai lavori preparatori e all’esame dei *General Comments* del Comitato delle Nazioni Unite sui diritti dell’infanzia³⁴. Posto che si tratta di un concetto ampiamente dibattuto in dottrina e che richiederebbe ben altri approfondimenti, per quanto qui interessa vale la pena richiamare l’attenzione su alcuni profili funzionali all’oggetto dell’analisi.

Innanzitutto, in base alla citata formulazione del principio all’interno della Dichiarazione ONU del 1959, “the best interests of the child shall be *the paramount consideration*”³⁵. Dunque, al superiore interesse del minore era riconosciuto il valore di “considerazione decisiva” in ogni questione che lo riguardava³⁶. Nel corso dei lavori preparatori della Convenzione, invece, l’espressione è stata sostituita con la dicitura “the best interests of the child shall be *a primary consideration*”, così sottolineando il valore prioritario ma non decisivo del “superiore interesse”, indicativo della necessità di un bilanciamento tra gli interessi di volta in volta coinvolti nel caso di specie³⁷. In secondo luogo, mentre nella versione francese della Convenzione viene utilizzato l’aggettivo “*supérieur*”, nel testo inglese l’aggettivo utilizzato è “*best*”, la cui traduzione in italiano è “migliore”, non “superiore”. Orbene, né il valore semantico dei due aggettivi né quello delle due espressioni “*primary*” e “*primordiale*” sono pienamente corrispondenti³⁸.

³¹ J. ZERMATTEN, *The Best Interest of the Child. Literal Analysis, Function and Implementation*, in *International Journal of Children’s Rights*, 2010, vol. 18, n. 4, p. 487.

³² Committee on the Rights of the Child, *General Comment No. 5 (2003), General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (arts. 4, 42 and 44, para. 6)*, 27 November 2003, CRC/GC/2003/5, par. 12.

³³ F. POCAR, *La CRC nel sistema delle Nazioni Unite*, cit., p. 14.

³⁴ C. FOCARELLI, *La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di “Best Interests of the Child”*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, n. 4, p. 983.

³⁵ Corsivo aggiunto.

³⁶ *Ibid.*, p. 986.

³⁷ P. ALSTON, *The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 1994, vol. 8, n. 1, p. 11 ss.; M. FREEMAN, *Article 3. The Best Interests of the Child*, in A. ALEN, J. VANDE LANOTTE, E. VERHELLEN, F. ANG, E. BERGHMANS, M. VERHEYDE (eds.), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden, 2007, p. 26-27. Inoltre, la versione inglese della Convenzione, a differenza di quella italiana e francese, parla di “*best interests*” al plurale, volendo probabilmente indicare che tra i possibili interessi o bisogni del minore solamente “i migliori”, cioè i più significativi, devono essere tenuti in considerazione nell’adozione di una decisione. Sul punto, E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, p. 77-78.

³⁸ E. LAMARQUE, cit., p. 78.

Alla luce di quanto precede, una chiave interpretativa utile, sebbene non vincolante, è fornita dal *General Comment No. 14* del 2013³⁹ elaborato dal Comitato delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia⁴⁰. Il Commento Generale, che ha come principale obiettivo “to strengthen the understanding and application of the right of children to have their best interests assessed and taken as a primary consideration or, in some cases, the paramount consideration [...]” (par. 12), definisce il “superiore interesse del minore” come “a dynamic concept that encompasses various issues which are continuously evolving” (par. 11) e che, pertanto, può essere correttamente apprezzato solo in relazione alla singola situazione concreta.

Più precisamente, secondo il Comitato il principio costituisce “*a threefold concept*”. Innanzitutto, costituisce “*a substantive right*”, cioè “the right of the child to have his or her best interests assessed and taken as a primary consideration when different interests are being considered in order to reach a decision on the issue at stake, and the guarantee that this right will be implemented whenever a decision is to be made concerning a child, a group of identified or unidentified children or children in general” e, inoltre, l'art. 3, par. 1 “creates an intrinsic obligation for States, is directly applicable (*self-executing*) and can be invoked before a court” (par. 6, lett. a)⁴¹. In secondo luogo, deve essere considerato come “*a fundamental, interpretative legal principle*”: quindi, “if a legal provision is open to more than one interpretation, the interpretation which most effectively serves the child's best interests should be chosen” e, a tal fine, “the rights enshrined in the Convention and its Optional Protocols provide the framework for interpretation” (par. 6, lett. b). Infine, il “best interest” costituisce “*a rule of procedure*”, il che implica che “whenever a decision is to be made that will affect a specific child [...] the decision-making process must include an evaluation of the possible impact (positive or negative) of the decision on the child or children concerned” e che nella motivazione della decisione si dimostri che “the right has been explicitly taken into account” e “what has been considered to be in the child's best interests” (par. 6, lett. c).

Ciò posto, al fine di garantire la piena efficacia del principio è necessario che siano rispettati alcuni criteri: che il minore venga considerato come essere umano capace di proprie opinioni; che si tenga conto dello spirito della Convenzione sui diritti del fanciullo complessivamente considerata; e che la sua interpretazione non sia “*culturally relativist*”⁴². In altri termini, l'art. 3, par. 1 della Convenzione impone di attribuire all'interesse superiore del minore “*a primary consideration*”, senza però tradursi in una prevalenza *de facto* dei diritti del minore rispetto alle situazioni proprie di altri soggetti,

³⁹ Committee on the Rights of the Child, *General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)*, UN Doc. CRC/C/GC/14, 29 May 2013.

⁴⁰ Per approfondimenti in merito all'istituzione, alla struttura e al funzionamento del Comitato è possibile consultare il sito ufficiale: <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/crc/pages/crcindex.aspx>.

⁴¹ J. ZERMATTEN, cit., p. 485.

⁴² *Ibid.*, p. 486.

poiché è possibile che, nel caso concreto, altri interessi possano legittimamente condurre ad una soluzione diversa rispetto a quella che meglio garantirebbe quelli del minore⁴³.

Per quanto qui interessa, è da notare che la Convenzione di New York non prevede disposizioni espressamente dedicate ai minori migranti. Tuttavia, sono enunciati diritti che rispondono alle peculiari esigenze che sorgono nell’ambito della migrazione, quali il diritto di un minore temporaneamente o permanentemente privato del suo ambiente familiare, o nel cui superiore interesse non può essere consentito di rimanere in tale ambiente, a godere della protezione e dell’assistenza speciali fornite dallo Stato (art. 20); e la previsione secondo la quale al minore richiedente asilo, anche quando non accompagnato, devono essere assicurate la protezione e l’assistenza adeguate per il godimento dei diritti applicabili stabiliti dalla Convenzione e in altri strumenti internazionali sui diritti umani (art. 22)⁴⁴.

D’altronde, è innegabile che i diritti ivi sanciti riguardano anche i minori migranti, in considerazione del principio di non discriminazione di cui all’art. 2, secondo cui “gli Stati parte devono rispettare e assicurare i diritti stabiliti nella presente Convenzione ad ogni persona di minore età nella propria giurisdizione senza discriminazioni di alcun tipo, indipendentemente dalla razza, dal colore, dal sesso, dalla lingua, dalla religione, dall’opinione politica o di altro tipo, dall’origine nazionale, etnica o sociale, dalla proprietà, dalla disabilità, dalla nascita o altro *status* della persona di minore età o del genitore o del tutore legale”. In tal senso, può addursi quanto evidenziato dal Comitato delle Nazioni Unite sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza nel *General Comment No. 6 del 2005*⁴⁵, secondo cui “the principle of non-discrimination [...] prohibits any discrimination on the basis of the *status* of a child as being unaccompanied or separated, or as being a refugee, asylum-seeker or migrant”⁴⁶. Alla luce di ciò, il superiore interesse del minore deve essere rispettato in tutte le fasi della migrazione e la sua determinazione richiede una valutazione chiara e completa delle sue peculiari condizioni di vulnerabilità⁴⁷. Un aspetto che ha recentemente trovato conferma nel *General Comment No. 23 del 2017* sui principi relativi ai diritti umani dei minori nell’ambito della migrazione, adottato congiuntamente dal Comitato sui diritti del fanciullo e dal Comitato per i diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie⁴⁸: vi si prevede che, in tutte le fasi del processo migratorio, venga integrata una “*best interests assessment*”

⁴³ Par. 80; A. ANNONI, *La CRC e la Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza*, cit., p. 32.

⁴⁴ E. DI NAPOLI, *Sinergie tra diritto dell’immigrazione e diritto internazionale privato: il caso dei minori stranieri non accompagnati*, *ivi*, pp. 432-433.

⁴⁵ United Nations Committee on the Rights of the Child, *General Comment No. 6: Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin*, UN Doc. CRC/GC/2005/6, 1 September 2005.

⁴⁶ *Ibid.*, par. 18.

⁴⁷ *Ibid.*, par. 20.

⁴⁸ *Joint General Comment No. 3 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No. 22 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on the General Principles Regarding the Human Rights of Children in the Context of International Migration*, UN Doc. CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22, 16 November 2017.

che consenta, attraverso procedure individualizzate, di garantire al superiore interesse del minore “*a primary consideration*”⁴⁹.

3. *Segue: e in altri atti di interesse nel sistema regionale europeo*

Guardando ora al contesto dell’Unione europea, il parametro di riferimento in materia di protezione dei minori è fornito dall’art. 24 della Carta dei diritti fondamentali, che ormai, con la riforma di Lisbona, ha acquisito rango di diritto primario. Questa norma, intitolata “Diritti del minore”, rappresenta la sintesi dei principi e dei diritti fondamentali del fanciullo riconosciuti a livello internazionale. Innanzitutto, la previsione di una specifica disposizione espressamente dedicata ai minori costituisce una significativa innovazione dell’*acquis* dell’Unione, poiché, prima dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la tutela dei minori era generalmente ricondotta al principio del generale rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali dell’individuo⁵⁰. In secondo luogo, la collocazione della norma nel Capo III della Carta, dedicato al principio di uguaglianza, va letta nel senso di un completamento del principio generale di non discriminazione sancito nell’art. 21 della stessa Carta⁵¹ e, quindi, dell’affermazione di un concetto ampiamente riconosciuto sul piano del diritto internazionale, secondo cui il minore è titolare di diritti specifici e non deve essere oggetto di discriminazione a causa della sua età⁵². Inoltre, stante la formulazione generale dell’art. 24, la disposizione risulta applicabile nei confronti di tutti i minori qualunque sia la loro nazionalità⁵³. Ciò posto, riprendendo quanto indicato dalla Convenzione di New York, la Carta statuisce al par. 2 dell’art. 24 che “in tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l’interesse superiore del minore deve essere considerato preminente”⁵⁴,

⁴⁹ *Ibid.*, par. 29 ss.

⁵⁰ F. CASOLARI, *Art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in F. POCAR, M. C. BARUFFI, *Commentario breve ai Trattati dell’Unione europea*, II ed., Torino, 2014, pp. 1734-1739.

⁵¹ “È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l’origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l’appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l’età o l’orientamento sessuale. 2. Nell’ambito d’applicazione dei trattati e fatte salve disposizioni specifiche in essi contenute, è vietata qualsiasi discriminazione in base alla nazionalità”.

⁵² F. CASOLARI, *cit.*, p. 1735.

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

⁵⁴ L’art. 24 della Carta dei diritti fondamentali è intitolato “Diritti del minore” ed afferma che: “1. I minori hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione. Questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità. 2. In tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l’interesse superiore del minore deve essere considerato preminente. 3. Il minore ha

definendo, dunque, un obbligo di metodo e di risultato, in virtù del quale deve sempre tenersi in considerazione il superiore interesse del minore nel bilanciamento degli altri diritti e interessi in gioco⁵⁵.

Il principio viene espressamente richiamato anche nella Convenzione europea sull’esercizio dei diritti dei minori, adottata dal Consiglio d’Europa il 25 gennaio del 1996, il cui obiettivo è “promuovere, nell’interesse superiore dei minori, i loro diritti, concedere loro diritti azionabili e facilitarne l’esercizio facendo in modo che possano, essi stessi o tramite altre persone od organi, essere informati e autorizzati a partecipare ai procedimenti che li riguardano dinanzi ad un’autorità giudiziaria” (art. 1, par. 2). A tal fine, nei procedimenti che riguardano un minore, l’autorità giudiziaria, prima di giungere a qualunque decisione, è tenuta a verificare se le informazioni a sua disposizione siano sufficienti per poter adottare una decisione nell’interesse superiore del minore e, se necessario, ottenere informazioni supplementari, in particolare da parte dei detentori delle responsabilità genitoriali. Inoltre, qualora il minore riveli capacità di discernimento, l’autorità interessata deve assicurarsi che abbia avuto tutte le informazioni pertinenti e consultarlo personalmente, nei casi che lo richiedono, nelle forme più adeguate e tenendo in debito conto l’opinione da lui espressa, sempre che ciò non sia manifestamente contrario al suo superiore interesse (art. 6)⁵⁶.

Per quanto attiene la Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) del 1950, invece, non si rinviene né una norma diretta a disciplinare una protezione speciale per i minori né disposizioni ad essi specificamente indirizzate⁵⁷, ad eccezione dell’art. 5, par. 1, lett. d), che definisce le condizioni necessarie per la detenzione del minore⁵⁸, e l’art. 6, par. 1 che contempla un’eccezione al principio della pubblicità delle udienze qualora lo esiga l’interesse del minore⁵⁹. Malgrado ciò, la Corte europea dei diritti dell’uomo ha ricostruito il principio *de quo* in via interpretativa, in particolare utilizzando come parametro normativo l’art. 8 in tema di diritto alla vita privata e familiare⁶⁰. Come è noto, il diritto al rispetto della vita familiare implica, da un

diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse”.

⁵⁵ P. F. LOTITO, *Art. 24 – Diritti del bambino*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L’Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Milano, 2001, p. 185.

⁵⁶ L. MARI, cit., p. 102.

⁵⁷ E. LAMARQUE, cit., p. 87.

⁵⁸ “1. Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà, se non nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge: [...] d) se si tratta della detenzione regolare di un minore decisa allo scopo di sorvegliare la sua educazione oppure della sua detenzione regolare al fine di tradurlo dinanzi all’autorità competente [...]”.

⁵⁹ “Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, [...]. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l’accesso alla sala d’udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo [...] quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa [...]”.

⁶⁰ Sul punto, si veda E. BERGAMINI, *Human Rights of Children in the EU Context: Impact on National Family Law*, in E. BERGAMINI, C. RAGNI (eds.), *Fundamental Rights and Best Interests of the Child in Transnational Families*, Cambridge, 2019, pp. 3-20.

lato, il diritto a che non vi siano interferenze da parte dell'autorità pubblica nei rapporti intercorrenti tra i componenti della famiglia, in specie nei rapporti fra genitori e figli; dall'altro, il diritto a che l'autorità pubblica realizzi tutti gli interventi di sostegno necessari affinché le persone possano effettivamente godere della relazione familiare reciproca. Di conseguenza, interferenze sono ammissibili solo se espressamente previste, necessarie per il perseguimento di uno scopo legittimo tra quelli indicati al co. 2 dell'art. 8 CEDU e proporzionali agli scopi perseguiti⁶¹. Di conseguenza, secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, lo Stato è tenuto ad operare un bilanciamento fra l'interesse del ricorrente al pieno godimento del diritto alla vita privata e familiare e gli ulteriori interessi previsti dal par. 2 dell'art. 8⁶². Nell'ambito di questa valutazione, il superiore interesse del minore coinvolto assume un'importanza primaria, ma è pur sempre riconosciuto allo Stato un ampio margine di apprezzamento nel valutare quale sia, nel caso di specie, la soluzione in grado di garantire la migliore tutela di questo interesse; in altri termini, non è l'interesse del minore in sé a formare oggetto di tutela, quanto il suo diritto di intrattenere una relazione affettiva reciproca con i genitori⁶³.

In linea con quanto indicato nel *General Comment No. 14* del Comitato delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo, inoltre, la giurisprudenza della Corte interpreta il principio in tre diverse accezioni⁶⁴: come “*subjective right*”, affinché i *best interests* del minore siano valutati e presi in considerazione “as a primary consideration” o addirittura “must come before any other consideration” in tutte le azioni e decisioni, pubbliche e private, che lo riguardino (sentenza 19 settembre 2000, *Gnahoré c. Francia*, ricorso n. 40031/98); come “*legal principle*” che deve essere considerato ai fini della tutela dei minori come gruppo (sentenza 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ricorso n. 25358/12); e infine, quale “*procedural rule*”, volta a valorizzare adeguatamente l'opinione del minore (sentenza 22 settembre 2004, *Pini e altri c. Romania*, Applications n. 78028/01, 78030/01) o i suoi diritti processuali, in particolare la necessità di rappresentanza tecnica indipendente e il diritto all'ascolto (sentenza 2 febbraio 2016, *N.Ts. e altri c. Georgia*, ricorso n. 71776/12) nei procedimenti che lo riguardano⁶⁵.

Ora, è da evidenziare che, secondo quanto stabilito dall'art. 14 CEDU, il godimento dei diritti e delle libertà contemplati dalla Convenzione e dai suoi Protocolli “deve essere assicurato a tutti, senza alcuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione”. Sebbene tra i possibili motivi di discriminazione non sia espressamente contemplata la minore età, l'elenco è da considerarsi meramente

⁶¹ J. LONG, *Il principio dei best interests e la tutela dei minori*, in *Questione Giustizia*, aprile 2019, p. 412.

⁶² In tal senso, sentenza del 21 febbraio 1990, *Powell e Rayner c. Regno Unito*, ricorso n. 9310/81, par. 41; sentenza del 19 febbraio 1996, *Gül c. Svizzera*, ricorso n. 23218/94, par. 7 ss.; sentenza del 16 luglio 2015, *Nazarenko c. Russia*, ricorso n. 39438/13, par. 63.

⁶³ A. ANNONI, cit. pp. 29-30.

⁶⁴ J. LONG, cit., p. 414.

⁶⁵ *Ibid.*

esemplificativo⁶⁶, posto che la Corte europea ha più volte incluso l’età tra le possibili cause di discriminazione⁶⁷. Pertanto, può ritenersi che destinatari dei diritti tutelati siano anche i minori stranieri e che nel dare attuazione agli obblighi, positivi e negativi, che dalla Convenzione discendono, gli Stati devono avere riguardo della particolare vulnerabilità dei soggetti minori d’età⁶⁸. Per quanto attiene gli obblighi negativi, che definiscono un dovere di astensione dello Stato, la Corte di Strasburgo ha più volte affermato, ad esempio, la necessità che sia attentamente valutata l’eventuale ingerenza che un provvedimento di espulsione determina sul diritto al rispetto della vita privata e familiare *ex art. 8 CEDU* qualora siano coinvolti dei minori, in considerazione del loro benessere e superiore interesse⁶⁹. Relativamente agli obblighi positivi invece, e cioè alle misure necessarie per garantire il godimento effettivo dei diritti da parte dei minori, lo Stato è tenuto, ad esempio, a valutare con particolare favore le domande di ricongiungimento familiare che coinvolgano i minori in quanto elemento fondamentale per il pieno godimento del diritto sancito dall’art. 8 CEDU⁷⁰. In questo modo, la Corte ha utilizzato il principio dei *best interests* per enucleare specifici diritti del minore in via interpretativa da generiche prescrizioni convenzionali e come strumento di bilanciamento in caso di conflitto tra diritti fondamentali.

Può dirsi, dunque, che ciascun minore, indipendentemente dal suo *status*, ha il diritto primario a che ogni adulto agisca nel suo specifico e individuale interesse, cioè che si adoperi per la realizzazione delle condizioni necessarie a garantirgli la salute fisica e mentale, la sicurezza materiale, relazioni interpersonali stabili, un’adeguata assistenza nello sviluppo delle sue capacità nonché un ragionevole grado di libertà e di autodeterminazione, in linea con la sua età, le sue inclinazioni naturali e le sue aspirazioni⁷¹.

⁶⁶ A. ANNONI, cit., p. 21.

⁶⁷ Si vedano, in tal senso, Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 10 giugno 2010, *Schwizgebel c. Svizzera*, ricorso n. 25762/07, par. 85 e sentenza del 24 gennaio 2017, *Khamtokhu e Aksenchik c. Russia*, ricorsi nn. 60367/08 e 961/11, par. 80; sentenza del 29 gennaio 2019, *Deaconu c. Russia*, ricorso n. 66299/12, par. 25 ss.

⁶⁸ B. DOHRN, *Something’s Happening Here: Children and Human Rights Jurisprudence in Two International Courts*, in *Nevada Law Journal*, 2006, vol. 6, n. 749, p. 761. Inoltre, sul rilievo della vulnerabilità nel contesto considerato, si vedano, segnatamente, N. CHARDIN, *La Cour européenne des droits de l’homme et la vulnérabilité*, in F. ROUVIÈRE, *Le droit à l’épreuve de la vulnérabilité*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 367 ss.; J. P. COSTA, *La Cour européenne des droits de l’homme – Des juges pour la liberté*, II ed, Dalloz, Paris, 2013, pp. 108-122; C. RUET, *La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 317 ss.; G. CELLAMARE, *Osservazioni sulla politica dell’UE in materia di rimpatri*, in A. DI STASI, L. S. ROSSI (a cura di), cit., p. 430 ss.

⁶⁹ Sul punto, si veda Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 18 ottobre 2006, *Üner c. Paesi Bassi*, ricorso n. 46410/99, par. 57; sentenza del 16 aprile 2013, *Udeh c. Svizzera*, ricorso n. 12020/09, par. 52; sentenza del 3 ottobre 2014, *Jeunesse c. Paesi Bassi*, ricorso n. 12738/10, par. 117 ss.

⁷⁰ In tal senso, Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 21 dicembre 2001, *Sen c. Paesi Bassi*, ricorso n. 31465/96, par. 33 ss.; sentenza dell’1 dicembre 2005, *Tuquabo-Tekle e altri c. Paesi Bassi*, ricorso n. 60665/00, par. 41 ss. Inoltre, sul punto, A. ANNONI, cit., p. 22.

⁷¹ M. DISTEFANO, cit., p. 3339.

4. La protezione dei minori migranti nelle proposte legislative presentate con il “Nuovo Patto sulla migrazione e l’asilo”. La proposta di regolamento che introduce accertamenti preliminari all’ingresso

Come precedentemente evidenziato, nell’ambito del processo di riforma delle norme dell’UE in materia di asilo e migrazione che il Nuovo Patto intende realizzare, particolare enfasi è posta sulla necessità di rafforzare la tutela dei minori migranti attribuendo preminente considerazione al loro superiore interesse in tutte le decisioni che li riguardano⁷².

Per quanto attiene i controlli alle frontiere esterne⁷³, rileva la previsione degli accertamenti preliminari all’ingresso (*screening*) contenuta nella proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che introduce accertamenti nei confronti di cittadini di Paesi terzi alle frontiere esterne e modifica i regolamenti (CE) n. 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/817, COM(2020) 612 final. La proposta, che trova il suo quadro di riferimento normativo nell’art. 77, par. 2, lett. b) e d) TFUE⁷⁴ e integra le norme esistenti sul controllo alle frontiere esterne previste dal Codice frontiere Schengen (CFS)⁷⁵, intende creare un quadro normativo per gli accertamenti preliminari da svolgere nei confronti di tutti i cittadini di Paesi terzi presenti alla frontiera esterna, al fine di valutarne le esigenze individuali prima dell’ingresso e indirizzarli rapidamente verso la procedura di frontiera più adeguata che, a seconda delle circostanze, potrà essere la procedura di protezione internazionale o una procedura conforme alla direttiva 2008/115/CE (c.d. “direttiva rimpatri”)⁷⁶.

Più precisamente, ai sensi dell’art. 3 della proposta *screening*, gli accertamenti dovrebbero riguardare sia i cittadini di Paesi terzi che attraversino illegalmente le frontiere esterne in violazione dell’art. 5 CFS (secondo cui l’attraversamento deve avvenire unicamente ai valichi prestabiliti e durante orari precisi)⁷⁷; sia i richiedenti

⁷² R. O’DONNELL, *Spotlight on the Best Interests of the Child in Returns of Unaccompanied Children. Reflections for the New Pact on Migration and Asylum*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 13 April 2021, reperibile online.

⁷³ In materia di controlli alle frontiere esterne e per ulteriori riferimenti bibliografici si rimanda a V. MORENO-LAX, *Assessing Asylum in Europe. Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights Under EU Law*, Oxford, 2017.

⁷⁴ “2. Ai fini del paragrafo 1, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le misure riguardanti: [...] b) i controlli ai quali sono sottoposte le persone che attraversano le frontiere esterne; [...] d) qualsiasi misura necessaria per l’istituzione progressiva di un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne [...]”.

⁷⁵ Regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, *che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen)*, in G.U. L 77 del 23.3.2016, p. 1.

⁷⁶ Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo 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*, in G.U. L 348 del 24.12.2008, p. 98.

⁷⁷ “1. Le frontiere esterne possono essere attraversate soltanto ai valichi di frontiera e durante gli orari di apertura stabiliti. Ai valichi di frontiera che non sono aperti 24 ore al giorno gli orari di apertura devono essere indicati chiaramente. Gli Stati membri notificano l’elenco dei loro valichi di frontiera alla Commissione a norma dell’articolo 39 [...]”.

protezione internazionale presso un valico di frontiera; sia, infine, coloro che sono stati sbarcati a seguito di operazioni di ricerca e soccorso in mare⁷⁸. A norma dell’art. 6, par. 6, proposta *screening*, gli accertamenti dovrebbero riguardare la verifica dell’identità e la registrazione dei dati biometrici, il controllo di sicurezza attraverso il ricorso alle informazioni disponibili nelle banche dati (in particolare, il SIS II) e il controllo delle condizioni di salute dell’interessato. Riguardo quest’ultimo aspetto, posto che il CFS non prevede l’obbligo di effettuare specifici controlli sanitari alle frontiere esterne, la possibile esposizione a minacce per la salute determina la necessità di individuare coloro che necessitano di cure immediate, assistenza speciale o isolamento (art. 9, par. 4, proposta *screening*). In particolare, nell’effettuare i dovuti controlli dello stato di salute e delle condizioni di vulnerabilità, l’interessato dovrebbe ricevere “un sostegno tempestivo e adeguato a beneficio della sua salute fisica e mentale” e, laddove si tratti di minori, tale sostegno andrebbe prestato “da personale appositamente formato e qualificato e in cooperazione con le autorità per la tutela dei minori” (art. 9, par. 3, proposta *screening*).

Nel complesso la procedura di *screening*, effettuata presso le frontiere esterne o nelle immediate vicinanze, dovrebbe essere conclusa “entro cinque giorni dal fermo nella zona di frontiera esterna, dallo sbarco sul territorio dello Stato membro interessato o dalla presentazione al valico di frontiera”; solo in circostanze eccezionali tale termine “può essere prorogato al massimo di altri cinque giorni” (art. 6, par. 3, proposta *screening*)⁷⁹. Inoltre, nel corso degli accertamenti, agli interessati devono essere trasmesse le informazioni sulle finalità e le modalità di svolgimento degli stessi nonché su aspetti ulteriori ritenuti necessari in una lingua comprensibile e per iscritto, nonché, nel caso dei minori, in maniera conforme alla loro età (art. 8, par. 3, proposta *screening*), coinvolgendo, se del caso, anche le autorità competenti per la loro tutela affinché l’interesse superiore del minore sia tenuto in debita considerazione durante il processo. Infine, l’attuazione di questo controllo preliminare dovrebbe avvenire nel pieno rispetto dei diritti fondamentali degli interessati, per la cui tutela la proposta *screening* prevede l’istituzione di un meccanismo di monitoraggio indipendente da parte degli Stati membri, in cui un ruolo significativo è attribuito all’Agenzia per i diritti fondamentali (art. 7).

Una prima lettura delle disposizioni richiamate consente di rilevare alcuni aspetti critici della disciplina qui sommariamente delineata. Innanzitutto, la breve durata prevista per l’espletamento dello *screening* potrebbe dimostrarsi poco conforme all’esigenza di garantire la tutela dei diritti dei più vulnerabili, tra cui figurano anche i minori. Infatti, un simile strumento rischia di recare pregiudizio a coloro le cui particolari esigenze richiederebbero una più complessa e attenta valutazione⁸⁰, posto che in questa fase agli

⁷⁸ COM(2020) 612 final, pp. 3-5.

⁷⁹ In particolare, la proroga può aversi laddove “sia necessario sottoporre contemporaneamente agli accertamenti un numero sproporzionato di cittadini di paesi terzi che renda impossibile la conclusione degli accertamenti entro il suddetto termine”. Sul punto, A. DI PASCALE, cit., p. 6.

⁸⁰ M. MARCHEGIANI, *Il nuovo Patto sulla migrazione e l’asilo sotto il prisma della nozione di vulnerabilità*, ADiM Blog, Analisi & Opinioni, novembre 2020, p. 4; R. LANNEAU, *The Commission’s Proposal for a New Independent Monitoring Mechanism at the External Border of EU: A Necessary but Limited Mechanism*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 22 February 2021, reperibile online.

Stati viene riconosciuta una discrezionalità particolarmente ampia senza che siano fornite, al contempo, garanzie adeguate al rispetto di diritti considerati fondamentali⁸¹. Ciò che si auspica, dunque, è che il sistema di monitoraggio sul rispetto di tali diritti previsto dall'art. 7 proposta *screening* possa fungere da utile strumento di bilanciamento avverso possibili violazioni in questa fase⁸².

In secondo luogo, sebbene gli accertamenti costituiscano una fase di mera raccolta di informazioni che non comporta alcuna decisione in grado di ledere i diritti della persona interessata⁸³, è da notare che, ai sensi dell'art. 14, par. 1, proposta *screening*, al suo espletamento può seguire l'avvio della procedura di rimpatrio oppure un rifiuto di ingresso in conformità dell'art. 14 CFS. La questione ci pare sensibile in quanto la proposta *screening* non prevede espressamente la possibilità di esercitare, in questa fase, il diritto ad un ricorso effettivo di cui all'art. 14, par. 3, CFS⁸⁴. Ciò, evidentemente, rischia di incidere sulle garanzie procedurali dei richiedenti⁸⁵ che, nel caso dei minori, dovrebbero essere applicate fin dal momento dell'identificazione come tra l'altro recentemente ribadito dall'*European Asylum Support Office (EASO)* nella "Guida pratica sull'interesse superiore del minore nelle procedure di asilo" rilasciata nel 2019⁸⁶, affinché sia garantito il rispetto del superiore interesse del minore la cui determinazione costituisce "una procedura formale che prevede rigorose *garanzie procedurali*"⁸⁷.

5. *Segue: la proposta diretta ad istituire una procedura comune di protezione internazionale*

Oltre alla proposta *screening*, vanno esaminate alcune modifiche contenute nella proposta "modificata" di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione europea e abroga la direttiva 2013/32/UE, COM(2020) 611 final⁸⁸. La proposta modificata "procedure" è diretta a istituire una procedura comune di protezione internazionale

⁸¹ L. MARIN, *Una rilettura di alcune misure del Patto sulle migrazioni alla luce della sussidiarietà: il valore aggiunto europeo come utopia?*, in *I Post di AISDUE*, 18 febbraio 2021, p. 189.

⁸² C. RIJKEN, *Screening at the Borders of the EU: Challenging the Territoriality Principle*, in *EU New Pact on Migration and Asylum*, 24 January 2021, vol. III.

⁸³ COM(2020) 612 final, p. 13.

⁸⁴ Secondo tale norma, infatti, "(...) Le persone respinte hanno il diritto di presentare ricorso. I ricorsi sono disciplinati conformemente alla legislazione nazionale. Al cittadino di paese terzo sono altresì consegnate indicazioni scritte riguardanti punti di contatto in grado di fornire informazioni su rappresentanti competenti ad agire per conto del cittadino di paese terzo a norma della legislazione nazionale [...]".

⁸⁵ L. JAKULEVIČIENĖ, *Re-decoration of existing practices? Proposed Screening Procedures at the EU external Borders*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 27 October 2020.

⁸⁶ P. 21.

⁸⁷ P. 12, corsivo aggiunto; Committee on the Rights of the Child, *General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)*, par. 47.

⁸⁸ La proposta considerata modifica la proposta presentata dalla Commissione europea nel 2016, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE*, COM(2016) 467 final, Bruxelles, 13 luglio 2016.

efficace, equa ed equilibrata – tramite lo strumento del regolamento in luogo della vigente direttiva 2013/32/UE (c.d. “direttiva procedure”)⁸⁹ – nonché ad armonizzare le diverse procedure esistenti negli Stati membri e a garantire un collegamento senza soluzione di continuità tra tutte le fasi della procedura di migrazione⁹⁰.

Anzitutto, all’esito degli accertamenti preliminari, la proposta in esame prevede l’avvio della procedura di asilo alla frontiera, che a norma del novellato art. 41, parr. 1 e 2, è applicabile ai cittadini di Stati terzi o apolidi non ancora autorizzati ad entrare nel territorio dello Stato membro, che non soddisfano le condizioni di ingresso di cui all’art. 6 CFS, oltre ad essere obbligatoriamente applicabile nei casi specificamente individuati dal par. 3 dello stesso art. 41⁹¹. Per quanto qui interessa, a’ termini del combinato disposto dei parr. 5 e 9 dell’art. 41, quest’obbligo viene meno qualora il richiedente sia un MSNA o un minore di età inferiore ai 12 anni (e ai relativi familiari) o qualora vengano in rilievo esigenze di sicurezza o di particolare vulnerabilità, purché non costituiscano un pericolo per la sicurezza nazionale e l’ordine pubblico⁹². A ben vedere, la distinzione operata dalla norma tra i minori di 12 anni e tutti gli altri minori appare alquanto problematica, posto che con il termine “minore” – come si è detto – si suole indicare “qualsiasi persona di età inferiore a 18 anni”⁹³. Simile previsione potrebbe essere interpretata come un progresso rispetto alla vigente direttiva 2013/32/UE – che non prevede alcuna esplicita esenzione per i minori – verso un maggiore bilanciamento tra le esigenze di protezione dei minori e la necessità di instaurare una procedura di frontiera rapida ed efficiente, evitando di ridurne la portata attraverso l’estensione dell’applicazione dell’eccezione in parola anche ai minori di età superiore ai 12 anni e alle rispettive famiglie; tuttavia, il criterio di distinzione adottato dalla proposta modificata “procedure” non viene ulteriormente approfondito, risultando quindi in termini generali non conforme alla considerazione preminente da accordare al superiore interesse del minore e al rispetto dei diritti ad esso riconosciuti⁹⁴.

⁸⁹ Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 *recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione)*, in G.U. L 180/60, 23 giugno 2013.

⁹⁰ COM(2020) 611 final, p. 2-3.

⁹¹ Gli Stati hanno l’obbligo di applicare la procedura di frontiera qualora il richiedente costituisca un pericolo per la sicurezza o l’ordine pubblico; abbia fornito alle autorità informazioni o documenti falsi o abbia omesso informazioni o documenti in merito alla sua identità; sia cittadino di un Paese terzo per il quale la percentuale di decisioni favorevoli in materia di asilo rispetto al numero totale di decisioni sull’asilo è inferiore al 20 %.

⁹² A. DI PASCALE, cit., p. 7.

⁹³ “For the purposes of the present Convention, a child means every human being below the age of eighteen years unless under the law applicable to the child, majority is attained earlier”, Convention on the Rights of the Child, art. 1.

⁹⁴ UNICEF, *Statement by UNICEF Executive Director Henrietta Fore for the European Commission’s proposed Pact on Migration and Asylum*, 23 September 2020, reperibile online: <https://www.unicef.org/press-releases/statement-unicef-executive-director-henrietta-fore-european-commissions-proposed>; EuroChild, *Joint Statement on the Impact of the Pact on Migration and Asylum on Children in Migration*, December 2020, reperibile online: <https://eurochild.org/news/in-the-eu-pact-on-migration-and-asylum-children-are-more-than-a-footnote/>.

Un secondo aspetto problematico sembra porsi anche in riferimento alle condizioni di accoglienza dei richiedenti durante l'espletamento della procedura. Secondo l'art. 41, par. 15, nel corso della procedura di asilo alla frontiera (la cui durata massima è fissata in 12 settimane a decorrere dalla data di prima registrazione della domanda: art. 41, par. 11) i richiedenti possono essere accolti nei luoghi situati alla frontiera esterna, nelle zone di transito o in prossimità. Inoltre, è riconosciuta agli Stati membri un'ampia discrezionalità in merito sia alla localizzazione delle strutture in questione, sia all'eventuale accoglimento dei richiedenti in zone diverse del territorio dello Stato laddove venga superata la capacità delle strutture di frontiera. Inoltre, la fase degli accertamenti preliminari e la procedura accelerata di frontiera prevedono che i richiedenti non siano autorizzati all'ingresso nel territorio dello Stato membro. Come è stato osservato, da una simile previsione potrebbe discendere il rischio di un trattenimento *de facto* degli interessati attraverso una formalizzazione ed espansione del c.d. "sistema hotspot", già introdotto nel 2015 dalla Commissione europea per l'Italia e la Grecia⁹⁵, da taluni considerato causa di pratiche illegittime e contrarie alle norme a tutela dei diritti umani⁹⁶.

In tal senso, vale la pena di evidenziare alcuni aspetti emersi dalla recente pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 17 dicembre 2020 nel caso *Commissione europea c. Ungheria*⁹⁷, in cui sono state affrontate alcune questioni di particolare interesse per il SECA alla luce delle modifiche prefigurate dalle proposte che accompagnano il Nuovo Patto⁹⁸. Nella sentenza in oggetto, emessa all'esito di una procedura d'infrazione avviata circa tre anni prima dalla Commissione europea, la Grande Camera ha condannato l'Ungheria per violazione degli obblighi su di essa incombenti in virtù delle norme in

⁹⁵ Sul punto, si veda in generale L. MASERA, G. SAVIO, *La prima accoglienza*, in M. SAVINO (a cura di), *La crisi migratoria tra Italia e Unione Europea: diagnosi e prospettive*, Napoli, 2017, p. 35 ss.; Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione (ASGI), *Il Nuovo Patto europeo su migrazione e asilo. Le criticità alla luce del contesto italiano*, 8 gennaio 2021, reperibile online: https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2021/01/PolicyNote_Patto_8gen21-2.pdf; F. CANCELLARO, *Dagli Hotspot ai "Porti Chiusi": Quali Rimedi per la Libertà Sequestrata alla Frontiera?*, in *Sistema Penale*, 2020, n. 3, p. 428 ss.; L. MARIN, *La Corte di Giustizia Riporta le "Zone di Transito" Ungheresi Dentro il Perimetro del Diritto (Europeo) e dei Diritti (Fondamentali)*, in *ADIM Blog*, 30 maggio 2020, reperibile online; G. CAMPESI, *The EU Pact on Migration and Asylum and the Dangerous Multiplication of 'Anomalous Zones' for Migration Management*, in *ASILE blog*, 27 novembre 2020, reperibile online.

⁹⁶ Al riguardo, posizioni critiche sono state espresse da parte dell'Agenzia per i diritti fondamentali e del Parlamento europeo. Sul punto, European Union Agency for Fundamental Rights, *Beyond the Peak: Challenges Remain, but Migration Numbers Drop*, in *Annual Review*, 2018, p. 17 ss. Inoltre, in generale, sulla questione del trattenimento, si vedano, *ex multis*, F. SPITALERI, *Il rimpatrio e la detenzione dello straniero tra esercizio di prerogative statali e garanzie sovranazionali*, Torino, 2017; R. PALLADINO, *La detenzione dei migranti: regime europeo, competenze statali e diritti umani*, Napoli, 2018.

⁹⁷ Sentenza del 17 dicembre 2020, *Commissione europea c. Ungheria*, causa C-808/18.

⁹⁸ Le questioni sollevate nel caso di specie riguardavano l'accesso alla procedura di riconoscimento della protezione internazionale (art. 6, par. 1 della direttiva procedure), l'effettività del diritto di asilo (art. 18 della Carta dei diritti fondamentali), l'effettività della tutela sotto il profilo dell'attuazione delle garanzie previste dalla direttiva 2008/115 in caso di rimpatri di cittadini di Stati terzi in condizione irregolare, il diritto di rimanere nel territorio dello Stato membro a seguito del rigetto della sua domanda, fino alla scadenza del termine previsto per la presentazione di un ricorso avverso tale rigetto o, se è stato presentato un ricorso, fino all'adozione di una decisione su quest'ultimo (art. 46, par. 5 direttiva procedure) e la legittimità del trattenimento dei richiedenti nelle zone di transito.

materia di riconoscimento della protezione internazionale, di rimpatri e di accoglienza⁹⁹. Ai nostri fini rileva quanto statuito dalla Corte in merito alla configurabilità di una forma di “trattenimento” nel confinamento dei richiedenti asilo in una zona di transito. Innanzitutto, muovendo dalla definizione di trattenimento di cui all’art. 2, lett. h) della direttiva 2013/33/UE (c.d. “direttiva accoglienza”)¹⁰⁰, la Corte ha dichiarato che l’obbligo imposto ai richiedenti protezione internazionale di rimanere in una zona di transito nel corso della procedura di esame della loro domanda costituisce una forma illegittima di trattenimento¹⁰¹, che viola il diritto alla libertà personale sancito dall’art. 6 della Carta dei diritti fondamentali¹⁰², trattandosi di una misura coercitiva che priva il richiedente della sua libertà di circolazione e lo isola dal resto della popolazione¹⁰³. Infatti, nel caso di specie, le condizioni materiali dei luoghi deputati al trattenimento e la limitazione della libertà di allontanarsi dalla zona di transito configuravano una violazione dell’art. 8, par. 3, co. 1 della direttiva accoglienza, che indica in modo esaustivo i motivi che possono giustificare detto trattenimento¹⁰⁴.

Questa disposizione prevede, *inter alia*, che uno Stato membro possa trattenere un richiedente in attesa di decidere sul diritto d’ingresso nel suo territorio qualora faccia ricorso alla procedura di frontiera *ex art. 43* direttiva 2013/32/UE per verificare, prima dell’autorizzazione all’ingresso, se la domanda sia o meno ammissibile o infondata¹⁰⁵. Malgrado ciò, la Corte ha constatato, da un lato, che il trattenimento era stato protratto

⁹⁹ Alla base della vicenda vi era una legge emanata nel 2015 dall’Ungheria con cui erano state create le c.d. “zone di transito” (in particolare, nelle due città di Tompa e Röske) al confine serbo-ungherese, destinate all’espletamento delle procedure di asilo, ed era stata introdotta la nozione di “situazione di crisi causata da un’immigrazione di massa”, che conduce, quando una situazione del genere è dichiarata dal governo, all’applicazione di norme derogatorie alla stregua di norme generali. A ciò si è aggiunta una legge del 2017 che ha ampliato i casi che consentivano di dichiarare l’esistenza di una simile situazione di crisi e che ha modificato le disposizioni che consentivano di derogare alle disposizioni generali. Per approfondimenti, E. COLOMBO, *La Corte di Giustizia condanna (nuovamente) l’Ungheria per l’inadeguatezza della normativa sull’asilo*, in *Eurojus*, 16 gennaio 2021, reperibile online: <http://rivista.eurojus.it/la-corte-di-giustizia-condanna-nuovamente-lungheria-per-linadeguatezza-della-normativa-sullasilo/>.

¹⁰⁰ Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, *recante norme relative all’accoglienza dei richiedenti protezione internazionale*, in G.U. 2013 L 180, p. 96.

¹⁰¹ Par. 158. La Corte di Lussemburgo aveva già affrontato la questione della configurabilità di una forma di “trattenimento” all’interno delle zone di transito con la sentenza del 14 maggio 2020, cause riunite C-924/19 PPU, C-925/19 PPU, FMS, FNZ e SA, SA junior. Sulla stessa questione si era pronunciata, inoltre, la Grande Camera della Corte europea dei diritti dell’uomo, con la sentenza del 21 novembre 2019 nel caso *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, in cui la Corte aveva adottato una posizione di maggiore prudenza. Per un commento sul punto, V. STOYANOVA, *The Grand Chamber Judgment in Ilias and Ahmed v Hungary: Immigration Detention and how the Ground Beneath our Feet Continues to Erode*, in *Strasbourg Observers*, 23 December 2019, reperibile online; F.L. GATTA, *Diritti al confine e il confine dei diritti: La Corte Edu si esprime sulle politiche di controllo frontaliero dell’Ungheria (Parte I – espulsione e Art. 3 CEDU)*, in *ADiM Blog*, dicembre 2019, reperibile online; S. PENASA, *Le politiche migratorie “al confine”: la Corte EDU tra nozione di “paese terzo sicuro” e di restrizione della libertà delle persone richiedenti asilo. Il caso Ilias e Ahmed c. Ungheria*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2020, n. 1, pp. 388-393; E. COLOMBO, *Trattenimento nelle zone di transito e inammissibilità delle domande di asilo. La Corte di Giustizia e la procedura di frontiera*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2020, n. 3, pp. 212-238.

¹⁰² “Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza”.

¹⁰³ Par. 159.

¹⁰⁴ Parr. 177-180.

¹⁰⁵ Art. 8, par. 3, co. 1, lett. c) della direttiva “accoglienza” e art. 43 della direttiva “procedure”.

oltre il limite delle quattro settimane fissato dal par. 2 dell'art. 43; dall'altro, che i richiedenti erano stati trattenuti nelle zone di transito durante l'intero esame della loro domanda o anche nel corso del procedimento giurisdizionale avverso un'eventuale decisione di rigetto di quest'ultima e non solo per verificare se le loro domande potessero essere respinte perché inammissibili o infondate¹⁰⁶.

Infine, la Corte di giustizia ha contestato anche la violazione dell'art. 24, par. 3, direttiva "procedure" alla luce delle rilevate condizioni materiali del trattenimento che impedivano di garantire un "sostegno adeguato" ai richiedenti che necessitavano di garanzie procedurali particolari, in considerazione delle specifiche esigenze dettate dalla loro vulnerabilità¹⁰⁷, nonché dell'art. 11, par. 2, direttiva "accoglienza" secondo cui, nel caso specifico dei minori, il trattenimento deve essere disposto solo come ultima risorsa. Infatti, nel caso esaminato dalla Corte, il carattere automatico e generalizzato del regime di trattenimento disposto nelle zone di transito ungheresi, da cui restavano esclusi solo i MSNA di età inferiore a 14 anni, impediva ai beneficiari di godere di tali garanzie¹⁰⁸.

Tanto premesso, è possibile comprendere la rilevanza delle risultanze della sentenza in oggetto rispetto alle modifiche disposte dalla proposta modificata "procedure", che sembrerebbero orientate verso un ricorso generalizzato al trattenimento fin dalla fase di *pre-screening* e per tutta la durata dell'esame della domanda di protezione internazionale, durante le quali i richiedenti non sono autorizzati all'ingresso nel territorio dello Stato membro. Come è stato osservato, infatti, le riforme proposte corrono il rischio di realizzare un potenziamento delle procedure di frontiera attraverso un uso massiccio e prolungato del trattenimento all'interno di strutture *hotspot*, anche oltre i termini prescritti, rischiando di non riuscire a garantire un'accoglienza strutturata e dignitosa in specie per i più vulnerabili quali i minori¹⁰⁹.

Per coloro le cui domande siano respinte nel corso della procedura di asilo alla frontiera, è adottata una decisione che prevede l'avvio immediato della procedura di rimpatrio (art. 41 *bis*, proposta modificata "procedure")¹¹⁰. Al fine di semplificare anche la procedura di impugnazione in materia sia di asilo sia di rimpatrio, la proposta modifica la formulazione dell'art. 53 della proposta del 2016 prevedendo, da un lato, che sia garantito il diritto ad un ricorso effettivo avverso tali decisioni "dinanzi allo stesso giudice, nello stesso procedimento giudiziario" ovvero limitatamente ad un solo grado di giudizio, con una evidente riduzione delle garanzie giurisdizionali (par. 1)¹¹¹; dall'altro,

¹⁰⁶ Parr. 181-186.

¹⁰⁷ Ai sensi dell'art. 2, lett. d), della direttiva 2013/32/UE, un "richiedente che necessita di garanzie procedurali particolari" è colui la cui capacità di godere dei diritti e adempiere gli obblighi previsti da tale direttiva è limitata a causa di circostanze individuali.

¹⁰⁸ Par. 200.

¹⁰⁹ Asilo in Europa, cit., p. 3; Associazione Studi Giuridici sull'Immigrazione (ASGI), *Nuovo Patto UE sull'immigrazione e l'asilo: rivedere il modello patogeno dei megacentri di accoglienza*, 10 dicembre 2020, reperibile online; EuroMed Rights, *Perché il Nuovo Patto europeo sulla migrazione penalizza sia l'Italia che i richiedenti asilo*, novembre 2020, p. 4 ss., reperibile online.

¹¹⁰ A. DI PASCALE, cit., p. 4.

¹¹¹ R. PALLADINO, *Patto sulla migrazione e l'asilo: verso nuove regole sui rimpatri*, in *I Post di AISDUE*, 18 novembre 2020, p. 71.

definendo termini di impugnazione minimi e massimi in sostituzione dei termini esatti contemplati nella proposta del 2016, al fine di realizzare una maggiore armonizzazione (par. 7). Ciò che si teme è che tanto la previsione di un solo grado di giudizio quanto la previsione di termini particolarmente stringenti possano produrre una compressione del diritto ad un ricorso effettivo *ex art. 47* della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea¹¹² in favore di uno snellimento delle procedure¹¹³. Non si comprende, dunque, in che modo tali modifiche possano realmente garantire il giusto equilibrio tra una maggiore efficacia delle procedure considerate e il diritto dei richiedenti ad un ricorso effettivo¹¹⁴, che deve risultare tale *de facto e de jure*¹¹⁵. Per quanto qui interessa, occorre ricordare che l’applicazione delle opportune garanzie procedurali, e quindi anche il rispetto del diritto in parola, costituisce un elemento essenziale dello sviluppo di un approccio all’interesse superiore del minore che, fondato sulla tutela di tutti i suoi diritti, richiede che si tenga conto delle circostanze ed esigenze individuali e specifiche del minore in tutti gli atti e le decisioni che lo riguardano¹¹⁶.

6. *Segue: le modifiche al sistema Dublino per una maggiore tutela dei MSNA?*

Un contributo importante alla gestione globale della migrazione prefigurato dal Nuovo Patto è rinvenibile nella citata proposta di regolamento sulla gestione della migrazione e dell’asilo (COM(2020) 610 final), che abroga e sostituisce il regolamento (UE) n. 604/2013, il quale stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l’esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo o da un apolide (c.d. “regolamento Dublino III”).

La crisi dei migranti del 2015-2016 si è tradotta in una crisi del sistema di asilo, che ha messo in evidenza l’inefficacia del regolamento Dublino III nel fronteggiare situazioni

¹¹² “Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell’Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo”.

¹¹³ C. FAVILLI, cit.

¹¹⁴ COM(2020) 611 final, p. 8.

¹¹⁵ Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 21 gennaio 2011, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, ricorso n. 30696/09, par. 288; Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 25 marzo 2014, *Vučković e a. c. Serbia*, ricorsi nn. 17153/11 e 29, parr. 71 e 74. Inoltre, in materia, si vedano, *ex multis*, O. PORCHIA, *L’effettività del diritto dell’Unione tra tutela del singolo e salvaguardia dell’ordinamento*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, Napoli, 2014, p. 2311 ss.; A. M. ROMITO, *La tutela giurisdizionale nell’Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, Bari, 2015, p. 43 ss.; G. VITALE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, in *Federalismi.it, Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, 2018, n. 5; R. MASTROIANNI, *L’effettività della tutela giurisdizionale alla prova della Carta dei diritti fondamentali*, in *Liber Amicorum in onore di Antonio Tizzano: De la Cour CECA à la Cour de l’Union*, Torino, 2018, p. 586 ss. Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 21 gennaio 2011, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, ricorso n. 30696/09, par. 288; Corte europea dei diritti dell’uomo, *Vučković e a.*, cit., parr. 71 e 74.

¹¹⁶ Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo e al Consiglio, *La protezione dei minori migranti*, Bruxelles, 12 aprile 2017, COM(2017) 211 final, p. 10; European Asylum Support Office (EASO), *Guida pratica sull’interesse superiore del minore nelle procedure di asilo*, 2019, pp. 15-20.

critiche, nonché carenze strutturali e lacune nella sua attuazione¹¹⁷. La proposta “gestione” è volta ad istituire un quadro comune che contribuisca al suddetto approccio globale – sulla base dei principi dell’elaborazione integrata delle politiche, della solidarietà e dell’equa ripartizione delle responsabilità statali – a garantire la condivisione delle responsabilità attraverso un nuovo meccanismo di solidarietà, ad aumentare la capacità di determinare in maniera efficiente ed efficace lo Stato membro competente per l’esame di una domanda di protezione internazionale e ad ostacolare gli spostamenti non autorizzati dei richiedenti all’interno dell’UE¹¹⁸.

Merita attenzione la disciplina relativa alla determinazione dello Stato membro competente ad esaminare la domanda di asilo presentata da un minore straniero non accompagnato. Infatti, pur mantenendo inalterati i vigenti criteri, sono proposte alcune modifiche rivolte al rafforzamento della tutela dei diritti dei MSNA¹¹⁹.

In termini generali, la proposta di regolamento conferma la rilevanza accordata dal vigente sistema Dublino al rispetto della vita familiare¹²⁰ quale criterio fondamentale per

¹¹⁷ COM(2020) 610 final, p. 6-7. In merito alla crisi del SECA, si vedano, *inter alia*, P. MORI, *Le politiche relative all’asilo e all’immigrazione tra garanzia giurisdizionali e ragioni della politica*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 2016, n. 1, p. 103 ss.; M. VITIELLO, *La crisi dei rifugiati e il sistema europeo comune d’asilo: cosa non ha funzionato?*, in *Meridiana*, 2016, n. 86, pp. 145-165; D. THYM, *La “crisi dei rifugiati” come sfida per il sistema giuridico e la legittimità istituzionale*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2017, n. 1, p. 1 ss.; C. DI STASIO, *La crisi del “Sistema Europeo Comune d’Asilo” (SECA) tra inefficienze del sistema Dublino e vacuità del principio di solidarietà*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 2017, n. 2, p. 209 ss.; F. L. GATTA, *Vie di accesso legale alla protezione internazionale nell’Unione europea: iniziative e (insufficienti) risultati nella politica europea di asilo*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2018, n. 2, p. 1 ss.; G. CAGGIANO, *Are you Syrious? Il diritto europeo delle migrazioni dopo la fine dell’emergenza alla frontiera orientale dell’Unione*, in questa Rivista, 2017, n. 2, p. 7-25; S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell’immigrazione e dell’asilo dell’Unione europea*, Torino, 2019; B. NASCIBENE, *La dimensione interna ed esterna della politica d’immigrazione e asilo. Principi e valori*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2020, n. 2, p. 267-280. Inoltre, le inefficienze del sistema sono state evidenziate anche nel Rapporto di valutazione della Commissione europea “*Evaluation of the implementation of the Dublin III*”, DG Migration and Home Affairs, 18 marzo 2016, reperibile online.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 4. Inoltre, per un’analisi della proposta, si rimanda a R. PALLADINO, cit., p. 74; F. MAIANI, *A “Fresh Start” or One More Clunker? Dublin and Solidarity in the New Pact*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 20 October 2020, reperibile online; G. MORGESE, *La “nuova” solidarietà europea in materia di asilo e immigrazione: molto rumore per poco?*, in *Federalismi.it, Focus Human Rights*, 2020, n. 35, pp. 16-47.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 18.

¹²⁰ In materia, si veda P. BONETTI, *Diritto all’unità familiare e tutela dei minori, Profili generali e costituzionali*, in B. NASCIBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, 2004, Milano, p. 861 ss.; A. MARTONE, *Il trattamento dei minori stranieri non accompagnati tra disposizioni europee e normativa internazionale*, in G. CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l’integrazione: migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell’Unione e ordinamento italiano*, Torino, 2014, p. 66 ss.; M.C. BARUFFI, *La riforma del regolamento Bruxelles II bis e la tutela dell’interesse superiore del minore*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, pp. 1087-1092; C. FRATEA, *La tutela del diritto all’unità familiare e i meccanismi di protezione dei minori migranti nel sistema europeo comune di asilo alla luce della proposta di rifusione del regolamento*, in *Rivista di cooperazione giuridica internazionale*, 2018, p. 129 ss.; F. MAIANI, *L’unità familiare nella procedura Dublino. Per una pratica di applicazione incentrata sulla protezione*, UNHCR, ottobre 2019, reperibile online; C. DI STASIO, *La violazione del diritto all’unità familiare dei minori stranieri non accompagnati: quali le possibili soluzioni nel diritto interazionale privato?*, in *dirittifondamentali.it*, 2020, n. 2, reperibile online.

la sua applicazione e riferimento per la garanzia del superiore interesse del minore¹²¹, ed estende la definizione di “familiare” includendovi non solo fratelli e sorelle del richiedente ma anche tutti quei legami formati tra la partenza dai Paesi di origine al loro arrivo nel territorio dello Stato membro (art. 2, lett. g). L’ampliamento della definizione dovrebbe dar conto delle attuali tendenze migratorie, quali lunghe permanenze fuori dal Paese di origine prima di raggiungere l’UE, comprese quelle nei campi profughi¹²², nonché contenere gli spostamenti non autorizzati dei richiedenti asilo all’interno dell’Unione europea¹²³.

Nella proposta di regolamento, la struttura dei criteri gerarchici funzionali all’identificazione dello Stato competente ad esaminare una domanda di protezione internazionale di un richiedente minore resta sostanzialmente invariata, seppur con qualche novità¹²⁴. L’art. 15 della proposta (intitolato “Minori non accompagnati”), riproducendo in larga parte l’attuale art. 8 del regolamento Dublino III, stabilisce la competenza dello “Stato membro nel quale si trova legalmente un familiare del minore non accompagnato, salvo se si dimostri che ciò è contrario all’interesse superiore del minore”. Laddove il richiedente sia un minore coniugato il cui coniuge non è legalmente presente nel territorio degli Stati membri, viene confermata la competenza dello “Stato membro in cui si trova legalmente il padre, la madre o un altro adulto responsabile per il minore, per legge o per prassi di detto Stato membro, o un suo fratello o sorella” (par. 2)¹²⁵. Parimenti, qualora il minore “abbia un parente presente legalmente in un altro Stato membro” e possa prendersene cura, “detto Stato membro provvede al ricongiungimento del minore con il parente” purché ciò risponda al superiore interesse del minore (par. 3).

Una differenza rispetto all’art. 8 regolamento Dublino III, invece, si registra in riferimento ai MSNA che non abbiano un familiare o un parente legalmente presenti in uno degli Stati membri: nella proposta “gestione”, infatti, la competenza è attribuita allo “Stato membro in cui la domanda di protezione internazionale del minore non accompagnato è stata registrata per la prima volta, salvo se si dimostri che ciò è contrario all’interesse superiore del minore” (art. 15, par. 5)¹²⁶. Pertanto, così disponendo, verrebbe modificata l’attuale disciplina in quanto la competenza non sarebbe più radicata in capo allo “Stato membro in cui il minore non accompagnato ha presentato la domanda di protezione internazionale” (art. 8, par. 4, regolamento Dublino III).

Va rilevato che la soluzione adottata dalla proposta “gestione” va in senso contrario alla giurisprudenza della Corte di giustizia. Nella sentenza *M.A. e altri c. Secretary of State for the Home Department* del 6 giugno 2013¹²⁷, infatti, il giudice di Lussemburgo

¹²¹ COM(2020) 610 final, p. 36.

¹²² *Ibid.*, p. 26.

¹²³ Punto 47, p. 37.

¹²⁴ T.M. MOSCHETTA, *L’impasse Dublino: l’incompiuta riforma dei criteri di competenza nella proposta di regolamento su asilo e immigrazione*, in *I Post di AISDUE*, II, 2020, Focus “La proposta di Patto su immigrazione e asilo”; A. PITRONE, cit., p. 48.

¹²⁵ T.M. MOSCHETTA, cit., p. 88.

¹²⁶ Corsivo aggiunto.

¹²⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 6 giugno 2013, causa C-648/11, *M.A. e altri c. Secretary of State for the Home Department*, par. 33. La causa traeva origine dal caso di tre MSNA richiedenti asilo nel Regno

ha chiarito quale sia lo Stato competente a decidere sulla domanda di protezione internazionale qualora il richiedente asilo sia un MSNA sprovvisto di familiari legalmente presenti in uno Stato membro e che abbia presentato domande multiple di protezione¹²⁸, ritenendo che in simili circostanze “l’espressione *Stato membro in cui il minore ha presentato la domanda d’asilo* non [possa] essere intesa nel senso che indica il primo Stato membro in cui il minore ha presentato la domanda d’asilo”¹²⁹, ma nel senso che la competenza vada attribuita allo Stato membro in cui il minore si trova, cioè quello in cui ha presentato la domanda di protezione più recente¹³⁰. La ragione sottesa era costituita dalla necessità di evitare il trasferimento del minore straniero non accompagnato e, quindi, di impedire l’eccessivo protrarsi della procedura¹³¹: nelle parole della Corte, “poiché i minori stranieri non accompagnati costituiscono una categoria di persone particolarmente vulnerabili, la procedura di determinazione dello Stato membro competente non dev’essere prolungata più di quanto strettamente necessario, il che implica in linea di principio che essi non siano trasferiti verso un altro Stato membro”¹³². In altri termini, il trasferimento costituirebbe un prolungamento ingiustificato della procedura che contrasterebbe sia con i diritti fondamentali del minore sia con il principio del superiore interesse *ex art. 24, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*¹³³.

E invece, la proposta “gestione” sembra orientata proprio nel senso respinto dalla Corte, segnando in questa maniera un passo indietro in materia di protezione dei minori¹³⁴. Ciò appare ancor più evidente se si tiene a mente che, nel 2014, la Commissione aveva voluto recepire la soluzione della sentenza *M.A. e altri* modificando l’art. 8 del regolamento Dublino III¹³⁵ (corrispondente all’art. 6 del regolamento “Dublino II”, su cui si era espressa la Corte di Giustizia)¹³⁶. Nella proposta venivano indicati nuovi criteri per

Unito che avevano già presentata domanda di protezione internazionale in Italia e nei Paesi Bassi. La Corte di Giustizia si è espressa, quindi, sull’interpretazione dell’art. 6 del regolamento “Dublino II” (Regolamento (CE) n. 343/2003 del Consiglio *che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l’esame di una domanda d’asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo*, del 18 febbraio 2003, in G.U.U.E. L 50 del 25 febbraio 2003) allora in vigore, ai sensi del quale lo Stato membro competente ad esaminare la domanda di protezione presentata da un minore non accompagnato andava individuato nello Stato membro in cui risiedeva un suo familiare, purché ciò corrispondesse al suo superiore interesse o, in alternativa, quello in cui il minore avesse presentato domanda di asilo, senza però menzionare l’ipotesi di più domande presentate in Stati membri differenti.

¹²⁸ *Ibid.*, par. 33.

¹²⁹ *Ibid.*, par. 53, corsivo aggiunto.

¹³⁰ *Ibid.*, par. 45-49; S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell’immigrazione e dell’asilo dell’Unione europea*, cit., pp. 112-113.

¹³¹ Corte di giustizia, *M.A. e altri*, cit., par. 54. Inoltre, sul punto T.M. MOSCHETTA, cit., p. 89.

¹³² *Ibid.*, par. 55.

¹³³ *Ibid.*, par. 56.

¹³⁴ Commissione europea, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (UE) n. 604/2013 per quanto riguarda la determinazione dello Stato membro competente per l’esame di una domanda di protezione internazionale presentata da un minore non accompagnato che non ha familiari, fratelli o parenti presenti legalmente in uno Stato membro*, Bruxelles, 26 giugno 2014, COM(2014) 382, final.

¹³⁵ COM(2014) 382 final, p. 3.

¹³⁶ Sul tema, si rimanda, segnatamente, a G. CELLAMARE, *Dublino II (e III) e interesse superiore del minore non accompagnato*, in *Sud in Europa*, settembre 2013, pp. 6-8; T.M. MOSCHETTA, *I criteri di attribuzione*

la determinazione dello Stato competente al fine di garantire una maggiore tutela dei MSNA e una maggiore certezza del diritto in relazione alle disposizioni del “sistema Dublino” che li riguardano. In particolare, veniva prefigurata la possibilità del minore non accompagnato di presentare una nuova domanda di asilo nello Stato membro in cui si trovava se non lo avesse già fatto o di richiedere che fosse riconosciuta la competenza dell’ultimo Stato in cui aveva presentato la sua domanda, qualora ciò corrispondesse al suo superiore interesse¹³⁷. Va detto, tuttavia, che la proposta “Dublino IV”, presentata dalla Commissione nel 2016 e successivamente ritirata in occasione della presentazione della attuale proposta “gestione”, si orientava in una direzione contraria sia alla predetta proposta del 2014 sia alle indicazioni della sentenza *M.A. e altri*, stabilendo che “per l’esame di una domanda presentata da un minore non accompagnato [...] in mancanza di parenti, la competenza spetta allo Stato membro in cui è stata presentata la prima domanda, a meno che ciò non vada contro l’interesse superiore del minore”¹³⁸. Orbene, individuando la competenza per l’esame di una domanda di protezione presentata da un MSNA nello Stato membro in cui è stata registrata per la prima volta, la proposta “gestione” si pone sulla medesima falsariga della proposta “Dublino IV”, così mancando nuovamente di adeguare la normativa alla giurisprudenza della CGUE e, quindi, alla necessità di evitare un prolungamento eccessivo della procedura per effetto del trasferimento¹³⁹.

Ciò posto, poiché il trasferimento di un MSNA dovrebbe avvenire nel rispetto del suo superiore interesse, è auspicabile che la proposta “gestione” venga modificata tenendo conto delle suindicate considerazioni della Corte. Inoltre, conformemente all’art. 290 TFUE¹⁴⁰ e alle condizioni prescritte dall’art. 68 della proposta, è prevista l’attribuzione alla Commissione europea del potere di adottare atti delegati relativamente all’identificazione di familiari e parenti del MSNA, dei criteri per l’accertamento dell’esistenza di legami familiari e di criteri per la valutazione della capacità di un familiare o parente di prendersene cura, anche qualora familiari o parenti soggiornino in più di uno Stato membro, purché tale potere non ecceda l’ambito del superiore interesse del minore (art. 15, par. 6). Su queste basi, quindi, è possibile che la Commissione possa svolgere un ruolo fondamentale di specificazione ed ampliamento dell’applicazione dei criteri di competenza riguardanti i minori¹⁴¹ che tenga conto tanto delle indicazioni della

delle competenze a esaminare le domande d’asilo nei recenti sviluppi dell’iter di riforma del regime di Dublino, in *federalismi.it*, 2018, n. 5, pp. 5-10.

¹³⁷ L. RIZZA, *La riforma del sistema Dublino: laboratorio per esperimenti di solidarietà*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2018, n. 1, pp. 13-17.

¹³⁸ Commissione europea, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio *che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l’esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di Paese terzo o da un apolide (rifusione)*, Bruxelles, 4 maggio 2016, COM (2016) 270 final, p. 5.

¹³⁹ A. PITRONE, cit., pp. 48-49.

¹⁴⁰ “Un atto legislativo può delegare alla Commissione il potere di adottare atti non legislativi di portata generale che integrano o modificano determinati elementi non essenziali dell’atto legislativo [...]”.

¹⁴¹ T.M. MOSCHETTA, *op. cit.*, p. 90.

Corte di giustizia quanto dei diritti previsti dall'*acquis* dell'Unione con cui la stessa proposta dichiara di essere compatibile¹⁴².

In definitiva, qualunque decisione di trasferimento di un MSNA dovrebbe essere preceduta da una valutazione del suo superiore interesse, quale considerazione preminente nell'espletamento di tutte le procedure contemplate dalla proposta "gestione"¹⁴³, includendo tra i fattori su cui deve basarsi questa valutazione, a norma del par. 4 dell'art. 13, la possibilità di ricongiungimento familiare, il benessere e lo sviluppo sociale del minore e le informazioni fornite dal rappresentante legale nello Stato membro in cui si trova il minore e che vengano rispettate specifiche garanzie procedurali¹⁴⁴.

7. Segue: I minori stranieri non accompagnati e la figura del tutore nelle proposte legislative del Nuovo Patto

Un aspetto paradigmatico delle garanzie procedurali per i minori stranieri non accompagnati è costituito dalla nomina del rappresentante legale (tutore), intendendo per tale una persona o il rappresentante di un'organizzazione designata per assistere il minore allo scopo di tutelarne il superiore interesse e il benessere generale¹⁴⁵.

Sul piano del diritto internazionale, la centralità della figura del tutore per la protezione e la promozione del superiore interesse del minore è stata evidenziata in molteplici documenti, a partire dal *General Comment No. 6* del Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. Secondo il Comitato, fin dalla fase di identificazione del MSNA gli Stati devono nominare un tutore dotato di tutte le competenze necessarie per poter provvedere alle sue esigenze specifiche e incaricato di esercitare le sue funzioni fino a quando il minore non abbia raggiunto la maggiore età o abbia lasciato definitivamente il territorio dello Stato¹⁴⁶. La nomina immediata di un tutore competente funge, infatti, da salvaguardia procedurale fondamentale per garantire il rispetto del superiore interesse del minore non accompagnato; dunque, qualunque procedura riguardante il minore dovrebbe essere avviata solo a seguito della nomina del tutore¹⁴⁷.

Questa posizione è condivisa dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati, (UNHCR), che in molteplici documenti sui minori stranieri non accompagnati raccomanda che venga assegnato al MSNA, fin dal suo arrivo, un rappresentante legale dotato delle opportune competenze per la salvaguardia dei suoi interessi¹⁴⁸, nonché

¹⁴² COM(2020) 610 final, p. 17.

¹⁴³ Art. 13, par. 1.

¹⁴⁴ COM(2020) 610 final, p. 36.

¹⁴⁵ Commissione europea, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE*, Bruxelles, 13.7.2016, COM(2016) 467 final, p. 27.

¹⁴⁶ United Nations Committee on the Rights of the Child, *General Comment No. 6*, par. 33.

¹⁴⁷ *Ibid.*, par. 21.

¹⁴⁸ UNHCR, *Refugee Children: Guidelines on Protection and Care*, Geneva, 1994, Cap. 8; UNHCR, *Guidelines on Policies and Procedures in Dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum*, Geneva,

nell’art. 10 della citata Convenzione europea sull’esercizio dei diritti dei minori del Consiglio d’Europa del 1996 (intitolato “Ruolo dei rappresentanti “)¹⁴⁹ e in alcuni suoi strumenti di indirizzo. Tra questi ultimi, rileva la Risoluzione 1810 (2011), in cui è enfatizzata l’importanza della nomina immediata di un tutore legale indipendente, dotato delle competenze necessarie nel campo dell’assistenza all’infanzia, incaricato di salvaguardare l’interesse superiore del minore¹⁵⁰. Infine, tra gli strumenti più recenti, va segnalato il *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration* del 2018, il cui obiettivo 7 (intitolato “Address and reduce vulnerabilities in migration”) enfatizza la necessità di proteggere i minori non accompagnati in tutte le fasi della migrazione, nominando rapidamente un tutore legale competente e imparziale quale mezzo essenziale per affrontare le loro particolari vulnerabilità e per proteggerli da tutte le forme di violenza attraverso soluzioni sostenibili che siano nel loro migliore interesse¹⁵¹.

Nell’ambito dell’Unione europea, sia uno studio condotto nel 2015 dall’Agenzia per i diritti fondamentali (FRA)¹⁵² sia la relazione di sintesi del 2018 dello *European Migration Network*¹⁵³, hanno evidenziato la mancanza di un quadro normativo e di una prassi uniformi tra i sistemi di tutela degli Stati membri per i minori non accompagnati, dedicando una particolare attenzione proprio alla figura del tutore e all’importanza delle sue funzioni affinché possa essere assicurato il rispetto di tutte le garanzie procedurali e possa essere fornita l’assistenza necessaria ai MSNA in tutte le fasi della migrazione.

Ciò posto, le modifiche prefigurate nel “Nuovo Patto sulla migrazione e l’asilo” sono orientate verso la realizzazione di una maggiore armonizzazione delle pratiche di tutela in tutta l’Unione, anche attraverso una definizione più puntuale delle funzioni e del ruolo affidato ai tutori¹⁵⁴. In tal senso, per quanto riguarda le proposte mantenute e non

1997, parr. 4.2, 5.7, 8.3; UNHCR, *Guidelines on International Protection: Child Asylum Claims under Articles 1(A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, UN Doc. HCR/GIP/09/08, 22 December 2009, par. 69.

¹⁴⁹ “1. Nei procedimenti dinanzi ad un’autorità giudiziaria riguardanti un minore, il rappresentante deve, a meno che non sia manifestamente contrario agli interessi superiori del minore: a) fornire al minore ogni informazione pertinente, se il diritto interno ritenga che abbia una capacità di discernimento sufficiente; b) fornire al minore, se il diritto interno ritenga che abbia una capacità di discernimento sufficiente, spiegazioni relative alle eventuali conseguenze che l’opinione del minore comporterebbe nella pratica, e alle eventuali conseguenze di qualunque azione del rappresentante; c) rendersi edotto dell’opinione del minore e portarla a conoscenza dell’autorità giudiziaria”.

¹⁵⁰ Council of Europe, *Unaccompanied Children in Europe: Issues of Arrival, Stay and Return*, Committee on Migration, Refugees and Population, Doc. 12539, 21 March 2011, par. 5.5. Tra gli altri strumenti di interesse, si vedano la raccomandazione 1703 (2011), *Protection and assistance for separated children seeking asylum*, 28 April 2005; la raccomandazione 1969 (2011), *Unaccompanied children in Europe: Issues of Arrival, Stay and Return*, 15 April 2011; e la raccomandazione 1985 (2011), *Undocumented Migrant Children in an Irregular Situation: A Real Cause for Concern*, 7 October 2011.

¹⁵¹ *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, United Nations General Assembly resolution A/RES/73/195, 19 December 2018, par. 23, lett. f.

¹⁵² Fundamental Rights Agency (FRA), *Guardianship systems for children deprived of parental care in the European Union: with a particular focus on their role in responding to child trafficking*, 2015, reperibile online.

¹⁵³ European Commission, *Synthesis Report for the EMN Study*, July 2018, p. 27, reperibile online.

¹⁵⁴ A. DI PASCALE, C. CUTTITTA, *La figura del tutore volontario dei minori stranieri non accompagnati nel contesto delle iniziative dell’Unione europea e della nuova normativa italiana*, in *Diritto, Immigrazione e cittadinanza*, 2019, n. 1, p. 13.

modificate rispetto alle iniziative del 2016, rileva la disposizione che la proposta modificata “procedure” (COM(2020) 611) dedica alla figura del tutore (art. 22), incaricato di fornire un sostegno adeguato al minore non accompagnato, che deve essere rappresentato e assistito in tutte le procedure previste dal regolamento. L’autorità competente è chiamata a nominare il tutore entro stringenti termini temporali, cioè non appena possibile e comunque non oltre cinque giorni lavorativi dalla data in cui il minore non accompagnato presenta la sua domanda, ed informarlo di tutte le questioni rilevanti, dell’*iter* procedurale e dei termini (art. 22, parr. 1 e 2). Inoltre, al fine di non compromettere un esercizio efficace delle sue funzioni, non deve essere affidato un numero sproporzionato di minori non accompagnati ad uno stesso tutore, sulle cui prestazioni è prevista, a cadenza regolare, un’attività di sorveglianza da parte di soggetti incaricati dagli Stati membri (art. 22, par. 5). Di fatto, la proposta enfatizza la necessità che il tutore abbia tutte le necessarie competenze per poter svolgere i suoi compiti in conformità al superiore interesse del MSNA e non abbia precedenti accertati di reati che coinvolgono minori (art. 22, par. 4).

Nell’ambito della citata proposta “gestione” (COM(2020) 610 final) è, inoltre, dedicata una particolare attenzione alla figura del rappresentante in specie all’art. 13. La norma prevede che ogni Stato membro provveda alla nomina immediata di un rappresentante, dotato delle qualifiche, della formazione e delle competenze necessarie per assistere il minore non accompagnato nelle procedure indicate nella proposta, affinché sia assicurato il suo superiore interesse (art. 13, par. 2). Quest’ultimo dovrà essere valutato, nel corso del processo di determinazione dello Stato competente, tenendo conto dei fattori indicati nel par. 4 dell’art. 13. Inoltre, lo Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione potrà effettuare un colloquio personale con il richiedente, in una lingua comprensibile per quest’ultimo, al fine di assicurare la corretta comprensione delle informazioni ad esso fornite in conformità dell’art. 11, che nel caso dei MSNA dovrà svolgersi con modalità adatte alla sua condizione e solo in presenza del rappresentante (art. 12, par. 4).

L’importanza attribuita alla figura e alle funzioni del tutore è enfatizzata, infine, con riguardo alle ipotesi di trasferimento. In questo caso, lo Stato membro che dispone il trasferimento dovrebbe accertarsi che anche lo Stato membro di destinazione adotti tutte le misure necessarie e appropriate per garantire una adeguata protezione del minore straniero non accompagnato, in particolare attraverso la nomina tempestiva di uno o più rappresentanti incaricati di vigilare sul rispetto di tutti i diritti di cui gode il minore¹⁵⁵.

8. Conclusioni

Alla luce della breve analisi svolta, è evidente che le proposte di riforma che accompagnano il “Nuovo Patto” presentano alcune rilevanti criticità che rischiano di

¹⁵⁵ COM(2020) 610 final, p. 37.

rafforzare quelle tendenze di gestione della migrazione e dell’asilo che, ormai da tempo, hanno dimostrato di essere fonte di gravi violazioni dei diritti fondamentali¹⁵⁶, contrariamente a quell’effettiva tutela dei diritti dei più vulnerabili e valorizzazione del superiore interesse del minore a cui dichiara di ispirarsi.

Perplessità desta la previsione di tempi particolarmente ristretti per l’espletamento della fase di accertamenti preliminari alle frontiere esterne. A ben vedere, le esigenze di tutela dei diritti di quei soggetti che versano in una particolare condizione di vulnerabilità richiederebbero una valutazione individuale più approfondita; al contrario, la rapidità che dovrebbe caratterizzare questa prima fase potrebbe risultare poco conforme con l’accuratezza di cui necessita l’esame di una domanda di protezione in simili circostanze. Inoltre, sia la fase di *screening* pre-ingresso che la successiva procedura di frontiera determinerebbero il ricorso ad un trattenimento sistematico degli interessati che, come precedentemente osservato, costituisce una misura coercitiva, fortemente limitativa della libertà di circolazione, in grado di arrecare pregiudizio alla dignità della persona e di causare una compressione dei diritti ad essa spettanti fin dalla fase di identificazione¹⁵⁷ e a cui, nel caso dei minori, dovrebbe farsi ricorso solo come *extrema ratio*.

Inoltre, non vanno trascurati i possibili effetti della proposta “gestione”, in particolare in quelle circostanze in cui debba stabilirsi qual è lo Stato membro competente per l’esame di una domanda di protezione internazionale presentata da un MSNA privo di familiari sul territorio dell’Unione europea. Infatti, contrariamente all’obiettivo dichiarato dalla proposta di voler istituire un meccanismo di determinazione della competenza in parola fondato sull’interesse superiore del minore¹⁵⁸, e allontanandosi ancora una volta dalle indicazioni fornite dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, è evidente che, stante l’attuale formulazione della proposta, il trasferimento conseguente all’attribuzione di tale competenza allo Stato in cui la domanda “è stata registrata per la prima volta” produrrebbe un prolungamento eccessivo della procedura tale da incidere sulle già precarie condizioni del MSNA e sui suoi bisogni specifici.

Ci sembra quindi evidente che l’obiettivo di un rafforzamento dei controlli alle frontiere esterne, unitamente allo sviluppo di una nuova *governance* dell’immigrazione irregolare verso cui è orientato il “Nuovo Patto”, rischiano di confermare e, anzi, aggravare l’approccio securitario tipico delle politiche di migrazione e asilo degli ultimi tempi, a discapito della salvaguardia dei diritti fondamentali¹⁵⁹. Dunque, la speranza è che opportune modifiche siano apportate al processo di riforma del SECA che dovrà essere intrapreso nei prossimi anni affinché possa realizzarsi un reale bilanciamento tra esigenze di sicurezza e tutela dei diritti fondamentali, in specie dei minori, e affinché venga realmente attribuita una preminente considerazione al principio dei *best interests of the child* in tutte le decisioni che lo riguardano.

¹⁵⁶ ASGI, *Il Nuovo Patto europeo su migrazione e asilo. Le criticità alla luce del contesto italiano*, cit., p. 1.

¹⁵⁷ Sul punto, si veda M. BORRACCETTI, *Il Nuovo Patto europeo sull’immigrazione e l’asilo: Continuità o discontinuità col passato?*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2021, n. 1, pp. 18-23.

¹⁵⁸ COM(2020) 610 final, p. 17.

¹⁵⁹ M. BORRACCETTI, cit., p. 26; M. MARCHEGIANI, cit., pp. 5-6.

ABSTRACT: Il presente lavoro analizza il “Nuovo Patto sulla migrazione e l’asilo” e le proposte legislative allegate nell’ottica della protezione dei minori migranti. In particolare, dopo aver sinteticamente ribadito il significato e la portata del principio del “*best interest of the child*”, si esaminano le disposizioni del pacchetto di riforma del Sistema Comune europeo d’asilo (SECA) che dovrebbero favorire una maggiore tutela dei diritti e degli interessi dei minori, in specie dei minori stranieri non accompagnati, fin dalla fase dell’identificazione, evidenziandone alcune rilevanti criticità.

KEYWORDS: Nuovo Patto sulla migrazione e l’asilo – superiore interesse del minore – minore – minore straniero non accompagnato – sistema comune europeo d’asilo.

THE “NEW PACT ON MIGRATION AND ASYLUM” AND THE PROTECTION OF MIGRANT CHILDREN

ABSTRACT: This paper analyzes the “New Pact on Migration and Asylum” and the attached legislative proposals with a view to the protection of migrant children. In particular, after briefly recalling the meaning and scope of the “*best interest of the child*” principle, we examine the provisions of the reform package of the Common European Asylum System (CEAS) which should promote greater protection of rights and the interests of minors, especially unaccompanied foreign minors, right from the identification stage, highlighting some relevant critical issues.

KEYWORDS: New Pact on Migration and Asylum – best interest of the child – child – unaccompanied children – common European asylum system.