

# JUS CIVILE

Rivista a cura di Rosalba Alessi, Carmelita Camardi, Massimo Confortini, Carlo Granelli, Mario Trimarchi



## DIREZIONE

[Comitato scientifico](#)

[Comitato dei refere](#)

[Comitato di redazione](#)

[Comitato editoriale](#)

[ANNATE E FASCICOLI](#)

[ARTICOLI E SAGGI](#)

[RECENSIONI](#)

[MONOGRAFIE](#)

[NORMATIVA EUROPEA](#)

[OSSERVATORIO DI DIRITTO STRANIERO](#)

[GIURISPRUDENZA ITALIANA](#)

[GIURISPRUDENZA EUROPEA](#)

[PRESENTAZIONE](#)

[INVIO CONTRIBUTI](#)

[NORME REDAZIONALI](#)

[REGOLE PER LA REVISIONE](#)

[MODALITÀ DI CITAZIONE DI JUS CIVILE](#)

[COPERTINA PER ESTRATTI](#)

[CODICE ETICO](#)

Ricerca per

[TEORIA GENERALE E FONTI](#)

[PERSONA E DIRITTI FONDAMENTALI](#)

[FAMIGLIA E SUCCESSIONI](#)

[BENI E NEW PROPERTIES](#)

[OBBLIGAZIONI E CONTRATTI](#)

[IMPRESA, CONCORRENZA E MERCATO](#)

[RESPONSABILITÀ CIVILE](#)

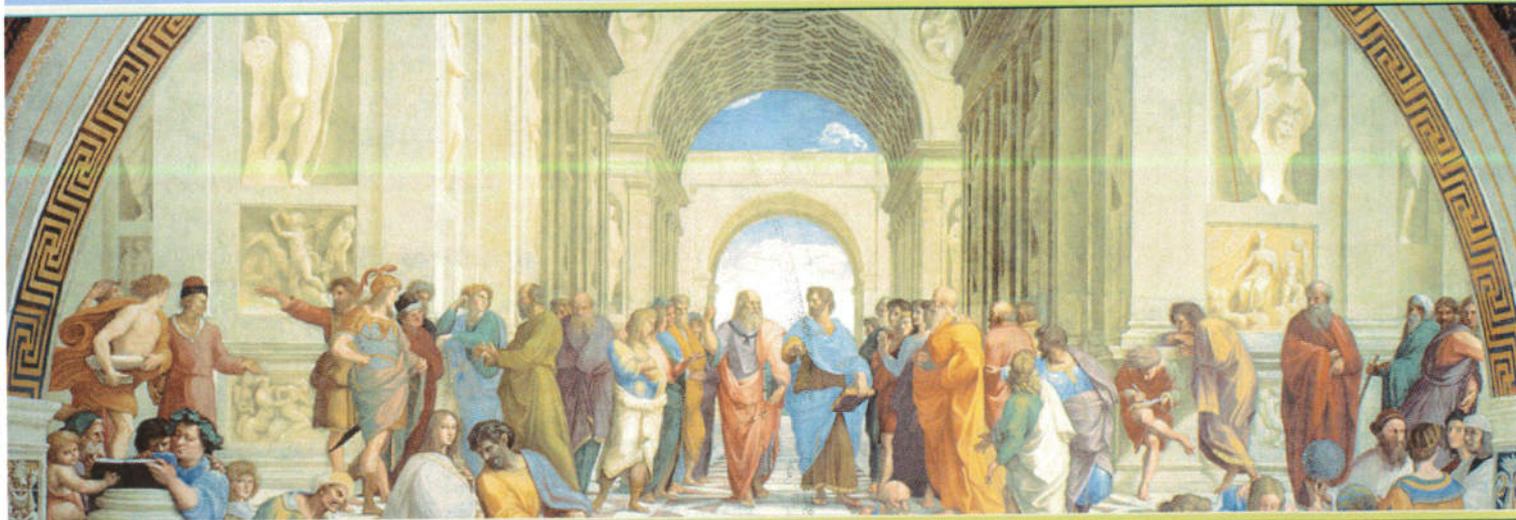


G. Giappichelli Editore s.r.l. - via Po 21, Torino - 10124 - [www.giappichelli.it](http://www.giappichelli.it) - [cookie policy](#)

Jus Civile - Via Pietro Castelli, 1 - 98123 Messina - Rivista registrata presso il Tribunale di Messina al n. 10/2012 del 17/04/2012  
Pubblicazione mensile dal 2013 e bimestrale dal 2016 - Direttore Responsabile Prof. Mario Trimarchi - ISSN 2281-3918/2421-2563

# JUS CIVILE

Rivista a cura di Rosalba Alessi, Carmelita Camardi, Massimo Confortini, Carlo Granelli, Mario Trimarchi



6-2017

*novembre-dicembre*

**6-2017**

*novembre-dicembre*



**G. Giappichelli Editore**

I contributi, inviati alla Rivista per la pubblicazione, sono soggetti a revisione tra pari a doppio cieco (*double blind*). È, quindi, garantito l'anonimato dei valutatori e dei valutati.

Vengono sottoposti a revisione tutti i contributi costituenti Articoli e saggi, inseriti in una delle voci tematiche. Soltanto in casi eccezionali, i curatori assumono la responsabilità diretta della pubblicazione con adeguata motivazione.

Il Comitato dei revisori è costituito, esclusivamente, da professori ordinari dell'area privatistica, indicati in un apposito elenco pubblicato.

La revisione è affidata a due membri del Comitato dei revisori, scelti a rotazione dai curatori in base alle indicazioni di settore fatte da ciascun componente.

Il *referee* è tenuto a compilare la scheda di valutazione. È garantita la piena autonomia dei revisori rispetto alla Direzione della Rivista.



## INDICE

	<i>pag.</i>
<b>Articoli e Saggi</b>	
Interpretazione e ruolo della prassi nella definizione dello statuto soggettivo della fondazione *	
di <i>Giuliano Zanchi</i>	494
L'assegno di divorzio, ventisette anni dopo *	
di <i>Dario Buzzelli</i>	538
Poteri assistenziali del convivente di fatto in caso di malattia o ricovero del partner *	
di <i>Gianluca Navone</i>	553
Nugae civilistiche. Sulla scuola romana del primo Novecento **	
di <i>Laura Moscati</i>	568
Una lettura oggi di "le fonti di integrazione del contratto" **	
di <i>Giorgio De Nova</i>	624
La natura: sujeto de derechos? *	
di <i>Livio Perra</i>	627
Ordinamento sportivo e fonti private *	
di <i>Maria Pia Pignalosa</i>	646
Ragionevolezza e proporzionalità nella rilevazione delle situazioni di riduzione <i>ex officio</i> della clausola penale *	
di <i>Gerardo Villanacci</i>	683
La responsabilità civile di Pietro Trimarchi **	
di <i>Vincenzo Roppo</i>	696

---

\* Contributo sottoposto a revisione.

\*\* I curatori, valutati il prestigio dell'Autore e la conseguente rilevanza del contributo, assumono la responsabilità diretta della pubblicazione.



	<i>pag.</i>
Dottrina dei dottori e dottrina delle corti ** di <i>Carlo Granelli</i>	703
Considerazioni critico-ricostruttive su alcune implicazioni civilistiche della disciplina sulla protezione dei minori stranieri non accompagnati * di <i>Roberto Senigaglia</i>	710
<b>Giurisprudenza italiana</b>	
Verso il riconoscimento dei danni punitivi? * <i>Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601</i> di <i>Carlotta De Menech</i>	607
<b>Giurisprudenza europea</b>	
Non vincolatività delle clausole abusive ed ingiusta limitazione nel tempo della loro inefficacia: le clausole <i>floor</i> al vaglio della corte di giustizia * <i>Corte giustizia UE, Grande Sezione, 21 dicembre 2016, n. 154</i> di <i>Alberto Capobianco</i>	674

## OPAC SBN - Istituto centrale per il catalogo unico

Scheda: 1/184

Livello bibliografico	Periodico
Tipo documento	Risorsa elettronica
Titolo	<b>Jus civile</b>
Numerazione	2013-
Pubblicazione	Torino : Giappichelli, 2013-
Descrizione fisica	Testi elettronici
Note generali	<ul style="list-style-type: none"><li>· Bimestrale</li><li>· Consultabile online ad accesso gratuito all'indirizzo: <a href="http://www.juscivile.it">http://www.juscivile.it</a></li></ul>
Numeri	<ul style="list-style-type: none"><li>· [ISSN] 2421-2563</li></ul>
Lingua di pubblicazione	ITALIANO
Paese di pubblicazione	ITALIA
Codice identificativo	IT\ICCU\RMG\0300375

Dove si trova

[RM0731](#) [RMGCG](#) Biblioteca Centrale Giuridica - Roma - RM - [consistenza]  
2013-

---

Copyright © 2010 ICCU | Istituto Centrale per il Catalogo Unico delle biblioteche italiane  
e per le informazioni bibliografiche - Realizzato da [Inera s.r.l.](#)



Roberto Senigaglia

Professore ordinario di diritto privato – Università Ca' Foscari Venezia

## CONSIDERAZIONI CRITICO-RICOSTRUTTIVE SU ALCUNE IMPLICAZIONI CIVILISTICHE DELLA DISCIPLINA SULLA PROTEZIONE DEI MINORI STRANIERI NON ACCOMPAGNATI

SOMMARIO: 1. La tutela del minore straniero non accompagnato tra mezzi di protezione e procedura speciale. – 2. Il colloquio col minore nella dimensione funzionale del diritto all'ascolto. – 3. Segue. Determinazione dell'età, obblighi di informazione e capacità di discernimento. – 4. Effettività della tutela tra questioni semiotiche e di senso. Il riferimento al soggetto esercente la responsabilità genitoriale. – 5. Segue. Altri adempimenti dell'esercente la responsabilità genitoriale e principio di immediatezza.

1. – La legge 7 aprile 2017, n. 47 (c.d. legge Zampa), contenente disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati, pone al civilista il problema del coordinamento con i principi e le categorie che sottendono la disciplina generale dei mezzi di protezione del fanciullo<sup>1</sup> che versa in una situazione di disagio, specialmente per il difetto di rigore sistematico sovente ravvisabile<sup>2</sup>.

Infatti, pur trattandosi di un intervento normativo ad alto impatto politico – considerato il complesso fenomeno migratorio di massa, che sta ormai da tempo interessando l'Europa mediterranea<sup>3</sup> – il lessico giuridico e la tecnica normativa utilizzata suscitano un certo disorientamento, che si ripercuote, inevitabilmente, nel momento applicativo, quando lo specifico regime di tutela, rivolto a soggetti particolarmente vulnerabili<sup>4</sup>, dovrebbe connotarsi per la massima effettività<sup>5</sup>. Le tortuosità procedurali, esasperate da un uso improprio di talune categorie dogmati-

<sup>1</sup> Con tale termine ci si riferisce al concetto delineato dalla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176. L'art. 1 della Convenzione dispone che per fanciullo si intende «ogni essere umano avente un'età inferiore a diciott'anni, salvo se abbia raggiunto prima la maturità in virtù della legislazione applicabile».

<sup>2</sup> Su tale profilo problematico si rinvia a L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1996, 3 ss. V. inoltre C. CASCONI, *Brevi riflessioni in merito alla legge n. 47/17 (disposizioni in materia di protezione dei minori stranieri non accompagnati): luci e ombre*, in *Dir. imm. citt.*, 2017, 4.

<sup>3</sup> Cfr. T. BRUNO, *I minori stranieri non accompagnati. Analisi ragionata della L. 7 aprile 2017, n. 47*, Piacenza, 2017, 9 ss.

<sup>4</sup> Alle "persone vulnerabili" si riferiva già l'art. 17, comma 1, d. lgs. n. 142/2015.

<sup>5</sup> Sul tema dell'effettività si rinvia a S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, II ed., Firenze, 1946, 44 ss.; P. PIOVANI, *Il significato del principio di effettività*, Milano, 1953, *passim*; R. MENEGHELLI, *Il problema dell'effettività nella teoria della validità giuridica*, Padova, 1964, *passim*; G. GAVAZZI, voce *Effettività (principio di)*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, 1 ss.; A. FALZEA, *Effettività del diritto europeo*, in *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cu-

## JUS CIVILE



che e da un articolato – il quale in parte novella testi normativi già vigenti e in parte va a istituire un autonomo gruppo di regole – non sempre capace di coordinarsi con la disciplina già vigente, rischia di inceppare l'espletamento delle procedure e dunque l'efficacia delle soluzioni che la politica ha voluto individuare per lo specifico ambito problematico. Il *tempo*, che scandisce i diversi adempimenti procedurali, deve essere sollecito, giacché ogni irragionevole ritardo nell'individuazione della misura di protezione definitiva, fosse anche dettato dal persistere di dubbi interpretativi dovuti a fallacie semantiche<sup>6</sup>, comporta inevitabilmente un pregiudizio per il minore interessato.

Riprendendo nozioni già fissate in precedenti atti normativi, anche europei<sup>7</sup>, per minore straniero non accompagnato – al quale si rivolge la l. n. 47/2017 – si intende «il minore non avente cittadinanza italiana o dell'Unione europea, che si trova per qualsiasi causa nel territorio dello Stato o che è altrimenti sottoposto alla giurisdizione italiana, privo di assistenza e di rappresentanza da parte dei genitori o di altri adulti per lui legalmente responsabili in base alle leggi vigenti nell'ordinamento italiano».

Rispetto alla vasta gamma dei mezzi di protezione conosciuti dal nostro ordinamento per far fronte alle situazioni di disagio minorile, i minori stranieri non accompagnati – a prescindere da qualsivoglia distinzione<sup>8</sup> –, proprio in ragione della loro condizione di maggiore vulnerabilità, sono ora posti sullo stesso piano degli infradiciottenni italiani o europei, sia con riferimento alle misure di carattere provvisorio, sia con riguardo a quelle definitive.

Tant'è che una delle modifiche apportate dalla l. n. 47/2017 ha inciso proprio sull'estremo mezzo di protezione, avente appunto carattere definitivo, vale a dire sull'adozione, facendo ve-

---

ra di N. LIPARI, Napoli, 1998, 18 ss.; A. CATANIA, *Diritto positivo ed effettività*, Napoli, 2009, *passim*; N. IRTI, *Significato giuridico dell'effettività*, Napoli, 2009, *passim*; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, in *Trattato dir. civ. comm.*, già diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2010, 170 ss.; P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, 34 ss.; G. VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 688 ss.

<sup>6</sup> Si veda, in particolare, N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 342 ss.; R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, 1998, 93 ss.; A. GENTILI, *Teoria del diritto e tecnica dell'argomentazione forense*, in *Pol. dir.*, 2008, 461 ss.; S. ZORZETTO, *Senso comune, istituzioni linguistiche e argomenti giuridici*, in *Diritto e linguaggio. Il prestito semantico tra lingue naturali e diritti vigenti in una prospettiva filosofico e informatico-giuridica*, Pisa, 2015, 95 ss.

<sup>7</sup> Ci si riferisce alla Risoluzione n. 97/C221/03 del Consiglio del 26 giugno 1997 sui minori non accompagnati cittadini di Paesi terzi; all'art. 1, comma 2, del D.P.C.M. 9 dicembre 1999, n. 535, Regolamento concernente i compiti del Comitato per i minori stranieri, a norma dell'art. 33, commi 2 e 2 *bis* del d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286; all'art. 1, par. 1, lett. l), della Dir. 2011/95/UE del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno *status* uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta; all'art. 2, comma 1, lett. e, d. lgs. 142/2015, che ha trasposto la Dir. 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale e la Dir. 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale.

<sup>8</sup> Vi rientrano, quindi, anche i richiedenti asilo politico; cfr. T. BRUNO, *I minori stranieri non accompagnati. Analisi ragionata della L. 7 aprile 2017, n. 47*, cit., 11. V. anche A.C. MORO, *Manuale di diritto minorile*, IV ed., a cura di L. FADIGA, Bologna, 2012, 79 ss.



nir meno il divieto di ingresso (disposto dall'art. 33, comma 1, l. n. 184/1983) nello Stato di minorenni sprovvisti del visto rilasciato ai sensi dell'art. 32, ai fini dell'adozione internazionale, ovvero non accompagnati dai genitori o da parenti entro il quarto grado<sup>9</sup>.

Ora, invece, anche questi bambini devono essere accolti e resi destinatari dei mezzi di protezione gradualmente disposti dalla legge dello Stato italiano, in base al principio, senz'altro coerente con quello della tutela del superiore interesse del minore<sup>10</sup>, secondo il quale «in nessun caso può disporsi il respingimento alla frontiera di un minore non accompagnato», espresso a chiare lettere dal comma 1 *bis* dell'art. 19, d. lgs. n. 286/1998 (testo unico sull'immigrazione), inserito dall'art. 3 della l. n. 47/2017<sup>11</sup>. Un principio, questo, che afferma la prevalenza della tutela dell'interesse del minore sull'interesse generale alla sicurezza alla frontiera<sup>12</sup>. Pertanto, come già previsto dall'art. 37 *bis* della l. n. 184/1983, questi fanciulli, qualora il giudice minorile ne ravvisi i presupposti, possono essere destinatari di un provvedimento di affidamento o di adozione da prendersi in base alla legge italiana<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> Si veda L. ROSSI CARLEO, *L'affidamento e le adozioni*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, 4, *Persone e famiglia*, t. III, II ed., Torino, 1997, 295 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, voce *Adozione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento, II, Torino, 2003, 39 ss.; M. DOGLIOTTI, *Adozione e affidamento*, in T. AULETTA (a cura di), *Filiazione, adozione, alimenti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, IV, *Il diritto di famiglia*, Torino, 2011, 504 ss.; L. FADIGA, *L'adozione internazionale*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. ZATTI, vol. II, *Filiazione*, a cura di G. COLLURA, L. LENTI, M. MANTOVANI, II ed., Milano, 2012, 1111 ss.

<sup>10</sup> Su tale principio, ci limitiamo soltanto ad alcuni rinvii: P. RONFANI, *L'interesse del minore: dato assiomatico o nozione magica?* in *Soc. dir.*, 1997, 47 ss.; G. FERRANDO, *Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali*, in *Pol. dir.*, 1998, 167; P. ZATTI, *Le icone linguistiche: discrezionalità interpretative e garanzia procedimentale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, suppl. 3, 1 ss.; R. SENIGAGLIA, *Status filiationis e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, Napoli, 2013, 34 ss.; G. SICCHIERO, *La nozione di interesse del minore*, in *Fam. dir.*, 2015, 72 ss.; A. CORDIANO, *Diritti sociali e diritto privato: il caso dei minori stranieri non accompagnati fra rete di protezione e complessi intrecci istituzionali*, in C. FRATEA e I. QUARANTI (a cura di), *Minori e immigrazione: quali diritti?*, Napoli, 2015, 67; L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 86 ss.; M. SESTA, *Genitorialità e famiglia nella recente evoluzione legislativa*, in M. SESTA e A. ARCERI, *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da F. MESSINEO, A. CICU, L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, *La crisi della famiglia*, III, Milano, 2016, 85 ss.

<sup>11</sup> Tale divieto si accompagna a quello di espulsione, già previsto dall'art. 19, comma 1° T.U. sull'immigrazione. In dottrina si è chiarito che «il respingimento alla frontiera si distingue dall'espulsione per la sua non durezza e per il fatto di essere emesso nel momento dell'attraversamento al valico di frontiera o in un momento immediatamente successivo (art. 10 T.U. immigr.)», così A. CORDIANO, *Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1304.

<sup>12</sup> A. CORDIANO, *Diritti sociali e diritto privato: il caso dei minori stranieri non accompagnati fra rete di protezione e complessi intrecci istituzionali*, cit., 59; C. CASCONE, *Brevi riflessioni in merito alla legge n. 47/17 (disposizioni in materia di protezione dei minori stranieri non accompagnati): luci e ombre*, cit., 8.

<sup>13</sup> Cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, voce *Adozione internazionale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento, I, Torino, 2000, 37-38; M. DOGLIOTTI, *Adozione e affidamento*, cit., 509 ss., il quale precisa che la norma si riferisce non soltanto ai minori stranieri in adozione «ma più ampiamente a tutti quelli comunque in stato di abbandono. Le fattispecie sono assai differenziate: il fallimento dell'affidamento preadottivo che è esplicitamente indicato dalla norma, ma pure l'ingresso in Italia di minore, con persone sfornite di dichiarazione di idoneità o che abbiano effettuato un falso riconoscimento, o comunque di fanciullo straniero, privo di assistenza da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi, magari pur presenti nello territorio dello Stato».

## JUS CIVILE



La gradualità delle tutele dei c.d. “minori a rischio”<sup>14</sup> è arbitrata dal diritto riconosciuto al minore di crescere ed essere educato nell’ambito della propria famiglia o, se questo non è oggettivamente possibile, di un’altra famiglia che gli dovrà essere procurata<sup>15</sup>. Un diritto, questo, che proprio in ragione del suo ruolo ordinante, assurge a principio, all’insegna del quale, non soltanto deve operarsi la scelta dello strumento di tutela, ma pure la definizione dello specifico contenuto del medesimo, più aderente possibile alla singolare dimensione antropologica e relazionale dell’interessato.

Atteso che ogni forma di protezione – da quelle d’urgenza (come il provvedimento amministrativo ex art. 403 c.c.) a quelle che incidono sulla responsabilità genitoriale (ex artt. 330-333 c.c.) a quelle più estreme dell’affidamento e dell’adozione – va ad incidere sulle relazioni primarie del minore, anzitutto sul rapporto con i propri genitori, occorre muovere dalla considerazione realistica di tali legami al fine di individuare la soluzione più idonea a realizzare l’interesse fondamentale sotteso al diritto a vivere, crescere ed essere educato nell’ambito di una famiglia<sup>16</sup>.

Ora, pare evidente che il concetto di minore non accompagnato non coincida con quello di minore abbandonato ai sensi dell’art. 8 della l. n. 184/1983<sup>17</sup>. Esso si riferisce a infradiciottenni *solì*, ovvero giunti nel territorio italiano sprovvisti di visto o autorizzazione, privi di figure adulte di riferimento, dei soggetti che in base alla legge italiana (come precisa l’art. 2 della l. n. 47/2017) sono in *rapporto giuridico* con il minore: rapporto genitoriale, parentale, di rappresentanza, di sorveglianza. In tali *assenze* sono senz’altro annoverate le persone rispetto alle quali il Tribunale per i minorenni valuta l’abbandono morale e materiale ai fini della dichiarazione di adottabilità, vale a dire i genitori e i parenti entro il quarto grado, che abbiano mantenuto rapporti significativi con il minore<sup>18</sup>; ma il riferimento non si esaurisce qui, atteso che la rappresentanza e/o la responsabilità potrebbero, ad esempio, far capo a un tutore oppure, per quanto concerne la responsabilità, a un insegnante che esercita la sorveglianza sul fanciullo.

In ogni caso, il profilo problematico che viene *immediatamente* in considerazione non è la

---

<sup>14</sup> Il riferimento è al minore che si trovi in una situazione di pericolo o difficoltà, che sia nei guai; v. P. VERCELLONE, *La rete di protezione dei minori in difficoltà*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. ZATTI, vol. VI, *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, a cura di L. LENTI, II ed., Milano, 2012, 3.

<sup>15</sup> Cfr. C. RUPERTO, voce *Adozione. c) Diritto civile*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 585; G. CATTANEO, voce *Adozione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987, 95; M. DOGLIOTTI, *Adozione e affidamento*, cit., 414.

<sup>16</sup> Su tale diritto v. G. FERRANDO, *Dichiarazione di adottabilità, stato di abbandono, assistenza prestata dai parenti*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, 3, 661 ss.; L. ROSSI CARLEO, *L’affidamento e le adozioni*, cit., 298; M. R. MARELLA, voce *Adozione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento, I, Torino, 2000, 1 ss.; M. G. STANZIONE, *Stato di abbandono e diritto del minore a rimanere presso la propria famiglia d’origine*, in *Fam. dir.*, 2013, 676 ss.

<sup>17</sup> Cfr. M. DOGLIOTTI, *Adozione e affidamento*, cit., 427 ss.; L. LENTI, *Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. ZATTI, vol. II, a cura di G. COLLURA, L. LENTI, M. MANTOVANI, cit., 786 ss.; C. MARINO, *La Cassazione si pronuncia sulla competenza per la nomina del tutore dei minori stranieri non accompagnati*, in *Fam. dir.*, 2017, 759.

<sup>18</sup> Si veda L. FADIGA, *L’adozione legittimante dei minori*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. ZATTI, vol. II, *Filiazione*, a cura di G. COLLURA, L. LENTI, M. MANTOVANI, II ed., cit., 882 ss.

## JUS CIVILE



volontà o inidoneità oggettiva del genitore o dei parenti a crescere il minorenne, bensì la loro *assenza* nel territorio italiano. In sostanza, la l. n. 47/2017 attribuisce rilevanza a una situazione di fatto, allo stato di *abbandono contingente* del minore<sup>19</sup>; il quale (abbandono contingente), all'esito degli accertamenti ivi disposti, potrà confermarsi come tale oppure rivelarsi definitivo, attivando, se possibile, la procedura dell'adozione<sup>20</sup>.

Peraltro, il minorenne risulterà non accompagnato anche quando giungerà nel territorio italiano insieme a soggetti con i quali sussistono legami relazionali significativi, anche consolidati, ma ai quali, per la legge italiana, non compete la rappresentanza, l'assistenza né sono ritenuti legalmente responsabili per il minore<sup>21</sup>; ma pure quando giunge accompagnato da persone alle quali spettano tali poteri e doveri in base all'ordinamento di appartenenza, ma non per quello italiano. Viceversa, il minore non è ritenuto *solo* e dunque non rientra nell'ambito applicativo della legge Zampa, quando si trova nel territorio italiano con una persona alla quale nessun potere è riconosciuto nell'ordinamento di appartenenza (come può accadere, in taluni contesti giuridici, nei riguardi della madre), mentre è accordato dall'ordinamento interno. Il minorenne non potrà considerarsi "non accompagnato" neppure quando è stato formalmente affidato dai genitori a parenti entro il quarto grado o ad altri adulti che lo abbiano accolto nella propria abitazione; su questi ultimi graverà comunque l'obbligo di segnalazione di cui al comma 4, art. 9 della l. n. 184/1983<sup>22</sup>.

Ebbene, con riguardo al minorenne straniero trovato *solo*, che entra in contatto con l'autorità, è evidente che l'accertamento della situazione *di fatto* non può che precedere la valutazione *di diritto* del tipo di abbandono<sup>23</sup>: anzitutto l'indagine si concentrerà sul bambino, monitorando la sua rete di relazioni nel territorio italiano, al fine di chiarire se versa in una condizione di *solitudine*, nel senso che con lui non sono presenti quei soggetti che la legge italiana considera suoi rappresentanti, responsabili o tenuti alla sua assistenza; appurato lo stato di abbandono *contingente*, si dà luogo alla valutazione *di diritto* dell'abbandono medesimo, da parte dell'autorità

<sup>19</sup> Questa situazione di abbandono può portare il bambino ad entrare in contatto con ambienti pericolosi, in cui regna la criminalità organizzata, con pesanti ricadute nella sua formazione e nella sua sicurezza; v. T. BRUNO, *I minori stranieri non accompagnati. Analisi ragionata della L. 7 aprile 2017, n. 47*, cit., 27.

<sup>20</sup> In dottrina, la distinzione è stata presentata anche in questi termini: «una cosa è la situazione del minore "abbandonato" o "bisogno di assistenza" a termini della legge amministrativa o penale, altro è invece la nozione di abbandono di cui alla legge n. 184/1983, la quale si configura per la mancanza di un idoneo ambiente familiare», così P. MOROZZO DELLA ROCCA, *I minori non accompagnati*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. ZATTI, vol. VI, *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, a cura di L. LENTI, II ed., cit., 470.

<sup>21</sup> L. LENTI, *Diritto di famiglia e servizi sociali*, XI ed., Torino, 2016, 350

<sup>22</sup> Si veda A. CORDIANO, *Diritti sociali e diritto privato: il caso dei minori stranieri non accompagnati fra rete di protezione e complessi intrecci istituzionali*, cit., 72.

<sup>23</sup> Cfr. Cass., 12 gennaio 2017, n. 686, in banca dati *De jure*, in cui, con riferimento ai minori stranieri non accompagnati, si precisa che «la verifica delle condizioni per procedere all'adozione dei minori stranieri non accompagnati può essere svolta in una fase successiva, ove ne ricorrano le condizioni di legge». Si veda anche Cass., 20 dicembre 2016, n. 26442, in *Fam. dir.*, 2017, 756 ss., con nota di C. MARINO, *La Cassazione si pronuncia sulla competenza per la nomina del tutore dei minori stranieri non accompagnati*.

## JUS CIVILE



giudiziaria minorile, che si concentra sulle relazioni primarie del bambino, il suo rapporto con i genitori e con i parenti entro il quarto grado, allo scopo di verificare se lo stato di abbandono morale e materiale abbia o meno il carattere di definitività<sup>24</sup>. In quest'ultima ipotesi si confermerà lo stato di abbandono *contingente*, dando luogo alle più idonee misure di protezione non definitive; nel primo caso, invece, verrà accertata, dal Tribunale per i minorenni, la situazione di abbandono definitivo ed eventualmente<sup>25</sup> dichiarato lo stato di adottabilità<sup>26</sup>.

Prima del recente intervento normativo, la procedura poteva consumarsi con la prima forma di accertamento, atteso che l'ingresso nello Stato non era consentito ai minori sprovvisti del visto rilasciato ai sensi dell'art. 32 della l. n. 184/1983, ovvero non accompagnati da almeno un genitore o da parenti entro il quarto grado<sup>27</sup>. Ciò allo scopo di contrastare il fenomeno del "traffico" illecito di minori spesso finalizzato ad evitare l'applicazione della rigida disciplina dell'adozione internazionale.

Si consideri peraltro che in passato i flussi migratori conoscevano, quasi esclusivamente, la presenza di minori c.d. "grandi", che sovente giungevano in Italia per trovare un impiego anche a beneficio della propria famiglia di origine, la quale, pur rimanendo in patria, conservava con il

---

<sup>24</sup> Si consideri, in proposito, che «il diritto del minore ad essere educato nella propria famiglia di origine incontra i suoi limiti là dove questa non sia in grado di prestare, in via non transitoria, le cure necessarie, né di assicurare l'obbligo di mantenere, educare ed istruire la prole, con conseguente configurabilità dello stato di abbandono, il quale non viene meno per il solo fatto che al minore siano prestate le cure materiali essenziali da parte dei genitori o di taluni dei parenti entro il quarto grado, risultando necessario, in tal caso, accertare che l'ambiente domestico sia in grado di garantire un equilibrato ed armonico sviluppo della personalità del minore, senza che, in particolare, la valutazione di idoneità dei medesimi parenti alla di lui assistenza possa prescindere dalla considerazione della loro pregressa condotta», così Cass., 14 giugno 2016, n. 12259, in *Dir. gius.*, 2016, 15 giugno.

<sup>25</sup> Si tenga conto che il minore che abbia compiuto gli anni quattordici deve manifestare espresso consenso all'adozione (art. 25, comma 1, l. 184/1983).

<sup>26</sup> Cfr. C. MARINO, *La Cassazione si pronuncia sulla competenza per la nomina del tutore dei minori stranieri non accompagnati*, cit., 760. La Cassazione è assestata nel ritenere che «costituisce un diritto fondamentale del figlio quello di vivere con i suoi genitori e di essere allevato nell'ambito della propria famiglia (...); tale diritto può essere limitato solo quando si configuri un endemico e radicale stato di abbandono, ed impone quindi che si proceda con particolare rigore nella valutazione dello stato di adottabilità, la cui dichiarazione costituisce e va emessa, solo come *extrema ratio*», così, *ex multis*, Cass., 25 gennaio 2017, n. 1932 in *Ifamiliarista*, 7 luglio 2017.

<sup>27</sup> Art. 33, comma 1, l. n. 184/1983 ora sostituito ad opera dell'art. 3, comma 2, l. n. 47/2017. Con riferimento al vecchio testo dell'art. 33, si veda M. DOGLIOTTI, *Adozione e affidamento*, cit., 505; l'A. osserva che al di là dei casi in cui la legge ammette l'ingresso (ivi comprese le ipotesi di finalità familiari, di studio, di cura, turistiche), il divieto era totale, indicando come unica eccezione «l'impossibilità di espletare regolarmente la procedura adozionale a causa di eventi bellici, calamità naturali, ecc.: deve comunque sussistere l'interesse diretto ed esclusivo del minore all'ingresso nello Stato, e tale interesse è dunque funzionale ad un provvedimento di adozione» come unica via praticabile». V., inoltre, M. MANTOVANI, sub art. 33, in C.M. BIANCA (commentario a cura di), *Adozione. La nuova disciplina della adozione nazionale ed internazionale a seguito delle modifiche introdotte dalle ll. 31 dicembre 1998, n. 476 e 28 marzo 2001, n. 149*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2002, 826. L'A., a commento del testo previgente del comma 1 dell'art. 33, scrive: «Limitando in maniera rigorosa la possibilità di introduzioni di minori nello Stato alle sole ipotesi giustificate dallo scopo adottivo o dalla circostanza che il minore sia accompagnato dai soggetti indicati, la norma lascia sullo sfondo la questione, più generale, relativa al trattamento dei minori stranieri non accompagnati che si presentino alla frontiera. Nei riguardi di costoro dovrebbe invero valere il rinvio a tutte le disposizioni di fonte nazionale e sovranazionale, che concorrono a delineare la condizione giuridica dello straniero».



minorenne il legame affettivo e il rapporto giuridico.

Oggi, invece, il fenomeno presenta presupposti e contorni funzionali del tutto peculiari, proprio in termini di distanza tra la situazione di abbandono *non definitivo e relativo* e quella di abbandono *definitivo e assoluto*. Sui c.d. “barconi della speranza” si trovano frequentemente bambini molto piccoli, anche neonati, abbandonati volontariamente dai propri genitori nella speranza, appunto, che qualcuno possa garantire loro una vita migliore, dignitosa. Ed è proprio questa complessità dei recenti flussi migratori che contribuisce significativamente a reggere il senso della l. n. 47/2017.

Tant'è che consultando il *report* mensile del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali sui minori stranieri non accompagnati, relativo al mese di settembre 2017, risulta che su 18491 minori presenti e censiti, 109 sono tra 0 e 6 anni, mentre 1204 tra i 7 e i 14 anni<sup>28</sup>. È proprio nella prima fascia di età che ci si attende di riscontrare ipotesi di abbandono definitivo da parte della famiglia, anche soltanto per l'impossibilità oggettiva di rintracciare i genitori e i parenti; e il dato, pur essendo poco incidente in termini percentuali sul valore complessivo, è altamente significativo se confrontato con i dati degli anni precedenti, posto che già rispetto al 2016 risulta più che raddoppiato, e se si considera che riguarda la massima espressione di disagio minorile, la quale interessa la procedura altrettanto straordinaria volta a procurare al bambino una famiglia.

Rispetto ai minorenni “a rischio”, stranieri e *soliti*, la l. n. 47/2017 attrezza l'ordinamento di una procedura speciale per l'applicazione della disciplina sostanziale delle misure di protezione; una procedura, che intende guardare alle peculiarità esistenziali e socio-culturali di questi fanciulli, i quali raggiungono il territorio italiano spesso in condizioni drammatiche, che rasentano esiti tragici, e vuole realizzare il loro interesse ad essere destinatari di forme di protezione immediata<sup>29</sup>.

Atteso, quindi, che si è in presenza di un testo di natura essenzialmente procedurale, l'interprete è chiamato a verificare il coordinamento con la disciplina sostanziale (nel nostro ragionare, quella di diritto civile), al fine di affermare l'effettiva aderenza al senso che ordina l'intera materia; il quale esige l'immediatezza della tutela e, dunque, il ragionevole e rigoroso controllo del fattore *tempo* nella scansione degli adempimenti procedurali.

2. – Stando alle premesse di senso appena articolate e ai *tipi* di mezzi di protezione disposti dal Codice civile, il minore straniero *solo*, che giunge nel territorio dello Stato italiano privo dei soggetti a cui spetta l'assistenza, la rappresentanza o la responsabilità, rientra senz'altro nel

---

<sup>28</sup> Cfr. <http://www.lavoro.gov.it/temi-e-priorita/immigrazione/focus-on/minori-stranieri/Documents/Report-MSNA-mese-settembre-30092017.pdf>. V. anche A. POLLI, *I minori stranieri non accompagnati in Italia. Protezione, accoglienza, integrazione: la dimensione quantitativa del fenomeno*, in R. CADIN, L. MANCA, V.R. PELLEGRINI (a cura di), *I minori stranieri in Italia*, Roma, 2014, 127 ss.

<sup>29</sup> T. BRUNO, *I minori stranieri non accompagnati. Analisi ragionata della L. 7 aprile 2017, n. 47*, cit., 19.



concetto di minore «moralmente o materialmente abbandonato», nei confronti del quale l'art. 403 c.c.<sup>30</sup> dispone che l'autorità amministrativa (ogni autorità titolare di una funzione pubblica di carattere amministrativo<sup>31</sup>) lo collochi in un luogo sicuro «sino a quando si possa provvedere in modo definitivo alla sua protezione»<sup>32</sup>. Trattandosi, peraltro, di persone *sole*, non accompagnate da chi è preposto, per legge, alla loro cura – il quale, magari, non risulta nemmeno conosciuto – l'estensione dell'ambito operativo della misura d'urgenza anzidetta a tali fanciulli è confermata dall'art. 401 c.c., che tra i destinatari della disciplina contempla, appunto, anche i minori «figli di genitori non conosciuti, ovvero figli di genitori che si trovino nell'impossibilità di provvedere al loro mantenimento».

Ebbene, prendendo a riferimento tale significato normativo, coordinato col principio del divieto di respingimento alla frontiera dei minori stranieri non accompagnati<sup>33</sup> – introdotto dall'art. 3 della l. n. 47/2017<sup>34</sup> – l'autorità pubblica che si trova dinanzi a un minore abbandonato, *solo*, dovrà procedere senza indugio a metterlo in sicurezza, a sistemarlo cioè in un ambiente che protegga la sua persona da pericoli di lesione dei diritti fondamentali<sup>35</sup>, in attesa che vengano individuate le misure definitive più adeguate alla sua situazione<sup>36</sup>. Lo scopo del provvedimento adottato ex art. 403 c.c. è, infatti, garantire al minore la sicurezza, il riparo dal pericolo di lesione dei suoi interessi fondamentali<sup>37</sup>, in attesa che si chiarisca la sua situazione esistenziale e relazionale e si addivenga, di conseguenza, a disporre il rimedio maggiormente attuativo del suo interesse<sup>38</sup>. Esso deve avere, pertanto, carattere provvisorio e una durata limitata,

---

<sup>30</sup> A. SPANGARO, *sub art. 403*, in *Codice della famiglia*, a cura di M. SESTA, III ed., Milano, 2015, 1658 osserva che la norma si riferisce «a situazioni contingenti, di urgenza, tali da richiedere un provvedimento pressoché immediato, che collochi il minore in un luogo sicuro».

<sup>31</sup> Cfr. G. CATTANEO, *sub art. 403*, in *Comm. dir. fam.*, diretto da G. CIAN, G. OPPO, A. TRABUCCHI, t. IV, Padova, 1992, 570, il quale ritiene che tale provvedimento possa provenire anche da un'autorità diversa da quella di pubblica sicurezza.

<sup>32</sup> In questo senso P. MOROZZO DELLA ROCCA, *I minori non accompagnati*, cit., 472; A. CORDIANO, *Diritti sociali e diritto privato: il caso dei minori stranieri non accompagnati fra rete di protezione e complessi intrecci istituzionali*, cit., 82.

<sup>33</sup> P. MOROZZO DELLA ROCCA, *I minori di età nel diritto dell'immigrazione*, cit., 158-159.

<sup>34</sup> Cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.* 157 ss. È stato altresì modificato il comma 4 dell'art. 31 del T.U. sull'immigrazione, il quale ora dispone che quando ai sensi del testo unico debba essere disposta l'espulsione di un minore straniero, «il provvedimento è adottato a condizione comunque che il provvedimento stesso non comporti un rischio di danni gravi per il minore».

<sup>35</sup> Diritti che sono divenuti «il centro del sistema, il fondamento di un insieme di regole astratte e generali», così L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., 94. V. anche A. CORDIANO, *Diritti sociali e diritto privato: il caso dei minori stranieri non accompagnati fra rete di protezione e complessi intrecci istituzionali*, cit., 60-61, la quale parla di «una sorta di giusnaturalismo dei diritti dei minori».

<sup>36</sup> Si veda A. CORDIANO, *Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati*, cit., 1300. L'A. parla di «una sorta di giusnaturalismo dei diritti dei minori, proclamanti diritti e libertà fondamentali non sempre dotati di effettività».

<sup>37</sup> G. CATTANEO, *sub art. 403*, cit., 568.

<sup>38</sup> Si rinvia a L. LENTI, *Allontanamento d'urgenza di cui all'art. 403 cod. civ. e contatti tra genitori e figli. A pro-*

## JUS CIVILE



comunque giustificata dall'*urgenza*<sup>39</sup>, essendo necessario provvedere, prima possibile, in via definitiva. A tal fine, in capo all'autorità amministrativa che si è determinata ad attuare, in via autonoma, la misura d'*urgenza*, incombe l'obbligo di dare comunicazione tempestiva alla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni del provvedimento adottato e delle ragioni di gravità ed *urgenza* ad esso sottese, affinché ne controlli la regolarità e formuli la richiesta al Tribunale per i minorenni di provvedere in via definitiva alla protezione del minore<sup>40</sup>.

Ora, rispetto a questa "misura" generale d'*urgenza*, che esige l'intervento pubblico immediato nei confronti del minore *abbandonato* (solo) – a seguito dell'accertamento contingente, da svolgersi con perizia, dell'*urgenza* di "mettere al sicuro" la persona, dando seguito, poi, alla procedura, altrettanto generale, di segnalazione del fatto accertato e del provvedimento adottato all'autorità giudiziaria competente – la l. n. 47/2017 istituisce una procedura, del tutto speciale, da attivare ogniqualvolta a risultare privo di assistenza morale e materiale sia un minore non cittadino italiano o europeo. Nei confronti di costui, pertanto, sarà comunque praticabile la misura cautelare e provvisoria, del tutto residuale, di cui all'art. 403 c.c.<sup>41</sup> – il quale nulla dispone, in dettaglio, sulle modalità di attuazione dell'intervento – ma con un'ulteriore garanzia, realizzata dal legislatore per mezzo della *specificazione* della scansione procedurale che l'autorità pubblica dovrà osservare per soddisfare al meglio l'interesse di questo minore ritenuto, per definizione, particolarmente vulnerabile.

Una specificazione, i cui contenuti fanno cogliere la provvisorietà e il contenimento nel minor tempo possibile della misura di protezione d'*urgenza*. Tant'è che mentre tali connotati nel codice civile si evincono in via di interpretazione sistematica, ovvero coordinando la disciplina dell'art. 403 c.c. con quella sostanziale e processuale dei provvedimenti giudiziari di protezione dei minori a rischio, l'art. 19, comma 5, del d. lgs. 142/2015<sup>42</sup> richiede espressamente all'autorità di pubblica sicurezza che abbia rinvenuto un minore non accompagnato di darne *immediata* comunicazione al giudice tutelare (per la nomina del tutore<sup>43</sup>), al Procuratore della Repubbli-

---

*posito di Cass. n. 20928/2015*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 464 ss. La Corte di legittimità ha chiarito che il potere «di intervenire direttamente sull'ambiente familiare ai sensi dell'art. 403 c.c. è previsto per i casi di "abbandono morale e materiale" (...) e in genere per situazioni di disagio minorile che siano palesi, evidenti o comunque di agevole e indiscutibile accertamento, al fine di adottare in via immediata i provvedimenti di tutela contingibile e urgenti, che si appalesino necessari», così Cass., 16 ottobre 2015, n. 20928, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 1, 297.

<sup>39</sup> Cfr. L. LENTI, *op. cit.*, 465. L'A. ravvisa il senso attuale dello strumento di protezione di cui all'art. 403 c.c. in casi del tutto straordinari, «ove è necessario dare una risposta immediata a situazioni di emergenza, quando un minore si trova in una situazione di grave difficoltà o pericolo che sia attuale, contingente, acuta e non cronica». V. inoltre A. SPANGARO, *sub art. 403*, cit., 1496.

<sup>40</sup> G. CATTANEO, *sub art. 403*, cit., 572. L'omissione, peraltro, costituisce reato a norma dell'art. 70, l. n. 184/1983. V. inoltre A. CORDIANO, *Diritti sociali e diritto privato: il caso dei minori stranieri non accompagnati fra rete di protezione e complessi intrecci istituzionali*, cit., 81.

<sup>41</sup> Cfr. G. CATTANEO, *op. cit.*, 567.

<sup>42</sup> Si veda P. MOROZZO DELLA ROCCA, *I minori di età nel diritto dell'immigrazione*, in *Immigrazione, asilo e cittadinanza. Disciplina e orientamenti giurisprudenziali*, Santarcangelo di Romagna, 2015, 155-156.

<sup>43</sup> L'art. 11 della l. n. 47/2017 prevede l'istituzione presso ogni Tribunale per i minorenni di un elenco di tutori



ca presso il Tribunale per i minorenni e al Tribunale per i minorenni «per la ratifica delle misure di accoglienza predisposte».

Già in questa previsione si coglie una possibile eterogeneità dei fini, giacché mentre viene predicata l'immediatezza della comunicazione, il doppio adempimento comunicativo, alla Procura e al Tribunale per i minorenni, del quale non è dato scorgere le ragioni, si traduce in un inefficiente dispendio di tempo (posto che sarebbe bastata un'unica comunicazione), con possibili ripercussioni sull'effettività della disciplina.

Ma questo stesso problema si coglie in altri momenti della procedura istituita dalla legge n. 47/2017, che scandisce il regime di protezione del minore straniero non accompagnato.

Paradigmatico è l'inserimento dell'art. 19 *bis* nel d. lgs. n. 142/2015 – riguardante la procedura di identificazione dei minori stranieri non accompagnati – i cui significati paiono a volte lontani dal sistema dell'articolato normativo della specifica fonte, ma anche da quelli più generali istituiti dal legislatore nell'ambito del sottosistema giuridico del diritto civile minorile.

Il primo adempimento che tale norma fa seguire al contatto o alla segnalazione riguardante un minore straniero non accompagnato è il *colloquio*, la cui delicatezza e dimensione funzionale si evincono dalla rete di competenze professionali chiamate ad intervenire. Il colloquio, infatti, deve essere condotto dal personale qualificato della struttura di prima accoglienza – destinata *esclusivamente* a minori stranieri non accompagnati<sup>44</sup> – da uno psicologo dell'età evolutiva, sotto la direzione dei servizi sociali dell'ente locale competente, con il possibile ausilio delle istituzioni locali<sup>45</sup> operanti nel settore minorile e con la partecipazione di un mediatore culturale.

Pur nella diversità di ruoli, il concorso, voluto dalla legge, delle più qualificate professionalità presenti nel territorio in materia di disagio minorile fa cogliere il *sensu* di codesto adempimento: quello cioè di far emergere il vissuto, le circostanze del “viaggio migratorio”, la persona-

---

volontari, al quale «possono essere iscritti privati cittadini, selezionati e adeguatamente formati, da parte dei garanti regionali e delle province autonome di Trento e Bolzano per l'infanzia e l'adolescenza, disponibili ad assumere la tutela di un minore straniero non accompagnato o di più minori, quando la tutela riguarda fratelli o sorelle». Resta ferma comunque l'applicazione di quanto prevede l'art. 3 l. n. 184/1983 ovvero che «i legali rappresentanti delle comunità di tipo familiare e degli istituti di assistenza pubblici o privati esercitano i poteri tutelari sul minore affidato (...), fino a quando non si provveda alla nomina di un tutore, in tutti i casi nei quali l'esercizio della responsabilità genitoriale o della tutela sia impedito». Quanto alla competenza per la nomina del tutore, la Cassazione ha chiarito che «il minore straniero non accompagnato che sbarca illegalmente in Italia riceve la misura di prima accoglienza, secondo quanto stabilito dal d. lgs. n. 142 del 2015 e per esercitare i suoi diritti nel nostro paese ha bisogno nel più breve tempo possibile di una rappresentanza legale da realizzarsi mediante l'apertura della tutela e la nomina di un tutore da parte del giudice tutelare del luogo ove si colloca la struttura di accoglienza, a ciò istituzionalmente demandato in presenza di minori che si trovino nella medesima o in un'analoga condizione, del tutto diversa da quella di “abbandono” della l. 184 del 1983, ex art. 9 e 10», così Cass., 12 gennaio 2017, n. 686, cit.; v. anche Cass., 20 dicembre 2016, n. 26442, cit.

<sup>44</sup> Si tratta di una novità molto importante introdotta dall'art. 4 l. n. 47/2017, che ha eliminato la promiscuità, nelle strutture di prima accoglienza, di bambini e adulti.

<sup>45</sup> Il legislatore si riferisce testualmente a «organizzazioni, enti o associazioni» dando prova, ancora una volta, di un modo di procedere che prescinde dal necessario rigore dogmatico, almeno nel momento in cui si approva un testo che accresce il sistema e deve, dunque, coordinarsi con i suoi significati.



lità e i bisogni di quel *determinato* minorenne, allo scopo di definire il suo interesse e disporre lo strumento di tutela che meglio lo possa realizzare<sup>46</sup>. Una lettura, dunque, di carattere esistenziale e relazionale, che penetra le radici più profonde della persona, non soltanto di tipo familiare ma pure socio-culturale. Essenziale, in tale percorso valutativo, è la figura del *mediatore culturale* – presente in tutte le trame della procedura diretta a proteggere il minore straniero non accompagnato – preposto a realizzare l’inserimento del minore nella società<sup>47</sup>, attuando la sintesi tra il sistema culturale di partenza e quello di arrivo. Una *sintesi* che costituisce la premessa di senso dell’interesse del minore e dunque la cifra all’insegna della quale definire il contenuto dei suoi diritti fondamentali<sup>48</sup>.

Il colloquio, che implica una interazione tra le parti, in materia minorile evoca la categoria dell’*ascolto*; il quale, già nella Convenzione di New York sui diritti del fanciullo (art. 12), è riconosciuto come diritto fondamentale del minore, confermato poi dalle altre fonti multilivello<sup>49</sup>. Lo stesso d. lgs. 142/2015 all’art. 18, comma 2, indica l’ascolto del minore come adempimento necessario per valutare il suo interesse, «tenendo conto della sua età, del suo grado di maturità e di sviluppo personale»; e il comma 2 *ter*, introdotto dall’art. 15 della l. n. 47/2017, conferma il diritto all’ascolto in tutti i procedimenti giudiziari e amministrativi che riguardano il minore, in uno con il suo diritto a partecipare ai medesimi per mezzo di un suo rappresentante legale<sup>50</sup>.

La circostanza che l’art. 19 *bis*, introdotto dalla l. n. 47/2017, utilizzi il lemma *colloquio* anziché *ascolto* non pare trascurabile sul piano ermeneutico. All’uno e all’altro termine, infatti, si accompagnano significati e sensi differenti, i quali, nel momento applicativo possono comportare distorsioni funzionali della procedura, privando di effettività la tutela. Muovendo dalla Convenzione di New York, l’art. 12 riconosce al fanciullo capace di discernimento il «diritto di

<sup>46</sup> Si veda L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., 97-98.

<sup>47</sup> Sulla figura del mediatore culturale si rinvia a P. BERTOLINI, voce *Mediatore (culturale)*, in P. BERTOLINI, *Dizionario di pedagogia e scienze dell’educazione*, Bologna, 1996, 342 ss.; M. ANDOLFI (a cura di), *La mediazione culturale. Tra l’estraneo e il familiare*, Milano, 2003, *passim*. V. inoltre A. CORDIANO, *Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati*, cit., 1300.

<sup>48</sup> All’esito del colloquio verrà compilata la cartella sociale del bambino, in cui sono inseriti i dati utili a ricercare la sistemazione migliore e a realizzare i suoi diritti fondamentali. A tale fine la cartella sociale deve essere trasmessa alle figure preposte alla protezione dei bambini (servizi sociali del Comune di destinazione e Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni) e ad essa si deve fare riferimento nella banca dati del sistema informatico nazionale, istituito presso il Ministero del lavoro.

<sup>49</sup> Cfr. A. GRAZIOSI, *Note sul diritto del minore ad essere ascoltato nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 1281 ss.; G. MANERA, *L’ascolto dei minori nelle istituzioni*, in *Dir. fam.*, 1997, 1551 ss.; A. GRAZIOSI, *Osservazioni perplesse sulle ultime (?) stravaganti riforme processuali in materia di famiglia*, in *Fam. dir.*, 2015, 1111 ss.; P. PESCE, *L’ascolto del minore tra riforme legislative e recenti applicazioni giurisprudenziali*, in *Fam. dir.*, 2015, 252 ss.; A. CORDIANO, *Diritti sociali e diritto privato: il caso dei minori stranieri non accompagnati fra rete di protezione e complessi intrecci istituzionali*, cit., 63; G. MATUCCI, *Lo statuto costituzionale del minore d’età*, Padova, 2015, 20 ss.; F. GIARDINA, *“Morte” della potestà e “capacità” del figlio*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1612 ss.

<sup>50</sup> L’effettiva realizzazione di tali diritti, specialmente dell’ascolto, è assicurata, dalla medesima norma, dalla presenza di un mediatore culturale.

## JUS CIVILE



esprimere *liberamente*<sup>51</sup>» la propria opinione su ogni questione che lo riguarda, ivi compresi, evidentemente, i procedimenti finalizzati a tutelare il suo interesse<sup>52</sup>. Al fine di rendere effettivo tale diritto, la fonte internazionale accompagna al *diritto di espressione* il riconoscimento del *diritto all'ascolto* del fanciullo in tutte le procedure giudiziarie e amministrative che lo riguardano.

Dunque, anche nel procedimento di identificazione del minore straniero non accompagnato e di individuazione della relativa misura di protezione, il fanciullo dovrà potersi esprimere ed essere ascoltato prima di qualsiasi scelta, anche di carattere procedurale, che abbia delle ricadute nella sua sfera personale<sup>53</sup>.

Ebbene, l'ascolto esige, da una parte la partecipazione *attiva* del minore al processo decisionale, nel senso che egli deve potersi determinare, far emergere i propri bisogni, interessi, opinioni rispetto ad ogni ipotesi di soluzione<sup>54</sup>; dall'altro, la disponibilità di colui che ascolta a prendere in considerazione, nel momento in cui si tratta di individuare il rimedio, quanto espresso dal minore<sup>55</sup>. Il colloquio, invece, conosce sfumature diverse, in cui la forza dialettica di uno può imporsi sull'altro, dando luogo al sopravvento dispotico delle idee e delle valutazioni dell'adulto. Non è questo il significato che può attribuirsi al colloquio cui si riferisce l'art. 19 *bis*: quanto esprime il minore in ordine al proprio interesse non può essere immotivatamente disatteso da chi dialoga con lui nel corso del procedimento volto a individuare la misura di protezione definitiva più adeguata; anzi, quei contenuti devono essere «*debitamente*» presi in considerazione, tenendo conto dell'età e della maturità dello specifico minore, nella consapevolezza che più elevato è il livello di quest'ultima più è veritiero il discernimento di ciò che è conforme al proprio interesse.

A quel colloquio, dunque, si addice il significato tipico dell'ascolto nella sua duplice dimensione di diritto del minore di esprimersi e di obbligo di chi con lui interagisce di decidere in

---

<sup>51</sup> Il corsivo è nostro.

<sup>52</sup> V. anche art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

<sup>53</sup> Cfr. L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., 97-99.

<sup>54</sup> I giudici di legittimità chiariscono che l'ascolto del minore si pone «fra le regole fondamentali e generali attraverso le quali, realizzandosi il riconoscimento dell'ascolto stesso come diritto assoluto del minore, viene perseguito il suo interesse superiore, corrispondente al suo sviluppo armonico, psichico, fisico e relazionale, da perseguirsi anche attraverso l'immediata percezione delle sue opinioni in merito alle scelte che lo riguardano, consentendo, in tal modo, la partecipazione del minore stesso al giudizio, in quanto "parte in senso sostanziale"», così Cass., 5 marzo 2014, n. 5237, in *Fam. dir.*, 2015, 247. V. anche Cass., sez. un., 21 ottobre 2009, n. 22238, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1418 ss. con nota di F. DANOVÌ, *L'audizione del minore nei processi di separazione e divorzio tra obbligatorietà e prudente apprezzamento giudiziale*; in *Fam e dir.*, 2010, 364 ss., con nota di A. GRAZIOSI, *Ebbene sì, il minore ha diritto di essere ascoltato nel processo*.

<sup>55</sup> È senz'altro efficace la sintesi articolata dal giudice di merito: «Quanto all'ascolto, va in primo luogo chiarito che ascoltare i minori (...) non significa che il giudice debba prendere atto della volontà manifestata verbalmente dai figli e debba attuarla; il giudice deve invece perseguire il reale interesse dei minori, capirne i bisogni profondi e disporre quanto è possibile per tutelarne una crescita serena ed equilibrata», così Trib. Pavia, 7 novembre 2016, in banca dati *De jure*.

## JUS CIVILE



conformità a quanto dichiarato o di motivare, sulla base dei parametri formali dell'età e della maturità, l'eventuale inosservanza delle valutazioni manifestate dal minore. Ne consegue che l'art. 19 *bis* intende, in realtà, istituire una procedura, del tutto speciale, dell'ascolto del minore straniero non accompagnato; il quale deve poter "dire la sua" nel momento in cui l'autorità pubblica entra in contatto con lui o comunque considera la sua situazione al fine di disporre il mezzo di protezione più conforme al suo interesse. Una procedura che, per come strutturata, esalta il senso del diritto all'ascolto e ne garantisce l'effettività, prevedendo la partecipazione al colloquio/ascolto delle professionalità anzidette, tra cui il mediatore culturale, il cui concorso consente *realmente* al bambino di narrarsi, rendendo davvero possibile la comprensione della sua storia e delle sue aspirazioni, nonché la lettura della sua dimensione esistenziale e del suo interesse, per giungere all'individuazione della più idonea forma di protezione.

Tuttavia, il diritto all'ascolto è accordato dalle fonti multilivello anzidette al minore munito della *capacità di discernimento*<sup>56</sup>, di condurre una valutazione obiettiva del proprio interesse, che il nostro ordinamento presume con il compimento del dodicesimo anno di età<sup>57</sup>.

Considerata la parità di trattamento del minore straniero non accompagnato e di quello cittadino italiano o dell'Unione europea, affermata solennemente dall'art. 1 della l. n. 47/2017<sup>58</sup>, ne discende che anche al colloquio/ascolto con il primo – e, dunque, il suo coinvolgimento nel procedimento che lo sta interessando – si dovrà dar luogo, occupando tutti i tempi di cui necessita, se le professionalità che ad esso devono concorrere, eventualmente coadiuvate da altri, accertano anzitutto la capacità di discernimento del minore titolare del diritto. Diversamente saranno quelle stesse professionalità che dovranno adoperarsi per individuare la soluzione più conforme al *best interest of the child*<sup>59</sup>.

L'accertamento della capacità di discernimento del bambino, specialmente se infradodicesenne, dovrebbe essere, dunque, uno dei primi adempimenti della procedura<sup>60</sup>. Tant'è che dalla

---

<sup>56</sup> Si veda L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., 99, il quale chiarisce che *capace di discernimento* è il minore «che abbia raggiunto una sensatezza sufficiente sul piano psicologico, che gli permetta di valutare le circostanze in cui si trova, l'importanza della decisione da prendere, i valori e gli interessi che vi sono in gioco, le conseguenze che potranno derivarne sia nel breve periodo, sia soprattutto per la sua vita futura, fino all'età adulta».

<sup>57</sup> Anche se in alcuni luoghi normativi si presume col compimento del decimo anno di età (art. 371, comma 1, n. 1, c.c.). La Corte di Cassazione precisa in proposito che «in tema di ascolto e audizione del minore il principio generale cui si ispira la giurisprudenza di legittimità, principio che è stato di recente affermato dal legislatore italiano con l'art. 315 *bis* c.c., introdotto dalla l. 10 dicembre 2012, n. 219, prevede il diritto del minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore, ove capace di discernimento, di essere ascoltato in tutte le questioni e procedure che lo riguardano (...), salvo che l'ascolto possa essere in contrasto con il suo superiore interesse», così Cass., 5 marzo 2014, n. 5097, in *Fam. dir.*, 2015, 245. V. inoltre Cass., 11 agosto 2011, n. 17201, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2012, 690; id., 27 luglio 2007, n. 16753, in *Dir. fam.*, 2008, 60.

<sup>58</sup> Cfr. C. MARINO, *La Cassazione si pronuncia sulla competenza per la nomina del tutore dei minori stranieri non accompagnati*, cit., 759.

<sup>59</sup> Su questo giudizio di conformità v. L. LENTI, «*Best interests of the child*» o «*best interests of the children*»? in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 157 ss.; ID., *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., 100.

<sup>60</sup> Si veda P. STANZIONE, *Capacità e minore età nelle problematiche della persona umana*, Camerino-Napoli, 1975, *Passim*; F. GIARDINA, *La condizione giuridica del minore*, Napoli, 1994; G. PALMERI, *Diritto senza poteri: la*

## JUS CIVILE



sussistenza di tale capacità dipende la durata della procedura stessa e il relativo giudizio di ragionevolezza: il dar luogo al colloquio/ascolto con riguardo a un minore non munito della capacità di discernimento, si traduce in un impiego irragionevole dei tempi procedurali, in un ritardo nell'individuazione della misura di protezione definitiva da accordare al minore e, quindi, in un pregiudizio al medesimo. In sostanza, è in gioco la stessa efficacia ed effettività della specifica disciplina.

3. – *Segue.* Il problema dell'efficacia ed effettività da ultimo sollevato si coglie, in particolare, nella procedura, istituita dalla l. n. 47/2017, finalizzata a determinare l'età del bambino<sup>61</sup>. Segnatamente, qualora sussistano dubbi sull'età dichiarata dal minore, l'art. 19 *bis* d. lgs. 142/2015<sup>62</sup> prevede che essa venga determinata su base documentale, con l'acquisizione di un documento anagrafico procurato anche per il tramite della collaborazione delle autorità diplomatico-consolari; se questo non è possibile, la stessa disposizione prevede, come strumento residuale ed estremo, il ricorso ad esami socio-sanitari disposti dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni su richiesta dell'autorità. Infine, se nonostante gli accertamenti socio-sanitari permane ancora il dubbio, la minore età è presunta (*favor minoris*).

È evidente che anche nell'attuazione di tale istruttoria si debba dar luogo all'ascolto del bambino; un adempimento, questo, che oltre ai "benefici", in termini di realizzazione dell'interesse del minore, ha pure i suoi "costi" rappresentati dai tempi per esperirlo e per condurre le relative valutazioni. Sicché, pure in tale caso se si è presenza di un bambino che ancora non ha maturato la capacità di discernimento, è necessario abbattere i tempi dell'ascolto e individuare,

---

*condizione giuridica dei minori*, Napoli, 1994; F. GIARDINA, "Morte" della potestà e "capacità" del figlio, cit., 1609 ss.; P. STANZIONE, *Capacità, legittimazione, status*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, *Il soggetto*, II, Milano, 2017, 117 ss. In giurisprudenza è stata riconosciuta una differente modulazione dell'obbligo di ascolto con riferimento al minore dodicenne rispetto a quello di età inferiore: «Per la prima ipotesi, la presunzione della capacità di discernimento, fissata in via legislativa, impone al giudice di primo grado di prevedere, anche officiosamente, una scansione procedimentale dedicata all'ascolto stesso da svolgersi secondo le modalità stabilite dall'art. 336 *bis* c.c. (...), salvo che motivatamente non si ritenga l'ascolto superfluo o contrario al suo interesse. (...) Il giudice ha senz'altro il potere officioso di procedere all'ascolto del minore anche quando non abbia compiuto i dodici anni (...). In questo caso, però, «non si ravvisa l'obbligo endoprocedimentale del giudice di primo grado di procedere all'ascolto, previa valutazione del grado di discernimento, o l'obbligo di motivare sulla valutazione discrezionale relativa all'omesso ascolto», Cass., 7 marzo 2017, n. 5676 in *Foro it.*, 2017, 4, I, con nota di G. CASABURI.

<sup>61</sup> Su tale profilo problematico v. E. DI NAPOLI, *Riflessioni a margine della «nuova» procedura di accertamento dell'età del minore straniero non accompagnato ai sensi dell'art. 5 della L. 47/2017*, in *Dir. imm. citt.*, 3, 2017, I ss. Prima della l. n. 47/2017, l'accertamento dell'età non era oggetto di una specifica, organica disciplina legislativa. Un precedente, recente, tentativo di disciplina organica si è avuto con il «Regolamento recante definizione dei meccanismi per la determinazione dell'età dei minori non accompagnati vittime di tratta, in attuazione dell'art. 4, comma 2, del decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 24», di cui al D.P.C.M. 10 novembre 2016, n. 234, entrato in vigore il 6 gennaio 2017.

<sup>62</sup> Introdotto dall'art. 5, l. n. 47/2017.

## JUS CIVILE



con perizia, la soluzione che si ritiene maggiormente aderente al suo interesse<sup>63</sup>.

Eseguito il colloquio/ascolto, se da esso emerge la non conformità all'interesse del minore di talune tecniche di accertamento dell'età previste dall'art. 19 *bis*, l'autorità procedente le dovrà evitare<sup>64</sup>.

Con particolare riguardo agli esami socio-sanitari, la disciplina prevede che il minore interessato debba essere destinatario di una serie di informazioni<sup>65</sup>, acquisite le quali può esprimere la propria opinione fosse anche il rifiuto degli stessi. Non si tratta, dunque, di un accertamento sanitario obbligatorio<sup>66</sup>.

Gli obblighi di informazione e la possibilità riconosciuta al minore di rifiutare l'indagine socio-sanitaria si attecchiano come un supporto conoscitivo al (e un'intensificazione del) diritto all'ascolto<sup>67</sup>; il tutto, ancora una volta, subordinato alla sussistenza della capacità di discernimento del soggetto, la quale diviene, quindi, «unità di misura, lo strumento che consente di accostarsi alla ricerca dell'identità del minore e di misurarne la graduale e progressiva affermazione»<sup>68</sup>.

Accertata tale capacità, il minore deve essere messo nelle condizioni di poter conoscere l'impatto di tali esami sul suo interesse e di orientare *consapevolmente* la proprio scelta. A tali fini, la l. n. 47/2017 vincola l'informazione a dei requisiti di forma e a precisi contenuti<sup>69</sup>; i primi esigono l'utilizzo nella comunicazione di una lingua comprensibile al minore e di modalità conformi alla sua maturità e alfabetizzazione, ricorrendo alla figura di un mediatore culturale, il quale funge da garanzia ulteriore di chiarezza e comprensibilità; i secondi indicano quali fattori di conoscenza da comunicare, il tipo di esami che devono essere praticati, i possibili risultati attesi, le eventuali conseguenze di questi ultimi e ciò che può sortire dal rifiuto del minore di sottoporsi a tali esami<sup>70</sup>. Queste stesse informazioni devono essere comunicate, in modo altret-

<sup>63</sup> Cfr. Cass., 21 novembre 2016, n. 23635, in *Guida al dir.*, 2017, 8, 74.

<sup>64</sup> Infatti, in ordine all'intervento della rappresentanza diplomatico-consolare, il comma 3 dell'art. 19 *bis* dispone che esso non possa essere richiesto «nei casi in cui il presunto minore abbia espresso la volontà di chiedere protezione internazionale ovvero quando una possibile esigenza di protezione internazionale emerga a seguito del colloquio previsto dal comma 1. Tale intervento non è altresì esperibile qualora da esso possano derivare pericoli di persecuzione e nei casi in cui il minore dichiari di non volersi avvalere dell'intervento dell'autorità diplomatico-consolare. Il ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale e il Ministero dell'interno promuovono le opportune iniziative, d'intesa con gli Stati interessati, al fine di accelerare il compimento degli accertamenti di cui al presente comma».

<sup>65</sup> Si veda G. MATUCCI, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, cit., 217 ss.

<sup>66</sup> P. MOROZZO DELLA ROCCA, *I minori di età nel diritto dell'immigrazione*, cit., 163-164. Ritiene, invece, che si tratti di accertamento sanitario obbligatorio T. BRUNO, *I minori stranieri non accompagnati. Analisi ragionata della L. 7 aprile 2017, n. 47*, cit., 35.

<sup>67</sup> Si veda Cass., 7 marzo 2017, n. 5676, cit. Il supremo Collegio specifica che la scansione procedurale dell'ascolto prevede «l'obbligatorietà della conduzione da parte del giudice e la preventiva informazione del minore sulla natura del procedimento e sugli effetti dell'ascolto».

<sup>68</sup> F. GIARDINA, «Morte» della potestà e «capacità» del figlio, cit., 1619.

<sup>69</sup> Cfr. A. CORDIANO, *Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati*, cit., 1303.

<sup>70</sup> Cfr. G. MATUCCI, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, cit., 181 ss. Sul legame tra forma e informazione, con particolare riguardo al diritto dei contratti, v. N. IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997, *passim*; D.

## JUS CIVILE



tanto trasparente, pure al soggetto che, anche in via temporanea, «esercita i poteri tutelari nei confronti del minore».

Stando a quanto già osservato, è evidente che la doppia comunicazione non ha ragione di effettuarsi nel caso si tratti di “piccolo minore” o comunque di un bambino che non ha maturato quella capacità di discernimento necessaria per elaborare l’informazione e determinarsi in modo consapevole. Sarà dunque sufficiente informare il tutore, anche provvisorio<sup>71</sup>, il quale, nella sua funzione di cura della persona del minore e di rappresentanza (art. 357 c.c.)<sup>72</sup>, svolgerà le necessarie valutazioni, «in conformità al principio dell’interesse superiore del minore» (art. 19, comma 6, d. lgs. 214/2015), giungendo a una scelta; la quale potrà eventualmente essere sottoposta al sindacato del giudice minorile qualora sorga il sospetto della mancanza del requisito di conformità al *best interest*.

Viceversa, in caso di minore ultradodicesimo munito della capacità di discernimento, la doppia comunicazione dell’informazione, da un lato rende ancor più effettiva la conoscenza da parte del minore del tipo, dello scopo e delle conseguenze delle indagini socio-sanitarie che comunque incidono sui suoi diritti fondamentali (ed è questo che giustifica l’obbligo di informazione nei suoi riguardi); dall’altro, consentendo anche al tutore di svolgere le proprie valutazioni nell’osservanza dei doveri tipici del proprio ufficio, rende maggiormente effettiva la realizzazione dell’interesse del minore, offrendo un ulteriore parametro di giudizio della “bontà” delle valutazioni compiute dal medesimo nel determinarsi in un certo senso. Tant’è che in caso di contrasto, sarà il giudice minorile a dover giudicare quale tra le due opposte letture è oggettivamente più conforme al *best interest*. In pratica, se il minore rifiuta il trattamento in modo palesemente contrario al proprio interesse, e ciò anche in base a quanto ritiene il tutore in sintonia con le professionalità coinvolte, il giudice minorile potrà mettere in discussione la capacità di discernimento, di orientarsi in conformità al proprio interesse, e dunque la tenuta delle scelte operate dal minore interessato.

---

VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999, 113 ss.; E. MORELATO, *Nuovi requisiti di forma nel contratto. Trasparenza contrattuale e neoformalismo*, Padova 2006, *passim*; R. SENIGAGLIA, *Accesso alle informazioni e trasparenza. Profili della conoscenza nel diritto dei contratti*, Padova, 2007, 111 ss.; B. PASSA, *La forma informativa nel diritto contrattuale europeo. Verso una nozione procedurale di contratto*, Napoli, 2008, 87 ss.; L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008, 260 ss.; R. ALESSI, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 311 ss.

<sup>71</sup> L’art. 6, comma 3, l. n. 47/2017 dispone che «sino alla nomina di un tutore, i compiti relativi alla richiesta di permesso di soggiorno o di protezione internazionale possono essere svolti dalla struttura di prima accoglienza».

<sup>72</sup> Si veda G. BISEGNA, voce *Tutela e curatela (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino, 1973, 933; A. BUCCIANTE, *La potestà dei genitori, la tutela e l’emancipazione*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, 4, *Persona e famiglia*, t. III, II ed., cit., 671 ss.; M. DOGLIOTTI, voce *Tutela e curatela*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 474; P. PAZÉ, *La tutela e la curatela dei minori*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. ZATTI, vol. VI, *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, a cura di L. LENTI, II ed., cit., 336.



4. – Abbiamo osservato che nel sistema dei mezzi di protezione del minore, il fattore tempo costituisce una componente fondamentale dell'effettività della tutela. La protezione del “minore a rischio”, infatti, si realizza, in pienezza, nella misura in cui essa viene attuata pressoché contestualmente all'accertamento della situazione di disagio o comunque nel minor tempo possibile. Ne discende che anche la disciplina a tutela dei minori stranieri non accompagnati, specialmente nella parte novellata dalla legge Zampa, deve essere di volta in volta ripulita da tutti quegli adempimenti che, pur essendo richiesti dal legislatore, risultano realisticamente non attuabili in base alle circostanze del caso e alla disciplina generale.

Specialmente nella fase di identificazione del minore, il pericolo di disfunzioni generate da insensati rallentamenti, provocati anche da approcci che presumono la costanza dell'accezione tecnica della terminologia legislativa<sup>73</sup>, si ravvisa non soltanto nel momento del colloquio/ascolto e dell'informazione sugli esami socio-sanitari volti a determinare l'età – pericolo che diviene reale, come abbiamo detto, se la disciplina speciale (quella di cui ci stiamo occupando) non viene fatta dialogare con quella generale in materia di ascolto del minore – ma anche con riferimento al momento “finale” degli accertamenti socio-sanitari connotato, pure esso, da una serie di adempimenti comunicativi.

Nello specifico, l'art. 19 *bis*, comma 7, dispone che il risultato dell'accertamento deve essere comunicato formalmente<sup>74</sup> al minore – osservando i medesimi criteri di trasparenza richiesti per le informazioni preliminari alla manifestazione del consenso al trattamento medesimo – all'autorità giudiziaria che ha disposto l'accertamento e all'esercente la responsabilità genitoriale<sup>75</sup>.

Proprio quest'ultimo riferimento, del tutto isolato e non ben comprensibile anche nella sua fattibilità pratica, può generare nell'interprete pratico (ma soprattutto nell'operatore) uno smarrimento sistematico, che rischia di tradursi in motivo di intralcio nel regolare e spedito svolgimento della procedura con pesanti ricadute, appunto, in termini di effettività rimediabile. Difatti – stando alla qualificazione dogmatica che la categoria assume nel nostro ordinamento, ovvero

---

<sup>73</sup> Si rinvia a G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da A. CICU e F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, vol. I, t. 2, Milano, 1980, 108 ss. V. anche S. ULLMANN, *La semantica. Introduzione alla scienza del significato*, trad. it. di A. BACCARANI e L. ROSIELLO, Bologna, 1962, 91 ss.

<sup>74</sup> L'art. 19 *bis*, comma 7, dispone pure che «nella relazione finale deve essere sempre indicato il margine di errore» del tipo di accertamento.

<sup>75</sup> Su tale concetto si veda, in particolare, G. DE CRISTOFARO, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di una innovazione discutibile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 780 ss.; E. AL MUREDEN, *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari*, in *Fam. dir.*, 2014, 466 ss.; A.G. CIANCI, *La nozione della responsabilità genitoriale (art. 316-317)*, in *La riforma della filiazione*, a cura di C.M. BIANCA, Padova, 2015, 579 ss.; F. RUSCELLO, *Autonomia dei genitori, responsabilità genitoriale e intervento «pubblico»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 717 ss.; G. FERRANDO, *Stato unico di figlio e varietà dei modelli familiari*, in *Fam. dir.*, 2015, 952 ss.; F. GIARDINA, *“Morte” della potestà e “capacità” del figlio*, cit., 1613-1614; M. SESTA, *Il rapporto genitori-figli nella famiglia unita e nella crisi*, in M. SESTA e A. ARCERI, *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, *La crisi della famiglia*, III, Milano, 2016, 85 ss.

## JUS CIVILE



quella di situazione giuridica soggettiva *propria del genitore*<sup>76</sup> – da un lato non si comprende per quale ragione il soggetto esercente la responsabilità genitoriale debba essere destinatario *soltanto* di tale informazione, che riguarda il risultato dell'accertamento, e non anche delle informazioni previste nelle fasi precedenti; d'altro canto, non è neppure chiaro il senso di escludere da tale comunicazione il tutore, anche provvisorio, che invece è stato destinatario delle informazioni preliminari alla manifestazione del consenso agli esami socio-sanitari.

Ma vi è un ulteriore profilo di oscurità. L'esercente la responsabilità genitoriale non viene contemplato nemmeno tra i soggetti a cui deve essere notificato il provvedimento finale di attribuzione dell'età (del quale, peraltro, non è specificato quale sia l'autorità competente ad emanarlo<sup>77</sup>), mentre tra questi compare, ancora una volta, l'esercente i poteri tutelari, se nominato, al quale è altresì riconosciuto il diritto di impugnativa.

Appurato ciò, delle due l'una: o il riferimento all'esercente la responsabilità genitoriale, come soggetto al quale deve essere comunicato il risultato dell'accertamento è un abbaglio del legislatore oppure vi è un senso e un significato che lo ordinano. Inoltre, qualora si giungesse alla prima conclusione, occorrerebbe chiarire se nessun adempimento comunicativo, oltre a quello verso il minore interessato, sia richiesto oppure se la comunicazione del risultato dell'accertamento debba essere indirizzata a un soggetto diverso da quello esercente la responsabilità genitoriale, vale a dire al suo rappresentante, il tutore nominato ai sensi dell'art. 19, comma 5, d. lgs. 214/2015<sup>78</sup>.

È evidente che tali dubbi ermeneutici muovono dalla premessa concettuale secondo la quale la responsabilità genitoriale, così come intesa nel sistema del nostro codice civile, riorganizzato dalla riforma del diritto della filiazione del 2012/2013, è una situazione giuridica soggettiva facente capo *esclusivamente* al genitore (art. 316 c.c.). Né in tale sistema, stando alle categorie dogmatiche implicate, è concepibile una scissione *assoluta e definitiva* tra titolarità ed esercizio<sup>79</sup>, potendo tutt'al più, per volontà del titolare della situazione giuridica soggettiva o della

<sup>76</sup> Cfr. M. SESTA, *Il rapporto genitori-figli nella famiglia unita e nella crisi*, cit., 88 ss. L'A. ritiene che l'espressione intenda porre l'accento «sui doveri di cura volti all'attuazione dell'interesse del figlio, rispetto al quale il ruolo dei genitori si configura alla stregua di una vera e propria funzione».

<sup>77</sup> C. CASCONI, *Brevi riflessioni in merito alla legge n. 47/17 (disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati): luci e ombre*, cit., 18 ss. osserva che la soluzione logicamente più sostenibile è che il pubblico ministero minorile promuova ricorso al Tribunale per i minorenni affinché decida l'attribuzione dell'età. In questo caso il provvedimento sarà reclamabile avanti alla Corte d'Appello, sezione minorile. In sostanza, si ravvisa la «razionalità di un sistema nel quale il pubblico ministero, raccolte le necessarie informazioni, proponga ricorso al giudice (in questo caso il Tribunale per i minorenni), il quale emette il decreto motivato che accerta in via definitiva l'età del minore straniero». L'A. ritiene però maggiormente munita di immediata concretezza operativa e dunque più conforme al principio di effettività la soluzione che individua nel pubblico ministero minorile il soggetto a cui spetta emettere il provvedimento di attribuzione dell'età. In questo caso il reclamo andrebbe proposto avanti al Tribunale per i minorenni (*op. cit.*, 20-22).

<sup>78</sup> Anche nei primi commenti alla nuova normativa si incontrano discorsi che riferiscono la responsabilità genitoriale al ruolo del tutore; così T. BRUNO, *I minori stranieri non accompagnati. Analisi ragionata della L. 7 aprile 2017*, n. 47, cit., 35.

<sup>79</sup> Su tale profilo problematico si rinvia a S. PUGLIATTI, voce *Esercizio del diritto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 622 ss.; M. GRAZIADEI, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, in G. ALPA, M. GRAZIADEI, A. GUARNIERI,



## JUS CIVILE

legge, verificarsi una sostituzione nell'esercizio di talune funzioni per il tramite di uno strumento formale di *supplenza*<sup>80</sup>; tant'è che anche quando l'art. 5 l. n. 184/1983 riconosce all'affidatario l'esercizio dei poteri connessi «con la responsabilità genitoriale in relazione agli ordinari rapporti con la istituzione scolastica e con le autorità sanitarie», si tratta di una *supplenza* istituita *ex lege* rispetto a talune funzioni e in ragione di evidenti esigenze operative, piuttosto che di un *esercizio* del potere di per sé inscindibile dalla titolarità<sup>81</sup>.

Gli interrogativi di carattere dogmatico e sistematico poc'anzi enunciati, si accentuano a seguito di osservazioni di ordine pratico. Difatti, pur non potendo escludere che al procedimento di determinazione dell'età si giunga conoscendo l'identità del genitore<sup>82</sup>, non è chiaro quale possa essere il ruolo dello stesso in tutta la procedura di identificazione del minore e quale sia il senso della comunicazione al medesimo soltanto del risultato finale dell'accertamento socio-sanitario.

Tali perplessità discendono dalla constatazione che la procedura di accertamento dell'età del minore per il tramite di esami socio-sanitari è attivata dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni<sup>83</sup> secondo un principio di progressività, quando non è possibile giun-

---

U. MATTEI, P.G. MONASTERI, R. SACCO, *Il diritto soggettivo*, in *Trattato dir. civ.*, diretto da R. SACCO, *La parte generale del diritto civile*, 2, Torino, 2001, 67, il quale precisa che «la nozione di diritto soggettivo implica il potere di compiere – attualmente o in futuro – atti di esercizio del diritto». Muovendo da tale schema, R. SACCO, *L'esercizio del diritto*, *ivi*, 290 ss., aggiunge che «la separazione fra diritto ed esercizio è qualcosa di patologico, rimane confinata nell'area del fatto, e finisce poi per produrre un nuovo parallelismo tra la situazione consistente nell'esercizio e la situazione consistente nel diritto», osservando che la realtà giuridica italiana non sempre combacia con questi modelli posto che «il diritto – o, almeno, il linguaggio del legislatore – conosce la figura del diritto scompagnato dal potere giuridico dell'esercizio»; dà ciò la seguente conclusione: «Quando le parole debbono indicare qualcosa che non ha consistenza (com'è, appunto, il diritto scompagnato dalla possibilità giuridica di esercitarlo), ci pare che il vocabolo adatto allo scopo sia quello più poetico». Si veda inoltre l'acuta analisi di A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 2013, 367 ss.

<sup>80</sup> Cfr. S. DELLE MONACHE, sub *art. 1388*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. GABRIELLI, *Dei contratti in generale*, a cura di E. NAVARRETTA e A. ORESTANO, artt. 1387-1424, Torino, 2012, 14.

<sup>81</sup> Pure nel caso di affidamento del figlio minore a un solo genitore a seguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio, ovvero all'esito di procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio, non tutti i poteri vengono riconosciuti in capo al genitore affidatario, al quale spetta appunto l'esercizio esclusivo della responsabilità genitoriale. L'art. 337 *quater*, infatti, prevede che le decisioni di maggiore interesse per i figli debbano essere adottate da entrambi i genitori. Si veda D. DI SABATO, *Spunti di riflessione sulla potestà dei genitori alla luce di alcuni recenti interventi del legislatore*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, 1000, la quale, con riferimento all'ipotesi di impedimento di uno dei genitori disciplinata dall'art. 317 c.c., ravvisa una *dissociazione* tra titolarità ed esercizio, più riconducibile al concetto di sostituzione, supplenza che di scissione assoluta e definitiva. V. anche C. IRTI, sub *art. 155 bis*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, *Provvedimenti riguardo ai figli, art. 155-155 sexies*, a cura di S. PATTI e L. ROSSI CARLEO, Bologna-Roma, 2010, 241-242.

<sup>82</sup> In questo caso, peraltro, il Tribunale per i minorenni valuterà se disporre il rimpatrio. In proposito, l'art. 8 della l. n. 47/2017 dispone che «il provvedimento di rimpatrio assistito e volontario di un minore straniero non accompagnato è adottato, ove il ricongiungimento con i suoi familiari nel Paese di origine o in un Paese terzo corrisponda al superiore interesse del minore, dal Tribunale per i minorenni competente, sentiti il minore e il tutore e considerati i risultati delle indagini familiari nel Paese di origine o in un Paese terzo e la relazione dei servizi sociali competenti circa la situazione del minore in Italia».

<sup>83</sup> Sui profili di competenza, si rinvia a E. DI NAPOLI, *Riflessioni a margine della «nuova» procedura di accerta-*

## JUS CIVILE



gere alla determinazione «in via principale», per mezzo di documenti anagrafici acquisibili dall'autorità di pubblica sicurezza anche avvalendosi della collaborazione delle autorità diplomatico consolari (art. 19 *bis*, comma 3, d. lgs. 214/2015).

La permanenza di «dubbi fondati» è, pertanto, il presupposto che giustifica il *tipo* di indagini, che si connota per un certo grado di invasività nella sfera personale.

Ora, la mancanza del documento anagrafico e di altre informazioni ricevute dal bambino nel corso del colloquio o dalla stessa autorità diplomatico-consolare, quando interpellata, normalmente è accompagnata, nella pratica, dall'ignoranza dell'identità dei genitori del minore. In tal caso, evidentemente, l'adempimento comunicativo all' esercente la responsabilità genitoriale del risultato dell'accertamento socio-sanitario non avrebbe ragione di essere.

Tuttavia, non è escluso che anche in assenza del documento anagrafico, i genitori possano essere comunque identificati sulla base dei risultati del colloquio con il minore o di altre fonti di informazione *immediatamente disponibili*, senza cioè dover attendere i risultati dell'istruttoria disposta dal comma 7 dell'art. 19 d. lgs. n. 142/2015<sup>84</sup>; il quale prevede l'avvio *tempestivo* di ogni iniziativa per l'individuazione dei familiari del minore straniero non accompagnato al fine di garantire il diritto all'unità familiare<sup>85</sup>. Queste indagini potrebbero richiedere tempi molto lunghi e comunque incompatibili con la necessità di garantire nel più breve tempo possibile una protezione definitiva al bambino; peraltro, esse sono funzionali a garantire il diritto all'unità familiare e non gli altri diritti fondamentali del minore, i quali esigono una tutela immediata, conforme al suo interesse<sup>86</sup>.

---

*mento dell'età del minore straniero non accompagnato ai sensi dell'art. 5 della L. 47/2017*, cit., 18 ss. Si veda, inoltre, Trib. min. Trieste, decr., 12 luglio 2017, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), il quale ritiene che il procedimento di accertamento socio sanitario sia da «attivarsi e seguirsi dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni (...)» e che «secondo un'interpretazione letterale e sistematica delle norme (...), il “provvedimento di attribuzione dell'età” sia un provvedimento di natura decisoria rimesso al giudice, che si colloca all'esito degli accertamenti demandati dalla norma al Pubblico ministero».

<sup>84</sup> Non pare, infatti, conforme alle esigenze di effettività della tutela avviare, in questa fase, un'apposita istruttoria per ricercare i genitori. Ciò allungherebbe in modo irragionevole i tempi con inevitabile pregiudizio per la persona da proteggere.

<sup>85</sup> Cfr. T. BRUNO, *I minori stranieri non accompagnati. Analisi ragionata della L. / aprile 2017*, n. 47, cit., 33. La disposizione normativa aggiunge che «il Ministero dell'interno, sentiti il Ministero della giustizia e il Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale, stipula convenzioni, sulla base delle risorse disponibili del fondo nazionale per le politiche e i servizi dell'asilo, con organizzazioni internazionali intergovernative e associazioni umanitarie, per l'attuazione di programmi diretti a rintracciare i familiari dei minori non accompagnati». In sostanza, in base a tale norma, dal momento in cui il bambino è ricevuto nel centro di prima accoglienza, devono essere attivate tutte le iniziative possibili, anche in base a convenzioni stipulate dal governo con organizzazioni internazionali, al fine di rintracciare il familiare del minore non accompagnato. La disposizione precisa inoltre che «le ricerche ed i programmi diretti a rintracciare i familiari sono svolti nel superiore interesse dei minori e con l'obbligo della assoluta riservatezza, in modo da tutelare la sicurezza del richiedente e dei familiari».

<sup>86</sup> Su tale profilo si veda, in particolare, G. FERRANDO, *Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali*, in *Pol. dir.*, 1998, 167 ss.; E. QUADRI, *L'interesse del minore nel sistema del diritto civile*, in *Fam. dir.*, 1999, 80 ss.; L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., 86 ss.



## JUS CIVILE

In ogni caso, nell'ipotesi in cui si giunga a conoscere l'identità dei genitori in modo immediato e rapido, nel corso del primo colloquio con il bambino, si fa fatica a ravvisare valide ragioni che, nel procedimento di identificazione del minore, giustificano il coinvolgimento degli stessi soltanto nella fase di comunicazione dei risultati dell'accertamento socio-sanitario volto alla determinazione dell'età.

Più precisamente, è ben possibile che, pur se non previsto espressamente, l'autorità di pubblica sicurezza, anche per il tramite delle autorità diplomatico-consolari, coinvolga l'esercente la responsabilità genitoriale già in sede di assunzione di informazioni sull'identità del bambino, in ossequio ai principi generali che presiedono l'azione amministrativa e al principio del *best interest of the child*. Quest'ultima regola fondamentale, peraltro, funge sempre da criterio di giudizio dell'opportunità dell'attivazione del contatto, anche nella fase di determinazione dell'età per mezzo di accertamenti socio-sanitari.

Ebbene, l'eventuale contatto con l'esercente la responsabilità genitoriale (il genitore) per acquisire informazioni sull'identità del minore potrà verosimilmente dar luogo a tre possibili esiti: a) il genitore comunica un'informazione attendibile; b) il genitore rimane reticente; c) il genitore comunica un'informazione non attendibile. Nel primo caso, non si procederà con gli esami socio-sanitari volti alla determinazione dell'età e quindi non si pone il problema della comunicazione dei relativi esiti; nelle altre due ipotesi, invece, la Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni avrà ragione di disporre quegli accertamenti. Ma comunque rimane oscuro il profilo funzionale dell'obbligo di comunicazione dell'esito degli esami socio-sanitari al genitore risultato reticente o mendace, in sostanza poco affidabile.

Per di più, se l'esercente la responsabilità genitoriale non fosse concorde con il risultato dell'accertamento, egli non potrebbe opporsi perché non è riconosciuto in capo a lui alcun potere di impugnativa; non a caso la legge dispone la mera *comunicazione* e non la *notificazione*, come avviene invece, nei riguardi dell'esercente i poteri tutelari, per il provvedimento finale di attribuzione dell'età. L'opinione di quel genitore, allora, potrebbe tutt'al più essere presa in considerazione dal tutore nel momento in cui svolge le valutazioni per decidere se impugnare il provvedimento. Ma anche rispetto a questa possibilità si oppone l'esperienza pratica, atteso che il tutore avrà un approccio molto diffidente nei confronti dei rilievi avanzati dall'esercente la responsabilità genitoriale, che in sede di acquisizione delle informazioni sull'età del bambino è rimasto reticente o mendace.

In definitiva, anche nell'ipotesi in cui i genitori siano conosciuti dall'autorità, l'adempimento comunicativo del risultato dell'accertamento socio-sanitario volto alla determinazione dell'età del bambino straniero non accompagnato pare privo di senso. Ma, trattandosi di un adempimento procedurale, la sua irragionevolezza si traduce in un pregiudizio per il minore, il cui interesse esige una protezione *immediata*, senza perdite inutili di tempo.

Ritorna allora l'interrogativo di partenza volto a chiarire il significato di quel riferimento, del tutto estemporaneo, all'esercente la responsabilità genitoriale, quando invece nelle fasi prece-

## JUS CIVILE



denti e successive della procedura compare soltanto la figura dell'esercente i poteri tutelari. Una questione ermeneutica, questa, da analizzare nella piena consapevolezza del fatto che «quando in un documento legislativo un vocabolo ricorre in una accezione tecnicizzata, non è consolidata la presunzione che anche in tutti gli altri documenti legislativi dello stesso sistema il vocabolo ricorra nella stessa accezione tecnicizzata»<sup>87</sup>.

A noi pare, invero, che l'utilizzo della categoria responsabilità genitoriale sia avvenuto, ad opera del legislatore, associando ad essa un significato diverso da quello (rigido e tecnico) attribuito alla medesima dal diritto interno della filiazione. Segnatamente, se si esclude, per le ragioni illustrate e alla luce del principio di effettività (e di ragionevolezza), che si sia voluto coinvolgere, nella specifica fase procedurale, *esclusivamente* il genitore, la responsabilità genitoriale non può che essere associata al significato (elastico e atecnico)<sup>88</sup> che ad essa è attribuito dalle fonti extrastatali, che per prime l'hanno impiegata.

Il riferimento è, in particolare, al Reg. CE n. 2201/2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, il quale all'art. 2, n. 7, definisce la responsabilità genitoriale come l'insieme dei «diritti e doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria, della legge o di un accordo in vigore riguardanti la persona o i beni del minore. Il termine comprende, in particolare, il diritto di affidamento e il diritto di vita». Un'ampiezza semantica, quindi, che si spinge ben oltre la relazione genitore-figlio, comprendendo anche il rapporto tra il minore e un soggetto diverso dal genitore, che sia titolare di una situazione giuridica soggettiva sulla persona del minore stesso o sui suoi beni. La medesima estensione semantica, anche più esplicita, connota la categoria nel sistema della Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei minori del 25 gennaio 1996; la quale, all'art. 2, lett. b), considera «detentori della responsabilità genitoriale» non soltanto i genitori, ma pure «altre persone o organi abilitati ad esercitare tutte o parte delle responsabilità genitoriali».

In questo significato, capace di includere molteplici rapporti giuridici di cui sia parte un minore, rientra evidentemente anche il tutore minorile o chi esercita le sue funzioni anche in via provvisoria<sup>89</sup>. In questi termini, assume senz'altro valore ermeneutico l'art. 5 del D.P.C.M. 10 novembre 2016, n. 234<sup>90</sup>, che indicando i destinatari della comunicazione dei risultati della procedura di accertamento dell'età mediante esami socio-sanitari, annovera accanto al giudice tute-

---

<sup>87</sup> G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., 111. L'A. osserva che «si manifesta talvolta in dottrina la tendenza a presumere implicitamente la costanza terminologica del legislatore, ma questa tendenza dottrinale non si è mai potuta tradurre in prassi applicativa perché urta contro una barriera costituita da risultati di insensatezza che verrebbero attribuiti a taluni enunciati legislativi».

<sup>88</sup> Così, G. DE CRISTOFARO, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di una innovazione discutibile*, cit., 791.

<sup>89</sup> Già la letteratura più risalente accostava il tutore al ruolo del genitore nell'educazione del minore; v., in tal senso, G. BISEGNA, voce *Tutela e curatela*, cit., 933.

<sup>90</sup> Vedi *supra* nota n. 58.

## JUS CIVILE



lare e al presunto minore, il tutore o la persona che esercita, anche temporaneamente, i poteri tutelari.

Soltanto se attrezzata di questi contenuti, la procedura istituita dalla l. n. 47/2017, volta a definire l'identità del minore, appare sorretta da quel rigore che la rende ragionevole e idonea a realizzare l'effettività della tutela

Se così è, non può comunque passare inosservata la singolarità del fatto che un atto normativo frutto di una scelta politica "puramente" interna utilizzi una categoria presente nell'ordinamento con un proprio significato *tipico*, associandola però al significato che essa assume in altri contesti ordinamentali<sup>91</sup>. Sorge allora la domanda: siamo forse in presenza di un segnale di ripensamento, da parte del legislatore, di valutazioni normative precedentemente operate? È evidente, infatti, che tale *defaillance* sostiene la critica che una dottrina particolarmente acuta ha mosso alla scelta del legislatore del 2013 di sostituire la categoria della «potestà genitoriale» con la «responsabilità genitoriale»<sup>92</sup>, attribuendole un significato diverso da quello associato alla medesima espressione dalle fonti internazionali e sovranazionali che ad essa hanno fatto ricorso ben prima del legislatore interno<sup>93</sup>; con la conseguenza che non si è realizzato un adeguamento dell'ordinamento italiano agli altri ordinamenti, ma una sovrapposizione di categorie che pur nell'identità lessicale differiscono nel significato. Tant'è che quella stessa dottrina, nel tracciare il campo semantico della «responsabilità genitoriale» introdotta dalla riforma del diritto della filiazione, giunge alla conclusione che «nonostante il mutamento di terminologia, la situazione giuridica oggi designata come responsabilità genitoriale è sostanzialmente identica alla situazione giuridica che un tempo il codice civile designava come potestà, così come ricostruita ed intesa dalla dottrina e dalla giurisprudenza più recenti, con orientamenti interpretativi largamente consolidati»<sup>94</sup>.

<sup>91</sup> Si vedano, in proposito, le considerazioni svolte da N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 28-34.

<sup>92</sup> Il riferimento è, in particolare, a G. DE CRISTOFARO, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di una innovazione discutibile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 782 ss., il quale osserva che l'art. 2 della legge di riforma n. 219/12 «si era limitato ad annoverare, fra i principi e i criteri direttivi di cui il Governo avrebbe dovuto attenersi nell'esercitare la delega così conferita, l'"unificazione delle disposizioni che disciplinano i diritti e i doveri dei genitori nei confronti dei figli nati dal matrimonio e dei figli nati fuori dal matrimonio, delineando la nozione di responsabilità genitoriale quale aspetto dell'esercizio della potestà genitoriale"». Pertanto, l'A. osserva che la sostituzione della "potestà genitoriale" con la "responsabilità genitoriale", operata dal d. lgs. 154/13, non era imposta «né tantomeno autorizzata dalla legge delega». Egli conclude ritenendo che non vi sia dubbio «che – sostituendo integralmente la nozione di "potestà genitoriale" con quella di responsabilità genitoriale, il Governo sia incorso (non in un semplice eccesso di delega, bensì) in una vera e propria violazione di un criterio direttivo – espressamente dettato dall'art. 2, comma 1°, lett. h, della l. n. 219/12 – cui avrebbe dovuto attenersi nel redigere il decreto legislativo attuativo della delega» (*op. cit.*, 786).

<sup>93</sup> G. DE CRISTOFARO, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di una innovazione discutibile*, cit., 782 ss. Dello stesso A. si veda anche *sub art. 316 c.c.*, in G. CIAN e A. TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice civile*, a cura di G. CIAN, Padova, 2016.

<sup>94</sup> G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 795. V. inoltre M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. dir.*, 2013, 236; L. LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*,

## JUS CIVILE



5. – *Segue*. L'ipotesi ricostruttiva appena proposta pare confermata anche nell'altra innovazione operata dalla l. n. 47/2017 sul d. lgs. n. 142/2015, consistente nell'inserimento dei commi 7 *bis*, *ter*, *quater* nell'art. 19; essa comunque risulta avvalorata da tutto l'impianto di quest'ultima norma coordinata con l'art. 19 *bis*.

La procedura di accoglienza, disciplinata appunto dall'art. 19, prevede che al primo contatto con un bambino straniero non accompagnato debbano seguire misure di protezione e soccorso *immediate*, le quali si traducono nella sistemazione in strutture governative di prima accoglienza.

L'*immediatezza* assurge a principio generale di efficacia e di effettività dello specifico regime di tutela ed è espressa anche dalle tempistiche che devono scandire il procedimento: la sistemazione nella struttura di prima accoglienza deve durare il tempo *strettamente necessario* all'identificazione che deve concludersi entro dieci giorni e all'eventuale accertamento dell'età e comunque per non più di trenta giorni<sup>95</sup>. In questo breve periodo di permanenza nella struttura, il minore è reso edotto dei diritti fondamentali di cui è titolare e delle modalità attraverso le quali esercitarli; gli è inoltre garantito un colloquio con uno psicologo dell'età evolutiva, se necessario in presenza di un mediatore culturale, finalizzato a conoscere la sua situazione personale, le ragioni e le circostanze della partenza dal suo paese di origine e del viaggio effettuato, «nonché le sue aspettative future». Anche in tal caso il colloquio dovrà svolgersi nella piena osservanza del diritto all'ascolto di cui è titolare il minore.

Già questi adempimenti informativi e ricognitivi possono giungere a scardinare quel principio di immediatezza che deve ordinare le *provisorie* misure di protezione attivate nel momento del primo contatto col minore straniero non accompagnato; ma tale pericolo destabilizzante si coglie anche nel momento in cui si tenta di operare il coordinamento tra la disciplina dell'accoglienza e quella dell'identificazione del bambino istituita dall'art. 19 *bis*, da espletarsi pure nella struttura che lo ha accolto subito dopo il ritrovamento. Una procedura, quest'ultima, che, come abbiamo poc'anzi illustrato, prevede una pluralità di adempimenti particolarmente complessi. Lo stesso colloquio con il minore straniero non accompagnato, che deve seguire al contatto o alla segnalazione all'autorità competente, implica l'ascolto e prevede il concorso di più professionalità, coordinate tra loro, richiedendo, evidentemente, non poco tempo. La situazione, poi, si complica nel caso in cui permangano dubbi fondati in merito all'età; la quale potrà essere accertata per il tramite di esami socio-sanitari, che richiedono l'osservanza di una procedura i cui tempi, ancora una volta, rischiano di deludere quelli disposti dal legislatore.

In pratica, il termine di trenta giorni previsto dall'art. 19, attuativo del principio di immediatezza, rischia di rivelarsi un miraggio, violando il principio di effettività, con indubbe conseguenze pregiudizievoli sulla sfera giuridica e psichica del minore.

Questo problema – il quale incide su un principio che presiede la validità, il funzionamento

---

2013, 214; G. STANZIONE, *Filiazione e "genitorialità". Il problema del terzo genitore*, Torino, 2010, *passim*.

<sup>95</sup> Termine così ridotto, rispetto ai precedenti sessanta giorni, dalla l. n. 47/2017.



## JUS CIVILE

del diritto in generale<sup>96</sup> – va incontro a un aggravio ulteriore per quanto disposto, in modo evidentemente disordinato, dall'art. 19, comma 7 *bis* (pure introdotto dalla l. n. 47/2017). La disposizione prevede che nei cinque giorni successivi al colloquio di cui all'art. 19 *bis*, comma 1, l'esercente la responsabilità genitoriale, «anche in via temporanea», invia una relazione all'ente convenzionato, che avvia subito le indagini, sempre che tutto ciò non costituisca un rischio per il minore o per i suoi familiari e che sussista il consenso informato dello stesso minore nonché la conformità al suo interesse.

Il testo fa cadere l'interprete, ancora una volta, in uno stato di grave smarrimento, facendo fatica a immaginare l'operatività in concreto della scansione procedurale, l'osservanza delle tempistiche richieste dalla legge e dunque, del principio di *immediata* protezione del minore. Difficoltà, queste, non facilmente superabili nemmeno in via ermeneutica, ricostruendo un significato non vincolato a quello già formalmente associato alle categorie invocate<sup>97</sup>.

Analizzando più da vicino la prescrizione normativa – la quale richiede in tempi brevissimi una *relazione* dell'esercente la responsabilità genitoriale *previo* consenso informato del minore interessato e verifica della conformità al suo interesse – il problema che si pone, anzitutto in termini pratici, sta nel conciliare i due momenti dell'atto (la relazione), che pare essere discrezionale e non imposto, e del previo consenso informato del minore in uno con la valutazione (oggettiva) della conformità al suo superiore interesse. Sul piano operativo, potrebbe essere necessario che l'esercente la responsabilità genitoriale intenzionato ad inviare una relazione all'ente convenzionato, comunichi prima questa sua volontà per acquisire il consenso del minore interessato e il giudizio di conformità al suo interesse; i quali, se mancano, impediscono la relazione.

Se poi il riferimento all'esercente la responsabilità genitoriale fosse unicamente limitato ai genitori, tenuto conto che si tratta di un minore che giunge in Italia *solo*, pare possano prospettarsi due possibili situazioni: a) durante il colloquio o immediatamente dopo giunge all'ente convenzionato la relazione del genitore; b) durante il colloquio vengono raccolte informazioni sull'identità del genitore, il quale però non ha inviato alcuna relazione. Nel primo caso, tuttavia, sembra maggiormente verosimile l'ipotesi che il bambino porti con sé la relazione, posto che risulta difficile pensare, in concreto, che essa “viaggi” separatamente a lui e dopo aver acquisito il suo consenso. Infatti, il colloquio cui si riferisce il dettato normativo è quello che deve essere condotto dal personale qualificato della struttura di prima accoglienza con il minore straniero al momento in cui entra «in contatto o è stato segnalato all'autorità di polizia, ai servizi sociali o ad altri rappresentanti dell'ente locale o all'autorità giudiziaria». La funzione di questo colloquio è raccogliere tutti gli elementi utili alla ricostruzione della storia personale del bambino e ogni altro elemento utile a individuare la misura di protezione più aderente al suo interesse.

Ne discende che trattandosi dei primi momenti in cui viene ascoltato il bambino straniero, il

<sup>96</sup> Si rinvia a P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, *passim*.

<sup>97</sup> Cfr. N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., 34 ss.

## JUS CIVILE



primo accertamento che verrà operato e che assurge a condizione di attuazione di tutta la procedura è la sua situazione di bambino *solo*, in stato di abbandono contingente, in quanto non accompagnato dai soggetti cui compete la rappresentanza e l'assistenza nei suoi riguardi. In questo scenario pare difficile pensare a una relazione che dovrebbe essere inviata, in tempi brevi, all'ente convenzionato dai genitori del bambino.

Nel caso in cui, invece, il genitore indentificato non invii la relazione, quest'ultima, se intesa come atto discrezionale, non potrebbe essere pretesa dall'ente convenzionato, nemmeno in presenza del consenso del minore e della conformità al suo interesse.

Insomma, anche in tale ambito il riferimento all'esercente la responsabilità genitoriale pare non possa ritenersi limitato al genitore, ma debba intendersi comprensivo anche di altre figure, ivi compreso il tutore.

Lo dimostra, tra l'altro, il passaggio in cui il legislatore prevede l'invio della relazione anche in capo all'esercente la responsabilità genitoriale «in via temporanea»; atteso che il diritto civile italiano della filiazione non conosce la fattispecie dell'esercizio *temporaneo* della responsabilità genitoriale<sup>98</sup> – posto che essa appartiene unicamente ai genitori, i quali possono soltanto decadere (art. 330 c.c.) o essere destinatari di limitazioni (art. 333 c.c.) – il riferimento pare piuttosto debba intendersi alla figura del tutore provvisorio o di chi esercita temporaneamente i poteri tutelari<sup>99</sup> e quindi, di nuovo, al significato che la responsabilità genitoriale assume nel diritto europeo di matrice essenzialmente internazionalprivatistica.

Rimane comunque oscuro il senso e il contenuto di codesta relazione; l'unica precisazione operata dal legislatore riguarda l'attività che ad essa deve seguire ovvero l'avvio di indagini, non ulteriormente specificate, lasciando l'interprete nel dubbio se esse debbano riguardare la veridicità di quanto dichiarato nella relazione oppure ulteriori aspetti.

Insomma, anche tale adempimento, connotato dalla vaghezza, imprecisione e illogicità empirica, mette a rischio la speditezza della procedura e dunque l'immediatezza della protezione del superiore interesse del minore.

---

<sup>98</sup> L'art. 5 della l. n. 184/1983 riconosce all'affidatario l'esercizio «dei poteri *connessi* con la responsabilità genitoriale in relazione agli ordinari rapporti con la istituzione scolastica e con le autorità sanitarie». Ma questo non significa esercizio temporaneo della responsabilità genitoriale.

<sup>99</sup> Si veda in proposito, ad esempio, l'art. 6, comma 3, l. n. 47/2017 e l'art. 3, comma 1, l. n. 184/1983.