

### *Sezione Piemonte*

## **Proposte rivolte alle competenti istituzioni locali in merito all'applicazione della normativa vigente, al fine di promuovere la tutela dei diritti dei minori stranieri e la prevenzione della devianza minorile**

Per promuovere il reinserimento sociale dei minori stranieri sottoposti a procedimento penale e prevenire il coinvolgimento in attività illegali dei minori stranieri presenti sul territorio, è fondamentale poter proporre a questi ragazzi un "patto di legalità". Oggi, questo sta diventando sempre più difficile.

Le modifiche normative apportate dal c.d. "pacchetto sicurezza" e l'adozione di interpretazioni restrittive della normativa vigente, con riferimento in particolare al rilascio del permesso di soggiorno alla maggiore età, rischiano infatti di interrompere bruscamente al compimento dei 18 anni i percorsi di integrazione compiuti con impegno e risultati positivi da molti di questi ragazzi, condannandoli a una situazione di irregolarità e marginalità.

I due gruppi di minori per i quali si pongono attualmente i maggiori problemi sono:

- i minori stranieri non accompagnati dai genitori, che siano entrati in Italia dopo il compimento dei 15 anni e/o non abbiano partecipato a un progetto di integrazione per almeno due anni;
- i minori stranieri condannati per reati c.d. ostativi al rilascio del permesso di soggiorno.

La mancanza di qualsiasi prospettiva di soggiorno regolare in Italia alla maggiore età rende di fatto impossibile proporre a questi minori quel "patto di legalità" così cruciale nella prevenzione della devianza minorile. Questi ragazzi, infatti, hanno la consapevolezza che, anche se seguiranno con impegno un percorso scolastico, formativo e lavorativo e non commetteranno alcun reato, alla maggiore età non potranno comunque ottenere un permesso di soggiorno e potranno essere espulsi in qualsiasi momento. Essi saranno quindi spinti ad allontanarsi dai percorsi di integrazione e molto facilmente finiranno sfruttati nel lavoro nero o in attività illegali, facili prede di organizzazioni criminali. I nuovi arrivati, probabilmente, sceglieranno sempre più spesso di restare nella clandestinità, al di fuori del sistema di accoglienza e integrazione, e di nascondere la loro vera identità. Vi è inoltre il forte rischio che aumenti il numero di minori non accompagnati portati in Italia prima del compimento dei 15 anni.

In conseguenza di un'applicazione restrittiva della normativa riguardante i reati ostativi, anche ragazzi nati o comunque cresciuti in Italia rischiano di vedersi preclusa, magari per aver commesso reati di modesta gravità, qualsiasi possibilità di soggiorno regolare dopo i 18 anni, con effetti estremamente negativi anche sul loro processo di sviluppo identitario.

Oltre alle modifiche relative al rilascio del permesso alla maggiore età, altre due norme introdotte dal “pacchetto sicurezza” – il reato di soggiorno illegale e la c.d. aggravante di clandestinità – ove venissero applicate anche ai minorenni, renderebbero molto più difficile la promozione di percorsi di inclusione sociale dei minori stranieri presenti sul nostro territorio.

È evidente che tutto ciò comporterebbe:

- gravissime violazioni dei diritti riconosciuti dalla Costituzione e dalla Convenzione ONU sui diritti del fanciullo a tutti i minori che si trovino sul territorio italiano, senza discriminazioni, indipendentemente dalla nazionalità e dalla posizione in ordine al soggiorno (diritti all’istruzione, alla salute, alla protezione dallo sfruttamento ecc.);
- una palese violazione dei principi su cui si fonda la normativa internazionale e italiana in materia di giustizia penale minorile, volti al reinserimento sociale del minore autore di reato;
- uno spreco delle risorse umane e finanziarie investite da enti pubblici e privati per favorire l’inclusione sociale di questi minori, risorse che dovranno comunque continuare ad essere investite, posto che le norme costituzionali, internazionali e di diritto interno che obbligano lo Stato italiano a promuovere il reinserimento sociale dei minori stranieri autori di reato, e più in generale a garantire la tutela dei diritti dei minori stranieri presenti sul territorio nazionale, non sono state in alcun modo modificate;
- un probabile aumento della devianza minorile tra i minori stranieri, con un conseguente aggravamento del senso di insicurezza nella società italiana, in contrasto con gli stessi obiettivi dichiarati dal “pacchetto sicurezza”.

\*\*\*

Alcuni dei problemi sopra citati potrebbero essere risolti solo grazie a un intervento legislativo. Anche nell’attuale contesto normativo, però, vi sono importanti spazi di intervento a livello locale.

In primo luogo, infatti, sono previsti margini di discrezionalità nell’applicazione della normativa da parte delle competenti istituzioni locali. Tale discrezionalità è particolarmente ampia con riferimento ad alcune disposizioni, come ad esempio l’art. 18 co. 6 T.U. 286/98.

Si consideri, in secondo luogo, che alcune delle norme cui si fa qui riferimento possono essere interpretate in modo più o meno restrittivo. Come ribadito in modo costante dalla giurisprudenza costituzionale, tra più interpretazioni possibili di qualsiasi disposizione normativa è necessario che si privilegi sempre soltanto quella conforme alla Costituzione e agli obblighi internazionali della Repubblica. Tra questi, assume particolare rilievo il principio del “superiore interesse del minore” sancito dalla Convenzione ONU sui diritti del fanciullo (ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 176/91), in base a cui “In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l’interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente”. Come chiarito dal Comitato ONU sui diritti dell’infanzia, “motivazioni non fondate sui diritti, ad esempio riguardanti il controllo generale dell’immigrazione, non possono prevalere

sulle considerazioni relative al superiore interesse del minore” (Commento generale n. 6, CRC/GC/2005/6, par. 85). Dunque, nei casi in cui il testo della norma possa essere interpretato nel senso di consentire il rilascio di un permesso di soggiorno al compimento dei 18 anni, in tal modo garantendo maggiormente i diritti del minore (per i motivi sopra delineati), dovrà essere privilegiata questa interpretazione.

Auspichiamo dunque che si avvii un confronto tra tutte le istituzioni competenti, riguardo alle possibilità di proporre percorsi di integrazione e quindi un “patto di legalità” ai minori stranieri presenti sul nostro territorio, affrontando le problematiche sopra delineate e in particolare individuando quei casi in cui, nel pieno rispetto della normativa vigente (come modificata, da ultimo, con legge n. 94/09), possa essere rilasciato un permesso di soggiorno al compimento della maggiore età, a determinate condizioni, anche:

- ai minori stranieri non accompagnati dai genitori, che siano entrati in Italia dopo il compimento dei 15 anni e/o non abbiano partecipato a un progetto di integrazione per almeno due anni;
- ai minori stranieri (accompagnati e non accompagnati) che abbiano commesso reati c.d. ostativi al rilascio del permesso di soggiorno.

Nella speranza di poter utilmente contribuire a tale confronto, si presentano di seguito alcune proposte relative all’applicazione della normativa vigente, con particolare riferimento a:

1. il regime “transitorio” in relazione all’applicazione dei requisiti introdotti dalla legge 94/09;
2. il rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari ai minori affidati a cittadino straniero ex art. 4 legge 184/83;
3. il rilascio del permesso di soggiorno ex art. 18, co. 6, T.U. 286/98;
4. l’applicazione della normativa riguardante i reati c.d. ostativi al rinnovo del permesso di soggiorno;
5. lo status del neo-maggiorenne che ha presentato domanda di conversione del permesso di soggiorno al compimento dei 18 anni;
6. l’inapplicabilità del reato di soggiorno illegale e dell’aggravante di clandestinità ai minorenni.

### **1. Il regime “transitorio” in relazione all’applicazione dei requisiti introdotti dalla legge 94/09**

Le nuove disposizioni introdotte dalla legge 94/09 in materia di rilascio del permesso di soggiorno al compimento della maggiore età non dovrebbero applicarsi ai minori stranieri non accompagnati

entrati in Italia prima della data di entrata in vigore di tale legge (8 agosto 2009) e che compiano la maggiore età entro i due anni successivi a tale data, essendo tali minori nell'impossibilità di soddisfare i criteri sopravvenuti, e non potendo la legge imporre un adempimento impossibile né avere efficacia retroattiva.

A questi minori dunque, se affidati ai sensi dell'art. 2 legge 184/83 o sottoposti a tutela, dovrebbe essere rilasciato un permesso di soggiorno al compimento della maggiore età a prescindere dalla dimostrazione della presenza in Italia da almeno tre anni e della partecipazione a un progetto di integrazione per almeno due anni, in applicazione dell'art. 32, co. 1 T.U. 286/98 previgente, così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale e del Consiglio di Stato (richiamata da ultimo dalla circolare del Ministero dell'Interno del 28.3.2008).

Tale interpretazione trova fondamento anche nella giurisprudenza maturata in seguito alla precedente riforma dell'art. 32 con legge n. 189/2002. Risultano particolarmente rilevanti, a tal proposito, le sentenze del Consiglio di Stato, sez. VI, n. 3690/2007 e n. 2951/2009 (relative a casi di minori che non potevano dimostrare il requisito della partecipazione per almeno due anni a un progetto di integrazione), di cui si riportano i passaggi più significativi:

“Il comma 1-bis richiede che lo straniero minorenni sia stato ammesso per un periodo non inferiore a due anni in un progetto di integrazione sociale e civile. Il comma 1-ter stabilisce che il possesso dei requisiti (segnatamente – per quanto qui rileva - che l'interessato abbia seguito il progetto di integrazione sociale e civile per non meno di due anni) deve essere garantito e comprovato con idonea documentazione dall'ente pubblico o privato che gestisce il progetto di integrazione.

Detti requisiti non possono essere richiesti nei confronti di chi, pur avendo fatto domanda di permesso di soggiorno successivamente alla entrata in vigore dei menzionati commi, non abbia avuto a disposizione - a partire da tale momento - il tempo minimo necessario per maturarli. Diversamente opinando, infatti, la legge avrebbe un'applicazione retroattiva.

Nella specie l'appellante è diventato maggiorenne il 7.7.2003, sicché dalla data di entrata in vigore della legge era trascorso un tempo largamente inferiore ai due anni richiesti, il che gli impediva di conseguire il requisito alla data utile (quella di scadenza del permesso di soggiorno da minorenne). Salvo, appunto, a voler ritenere che detto requisito doveva essere predisposto prima che entrasse in vigore la norma che ne sancisse la obbligatorietà. Il che non può essere.” (Consiglio di Stato, sez. VI, sent. n. 3690/2007)

“Peraltro, deve essere osservato come lo stesso precedente giurisprudenziale sopra richiamato, che il Collegio condivide, abbia rimarcato l'impossibilità di applicare la norma di cui si tratta a soggetti che abbiano compiuto la maggiore età prima della sua entrata in vigore ovvero entro i successivi due anni. I suddetti cittadini stranieri evidentemente non possono, in termini materiali e giuridici, partecipare ad un progetto di integrazione sociale e civile della durata minima di due anni prima del compimento della maggiore età. Diversamente opinando, la norma un'efficacia retroattiva, ed imporrebbe un adempimento impossibile (C. di S., VI, 27 giugno 2007, n. 3690, sopra citata).

Afferma, di conseguenza, il Collegio che l'art. 32, comma 1 bis, del D. Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, consente la trasformazione del permesso di soggiorno in permesso per motivi di lavoro per i minori

che, pur non avendo seguito i progetti di integrazione ivi disciplinati, abbiano raggiunto la maggiore età prima o entro due anni dalla sua entrata in vigore.” (Consiglio di Stato, sez. VI, sent. n. 2951/2009)

Tale giurisprudenza risulta rilevante rispetto alla questione in oggetto, non solo perché afferma i principi generali di irretroattività della legge e inesigibilità di un adempimento impossibile, ma anche perché oggi ci troviamo in una situazione del tutto analoga a quella che si era creata in seguito all'entrata in vigore della legge 189/02.

Come è noto, infatti, i requisiti relativi alla dimostrazione dei tre anni di presenza in Italia e due anni di partecipazione a un progetto di integrazione erano stati introdotti dalla riforma del 2002.

Negli anni successivi, tuttavia, il Consiglio di Stato aveva affermato, con le sentenze n. 1681/05 e n. 564/07, che tali requisiti erano da interpretarsi come alternativi e non concorrenti ai requisiti di cui all'art. 32, co. 1 T.U. 286/98 (affidamento o tutela).

Il Ministero dell'Interno aveva infine chiarito, con circolare del 28.3.2008, che “nel caso in cui un minore straniero sia stato sottoposto ad un provvedimento formale di affidamento o tutela, le [questure], al compimento della maggiore età, potranno rilasciare allo stesso un permesso di soggiorno indipendentemente dalla durata della sua presenza sul territorio nazionale, dalla frequentazione di un progetto di integrazione o dal provvedimento del Comitato minori stranieri di non luogo a procedere al rimpatrio”.

Dunque, è solo in seguito alla modifica apportata dalla legge 94/09 che i requisiti della presenza in Italia da almeno tre anni e della partecipazione a un progetto di integrazione da almeno due anni devono essere richiesti ai minori stranieri non accompagnati affidati o sottoposti a tutela, ai fini del rilascio del permesso di soggiorno alla maggiore età.

Per tale motivo, si pone oggi lo stesso problema interpretativo, relativo all'irretroattività dell'applicazione di tali requisiti, che si era posto in seguito all'entrata in vigore della legge 189/02, e di conseguenza risulta particolarmente rilevante la giurisprudenza del Consiglio di Stato sopra citata.

## **2. Il rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari ai minori affidati a cittadino straniero ex art. 4 legge 184/83**

L'art. 32, co. 1 T.U. 286/98 stabilisce che al minore nei cui confronti sono state applicate le disposizioni di cui all'art. 31, co. 1 e 2, può essere rilasciato un permesso di soggiorno al compimento della maggiore età, a prescindere dalla verifica dei requisiti di cui ai commi 1-bis e ter dello stesso art. 32 (ovvero essere entrati in Italia da almeno tre anni e aver partecipato a un progetto di integrazione per almeno due anni).

Ora, l'art. 31 co. 2 T.U. 286/98 prevede che al minore affidato a cittadino straniero ai sensi dell'art. 4 legge 184/83 sia rilasciato, al compimento dei 14 anni, un permesso di soggiorno per motivi familiari, alle stesse condizioni previste per il minore convivente con il genitore: “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”.

Inoltre, l'art. 29, co. 2 T.U. 286/98 stabilisce che i minori affidati o sottoposti a tutela sono equiparati ai figli ai fini del ricongiungimento: "Ai fini del ricongiungimento si considerano minori i figli di età inferiore a diciotto anni al momento della presentazione dell'istanza di ricongiungimento. I minori adottati o affidati o sottoposti a tutela sono equiparati ai figli."

Naturalmente, il riferimento all'affidamento ai sensi dell'art. 4 legge 184/83 comprende senz'altro tanto gli affidamenti "amministrativi", disposti dai servizi sociali e resi esecutivi dal Giudice tutelare (art. 4, co. 1) quanto gli affidamenti "giudiziari", disposti dal Tribunale per i minorenni (art. 4, co. 2): entrambe le tipologie di affidamento, infatti, sono disciplinate dall'art. 4 della legge 184/83, che non pone alcuna distinzione tra esse ai fini che qui interessano. Tale equiparazione è stata più volte ribadita dalla Corte Costituzionale e dal Consiglio di Stato (si vedano in particolare: Corte Cost., sent. 198/2003 e Consiglio Stato, sent. 1681/2005, riprese dalla giurisprudenza successiva). Ad esempio, la Corte Costituzionale afferma: "Questa disposizione [art. 32, co. 1] viene pacificamente interpretata, secondo quanto riconosce anche l'organo remittente, come relativa ad ogni tipo di affidamento previsto dalla legge 4 maggio 1983, n. 184, e cioè sia all'affidamento "amministrativo" di cui al primo comma dell'art. 4, che all'affidamento "giudiziario" di cui al secondo comma dello stesso articolo 4, sia anche all'affidamento di fatto, di cui all'art. 9 della medesima legge".

Né si può ragionevolmente sostenere che il permesso di soggiorno possa essere rilasciato ai sensi dell'art. 31, co. 2 soltanto ai minori che prima del compimento dei 14 anni siano stati iscritti sul permesso di soggiorno del genitore o dell'affidatario. Tale interpretazione, infatti, comporterebbe un'irragionevole disparità di trattamento tra i minori entrati in Italia prima del compimento dei 14 anni e i minori entrati a 14 anni compiuti.

Come appena visto, l'art. 31, co. 2 non stabilisce alcuna distinzione tra i figli e i minori affidati ai sensi dell'art. 4 legge 184/83, e l'art. 29, co. 2 prevede esplicitamente la loro equiparazione. Dal combinato disposto di tali norme, dunque, si può agevolmente dedurre che anche ai minori affidati – in quanto equiparati ai figli – può essere rilasciato, quando abbiano compiuto i 14 anni, un permesso di soggiorno per motivi familiari.

Si noti inoltre che, in base alla normativa vigente, i minori affidati a parenti entro il quarto grado non possono essere considerati "minori stranieri non accompagnati". L'art. 1 del D.p.c.m. 535/99, infatti, definisce come "minore straniero non accompagnato" il minore straniero che "si trova per qualsiasi causa nel territorio dello Stato privo di assistenza e rappresentanza da parte dei genitori o di altri adulti per lui legalmente responsabili in base alle leggi vigenti nell'ordinamento italiano". Come è noto, il minore che sia stato affidato dai genitori a parenti entro il quarto grado ai sensi dell'art. 9, co. 4 legge 184/83, non si trova "privo di assistenza da parte dei genitori o di altri adulti per lui legalmente responsabili in base alle leggi vigenti nell'ordinamento italiano" e dunque non rientra in tale categoria. A maggior ragione, se l'affidamento è stato formalizzato ai sensi dell'art. 4, co. 1 legge 184/83, previo consenso manifestato dai genitori secondo le procedure previste.

Ove anche residuassero dubbi in merito all'interpretazione dell'art. 31, co. 2, e si sostenesse che tale disposizione possa essere interpretata sia nel senso di consentire il rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari al minore affidato, sia nel senso contrario, dovrà necessariamente essere adottata la prima interpretazione. Come già accennato in premessa, infatti, tra più interpretazioni possibili di qualsiasi disposizione normativa è necessario che si privilegi sempre soltanto quella conforme alla Costituzione e agli obblighi internazionali della Repubblica, tra i quali assume particolare rilievo il principio del "superiore interesse del minore" sancito dall'art. 3 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo e richiamato anche all'art. 28, co. 3 T.U. 286/98<sup>[1]</sup>. Posto che la titolarità di un permesso di soggiorno per motivi familiari evidentemente garantisce i diritti del minore assai più di un permesso per minore età (per i motivi delineati in premessa), l'art. 31 co. 2 dovrà essere interpretato nel senso di consentire il rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari, in quanto soluzione rispondente al "superiore interesse del minore".

In tal senso si è più volte espresso anche il Tribunale di Torino, che ha affermato chiaramente che ai minori affidati "di fatto" a parenti entro il quarto grado, anche se entrati irregolarmente in Italia dopo il compimento dei 14 anni, deve essere rilasciato un permesso di soggiorno per motivi familiari ai sensi delle norme sopra citate, anche alla luce del principio del "superiore interesse del minore". A maggior ragione, dunque, il diritto a ottenere un permesso di soggiorno per motivi familiari dovrà essere riconosciuto ai minori affidati non "di fatto", ma con provvedimento formale ai sensi dell'art. 4 legge 184/83.

Tra le diverse pronunce in materia (risalenti al 2001, ma ancora pienamente valide, posto che l'art. 31 non ha subito alcuna modifica), si riporta un passaggio particolarmente significativo dell'ordinanza del Tribunale di Torino, sez. VIII, 31.5.2001 (est. Scarabello):

"[ritenuto:] che l'art. 31 d.lgs. 286/98, contenente "disposizioni a favore dei minori", preveda i casi di rilascio del permesso di soggiorno ai minori (figli o affidati ai sensi della l. 184/83) per motivi familiari, disponendo che sino al quattordicesimo anno di età il minore è iscritto nel permesso del genitore o dell'affidatario e, in seguito, è beneficiario di un permesso di soggiorno per motivi familiari o di una carta di soggiorno; che l'interpretazione della disposizione alla luce del principio del "superiore interesse del fanciullo" imponeva all'amministrazione, nel caso di specie, l'interpretazione del richiamo operato dal citato art. 31 d.lgs. 286/98 allo status "formale" di affidato quale richiamo meramente descrittivo a fattispecie aventi caratteri assimilabili alla condizione del minore inserito stabilmente in un contesto familiare affettivo ed educativo, non già restrittivo e limitante; che la circostanza addotta dall'amministrazione per cui al minore non avrebbe potuto essere rilasciato il permesso di altro tipo in quanto non iscritto nel permesso di soggiorno dell'affidatario si scontra con la completa impossibilità di tale iscrizione, per essere H. entrato in Italia successivamente al compimento del quattordicesimo anno di età; [...] che l'amministrazione avrebbe dovuto ponderare più approfonditamente la posizione del minore e disporre secondo il suo prevalente interesse, mediante il rilascio di un permesso di più ampio respiro, quale quello per motivi familiari; che – per i motivi esposti – il permesso di soggiorno rilasciato al minore, in quanto frutto di una errata valutazione della situazione a fondamento della quale è richiesto alla luce del principio espresso dal citato art. 26 l. 40/98, deve essere disapplicato in quanto sia motivato dalla "minore età" e non da motivi familiari."<sup>[2]</sup>

Alla medesima conclusione il Tribunale di Torino giungeva in un'altra ordinanza, in cui affermava che, “[...] considerato che l’art. 28 d.lgs. cit. prescrive che in tutti i procedimenti amministrativi e giurisdizionali finalizzati a dare attuazione al diritto all’unità familiare deve essere preso in considerazione, con carattere di priorità, il superiore interesse del fanciullo; ritenuto che tale interesse superiore del minore debba, in linea di principio, prevalere sull’interesse pubblico al controllo della migrazione e della circolazione sul territorio nazionale; [...] ritenuto pertanto che la condizione di clandestinità del minore non debba costituire di per sé impedimento all’applicazione della disciplina sul ricongiungimento familiare; rilevato che l’art. 29 co. 1 T.U. 286/98 prevede che lo straniero possa chiedere il ricongiungimento dei figli minori e che il co. 2 della stessa norma dispone che “ai fini del ricongiungimento i minori adottati o affidati o sottoposti a tutela sono equiparati ai figli” [...]”[3], risultano rilevanti, ai fini del rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari, la situazione familiare effettiva e l’inserimento del minore nel contesto sociale del paese ospitante.

Per rendere possibile la proposta di percorsi di integrazione e di un “patto di legalità” ai minori stranieri presenti sul territorio, in seguito all’entrata in vigore della legge 94/09, sarebbe dunque fondamentale che ai minori affidati a cittadino straniero ex art. 4 legge 184/83 venisse rilasciato un permesso di soggiorno per motivi familiari anziché un permesso per minore età[4].

Ciò non implicherebbe una regolarizzazione generalizzata e incondizionata, in quanto il rilascio del permesso di soggiorno (sia durante la minore età, sia al compimento della maggiore età) sarebbe strettamente condizionato alla verifica dei requisiti previsti dalla legge: ai fini del rilascio del permesso per motivi familiari, infatti, l’affidatario dovrebbe dimostrare tutti i requisiti previsti per il ricongiungimento (reddito, alloggio ecc.); così come il rilascio di un permesso di soggiorno per lavoro, studio ecc. al compimento della maggiore età sarebbe condizionato alla verifica dei requisiti previsti per ciascuna tipologia di soggiorno e dell’assenza di motivi ostativi.

### **3. Il rilascio del permesso di soggiorno ex art. 18, co. 6, T.U. 286/98**

L’art. 18, co. 6, T.U. 286/98 stabilisce che possa essere rilasciato un permesso di soggiorno per motivi umanitari, “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 ha già dato prova concreta di partecipazione a un programma di assistenza e integrazione sociale”.

Per “pene detentive” si intendono pacificamente tutte le pene non pecuniarie, dunque anche le misure alternative alla detenzione (secondo quanto stabilito dall’art. 18 del codice penale, che distingue la totalità delle pene in detentive e pecuniarie). Secondo l’interpretazione ampiamente prevalente, l’istituto trova applicazione anche in caso di messa alla prova[5].

L’applicazione di tale norma consentirebbe di rilasciare un permesso di soggiorno allo straniero (anche maggiorenne) che, dopo aver commesso un reato durante la minore età, abbia compiuto un reale percorso di reinserimento sociale (ad es. avendo concluso positivamente una messa alla prova), ma che non abbia i requisiti per ottenere un permesso di soggiorno ai sensi dell’art. 32 T.U. 286/98 e/o che sia stato condannato per reati c.d. ostativi.

E' evidente, infatti, che il rilascio di un permesso di soggiorno ai sensi dell'art. 18, co. 6, non può in alcun modo essere sottoposto alla verifica della sussistenza dei requisiti di cui all'art. 32, trattandosi di due disposizioni assolutamente distinte. Né, d'altro canto, la condanna per i reati di cui all'art. 4, co. 3 T.U. 286/98 potrebbe essere considerata ostativa al rilascio del permesso di soggiorno ai sensi dell'art. 18 co. 6, posto che proprio la condanna per reati commessi durante la minore età costituisce uno dei presupposti per l'applicazione di tale disposizione.

Il rilascio di un permesso di soggiorno ex art. 18 co. 6 consentirebbe dunque agli operatori di proporre ai minori stranieri autori di reato progetti di reinserimento che non siano inevitabilmente destinati a interrompersi bruscamente a conclusione della pena o della messa alla prova (con assurdo spreco di risorse) e rappresenterebbe per i ragazzi un forte incentivo a seguire i progetti proposti. Ciò in conformità e in applicazione del principio costituzionale della funzione rieducativa della pena.

Fino ad oggi l'art. 18 co. 6 è stato applicato in misura limitatissima: dal 1998 ad oggi sarebbero meno di una decina i permessi rilasciati a tale titolo dalla Questura di Torino, su richiesta dell'Autorità giudiziaria minorile<sup>[6]</sup>. Per i motivi appena esposti, ci sembra che una più ampia applicazione di tale istituto potrebbe rappresentare uno strumento molto utile per favorire il reinserimento sociale dei minori stranieri sottoposti a procedimento penale.

Ciò naturalmente non implicherebbe in alcun modo una regolarizzazione generalizzata di tutti gli stranieri che abbiano commesso reati durante la minore età, in quanto il rilascio del permesso di soggiorno ai sensi dell'art. 18 co. 6 è proposto dal procuratore della Repubblica o dal giudice di sorveglianza presso il tribunale per i minorenni, sulla base di un'attenta valutazione caso per caso. Inoltre, l'art. 18, co. 6 stabilisce che il cittadino straniero debba già aver dato "prova concreta di partecipazione a un programma di assistenza e integrazione sociale".

Si consideri, infine, che tale permesso di soggiorno è revocato "in caso di interruzione del programma o di condotta incompatibile con le finalità dello stesso, segnalate dal procuratore della Repubblica o, per quanto di competenza, dal servizio sociale dell'ente locale, o comunque accertate dal questore, ovvero quando vengono meno le altre condizioni che ne hanno giustificato il rilascio" (art. 18, co. 4).

Alcuni ritengono che l'art. 18 co. 6 non debba essere applicato, in quanto comporterebbe una disparità di trattamento a favore di minori che abbiano commesso reati: questi ultimi, infatti, potrebbero ottenere un permesso di soggiorno, a differenza dei minori stranieri non accompagnati che non abbiano commesso reati e che non possano dimostrare i requisiti introdotti dalla legge 94/09, ai quali non verrebbe rilasciato alcun permesso di soggiorno alla maggiore età.

È evidente, tuttavia, che tale eventuale disparità di trattamento non potrebbe essere semplicisticamente risolta disapplicando la norma più favorevole.

Va inoltre ricordato che la *ratio* della norma di cui al sesto comma dell'art. 18, come si evince dal contesto normativo in cui è inserito (l'art. 18, intitolato "Soggiorno per motivi di protezione sociale", a sua volta inserito nel capo III del Testo Unico, intitolato "Disposizioni di carattere umanitario"), è *in primis* la protezione della persona che da minorenni è stata coinvolta e molto spesso sfruttata da terzi nell'ambito di attività illegali, in quanto soggetto altamente vulnerabile.

#### **4. L'applicazione della normativa riguardante i reati c.d. ostativi al rinnovo del permesso di soggiorno**

Molti minori stranieri sottoposti a procedimento penale sono imputati per reati previsti dall'art. 380 c.p.p. o per reati inerenti gli stupefacenti.

L'art. 5 co. 5., in combinato disposto con art. 4 co. 3 T.U. 286/98, stabilisce che il rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno sono rifiutati se il cittadino straniero risulta condannato per tali reati (sempre che non siano sopraggiunti nuovi elementi che ne consentano il rilascio). Tale disposizione può evidentemente essere applicata solo nel caso in cui il minore sia stato *condannato* per tali reati, mentre non può essere applicata nei casi in cui non vi sia stata condanna, pur a fronte di un eventuale riconoscimento di colpevolezza del minore, come nei casi di perdono giudiziale o di proscioglimento per esito positivo della messa alla prova. Come è noto, infatti, queste ultime sono formule non di condanna ma di proscioglimento, che comportano l'estinzione del reato.

L'art. 5, co. 5 stabilisce inoltre che "Nell'adottare il provvedimento di rifiuto del rilascio, di revoca o di diniego di rinnovo del permesso di soggiorno dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ovvero del familiare ricongiunto, ai sensi dell'articolo 29, si tiene anche conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato e dell'esistenza di legami familiari e sociali con il suo Paese d'origine, nonché, per lo straniero già presente sul territorio nazionale, anche della durata del suo soggiorno nel medesimo territorio nazionale."

È fondamentale che tali elementi vengano effettivamente presi in considerazione nella decisione sul rilascio o meno del permesso di soggiorno al compimento della maggiore età al minore ricongiunto (o comunque titolare di un permesso di soggiorno per motivi familiari) che abbia commesso reati.

Anche per quanto riguarda gli altri minori (non ricongiunti), la condanna per i sopra citati reati non può comunque comportare automaticamente il rigetto della domanda di rinnovo del permesso di soggiorno, essendo rimesso al questore il potere-dovere di esaminare la situazione complessiva in cui versa lo straniero al momento della richiesta, a maggior ragione ove si tratti di reati commessi durante la minore età.

Si richiama a tal proposito la circolare del Ministero dell'interno del 9.9.2003: "Per quanto concerne l'ingresso nel territorio dello Stato, la legge è esplicita nel conferire all'organo amministrativo il potere di respingimento in tutti i casi di condanna per determinati reati, mentre non si riscontra un pari automatismo e perentorietà delle disposizioni legislative nel caso del rinnovo del permesso di soggiorno. In questo caso è rimesso al questore il potere-dovere di esaminare la situazione complessiva in cui versa attualmente lo straniero (art. 5, co. 5, del testo

unico, non modificato dalla nuova legge). Pertanto si ritiene che la condanna per uno dei reati indicati nell'art. 4, co. 3, della legge in oggetto, non comporti automaticamente il rigetto della domanda di rinnovo del permesso di soggiorno, rappresentando la stessa uno degli elementi di valutazione, unitamente ad altri, quali la condotta complessiva del soggetto, il livello del suo inserimento sociale, la sua condizione familiare nel nostro paese, in una prospettiva necessariamente rivolta alle esigenze di prevenzione e di sicurezza pubblica rimesse all'autorità amministrativa.”

Il Consiglio di Stato, richiamando anche la circolare del Ministero dell'Interno appena citata, ribadisce che “non si riscontra un pari automatismo e perentorietà delle disposizioni legislative nel caso di rinnovo del permesso di soggiorno (artt. 4 e 5 del d.lgs. n. 286/1998, come modificato dalla legge n. 189 del 2002)” e afferma che “la valutazione della pericolosità sociale dell'interessato, [...] non può essere automaticamente desunta dalla condanna penale subita.”

## **5. Lo status del neo-maggiorenne che ha presentato domanda di conversione del permesso di soggiorno al compimento dei 18 anni**

### 5.1 Cittadini stranieri neo-maggiorenni che non sono in messa alla prova o esecuzione pena

Un problema più volte segnalato dagli operatori che lavorano con i minori stranieri non accompagnati e/o sottoposti a procedimento penale riguarda lo status del neo-maggiorenne nel periodo che intercorre tra la presentazione della domanda di conversione del permesso di soggiorno al compimento dei 18 anni e l'effettivo rilascio del permesso di soggiorno, periodo che si protrae molto oltre i 20 giorni previsti dalla legge, arrivando spesso a una durata di diversi mesi.

La Direttiva del Ministero dell'Interno del 5 agosto 2006 ha chiarito che: “Il mancato rispetto del termine di venti giorni per la conclusione del procedimento di rinnovo del permesso di soggiorno non incide sulla piena legittimità del soggiorno stesso e sul godimento dei diritti ad esso connessi, qualora: - la domanda di rinnovo sia stata presentata prima della scadenza del permesso di soggiorno o entro sessanta giorni dalla scadenza dello stesso; - sia stata verificata la completezza della documentazione prescritta a corredo della richiesta di rinnovo; - sia stata rilasciata dall'ufficio la ricevuta attestante l'avvenuta presentazione della richiesta di rinnovo. Gli effetti dei diritti esercitati, nelle more del rinnovo del permesso di soggiorno, cessano solo in caso di mancato rinnovo, revoca o annullamento del permesso in questione.”

Ora, alcune Amministrazioni considerano la conversione del permesso di soggiorno per minore età in permesso di soggiorno per lavoro, attesa occupazione o studio al compimento della maggiore età, come un primo rilascio di permesso di soggiorno, anziché come un rinnovo/conversione. Di conseguenza, al neo-maggiorenne non sono riconosciuti i diritti connessi alla titolarità del permesso di soggiorno precedentemente posseduto, quali il diritto a stipulare un regolare contratto di lavoro o a frequentare la scuola o corsi di formazione professionale. Ciò rende evidentemente impossibile la prosecuzione da parte del ragazzo del percorso di integrazione intrapreso.

Tale interpretazione della normativa ci sembra illegittima, in quanto il rilascio del permesso di soggiorno al compimento della maggiore età è evidentemente una conversione del permesso di soggiorno precedentemente posseduto in un altro tipo di permesso di soggiorno.

Si noti a tal proposito che nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e del Consiglio di Stato riguardante l'art. 32 T.U. 286/98 (si vedano ad esempio Corte Costituzionale, sent. 198/03 e ord. 234/04 e Consiglio di Stato, ord. 564/07 e sent. 2951/09) così come nella più recente circolare del Ministero dell'Interno in materia (circolare 28.3.2008), si fa sempre riferimento al "rinnovo" e/o alla "conversione" del permesso di soggiorno per minore età in permesso per lavoro al compimento della maggiore età.

Né si deve ritenere che la modifica dei motivi per i quali il soggiorno viene autorizzato conferisca alla *conversione* del permesso una natura giuridica diversa da quella del *rinnovo*. Se così fosse, non si giustificerebbe la formulazione della disposizione relativa alla conversione da permesso per lavoro subordinato a permesso per lavoro autonomo, e viceversa: "Con il rinnovo, è rilasciato un nuovo permesso di soggiorno per l'attività effettivamente svolta" (art. 14, co. 3 DPR 394/99).

E' dunque fondamentale che venga chiarito che il neo-maggiorenne che ha presentato domanda di conversione del permesso di soggiorno al compimento dei 18 anni, ove siano soddisfatte tutte le condizioni stabilite dalla Direttiva del Ministero dell'Interno del 5 agosto 2006, resta titolare di tutti i diritti connessi al permesso di soggiorno precedentemente posseduto, fino al momento del rilascio del nuovo permesso di soggiorno o dell'eventuale rigetto della domanda.

## 5.2 Cittadini stranieri neo-maggiorenni in messa alla prova o in esecuzione pena

Alcune specifiche considerazioni sono necessarie per quanto riguarda i minori in messa alla prova o in esecuzione pena, che compiano la maggiore età prima del termine della pena o della messa alla prova. Possiamo qui distinguere due differenti situazioni:

### *1. Minori che hanno i requisiti per il rinnovo*

Se il minore ha i requisiti per l'ottenimento di un permesso di soggiorno al compimento della maggiore età ai sensi dell'art. 32 T.U. 286/98, tranne quelli relativi al lavoro o alla frequenza di un corso di studi, il procedimento potrà restare sospeso – una volta presentata la domanda di rinnovo del permesso di soggiorno secondo le procedure previste dalla normativa vigente<sup>[7]</sup> – fino al termine della pena o della messa alla prova.

In tali casi, il minore otterrà la ricevuta della richiesta di rinnovo del permesso di soggiorno e potrà dunque esercitare i diritti connessi al permesso di soggiorno precedentemente posseduto fino al rinnovo o all'eventuale rigetto della domanda di rinnovo.

All'esito positivo della messa alla prova o al termine della pena, se scontata per reati diversi dai reati c.d. ostativi, sarà rilasciato un permesso di soggiorno per studio, lavoro o attesa occupazione, una volta verificati i requisiti richiesti dalla legge.

Ove, invece, la pena sia stata scontata per reati c.d. ostativi, il questore valuterà la situazione complessiva del soggetto (la sua condotta, il livello del suo inserimento sociale ecc.) per decidere se rinnovare o meno il permesso di soggiorno.

## *2. Minori che non hanno i requisiti per il rinnovo*

Se invece al momento del compimento della maggiore età il richiedente non possiede i requisiti richiesti dalla legge (si pensi ad es. al minore non accompagnato che non abbia partecipato per almeno due anni a un progetto di integrazione prima della maggiore età) e dunque la domanda di rinnovo del permesso di soggiorno ai sensi dell'art. 32 T.U. 286/98 viene rigettata, il neo-maggiorenne verrà a trovarsi in una situazione di irregolarità.

Il cittadino straniero maggiorenne privo di permesso di soggiorno incontra, di fatto, una serie di problemi nello svolgimento di quelle attività previste nel progetto di reinserimento sociale (nell'ambito della messa alla prova o dell'espiazione pena), quali lo svolgimento di un'attività lavorativa o di un tirocinio formativo, la frequenza di corsi di studio o di formazione professionale, la partecipazione ad attività sportive.

La piena soluzione di tali problematiche si avrebbe solo mediante il rilascio di un permesso di soggiorno. Come nota Paolo Morozzo della Rocca a proposito di tali situazioni, "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 nel frattempo la procura ritenga sussistere i requisiti per il mantenimento ed il rinnovo del permesso di soggiorno ai sensi dell'art.18."[\[8\]](#)

Ove non si ritenesse opportuno rilasciare un permesso di soggiorno durante la messa alla prova o l'esecuzione pena, è fondamentale che si adottino tutte le misure necessarie affinché al cittadino straniero privo di permesso di soggiorno, in messa alla prova o in esecuzione pena, sia comunque consentito lo svolgimento delle attività previste nel progetto di reinserimento sociale:

### *a) Avviamento al lavoro:*

La circolare del Ministero del Lavoro n. 27 del 15/3/1993 (ripresa dalla circolare del Ministero di Giustizia n. 691858 del 23/3/1993), stabilisce molto chiaramente che possono essere avviati al lavoro i cittadini stranieri "che, sprovvisti di permesso di soggiorno sono, comunque, tassativamente obbligati in forza di una decisione giurisdizionale, a permanere sul territorio italiano e a svolgere attività lavorativa in alternativa alla pena detentiva, in forza di una ordinanza del Tribunale di sorveglianza o di un provvedimento di ammissione al lavoro all'esterno". La circolare prevede in questi casi il rilascio da parte degli Uffici provinciali del lavoro (oggi Direzioni provinciali del lavoro) di "un apposito atto di avviamento al lavoro [...] prescindendo dalla iscrizione nelle liste di collocamento, dal possesso del permesso di soggiorno e dall'accertamento di

indisponibilità”. La circolare n. 27/93 stabilisce la medesima procedura per “i minorenni extracomunitari, privi di permesso di soggiorno, per i quali – a seguito di una sospensione del processo e messa alla prova – è previsto l'avviamento al lavoro nel quadro delle attività di osservazione, trattamento e sostegno ai sensi dell'art. 28 del D.P.R. 448/88”.

Il contenuto della circolare n. 27/93 è stato richiamato e confermato da numerose circolari successive (circolari del Ministero di Giustizia del 16/3/1999 e del 12/4/1999; circolare del Ministero dell'Interno del 2/12/2000; nota del Ministero del Lavoro dell'11/1/2001 ecc.).

La Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, ha poi affermato, nella sentenza n. 14500 del 27/4/2006, che il cittadino straniero privo di permesso di soggiorno ha diritto di usufruire delle misure alternative alla detenzione, in conformità ai principi costituzionali di uguaglianza e di finalità rieducativa della pena. Tale sentenza ha inoltre richiamato “la consolidata prassi amministrativa, per la quale anche lo straniero condannato, privo di permesso di soggiorno, può essere ammesso alle misure alternative (v. le circolari Min. lavoro, 15/3/1993 n. 27 - richiamata dalla nota 11/1/2001 -; Min. giustizia, 23/3/1993 n. 691858, 16/3/1999 n. 547899 e 12/4/1999 n. 547671; Min. interno, 2/12/2000 n. 300 e 4/9/2001 n. 300/01)”, motivando tale prassi sulla base dell'assunto “che è proprio il provvedimento giurisdizionale del Tribunale di sorveglianza, che determina le forme alternative di espiazione della pena, a costituire ex lege il "titolo" idoneo a sospendere l'esecuzione dell'espulsione amministrativa e a legittimare la permanenza dello straniero sul territorio nazionale, nonché l'eventuale svolgimento di un'attività lavorativa per il periodo indicato nel medesimo provvedimento, anche con modalità sostanzialmente derogatorie alla restrittiva disciplina dettata per tali soggetti in materia di accesso al lavoro.”

Il medesimo orientamento è stato espresso dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 78/2007.

È fondamentale che le procedure previste per consentire lo svolgimento di attività lavorativa ai cittadini stranieri sprovvisti di permesso di soggiorno, in esecuzione pena o in messa alla prova, trovino piena applicazione nelle prassi delle istituzioni competenti, e che i datori di lavoro ne siano adeguatamente informati.

*b) Altre attività (tirocini formativi, formazione professionale, scuola, attività sportive):*

Al cittadino straniero che abbia compiuto la maggiore età, privo di permesso di soggiorno, in esecuzione pena o in messa alla prova, dovrebbe essere consentito lo svolgimento non solo dell'attività lavorativa ma anche delle altre attività indicate nel provvedimento dell'Autorità giudiziaria minorile, quali lo svolgimento di tirocini formativi, la frequenza (e il conseguimento del titolo finale) di corsi di studio o di formazione professionale, la partecipazione ad attività sportive.

Ciò in analogia a quanto previsto per l'avviamento al lavoro, e per gli stessi motivi richiamati dalla giurisprudenza sopra citata (sent. Cass. n. 14500/2006; sent. Corte Cost. n. 78/2007), ovvero la prevalenza dei principi costituzionali di uguaglianza e di finalità rieducativa della pena e la considerazione che il provvedimento giurisdizionale dell'Autorità giudiziaria minorile, costringendo il cittadino straniero a permanere sul territorio nazionale, ne legittima ex lege il soggiorno nonché lo svolgimento delle attività indicate nel provvedimento stesso.

### *c) Iscrizione al Servizio Sanitario Nazionale*

E' necessario, infine, che si dia piena applicazione anche nell'ambito delle istituzioni della giustizia penale minorile alle disposizioni che prevedono per i detenuti stranieri (anche in semilibertà o sottoposti a misure alternative alla pena), a prescindere dal possesso di un permesso di soggiorno, l'iscrizione obbligatoria al Servizio Sanitario Nazionale per il periodo di detenzione, con parità di diritti con i cittadini in libertà e con esclusione dalla partecipazione alla spesa delle prestazioni sanitarie erogate (D. Lgs. 230/99, art. 1, co. 5 e 6; circolare del Ministero della Salute 24/3/2000).

Tali disposizioni dovrebbero essere applicate anche ai cittadini stranieri in messa alla prova.

## **6. L'inapplicabilità del reato di soggiorno illegale e dell'aggravante di clandestinità ai minorenni**

Il "pacchetto sicurezza" ha introdotto l'aggravante di clandestinità (art. 61, co. 11-bis c.p.) e il reato di soggiorno illegale (art. 10-bis T.U. 286/98)<sup>[9]</sup>. Non affronteremo qui i numerosi profili di illegittimità costituzionale delle due norme, limitandoci a trattare la specifica questione dell'applicabilità o meno del reato e dell'aggravante ai minorenni.

Secondo una parte preponderante della dottrina<sup>[10]</sup>, tali norme, pur non prevedendo un'eccezione esplicita in tal senso, non si applicano ai minorenni. L'art. 61, co. 11-bis c.p., infatti, prevede l'aggravante "Se il fatto e' commesso da soggetto che si trovi illegalmente sul territorio nazionale", mentre l'art. 10-bis T.U. 286/98 stabilisce che commette il reato di soggiorno illegale lo straniero che "si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del presente testo unico".

Ora, non solo la Costituzione, le Convenzioni internazionali sottoscritte dall'Italia e le norme di diritto interno (come l'art. 37-bis legge 184/83) impongono allo Stato italiano un generale obbligo di protezione del minore straniero, a prescindere dalla regolarità o meno del suo ingresso, ma la normativa vigente è esplicita nel riconoscere al minore il diritto soggettivo a soggiornare in Italia. L'art. 19, co. 2 T.U. 286/98, infatti, stabilisce che i minorenni non possono essere espulsi (salvo che per motivi di ordine pubblico e sicurezza dello Stato e salvo il diritto a seguire il genitore o l'affidatario espulso). In quanto soggetti non espellibili, essi hanno diritto di ottenere un permesso di soggiorno ai sensi dell'art. 28 D.p.r. 394/99.

In tali casi, il rilascio del permesso di soggiorno si configura come atto dovuto, una volta accertata la minore età del soggetto, senza che residui alcuno spazio per valutazioni discrezionali da parte della Pubblica Amministrazione: esso è dunque meramente dichiarativo e non costitutivo del diritto al soggiorno, diritto che dunque sussiste prima e indipendentemente dal rilascio del permesso di soggiorno.

A conclusioni analoghe (in un contesto ancora più ampio) è giunta di recente la Corte di Cassazione, a Sezioni Unite (Sent. Cass. S.U. 19393/2009), affermando che i permessi di soggiorno per motivi umanitari corrispondono alla necessità di tutelare un diritto fondamentale, avendo quindi il loro rilascio carattere ricognitivo (e non costitutivo) del diritto al soggiorno dello straniero. La Corte prosegue affermando "l'identità della natura giuridica di tutte le situazioni soggettive inquadrabili nella categoria

dei diritti umani fondamentali” e facendo rientrare nella categoria dei permessi per motivi umanitari tutti quelli corrispondenti ai divieti di espulsione di cui all'art. 19 T.U. (incluso, quindi, il permesso rilasciabile allo straniero non espellibile perché minore). Secondo la Cassazione, infatti, tale articolo, “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 della pubblica amministrazione, che deve solo accertare l'esistenza delle circostanze di fatto indicate dalla norma”.

Ciò considerato, dunque, un minore non può mai trovarsi in Italia “illegalmente” o “in violazione delle disposizioni del T.U. 286/98”.

Si veda in tal senso, ad esempio, l'ordinanza del Tribunale di Milano dell'11.2.2008 (pur riguardante tutt'altra fattispecie), che afferma che “[...]la posizione del minore nell'ambito della regolamentazione del soggiorno dello straniero sul territorio dello Stato appare del tutto peculiare ed autonoma rispetto a quella dei suoi familiari, presenti o meno anch'essi sul territorio dello Stato. In estrema sintesi, al divieto di espulsione del minore extracomunitario previsto dall'art. 19 comma 2, lett. a) D.Lgsvo 286/98 corrisponde il diritto del minore stesso ad ottenere un permesso di soggiorno fino al raggiungimento della maggiore età (art. 28 comma 1 lett. a) Dpr. 394/99) e dunque, indipendentemente dalla posizione giuridica dei genitori, non è possibile ritenere un minore straniero in stato di irregolarità quanto alla sua presenza sul territorio dello Stato.”

Posto dunque che un minore non può “trovarsi illegalmente sul territorio nazionale” né “trattenersi nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del T.U. 286/98”, non potranno essergli fondatamente contestati né il reato di soggiorno illegale né l'aggravante di clandestinità.

D'altronde, a livello di pronunce giurisprudenziali (di merito) a noi note, quanto al reato risulta un diffuso orientamento nel senso della non configurabilità di esso a carico del minore che sia stato, eventualmente, denunciato dalle Forze dell'Ordine per tale addebito (denunce che parrebbero, d'altro canto, essere state pochissime), ritenendosi, in sostanza, che la nuova norma sia “rivolta” al solo straniero adulto, poiché solo l'adulto è espellibile (l'espulsione è, chiaramente, lo scopo effettivo perseguito dal legislatore con la norma in questione, tant'è che il giudice, se accerta essere stata eseguita l'espulsione, deve pronunciare sentenza di non luogo a procedere per il reato in questione); il che ha indotto ed induce le Procure minorili a chiedere subito l'archiviazione degli atti per infondatezza della notizia di reato.

Quanto all'aggravante, la risoluzione della questione è, allo stato attuale della giurisprudenza, meno uniforme (è realistico che si sia anche atteso il pronunciamento della Consulta sulla questione-base della costituzionalità o meno dell'aggravante come tale, nel suo riferimento allo straniero in genere e, dunque, anzitutto al maggiorenne) ma comunque, per quanto rileva ai fini di questo documento, parrebbero ineludibili e risolvienti le considerazioni di cui sopra: posto che la normativa vigente riconosce al minore il diritto soggettivo a soggiornare in Italia, questi non può mai “trovarsi illegalmente sul territorio nazionale”, e dunque non potrà fondatamente essergli contestata l'aggravante.

Né, per concludere, ci sembra che si possa sostenere l'applicabilità ai minorenni dell'aggravante di cui all'art. 61, co. 11-bis c.p. facendo riferimento alla giurisprudenza relativa all'art. 6, co. 3 T.U. 286/98, in quanto la *ratio* delle due norme è assolutamente differente. Come chiarito dalla Corte di Cassazione (Cass. S.U. 29 ottobre 2003, Mesky, RV 226102), infatti, l'interesse giuridico tutelato dall'art. 6, co. 3 T.U. 286/98[11] attiene all'esigenza di identificabilità dello straniero, tant'è che la mancata esibizione del permesso di soggiorno può essere sanzionata ai sensi di tale norma esclusivamente ove il cittadino straniero possieda detto titolo, mentre al cittadino straniero irregolarmente soggiornante potrà essere richiesta solo l'esibizione del passaporto o di altro documento di identificazione. L'aggravante c.d. di "clandestinità" fonda invece la sua *ratio* (peraltro di dubbia costituzionalità) sulla presunzione assoluta che qualsiasi reato debba considerarsi aggravato solo perché compiuto da straniero che si trova in Italia in condizione di irregolarità, anche solo temporanea.

A.S.G.I. Piemonte

Marzo 2010

---

[1] "In tutti i procedimenti amministrativi e giurisdizionali finalizzati a dare attuazione al diritto all'unità familiare e riguardanti i minori, deve essere preso in considerazione con carattere di priorità il superiore interesse del fanciullo, conformemente a quanto previsto dall'articolo 3, comma 1, della Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva ai sensi della legge 27 maggio 1991, n. 176" (art. 28, co. 3, T.U. 286/98)

[2] L'ordinanza è pubblicata sulla rivista "Diritto, Immigrazione e cittadinanza", n. 2/2001, pp. 167-ss.

[3] Tribunale di Torino, ordinanza 12/14.9.2001, est. Beltramino, pubblicata in "Diritto, Immigrazione e cittadinanza", n. 4/2001, pp. 171-ss.

[4] Si vedano sul punto: L. Miazzi, *Minori non accompagnati*, in P. Morozzo della Rocca (a cura di), *Immigrazione e cittadinanza*, Utet, 2009, p. 352; L. Miazzi e G. Perin, *Legge n. 94/2009: peggiora anche la condizione dei minori stranieri*, in "Diritto, immigrazione e cittadinanza", n. 4/2009, p. 185.

[5] Per un approfondimento sull'art. 18, co. 6 si veda: P. Morozzo della Rocca, *Procedimenti minorili, reato di clandestinità e reinserimento sociale del minore straniero deviante*, pp. 15-18, disponibile su [http://www.minoriefamiglia.it/download/aimmf\\_milano\\_2009\\_morozzo-della\\_rocca.PDF](http://www.minoriefamiglia.it/download/aimmf_milano_2009_morozzo-della_rocca.PDF) (nel documento viene affrontato anche il problema del rilascio del permesso di soggiorno ai sensi dell'art. 18 co. 6 in mancanza di passaporto); 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 "Diritto, immigrazione e cittadinanza", n. 4/2005, pp. 66-ss.

[6] Informazioni fornite dalla Dott.ssa De Toma e dal Dott. Costa, nel corso del seminario "Giustizia minorile e minori stranieri: sicurezza e identità culturale" (Torino, 3 febbraio 2010).

[7] Si veda in proposito la circolare del Ministero dell'Interno del 17.7.2007.

[8] P. Morozzo della Rocca, *Procedimenti minorili, reato di clandestinità e reinserimento sociale del minore straniero deviante*, p. 18.

[9] L'aggravante è stata introdotta dal d.l. n. 92/2008, convertito, con modificazioni, nella legge n. 125/2008, mentre il reato è stato introdotto dalla legge n. 94/2009. L'art. 10-bis T.U. 286/98 disciplina sia il reato di ingresso illegale che il reato di soggiorno illegale. Ci limitiamo qui a trattare quest'ultimo, rimandando agli articoli citati nella nota sotto per una trattazione dell'applicabilità o meno al minore del reato di ingresso illegale.

[10] Si vedano, riguardo all'art. 10-bis T.U. 286/98: L. Miazzi e G. Perin, *Legge n. 94/2009: peggiora anche la condizione dei minori stranieri*, in "Diritto, immigrazione e cittadinanza", n. 4/2009, p. 190; P. Morozzo della Rocca, *Procedimenti minorili, reato di clandestinità e reinserimento sociale del minore straniero deviante*, pp. 5-11. Si segnala inoltre l'ordinanza di archiviazione del GIP di Bari dell'11.12.2009. Con riferimento all'aggravante, si veda: A. Della Bella, *L'aggravante della clandestinità ed il diritto di soggiorno del minore straniero*, in *Cass. pen.* 2008, p. 4795-ss.

[11] Non si affrontano qui, in quanto non rilevante per la questione in oggetto, gli ulteriori problemi interpretativi posti dalla modifica apportata all'art. 6, co. 3 dalla legge