



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"

Procedimenti minorili, reato di clandestinità e reinserimento sociale del minore straniero deviante

di Paolo Morozzo della Rocca

1. Gli esiti giuridici delle retoriche sull'immigrazione

Nel trattare il tema dei minori stranieri coinvolti nel sistema di giustizia minorile è forse opportuno dare atto di un evento simbolicamente molto rilevante e del quale occorrerà, di converso, ridurre il più possibile la concreta e pratica rilevanza giuridica. Mi riferisco al reato di presenza irregolare sul territorio italiano, di cui all'art.10 bis del testo unico sull'immigrazione, introdotto dalla legge n.94/2009.

Scopo della nuova fattispecie penale è quella di scoraggiare – con un effetto più simbolico che reale – le immigrazioni clandestine e le presenze irregolari.

Credo tuttavia che l'effetto principale della norma penale sia piuttosto quello di completare la metamorfosi dalla irregolarità amministrativa in latitanza, sospingendo gli stranieri irregolarmente soggiornanti, anche quando si tratti di persone oneste e laboriose (tra cui molti braccianti, le badanti e tanti altri lavoratori "non regolari") verso una condizione di più forte illegalità, facendo così un grosso regalo alle organizzazioni criminali, che rischiano di divenire, al posto delle autorità e della società civile, i nuovi alleati, gli amici, o per certi versi le vere istituzioni di prossimità e di protezione delle persone irregolarmente soggiornanti. Insomma, si incoraggia un più intenso processo di integrazione con la società deviante anziché favorire un'interazione positiva e processi di regolarizzazione, curando il malato con maggiori dosi del male di cui soffre. I dati sulla criminalità mostrano infatti che

essa è, nelle sue più generali stime, paragonabile a quella degli italiani tra gli stranieri in regola col permesso di soggiorno, ma all'interno del dato complessivo essa è inferiore una volta superata la soglia dei 40 anni ed invece maggiore sotto la soglia dei 30, dimostrando che un processo di stabilizzazione del soggiorno corrisponde anche ad un processo di recessione delle attività devianti.¹

Una prova ulteriore della inopportunità dell'opzione fatta dal legislatore, in un paese dove, al netto dei ricongiungimenti familiari, circa ¾ dei lavoratori oggi regolari sono stati almeno per alcuni anni "clandestini", sanando poi la loro presenza mediante un fattivo inserimento lavorativo, quando questo si è potuto agganciare (ma purtroppo non è accaduto a tutti) ad una sanatoria o ad un "decreto flussi".

Se una norma così irragionevole è stata introdotta – nella patria dell'azione penale obbligatoria, resa nel contempo sempre più illusoria per l'eccesso di sollecitazioni cui anche la nuova fattispecie non mancherà di contribuire² – lo si deve a un clima culturale di fosco pessimismo nei riguardi dell'immigrazione, di cui si ignora, oltre che la sostanziale inevitabilità del fenomeno, anche la forte positività.

Non sono un economista, ma ne so abbastanza per osservare che senza l'apporto degli immigrati la nostra economia e il nostro welfare sarebbero null'altro che rovina e cenere.³

¹Sono le conclusioni tratte dall'indagine statistica promossa da Redattore Sociale con Caritas e Migrantes. Il "tasso di criminalità" dei regolari in Italia sarebbe leggermente più alto di quello degli italiani (tra l'1,23% e l'1,40%, contro lo 0,75%), ma questo diverrebbe inferiore rispetto agli autoctoni tra le persone oltre i 40 anni. Fonte: Redattore Sociale - Dire, 6 ottobre 2009

²Al riguardo, C. Renoldi, Le principali modifiche alle norme penali in materia di immigrazione, in Morozzo della Rocca, Immigrazione e cittadinanza, Agg., Torino, 2009, 13 ss.

³Gli esperti ci dicono che gli immigrati contribuiscono al prelievo fiscale molto più di quanto ricevano in termini di costo sociale pro capite, perché meno vecchi degli italiani, ma anche perché meno tutelati dalle leggi. L'assegno sociale, ad esempio, è oggi riconoscibile solo dopo 10 anni di continuativa residenza in Italia; gli aiuti di housing sociale richiedono essi pure un analogo periodo di residenza anagrafica nella regione; gli aiuti alla maternità sono richiedibili solo da quelle giovani madri straniere (pochissime) che non solo siano regolarmente soggiornanti da anni ma che abbiano già ottenuto il permesso di soggiorno CE, un tempo chiamato carta di soggiorno (su questo cfr. D. Pompei e R. Cutini, *Immigrazione: l'accesso ai servizi sociali*, in P. Morozzo della Rocca, *Immigrazione e cittadinanza*, Torino, 2008, 453, nonché l'aggiornamento del curatore, *Recenti novità in materia di sicurezza sociale*, Torino, 2009, 91 ss.). Analoghe considerazioni potrebbero valere riguardo al loro contributo alla formazione del PIL. Costituiscono infatti meno del 7% della popolazione ma produrrebbero, pare, per il 9% (per alcuni dati, al riguardo, cfr. Caritas/Migrantes, *Immigrazione. Dossier statistico 2009, Il contributo finanziario degli immigrati*, 306 ss.). È vero, infatti, che essi, come tutti, sono talvolta costretti a lavorare in nero, ma ancor più vero è che se non ottengono un contratto di lavoro regolare su cui vengano pagati i contributi previdenziali essi

Si dice, talvolta, che l'immigrazione tolga lavoro agli italiani, ma sembra che non sia così: l'Italia aveva infatti un tasso di disoccupazione del 10,1% nel 2000, che si è però ridotto sino al 6% nel 2007, (cioè nel periodo di massimo tasso immigratorio) per poi tornare purtroppo a crescere a partire dal 2008, per effetto della più importante depressione economica mondiale dal 1929.

Una crisi che gli immigrati pagano in proporzione più degli autoctoni, nei confronti dei quali le reti di solidarietà sono più forti e più disponibili (sono, ad esempio, i primi ad essere messi in mobilità o ad essere licenziati). Eppure questa fascia della forza lavoro (la meno retribuita e la più sacrificata, spesso anche la più resistente e la più adattabile) sta dando un contributo importante al nostro sistema di produzione nell'affrontare e forse superare la crisi. Direi che, paradossalmente, l'immigrazione consente di mantenere un maggior numero di posti di lavoro persino in una economia di crisi come l'attuale, che pure è fortemente pagata da tutti.

Sono gli immigrati – sempre più – la base della piramide nel mercato del lavoro in un paese i cui cittadini tendono sempre meno a indossare la tuta per il lavoro manuale.⁴

Per quanto ciò possa talvolta stridere con l'ipotesi di uno sviluppo economico equilibrato che tenga conto del diritto ad un salario dignitoso per il lavoratore e per la propria famiglia, è un fatto che i settori trainanti della produzione nazionale, tra cui in primo luogo il turismo

perderanno allo scadere del permesso di soggiorno il diritto di rinnovarlo e ciò li fa aspirare alla regolarità del rapporto di lavoro molto più dei loro omologhi italiani. D'altra parte, il contributo previdenziale versato all'INPS – una cifra imponente in termini complessivi, che ha infatti risollevato le sorti finanziarie dell'istituto (al riguardo, cfr. A. Stuppini, *E l'immigrato aiuta la pensione degli italiani*, in Lavoce.info, 1.12.2009) – non verrà di fatto goduto da una parte dei lavoratori stranieri che tornino nel loro paese prima del versamento per almeno 15 anni; o che, pur avendo versato 15 anni, o anche molti di più, di contributi, dovranno comunque attendere il raggiungimento dei 65 anni di età per rivendicare i diritti previdenziali, trovando ostacoli amministrativi e logistici non indifferenti quando siano tornati a risiedere in luoghi molto lontani e non serviti dalla nostra amministrazione.. Inoltre gli immigrati sono stati - e nonostante la crisi ancora sono - il principale fattore di rivalutazione del patrimonio immobiliare di fascia bassa (quello che permette alle famiglie italiane di piccola e media borghesia, specie in provincia, di trarre reddito dalla vecchia casa di proprietà, ormai abbandonata per un'abitazione migliore e data in affitto o venduta a stranieri).

⁴ Lo si comprende se solo osserviamo che in Italia ben l'80% dei nati nel 1988 ha studiato almeno fino a 18 anni (contro il 34,6% dei nati nel 1958) e di questi certamente più della metà conseguirà a breve un titolo universitario. Saranno dunque diplomati e laureati in cerca di lavori diversi dalla manovalanza di base (faticosa e mal pagata). Dati efficacemente analizzati da G. Dalla Zuanna, P. Farina e S. Strozza, *Nuovi italiani*, Bologna, 2009, 14

e il manifatturiero, sembrano avere necessità di una alta intensità produttiva a costi però contenuti, per potere resistere alla concorrenza; e dunque utilizzano mano d'opera mal pagata a fronte di un minor numero di lavoratori privilegiati (ma spesso precari).

Gli stranieri sono poi sempre più necessari per il cosiddetto welfare, il quale richiede molta manodopera ma offre scarsi recuperi di produttività imprenditoriale.

Un welfare all'italiana, con i suoi pregi e i suoi difetti (pochi bambini al nido, pochissimi servizi per l'handicap, ma anche il più basso tasso europeo di istituzionalizzazione delle persone anziane) che risulta essere molto più welfare familiare che welfare istituzionale.

Ebbene, è noto come sia da questa base operaia di fascia più bassa (quanto alle condizioni di impiego ed alla retribuzione), oggi ampiamente composta da immigrati e figli di immigrati, ma in passato rappresentata esclusivamente da autoctoni, che da sempre trova più facilmente il proprio terreno di coltura, la microcriminalità e la devianza marginalizzata, specie quando il mercato del lavoro è più ingiusto e i meccanismi di inclusione sociale più inefficaci. Una seria teoria criminologica dovrebbe dunque maggiormente concentrarsi sulla competizione tra i meccanismi di inclusione e quelli di esclusione piuttosto che sulla distinzione tra cittadini e stranieri.

L'inclusione degli immigrati e dei loro figli – che per il fatto di crescere in Italia possiamo trattare da stranieri ma non certo da immigrati – non costituisce dunque l'obiettivo di anime belle ma una strategia essenziale per garantirci un futuro di qualità.

Gli immigrati sono infatti l'unica risorsa attuale ed importante di cui disponiamo contro l'invecchiamento: secondo l'ONU l'Italia, con un ingresso annuo di 150.000 stranieri, raggiungerebbe nel 2028 i 57,7 milioni di persone, cioè meno degli attuali 60 milioni. Ma sarebbe una popolazione, oltre che leggermente diminuita, anche molto più vecchia, con 14 potenziali lavoratori tra i 20 e 59 anni per 10 over 60. Se credessimo davvero a queste previsioni dovremmo già oggi decidere se dimezzare il valore reale delle pensioni o innalzare l'età da lavoro sino agli 80 anni.⁵

Si tratta però di dati che – come è stato giustamente osservato – non tengono conto che la quota annuale di effettivo incremento di stranieri in Italia non è di 150.000, ma molto superiore (attorno alle 300 mila unità).

⁵ Di questo ci avvertono F.G. Billari e G. Dalla Zuanna, *La rivoluzione nella culla. Il declino che non c'è*, Milano, 2008, 5

Al netto dei bambini stranieri che nascono in Italia e che qui cresceranno - rappresentando per noi, nel contempo, una risorsa ma anche una sfida nella quale può costarci cara l'indolenza - il nostro paese può dunque utilizzare, contro l'invecchiamento della sua popolazione, una massa importante di forza lavoro per il cui mantenimento in età prelaborativa non ha dovuto spendere nulla (un vantaggio, in termini di finanza pubblica enorme ma scarsamente misurato e valutato; e in nessun modo bilanciato da servizi di compensazione).

Già nel 2008 gli stranieri erano il 6% della popolazione, ma costituivano il 10% della popolazione attiva. Nel 2027, invece, costituiranno probabilmente il 26% della popolazione attiva, nonostante il loro stesso invecchiamento.⁶

Nonostante tutto ciò, la migrazione è vista come un'anomalia, una minaccia, una perdita della sicurezza nell'oceano delle diversità. Ed in effetti rischia di esserlo: come può esserlo una risorsa mal gestita; come pure il petrolio, l'oro, i diamanti od il platino possono essere un problema in un paese dalle grandi risorse ma privo di governanti capaci.

Vero è, infatti, che i temi – i drammi stessi – dell'immigrazione, si incontrano con un sistema-nazione (e sempre più anche con un sistema-Europa) afflitto da una povertà globale di visione culturale e di strategie per il futuro, il quale non si rende conto della positività del fenomeno migratorio e percepisce la crisi, forse il declino, come un accidente per il quale cercare i colpevoli al suo esterno.

Il reato di “clandestinità” e i procedimenti minorili

Il reato di clandestinità rischia di interferire pesantemente sulla giustizia minorile, sebbene il minore di età non sia mai, tecnicamente, un clandestino e dunque non abbia possibilità alcuna di commettere tale illecito. Lo si può dedurre da una serie di indici normativi che, letti nel loro insieme, possono fugare gli eventuali dubbi dell'interprete.

In effetti, nel testo unico sull'immigrazione il minore non è mai espellibile in ragione della irregolarità del soggiorno (non importa se conseguente o meno ad un ingresso clandestino). Lo afferma con chiarezza l'art.19, co.2, lett. a) sia riguardo ai minori non accompagnati sia riguardo ai minori presenti in Italia con genitori o altri adulti affidatari. In questo secondo

⁶F.G. Billari e G. Dalla Zuanna, *op.cit.*, 32

caso, infatti, la norma si limita a riconoscere il diritto del minore a seguire nel rimpatrio il genitore o l'adulto affidatario che sia stato raggiunto da un provvedimento di espulsione.

Fa eccezione alla regola dell'inespellibilità in via amministrativa solo il caso, del tutto eccezionale, del minore che debba essere allontanato dall'Italia per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato (a seguito della commissione di gravi reati o di significativi pericoli per la sicurezza connessi alla personalità del ragazzo) di cui all'art.13, co.1 del testo unico, con provvedimento di alta amministrazione del Ministro dell'interno che ne dia preventiva notizia al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Ministro degli affari esteri.

Non si riferisce, dunque, ad una espulsione per soli motivi amministrativi di irregolarità dell'ingresso o del soggiorno l'ulteriore ipotesi delineata dall'art.31, co.4 del testo unico – frutto probabilmente di uno scarso coordinamento con le altre norme contenute nel decreto legislativo – ove comunque è disposto che *“qualora ai sensi del presente testo unico debba essere disposta l'espulsione di un minore straniero il provvedimento è adottato, su richiesta del questore, dal Tribunale per i minorenni.”* Se la norma non fosse semplicemente sfuggita al legislatore alla chiusura dei lavori parlamentari (dovendo dunque essere ignorata dall'interprete), potrebbe invece dirsi che essa riguardi quei minori, pur formalmente non espellibili, cui venga riconosciuto il diritto di seguire i familiari espulsi, ma solo all'esito dello scrutinio del giudice minorile circa la corrispondenza dell'esercizio di tale diritto al loro interesse.⁷ Una interpretazione davvero garantista – fondata principalmente sul criterio ermeneutico dell'interpretazione che consenta di dare un senso alla norma che altrimenti non l'avrebbe – che renderebbe bilanciabile il diritto all'unità familiare, tanto dei genitori che del minore, con il concreto interesse di quest'ultimo soggetto, relegando in secondo piano il tema dell'ordine pubblico dell'immigrazione.

Alle norme in materia di inespellibilità del minore irregolarmente soggiornante devono aggiungersi gli artt.32 e 33 del testo unico, disciplinanti, pur con le gravi lacune e le recenti

⁷ Il diritto del minore straniero a non seguire i genitori espulsi quando ciò corrisponda al suo interesse è stato, in un certo senso, già affermato da Trib. Torino, 9.7.2008, in Dir.imm.citt., 2008, 4, 321 s., scheda di commento di A. Cattaruzzi, riguardo a un minore ultraquattordicenne, cui è stato riconosciuto il diritto al rilascio del permesso di soggiorno nonostante il coevo diniego del rinnovo del permesso di soggiorno ai genitori. La decisione è però motivata dalla norma di cui all'art.31 del testo unico che dispone lo stralcio dal permesso di soggiorno del genitore del minore che abbia compiuto i 14 anni.

rigidità introdotte con la novella di cui alla legge n.94/2009, l'autorizzazione, provvisoria o consolidabile, dei minori non accompagnati comunque rintracciati sul territorio nazionale.⁸

Sarebbe dunque contraddittorio affermare l'applicabilità del reato di presenza irregolare al minore straniero non accompagnato che, per legge, è autorizzato, pur provvisoriamente, al soggiorno in tutti i casi in cui il rimpatrio non risulti nel suo stesso interesse preferibile al soggiorno in Italia, dove peraltro egli gode, a prescindere dalla condizione di soggiorno, dei diritti di protezione riconosciuti ai minori italiani ai sensi dell'art.37 bis della legge 184/1983.⁹

Con riguardo al minore straniero accompagnato, invece, la configurazione del reato è esclusa dalla sua incapacità di autonoma determinazione, tanto riguardo all'eventuale ingresso clandestino che riguardo alla permanenza irregolare, perché sottoposto alla responsabilità degli adulti con i quali è giunto o si trova in Italia.

Alcuni operatori si sono chiesti, con rammarico, se, una volta esclusa l'applicabilità al minore della fattispecie penale di permanenza irregolare a motivo della sua giuridica inespellibilità e del connesso diritto al rilascio del permesso di soggiorno per minore età, disciplinato dall'art.28 del regolamento di attuazione del testo unico (salvo – precisa la norma regolamentare – *“l'iscrizione del minore degli anni quattordici nel permesso di soggiorno del genitore o dell'affidatario stranieri regolarmente soggiornanti in Italia”*), non si debba comunque ammettere la sua imputabilità per il reato “gemello” di ingresso clandestino, dato che nessuna norma differenzia i minori di età dagli stranieri adulti in materia di respingimento alla frontiera.

Sussisterebbero, infatti, sia la tipicità del reato, sia l'imputabilità, che la colpevolezza, almeno nel caso del minore adolescente ben consapevole di poter giungere in Italia solo

⁸ Un primo tentativo di analisi della nuova condizione giuridica dei minori non accompagnati, a seguito della novella di cui alla legge n.94/2009 è fatto da L. Miazzi, *Minori non accompagnati*, in P. Morozzo della Rocca, *Immigrazione*, cit., 71 ss. Per una ricognizione recente, ma prima della novella, è comunque utile la lettura di G. Tarzia, *Il minore straniero non accompagnato: quale tutela nel sistema legislativo italiano?*, in *Minorigiustizia*, 2008, 3, 188 ss.

⁹ Sulla base, principalmente, di considerazioni sistematiche richiamanti l'art.37 bis l.184/1983, l'art.19 del testo unico sull'immigrazione e l'art.28 D.P.R. 31.8.1999, n. 394, il G.I.P. Bari, decr. 11.12.2009, su www.immigrazione.biz, ha disposto l'archiviazione del procedimento a carico di un minore non accompagnato, come richiesto dello stesso P.M.

attraverso il nascondimento e deciso a farlo per propria volontà, sebbene condivisa o incoraggiata da soggetti adulti.¹⁰

A tale obiezioni può però replicarsi che se l'irregolarità della presenza non comporta l'espellibilità del minore, senza alcuna differenza riguardo alla regolarità o clandestinità dell'ingresso, quest'ultimo non potrà ugualmente essere oggetto di differenziazione sul piano penale.

L'opposta opinione si sottopone inoltre a due diverse censure di irragionevolezza: per un verso, infatti, avremmo una differenziazione normativa tra minori la cui presenza sarebbe in una prima ipotesi punibile perché entrati clandestinamente ed in una seconda ipotesi non punibile, trattandosi di minori la cui presenza pur non autorizzata non è stata preceduta da un ingresso irregolare. Una distinzione improponibile, invece, per i soggetti adulti.

Per altro verso, l'applicazione dell'art.10 bis al minore che abbia fatto ingresso clandestinamente sul territorio nazionale realizzerebbe nei suoi riguardi un trattamento penale peggiore di quello riservato all'adulto. Quest'ultimo, infatti, potrà beneficiare della decisione del giudice di applicare la sanzione sostitutiva dell'espulsione, mentre questa eventualità è in radice esclusa per il minore, il cui allontanamento dal territorio nazionale potrà avvenire solo mediante il rimpatrio assistito, legittimo se non contrastante con il suo interesse esistenziale più complessivamente considerato.

Del resto, il respingimento dei minori d'età alla frontiera non pare tanto il l'esito di un disegno normativo, quanto di una lacuna ordinamentale, sebbene forse surrettiziamente voluta. Una lacuna che non consente comunque all'autorità di polizia di procedere al cosiddetto "respingimento differito" nei riguardi dei minori che siano comunque riusciti a fare ingresso sul territorio nazionale od ai quali l'ingresso sia stato consentito per motivi di cura una volta fermati alla frontiera. In tal casi, infatti, benché il soggetto sia ancora astrattamente nelle condizioni oggettive che legittimerebbero il respingimento dello straniero clandestino, è già tutelato dalle norme poste a tutela dei minori comunque presenti sul territorio nazionale sin qui richiamate.

¹⁰ Di tali preoccupate considerazioni dà ampiamente conto E. Seminara, nella relazione del gruppo di studio su "Minori stranieri non accompagnati" tenutosi il 14.11.2009 nell'ambito del Convegno nazionale della Associazione Italiana dei Magistrati per i Minorenni e per la Famiglia, postata nel sito dell'associazione il 30.11.2009. Si segnala, sul punto, la diversa opinione, almeno nella prospettiva del caso in concreto esaminato, di G.I.P. Bari, cit., il quale osserva che *"è dubbia la sussistenza dell'elemento psicologico del reato, essendosi versomilmente il minore affidatosi a soggetti adulti e, verosimilmente, a legittime aspettative di tutela"*.

Infine, a non convincere è il preteso parallelismo del binomio inespellibilità/inapplicabilità del reato di permanenza irregolare con il binomio dal preteso segno opposto di respingibile/imputabile del reato di ingresso clandestino. L'espulsione è infatti una sanzione amministrativa afflittiva adottata con provvedimento amministrativo motivato, costituendo atto dovuto in caso di soggiorno dello straniero non autorizzabile, salva l'evidente mancanza dell'interesse pubblico alla sua adozione. È dunque logico ritenere che chi non sia espellibile sia autorizzato al soggiorno. Il respingimento è invece un'attività materiale della polizia di frontiera, di certo sottoposta al principio di legalità, ma non realizzata attraverso l'adozione di un provvedimento formale, se tale non si considera il mero obbligo di registrazione dell'avvenuto respingimento. Ma soprattutto, a differenza dell'espulsione, il respingimento (accomunando nella medesima prassi chi si sia comunque presentato ai controlli e chi abbia tentato di sottrarsi) non ha, almeno formalmente, natura afflittiva e non comporta infatti un divieto di reingresso, avendo luogo quando lo straniero non ha i requisiti per l'ingresso, senza che ciò gli impedisca di ritentare l'ingresso il giorno successivo presentandosi munito di tali requisiti.¹¹

Riguardo al respingimento dei minori l'interprete dovrebbe anche por mente al maldestro ma comunque significativo disposto di cui all'art.33, co.3 e 5, della legge 184/1983, ai cui sensi, per un verso, gli uffici di frontiera hanno l'obbligo di segnalazione alla Commissione per le adozioni internazionali del respingimento del minore accompagnato da un adulto che non aveva titolo all'ingresso; per altro verso, ove sia comunque *“avvenuto l'ingresso di un minore nel territorio dello Stato al di fuori delle situazioni consentite, il pubblico ufficiale o l'ente autorizzato che ne ha notizia lo segnala al tribunale per i minorenni competente in relazione al luogo in cui il minore si trova. Il tribunale, adottato ogni opportuno provvedimento temporaneo nell'interesse del minore, provvede ai sensi dell'articolo 37-bis, qualora ne sussistano i presupposti, ovvero segnala la situazione alla Commissione affinché prenda contatto con il Paese di origine del minore e si proceda ai sensi dell'articolo 34.”*

È ben constatabile, dunque, la più complessiva volontà ordinamentale di protezione del minore che tenti di entrare clandestinamente – o che l'abbia fatto – pur guardandosi il legislatore speciale dal prendere in considerazione questo generale orientamento nel

¹¹In argomento: G. Savio, Respingimento, espulsione, trattenimento e accompagnamento alla frontiera, in P. Morozzo della Rocca, Immigrazione e cittadinanza, Torino, 2008, 131 ss.

disciplinare l'azione di controllo delle frontiere, tradizionalmente e drammaticamente sfuggente al diritto comune e talvolta allo stesso principio di legalità dell'azione di polizia.

Ciò spiega, ad esempio, perché i respingimenti dei minori non accompagnati alle frontiere nazionali (od in quelle europee che con le prime coincidano) avvengano nell'ombra e non siano mai dichiarati – al contrario, più spesso negati - dalle autorità agenti.

È alla luce delle considerazioni che precedono che può essere valutato un secondo ordine di argomenti invalidanti l'ipotesi che il minore straniero possa essere imputato del reato di cui all'art.10 bis della legge n.94/2009: la sottoposizione al giudice di pace dei relativi procedimenti, con modalità e tempi strettamente connessi all'obiettivo dell'espulsione del reo. Il che prova, quanto meno, il disinteresse del legislatore penale nei riguardi degli stranieri minori di età (nel senso, in questo caso benevolo, del non interesse a rendere applicabile anche a loro tale norma), sebbene in astratto l'interprete potrebbe pervicacemente ipotizzare la possibilità della giurisdizione del giudice minorile riguardo alla fattispecie, richiamando l'art.4 del D.lgs, n.274/2000 che fa genericamente salve le competenze del giudice minorile sulle materie altrimenti devolute al giudice di pace.

Un'opzione che risulterebbe però, per le ragioni sin qui esposte, priva di fondamento sistematico e fondata solo sull'argomento testuale, pur non irrilevante, della norma da ultimo citata e sostanzialmente ignorata dal legislatore dell'immigrazione.

L'obbligo di segnalazione alle autorità della notizia del reato di immigrazione clandestina o irregolare

Ad ogni modo, una volta esclusa la punibilità (o l'imputabilità?) del minore per il reato di immigrazione clandestina, al giudice minorile rimarrebbe comunque l'obbligo di segnalare la medesima notizia di reato quando siano i genitori del minore straniero a non avere l'autorizzazione al soggiorno.¹²

Può osservarsi, al riguardo, come il genitore od il familiare del minore che solleciti l'intervento del giudice minorile in molti casi chieda, implicitamente od esplicitamente, anche l'accertamento del diritto al soggiorno in Italia, anche solo in via provvisoria, per il figlio e per se stesso.

¹² Sembra essere questa l'opinione comune nei primi commentatori della norma. Cfr., per tutti, E. Prevati, Il reato di clandestinità: fattispecie 'irregolare' nel nostro sistema penale?, in Il giudice di pace, 2009, 4, 351

In questo modo si realizza, dunque, non tanto un'interruzione dell'eventuale condizione di irregolarità del soggiorno, ma un tempo procedimentale di valutazione di tale condizione che potrebbe concludersi con l'affermazione della sua insussistenza originaria o sopravvenuta.

All'avvio del procedimento il procuratore od il giudice dei minori potrebbero dunque segnalare solo una notizia incompleta, comprensiva delle generalità degli interessati e del fatto che verrà valutata la loro posizione riguardo all'interesse del minore ed alla connessa opportunità del soggiorno in Italia dei suoi familiari. È del resto logico immaginare che questa fase non siano tanto la procura o l'autorità di polizia ad avere necessità di notizie riguardo alla posizione di soggiorno dei soggetti del procedimento minorile, quanto invece il giudice minorile ad avere bisogno dall'amministrazione dell'interno delle notizie riguardanti sia eventuali indagini o precedenti penali, sia la pregressa posizione amministrativa di soggiorno dei soggetti coinvolti. Sicché è immaginabile che, con adeguata formula, venga segnalato alla polizia giudiziaria che - nell'interesse del minore e ai fini di valutare la consistenza giuridica del diritto o dell'obbligo di soggiorno dei soggetti interessati - è in corso di avvio un procedimento presso il giudice minorile, chiedendo di conoscere quali notizie di reato e quali altri procedimenti di competenza dell'autorità interpellata risultino riguardo ad essi.

Si noti il riferimento, nel periodo che precede, all'eventuale posizione di obbligo, invece che di diritto, al soggiorno; riferimento motivato dal fatto che, una volta aperto un fascicolo civile minorile – e non penso, ovviamente, solo all'art.31, c.3, – la presenza dell'adulto sul territorio nazionale non solo potrebbe darsi come provvisoriamente autorizzata o autorizzabile dal giudice, ma addirittura potrebbe rivelarsi illecito il suo contrario, configurandosi l'allontanamento dal paese come inadempimento dei doveri genitoriali o familiari, oppure come violazione dei provvedimenti di potestà ed infine come violazione delle disposizioni impartite dal giudice al fine di scrutinare l'effettiva capacità dei genitori di allevare ed educare la prole.

A questo punto, l'eventuale segnalazione dell'ipotesi di reato di presenza irregolare dovrebbe comunque essere fatta contestualmente alla notizia della pendenza di una istruttoria volta all'accertamento della necessità o meno della presenza dell'adulto in Italia assieme al minore; e quindi, in sostanza, avvisando della pregiudizialità del procedimento

davanti al giudice minorile rispetto all'eventuale processo davanti al giudice di pace, che prevede invece la sanzione dell'espulsione in sostituzione della pena dell'ammenda.

Il reinserimento sociale: obiettivo strategico della giustizia minorile, riguarda anche i minori stranieri?

Sotto tutt'altro versante, il tema della regolarità o meno del soggiorno del ragazzo e dei suoi familiari riveste un'importanza fondamentale nel decidere della concreta efficacia del sistema di giustizia penale minorile nei riguardi dei cittadini stranieri.

La pur buona notizia, costituita dalla lieve diminuzione dei reati commessi dai minori stranieri negli ultimi 4 anni non deve creare illusioni eccessive. La devianza minorile è infatti la conseguenza di un disagio e di una marginalità sociale che in Italia aumenteranno entrambe se non si daranno risposte serie a livello di politiche sociali e culturali in senso ampio nei riguardi della popolazione immigrata (penso ad esempio, ma non solo, alla decisiva, ma molto contrastata iniziativa di legge mirante ad agevolare l'acquisto della cittadinanza ai minori stranieri nati e cresciuti in Italia).

La leggera flessione nei dati sui reati commessi da minori stranieri negli ultimi tre anni non dovrebbe dunque distrarci da alcuni dati extrapenalistici ma premonitori, come quello secondo cui a Milano (per citare la città che ospita questo congresso) nel 2008 le sette unità operative di neuropsichiatria dell'infanzia e dell'adolescenza hanno assistito 2.000 minori stranieri su un totale di 7 mila unità, pari a un 30% nei flussi di utenza e dunque per una percentuale ben superiore a quella della presenza di stranieri sulla popolazione minorile residente o comunque presente.

Sappiamo, infatti, che la giustizia penale costituisce – per i minori stranieri come per quelli italiani – l'intervento suppletivo e consequenziale al fallimento o alla mancanza di altri e prioritari interventi; e la sua effettiva utilità, più che essere di natura genericamente preventiva, è in realtà legata alla capacità di suscitare resilienza in adolescenti altrimenti destinati, quando già non inseriti, alla manovalanza criminale fino all'età della pensione sociale.

Perché l'ultima spiaggia, costituita dal sistema penale minorile, adempia ai suoi compiti occorrono però una serie di condizioni.

Non parlerò qui di quelle riferibili al sistema nel suo complesso (come la dotazione di risorse per il servizio sociale, i laboratori e le altre attività, le rette per le strutture di accoglienza, etc.). Da questo punto di vista la notizia più triste è forse data dai tagli in finanziaria per la giustizia, anche e soprattutto minorile; e purtroppo dall'apparire nelle statistiche sulle morti in carcere dei suicidi in I.P.M., che andrebbero forse letti assieme a quelli dei giovanissimi adulti negli altri istituti di pena.

Mi limito invece all'esame delle condizioni di riuscita del percorso rieducativo e di inserimento sociale di un minore straniero sottoposto a processo penale.

Le statistiche ci dicono delle maggiori difficoltà dei minori stranieri, rispetto agli italiani, ad accedere alle misure alternative alla pena detentiva. È un fatto noto, questo, che lo stesso Capo Dipartimento della Giustizia minorile, Bruno Brattoli, commentava di recente con grande preoccupazione.

Una preoccupazione giusta che, a mio parere, è resa ancora più viva dall'attuale decadimento degli IPM, dove si rischia di ripetere logiche di ulteriore addentramento nel percorso deviante e criminale del detenuto alla prima condanna già affliggenti gli istituti di pena per adulti: luoghi dove si soffre pur senza costruirsi, ma, al contrario, divenendo "disabili" alla vita fuori dal carcere.

Le difficoltà sono in parte connesse ad una molteplicità di fattori non sempre generalizzati e magari specifici ai singoli gruppi, come l'eccezionale volatilità dei ragazzi rom dalle case di accoglienza, per i quali tuttavia mi pare un po' troppo abusata la misura della detenzione domiciliare, considerando la problematicità del loro rapporto con genitori e parenti nel campo sosta. Ma anche al netto dei rom, l'intervento USSM e la progettazione di percorsi alternativi alla detenzione restano sensibilmente più bassi sul target dei minori stranieri.¹³

In questo più generale contesto di difficoltà va fatto un ragionamento sulla primordiale specificità della condizione di "non cittadino", costituita senza dubbio dall'ulteriore ma decisiva debolezza costituita dalla precarietà del diritto al soggiorno in Italia di questi ragazzi.

¹³ Sul punto, G. De Marco, I minori stranieri tra normativa, giurisdizione e prassi amministrative, in *Minorigiustizia*, 2008, 3, 37 ss., spec. 48 s.

Attenzione però: perché precarietà del diritto a soggiornare non significa certo un'uguale precarietà del fatto in sé del soggiorno, né una facile allontanabilità coattiva dal territorio nazionale.

Basti pensare, al riguardo, ai minori rom, specie quelli provenienti dalla ex Jugoslavia, presso i quali è diffusa una condizione di apolidia di fatto che ne rende impraticabile, in molti casi, la futura espellibilità o l'immediato allontanamento assieme ai familiari, coma va riconoscendo la giurisprudenza; cui non si conforma purtroppo l'amministrazione degli interni, che pure sarebbe competente per il riconoscimento in via amministrativa dello status di apolidia.¹⁴

Ma anche il tasso di futura espellibilità, alla maggiore età, dei giovani stranieri di altre nazionalità – in particolare dei minori non accompagnati – è ugualmente bassissima.

Quanto ai minori accompagnati, se i familiari sono regolarmente soggiornanti, essi sono protetti dalla prospettiva dell'espulsione in ragione dei loro legami familiari in Italia, che renderebbero gravemente illegittimo il loro allontanamento alla maggiore età per violazione dell'art.8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (diritto all'unità familiare ed al rispetto della vita privata).

Esiste un limite non valicabile che è costituito dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di allontanamento dal paese di accoglienza degli stranieri che vi abbiano commesso dei reati durante la minore età. Sebbene, nei suoi tracciati estremi, tale limite si faccia a volte incerto, la Corte è tuttavia decisa nella condanna degli Stati membri che abbiano espulso o negato il diritto di soggiorno a cittadini stranieri giunti durante la minore età – specie se per almeno un periodo abbiano avuto l'autorizzazione al soggiorno – che abbiano commesso, anche reiteratamente, reati abbastanza tipici della delinquenza giovanile.¹⁵

Del resto, sul diritto del minore straniero autore di reato a mantenere o stabilizzare la propria presenza nella società del paese di immigrazione, l'imperativo di diritto internazionale di valutare prioritariamente il superiore interesse del minore (ribadito in materia di minori stranieri dall'art.28

¹⁴Cfr., da ultime: Cass. S.U., 9.12.2008, n.28873; App. Firenze, 8.5.2009, n.138/09, quest'ultima riguardante il caso di un giovane rom di origine bosniaca

¹⁵Cfr., per un decalogo della giurisprudenza della Corte sul punto, Corte eur.dir.uomo, 23.6.2008, Maslov c. Austria, nell'approfondito commento di de Beco G., *L'expulsion des étrangers mineurs délinquants: une lueur de clarté dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme*, in *Rev.tri.dr.homme*, 2009, 80, 1091 ss.

del testo unico sull'immigrazione) si coniuga anche con l'esigenza di *“facilitare il suo reinserimento nella società e di fargli svolgere un ruolo costruttivo in seno a quest'ultima”*; esigenza proclamata dall'art.40 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, ratificata dall'Italia con la legge 27.5.1991, n.176.

Purtroppo, sebbene il fatto del soggiorno in Italia rimanga per la maggior parte dei ragazzi autori di reato una prospettiva statisticamente molto probabile e spesso priva di alternative, ciò che davvero pregiudica il loro recupero sociale è in molti casi la mancanza di certezze riguardo all'autorizzazione amministrativa al soggiorno (premessa non sufficiente, ma sicuramente necessaria per qualsiasi ulteriore prospettiva di inclusione sociale).

In realtà gli strumenti normativi per dare un seguito fattivo e inclusivo al percorso educativo e riabilitativo realizzato con il ragazzo straniero vi sarebbero anche nel diritto interno; ed il principale di essi è costituito dall'art. 18, co.6 del testo unico immigrazione, ai sensi del quale il permesso di soggiorno per 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.”*

Certo, la norma non è scritta in modo perfetto e necessita pertanto di una interpretazione adeguatrice al dettato costituzionale e ai principi fondamentali del diritto minorile.

Infatti, interpretata letteralmente, essa si applicherebbe solo ai minori all'atto delle dimissioni dall'istituto di pena.

Ma che senso avrebbe privilegiare i giovani stranieri detenuti a danno di coloro che invece hanno svolto un proficuo percorso con la messa alla prova? Che interesse ha il legislatore a incentivare la detenzione in IPM rispetto ad altri percorsi educativi e riabilitativi?

La lettera della legge è infelice perché tradisce l'inesperienza e l'approssimazione del suo autore, ma viene da tutti interpretata estensivamente, nel senso di comprendere ogni trattamento di esecuzione penale nonché, soprattutto, la messa alla prova.

Ne rimane fuori, però, il perdono giudiziale: guai, dunque, al minore straniero, privo di permesso di soggiorno, cui accada di essere perdonato oggi, per poi ritrovarsi clandestino e facilmente di nuovo condannato domani.¹⁶

Ma è forse possibile, seppure un po' azzardato, sostenere che, nei casi in cui al perdono giudiziale si sia arrivati con un percorso di mediazione penale l'art.18, co.6 possa trovare applicazione considerando la mediazione penale alla stregua di un trattamento di esecuzione penale.

Ancora, rimane ambigua l'individuazione dei soggetti che possono proporre alla questura il rilascio del permesso di soggiorno. Tra questi, certamente, anche il procuratore della Repubblica, ma l'uso di "anche" non spiega chi siano, secondo il legislatore, gli altri soggetti, oltre, ben inteso, il giudice di sorveglianza: l'Ussm, ad esempio? E perché non il giudicante presso il quale è incardinato il processo, nel momento stesso in cui valuterà l'esito della messa alla prova?

Un altro problema è costituito dal requisito anagrafico: il minore sottoposto ad esecuzione penale spesso è un sedicente, talvolta con uno o più alias.

Ma per ottenere il permesso di soggiorno l'amministrazione dell'interno pretende l'esibizione di un passaporto.

Si può prescindere dalla regola amministrativa generale? Può la richiesta del Procuratore nei riguardi del minore (così come è stato identificato nell'esecuzione pena) condurre al rilascio del permesso di soggiorno anche senza l'esibizione del passaporto?

È prevista dalla normativa sui passaporti la possibilità, per lo straniero già presente in Italia, di ricevere dall'amministrazione un "titolo di viaggio per stranieri" i quali non possano altrimenti ricevere il passaporto dalle loro autorità nazionali.

D'altra parte la stessa giurisprudenza amministrativa ha chiarito che, quando allo straniero non sia rimproverabile negligenza nella mancata esibizione del passaporto, la sua mancanza non debba essere ostativa del rilascio del permesso di soggiorno.¹⁷

¹⁶ Sul punto, S. Fachile, Il permesso di soggiorno per motivi umanitari ex art.18, co.6 T.U. 286/98: un importante strumento di tutela per le persone straniere che scontano una pena, in *Dir.imm.citt.*, 2005, 4, 66 ss., che non esclude del tutto un'applicazione in via analogica della norma amministrativa alla fattispecie del perdono giudiziale

¹⁷ Così Tar Piemonte, sent. 5.6.2008, n.1449, in *Dir.imm.citt.*, 2009, 1, 258 s., riguardante il caso di una donna zingara mancante del passaporto in corso di validità ai fini della domanda di rilascio del permesso di

È dunque importante realizzare una seria cooperazione tra ministeri dell'interno e degli esteri e uffici della giustizia minorile per risolvere questo problema del passaporto mancante.

Ma perché manca? Al netto delle situazioni nelle quali il giovane è un profugo, oppure viene da un paese disastroso, in guerra o in disarmo amministrativo, dal quale dunque potrebbe essere obiettivamente difficile ottenere il rilascio del passaporto, la mancanza di questo documento potrebbe derivare dal timore del giovane straniero di indicare i suoi veri dati anagrafici o di fare di nuovo trovare tracce di sé ad autorità che teme o sente ostili e di cui comunque non ha fiducia.

Su questo timore occorre intervenire nella consapevolezza che ciò che dovrebbe contare, una volta raggiunti i buoni risultati della messa alla prova o dell'esecuzione pena, non è tanto la veridicità o la falsità dei dati anagrafici dichiarati dal ragazzo al momento dell'arresto, ma il percorso fatto dopo; nonché ciò che ancora il ragazzo potrebbe fare se sostenuto nel suo successivo cammino.

Questo ragionamento dovrebbe valere, a maggior ragione, per quei ragazzi, tardo adolescenti, che si sono avvalsi della presunzione pro reo circa la loro minore età, ma che all'epoca del fatto avevano in realtà da poco superato la soglia della maggiore età.

Una volta proficuamente svolto il percorso di esecuzione penale o di messa alla prova, non sarebbe poi così irragionevole permettere loro di svelarsi e rivestire la vera identità anagrafica, tornando ad essere se stessi pur essendo diventati ben diversi da prima. Ma l'art.18 purtroppo non sembra permetterlo; ed inoltre lo svelamento di sé li espone alla denuncia per un nuovo reato: quello di falso, continuato nel tempo sino al disvelamento.

Tuttavia – ed è bene saperlo, specie nella auspicabile cornice di una buona e leale cooperazione istituzionale con l'Amministrazione degli interni – in casi particolarmente meritevoli potrebbe essere utilizzato l'art.11, co.1, lett. c-ter), del D.P.R. 394/1999 (regolamento di attuazione del testo unico sull'immigrazione) che consente al Questore di rilasciare un particolare permesso di soggiorno per motivi umanitari, dietro *“acquisizione dall'interessato di documentazione riguardante i motivi della richiesta relativi ad oggettive e gravi situazioni personali che non consentono l'allontanamento dello straniero dal territorio nazionale”*,

soggiorno per attesa occupazione, la quale si era dovuta limitare a presentare una lettera del consolato croato dove si spiegava che era in corso la pratica per l'iscrizione nel registro dei cittadini croati.

pensato in via prioritaria per una platea abbastanza residuale e misteriosa di profughi non ammessi alle misure di protezione internazionale, ma utilizzabile anche in altre situazioni atipicamente caratterizzate dalla gravità della situazione personale del richiedente.

Quel che è certo, in via generale, è che il procedimento di cui all'art.18, co.6, pur dimostratosi utile, soffre di due mali: l'incertezza e lo scarso utilizzo.

Un percorso incerto perché, ad esempio, la magistratura propone ma non dispone sul suo rilascio (anche se la questura deve ben motivare una decisione in dissenso con l'autorità giudiziaria minorile); ed incerto anche perché la sua durata è di volta in volta quella di soli tre mesi, sebbene sia rinnovabile ed anche convertibile in un permesso di soggiorno più stabile e duraturo.

Incerto è anche il termine iniziale a partire dal quale il permesso di soggiorno può essere chiesto: a fine pena, dice il legislatore, ma in questo modo si rischierebbe di pregiudicare tutto lo sforzo di inserimento sociale realizzato durante la messa alla prova o durante l'esecuzione pena, impedendo al ragazzo per un lasso di tempo (lungo o breve, questo dipende dallo stato di salute delle istituzioni coinvolte) di svolgere attività essenziali per la sua inclusione sociale, come il lavoro, lo studio, l'attività sportiva o altro.

Eppure non v'è dubbio che già durante l'esecuzione pena il ragazzo straniero, minore o maggiorenne che sia, è non solo autorizzato ma addirittura obbligato al soggiorno. Basterebbe dunque – e di qui il senso di una possibile ed auspicabile cooperazione istituzionale – che durante il tempo del trattamento penale gli fosse sempre rilasciato un permesso di soggiorno, o per motivi di giustizia (che però consenta lo svolgimento delle attività di tirocinio e di lavoro previste dal progetto), o direttamente per motivi umanitari; e che tale soggiorno gli fosse mantenuto anche oltre il fine pena, sempre che ne frattempo la procura ritenga sussistere i requisiti per il mantenimento ed il rinnovo del permesso di soggiorno ai sensi dell'art.18.

A fianco od in alternativa all'art.18 vi sono altri strumenti normativi la cui connessione a sistema può suscitare dubbi o problemi. Penso in particolare all'art.25 bis dell'ordinamento del tribunale per i minorenni, introdotto con la legge 269/1998; e l'art. 13 della legge

228/2003, il cui ambito di applicazione riguarda prevalentemente, ma non solo, le vittime della tratta, anche e soprattutto se minorenni.¹⁸

I programmi di protezione e inserimento sociale previsti da queste due norme non vengono però presi in considerazione dall'art.1, co.29 della legge 94/2009, ove si dispone, semplicemente, che le disposizioni relative al rimpatrio assistito di cui al testo unico sull'immigrazione si applicano anche ai minori cittadini dell'Unione europea non accompagnati presenti nel territorio dello Stato che esercitano la prostituzione (quando sia necessario nell'interesse del minore stesso, secondo quanto previsto dalla Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata ai sensi della legge 27.5.1991, n.176.

Difficilmente, però, il rimpatrio della minorenne sfruttata potrà garantirle maggiore protezione e migliore destino dell'inserimento in un programma nel corso del quale, invece, riceverà un alloggio protetto, assistenza medica e psicologica ed un inserimento sociale e lavorativo facilitati e formanti. D'altra parte, la prefigurazione di un procedimento di rimpatrio dedicato ai minori che esercitano la prostituzione rischia di indurre questi ultimi ad una minore fiducia, ostacolando il già difficile lavoro degli operatori.¹⁹

¹⁸ Sulle due norme cfr. J. Moyersoen, I minori vittime di tratta: un fenomeno senza frontiere, in *Minorigiustizia*, 2008, 3, spec. 138 ss.

¹⁹ Sul punto: F. Nicodemi, Il rimpatrio assistito dei minori comunitari che esercitano la prostituzione, in P. Morozzo della Rocca, *Immigrazione e cittadinanza*, Agg., Torino, 2009, 47. Più in generale: G. Perin, I diritti dei minori comunitari non accompagnati, in *Minorigiustizia*, 2008, 3, 197 ss.