

L'evoluzione della normativa sui minori stranieri non accompagnati

Joseph Moyersoem
consulente legale
presso l'Istituto
degli Innocenti

Giovanni Tarzia
consulente legale
presso comunità
d'accoglienza
per minori stranieri

La condizione giuridica del cosiddetto “minore straniero non accompagnato”¹ ha subito in Italia, dal 1998 a oggi, profonde modifiche a causa di una serie di interventi normativi di Parlamento e Governo. Le norme entrate in vigore sono contenute in provvedimenti formalmente eterogenei che disciplinano le diverse problematiche dell'identificazione, dell'affidamento, della tutela, dell'accoglienza, dell'autorizzazione al soggiorno o del rimpatrio del minore straniero non accompagnato. La formazione progressiva della disciplina ha comportato alcuni problemi di coordinamento fra le norme approvate. Le conseguenti lacune e le difformità delle prassi adottate dagli enti pubblici e dalle autorità di pubblica sicurezza rendono importante un esame attento dell'intero corpo normativo.

Occorre, d'altro canto, osservare che la normativa che si intende esaminare costituisce il primo vero tentativo del legislatore italiano di disciplinare compiutamente la materia².

Si è quindi ritenuto opportuno presentare lo stato attuale della disciplina applicabile ai minori stranieri non accompagnati e dar conto di alcune riflessioni mosse a suo riguardo, in relazione sia alle norme stesse sia alla loro applicazione concreta.

1. Normativa di riferimento

Si ritiene innanzi tutto utile richiamare le norme che si occupano dei minori presenti sul territorio nazionale.

Normativa internazionale di carattere primario

- Convenzione ONU sui diritti del fanciullo fatta a New York il 20 novembre 1989 (di seguito Convenzione ONU), ratificata e resa esecutiva con legge 176/91. Tale convenzione stabilisce i principi che gli Stati parti si impegnano a introdurre nei rispettivi ordinamenti e ai quali si devono ispirare.

¹ Con il termine minore si indica qualunque persona di età inferiore ai 18 anni, ai sensi dell'art. 1 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo. Va ricordato che mentre in inglese si usa sempre *child* e in francese *enfant*, in italiano si usano indifferentemente quali sinonimi anche i termini “minorenne”, “adolescente”, “bambina/o” o “fanciulla/o”, questi ultimi due connotati altresì nel genere.

² A questo proposito si può osservare che prima del 1998 i riferimenti normativi ai minori stranieri erano molto rari. Basti pensare alla legge 39/90 relativa alla competenza del presidente a chiedere i permessi di soggiorno, alla segnalazione ai tribunali per i minorenni che richiedevano lo status di rifugiati ecc.

rare i procedimenti giurisdizionali e amministrativi che riguardano ogni persona di minore et .

- Convenzione di Lussemburgo del 20 maggio 1980 e convenzione de L'Aja del 25 ottobre 1980 sui provvedimenti di affidamento e sottrazione di minori ratificate e rese esecutive con legge 64/94. In particolare l'art. 5, comma 1, della legge dispone che «Le decisioni sulle richieste di rimpatrio di minori dal territorio dello Stato, avanzate dalle autorità straniere, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, e dell'articolo 4 della convenzione L'Aja del 28 maggio 1970, sono adottate dal Tribunale per i minorenni del luogo dove il minore risiede».
- Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli del 25 gennaio 1996, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 77/03. Tale trattato, approvato a Strasburgo dall'Assemblea del Consiglio d'Europa, contiene una serie di disposizioni volte a rafforzare la tutela e il rispetto dei diritti dei minori.
- Direttiva 2003/9/CE del Consiglio dell'Unione europea del 27 gennaio 2003 recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri. Tale direttiva richiede tra l'altro agli Stati membri di adottare rapidamente misure volte ad assicurare la necessaria rappresentanza dei minori stranieri non accompagnati.

Normativa nazionale di carattere primario

- Articoli 2, 3, 29, 30, 31, 37 della Costituzione. Dal quadro complessivo di tali norme risulta che la Carta costituzionale considera il minore come un soggetto meritevole di una tutela specifica nelle diverse dimensioni della sua persona, come essere umano, in particolare come figlio e come lavoratore.
- Articolo 33 del Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero disposto con DLGS 25 luglio 1998, n. 286, che istituisce il Comitato per i minori stranieri (di seguito Comitato), accenna alla possibilità del rimpatrio assistito e delega a un successivo regolamento la definizione dei compiti del Comitato.
- Articoli 33 e 37 bis della legge 4 maggio 1983, n. 184, Diritto del minore ad una famiglia - come modificata dalla legge 31 dicembre 1998, n. 476, Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale, fatta a L'Aja il 29 maggio 1993. Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, in tema di adozione di minori stranieri - che dispongono la competenza del tribunale per i minorenni a valutare l'interesse del minore straniero, rendendo applicabili tutti gli istituti di tutela previsti per i minori italiani.
- Articoli 343 e seguenti del codice civile che riguardano l'apertura della tutela.
- Articolo 403 del codice civile che dispone interventi urgenti di protezione per i minori.

- Articoli 4 e 9 della legge 184/83 - come modificata dalla legge 476/98 - che disciplinano i casi in cui un minore debba essere affidato a persone diverse dai suoi genitori.
- Articolo 19, comma 2, del testo unico disposto con DLGS 286/98 che dispone il divieto di espulsione del minore.
- Articolo 5 del DLGS 29 marzo 1993, n. 119, Disciplina del cambiamento delle generalità per la protezione di coloro che collaborano con la giustizia - emanato su delega contenuta nell'articolo 47 della legge 6 marzo 1998, n. 40, Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero - che riserva alla competenza esclusiva del Comitato le decisioni relative ai minori stranieri non accompagnati.
- Articolo 25 della legge 30 luglio 2002, n. 189, Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo (cosiddetta legge Fini-Bossi), inerente ai minori affidati al compimento della maggiore età.

Atti internazionali non vincolanti

- Decisione 97/420/GAI del Consiglio dell'Unione europea del 26 giugno 1997 sul seguito dell'attuazione degli atti adottati in materia di asilo. Tale risoluzione definisce i criteri e le condizioni minime perché si possa procedere al rimpatrio dei minori.
- Raccomandazioni del Comitato ONU sui diritti del fanciullo conseguenti alla discussione dei rapporti periodici del Governo italiano sull'applicazione in Italia della Convenzione ONU. Le raccomandazioni conclusive sull'ultimo rapporto presentato dall'Italia sono state adottate il 31 gennaio 2003; due paragrafi sono dedicati agli interventi richiesti al Governo italiano per una politica di rispetto e protezione dei diritti dei minori non accompagnati.
- Risoluzione del Parlamento europeo del 15 gennaio 2003 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea (2001) (2001/2014 (INI)). Tale risoluzione sollecita tra l'altro la presenza di personale medico e giuridico qualificato per i minori non accompagnati nei centri di accoglienza e nei centri di detenzione.

Normativa nazionale di natura secondaria

- Circolare del Ministero dell'interno del 26 aprile 1999, sul rilascio dei visti per il ricongiungimento familiare in favore di minori affidati.
- Decreto del Presidente del consiglio dei ministri 9 dicembre 1999, n. 535, Regolamento concernente i compiti del Comitato per i minori stranieri, a norma dell'articolo 33, commi 2 e 2-bis, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, ossia il regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, legge 40/98 che stabilisce:
 - la definizione di "minore straniero non accompagnato";
 - i compiti del Comitato per i minori stranieri;

- che i rimpatri devono essere effettuati nel rispetto della legge e delle convenzioni internazionali.
- Circolare del Ministero dell'interno del 23 dicembre 1999, relativa al DPR 31 agosto 1999, Regolamento di attuazione del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero.
- Circolare del Ministero dell'interno del 16 marzo 2000, che attribuisce alle questure la pubblicazione del regolamento contenuto nel DPCM 535/99.
- Osservazioni del Presidente del comitato per i minori stranieri - Presidenza del consiglio dei ministri - Dipartimento per gli affari sociali. Testo approvato dal Comitato nella riunione del 2 maggio 2000.
- Circolare del Ministero dell'interno del 31 novembre 2000, che stabilisce in quali casi le autorità di Pubblica Sicurezza debbano rilasciare autorizzazioni al soggiorno per minore età e quali attività siano riconducibili a tali autorizzazioni.
- Linee guida del Comitato per i minori stranieri - Presidenza del consiglio dei ministri - Dipartimento per gli affari sociali, deliberate nella riunione dell'11 gennaio 2001. Tale circolare definisce i criteri di valutazione dell'interesse del minore al rimpatrio.
- Circolare del Ministero dell'interno del 9 aprile 2001, che fornisce alle questure l'interpretazione della disciplina relativa ai minori stranieri non accompagnati redatta dal direttore centrale del Ministero.
- Circolare del Ministero dell'interno dell'8 giugno 2001, che fornisce alcune precisazioni in ordine al procedimento del Comitato e alle comunicazioni della presenza di minori che devono essere effettuate al Comitato.
- Nota del Comitato del 14 ottobre 2002, volta a fornire un'interpretazione dell'art. 25 della legge 189/02.

2. Il migliore/superiore interesse del minore

La Convenzione ONU prevede all'art. 3 che

In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente.

Innanzitutto opportuno ricordare che il termine "superiore" proviene dalla traduzione del termine *the best* inglese, lingua ufficiale del documento, e pertanto l'interesse andrebbe inteso proprio in senso di "il migliore" piuttosto che utilizzato in senso comparatistico come risulta dalla traduzione italiana che ha destato non poche difficoltà interpretative e applicative.

Con la ratifica della Convenzione ONU le sue norme sono entrate a far parte integrante dell'ordinamento giuridico italiano, facendo sì che anche un prin-

cipio programmatico come quello dell'art. 3 divenisse un principio cardine dell'ordinamento giuridico e, come tale, un fondamentale criterio interpretativo delle singole norme per superare eventuali loro ambiguità³.

Va sottolineato, inoltre, che l'interesse superiore del minore non va esaminato in modo astratto, bensì il suo contenuto si deve sostanziare in relazione al singolo caso concreto, dato che le esigenze del singolo possono variare in relazione alla situazione specifica in cui quest'ultimo, in qualità di soggetto in formazione, viene a trovarsi di volta in volta. A titolo esemplificativo si possono richiamare una serie di criteri che consentono di procedere alla valutazione del superiore interesse del minore al fine di verificare, in concreto, la sussistenza delle condizioni e dei presupposti per l'attuazione dei diritti del minore.

Partiamo dalla combinazione dell'art. 3 e dell'art. 29 della Convenzione ONU con le norme della Costituzione italiana – dall'art. 2, in primis – che distintamente esplicitano i presupposti in base ai quali «lo sviluppo delle sue facoltà e delle sue attitudini mentali e fisiche in tutta la loro potenzialità» in modo da prepararlo ad assumere «le responsabilità della vita in una società libera», «nel rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali». Al fine di avviare tale percorso attuativo a cui gli Stati si sono impegnati attraverso la ratifica del trattato, il minore dovrebbe beneficiare: di un livello di vita sufficiente per consentire il suo sviluppo fisico, mentale, spirituale, morale e sociale⁴; del miglior stato di salute possibile e di beneficiare di servizi medici e di riabilitazione⁵; di educazione e formazione lavorativa in funzione delle capacità⁶; di protezione contro lo sfruttamento economico e la costrizione ad alcun lavoro che comporti rischi o sia suscettibile di porre a repentaglio la sua educazione o di nuocere alla sua salute o al suo sviluppo fisico, mentale, spirituale, morale o sociale⁷.

Va, peraltro, richiamato che una cosa è il riconoscimento di tali diritti, tutt'altro è la loro attuazione necessariamente demandata a figure adulte di riferimento, intese sia come legami affettivi sia come organi statali cui è demandata la responsabilità di garantire e di predisporre strumenti congrui e accessibili per l'esplicarsi del superiore interesse del minore così precisato.

Rispetto ai legami affettivi, fuori discussione che il primario riferimento è da associare alla famiglia naturale quale unità fondamentale della società e ambiente naturale per la crescita e il benessere di tutti i suoi membri e, in particolare, dei fanciulli. Il fanciullo, ai fini dello sviluppo armonioso e completo della sua personalità, deve crescere in un ambiente familiare in un clima di felicità, di amore e di comprensione. Infatti è a tale nucleo che il legislatore, nazionale e internazionale, assegna il compito di tutela e guida del minore «secondo le inclinazioni naturali», sot-

³ Moro A.C., Diritti del minore e nozione di interesse, in «Cittadini in crescita», anno 1, n. 2-3, 2000, p. 9-24.

⁴ Art. 27 della Convenzione ONU.

⁵ Art. 24 della Convenzione ONU.

⁶ Art. 28 della Convenzione ONU.

⁷ Art. 32 della Convenzione ONU.

tolineando che «il minore ha diritto a essere educato nella propria famiglia»⁸. Un conto è la situazione che si verifica in presenza non solo di una famiglia consapevole delle proprie responsabilità e che intenda garantire al minore il proprio percorso formativo così come delineato, ma anche che risieda in un ambito territoriale (Stato) che abbia risorse e organi ed enti che predispongono le misure idonee, necessarie e opportune allo scopo, anche nel caso in cui la famiglia stessa, senza propria responsabilità, non sia in grado di attuare in pieno il proprio compito.

Ed è proprio per assicurare tale diritto del minore di crescere nella propria famiglia d'origine che sono state individuate, dalle fonti legislative più volte richiamate, le forme di aiuto e di sostegno da porre in essere tutte le volte in cui la famiglia stessa non sia in condizione di provvedervi, cioè in quanto l'incapacità dei genitori, ad esempio, mai può essere individuata nell'indigenza, nella irregolarità della presenza e tanto meno nella cultura di provenienza del nucleo familiare anzi, l'identità del minore è diritto pari agli altri e pertanto meritevole di tutela. È infatti previsto che, ove i genitori o le altre persone cui il minore è affidato non avessero i mezzi economici per provvedere al mantenimento e all'istruzione del minore, dovrebbe essere lo Stato, con misure appropriate, a fornire loro assistenza e sostegno⁹.

Il problema si pone, al contrario, quando non vi sono le condizioni perché la famiglia d'origine, temporaneamente o in via definitiva – per volontà propria, per forza maggiore, per una contestualizzazione di vari fattori ambientali, economici culturali – non offra alcuna garanzia per una “armoniosa” crescita e per lo sviluppo del minore. In tale caso vengono in rilievo a pieno titolo, e non esclusivamente come misure di sostegno, gli strumenti predisposti dallo Stato e pertanto nel primo caso, ovvero per impossibilità temporanea, si evidenzia l'istituto dell'affidamento quale forma di protezione sostitutiva, in conformità alle legislazioni nazionali «il minore temporaneamente privo di un ambiente familiare idoneo [...] affidato ad altra famiglia, preferibilmente con figli minori, o a una persona singola», oppure ad una comunità di tipo familiare, in grado di «assicurarli il mantenimento, l'educazione, l'istruzione e le cure affettive di cui ha bisogno»¹⁰.

In sostanza, la famiglia naturale viene al primo posto e, in subordine, un'altra famiglia – nell'ordine: nucleo familiare normalmente inteso, persona singola, comunità di tipo familiare – che dia garanzie nel senso voluto e in ultima analisi «consentito l'inserimento del minore in una comunità di tipo familiare o, in mancanza, in un istituto di assistenza pubblico o privato, che abbia sede preferibilmente nel luogo più vicino a quello in cui stabilmente risiede il nucleo familiare di provenienza»¹¹. Per l'ordinamento italiano, la competenza ai fini dell'affidamento dei servizi sociali nel caso in cui vi sia il consenso da parte dei legali rappresentanti del minore – genitori o tutore – e del tribunale per i minorenni nel caso in cui il consenso manchi¹².

⁸ Art. 147 codice civile (cc), art. 30 Cost., Convenzione ONU, art. 1 legge 184/83.

⁹ Articoli 18, comma 2, e 27 comma 3 Convenzione ONU, art. 31 Cost.

¹⁰ Art. 2, commi 1 e 2 della legge 184/83, nonché art. 20, commi 1 e 3, della Convenzione ONU.

¹¹ Art. 2, comma 2, legge 184/83.

¹² Art. 4, comma 2, legge 184/83, che prevede l'applicazione della procedura ex articoli 330 e seg. cc.

Nel secondo caso, ovvero qualora la difficoltà o la mancanza della famiglia d'origine sia definitiva, il minore stesso è tutelato tramite l'istituto della tutela che prevede che «se entrambi i genitori sono morti o per altre cause non possono esercitare la potestà dei genitori, si apre la tutela»¹³ laddove non è ancora chiarito in via interpretativa se la stabile lontananza dei genitori possa essere ricompresa nell'ambito d'applicazione della norma, essendovi sul punto orientamenti difformi. In tal caso competente sarà il giudice tutelare presso il tribunale ordinario.

Nell'ipotesi, poi, che il minore si trovi in situazione di abbandono - minori privi di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi, purché la mancanza di assistenza non sia dovuta a forza maggiore di carattere transitorio¹⁴ - il tribunale per i minorenni è competente a dichiarare lo stato di adottabilità, presupposto per l'inserimento stabile e definitivo del minore in altra famiglia.

In conclusione, il legislatore italiano ha previsto tramite le forme di sostegno da parte dello Stato alla famiglia d'origine o tramite l'istituto dell'affidamento, della tutela e dell'adozione, dei meccanismi giuridici attraverso i quali il minore sia comunque garantito da forme di rappresentanza e di tutela per l'attuazione dei suoi diritti.

3. Definizione di minore straniero non accompagnato

Dopo aver considerato quali strumenti il legislatore italiano ha predisposto per la migliore cura dell'interesse del minore, conformemente alla legislazione internazionale di riferimento, nella medesima prospettiva si può affrontare il tema specifico della disciplina applicabile al minore straniero non accompagnato che si trovi sul territorio italiano.

A questo proposito occorre, innanzi tutto, definire l'ambito di applicazione della disciplina che si intende esaminare. Tale ambito è delimitato dalla definizione di "minore straniero non accompagnato". La definizione in oggetto è contenuta nella norma regolamentare di cui al secondo comma dell'art. 1 del regolamento del Comitato per i minori stranieri¹⁵ che definisce come "minore straniero non accompagnato presente nel territorio dello Stato" «il minore non avente cittadinanza italiana o di altri Stati dell'Unione europea che, non avendo presentato domanda di asilo, si trova per qualsiasi causa nel territorio dello Stato privo di assistenza e rappresentanza da parte dei genitori o di altri adulti per lui legalmente responsabili in base alle leggi vigenti nell'ordinamento italiano».

Una prima osservazione relativa a tale definizione deve essere fatta specificando il significato dell'espressione «privo di assistenza e rappresentanza da

¹³ Art. 343 cc.

¹⁴ Art. 8, legge 184/83.

¹⁵ DPCM 535/99.

parte dei genitori». Tale espressione non può essere intesa in modo tale da far coincidere la nozione di minore straniero non accompagnato con quella di minore in stato di abbandono: un minore non accompagnato dai genitori può non essere in stato di abbandono quando per esempio è accolto da parenti entro il quarto grado, moralmente e materialmente idonei a provvedervi, che per lui non ne hanno la rappresentanza legale; così come un minore, pur convivente con i genitori, può trovarsi in stato di abbandono quando questi non si curano di lui e lo maltrattano. Una seconda osservazione deve essere svolta con riferimento al fatto che, secondo la definizione in esame, oltre ai minori privi di adulti di riferimento sono da intendere come “non accompagnati” anche i minori affidati di fatto ad adulti – inclusi i parenti entro il quarto grado – che non ne siano tutori o affidatari in base a un provvedimento formale, in quanto questi minori sono comunque privi di rappresentanza legale in base alla legge italiana.

A questo proposito è utile ricordare che, secondo un diverso orientamento – peraltro non condiviso dal Comitato e da numerose questure – i minori accolti da parenti entro il quarto grado non sono da considerarsi “minori non accompagnati” in quanto essi sarebbero legittimamente affidati dai genitori nell’ambito del gruppo parentale. Tale orientamento è fondato sull’opinione che l’affidamento consensuale del minore¹⁶ si realizzi anche qualora manchi il consenso formalmente espresso dai genitori, sempre che esso sia altrimenti desumibile¹⁷. Nella pratica si sono verificati casi in cui il giudice minorile competente ha disposto giudizialmente l’affido al parente entro il quarto grado, sostenendo l’inesistenza di un affido consensuale in mancanza dell’atto di assenso dei genitori; in altri casi il giudice si è dichiarato incompetente, riconoscendo validità all’affido realizzato mediante consenso non formalmente espresso¹⁸. A fronte di una prassi giurisprudenziale di merito orientata come indicato, si deve riscontrare che le autorità di pubblica sicurezza, in mancanza di un affido formale, hanno sistematicamente segnalato la presenza del minore al Comitato il quale, non dichiarando la propria incompetenza, ha di fatto esteso anche a tali casi l’applicabilità del trattamento previsto per i minori stranieri non accompagnati.

Si è pertanto creata, con riferimento a queste fattispecie, una situazione di difficoltà di coordinamento tra i soggetti che si occupano del minore.

¹⁶ Art. 4, legge 184/83.

¹⁷ Questo orientamento si fonda sul silenzio del legislatore in merito alla necessità di un consenso formalmente espresso. Si è inoltre osservato che l’art. 9, comma 4, legge 184/83 impone un obbligo di comunicazione unicamente per le ipotesi di accoglienza del minore da parte di persone diverse dai parenti entro il quarto grado. A contras si può desumere che il legislatore non abbia considerato meritevole di controllo, e quindi di una specifica disciplina, il caso di specie.

¹⁸ Si segnala, per altro, che l’affidamento consensuale disposto dai servizi locali in mancanza di un consenso formalmente manifestato dai genitori, può essere realizzato nella pratica in forme differenti:

1. il giudice tutelare può nominare un tutore ex articolo 343 e seg. cc, che dà poi il consenso all’affidamento;
2. il consenso all’affidamento può essere manifestato dall’istituto di pubblica assistenza ovvero, in genere, l’ente locale in quanto esercente i poteri tutelari ex art. 402 cc.

4. La competenza del Comitato per i minori stranieri

Definiti i limiti della materia, occorre ora esaminare i profili problematici della disciplina che ha esteso la competenza del Comitato alla valutazione dell'interesse del minore e all'adozione dei provvedimenti necessari alla sua tutela¹⁹.

Si consideri innanzi tutto la disciplina contenuta nel combinato disposto degli articoli 33, TU 286/98 – come modificato dall'art. 5, DLGS 113/99 – e 32, TU 286/98 – come modificato dall'art. 25 della legge 189/02. In particolare, l'art. 33 TU 286/98 demanda al Presidente del consiglio di ministri di stabilire, con regolamento, i compiti del Comitato definendo, per inciso, che a tale autorità rimessa la decisione sulla sorte dei minori stranieri non accompagnati. L'art. 32 TU 286/98, presupponendo la competenza del Comitato, regola poi alcuni casi in cui al minore straniero che diventi maggiorenne può essere rilasciato un'autorizzazione al soggiorno che gli consenta di lavorare o di studiare.

In particolare viene prevista la possibilità di rilasciare un permesso di soggiorno al minore straniero non accompagnato che sia stato ammesso «per un periodo non inferiore a due anni in un progetto di integrazione sociale e civile gestito da un ente pubblico o privato che abbia rappresentanza nazionale e che comunque sia iscritto nel registro istituito presso la Presidenza del Consiglio dei ministri» e che quest'ultimo garantisce e prova che «l'interessato si trova sul territorio nazionale da non meno di tre anni»²⁰.

Tale disciplina, che deve essere integrata con quanto disposto dal DPCM 535/99 e da alcune circolari ministeriali²¹, sembra dunque stabilire la compe-

¹⁹ Si considera pacifica, ai sensi dell'art. 1 della convenzione de L'Aja del 5 ottobre 1961, resa esecutiva in Italia con legge 742/80, la competenza dell'autorità giudiziaria e amministrativa italiana all'adozione delle misure di protezione del minore straniero che si trovi in Italia.

²⁰ Art. 25, legge 189/02. Il carattere residuale di tale norma, che pertanto non limita a questi soli casi la possibilità per il minore che compia la maggiore età di ottenere il permesso di soggiorno, è sostenuta dalla nota interpretativa del Comitato per i minori stranieri del 14 ottobre 2002.

²¹ La disciplina relativa al funzionamento del Comitato, al suo iter procedimentale nonché le indicazioni a cui deve attenersi l'autorità di pubblica sicurezza, sono contenute nelle seguenti circolari:

- circolare del Presidente del comitato per i minori stranieri dell'11 gennaio 2001, riguardante le Linee guida dell'attività del Comitato e determinante i criteri di valutazione dell'interesse del minore al rimpatrio;
- circolare del Ministero dell'interno del 16 marzo 2000, che riferisce alle questure la pubblicazione del regolamento contenuto nel DPCM 535/99;
- circolare del Ministero dell'interno del 31 novembre 2000, che stabilisce in quali casi le autorità di pubblica sicurezza debbano rilasciare autorizzazioni al soggiorno per minore età e quali attività siano riconducibili a tali autorizzazioni;
- circolare del Ministero dell'interno del 9 aprile 2001, che fornisce alle questure l'interpretazione della disciplina relativa ai minori stranieri non accompagnati effettuata dal Ministero stesso;
- circolare del Ministero dell'interno dell'8 giugno 2001, che pone alcune precisazioni in ordine al procedimento del Comitato e alle comunicazioni che devono essere effettuate al Comitato in merito alla presenza di minori sul territorio dello Stato italiano;
- circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali - Comitato per i minori stranieri del 14 ottobre 2003, che interpreta la normativa in materia di minori stranieri non accompagnati alla luce della riforma attuata con la legge 189/02. In particolare, viene sottolineato il carattere residuale della norma contenuta nell'art. 25 della menzionata legge e vengono definiti i rapporti tra il Comitato, l'autorità giudiziaria minorile e le questure.

tenza del Comitato a valutare l'interesse del minore straniero non accompagnato e a deciderne l'eventuale rimpatrio. In tal senso sono rilevanti sia le Linee guida del Comitato emanate con circolare dell'11 gennaio 2001 sia la nota del Comitato del 14 ottobre 2002. In particolare, quest'ultima stabilisce in quali casi «il Comitato emette un provvedimento di non luogo a provvedere al rimpatrio nel quale viene indicato alla autorità giudiziaria minorile di affidare il minore ai sensi della legge 184/83».

Si rileva che a questa disciplina è stato mosso un triplice ordine di osservazioni critiche: di sospetta illegittimità costituzionale, di scarso coordinamento con la normativa precedente e di lacuna per quanto concerne la disciplina del procedimento amministrativo in cui si realizza l'attività del Comitato.

In primo luogo si osserva che l'art. 5 DLGS 113/99 che attribuisce al Comitato la competenza ad adottare il provvedimento di rimpatrio, è stato emanato in conformità alla delega contenuta nell'art. 47, comma 2, legge 40/98, con la quale il legislatore incaricava il Governo di «emanare, entro il termine di due anni dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi recanti le disposizioni correttive che si dimostrino necessarie per realizzare pienamente i principi della presente legge o per assicurarne la migliore attuazione». A questo proposito è stato osservato che tale delega è priva di quei principi e di quei criteri direttivi che l'art. 76 Cost. prevede perché possa effettuarsi un conferimento di delega al Governo, limitandosi a un generico richiamo ai principi contenuti nelle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia.

In secondo luogo è stato sostenuto che tale delega potrebbe essere considerata in contrasto con l'art. 13 Cost. che riserva all'autorità giudiziaria i provvedimenti limitativi della libertà personale. Recentemente i provvedimenti di rimpatrio sono stati effettuati, in alcune realtà locali, direttamente dalle forze di polizia in modo coatto e contro la volontà del minore, e pertanto sono parsi effettivamente limitativi della libertà personale. La disciplina attuale riserva l'intervento dell'autorità giudiziaria alla sola concessione di un nullaosta al rimpatrio per assenza di procedimenti giurisdizionali, intendendosi per tali soltanto i procedimenti in materia penale.

Un'ultima osservazione critica della disposizione in esame è stata effettuata con riferimento alla riserva di legge che l'art. 10, comma 2, Cost. stabilisce per la definizione della condizione giuridica dello straniero. A questo proposito è stato rilevato che, di fatto, la delega "a cascata" effettuata dall'art. 47, comma 2, legge 40/98 e dall'art. 5 DLGS 113/99, rimandando a un regolamento amministrativo la disciplina applicabile ai minori, viola tale riserva di legge. In realtà anche tale regolamento effettua un'ulteriore delega, demandando a una circolare del Presidente del comitato la definizione dei criteri che devono essere considerati nella valutazione della situazione concreta dei minori e, quindi, nell'adozione dei provvedimenti di rimpatrio, ricongiungimento o accoglienza dei minori. Inoltre, la circostanza che la valutazione dell'interesse del minore sia demandata a un'autorità amministrativa, la cui attività deve ispirarsi istituzionalmente ai principi di buona amministrazione, suscita un'ulteriore perplessità se si considera che la costante giurisprudenza della Corte costituzionale ha an-

noverato il tribunale per i minorenni tra gli istituti che la Repubblica ha predisposto in ossequio all'art. 31 Cost. per l'adempimento del precetto costituzionale che la impegna alla "protezione della gioventù"²². Peraltro, è stato altresì osservato che, se è pur vero che la condizione di "minore non accompagnato" non importa necessariamente la condizione di "minore in stato di abbandono", è altresì vero che l'indagine sulla condizione del minore viene così demandata in via esclusiva al Comitato dal regolamento contenuto nel DPCM 535/99. Si consideri, poi, che l'autorità amministrativa non può considerare in via esclusiva o preminente l'interesse del minore - come invece prescrivono i principi costituzionali e le convenzioni ratificate dall'Italia - dovendo invece ispirare la propria attività anche ai principi di "buona amministrazione" che le impongono di tenere in considerazione i vari interessi dell'amministrazione compresi quelli dei rapporti con gli altri Stati e quelli economici degli enti locali che si fanno carico dei minori.

Con riferimento al secondo ordine di osservazioni critiche si rileva che è stata da alcuni sostenuta un'interpretazione sistematica delle norme in esame. Secondo questa interpretazione l'attività del Comitato dovrebbe avere un carattere meramente esecutivo di quanto stabilito dall'autorità giudiziaria minorile. Tale orientamento ritiene, infatti, che se il legislatore avesse inteso, con la delega contenuta nell'art. 47, comma 2, legge 40/98, rimettere l'intera materia alla normazione secondaria, si sarebbe preoccupato di abrogare quelle norme di carattere primario che, nell'ordinamento giuridico attuale, stabiliscono l'intervento del tribunale per i minorenni. In questo senso è stato sostenuto che l'utilizzo di tale delega per attribuire (mediante l'art. 5 DLGS 113/99) al Comitato la competenza ad adottare i provvedimenti di rimpatrio, ha realizzato un utilizzo eccessivo della delega.

È utile a questo punto richiamare sinteticamente quali siano le disposizioni di carattere primario che, nell'ordinamento giuridico attuale, stabiliscono l'intervento del tribunale per i minorenni.

- L'art. 33, comma 5, legge 184/83 impone ai pubblici ufficiali di segnalare la presenza dei minori irregolari al tribunale per i minorenni per gli opportuni provvedimenti, compresa la segnalazione alla Commissione per le adozioni internazionali, che a sua volta comunicherà il nominativo al Comitato - in base al regolamento di attuazione della legge 476/98, art. 18 DPR 492/99.
- L'art. 37 bis, legge 184/83 come modificata dalla legge 476/98, e l'art. 28 DPR 394/99 prescrivono l'obbligo per i pubblici ufficiali di segnalare i minori stranieri in stato di abbandono al tribunale per i minorenni.
- L'art. 9, legge 183/84 dispone che il minore affidato a persona diversa dal parente entro il quarto grado, deve essere segnalato al giudice tutelare che a sua volta trasmette gli atti al tribunale per i minorenni.

²² Corte costituzionale, sentenza n. 78 del 22 febbraio 1989.

- Art. 31, comma 4, TU 286/98 riserva all'autorità giudiziaria minorile la decisione di espulsione del minore.
- L'art. 28, comma 1, lett. a), DPR 394/99 dispone che «se si tratta di minore abbandonato, immediatamente informato il Tribunale per i minorenni per i provvedimenti di competenza».
- Art. 403 cc dispone interventi urgenti di protezione per i minori. Tale norma si pone in conflitto con la disposizione contenuta nell'art. 3, comma 5, DPCM 535/99 il quale prevede che «In caso di urgenza, per situazioni in relazione alle quali sia improcrastinabile l'intervento a tutela della salute psicofisica del minore, i poteri del Comitato sono esercitabili dal presidente o da un componente da lui delegato, salva la ratifica da parte del Comitato nella prima riunione successiva all'esercizio dei poteri medesimi. I provvedimenti non ratificati perdono efficacia dal momento in cui sono stati adottati».
- Art. 343 cc dispone che il minore i cui genitori non possono esercitare la potestà genitoriale, deve essere segnalato al giudice tutelare per l'apertura della tutela.
- Art. 5 comma 1 della legge 64/94 dispone che «Le decisioni sulle richieste di rimpatrio di minori dal territorio dello Stato, avanzate dalle autorità straniere, ai sensi dell'art. 2 comma 1, e dell'art. 4 della convenzione de L'Aja del 28 maggio 1970, sono adottate dal Tribunale per i minorenni del luogo dove il minore risiede».

Il terzo ordine di osservazioni mosse alla riforma in esame riguarda le norme relative al procedimento che si svolge di fronte al Comitato e la tutela accordata al minore destinatario di tale procedimento.

5. Il procedimento del Comitato

Occorre prima di tutto prendere in considerazione la disciplina che determina i criteri da adottare da parte del Comitato nella decisione di accoglienza e rimpatrio del minore straniero non accompagnato. Tale disciplina è contenuta nelle circolari dell'11 gennaio 2001 e del 14 ottobre 2002. Con la prima il Presidente del comitato ha definito le linee guida dell'attività del Comitato; con la seconda circolare il Comitato ha aggiornato le proprie linee guida alle norme della riforma contenuta nella legge 189/02. Le osservazioni mosse a questa disciplina riguardano sia il profilo formale sia il profilo sostanziale.

Da un punto di vista formale, è stato rilevato che la disciplina relativa alla condizione giuridica del minore straniero in Italia è contenuta, di fatto, in un provvedimento amministrativo che ha il valore di circolare amministrativa. L'aver demandato a tale fonte normativa la disciplina della condizione giuridica del minore straniero ha ridotto fortemente quella particolare tutela che, con la ratifica della Convenzione ONU, l'Italia si è impegnata a far propria nell'adozione

ed esecuzione dei provvedimenti che riguardano i minori. Infine, ha suscitato numerose perplessità l'aver delegato la regolamentazione del procedimento avanti al Comitato a un provvedimento del Comitato stesso.

Da un punto di vista sostanziale è stato, invece, rilevato che le linee guida in oggetto, dopo un formale richiamo ai principi contenuti nella Convenzione ONU, si limitano ad affermare che il rimpatrio del minore straniero non accompagnato in linea con i principi dell'ordinamento vigente. La critica è stata rivolta all'assenza, sia nella legge sia nelle circolari, dei criteri di valutazione in concreto del "migliore interesse del minore" con riferimento all'eventuale rimpatrio. È stato osservato che la conseguenza pratica di tale lacuna consista nel fatto che, in numerosi casi, le decisioni di rimpatrio sono state motivate esclusivamente con l'affermazione della prevalenza dell'interesse al ricongiungimento con la famiglia.

6. I tempi

Il vuoto normativo che è stato segnalato riguarda anche gli aspetti procedurali dell'attività del Comitato che conduce alla decisione di rimpatrio.

In particolare si è osservato che non vi sono norme che stabiliscono i tempi in cui il Comitato deve operare. In verità le Linee guida deliberate dal Comitato in data 11 gennaio 2001, rifacendosi alle «raccomandazioni formulate in sede internazionale», dispongono che «le ricerche dei familiari di un minore straniero apparentemente abbandonato, debbono proseguire per almeno due anni prima di potere dichiarare lo stato di abbandono». La circolare del Ministero dell'interno dell'8 giugno 2001 rammenta alle questure che le comunicazioni della presenza di minori stranieri al Comitato «hanno la funzione di permettere al citato organismo, entro un limitato lasso di tempo (sessanta giorni), ogni indispensabile accertamento sullo status del minore stesso e ad intraprendere le opportune iniziative» (venti giorni per l'indagine nel Paese di origine).

A questo proposito è stata espressa una triplice perplessità.

In primo luogo ci si è interrogati sull'opportunità di demandare al Comitato stesso la fissazione dei termini entro cui deve portare a termine il procedimento amministrativo di cui è titolare. In secondo luogo si è ravvisato un contrasto tra la disciplina derivante dal combinato disposto delle circolari menzionate e della norma primaria generale contenuta nella legge 241/90 che fissa in sessanta giorni il termine generale entro cui i procedimenti amministrativi si devono concludere. Inoltre, si è ritenuto che il termine di due anni sia da considerare un lasso temporale troppo lungo per affermare che il soggiorno del minore debba considerarsi temporaneo. La decisione sul rimpatrio rischia così di pervenire, come di fatto si è verificato in alcuni casi pratici, dopo che il minore aveva intrapreso un percorso educativo e di formazione professionale significativo.

Infine, si è rilevato che l'indicazione contenuta nelle circolari è insufficiente per poter fare chiarezza sulla sorte di quei procedimenti che hanno avuto durata maggiore rispetto a quella citata.

7. Contraddittorio nel procedimento e impugnazione del provvedimento

Un'altra questione sollevata dall'assenza di riferimenti normativi, riguarda il contraddittorio nel procedimento e l'impugnazione del provvedimento.

Con riferimento al primo punto si è osservato nella pratica che, nonostante l'indicazione contenuta nelle Linee guida, il minore viene sentito dall'assistente sociale dell'ente locale soltanto al momento in cui viene rintracciato. È questo il momento in cui viene genericamente informato della possibilità di rimpatrio.

Per quanto riguarda, poi, la possibilità di intervenire nel procedimento, per mezzo di rappresentante legale, viene in considerazione l'art. 3, comma 6, del regolamento contenuto nel DPCM 535/99 che stabilisce che «in caso di necessità, il Comitato comunica la situazione del minore al giudice tutelare competente, per l'eventuale nomina di un tutore provvisorio». A questo riguardo è stata sottolineata la specificità di tale norma rispetto a quella, più generale e di carattere primario, contenuta negli articoli 343 e seg. cc, che dispongono l'apertura della tutela per i minori privi di rappresentanza legale.

In particolare, sono state poste in rilievo le conseguenze derivanti dall'applicazione della norma regolamentare nei termini di mancata rappresentanza legale nel procedimento amministrativo diretto a decidere del rimpatrio. È apparso, infatti, anomalo che la possibilità di intervenire tramite istanze di accesso ovvero tramite la presentazione di memorie e osservazioni²³, sia consentita soltanto a quei minori per i quali il Comitato stesso abbia deciso, ai sensi dell'art. 3, comma 6, DPCM 535/99, di richiedere al giudice tutelare la nomina di un rappresentante legale²⁴.

Con riferimento, infine, all'impugnazione del provvedimento, è stato proposto un triplice ordine di considerazioni.

In primo luogo si è osservato che, in assenza di una diversa disposizione, il tribunale competente a decidere dell'impugnazione del provvedimento è il tribunale amministrativo regionale (qui di seguito TAR)²⁵. Si realizza, in ultima analisi un trasferimento della competenza a valutare l'interesse del minore dal tribunale per i minorenni al TAR. Tale previsione è ora oggetto di una questione di legittimità avanti alla Corte costituzionale, cui è stato richiesto di pronunciarsi sull'incostituzionalità dell'art. 33, comma 2 bis, TU 286/98, nella parte in cui

²³ Si segnala che, non prevedendo la disciplina specifica alcun particolare strumento di partecipazione al procedimento, deve ritenersi applicabile la disciplina generale contenuta nella legge 241/90.

²⁴ A questo proposito occorre, poi, segnalare che in un caso in cui era stato nominato come tutore l'ente locale del luogo ove risiedeva il minore, l'autorità giudiziaria ha ravvisato un conflitto di interessi.

²⁵ In via principale si considererà competente il TAR Lazio, avendo il Comitato sede presso il Ministero del Lavoro a Roma. Come è noto, per il criterio della competenza del TAR della regione in cui ha sede l'autorità che ha emesso il provvedimento è derogabile. Si potrà pertanto adire altresì il TAR del luogo di residenza del minore.

non prevede la competenza del tribunale per i minorenni in ordine ai ricorsi contro i provvedimenti del Comitato²⁶.

In secondo luogo è stata segnalata l'impossibilità di impugnazione qualora non sia stato nominato un tutore.

Infine, si è considerata l'incidenza determinata sui motivi di gravame dalla circostanza che i criteri con cui è stato emanato il provvedimento siano contenuti in una circolare: l'impugnazione, infatti, è limitata al motivo di eccesso di potere.

8. Permesso di soggiorno

Un'ultima serie di considerazioni deve essere effettuata con riferimento al titolo di soggiorno rilasciato dall'autorità di pubblica sicurezza ai minori stranieri non accompagnati.

La materia è regolata nel dettaglio dalla circolare del Ministero dell'interno del 9 aprile 2001 che – richiamando la norma contenuta nell'art. 28, comma 1, lett. a) del DPR 31 agosto 1999, n. 394, Regolamento recante norme di attuazione del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, a norma dell'articolo 1, comma 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 – disciplina il permesso di soggiorno “per minore età” ed è stata aggiornata dalla circolare del Comitato del 14 ottobre 2002 sulla scorta della riforma operata dall'art. 25 della legge 189/02.

La norma primaria contenuta nell'art. 28 del DPR 394/99 è molto generica, disponendo che «Quando la legge dispone il divieto di espulsione, il Questore rilascia il permesso di soggiorno: a) per minore età, salvo l'iscrizione del minore degli anni quattordici nel permesso di soggiorno del genitore o dell'affidatario stranieri regolarmente soggiornanti in Italia». La norma contenuta nell'art. 25 della legge 189/02 dispone, invece, che può essere rilasciato un permesso di soggiorno al minore straniero non accompagnato che sia stato ammesso «per un periodo non inferiore a due anni in un progetto di integrazione sociale e civile» e che «si trova sul territorio nazionale da non meno di tre anni».

La disciplina contenuta nelle circolari menzionate e nelle disposizioni inviate dal Ministero dell'interno alle questure, richiamando queste norme, stabilisce che in tutti i casi in cui il Comitato non abbia «indicato all'autorità giudiziaria minorile di affidare il minore ai sensi della l. n. 184/83 e alle Questure di rilasciare un Permesso di Soggiorno per affidamento» sia rilasciato un permesso per minore età che non consente l'attività lavorativa e che non può essere convertito in alcun altro titolo senza l'assenso del Comitato.

²⁶ Questione sollevata dal Tribunale di Vercelli con ordinanza del 7 giugno 2002; la non manifesta infondatezza viene ancorata al principio di uguaglianza in relazione alla disparità di trattamento fra il minore straniero oggetto di rimpatrio assistito e quello per il quale sia stata autorizzata la permanenza o oggetto di espulsione, ex art. 31, commi 3 e 4, TU 286/98.

È stato osservato che la norma tace sulle attività consentite dal permesso di soggiorno per minore età. È opinione comune, invece, che il vuoto normativo avrebbe dovuto essere riempito applicando la disciplina contenuta nella norma che regola la fattispecie più vicina a quella non disciplinata dalla norma, nel rispetto dei principi generali a cui si ispira la disciplina in materia. A questo proposito si richiama, infatti, quanto disposto dagli articoli 31 e 32 che prevedono, per i minori affidati a persone regolarmente soggiornanti, il rilascio di un titolo di soggiorno che non limita le attività che il minore può svolgere (attività lavorativa).

Con riferimento, poi, alla possibilità di convertire, al compimento della maggiore età, il permesso di soggiorno per minore età in permesso per studio, per lavoro o per ricerca lavoro è stato osservato che la limitazione effettuata dalla circolare del 9 aprile 2000 è priva di supporto nella normativa primaria. Nello specifico, la necessità di un nulla osta da parte del Comitato, per altro non presupposto nel silenzio di tale autorità, non trova riscontro nel diritto positivo se non in quella norma contenuta nell'art. 25 della legge 289/02 che prende in considerazione soltanto alcune fattispecie che il Comitato stesso ha definito di carattere residuale. In riguardo si segnala che i TAR dell'Emilia-Romagna, del Piemonte e della Toscana²⁷ si sono espressi in favore di una lettura della norma nel senso di ravvisare un onere di valutazione della questura in ordine alla possibilità di rilasciare, in ciascun singolo caso, un permesso di soggiorno per studio, per lavoro o per ricerca lavoro. Il Tribunale ordinario di Torino ha invece affermato che il minore ha il diritto di svolgere attività lavorativa, senza valutazioni discrezionali dell'autorità amministrativa, dichiarando l'inefficacia del permesso di soggiorno per minore età «daddove stabilisce la non validità ai fini lavorativi»²⁸.

Le perplessità di ordine giuridico si uniscono necessariamente a quelle di ordine pedagogico, formulate da diverse comunità di accoglienza, in quanto il divieto di lavorare e l'impossibilità di proseguire legalmente il soggiorno in Italia al compimento della maggiore età pregiudicano fortemente la possibilità di elaborare progetti educativi lungimiranti.

La conseguenza naturale di questo orientamento della questura, che si aggiunge ai tempi che il Comitato si riserva per decidere sul rimpatrio, è che molti minori restano illegalmente in Italia pur avendo intrapreso un percorso educativo e formativo significativo.

²⁷ TAR Emilia-Romagna, Sezione I, ordinanza n. 50 del 23 maggio 2002; TAR Piemonte, Sezione II, sentenza n. 952 del 14 novembre 2001; TAR Toscana, Sezione I, sentenza n. 880 del 2002.

²⁸ Tribunale ordinario di Torino, Sezione VII, ordinanza del 21 novembre 2001.