



Associazione Italiana dei Magistrati per i Minorenni e per la Famiglia

XXVIII Convegno nazionale

"Infanzia e diritti al tempo della crisi: verso una nuova giustizia per i minori e la famiglia"

Sessione di studio su

MINORI STRANIERI NON ACCOMPAGNATI

Conduttore Giovanni Tarzia (componente privato presso il T.M. di Milano)

Discussant Emma Seminara (magistrato presso il T.M. di Catania, estensore della presente relazione)

L'oggetto del convegno "infanzia e diritti al tempo della crisi" fornisce le linee direttrici entro cui affrontare il tema dei minori stranieri non accompagnati (msna). Partiamo dalla considerazione dei diritti riconosciuti al m.s.n.a. e cerchiamo il modo più efficace per tutelarli, sulla base della disciplina vigente (novellata dalla legge 15/07/09 n. 94) e nel rispetto delle norme costituzionali e internazionali applicabili ai minori e agli stranieri.

Enucleati i principi, vedremo di elaborare una prassi che si ponga al servizio di tali principi, evitando il rischio che le esigenze di tutela possano in alcun modo venire vincolate o condizionate da esterne esigenze quali quelle organizzative del singolo ufficio minorile, il cui carico già gravoso è negli ultimi anni aumentato per l'enorme numero di procedure relative ad adolescenti stranieri.

Tale metodo di lavoro appare coerente con gli scopi del convegno e in linea con le opinioni espresse dai relatori che abbiamo ascoltato ieri e stamattina. Mi riferisco alle conclusioni di Guido Rossi sulla necessaria prevalenza dei principi sulla prassi; alla funzione che Aldo Bonomi ha attribuito ai giudici minorili di "cura ultima" degli effetti della "guerra civile molecolare"; al pensiero espresso alla tavola rotonda da Paolo Martinelli nei seguenti termini: "la stazione d'arrivo non facciamola stabilire dai binari". In questa sede potrebbe intendersi per "stazione" la tutela, e per "binari" la singola prassi: ciò che è da evitare è utilizzare prassi inadeguate rispetto all'obiettivo di tutela, seppur giustificate da carichi di lavoro e problemi organizzativi.

Favorire l'inclusione sta del resto alla base dell'idea della giurisdizione *mite*, germe vitalizzante del convegno in corso. E la speranza d' "inclusione" è proprio ciò che spinge i minori (e gli adulti) ad affrontare viaggi disperati sulle c.d. "carrette del mare" per sfuggire a guerre, trucidazioni, conflitti religiosi o politici, e perdite e fame. Centinaia di adolescenti arrivano sulle coste di Lampedusa o di Pozzallo (RG), alcuni già orfani e tutti psicologicamente provati e

disidratati per le condizioni di viaggio, alla ricerca anzitutto d'inclusione in una comunità italiana che consenta loro di vivere in maniera dignitosa e serena. La domanda d'inclusione spingerà ancora alcuni di loro a spostarsi lungo il territorio italiano dal sud al centro al nord per appoggiarsi a parenti già presenti e in qualche modo inseriti in altre regioni, oppure per trovare lavoro e risollevarne le sorti economiche e sociali del nucleo familiare, in esecuzione del mandato ricevuto dai genitori rimasti nel territorio d'origine.

Tutti loro sono portatori di diritti umani fondamentali rimasti inappagati nel paese d'origine o comunque da realizzarsi in Italia dove sono approdati.

L'art. 2 della nostra Costituzione fa carico alla Repubblica italiana di "riconoscere e garantire" i "diritti inviolabili" di qualunque "uomo" (cittadino o non cittadino italiano) che si trovi sul territorio, e ciò a mezzo dell'attivazione di "*doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*". Il senso concreto di tale garanzia costituzionale è l'assolutezza della necessità di sua attuazione: deve cioè essere esclusa la possibilità di bilanciare il diritto alla protezione internazionale con eventuali altri interessi che siano con quello in conflitto; in altri termini, va esclusa la discrezionalità del potere amministrativo sul concedere o meno la protezione internazionale: la commissione territoriale potrà esclusivamente accertare (facendo uso di una discrezionalità semmai *meramente tecnica*) la sussistenza dei presupposti del riconoscimento del diritto fondamentale di ricevere protezione, rispetto al reiterarsi di situazioni di persecuzioni o danni (situazioni meramente individuali o collettive) già verificate presso il paese d'origine. Come affermato nell'ordinanza delle sezioni unite della Corte di Cassazione del 09/09/2009 n. 19393, se fosse possibile operare un bilanciamento tra l'interesse dello straniero richiedente asilo e altri interessi, si degraderebbe la posizione dell'istante da diritto ad interesse legittimo e si negherebbe, nella sostanza, un diritto che la Costituzione all'art. 2 riconosce "inviolabile", specificandone uno dei contenuti (impedimento dell'esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana) all'art. 10 comma III, dopo aver prescritto (al comma I della norma) l'ottemperanza da parte dell'ordinamento giuridico italiano alle "norme del diritto internazionale generalmente riconosciute".

Tra queste ultime si cita e si applica innanzitutto la Dichiarazione dei diritti del fanciullo approvata dall'Assemblea dell'ONU già il 20/11/1959 sul diritto del minore a beneficiare di *sicurezza sociale* oltre che di alimentazione, alloggio e necessarie cure mediche (art. 4); la convenzione ONU del 1989 resa esecutiva con legge italiana 176/91 e l'art. 3 della convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'effettività di tale norma discende dalla condivisa interpretazione precisata nella sentenza 28/02/08 (Saadi c. Italia) della CEDU. Si reputa che gli Stati membri *devono* offrire protezione agli stranieri (adulti e a maggior ragione minori) che se fatti rientrare nel

paese d'origine potrebbero essere sottoposti a tortura o a pene o a trattamenti inumani o degradanti, senza alcuna possibilità per le autorità amministrative o giurisdizionali dello Stato italiano di bilanciare il diritto dello straniero con altri interessi, pur meritevoli di tutela, confliggenti con esso e quindi senza possibilità di deroghe, sia pure per esigenze di generica sicurezza dello Stato rispetto al numero degli immigrati. In altri termini, la disciplina amministrativa contenuta nel dlgs. 286/98 sull'ingresso nel territorio attraverso previsione di flussi ecc. deve cedere rispetto alla necessità di tutelare il diritto di chi, entrato in Italia al di fuori delle procedure, richieda protezione internazionale sotto forma di riconoscimento del diritto di asilo o di riconoscimento dello status di rifugiato (con conseguenza di ottenimento di permesso per anni cinque, rinnovabile) oppure di riconoscimento del diritto alla protezione umanitaria o sussidiaria (con effetto di regolarizzazione per anni tre).

Analogamente, la Carta di Nizza (parte integrante del trattato di Lisbona ratificato dall'Italia l'08/08/2008) ha previsto, oltre che il divieto di espulsioni collettive, il divieto di allontanamento, espulsione o estradizione verso gli Stati in cui esiste un serio rischio di essere sottoposti alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti.

- Da tale premessa sui diritti inviolabili discende una significativa distinzione tra minori stranieri non accompagnati istanti per protezione internazionale ossia per riconoscimento dello status di rifugiato oppure protezione sussidiaria (categoria 1 cui si applica una speciale disciplina) e minori stranieri non accompagnati sul nostro territorio da parenti entro il quarto grado cui non è attribuibile protezione internazionale o che comunque non la richiedano o che ricevano un provvedimento di diniego (categoria 2 cui si applica la disciplina generale di cui alla legge 184/83; v. oltre alle pagine 5 ss.).

Il riconoscimento di diritti inviolabili e il principio d'uguaglianza impongono poi una rilettura – o una riscrittura costituzionalmente orientata all'esito del giudizio della Corte Costituzionale – del **nuovo art. 32 dlgs. 286/98 (v. oltre alle pagine 10 ss.) e dell'applicabilità del reato d'immigrazione clandestina al minore (v. oltre alla pagina 16).**

- M.S.N.A. richiedenti protezione internazionale (categoria 1).
Il nostro ordinamento ha disposto a riguardo una **REGOLAMENTAZIONE SPECIALE** (rispetto a quella generale contenuta nella legge 184/83), contenuta nel **dlgs. 28/01/08 n. 25, emesso in attuazione della direttiva 2005/85/CE**, recante norme minime per le *procedure* applicate negli Stati membri *ai fini del* riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato, e nel **dlgs. 19/11/07 n. 251, attuativo della direttiva 2004/83/CE sull'attribuzione** a cittadini extracomunitari della

qualifica di rifugiato o comunque di protezione internazionale, disciplinando quindi il **contenuto sostanziale di tale protezione**.

E' con riferimento a questo gruppo di minori che viene formulata una **DEFINIZIONE DI MSNA alla lett. h) dell'art. 2 del dlgs. 25/08 cit.:** per minore non accompagnato s'intende: "il cittadino straniero di età inferiore agli anni diciotto che si trova, per qualsiasi causa, nel territorio nazionale, *privo di assistenza e di rappresentanza legale*".

L'**art. 28 del dlgs. 251/07** palesa poi che il minore **di cui si tratta deve avere "espresso la volontà di richiedere la protezione internazionale"**. La disciplina fa quindi riferimento ad **un adolescente o comunque a un minore che, naturalisticamente capace d'intendere e di volere, sia nelle concrete condizioni di esprimere la sua volontà di ottenimento del detto status**. Per un verso viene segnato così uno dei confini con i msna della categoria 2 in cui rientrano i minori in tenera età che siano senza famiglia al seguito e che, in quanto bambini, non sono in grado di esprimere la detta volontà (categoria cui si propone di applicare la disciplina generale contenuta nella legge 184/83; v. oltre). Per altro verso la restrizione della disciplina speciale agli adolescenti richiedenti immediatamente e personalmente protezione internazionale è coerente con lo spirito di tale normativa: offrire un canale preferenziale con immediata nomina di Tutore e con una prevista cadenza di provvedimenti e di misure di assistenza per la veloce regolarizzazione di quegli adolescenti stranieri le cui situazioni di grave necessità integrino il diritto alla protezione internazionale.

Dall'analisi della norma sopra citata contenente la definizione di msna si ricava che tale normativa speciale o canale di tutela preferenziale si applica nei casi di **mancanza di entrambi i requisiti (assistenza "e" rappresentanza)**.

Se il minore manchi solamente di assistenza, essendo viceversa presente sul territorio un genitore o un parente già nominato Tutore che gli fa da rappresentante legale, sarà quest'ultimo a fare domanda per fargli ottenere la protezione internazionale, potendosi aprire un procedimento di adottabilità dietro ricorso del Pubblico Ministero minorile ex art. 9 legge 184/83, sussistendo il *fumus* (di cui nell'istruttoria si accerterà il fondamento) dell'abbandono morale e materiale in tutti i casi di trascuratezza, maltrattamenti, abuso del minore da parte del suo parente di riferimento/rappresentante legale (e ciò alle medesime condizioni dei minori italiani, con rappresentante legale eppure privi di assistenza morale e materiale).

Se il minore sia privo di rappresentante legale ma comunque riceva assistenza, non lo si definirà un m.s.n.a. destinatario delle speciali misure assistenziali previste dal dlgs. 251/07 e non si aprirà in suo favore un procedimento di adottabilità. Il Giudice Tutelare gli nominerà un rappresentante legale il quale potrà attivare nell'interesse del minore la procedura citata per fargli

ottenere la protezione internazionale e quindi la regolarizzazione della posizione in Italia, esclusa la legittimazione ad ottenere le misure assistenziali previste dal citato dlgs per i m.s.n.a.

Per il minore straniero carente in Italia sia di assistenza sia di rappresentanza legale l'art. 28 del dlgs. 19/11/07 n. 251, attuativo della direttiva 2004/83/CE, rinvia al I comma all'applicazione degli artt. 343 ss. c.c. ossia alla competenza del Giudice Tutelare, il quale non si limiterà a nominargli un rappresentante legale, ma metterà in condizione l'adolescente straniero (o preadolescente che abbia espresso la volontà di ricevere protezione, come sopra si diceva) **di fruire di "programma di accoglienza" (dizione contenuta nel II comma), **attraverso il suo immediato affidamento del minore al Servizio Sociale con idonee prescrizioni volte al godimento di servizi dell'ente locale** nell'ambito delle risorse del Fondo nazionale per le politiche e i servizi dell'asilo (**collocamento in comunità** progetto SPRAR ecc).**

L'art. 28 **comma II**, nel riferirsi all'*affidamento* del msna "*a un familiare, adulto e regolarmente soggiornante, qualora questi sia rintracciato sul territorio nazionale*", fa riferimento ad affidamento disposto dalla "*competente autorità giudiziaria*" - senza specificare se si tratti di Giudice Tutelare o Tribunale per i minorenni - e aggiungendo che "*ove non sia possibile, si provvede ai sensi dell'art. 2, commi 1 e 2, della legge 04/05/1983 n. 184*" per dare al minore "*temporaneamente privo di ambiente familiare*" (v. art. 2 l. 184/83) l'assistenza morale e materiale di cui necessita ("*famiglia....o persona singola in grado di assicurargli mantenimento, educazione, istruzione e relazioni affettive di cui ha bisogno*").

Al richiamo di queste due ultime norme (art. 2 per il contenuto sostanziale dell'istituto e art. 4 per la procedura) consegue che per "*competente autorità giudiziaria*" dovrà intendersi il Giudice Tutelare nei casi in cui il genitore esercente la potestà o il Tutore dia il consenso all'affidamento eterofamiliare del minore (art. 4 comma 1) e il Tribunale per i minorenni nei casi in cui manchi l'assenso del parente (presente in Italia ma incapace o impossibilitato a dare assistenza al minore) all'affidamento eterofamiliare, e ciò in limitazione della potestà del genitore o con pronuncia di sua decadenza nei casi più gravi (richiamo agli artt. 330 ss. c.c. operato dall'art. 4 comma 2 cit.). In ogni caso competente è il Tribunale per i minorenni per autorizzare la proroga dell'affidamento deliberato dal G.T. quando sia già trascorso il periodo massimo di mesi 24.

Si diceva che il presupposto dell'affidamento di cui all'art. 2 l. 184/83 richiamato dalla speciale disciplina contenuta nel dlgs. 251/07 è che il minore sia "*temporaneamente privo di ambiente familiare*". Ne discende che l'applicazione della disciplina speciale e degli strumenti degli artt. 2 e 4 legge 184/83 da quella richiamati presuppone che il minore abbia comunque una famiglia sul territorio italiano o rimasta nel paese d'origine ma in procinto di ricongiungersi a lui, che solo temporaneamente sia incapace o impossibilitata a offrirgli assistenza.

Se tale impossibilità dei parenti di offrire assistenza al minore non è temporanea, resta spazio e necessità per l'applicazione della disciplina generale sull'adottabilità di cui alla legge 184/83, come per i minori della CATEGORIA 2): minori non capaci di esprimere la volontà di richiedere asilo perché in tenera età; adolescenti che non intendano richiederlo; adolescenti che abbiano chiesto ricevendo provvedimento di diniego.

- M.S.N.A. cui applicare la disciplina generale della legge 184/83 – categoria 2.

Potrà trattarsi di minori orfani dei genitori – cui si applicherà l'art. 11 comma I legge 184/83 – che risultino, come in tanti casi di minori sbarcati in Sicilia, essere stati prima della fuga del ragazzo trucidati nell'ambito di conflitti che per motivi religiosi o politici hanno vulnerato la collettività stanziata in una certa area del paese o anche la singola famiglia d'origine del minore. (Se richiedenti asilo si applicherà la disciplina speciale con competenza del Tutore).

Potrà trattarsi anche di **minori non richiedenti asilo e senza famiglia al seguito: minori i cui genitori sono rimasti nel paese extracomunitario di provenienza del ragazzo**, delegando a quest'ultimo, in genere il primogenito, il compito di spostarsi e trovare un lavoro in Italia e inviar loro denaro per risollevare dalla miseria le sorti del nucleo. **Anche in questi casi si ritiene che possa e debba aprirsi un procedimento di adottabilità, invocando l'art. 37 bis legge 184/83 che prevede: “Al minore straniero che si trova nello Stato in situazione di abbandono si applica la legge italiana in materia di adozione, affidamento e provvedimenti necessari in caso di urgenza”, e considerando l'oggettiva situazione di mancanza di assistenza in cui il minore versa, e in via non temporanea, per l'allontanamento dai genitori, dagli stessi acconsentito e favorito a mezzo della realizzazione di un viaggio di fortuna in condizioni non dignitose e non sicure e poi, in caso di arrivo a destinazione del figlio, comunque in assenza di qualsiasi garanzia della salvaguardia dell'integrità fisica e psichica del loro figlio oltre che della soddisfazione dei suoi bisogni elementari di vita almeno a livello minimo. **In linea con la giurisprudenza consolidata della Cassazione in tema di adottabilità di minori italiani**, si reputa infatti che la dichiarazione dello stato di adottabilità è volta all'esclusivo scopo di tutelare il prioritario interesse del minore ad un normale sviluppo fisico e psichico e **non allo scopo di sanzionare il genitore**; è perciò irrilevante la motivazione soggettiva del genitore.**

Reputandosi che la situazione di oggettivo abbandono è di per sé unica condizione sufficiente e necessaria per l'apertura del procedimento di *adottabilità* dietro ricorso del Pubblico Ministero minorile, si valuta irrilevante la prognosi negativa sul reperimento di famiglia disponibile all'*adozione* del ragazzo, essendo l'inserimento in una famiglia adottiva da valutare e realizzarsi solo successivamente e dietro l'accertamento di ulteriori elementi, inclusa la considerazione dei sentimenti, dei bisogni e delle aspettative del ragazzo con preciso riferimento alla sua identità e al

suo senso di appartenenza alla famiglia d'origine. In altri termini, va intanto accertato se egli si trova in stato di abbandono inteso come sopra; poi si vedrà se il ragazzo è favorevole alla propria adozione e solo in caso positivo si cercherà una famiglia idonea e disponibile allo scopo. Ricerca dall'esito assai incerto, ma la cui positività non può essere esclusa a priori, considerato il numero sul nostro territorio di istanze di adozioni di pre-adolescenti italiani o di minori stranieri in stato di abbandono sul nostro territorio (ai quali si applica la legge italiana 184/83 in materia di adozione per espressa previsione dell'art. 37 bis legge cit.), numero in crescita nell'ultimo periodo in considerazione della conoscenza da parte delle coppie del dato oggettivo dell'innalzamento dell'età dei minori stranieri adottabili con l'adozione internazionale i cui costi inoltre non sono sopportabili da molte coppie in questo momento storico.

Gli stessi argomenti valgono a contrastare l'opzione interpretativa d'incentrare sul criterio dell'età del minore (italiano o straniero che sia) la decisione, oggi spettante alla Procura, di apertura di procedimenti di adottabilità sulla base di una prognosi sulla possibilità concreta del successivo avviamento all'adozione del minore. Tale criterio dell'età è da ultimo utilizzato anche dalla Procura per i minori di Catania che allo stato ricorre per adottabilità di minori stranieri che siano tuttavia infrasedicenni, trasmettendo invece al Giudice Tutelare le segnalazioni della presenza di msna dai 16 anni insù.

Per quanto emerso nel gruppo, l'orientamento qui riportato sulla necessità e opportunità di aprire procedure di adottabilità nei casi sopra descritti è attuato presso i Tribunali per i minorenni di Catania (per i minorenni infrasedicenni dietro ricorso necessario della Procura) e dalla Procura minorile di Bologna e dal Tribunale per i minorenni di Bologna (senza alcuna distinzione in base all'età, per come il T.M. di Catania, di cui chi scrive fa parte, condivide), oltre che di Caltanissetta; viceversa non è condiviso dalla Procura di Milano, dal Tribunale per i minorenni di Milano e dalle Procure per i minori di Firenze e di Potenza e dal Tribunale per i minorenni di Ancona.

Si evidenzia la buona prassi emersa nel gruppo ad opera della Procura e del Tribunale per i minorenni di Milano di addivenire ad un protocollo con l'Ufficio del Giudice Tutelare per la migliore efficacia della tutela del msna da parte del GT o del TM.

Come si accennava, nei casi in cui il può peraltro accadere che non si giunga alla dichiarazione di adottabilità poiché nel corso dell'istruttoria risulta l'esistenza di parenti entro il quarto grado sul territorio, adulti e regolarmente soggiornanti, ai quali si disporrà l'affidamento del minore, chiudendo la procedura e trasmettendo gli atti al Giudice Tutelare al fine della nomina del parente quale rappresentante legale.

Si reputa che il detto inquadramento *sostanziale* (oggettività dello stato di abbandono che porta intanto ad aprire la procedura di adottabilità sia per minori italiani che per minori stranieri non

accompagnati/non assistiti sul nostro territorio) non risulta inficiato dalla nuova disciplina *procedurale* introdotta dalla legge 149/01 divenuta operativa nel luglio 2007 quanto alle garanzie per i genitori (avvocati d'ufficio ecc.), garanzie che comunque saranno certamente salvaguardate con il mettere nelle condizioni di difesa, nei termini di consapevolezza e illustrazione di progetti che escludano l'abbandono, i genitori rimasti nel paese d'origine. Allo scopo, nel medesimo decreto di apertura del procedimento volto ad accertare lo stato di adottabilità del minore, visto il ricorso del Pubblico Ministero, si avvisano i genitori dell'apertura del procedimento, li si invita a nominare un difensore e li si informa della nomina di un difensore d'ufficio per il caso che essi non vi provvedano nel termine di mesi tre; si dispone infine che, ai sensi del II comma dell'art. 142 c.p.c. e 12 comma III legge 184/83, la notificazione del provvedimento avvenga a mezzo dell'Autorità Consolare, richiamando l'art. 30 DPR 05/01/1967 n. 200. Nella prassi è avvenuto un buon coordinamento con alcune Autorità Consolari di paesi extracomunitari (Albania; Egitto; Marocco e altre).

Con il medesimo decreto di apertura del procedimento, si ratifica il collocamento del ragazzo presso struttura comunitaria realizzato ex art. 403 c.c. dalla Questura e si dispone l'affidamento del minore al Servizio Sociale del Comune del luogo in cui si trova la Comunità; gli si nomina altresì un **Tutore che possibilmente sia una persona fisica, di regola un avvocato** che ha chiesto di essere inserito in un informale albo tenuto presso il Tribunale per i minorenni, che presta giuramento presso il T.M. e copre tale ufficio a titolo di **volontariato** (escluso qualsiasi compenso e rimborso), assistendo legalmente il minore - ai sensi del comma IV dell'art. 8 introdotto dalla legge 149/01 nel corpo della legge 184/83 - **personalmente o nominando altro avvocato e avvalendosi del patrocinio a spese dello Stato, la cui ammissione richiederà al Consiglio dell'Ordine degli avvocati nell'interesse del minore, legittimato dall'esserne il rappresentante legale.** La prassi del Tutore volontario nominato dal T.M. o dal G.T. è attuata, tra gli altri distretti, in quelli di Catania, Caltanissetta, Ancona, Cagliari, Venezia e Firenze.

Compiti del Tutore-persona fisica sono la rappresentanza legale e l'assistenza procedurale del ragazzo innanzi alla Commissione territoriale per il riconoscimento dello status di rifugiato (su richiesta che intanto può essere avanzata direttamente e personalmente dal ragazzo che tuttavia necessita di rappresentante legale – Tutore per portare avanti la procedura di asilo). **Compiti di materiale assistenza e di predisposizione del progetto d'integrazione spettano all'Ente Locale** (Comune o Regione a seconda della convenzione con la struttura comunitaria ove sia inserito il ragazzo non richiedente asilo e non collocato in comunità del progetto SPRAR) **insieme con i responsabili della struttura comunitaria.** Il progetto d'integrazione sul territorio prevede di regola l'inserimento del msna in corso di alfabetizzazione e impegni formativi anche di tipo

lavorativo con borsa lavoro di apprendistato o altro alle stesse condizioni previste per i minori italiani; un trattamento presso il SNPI ove è auspicabile che sia sempre più diffusa e praticata l'**etnopsichiatria**, in considerazione delle peculiarità di cultura e costumi dei msna (che rendono inutilizzabili in quanto non attendibili i test somministrabili ai ragazzi italiani basati su modalità di pensare e sentire propriamente occidentali) e in considerazione della drammaticità del vissuto di molti msna in stato depressivo per avere perduto i genitori in atroci circostanze cui hanno assistito (molti di loro raccontano dell'accecamento praticato nel loro territorio d'origine in Africa ai genitori oppositori politici o di religione diversa rispetto alla maggioranza al potere) o per essere stati loro stessi personalmente costretti a subire barbarie (alcuni di loro hanno raccontato della collaborazione forzata con i talebani in Afghanistan e di periodi di carcere nei paesi di provenienza e poi di torture subite in Libia, paese di transito; alcuni riscontri alle loro dichiarazioni erano date dai segni di ferite o ustioni riportate sul corpo e mostrate all'udienza e poi in commissione territoriale che si occupa della loro richiesta di protezione).

All'interno della procedura di adottabilità potrà valutarsi se è configurabile una "forza maggiore" alla base dell'allontanamento del ragazzo (= oggettivo abbandono da parte dei genitori) che sia preclusiva della dichiarazione di adottabilità; dovrebbe comunque accompagnarsi alla forza maggiore la temporaneità della mancanza d'assistenza.

Nel corso della procedura dovrà senz'altro poi accertarsi la presenza di parenti sul territorio che alle dette condizioni eviterà lo stato di abbandono.

Quanto ai minori di tale gruppo (minori stranieri non accompagnati non richiedenti protezione internazionale), si rileva che il Tribunale per i minorenni è comunque competente per rilasciare o meno il "nulla osta" al rimpatrio assistito che va negato se il rientro nel paese d'origine è reputato contrario all'interesse del ragazzo; inoltre, ai sensi dell'art. 31 dlgs. comma IV, il Tribunale per i minorenni è competente per disporre, su richiesta del Questore, l'espulsione di un minore straniero nei casi previsti dall'articolo 13, comma 1 dlgs. 286/98 (motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato).

In ogni caso, all'interno della procedura di adottabilità il ragazzo va immediatamente **ascoltato dall'Autorità Giudiziaria (Giudice Tutelare o Tribunale per i minorenni) ai sensi del comma 7 dell'art. 2 dlgs. 286/98 e art. 4 comma 3 DPR 394/99.**

Il primo problema che si pone è quello della corretta identificazione del minore, il più delle volte arrivato clandestinamente sulle coste siciliane dall'Africa senza essere provvisto di alcun documento, e generalizzato sulla base delle sue dichiarazioni dinanzi alla Questura Ufficio immigrazione. Spesso si tratta di generalità false (in un certo periodo moltissimi egiziani dichiararono di provenire dalla Palestina) poi rettificate in udienza sulla base del reale vissuto

emerso dai racconti del minore presso la struttura comunitaria, oppure di generalità trascritte in modo inesatto per equivoci o errori materiali; seguirà pertanto, su richiesta della comunità o del tutore, provvedimento di correzione dell'errore materiale (fondamentale per l'iter burocratico oer la regolarizzazione della presenza del ragazzo in Italia). Nei casi – rari per i msna tutelati nel nostro distretto – in cui il minore rechi con sé un documento ci si avvede che il documento d'identità o il passaporto reca solamente l'anno di nascita (es. provenienza dal Marocco); per questo motivo tantissimi minori risultano su trascrizione della Questura nati il 1° gennaio dell'anno indicato. Sarebbe tuttavia più corretto registrarli qui in Italia come nati il 31 dicembre dell'anno riportato sul documento (in modo da accordare al minore trattamento più favorevole). Se sussiste dubbio sulla minore età del ragazzo, vengono disposte analisi auxologiche e antropometriche e radiologiche al polso e all'arcata dentaria, a cura dell'AUSL cui il ragazzo sarà accompagnato dalla Comunità o dal Servizio Sociale. E' stato evidenziato nel gruppo che qualora risulti che il ragazzo diciottenne è tuttavia ancora considerato minorenni dalla leggi del paese di appartenenza, va applicato l'art. 42 comma 2 della legge di riforma del diritto internazionale privato (legge n. 218/95) che impone di attivare comunque in favore del ragazzo la protezione prevista dalle nostre leggi, inclusa quindi la tutela ex artt. 343 c.c.

Nell'udienza il minore viene ascoltato con l'ausilio di un interprete, nella maggior parte dei casi già incaricato dalla comunità e accompagnato in Tribunale dal responsabile o dagli operatori della comunità; l'audizione riguarda il suo personale vissuto (situazione da cui è fuggito) e la sua progettualità rispetto alla permanenza in Italia. La normativa sul rimpatrio assistito – linee guida al Comitato Minori Stranieri Non Accompagnati, già imponeva di considerare le “*intenzioni per il futuro*” espresse dal minore, in linea con quanto previsto dalla Risoluzione del Consiglio d'Europa del 26/06/1997 (che già prevedeva l'obbligatorietà della nomina di un Tutore). Al minore durante l'udienza si chiede inoltre se è d'accordo oppure se vuol far valere controindicazioni a che la sua presenza in Italia venga dall'Autorità Giudiziaria segnalata all'Ambasciata o al Consolato di appartenenza. Se il ragazzo non muove obiezioni, s'invia missiva all'Ambasciata o al Consolato di appartenenza immediatamente dopo l'udienza, adempimento doveroso ex art. 2 comma 7 citato per dare atto all'autorità predetta di avere ascoltato il ragazzo, entrato clandestinamente, non accompagnato e non intenzionato a fare richiesta di riconoscimento dello status di rifugiato; alla medesima Autorità si richiede d'inviare al T.M. documento d'identificazione del medesimo e di rintracciare i genitori, se dal racconto del ragazzo risulta la loro esistenza in vita, in modo da poter loro contestare la mancata assistenza del minore e la sussistenza di conseguente procedimento volto ad accertare la sua adottabilità.

Nei casi in cui i ragazzi fuggano dalla comunità (situazione nell'ultimo periodo numericamente meno ricorrente essendo la maggior parte dei minori inseriti in attività lavorative di apprendistato o in progetti d'integrazione e avendo quindi motivazione e determinazione a restare costruttivamente sul territorio), si chiude il procedimento di adottabilità con dichiarazione di non luogo a provvedere per irreperibilità accertata e persistente da congruo periodo: possibilmente non meno di tre mesi e non più di sei mesi, dal momento dell'allontanamento arbitrario del minore dalla struttura comunitaria.

Si è già accennato alla possibile definizione del procedimento di adottabilità per dichiarazione di non luogo a provvedere, essendo stata rimediata la condizione di abbandono morale (e materiale) del minore da un genitore o da un parente entro il quarto grado adulto, presente in Italia e in posizione regolare, che assuma l'onere di "custodia" e assistenza del minore facendone cessare lo status di "minore non accompagnato", salo l'invio del provvedimento al Giudice Tutelare che nominerà al ragazzo Tutore, possibilmente in concreto coincidente con la persona del parente che intanto era divenuto affidatario del ragazzo (essendo la disposizione di affidamento contenuta nel provvedimento del T.M. conclusivo del procedimento di adottabilità).

- Il procedimento di adottabilità potrà inoltre concludersi per maggiore età raggiunta dal ragazzo (18 anni, secondo la legge italiana) con provvedimento di nulla osta a permanere presso la comunità o comunque a restare inserito nel progetto d'integrazione sino al XXI anno di età. Si reputa applicabile al proposito l'art. 29 ultimo comma RDA 1404/34 (modificato dalla legge 888/56 e tuttora vigente, senza che sia intervenuta successivamente al 1975 una modifica al limite di età per adeguarlo all'attuale soglia di maggiore età – anni 18 piuttosto che 21) che prevede che *"...la cessazione delle misure disposte è in ogni caso ordinata al compimento del ventunesimo anno di età"* e viene costantemente applicata dai TT.MM. italiani (in provvedimenti conclusivi di procedimenti sia di limitazione o decadenza dalla potestà genitoriale sia di procedimenti di adottabilità) in favore di ragazzi italiani diciottenni, non assistiti dalle famiglie o in conflitto d'interessi con le medesime, e non economicamente autosufficienti i quali vogliano continuare ad impegnarsi presso la comunità, con onere per l'ente locale, nel progetto formativo già avviato da anni. Orbene, risulta congruo ai principi riservare il medesimo trattamento ai ragazzi stranieri diciottenni che non abbiano commesso reati e siano intenzionati a restare inseriti nel progetto d'integrazione.

- Sennonché dal luglio 2009 la concreta effettività di tale misura di protezione viene paralizzata dall'operatività della norma contenuta nella NUOVA FORMULAZIONE DELL'ART. 32 DLGS. 286/98 (c.d. testo unico immigrazione) che prevede l'ESPULSIONE

AL COMPIMENTO DELLA MAGGIORE ETÀ per il ragazzo straniero che sia arrivato in Italia dopo il compimento del 15° anno e non abbia richiesto o ottenuto la protezione internazionale (che autorizza permanenze quinquennali o triennali),

Segnatamente, la legge 15 luglio 2009 n. 94 ha modificato le “disposizioni concernenti minori affidati al compimento della maggiore età”, **AGGIUNGENDO al 1° comma dell’art. 32 citato la clausola “fermo restando quanto previsto dal comma 1 bis”,** con l’effetto che il “*permesso di soggiorno per motivi di studio o accesso al lavoro, di lavoro subordinato o autonomo, per esigenze sanitarie o di cura*” potrà essere dalla Questura accordato esclusivamente al ragazzo che “*si trovi sul territorio nazionale da non meno di tre anni*” (requisito richiesto dal comma 1 ter in stretto collegamento con il comma 1 bis richiamato a seguito della modifica dal comma 1) E inoltre sia stato “*ammessi per un periodo non inferiore a due anni in un progetto d’integrazione sociale e civile gestito da un ente... con rappresentanza nazionale iscritto nel registro istituito presso...*”.

La modifica di tale norma ha travolto e posto nel nulla la validità della precedente interpretazione giurisprudenziale sull’alternatività dei requisiti (ossia affidamento o tutela in alternativa al coinvolgimento nel progetto d’integrazione civile e sociale che già prevedeva il doppio requisito della permanenza almeno triennale del minore sul territorio) previsti per la conversione del permesso di minore età in permesso accordato al maggiorenne per accesso al lavoro o lavoro ecc., interpretazione **propugnata dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 198/03, e affermata dalla ingente e conforme giurisprudenza dei Tribunali amministrativi sul significato di “affidamento”, oltre che refluita in buone prassi delle Questure italiane in conformità a circolare nel medesimo senso: la circolare dell’Ufficio VII Asilo e immigrazione del 28/03/08 indirizzata a Questori e Prefetti** in ottemperanza della quale, “*nel caso in cui un minore straniero sia stato sottoposto ad un provvedimento formale di affidamento o tutela, i Questori e i Prefetti al compimento della maggiore età potranno rilasciare allo stesso un permesso di soggiorno indipendentemente dalla durata della sua presenza nel territorio nazionale, dalla frequentazione di un progetto d’integrazione o dal provvedimento del Comitato minori stranieri di “non luogo a procedere al rimpatrio”.*

Oggi, invece, il richiamo del comma 1 bis già nel I comma della norma importa l’ulteriore richiamo al comma 1 ter del medesimo art. 32 secondo il quale “*L’ente gestore dei progetti deve garantire e provare con idonea documentazione al momento del compimento della maggiore età del minore straniero di cui al comma 1 bis che l’interessato si trova sul territorio nazionale da non meno di tre anni ...*”. Stretta conseguenza è che il permesso c.d. in conversione dal luglio 2009 potrà essere accordato esclusivamente ai ragazzi che abbiano soggiornato in Italia perlomeno dai 15

ai 18 anni; dovrà essere viceversa **NEGATO al ragazzo che sia arrivato in Italia – come la maggior parte di adolescenti stranieri non accompagnati – a 16, 17 anni o anche 15 anni e un mese.**

Oggi non è più di per sé sufficiente la sola condizione dell'affidamento (come prima del luglio 2009 per pacifica giurisprudenza di merito, orientata dalla **Corte Costituzionale** con la citata sentenza **05/06/2003 n. 198**, che, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata, affermava: *“un’interpretazione meramente letterale dell’art. 32 comma 1 dlgs. 286/98 condurrebbe ad un sicuro conflitto con i valori personalistici che caratterizzano la nostra Costituzione ed in particolare con quanto previsto dall’art. 30 II comma Cost. e dall’art. 31 II comma Cost. e determinerebbe fondati dubbi di ragionevolezza.... ”*).

Oggi non è nemmeno da sola sufficiente la sussistenza dell’altra condizione dell’ammissione in un progetto d’integrazione sociale e civile per due anni, condizione quest’ultima che poteva essere integrata anche ‘a cavallo’ della maggiore età attraverso provvedimenti di c.d. prolungamento dell’assistenza sino agli anni 21, ex art. 29 RDL 1404/34 citato.

La novella dell’art. 32 dlgs. 286/98 operata con legge 15/07/09 n. 94, nel richiedere ambedue le condizioni (tre anni di permanenza da minore più due anni di percorso d’integrazione) affinché il diciottenne straniero affidato possa permanere in modo regolare in Italia, reca in sé i seguenti PROFILI DI IRRAGIONEVOLEZZA E DI CONTRASTO, OLTRE CHE CON L’ART. 3 DELLA COSTITUZIONE (valore dell’uguaglianza formale e sostanziale) ANCHE CON L’ART. 97 (valore costituzionale del buon andamento della Pubblica Amministrazione).

Si consideri in generale che il ragazzo straniero arriva in Italia mediamente a 16, 17 anni compiuti, fuggendo da condizioni degradanti o pericolose per la sua stessa vita o mandato da genitori che versano in condizioni di miseria e contano sui mezzi di sostentamento che l’adolescente si procurerà lecitamente in Italia e invierà loro; non è possibile pretendere dal ragazzo che arrivi entro i 15 anni, né è possibile addebitargli una colpa per la scelta del momento dell’arrivo (che peraltro, se anticipata, lo esporrebbe a rischio ancora maggiore data la più giovane età e quindi la maggiore fragilità). Di fatto la sua età superiore al XV anno al momento dell’arrivo gli precluderà tuttavia in maniera assoluta la regolarizzazione sul territorio se non sussistono i presupposti per la protezione internazionale, con la conseguenza di una prevedibile e comprensibile disincentivazione della motivazione ad intraprendere uno stile di vita onesto e costruttivo; il minore sa che per quanto egli s’impegni nei suoi anni prima della maggiore età, comunque al compimento del XVIII anno scatterà l’espulsione. Non potendo comunque restare a lungo sul territorio alla luce del sole, diventa

serio e concreto il rischio che già da minorenne egli scelga la strada della criminalità o che in quelle fila si lasci coinvolgere non appena diciottenne e irrimediabilmente “clandestino”.

Si evidenziano poi i seguenti effetti della nuova norma:

a) Irragionevolezza per disparità di trattamento (prima violazione dell’art. 3 Cost.), essendo il trattamento riservato al msna deteriore rispetto a quello dei minori in posizione regolare ex art. 31 (I categoria considerata dall’art. 32 I comma modificato dal pacchetto sicurezza).

I minori stranieri assistiti da genitori/parenti/connazionali ai sensi dell’art. 31 commi 1 e 2 (richiamati dal I comma dell’art. 32) sono in un situazione di minore fragilità rispetto ai msna, eppure godono di trattamento più favorevole, potendo ottenere permesso c.d. in conversione alla maggiore età sulla sola base della loro condizione di affidamento che è comune ai msna ai quali invece viene altresì richiesto che si trovino da tre anni sul territorio e che abbiano affrontato per anni due un percorso d’integrazione.

In altri termini, a parità di situazione in cui versano i ragazzi stranieri appena maggiorenni che da minori erano stati affidati ai sensi dell’art. 2 legge 184/83, il novellato I comma dell’art. 32 dlgs. 286/98 oggi lascia la possibilità di conseguire il permesso in conversione (con le causali sopra riportate: lavoro, ricerca di lavoro ecc.) senza alcun altro requisito solamente ai minori assistiti dai genitori qui in Italia oppure affidati a stranieri presenti in Italia (affidamento omoculturale, raro nelle prassi dei nostri Tribunali) ai sensi dell’art. 31 commi 1 e 2 richiamati dall’art. 32 I parte del comma I; viceversa per i minori stranieri non accompagnati la norma oggi richiede in aggiunta il requisito dei tre anni sul territorio più due anni di formazione per integrazione cui sopra si è parlato.

L’aggiunta della detta clausola (“fermo restando quanto previsto dal comma 1 bis”) è, in punto di forma, censurabile in quanto rende *pleonastico* il riferimento nel I comma ai msna, essendo ormai identici, in forza della nuova clausola, i presupposti richiesti dal I comma e quelli già richiesti dal comma 1 bis e dal comma 1 ter per la medesima categoria di minori (minori stranieri non accompagnati e affidati). L’aggiunta della clausola ha tolto alla norma il significato che prima del c.d. pacchetto sicurezza conservava per come illustrato dalla Corte Costituzionale nella sentenza 198/03 sopra citata e per come applicato nella pratica dalle Questure e dalle Prefetture. La volontà restrittiva del legislatore avrebbe allora dovuto più linearmente estrinsecarsi, piuttosto che con l’aggiungere la detta clausola (“fermo restando quanto previsto dal comma 1 bis”), con l’eliminare del tutto il riferimento nella seconda parte del primo comma dell’art. 32 ai “*minori che sono stati affidati ai sensi dell’articolo 2 della legge 4 maggio 1983 n. 184*” (già considerati dai commi 1 bis e 1 ter),

residuando in tal modo un significato con riferimento al solo “*straniero nei cui confronti sono state applicate le disposizioni di cui all’articolo 31 commi 1 e 2*”.

In punto di sostanza, si valuta la mancanza di ragionevolezza all’assoluta impossibilità di regolarizzazione della presenza in Italia del ragazzo straniero non assistito da parenti eppure affidato ai sensi dell’art. 2 l. 184/83 a italiani o a stranieri, o affidato al Servizio Sociale o a comunità (in linea con l’interpretazione del termine affidamento data da Corte Costituzionale, giurisprudenza amministrativa e provvedimenti recenti delle Questure) il quale sia arrivato in Italia oltre il XV anno di età.

Non si ravvisa alcuna ragionevolezza in tale penalizzazione, **non potendosi ravvisare alcuna esigenza statuale di maggiore prudenza rispetto alla regolarizzazione della permanenza dei ragazzi stranieri senza famiglia al seguito a fronte delle posizioni di garanzia connesse dal nostro ordinamento alla situazione dell’affidamento, per come previsto dall’art. 4 comma III legge 184/83** (che riempie di contenuto l’istituto dell’affidamento di cui all’art. 2 stessa l. 184, richiamato dall’art. 32 dlgs. 286/98 novellato dalla legge 94/09): “*Nel provvedimento di affidamento familiare devono essere indicate specificamente...i tempi e i modi dell’esercizio dei poteri riconosciuti all’affidatario....Deve altresì essere indicato il servizio sociale locale cui è attribuita la responsabilità del programma di assistenza nonché la vigilanza durante l’affidamento con l’obbligo di tenere costantemente informati il Giudice Tutelare o il Tribunale per i minorenni, a seconda che si tratti di provvedimento emesso ai sensi dei commi 1 e 2. Il Servizio Sociale locale cui è attribuita la responsabilità del programma di assistenza, nonché la vigilanza durante l’affidamento, deve riferire senza indugio al giudice tutelare o al tribunale per i minorenni del luogo in cui il minore si trova, a seconda che si tratti di provvedimento emesso ai sensi dei commi 1 e 2, ogni evento di particolare rilevanza ed è tenuto a presentare una relazione semestrale sull’andamento del programma di assistenza....*”. A fronte di tale contenuto dell’affidamento, **deve perciò escludersi che ragazzi ora maggiorenni che non abbiano commesso alcun reato e siano intenzionati a portare avanti il progetto d’integrazione (di cui potrebbero fruire sino al XXI anno, analogamente ai minori italiani senza famiglia) possano essere considerati “mine vaganti” pericolose per l’ordine pubblico tanto da richiedere un tale rigore normativo per concedere loro la permanenza sul territorio una volta compiuti gli anni 18 (e una volta completato un iter amministrativo, assai costoso per la collettività e per lo stesso minore, divenuto allo scattare della sua maggiore età del tutto inutile, per come sopra argomentato).**

b) spreco di risorse istituzionali e aggravio per i contribuenti (violazione dell'art. 97 Cost.).

Poiché in quanto minorenni, lo straniero non accompagnato non può essere espulso tranne che sia socialmente pericoloso o debba seguire i genitori o l'affidatario espulso (ai sensi dell'art.19 legge 6 marzo 1998, n. 40, art. 17, refluato nel dlgs. 286/98, e conforme alle norme internazionali vincolati per l'Italia sulla protezione dei minori), l'Ente Locale è tenuto ad assicurare i suoi diritti minimi (alloggio, vitto ecc.), di fatto investendo per l'integrazione di tale minore straniero somme anche ingenti (costando il collocamento in comunità circa 60 euro in media al giorno), pur nella certezza data dalla modifica normativa del luglio 2009, che tale investimento è **A FONDO PERDUTO** poiché al compimento della maggiore età il ragazzo che non abbia richiesto o ottenuto specifica protezione internazionale dovrà lasciare l'Italia, paese in cui aveva tentato d'inserirsi, con suo dispendio di energie e con ONEROSO CARICO affrontato per la sua integrazione da minorenni da parte delle ISTITUZIONI, oltre che, in termini economici anche dai CONTRIBUENTI. In altri termini discende dalla norma che AL MOMENTO DELL' "INVESTIMENTO", dovuto per la minore età dell'interessato E' GIÀ NOTA L'INEFFETTIVITA'/inutilità/vanità DEL PROGETTO d'integrazione poiché discende dalla legge l'inevitabile conseguenza dell'ESPULSIONE ai diciotto anni, con inevitabile PERDITA delle RISORSE PUBBLICHE E delle RISORSE INDIVIDUALI che erano state impiegate per l'integrazione di quell'adolescente straniero. Conoscendo il termine di 18 anni come improrogabile fine del progetto, potrà anzitutto annullarsi la motivazione del ragazzo ad un impegno costruttivo, con buone probabilità di realizzazione dell'alternativa inclusione nelle fila della criminalità organizzata; ove il ragazzo invece scelga di restare in comunità e impegnarsi per imparare la lingua italiana e lavorare e fare tutto il possibile per integrarsi civilmente e socialmente, al compimento del 18° anno dovrà fare rientro nel paese d'origine senza poter fare alcunché per evitarlo, rendendosi così inutile il suo impegno; nessun risultato minimamente duraturo potrà poi produrre il lavoro degli educatori della comunità e dei neuropsichiatri infantili; inutile sarà l'apprendistato e lo sforzo del datore di lavoro; totalmente sprecata la spesa pubblica per mantenerlo in comunità e nelle occupazioni progettuali; vano anche il provvedimento del Tribunale per i minorenni ex art. 29 R.d.l. 104/1934 di cui si diceva sopra, perché la Questura non potrà contro l'attuale legge regolarizzare la posizione in Italia di un ragazzo che pure abbia seguito il progetto d'integrazione presso l'ente gestore per due anni (che potrebbero essere anche 17-19 anni con il citato provvedimento di prolungamento della permanenza oltre la maggiore età) se

quel ragazzo è arrivato in Italia oltre il 15° anno di età, oggettivamente precludendo il realizzarsi della prima condizione (essere in Italia da minore da almeno tre anni).

Non vale obiettare che l'ordinamento non può esimersi dall'assistere il minore, poiché tenuto a farlo in forza di norme internazionali. La sussistenza di un obbligo non esclude che l'attività esplicata debba muoversi su parametri di efficienza ed efficacia ai sensi dell'art. 97 Costituzione, valori che nella specie risultano del tutto frustrati perché vi è oggettivamente un "investimento" i cui frutti (in termini di buona integrazione del minore straniero sul territorio in termini di un suo sano e sereno sviluppo) non si potranno realizzare mai, perché l'attuale norma ha eliminato l'orizzonte del futuro al detto investimento sull'integrazione del ragazzo, prevedendo come inevitabile "capolinea" del percorso il compimento dei suoi 18 anni.

c) Irragionevolezza per disparità di trattamento rispetto ai minori, parimenti non accompagnati, che abbiano commesso reati, il cui trattamento è più favorevole ex art. 18 comma 6 dlgs 286/98 (ulteriore violazione dell'art. 3 Cost.).

Nell'ambito della medesima disciplina sull'immigrazione (dlgs. 286/98) è previsto all'art. 18 comma 6 che il "*permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale*" "*può essere altresì rilasciato, all'atto delle dimissioni dall'istituto di pena, anche su proposta del procuratore della Repubblica o del giudice di sorveglianza presso il Tribunale per i minorenni, allo straniero che ha terminato l'espiazione di una pena detentiva, inflitta per reati commessi durante la minore età e già dato prova concreta di partecipazione a un programma di assistenza e integrazione sociale.*"

A parità di situazione tra minori stranieri non accompagnati e non richiedenti asilo che siano entrati in Italia a più di 15 anni, **il trattamento deteriore è oggi riservato dal dlgs. 286/98 al minore s.n.a. che non ha commesso reati**, ha tenuto condotta regolare e ha seguito progetto d'integrazione eppure (per mancanza della condizione dei tre anni sul territorio) a 18 anni sarà inevitabilmente espulso, mentre resterà regolarmente in Italia con un permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale il suo connazionale coetaneo che ha commesso reati anche gravissimi e abbia iniziato il percorso d'integrazione solo dopo essere entrato nel circuito penale e beneficiando degli istituti previsti del diritto penale minorile in connessione con l'impegno in un progetto (di messa alla prova ecc.).

Richiamandosi infine, come argomento a contrariis, il contenuto della sentenza della Corte Costituzionale del 5/06/2003 n. 198, che, con riguardo all'originaria formulazione dell'art. 32 I comma alla luce dell'aggiunta dei commi successivi ad opera della legge 30/07/2002 n. 189,

c.d. Bossi – Fini), affermava: “*un’interpretazione meramente letterale dell’art. 32 comma 1 dlgs. 286/98 condurrebbe ad un sicuro conflitto con i valori personalistici che caratterizzano la nostra Costituzione ed in particolare con quanto previsto dall’art. 30 II comma Cost. e dall’art. 31 II comma Cost. e determinerebbe fondati dubbi di ragionevolezza....*”, si ravvisa un contrasto (v. sopra i tre argomenti) tra l’art. 32 I comma dlgs. 286/98 per come novellato dalla legge 15/07/09 e gli artt. 3 e 97 Costituzione, contrasto che potrà essere fatto valere, sollevando la questione di legittimità costituzionale, nell’ambito di un giudizio di fronte al Tribunale amministrativo, con oggetto l’impugnazione di diniego della conversione del permesso in conversione o di diniego della richiesta della protezione internazionale.

L’art.10 bis del dlgs. 286/98 introdotto dalla legge 15/07/2009 n. 94 ha previsto il REATO c.d. D’IMMIGRAZIONE CLANDESTINA, rubricato come “Ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato” nei seguenti termini:

“Salvo che il fatto costituisca più grave reato, lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del presente testo unico nonché di quelle di cui all’articolo 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68, è punito con l’ammenda da 5.000 a 10.000 euro. Al reato di cui al presente comma non si applica l’articolo 162 del codice penale.....

Comma 6: Nel caso di presentazione di una domanda di protezione internazionale di cui al decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, il procedimento è sospeso. Acquisita la comunicazione del riconoscimento della protezione internazionale di cui al decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, ovvero del rilascio del permesso di soggiorno nelle ipotesi di cui all’articolo 5, comma 6, del presente testo unico, il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere.”

Il minore è certamente soggetto attivo di tale reato in quanto “straniero” che attui la condotta di “fare ingresso” nel territorio dello Stato al di fuori dei casi d’ingresso autorizzato (casi, viceversa, d’immigrazione con familiari con contratto di lavoro che rientrano nei c.d. flussi amministrativi; casi d’ingresso per adozione internazionale - cui seguirà il provvedimento di efficacia dell’adozione straniera o l’ordine di trascrizione e successivamente l’acquisto della cittadinanza italiana; casi di cui all’art. 31 dlgs. citato).¹

Oltre a configurarsi la tipicità del reato, nel caso di minore straniero adolescente capace d’intendere e di volere, deve affermarsi sia l’imputabilità sia la colpevolezza perché egli voleva arrivare in Italia ed era consapevole di arrivarci in posizione non regolare (ha affrontato un viaggio di fortuna, tipicamente attraverso passaggio dalla Libia o comunque sempre affidandosi a canali non

¹ L’art. 31 prevede che se il genitore o il connazionale affidatario, con cui il minore convive, è in posizione regolare il minore verrà iscritto nel permesso di soggiorno o nella carta di soggiorno di uno o di entrambi i genitori o dell’affidatario fino al compimento del quattordicesimo anno di età e seguirà la condizione giuridica del genitore con il quale convive, ovvero la più favorevole tra quelle dei genitori con cui convive, ovvero la condizione giuridica dell’affidatario se più favorevole. Al compimento del quattordicesimo anno di età, al minore iscritto nel permesso di soggiorno o nella carta di soggiorno del genitore ovvero dello straniero affidatario è rilasciato un permesso di soggiorno per motivi familiari valido fino al compimento della maggiore età, ovvero una carta di soggiorno.

regolari); non si può escludere la *suitas* della sua condotta, pre-condizione della colpevolezza, nemmeno nei casi in cui il ragazzo è stato mandato dai genitori per guadagnare lavorando in Italia e sostenendo la famiglia rimasta nel paese d'origine. Si esclude che il minore sia stato agito/utilizzato senza la sua partecipazione volitiva, considerato il lungo viaggio che comunque da solo ha affrontato rendendosi conto della condotta che integra il reato e del naturalistico disvalore collegato alla situazione di clandestinità a mezzo dell'affido a scafisti con condizioni e modalità non trasparenti e regolari ed essendo irrilevante lo stato di bisogno che ha motivato il viaggio se non ai fini della quantificazione della pena o della sua esclusione se viene concessa la protezione internazionale. Si deve quindi reputare il minore adolescente personalmente responsabile del reato, non potendosi considerare esclusivo suo autore il genitore che lo ha indotto al viaggio.

L'ingresso del msna è astrattamente punibile. Tuttavia il minore richiedente asilo fa valere l'esercizio di un diritto umano fondamentale che nel proprio Stato non può esercitare o comunque richiede il riconoscimento di una situazione richiedente protezione che vale a giustificare il suo previo ingresso illegale. Si configura in altri termini la sussistenza di una causa di giustificazione concretizzata dallo *stato di necessità* o dal *diritto fatto valere*, e, nel caso in cui la sua domanda di asilo non venisse accolta, comunque potrebbe configurarsi la sussistenza di una causa di giustificazione *putativa*. Secondo altra tesi per il msna richiedente asilo potrebbe escludersi addirittura in radice la tipicità del reato d'ingresso illegale.

Sembra invece che l'ingresso del msna non richiedente asilo configuri un reato completo di tutti gli elementi (tipicità, antigiuridicità e colpevolezza).

Quanto poi alla condotta dell'illegale permanenza, attuata dal minore che non ha richiesto asilo oppure ha ricevuto diniego di protezione internazionale, si evidenzia la presenza di norme (l'art. 19 comma II lett. a dlsg 286/98; nella disciplina generale l'art. 33 comma IV legge 184/83 secondo cui il divieto d'ingresso non opera in casi di "eventi bellici, calamità naturali") che vietano l'espulsione del minore (che pure ha commesso la precedente condotta d'illegale ingresso nel territorio) e impongono all'ordinamento di assisterlo. Si aprono due vie interpretative con differenti conseguenze pratiche esaminate nel gruppo:

1). Il divieto di espulsione facoltizza la *permanenza* del minore sul territorio che altrimenti sarebbe illecita. Il minore commette un fatto che non costituisce reato per la presenza di una causa di esclusione dell'antigiuridicità o causa di giustificazione (anche detta scriminante o esimente o giustificante) che nella specie è l'esercizio di un diritto. Tale diritto si concretizza nella disciplina del dlgs. 286/98 che vieta per un verso l'espulsione del minore e per altro verso, coerentemente, configura il suo diritto a ricevere il c.d. permesso per minore età a condizioni minime (e con tutela minima). Certamente è poi un diritto - il cui esercizio esclude anche l'antigiuridicità della condotta

d'*ingresso* nel territorio - quello di richiedere al momento dell'arrivo la protezione internazionale (minore della categoria 1 dei msna sopra analizzata). Come si diceva all'inizio, è opinione consolidata in giurisprudenza e rispettosa delle norme internazionali che l'aspirazione sostanziale del richiedente asilo è giuridicamente una posizione soggettiva di *diritto* e non d'*interesse legittimo* (v. sentenza CEDU 28/02/08, Saadi c. Italia, e l'ordinanza delle sezioni unite della Corte di Cassazione depositata il 09/09/2009 n. 19393 sopra citate²)

Il minore dovrebbe allora essere iscritto nel registro degli indagati, salva la possibilità per la Procura di richiedere l'archiviazione a motivo della mancanza di anti giuridicità del suo ingresso poiché si tratta di minore che ha richiesto la protezione internazionale oppure che eserciti comunque un diritto nel permanere (e ciò anche se non ha richiesto asilo) essendo, in quanto minore, inespellibile ed avendo pertanto la facoltà di restare sul territorio, ferma tuttavia, nell'accoglimento di tale opzione, la perplessità sull'equiparazione dell'inespellibilità all'esercizio di un diritto e alla non esigibilità da parte dello Stato della prevista pena dell'ammenda. In altri termini, potrebbe affermarsi che è sì preclusa l'operatività della sanzione dell'espulsione, ma resta applicabile l'ammenda.

2.) Altra tesi individua invece nell'inespellibilità del minore un argomento per configurare *una causa personale di esenzione dalla pena* (nel caso di specie l'ammenda) e non un'esimente o una causa di giustificazione: il minorenni immigrato clandestinamente tiene una condotta penalmente rilevante (tipica, colpevole e anche anti giuridica), sennonché la sanzione gli è inapplicabile esclusivamente *per ragioni di politica criminale estrinseche al fatto e connesse esclusivamente alla sua condizione soggettiva di minorenne*. Si configurerebbe allora una causa di non punibilità analoga a quelle che sottendono alla *non punibilità* (o punibilità condizionata alla querela) dei delitti contro il patrimonio quando persone offese siano il coniuge o il congiunto convivente (art. 649 c.p.). Anche in quel caso si tratta di condotte quali il furto ecc. che conservano

² Segnatamente, dinanzi alla Corte di Cassazione ricorreva - richiedendo un regolamento di giurisdizione con riferimento alla domanda di protezione umanitaria presentata dinanzi al Tribunale di Roma insieme con impugnazione del rigetto da parte della commissione nazionale della sua domanda di accertamento dello status di rifugiato o del diritto all'asilo - un cittadino della Liberia che assumeva di essere stato costretto a fuggire dal paese d'origine dopo che tutta la sua famiglia, di religione cristiana, era stata sterminata dai ribelli di religione musulmana nell'ambito della guerra civile tra le opposte fazioni dei Lurd e dei Model; le Sezioni Unite, nel dichiarare la giurisdizione del Tribunale ordinario adito anche con riferimento alla domanda di protezione umanitaria, hanno qualificato la situazione giuridica soggettiva - posta a base della domanda di *accertamento* del diritto al permesso di soggiorno umanitario - come posizione di *diritto*, alla pari, secondo la Corte, del diritto allo status di rifugiato e del diritto costituzionale di asilo, rientrando nella categoria dei "*diritti umani fondamentali con la conseguenza che la garanzia apprestata dall'art. 2 Costituzione esclude...valutazioni discrezionali da parte del potere amministrativo, al quale può essere affidato solo l'accertamento dei presupposti di fatto che legittimano la protezione umanitaria, nell'esercizio di una mera discrezionalità tecnica, essendo il bilanciamento degli interessi e delle situazioni costituzionalmente tutelate riservato al legislatore... L'art. 19 dlgs 286/98, descrivendo in modo puntuale i presupposti per la concessione dei permessi di soggiorno nelle situazioni corrispondenti ai divieti di espulsione e respingimento, esclude un potere discrezionale dell'amministrazione che deve solo accertare l'esistenza di circostanze di fatto indicate dalla norma...*"

il loro disvalore etico-sociale e che tuttavia il legislatore ha scelto di non punire (se non su querela) a protezione della famiglia, sulla base della valutazione del *maggior danno* che la famiglia riceverebbe da un intervento giurisdizionale che fosse automatico e inevitabile, danno maggiore rispetto all'interesse dello Stato a punire tali condotte. Analogamente, lo Stato italiano ha vietato l'espulsione del minore a protezione della personalità del ragazzo che per definizione è soggetto debole la cui personalità è in formazione, ma non ha giustificato la condotta d'ingresso e permanenza irregolare, tanto da sanzionarla con l'incriminazione e l'espulsione non appena il medesimo autore divenga maggiorenne. Scegliendo questa tesi, la notizia di reato non dovrà essere iscritta dalla Procura minorile a carico del minore non accompagnato.

Resterebbe comunque da risolvere la contraddizione, evidenziata nel gruppo dal GIP del Tribunale per i minorenni di Milano, data dal richiedere, per un verso, l'archiviazione per il reato di c.d. immigrazione clandestina e, per altro verso, applicare con riguardo alla medesima condizione di permanenza illegale sul territorio la circostanza aggravante (di altri reati commessi dal msna) prevista dall'art. 61 n. 11 bis c.p. (norma introdotta dalla legge 125/08 e precisata, quanto ai soggetti attivi, dal c.d. pacchetto sicurezza del luglio 2009).

Il problema dell'"iscrivibilità" e della punibilità resta tuttavia aperto al confronto tra più opzioni interpretative e applicative, attendendosi le determinazioni delle Procure Minorili di Milano, Firenze, Ancona, Bologna e di altri distretti parimenti rappresentati in questa sessione di studio, in modo da continuare il dibattito (anche sul sito dell'associazione e via e-mail) per affinare gli argomenti e rendere più efficace la tutela di tutti gli interessi coinvolti nella materia.

Emma Seminara