



La determinazione dell'età dei richiedenti asilo nei Paesi di “secondo approdo”: *in dubio pro software?* *

Luca Alessandria**

Sommario: 1. Introduzione. 2. Principi “guida” per l'accertamento dell'età nel contesto della procedura d'asilo – 2.1. Il sistema comune d'asilo e le fonti applicabili al procedimento di determinazione dell'età – 2.2. Il principio dei *best interests of the child* e il beneficio del dubbio quale suo corollario – 2.3. L'accertamento “transfrontaliero” dell'età tra autonomia procedurale e principio della fiducia reciproca tra Stati membri – 3. Peculiarità della istruttoria procedimentale nel paese di “secondo approdo” – 3.1. Le circostanze in cui sorge il dubbio circa l'età del richiedente. – 3.2. La valenza istruttoria delle risultanze dei sistemi informativi europei. – 3.3. Autonomia procedurale e *mutual recognition*: un esito decisionale a rime obbligate? – 4. Quale efficacia può essere riconosciuta alle determinazioni dell'età compiute dallo Stato membro di primo ingresso? – 4.1. La tensione apparente tra *mutual recognition* e beneficio del dubbio. – 4.2. Le implicazioni dei *best interests of the child* per l'autonomia procedimentale dello Stato membro di secondo approdo. – 4.3. Limiti e rimedi rispetto al riconoscimento di efficacia da parte dello Stato di “secondo approdo” alle determinazioni dell'età effettuate da un altro Stato membro. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Nonostante un progressivo calo rispetto al picco registrato in corrispondenza della cosiddetta «crisi dei rifugiati» nel 2015,¹ nell'anno 2020 tre nuove domande d'asilo su dieci sono state

Suggerimento di citazione: L. Alessandria, *La determinazione dell'età dei richiedenti asilo nei Paesi di “secondo approdo”*: in dubio pro software?, MARS paper, 1/2022, disponibile in: www.mars.santannapisa.it.

* La pubblicazione è stata elaborata con il supporto del programma Erasmus+ dell'Unione europea, nell'ambito del modulo Jean Monnet MARS. Il sostegno della Commissione europea alla produzione di questa pubblicazione non costituisce un'approvazione del contenuto, che riflette esclusivamente il punto di vista degli autori, e la Commissione.

** Luca Alessandria è dottore in giurisprudenza e Allievo ordinario di Scienze giuridiche della Scuola superiore di studi universitari e perfezionamento “Sant'Anna” di Pisa.

¹ L'espressione, equivalente a quella di «crisi migratoria», nonostante trovi evidentemente la propria radice nel tono sensazionalistico con cui i *media* descrissero nel 2015 l'aumento del numero di richiedenti asilo giunti in Europa a seguito della crisi (quella sì) in Siria (si v. a tal proposito, E. Greussing & H. G. Boomgaarden, *Shifting the refugee narrative? An automated frame analysis of Europe's 2015 refugee crisis*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 43(11).2017, pp. 1749-1774), è entrata a pieno titolo anche nel linguaggio accademico e istituzionale (si cfr. ad esempio, M. Savino (a cura di), *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017; S. Carrera, S. Blockmans, D. Gros and E. Guild, *The EU's Response to the Refugee Crisis Taking Stock and Setting Policy Priorities*, in *CEPS Essays*, n. 20.2015; European Commission, *Refugee crisis: European Commission takes decisive action*, 9 settembre 2015).

presentate da minori, di cui il 10 per cento non accompagnati.² Un simile dato, se raffrontato ad esempio con quello secondo cui tra il 2018 e il 2020 si sono perse le tracce di circa diciottomila minori stranieri non accompagnati,³ consente di comprendere, pur in assenza di numeri precisi, in quale misura il fenomeno dei c.d. movimenti secondari interessi la categoria (probabilmente) più vulnerabile tra i richiedenti asilo. L'entità e la rilevanza del fenomeno impongono una problematizzazione della peculiare condizione giuridica del minore straniero non accompagnato in uno Stato diverso da quello di "primo approdo", che evidenzia quale contemperamento si realizza nel sistema europeo comune di asilo tra l'esigenza di tutela del fanciullo richiedente asilo e le prerogative sovrane di controllo del territorio e delle frontiere proprie di ciascuno Stato membro. Nel contesto di una sì complessa problematica, si tenterà nel presente lavoro di analizzare partitamente un problema, una questione, che si pone in un momento logicamente anteriore e prodromico rispetto alla tutela del minore straniero non accompagnato, ossia nella fase di determinazione dell'età. L'età rileva, infatti, per la selezione delle regole e procedure migratorie applicabili nell'ambito dell'esame della domanda del richiedente asilo:⁴ in particolare, la minore età determina l'applicabilità di regole diverse con riferimento ai presupposti e alle modalità di trattenimento (ai sensi dell'art. 11, dir. 2013/33/UE del 26.6.2013), al trasferimento nello Stato competente secondo il Reg. 604/2013/UE del 26.06.2013 (c.d. Regolamento Dublino III), in particolare l'articolo 6, e alle decisioni di allontanamento a norma della direttiva dir. 2001/40/CE del 28.05.2001, nonché in ordine alle condizioni di accoglienza e assistenza.⁵ Il disconoscimento della qualità di minore del richiedente è dunque suscettibile di provocare conseguenze pregiudizievoli sul piano delle garanzie procedurali e della tutela dell'interesse materiale e morale nello Stato di secondo ingresso, ove questi abbia fatto domanda d'asilo. Ne consegue la capitale importanza della regolarità e dell'efficacia del procedimento di determinazione dell'età, le quali dipendono in definitiva dalla legittimità e dall'adeguatezza dei mezzi istruttori impiegati. Su questi ultimi, in mancanza di una disciplina uniforme tra gli Stati membri, ha da ultimo gettato luce la pubblicazione dei risultati dell'attività di monitoraggio recentemente svolta dallo *European Asylum*

² Tali dati si rinvencono in Eurostat, *3 out of 10 first-time asylum applicants are children*, 26 luglio 2021, consultabile all'indirizzo <https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-eurostat-news/-/ddn-20210726-1>.

³ Le cifre qui riportate sono state rese note dall'organizzazione Lost in Europe (cfr. <https://lostineurope.eu/file/no-numbers-file>) e pubblicate, tra gli altri, da J.P. Stroobants, *En trois ans, plus de 18 000 mineurs étrangers ont disparu en Europe*, in *Le Monde*, 19 aprile 2021.

⁴ In questo senso, *ex multis*, si vedano European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), *Age assessment and fingerprinting of children in asylum procedures – Minimum age requirements concerning children's rights in the EU*, 2018, p. 7, consultabile all'indirizzo <http://fra.europa.eu/en/publication/2018/minimum-age-asylum>; European Council on Refugees and Exiles (ECRE), *Detriment of the Doubt: Age Assessment of Unaccompanied Asylum-Seeking Children*, Dicembre 2015, AIDA Legal Briefing n. 5, p. 1; S. Penasa, *L'accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati: quali garanzie? Un'analisi comparata e interdisciplinare*, in *federalismi.it*, www.federalismi.it, n. spec. 2.2019, p. 99.

⁵ Sul punto, v. European Council on Refugees and Exiles (ECRE), *op. cit.*, p. 6 e European Asylum Support Office (EASO), *Guida pratica dell'EASO sulla valutazione dell'età*, 2018, p. 18.

Support Office (di seguito, EASO) in merito alle legislazioni vigenti e alle prassi invalse in ciascun ordinamento.⁶ Da tale indagine, con particolare riferimento alla determinazione dell'età svolta da uno Stato membro per determinare l'applicabilità dell'art. 6 del Regolamento Dublino III, emerge una questione di sicura rilevanza per la suddetta problematica, ma che sembra per il momento aver suscitato limitato interesse in dottrina: in che misura gli Stati membri dell'UE tengono conto, nel proprio accertamento, del risultato di una determinazione dell'età effettuata da un altro Stato membro?

All'esito di un movimento secondario, quando giunge nel Paese di destinazione, in effetti, lo straniero che proponga la domanda d'asilo e voglia essere riconosciuto quale minore non è destinato a scontrarsi solo con la «cultura del sospetto»,⁷ ne è ostacolato soltanto dalla carenza dei documenti anagrafici (carenza che in un'ampia parte dei casi contraddistingue i minori richiedenti),⁸ ma si trova in una posizione tale per cui l'autorità dello Stato cui domanda protezione è in possesso di un novero di informazioni che lo riguardano, provenienti dallo Stato di primo ingresso, che rischiano di orientare in modo incontrovertibile la determinazione.⁹ L'impiego nel sistema comune europeo di asilo di strumenti informativi digitali e banche dati comuni ha infatti reso disponibile – si vedrà in che misura – alle autorità migratorie e di sicurezza di ciascuno Stato membro anche le risultanze di accertamenti condotti da altri Stati sulle caratteristiche del richiedente asilo, ivi compresa l'età anagrafica. Le certezze, solo apparenti, che le autorità del paese di “secondo approdo” traggono dalla consultazione dei sistemi informativi europei, talora in virtù di un principio di *mutual recognition* che pure non pare sancito da alcuna normativa secondaria, rischiano di riverberarsi nella dinamica procedurale dell'accertamento dell'età del richiedente asilo con effetti dirompenti, in particolar modo allorché conducano all'accantonamento di altri metodi istruttori certamente disponibili.¹⁰ Allorché poi l'informazione dedotta dal *software* si ponesse in contraddizione con l'età affermata dal minore e l'autorità accertante ritenesse di riconoscere un valore dirimente a tale

⁶ La ricerca, condotta per la prima volta nel 2013, è stata nuovamente pubblicata come European Asylum Support Office (EASO), *Age assessment practices in EU+ countries: updated findings*, Luglio 2021, disponibile su <https://www.refworld.org/docid/6138b2cd4.html>.

⁷ L'espressione si ricava dalla parafrasi di quella di «*culture of disbelief*» impiegata da H. Crawley, *When is a child not a child? Asylum, age disputes and the process of age assessment*, ILPA research report, 2007, pp. 26 e ss, cui si rinvia anche per il relativo approfondimento.

⁸ Cfr. Id., *op. cit.*, p. 21; S. Penasa, *op. cit.*, p. 100; Advisory Committee on Migration Affairs (ACVZ), *Report: 'Detriment of the doubt' Age assessment and age registration in EU Member States of previous stay*, The Hague, ACVZ publication, 2020, *passim*; 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 *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3.2017, p. 2.

⁹ Tale circostanza, su cui si tornerà più diffusamente *infra*, è data per scontata da testi rivolti alla prassi quali European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), *Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration*, 2020, *passim*, e European Asylum Support Office (EASO), *Guida pratica dell'EASO sulla valutazione dell'età*, 2018, *passim*.

¹⁰ Su tali rischi ha richiamato recentemente l'attenzione il Report dell'Advisory Committee on Migration Affairs (ACVZ), *op. cit.*, con riferimento al contesto dei Paesi bassi, ma le prassi ivi analizzate e le osservazioni ivi contenute paiono assumere rilevanza anche nel resto del sistema comune europeo d'asilo.

risultanza, il dubbio sull'età del richiedente, benché originante dallo stesso *software*, invece che operare in beneficio del soggetto sino alla determinazione, finale e conclusiva, della situazione contraria, si risolverebbe in una presunzione di maggiore età, con evidente detrimento in termini di garanzie procedurali e tutele sostanziali.

Pur riconoscendo la sussistenza di una simile prassi in diversi Stati membri, prima di affermare la validità del principio “*in dubio pro software*”, appare necessario, operata una ricostruzione delle fonti applicabili alla luce del quadro normativo internazionale ed europeo e chiariti meglio gli elementi che contraddistinguono, sotto questo profilo, la procedura di accertamento dell'età nello Stato di “secondo approdo”, tentare di stabilire quale efficacia possa da questo essere legittimamente riconosciuta alle determinazioni dell'età del richiedente asilo effettuate da un altro Stato membro.

2. Principi “guida” per l'accertamento dell'età nel contesto della procedura d'asilo

2.1 Il sistema comune d'asilo e le fonti applicabili al procedimento di determinazione dell'età

Il quadro giuridico della procedura di determinazione dell'età dei minori stranieri, qui intesa quale momento della più ampia procedura di asilo, varia considerevolmente tra gli Stati membri,¹¹ principalmente con riferimento alle modalità di valutazione,¹² ma sembra possibile intravedere la progressiva convergenza dei singoli ordinamenti verso principi uniformi. Giacché, com'è noto, la Convenzione di Ginevra del 1951, ratificata in Italia con la l. n. 722/1954, oltre a recare la definizione dello *status* di rifugiato, pone in capo alle Parti contraenti obblighi strumentali alla protezione dei richiedenti, tra cui in primo luogo il principio di *non refoulement*, che, pur avendo un sicuro rilievo procedurale, non valgono a configurare una disciplina compiuta dell'*iter* che conduce al riconoscimento della tutela, può certamente dirsi che, sino agli anni Novanta, la regolamentazione della procedura d'asilo fosse in larga parte rimasta ricompresa nell'ambito dell'esercizio dei tradizionali «poteri di confine» dello Stato nazionale.¹³ Sebbene non si possa

¹¹ Una simile osservazione, per la verità assai ricorrente, oltre che in S. Penasa, *op. cit.*, p. 102 e AIDA, *The concept of vulnerability in European asylum procedures*, European Council of Refugees and Exiles, 2017, p. 35, si ritrova anche nella Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo e al Consiglio, *La protezione dei minori migranti*, COM(2017)211 final, del 12.4.2017.

¹² In questo senso, European Council on Refugees and Exiles (ECRE), *op. cit.*, p. 2 che cita, a tal proposito, l'European Asylum Support Office (EASO), *Age assessment practices in Europe*, Dicembre 2013, ma l'affermazione rimane valida anche con riferimento a European Asylum Support Office (EASO), *Age assessment practices in EU+ countries: updated findings*, Luglio 2021.

¹³ Si intende qui richiamare il titolo di F. Oliveri, “*Poteri di confine*” e i loro limiti. *Per una genealogia del diritto italiano dell'immigrazione*, in *Diritti oltre frontiera. Migrazioni, politiche di accoglienza e integrazione*, a cura di F. Biondi dal Monte e E. Rossi, Pisa, Pisa University Press, 2020, pp. 109-146. Inoltre, si sceglie qui per semplicità di far coincidere il processo della progressiva assimilazione delle discipline in materia d'asilo tra gli stati membri con il periodo della adozione delle prime iniziative della politica comune di asilo, che principia con la Convenzione di Dublino del 1990.

obliterare come, almeno parzialmente, lo Stato conservi tuttora la storica prerogativa di definire le condizioni di ingresso e permanenza nel proprio territorio, appare tuttavia d'obbligo riconoscere l'intervenuto mutamento del quadro normativo e procedere alla ricostruzione della disciplina della procedura di asilo, ed in particolare della procedura di determinazione dell'età dei MSNA, alla luce delle fonti internazionali, delle fonti dell'Unione europea e del diritto nazionale. Infatti, onde evidenziare l'applicabilità di principi comuni agli Stati membri dell'Unione nello svolgimento dell'attività di accertamento dell'età, occorre considerare attentamente quale margine di discrezionalità permanga in capo agli Stati una volta adempiute le obbligazioni che discendono dall'interazione dalle eterogenee fonti summenzionate.

Guardando in primo luogo alle fonti del diritto internazionale, è sufficiente rammentare, per i limitati fini del presente lavoro, come gli Stati membri dell'UE, oltre che della Convenzione di Ginevra, sono altresì parti contraenti della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) e della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989 (CRC); pertanto, tali Convenzioni internazionali dispiegano la propria efficacia, ove applicabili, anche nel contesto della procedura di asilo e, nello specifico, nell'accertamento dell'età dei richiedenti.¹⁴ In secondo luogo, è noto come la direttiva 2005/85/CE del 1.12.2005, dapprima, e la direttiva 2013/32/UE del 26.6.2013, c.d. "direttiva procedure" che l'ha poi sostituita, abbiano inteso operare un'armonizzazione minima delle regole vigenti nei singoli Stati membri attraverso l'affermazione di *standard* comuni, ossia di principi e garanzie che debbono trovare uniforme applicazione in tutti gli Stati, nella prospettiva di costituire quel «sistema europeo comune di asilo» già evocato nelle Conclusioni del Consiglio di Tampere e attualmente individuato quale obiettivo dal diritto primario dell'Unione.¹⁵ La procedura d'asilo, dunque, benché non sia fatta oggetto di una regolazione unitaria tra gli Stati membri, appare comunque quale *locus* giuridico retto da norme di principio comuni in relazione alle quali deve essere valutata la legittimità delle puntuali regole procedimentali adottate da ciascun ordinamento, e quindi anche delle regole attinenti alla determinazione dell'età dei richiedenti asilo. Né potrebbe essere revocata in dubbio la necessità di interpretare le norme della direttiva 2013/32/UE, e degli altri atti legislativi dell'Unione in materia di asilo, tra cui il Reg. 604/2013/UE del 26.06.2013 (c.d. Regolamento Dublino III), in conformità con i principi di fonte internazionale, al fine di prevenire antinomie tra gli *standard* di tutela e la violazione da parte degli Stati membri degli obblighi cui sono soggetti secondo il diritto

¹⁴ In questo senso, E. Di Napoli, *op. cit.*, p. 4. Si vedano, inoltre, G. Ciliberto e A.M. Roşu, *Asilo e protezione internazionale nella Cedu*, in *Questione giustizia*, www.questionegiustizia.it, e UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Observations on the use of age assessments in the identification of separated or unaccompanied children seeking asylum*, Giugno 2015.

¹⁵ Il riferimento è al *Programma di Tampere: verso un'Unione di libertà, sicurezza e giustizia*, Conclusioni della Presidenza del 15-16 ottobre 1999, consultabile al sito www.consilium.europa.eu, par. 15 e all'art. 78 TFUE.

internazionale convenzionale. D'altra parte, sono le stesse fonti primarie del diritto dell'UE, ed in particolare l'art. 78 TFUE, ad operare il raccordo tra le misure legislative adottate nell'ambito della politica comune di asilo e i trattati di diritto internazionale umanitario, allorché stabiliscono che «detta politica deve essere conforme alla convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e al protocollo del 31 gennaio 1967 relativi allo status dei rifugiati, e agli altri trattati pertinenti.»; nella categoria degli «altri trattati pertinenti» si iscrive indubbiamente la CEDU, le cui norme peraltro rappresentano principi generali del diritto dell'Unione, ma anche la CRC, nonostante la reticenza della Corte di Giustizia sul punto.¹⁶

Chiarito perciò come il procedimento che conduce al riconoscimento o al diniego dello *status* di rifugiato sia informato dalla vigenza di norme multilivello, occorre allora indicare quali siano le disposizioni che devono trovare applicazione da parte degli Stati membri nel definire le regole di svolgimento di accertamenti sull'età di minori richiedenti. In primo luogo, assume rilievo l'art. 10 della direttiva procedure che, in riferimento all'esame della domanda di protezione, ribadisce l'esigenza che le decisioni dell'autorità accertante siano adottate «previo congruo esame»: anche l'età del richiedente, quale elemento di fatto rilevante ai fini della decisione sullo *status* di rifugiato, deve essere oggetto di uno scrutinio appropriato (*appropriate examination*), secondo i criteri definiti dalla norma stessa, quali la natura individuale, obiettiva ed imparziale della decisione, l'impiego di informazioni sui Paesi di origine, la competenza specifica dei funzionari incaricati di condurre l'esame e la possibilità di questi di avvalersi di consulenti per l'esecuzione di accertamenti di natura tecnica. Evidente è il nesso tra l'esigenza di un'istruttoria adeguata e la disciplina dei mezzi istruttori, *in primis* dell'onere della prova: a tal proposito, secondo l'orientamento degli organismi internazionali competenti in materia di asilo e della costante giurisprudenza interna e sovranazionale,¹⁷ dal combinato disposto dell'art. 4, par. 1 della dir. 2011/95/UE del 13.12.2011 (c.d. «direttiva qualifiche») e degli articoli 12, par. 1, lett. a) e 13, par. 1, lett. b), dir. 2013/32/UE deriva un principio di «condivisione» dell'onere probatorio, tale per cui il richiedente dovrebbe essere posto in condizione di poter produrre tutti gli elementi necessari a motivare la domanda e, al contempo, l'amministrazione (o il giudice) dovrebbe sia cooperare con il richiedente al fine di assicurare la completezza del materiale probatorio e verificare l'attendibilità del medesimo, sia

¹⁶ Vd. a tal proposito R. Banks, *The Potential and Limitations of the Court of Justice of the European Union in Shaping International Refugee Law*, in *International Journal of Refugee Law*, Vol. 27, n. 2, p. 217, secondo cui «the purpose of this provision is to guarantee the conformity of the EU asylum policies with international law binding upon member states».

¹⁷ Si cfr. European Asylum Support Office (EASO), *Guida pratica*, cit., p. 67 e European Asylum Support Office (EASO), *Valutazione delle prove e della credibilità nell'ambito del sistema europeo comune di asilo. Un'analisi giuridica*, 2019, pp. 44 e ss, e la giurisprudenza ivi citata. Tale orientamento si richiama a UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, Dicembre 2011, HCR/1P/4/ENG/REV. 3, accessibile a <https://www.refworld.org/docid/4f33c8d92.html>, Section 196.

estendere il proprio scrutinio a tutti gli elementi significativi della domanda, anche se eventualmente non allegati dal richiedente. Mentre sotto il profilo amministrativo tale principio si traduce in un obbligo di cooperazione istruttoria, ossia di soccorso istruttorio e di dispiegamento dei metodi di indagine disponibili da parte dell'autorità procedente, sotto il profilo processuale esso si risolve in un'attenuazione del principio dispositivo in ordine all'onere della prova, sia per la doverosa attivazione dei poteri officiosi d'integrazione istruttoria sia per le modalità di valutazione della prova.¹⁸ Nonostante sembrano mancare disposizioni esplicitamente volte a declinare tali parametri nel contesto della procedura di determinazione dell'età degli stranieri sedicenti minori, alcune norme in materia *lato sensu* probatoria e specificatamente applicabili a tale procedimento possono essere desunte dall'art. 25, par. 5 della medesima direttiva, il quale, sotto il profilo dell'*an*, riconosce agli Stati membri la facoltà di esperire visite mediche per accertare l'età del minore non accompagnato laddove, in base a sue dichiarazioni generali o altre indicazioni pertinenti, siano sorti dubbi circa l'età, mentre, sotto il profilo del *quomodo*, dispone garanzie procedurali *ad hoc* per la salvaguardia della dignità dell'individuo e della attendibilità dei risultati dell'esame. Il fatto che l'art. 25, par. 5 disciplini espressamente solo una delle possibili modalità di determinazione dell'età, ossia il ricorso al mezzo istruttorio della perizia medico-legale, non può condurre a travisare la portata precettiva di tale disposizione: da un lato, la subordinazione dell'esperimento della visita medica alla sussistenza di un dubbio fondato, sorto a seguito dell'esame dei documenti e delle dichiarazioni del richiedente, qualifica l'indagine medica quale *extrema ratio* per la determinazione dell'età e, dunque, impone un giudizio di proporzionalità delle misure adottate dallo Stato membro rispetto all'esigenza di definire lo *status* del richiedente;¹⁹ dall'altro lato, tale articolo contiene una chiara enunciazione della regola del beneficio del dubbio in favore del richiedente, la quale sembrerebbe essere suscettibile di applicazione anche al di fuori dei casi di esame medico-legale inconcludente. Tali norme debbono poi naturalmente essere coordinate con il par. 6 dell'art. 25, a norma del quale «L'interesse superiore del minore costituisce un criterio fondamentale nell'attuazione, da parte degli Stati membri, della presente direttiva.». Nell'interpretare tale disposizione, tuttavia, sorge l'interrogativo su quali conseguenze debbano trarsi dalla qualificazione del *best interest of the child* (di seguito, anche, *BIC*) quale criterio "fondamentale" rispetto agli altri principi sin qui richiamati (il principio del congruo esame, il principio della collaborazione nella formazione della prova, il principio di proporzionalità, il beneficio del dubbio). La risposta a tale domanda non può prescindere da un'ulteriore indagine attorno al contenuto del principio del *BIC* nell'ambito delle procedure di determinazione dell'età dei richiedenti asilo.

¹⁸ Cin riguardo, ad esempio, alla sola giurisprudenza nazionale si v. Cass. s. n. 13897/2019, Cass. s. n. 29056/2019; Cass. s. n. 29054/2019; Cass. s. n. 28990/2018; Cass. s. n. 26921/2017; Cass. s. n. 29358/2018; Cass. s. n. 16201/2015.

¹⁹ Un simile orientamento traspare anche dall'affermazione di S. Penasa, *op. cit.*, p. 104.

2.2 *Il principio dei best interests of the child e il beneficio del dubbio quale suo corollario*

L'indagine può principiarsi rammentando che il principio della prioritaria considerazione dell'interesse del minore è sancito dall'art. 3 della Convenzione di New York del 1989, il cui primo comma recita « In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente.». La disposizione è stata, peraltro, tradotta nella previsione dell'art. 24, co. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, secondo cui « In tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente.». Secondo l'autorevole interpretazione del *Committee on the Rights of the Children* delle Nazioni Unite, l'art. 3 CRC avrebbe tre dimensioni, o, altrimenti detto, sarebbe fonte di tre distinte norme.²⁰ In primo luogo, essendo una clausola della Convenzione direttamente applicabile (*self-executing*), l'art. 3 determina l'insorgenza in capo allo Stato contraente dell'obbligo di prendere in considerazione il *BIC* nelle decisioni che riguardano un minore, e, correlativamente, l'attribuzione al minore della titolarità di un diritto soggettivo, azionabile in giudizio, del medesimo contenuto. In secondo luogo, il principio del *best interest* esprime la propria vincolatività sul piano ermeneutico, poiché il pieno rispetto del contenuto della norma non può prescindere da una interpretazione di clausole aperte in conformità con essa. Infine dall'art. 3 CRC discende una regola procedurale di carattere generale, tale per cui qualunque processo decisionale che possa incidere sulla sfera giuridica di un minore deve includere una appropriata valutazione del suo *best interest*, lo svolgimento e le risultanze della quale devono peraltro trasparire dalla motivazione della decisione. Nella prospettiva della presente indagine, allora, il generico richiamo operato dall'art. 25, par. 6 al *BIC* quale «criterio fondamentale» cui gli Stati devono attenersi nell'attuazione delle disposizioni della direttiva. tra cui anche quelle relative alle procedure di accertamento dell'età, deve intendersi operato al complessivo contenuto normativo dell'art. 3 CRC, nonché alle altre norme della Convenzione che concorrono a definire la nozione di «interesse» del minore. D'altronde, la doverosa conformazione della procedura d'asilo al principio espresso dall'art. 3 CRC sembrerebbe già conseguire alla ampia definizione del perimetro applicativo della Convenzione, che vincola gli Stati alla tutela di qualunque minore che dipende dalla loro giurisdizione, e appare altresì confermata anche dall'art. 22 CRC, il quale stabilisce espressamente l'obbligo degli Stati di predisporre «misure adeguate» affinché i fanciulli che cercano di ottenere lo *status* di rifugiato possano beneficiare della protezione e della assistenza umanitaria necessarie per poter

²⁰ UN Committee on the Rights of the Child (CRC), *General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (Article 3, para. 1)*, 29 Maggio 2013, CRC/C/GC/14.

usufruire dei diritti loro riconosciuti.²¹ Com'è stato osservato, la tutela dei minori, ivi compresi ovviamente i MSNA, si configura come un obbligo generale per lo Stato membro che si estrinseca nel dovere di predisporre meccanismi e misure adeguati allo *standard* di protezione sancito dalla Convenzione;²² in questo senso, le disposizioni della Convenzione costituiscono il *framework* all'interno del quale ciascun ordinamento è tenuto a strutturare il proprio «*comprehensive child protection system*».²³ A tale esigenza trasversale di tutela devono, in definitiva, essere adeguate anche le regole procedurali che governano la procedura di asilo.

Per quanto riguarda, in particolare, l'accertamento dell'età dei richiedenti asilo appare allora condivisibile l'osservazione secondo la quale, al fine di assicurare l'effettivo godimento dei diritti sanciti dalla Convenzione di New York, è essenziale che un minore sia identificato come tale, soprattutto se non accompagnato, motivo per cui gli Stati hanno un vero e proprio dovere di identificare i bambini come bambini, non appena la loro presenza sul territorio sia nota alle autorità.²⁴ L'attività amministrativa o giurisdizionale di determinazione dell'età, quindi, se definita come il procedimento attraverso cui le autorità cercano di stabilire l'età cronologica di un richiedente asilo, e in particolare se questi sia un minore o un adulto, con lo scopo di definire quali procedure e regole devono essere seguite,²⁵ si configura quale adempimento di tale dovere, adempimento che non può non essere improntato al *best interest of the child*.²⁶ Volgendo, dunque, a considerare quali conseguenze derivino dalla affermazione della cogenza del principio del *BIC*, come interpretato dal *Committee*, nella attività amministrativa e in quella giurisdizionale volte all'accertamento dell'età dei richiedenti asilo, risulta imprescindibile declinare quelli che sono stati previamente richiamati come i principi che presiedono all'esercizio di tale attività alla luce del contenuto sostanziale, ermeneutico e procedurale dell'art. 3 CRC. Pertanto, il principio del congruo esame sembra dover essere interpretato nel senso che risulta deficitaria un'istruttoria in cui manchi un'appropriata valutazione dell'impatto che la decisione sull'età potrebbe avere, sia in termini negativi sia in termini positivi, sul minore, prendendo in considerazione le specifiche circostanze in

²¹ A tal proposito, si v. J. Pobjoy, *Refugee Children*, in C. Costello, M. Foster, J. McAdam, *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 745 e ss.

²² Cfr. European Council on Refugees and Exiles (ECRE), *op. cit.*, p. 1 e UNHCR, *Observations, cit.*, par. 7.

²³ L'espressione si ricava da European Council on Refugees and Exiles (ECRE), *loc. ult. cit.*

²⁴ In questi termini, UNHCR, *Observations, op. cit.*, par. 8, con riferimento a UN Committee on the Rights of the Child (CRC), *CRC General Comment No. 6 (2005): Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside their Country of Origin*, 1 Settembre 2005, CRC/GC/2005/6, par. 31(i).

²⁵ Si confrontino le definizioni, per lo più concordanti, di FRA, *Age assessment and fingerprinting of children in asylum procedures, op. cit.*, p. 7 e European Council on Refugees and Exiles (ECRE), *loc. ult. cit.*

²⁶ Può forse riconoscersi un contrasto tra l'orientamento qui esposto e quello secondo cui il *best interest of the child* inciderebbe anche sull'*an* della determinazione dell'età nel senso che tale procedura dovrebbe essere svolta solo quando è nell'interesse del minore (come espresso, ad esempio, da S. Penasa, *op. cit.*, p. 114.); in realtà, come argomentato più avanti, si preferisce ricondurre tale regola all'applicazione di un generale principio di proporzionalità, interpretato alla luce del *BIC*.

cui questi versa, nella prospettiva di stabilire quale sia il suo prioritario interesse (ossia lo svolgimento del c.d. *best interests determination*). Di riflesso, il principio della collaborazione nella formazione della prova comporta che speciali garanzie procedurali circondino l'attività istruttoria volta alla determinazione dell'età, al fine di far emergere, anche al di là delle allegazioni del richiedente, l'insieme degli elementi utili ad accertarne la minore età, ma al contempo facendo salve le esigenze di protezione che derivano dalla sua condizione di particolare vulnerabilità. Tali garanzie, per lo meno in parte, sono previste dal già richiamato art. 25 della dir. procedure e dunque devono essere attuate dagli Stati membri;²⁷ tuttavia le fonti di *soft law* provenienti da autorevoli organismi internazionali sembrano indicare la necessità di andare oltre quanto previsto dalla direttiva, ossia uno *standard* minimo di tutela, per assicurare una «*comprehensive child protection*», e segnalano determinate soluzioni procedimentali e *best practices* come maggiormente idonee a rispettare il principio del *best interest*.²⁸ Allo scopo di consentirgli di far valere tutti gli elementi necessari alla decisione, ad esempio, assume primaria importanza il riconoscimento in capo al «fanciullo capace di discernimento» del diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, e il correlativo obbligo dell'autorità di prendere in considerazione tale opinione, pur «tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità».²⁹ Da tale norma che ha la sua fonte nella Convenzione di New York, pur in assenza di riferimenti in tal senso nella direttiva, potrebbe forse farsi discendere un obbligo per gli Stati membri di prevedere anche all'interno del procedimento amministrativo di determinazione dell'età una fase di ascolto, in senso lato, del richiedente la cui condizione di minore è contestata, ossia un colloquio o un'intervista (il che è ben lungi dall'essere la prassi in molti Stati membri).³⁰ Anche il principio di proporzionalità nella selezione e nell'applicazione delle misure di determinazione dell'età richiede di essere specificato alla luce della primaria considerazione dell'interesse del minore: infatti, sotto il profilo della necessità, lo svolgimento di un accertamento dell'età dovrebbe conseguire solo all'esistenza di un dubbio circostanziato circa l'età che il richiedente sostiene di avere, e il ricorso a una determinata tecnica di accertamento (quale, ad esempio, la perizia medico-legale) dovrebbe essere stabilito solo se è nell'interesse del minore; mentre, sotto il profilo della adeguatezza, la procedura (e, quindi, le tecniche ivi impiegate) dovrebbe rispondere non ad un'astratta esigenza di determinare

²⁷ Tra queste figurano, la nomina di un legale rappresentante o tutore e la garanzia dell'accesso alle informazioni, nonché condizioni di non-invasività, professionalità e volontarietà dell'esame medico-legale.

²⁸ Si v. EASO, *Guida pratica, cit.*, pp. 20 e ss; UNHCR, *Observations, cit.*, par. 9.

²⁹ Tale è il tenore dell'art. 12 CRC: «Gli Stati parti garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità. 2. A tal fine, si darà in particolare al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale.».

³⁰ Un riferimento fondamentale è EASO, *Guida pratica, cit.*, pp. 40 e ss.

precisamente l'età anagrafica del minore, bensì alla necessità di stabilire se trattare il richiedente quale un minore.³¹

La ricostruzione sin qui svolta sembra suggerire, però, una speciale rilevanza del principio del beneficio del dubbio. Infatti, il beneficio del dubbio rappresenta, per così dire, un *prius* in rapporto agli altri principi, idoneo a meglio specificare in che modo si realizzi (o si dovrebbe realizzare), nell'ambito della procedura di determinazione dell'età del richiedente asilo, quell'istanza di tutela che discende dalla Convenzione. Occorre, dunque, innanzitutto sgomberare il campo da possibili fraintendimenti attorno alla natura e al contenuto di tale principio, poiché, nonostante la reiterata affermazione dell'esistenza di un solo orientamento interpretativo compatibile con il dettato della CRC da parte dell'organo deputato a interpretarla,³² persistono in taluni ordinamenti disposizioni che manifestano una diversa concezione del beneficio del dubbio. Infatti, in taluni ordinamenti questo principio trova applicazione solo se il giudice (o, in senso ampio, l'organo decidente) non può ottenere una ragionevole certezza sull'età effettiva della persona dopo aver esaurito tutte le opzioni di indagine proceduralmente ammissibili, quali convengono alle circostanze del caso.³³ Secondo l'interpretazione preferibile, invece, il beneficio del dubbio opera in favore del sedicente minore, la cui età sia contestata, quale una presunzione relativa tale per cui, nel corso del procedimento amministrativo e/o del giudizio, questi dev'essere considerato un minore, fino all'accertamento della situazione contraria.³⁴ Solo tale opzione ermeneutica permette, infatti, di qualificare l'attività di determinazione dell'età quale una «decisione relativa ai fanciulli» ai sensi dell'art. 3 CRC; d'altronde è evidente che il *best interest* del minore non può avere adito nel «congruo esame» degli elementi istruttori già in fase di determinazione dell'età se il richiedente è presunto essere un adulto. Né si vede perché dovrebbero essere applicate, ad esempio all'atto di svolgere la perizia medico-legale, quelle peculiari garanzie sancite *expressis verbis* dalla direttiva in favore del minore, se il richiedente la cui età dev'essere determinata è considerato un adulto. La presunzione di minore età, invece, garantisce la piena applicazione dei principi precedentemente richiamati come scaturenti dall'art. 3 CRC e appare, perciò, una *conditio sine qua non* perché sin dalla fase di identificazione e determinazione dell'età il minore straniero richiedente possa accedere a quell'assistenza e quella protezione umanitaria che, ai sensi dell'art. 22 CRC, sono necessarie per il godimento dei diritti che gli sono riconosciuti in quanto fanciullo. D'altronde, se la contestazione della età da parte dell'autorità fosse sufficiente a privare un soggetto che si dichiara minore delle

³¹ In senso analogo, European Council on Refugees and Exiles (ECRE), *op. cit.*, p. 4.

³² V. UN Committee on the Rights of the Child (CRC), *General comment No. 6 (2005): Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside their Country of Origin*, Settembre 2005, disponibile a <https://www.refworld.org/docid/42dd174b4.html>, p. 10.

³³ Sembra questo essere, ad esempio, il caso della Germania (su cui v. EASO, *Guida pratica, cit.*, p. 5).

³⁴ Sul punto, si v. anche E. Di Napoli, *op. cit.*, pp. 8-9.

tutele che corrispondono a tale stato, per lo meno fino a un accertamento, lo Stato si sarebbe sottratto *medio tempore* al proprio obbligo di protezione senza possibilità per il sedicente minore di evitare tale situazione potenzialmente dannosa: in altri termini, il dubbio, traducendosi in una presunzione di maggiore età, si risolverebbe in pregiudizio del richiedente (e in beneficio, al massimo, della fiscalità generale).

2.3 L'accertamento "transfrontaliero" dell'età tra autonomia procedurale e principio della fiducia reciproca tra Stati membri

Nell'esaminare il quadro delle fonti applicabili alla procedura di determinazione dell'età nell'ambito del Sistema comune d'asilo, evidenziando in particolare gli orientamenti interpretativi delle disposizioni che ne assicurano la maggior congruità con il *framework* internazionale di tutela dei minori, si è dunque resa esplicita l'esistenza di norme di principio comuni che devono trovare attuazione in tutti gli Stati membri dell'UE. A tal proposito, se da un lato la non diretta applicabilità della direttiva 2013/32/UE (c.d. direttiva procedure) sembrerebbe comportare una piena autonomia degli Stati membri «in merito alla forma e ai mezzi» con cui assicurare l'esecuzione degli obblighi che discendono da tali norme di principio, benché temperata, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia, dai principi di equivalenza e di effettività,³⁵ dall'altro l'efficacia diretta di talune disposizioni chiare, precise e incondizionate contenute nella direttiva e la vigenza di obblighi derivanti da norme *self-executing* di fonte internazionale concorrono a ridurre tale margine di discrezionalità nell'attuazione. A titolo illustrativo, è sufficiente citare la doverosa integrazione del supremo interesse del minore nella decisione e l'applicazione della regola *in dubio pro minore* quali esempi di obblighi idonei a incidere sulla configurazione del quadro normativo applicabile alla determinazione dell'età, per lo meno nella misura in cui sono suscettibili di determinare in capo al minore richiedente una situazione giuridica soggettiva di vantaggio la cui lesione può essere fatta valere in giudizio. L'esistenza di uno *standard* di tutela del minore dotato di un sufficiente grado di vincolatività dovrebbe, dunque, determinare un ridimensionamento dell'autonomia procedurale degli Stati membri e, in ipotesi, la progressiva approssimazione e ravvicinamento tra le legislazioni, anche in materia di determinazione dell'età. Una prima evidenza in questo senso si rinviene nella giurisprudenza delle corti nazionali e sovranazionali che non ha mancato di censurare l'esercizio dell'attività di accertamento in quanto carente delle dovute garanzie nei confronti del soggetto la cui

³⁵ Si intende qui richiamare la nota interpretazione dell'art. 288 TFUE ad opera della Corte di Giustizia, come ricostruita in H. C.H. Hofmann, G. C. Rowe, A. H. Türk, *Principles Underlying the Relationship Between the European Union and the Member States*, in Id., *Administrative Law and Policy of the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 117-142.

età è contestata.³⁶ Tuttavia la pubblicazione delle nuove risultanze della ricerca condotta da EASO attorno alle legislazioni vigenti e alle prassi invalse negli Stati membri dell'UE per la determinazione dell'età dei minori, nel contesto dei procedimenti di valutazione della domanda di asilo, evidenzia significative evoluzioni nelle modalità di svolgimento di tale accertamento cruciale ai fini della salvaguardia dei diritti e degli interessi del minore, ma non lascia trasparire un quadro di insieme unitario, dal momento che persistono discrepanze non trascurabili nelle regole procedurali.³⁷ Anche a prescindere dalla sussistenza in taluni ordinamenti di sistematiche violazioni delle norme comuni del sistema europeo d'asilo,³⁸ difficilmente potrebbe affermarsi che i principi comuni, quali richiamati precedentemente, che presiedono allo svolgimento dell'attività di determinazione dell'età siano oggetto di un'uniforme applicazione in tutti gli Stati membri.

Tale circostanza, non potendo non incidere sulla fenomenologia delle procedure di asilo che interessano più di uno Stato membro (come nei frequenti casi di movimenti secondari), dev'essere valutata, insieme ad altri elementi, anche nella prospettiva di giudicare dell'esistenza e della vincolatività di un principio di *mutual trust*, ossia di fiducia reciproca tra Stati membri, quale fonte di norme applicabili al procedimento di determinazione dell'età "transfrontaliero". Com'è noto, il principio di fiducia reciproca origina nella giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di mercato interno, benché forse possa rinvenirsi il fondamento legale nella clausola di leale collaborazione prevista dal Trattato dell'UE,³⁹ e opera quale garanzia della libera circolazione delle merci, delle persone e dei servizi, in quanto limita lo svolgimento degli accertamenti, delle ispezioni, dei controlli nello Stato membro di destinazione a casi eccezionali, vigendo generalmente la presunzione che nello Stato membro d'origine siano applicate e rispettate le norme del diritto dell'Unione europea, ivi comprese quelle in materia di diritti fondamentali.⁴⁰ La progressiva estensione dell'ambito di applicazione del principio, e delle regole da esso promananti (quali il

³⁶ In questo senso, per una panoramica sul ruolo delle corti in prospettiva comparata, si v. S. Penasa, *op. cit.*, pp. 110 e ss.

³⁷ Si intende qui fare riferimento alle già citate European Asylum Support Office (EASO), *Age assessment practices in EU+ countries: updated findings*, Luglio 2021, disponibile su <https://www.refworld.org/docid/6138b2cd4.html>, le quali costituiscono la più aggiornata panoramica sulla disciplina della determinazione dell'età negli Stati membri dell'UE.

³⁸ In particolare Stati quali la Grecia, la Polonia, l'Ungheria si sono contraddistinti negli ultimi anni per ripetute violazioni del principio di *non refoulement* e per le deficienze strutturali nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo.

³⁹ In questo senso, C. Janssens, *The principle of mutual recognition in EU law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 28, che a sua volta cita G. Majone, *Regulating Europe*, Londra, Routledge, 1996, p. 279.

⁴⁰ Le fonti in materia sono estremamente numerose, pertanto ci si limiterà a richiamare in questo luogo quelle che hanno un più diretta connessione con l'argomento del presente lavoro. Per cui, sull'evoluzione giurisprudenziale relativa al principio di *mutual trust* si v. *Ibidem*, pp. 11 e ss, e S. Prechal, *Mutual Trust Before the Court of Justice of the European Union*, in *European Papers*, vol. 75, 2.2017. Mentre, sulle implicazioni della fiducia reciproca tra Stati membri rispetto al sistema comune europeo d'asilo, si cfr. G. Anagnostaras, *The Common European Asylum System: Balancing Mutual Trust Against Fundamental Rights Protection*, in *German Law Journal*, 2020, 21, pp. 1180–1197; L. A. Jiménez, *Effective Judicial Protection and Mutual Recognition in the European Administrative Space*, in *German Law Journal*, 2021, 22, pp. 344–370; S. Bartolini, *In the name of the best interests of the child: the principle of mutual trust in child abduction cases*, *Common Market Law Review*, 2019, 56, pp. 91–120.

divieto di doppi controlli, il mutuo riconoscimento, ecc), che è giunto a ricomprendere settori di *policy* quali lo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, ove non figura come valore fondante la libera circolazione, ha generato una tensione tra l'effettiva protezione dei diritti fondamentali e l'efficace applicazione del diritto dell'Unione.⁴¹ La scaturente necessità di reperire un equilibrio tra fiducia reciproca tra Stati membri ed esigenze di tutela si riverbera sia in una dimensione astratta, *ex ante*, imponendo al legislatore europeo di dettare una regola ispirata al *mutual trust* solo nella misura in cui esista tra gli ordinamenti nella *subiecta materia* un «*sufficient common ground*»,⁴² ossia un sufficiente livello di armonizzazione, sia sul piano concreto, *ex post*, allorché i singoli casi dimostrano i limiti dell'architettura del quadro regolatorio europeo fondato sulla *mutual recognition*.⁴³ Ecco dunque che anche nell'ambito del sistema comune europeo di asilo con riferimento al principio di *mutual trust* si manifesta «*the attempt to strike a balance between the need to ensure the effective functioning of the CEAS and the aspiration to protect the legal interests of asylum seekers and beneficiaries of international protection.*».⁴⁴ Ai fini del presente lavoro, può infatti essere utile rammentare che operano nel sistema comune di asilo due principali meccanismi fondati sulla fiducia reciproca: il primo è previsto dal Reg. 604/2013/UE del 26.06.2013 (c.d. Regolamento Dublino III) in riferimento alla determinazione del Paese competente a esaminare la domanda di asilo, e al relativo trasferimento del richiedente nello Stato di primo ingresso; il secondo è il sistema di riconoscimento reciproco delle decisioni di allontanamento relative a cittadini di paesi terzi, che è disciplinato dalla dir. 2001/40/CE del 28 maggio 2001.⁴⁵ Nonostante le differenze, in entrambe le ipotesi l'applicazione della regola determina una sospensione da parte dello Stato membro di secondo ingresso della funzione di tutela nei confronti dei richiedenti asilo che si trovano nel suo territorio, la quale è compensata dalla presunzione di fiducia reciproca secondo cui i richiedenti asilo trasferiti nello Stato membro responsabile riceveranno una protezione equivalente dei loro diritti fondamentali.⁴⁶ Le possibili conseguenze negative per il richiedente che derivano da una “applicazione cieca” di tali meccanismi appaiono incompatibili con l'esigenza di tutela dei minori stranieri non accompagnati, e in particolare con lo *standard* di protezione cui gli

⁴¹ Sul tema, si v. F. Maiani e S. Migliorini, *One principle to rule them all? Anatomy of mutual trust in the Law of the Area of Freedom, Security and Justice*, in *Common Market Law Review*, 57, 1.2020, pp. 7–44.

⁴² Così C. Janssens, *op. cit.*, p. 28.

⁴³ Il rimando è ovviamente alla giurisprudenza della Corte di Giustizia sui limiti del principio di *mutual trust* nell'ambito dell'applicazione del Regolamento di Dublino, i cui più recenti sviluppi sono analizzati da G. Anagnostaras, *op. cit.*, pp. 1182 e ss.

⁴⁴ La citazione è tratta da *ibidem*, p. 1184 con riferimento alla pronuncia Corte giust, sent. 19.3.2019, C 163/17, *Abubacarr Jawo v. Bundesrepublik Deutschland*.

⁴⁵ Più in generale, sui meccanismi di *mutual recognition* operanti nel diritto dell'UE, si v. J.J. Pernas García, *The EU's Role in the Progress Towards the Recognition and Execution of Foreign Administrative Acts: The Principle of Mutual Recognition and the Transnational Nature of Certain Administrative Acts*, in *Recognition of Foreign Administrative Acts*, a cura di J. Rodríguez e A. Muñoz, Cham, Springer International Publishing, 2016, pp. 15-32.

⁴⁶ In questi termini, S. Bartolini, *op. cit.*, p. 95.

Stati sono vincolati in conformità alla Convenzione di New York del 1989; ragion per cui, per lo meno nel Regolamento di Dublino III, sono previste particolari cautele in rapporto al trasferimento del minore, ossia il previo esperimento di una valutazione del suo preminente interesse quale condizione per la decisione di trasferimento.⁴⁷ Nondimeno il difficile bilanciamento sotteso alla disciplina di tali meccanismi ne suggerisce la eccezionalità, per lo meno nel quadro delle politiche migratorie dell'Unione europea, e dunque l'inapplicabilità in via analogica: in altri termini, bisogna riconoscere che il principio di *mutual trust* «allo stato attuale del suo sviluppo, non è un principio autonomo applicabile indipendentemente dalla legislazione secondaria o che prevalga su di essa, ma, al contrario, esso si applica attraverso la legislazione.»⁴⁸ In assenza di una fonte secondaria che istituisca un meccanismo procedurale fondato sulla fiducia reciproca tra Stati membri, lo Stato membro rimane soggetto solo a un generale obbligo di leale collaborazione.

In definitiva, il quadro giuridico della procedura di determinazione dell'età "transfrontaliera, benché ancora fortemente condizionato dalle discrasie scaturenti dall'autonomia procedurale degli Stati membri, appare informato da principi comuni di indubbia cogenza volti ad assicurare il difficile equilibrio, nel sistema comune europeo d'asilo, tra efficacia e tutela; essendo tuttavia incompleto il processo di armonizzazione, le spinte in avanti nella direzione della fiducia reciproca non trovano *de jure condito* giustificazione nella legislazione secondaria e devono, perciò, essere vagliate criticamente.

3. Peculiarità della istruttoria procedimentale nel paese di "secondo approdo"

3.1 Le circostanze in cui sorge il dubbio circa l'età del richiedente

Per il soggetto straniero presente nel territorio di uno Stato diverso da quello di primo ingresso, come sono particolari i rischi del mancato riconoscimento della sua minore età, così sono peculiari le circostanze dalle quali può sorgere una contestazione dell'età asserita. Un'analisi della procedura di accertamento dell'età che tenga conto di tali specificità non può tuttavia prescindere dal rispondere, almeno sommariamente, a un interrogativo preliminare: perché un minore straniero non accompagnato dovrebbe allontanarsi dallo Stato membro cui è giunto in primo luogo? Ebbene, una ragione potrebbe essere individuata nella circostanza per cui i bambini migranti sono indotti a credere che sia preferibile per loro non essere identificati come minori al fine di evitare di essere oggetto delle misure di protezione dello Stato membro in cui si trovano e così poter continuare a

⁴⁷ In particolare, le garanzie per il minore nelle procedure di applicazione del Regolamento 604/2013 sono previste dall'art. 6.

⁴⁸ In questi termini, F. Maiani e S. Migliorini, *op. cit.*, p. 11 (trad. mia).

spostarsi.⁴⁹ Tale ipotesi, per quanto verosimile, appare comunque contraddetta sia dalla scarsa significatività che in molti contesti socio-culturali riveste l'età anagrafica sia dal fatto che «risulta provato come molti bambini migranti non si rendano conto del significato e delle implicazioni della contestazione della loro età, sia per quanto riguarda le modalità con cui viene esaminata la loro domanda di asilo, sia per quanto riguarda i diritti all'assistenza o all'istruzione».⁵⁰ Sembra dunque parimenti plausibile la spiegazione secondo la quale i movimenti secondari sarebbero da imputarsi agli ostacoli al ricongiungimento familiare di carattere legale e amministrativo, che si traducono in lunghi periodi d'attesa, che possono durare anni, e che inducono i bambini a tentare di raggiungere le proprie famiglie da soli.⁵¹ Se a quanto osservato si unisce la considerazione dei casi in cui la minore età sia stata disconosciuta dalle autorità dello Stato di ingresso, si può ritenere di avere inquadrato, pur non esaustivamente, le principali cause dei movimenti secondari dei minori migranti all'interno dell'area Schengen. È del tutto evidente come le cause sistemiche informino le dinamiche concrete che determinano gli spostamenti “clandestini” del minore migrante e si riflettano anche sulle circostanze della contestazione della età nello Stato di destinazione. La vicenda dello spostamento intra-Schengen, che a monte determina il carattere trans-frontaliero della procedura di asilo, tende in altre parole a condizionare le cause, le modalità di svolgimento e gli esiti dell'accertamento nello Stato di destinazione.

Sebbene, infatti, si sia affermata la sussistenza di un principio di necessità che impone agli Stati membri di limitare il ricorso alla procedura di determinazione dell'età ai casi in cui ciò sia nell'interesse del presunto minore, e di non condurre tale attività di accertamento in modo routinario,⁵² l'esame delle prassi adottate dagli Stati membri evidenzia come l'*age assessment* possa iniziare in ogni momento, in ogni fase della procedura di asilo.⁵³ Ciò si spiega, in effetti, constatando che la determinazione dell'età rappresenta, da un punto di vista procedimentale, una fase eventuale dell'attività di identificazione dello straniero richiedente asilo;⁵⁴ giacché l'età, oltre a essere un dato della personalità, costituisce un segno distintivo dell'identità,⁵⁵ l'impossibilità di determinarla importa l'incompleta identificazione del soggetto. In questo senso, nella maggioranza dei casi è «l'oggettiva impossibilità *ab origine* di recare e produrre documenti affidabili in grado di

⁴⁹ Tale ipotesi è formulata anche in European Council on Refugees and Exiles (ECRE), *op. cit.*, p. 2. Analogamente H. Crawley, *op. cit.*, p. 19.

⁵⁰ *Loc. ult. cit.*, p. 20 (trad. mia).

⁵¹ Si veda a tal proposito quanto riportato dal report Save the Children, *Protection beyond reach. State of play of refugee and migrant children's rights in Europe*, Settembre 2020, pp. 3-4.

⁵² In questo senso anche EASO, *Guida pratica, cit.*, p. 24 e European Council on Refugees and Exiles (ECRE), *op. cit.*, p. 3.

⁵³ Tale dato si desume da EASO, *Age assessment practices in EU+ countries: updated findings, cit.*, p. 11.

⁵⁴ In senso analogo, E. Di Napoli, *op. cit.*, p. 2.

⁵⁵ Sul rapporto tra identità e segni identificativi, si v. la voce G. Bavetta, *Identità (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 955.

certificare la data di nascita e la stessa identità del migrante nel momento del primo contatto con le autorità nazionali del Paese di arrivo» a far «sorgere in queste ultime l'esigenza di verificare attraverso altre modalità e procedure, alternative a quelle basate su prove esclusivamente documentali, l'identità e l'età dei richiedenti protezione internazionale».⁵⁶ Cionondimeno, ai fini delle procedura di asilo, non sembra *prima facie* sussistere in capo all'autorità un dovere di definire conclusivamente l'età anagrafica del soggetto identificando, bensì solo di rilevarne la maggiore o minore età per stabilire il trattamento giuridico conseguente.⁵⁷ Tale esigenza di precisa individuazione dell'età anagrafica pare invece derivare dall'obbligo delle autorità di rilevare i dati identificativi del richiedente e di registrarli, anche nei pertinenti sistemi informatici europei.⁵⁸ In ogni caso, l'applicazione del beneficio del dubbio imporrebbe di condizionare la contestazione dell'età dichiarata dal richiedente, ma non supportata da attestazioni documentali ufficiali, alla presenza di elementi contrastanti che fondino un dubbio serio sulla veridicità della dichiarazione; in altri termini, l'età allegata ma non provata dal richiedente, in applicazione del beneficio del dubbio, non dovrebbe essere ritenuta controversa se non in presenza di elementi contrari idonei alla contestazione. Un momento procedimentale essenziale, dunque, a stabilire preliminarmente se l'età

⁵⁶ Si riproduce qui, in quanto pienamente condiviso, l'osservazione di S. Penasa, *op. cit.*, p.100.

⁵⁷ Sul punto, appare condivisibile quanto osservato da European Council on Refugees and Exiles (ECRE), *op. cit.*, p. 4, « In asylum proceedings, the rationale behind the conduct of age assessments is driven not by medical considerations but by *precepts of fairness*; asylum authorities seek to determine whether an applicant should benefit or not from the protective regime afforded to children.» (cors. mio).

⁵⁸ L'osservazione procede dalle evidenze già riscontrabili nell'analisi di H. Crawley, *op. cit.*, p. 21 in relazione al sistema britannico, ma gli obblighi di registrazione in capo alle autorità dell'immigrazione (che sono dati per scontati dalle fonti consultate, quali quelle citate alla n. 9) discendono prevalentemente dagli strumenti informativi comuni dell'Unione europea e solo in parte dalle legislazioni nazionali (per l'Italia, pur in assenza di un espresso riferimento in alcuna delle disposizioni del d. lgs. n. 142/2015, si v. Commissione Nazionale per il diritto d'Asilo (Ministero dell'Interno), *Guida pratica per richiedenti protezione internazionale in Italia*, p. 12). Come è stato evidenziato dall'European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), *Handbook, cit.*, p. 51 e ss., nel diritto dell'Unione, le autorità degli Stati Membri fanno sempre più affidamento sulle tecnologie nell'assumere decisioni riguardanti le persone (sul tema, si cfr. anche L. Jasmontaite-Zaniewicz e J. Zomignani Barboza, *Disproportionate Surveillance: Technology-Assisted and Automated Decisions in Asylum Applications in the EU?*, in *International Journal of Refugee Law*, Vol. XX, 2021, pp. 1–22). Il legislatore dell'Unione ha istituito sei sistemi informatici su larga scala, oltre alle banche dati di Europol (quali l'EIS, *Europol Information System*); questi sistemi informatici, oltre a fornire supporto alle autorità nell'ambito della cooperazione giudiziaria e della sicurezza interna dell'Unione, sono impiegati in una serie di procedimenti legati alla migrazione: nel procedimento di asilo, nel trattamento dei visti, durante i controlli di frontiera, quando si rilasciano permessi di soggiorno, quando si arrestano i migranti in situazione irregolare, nelle procedure di rimpatrio e per l'emissione di divieti di ingresso, così come nello scambio di informazioni sulle condanne penali di cittadini di paesi terzi. Tra questi, rivestono particolare importanza, anche perché più frequentemente compulsati dalle autorità, il sistema EURODAC, che raccoglie le impronte digitali dei cittadini di paesi terzi che chiedono asilo in uno degli Stati membri dell'UE, nonché le impronte digitali dei migranti fermati in relazione a un attraversamento irregolare della frontiera, e il Sistema Informativo Schengen (SIS II) che, tra l'altro, contiene segnalazioni su cittadini di paesi terzi che sono oggetto di un rifiuto d'ingresso o di una decisione di rimpatrio. Per quanto attiene all'oggetto del presente lavoro, occorre considerare come da un lato, sebbene Eurodac non contenga informazioni dirette sull'età dei richiedenti (bensì solo dieci impronte digitali, il sesso, il paese di rilevamento delle impronte digitali, il luogo e la data della domanda d'asilo), esso fornisce alle autorità l'indicazione che il richiedente ha (*rectius*, è stato accertato avere) un'età superiore ai quattordici anni nel momento in cui le impronte sono rilevate. Dall'altro lato, invece, l'*alert* del SIS II, il quale in un singolo anno è controllato oltre 6,1 miliardi di volte, qualificandosi dunque quale sistema informatico dell'UE più utilizzato nel campo della migrazione e della sicurezza, contiene dati personali sul richiedente tra cui può certamente rientrare l'età.

del richiedente sia in dubbio oppure no è dunque quello, definito dall'EASO, dell'«analisi delle prove»: nello svolgimento di tale attività, che inerisce ancora alla funzione *lato sensu* identificativa, «sono prese in considerazione tutte le prove a disposizione delle autorità (documenti, dichiarazioni del richiedente e dei suoi familiari sulla sua età e identità, dichiarazioni del tutore, informazioni presenti in altre banche dati e prime stime basate sulle caratteristiche fisiche)» al limitato scopo di deliberare la veridicità dell'età dichiarata.⁵⁹

Avendo tali considerazioni valenza generale, sotto l'aspetto dell'*an* della procedura di accertamento dell'età non si intravede quindi che una significativa differenza tra lo Stato di primo ingresso e quello in cui il richiedente è giunto posteriormente: il novero di informazioni che lo riguardano in possesso dell'autorità del secondo Stato cui domanda protezione. In particolare, le autorità accertanti nel secondo stato beneficiano delle informazioni reperite e registrate nei sistemi informativi europei da quelle del Paese di primo ingresso, ivi compresi i segni identificativi.⁶⁰ Nella fase di «analisi delle prove», pertanto, il riscontro nel *software* di un'informazione circa l'età del richiedente contrastante con quella dichiarata genera un dubbio, che spetta all'autorità accertante risolvere.

3.2 La valenza istruttoria delle risultanze dei sistemi informativi europei

Sulle modalità della soluzione di tale dubbio, ossia sul *quomodo* dell'accertamento dell'età, si registra la maggiore eterogeneità tra gli Stati membri. Come si è visto, però, la vigenza in ciascun ordinamento giuridico nazionale, in dipendenza dall'interazione con l'ordinamento eurounitario e internazionale, di norme di principio comuni agli altri Stati membri, consente un raffronto e una valutazione critica, alla stregua di queste, delle legislazioni e delle pratiche amministrative. In altri termini, lo *standard* del «congruo esame», l'esigenza di un soccorso istruttorio volto ad alleviare l'onere probatorio del richiedente, il parametro di proporzionalità ed adeguatezza dei mezzi istruttori, la sistematica applicazione del beneficio del dubbio e l'esistenza di un rimedio giurisdizionale effettivo appaiono quali obblighi vincolanti per gli Stati membri, in conformità ai quali dev'essere disciplinata e svolta l'istruttoria procedimentale. Nondimeno, il residuo margine di apprezzamento consente ai singoli Stati di adattare le proprie procedure ad esempio alle caratteristiche del fenomeno migratorio nel proprio Paese o alla struttura organizzativa degli apparati amministrativi preposti alla funzione. In tale prospettiva, se nuovamente si conviene che la peculiarità dell'istruttoria procedimentale nello Stato di “secondo approdo” consista nella

⁵⁹ Così EASO, *Guida pratica, cit.*, pp. 42 e ss.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 45. Interessante notare, in questo senso, come solo le legislazioni dei Paesi diversi da quelli di primo approdo prevedano esplicitamente una disciplina dell'utilizzo delle informazioni contenute nelle banche dati europee (v. *ibidem*, pp. 81 e ss.).

disponibilità di risultanze di accertamenti svolti in altri Stati membri, risulta opportuno considerare, al netto delle differenze nazionali, quale valenza istruttoria esse possano assumere in ordine alla determinazione dell'età del richiedente.

Preliminarmente occorre tuttavia chiarire la natura dell'oggetto dell'accertamento e del correlato potere di cui si fa esercizio. Come chiaramente affermato dalla *High Court* del Regno Unito nel caso *Merton*,⁶¹ che – è stato osservato- può essere considerato il *leading case* in materia di modalità di accertamento dell'età,⁶² l'età di un individuo rappresenta «*a matter of objective fact*», un elemento di fatto. Tuttavia, l'indisponibilità allo stato attuale di una tecnologia che consenta di definire in modo certo l'età, implica un'ineliminabile incertezza attorno ai risultati del procedimento di determinazione, che è comunemente espressa tramite l'indicazione del margine di errore. *A fortiori*, l'esigenza di adeguatezza allo scopo, che discende dal principio di proporzionalità e di «congruo esame», può essere soddisfatta solo dalla selezione di mezzi istruttori idonei a una efficace e completa valutazione di tutti gli elementi rilevanti. A tal proposito, si usa distinguere due categorie di mezzi istruttori: da una lato, vi sono i metodi di valutazione medica, a loro volta divisi in tecniche senza radiazioni e tecniche con radiazioni; dall'altro, vi sono i metodi di accertamento non medico quali l'osservazione dell'aspetto fisico, l'esame dei documenti e delle informazioni disponibili, il colloquio con il richiedente per la valutazione dell'età e la valutazione psicosociale.⁶³ Come a suo tempo stabilito nel caso *Merton* e poi ripetutamente affermato dalla *Guida pratica* dell'EASO, volta a favorire la circolazione delle *best practices* nel contesto della determinazione dell'età di cui manca una disciplina unitaria a livello europeo, la metodologia che meglio risponde all'esigenza di sottoporre a un congruo esame gli aspetti rilevanti per la determinazione dell'età è quella propria dell'approccio olistico, ossia orientato a una valutazione complessiva delle informazioni disponibili, e dell'approccio multidisciplinare, che assicura il concorso tra metodi non medici e metodi medici secondo un criterio di gradualità.

Seguendo tale classificazione, appare ovvio che l'esame delle risultanze degli accertamenti condotti in un altro Stato membro rientri nella categoria dei metodi non-medici, documentali, di valutazione. L'autorità accertante, purché a ciò autorizzata in conformità al quadro normativo pertinente, può venire a conoscenza delle informazioni raccolte da un altro Stato membro tramite la consultazione delle banche dati europee e, in caso di dubbio, può procedere a un'interlocazione con lo Stato che ha provveduto a registrarle, al fine di conseguire una migliore comprensione delle circostanze in cui e delle modalità con cui si è svolto l'accertamento, essenziale per valutarne

⁶¹ *B v. London Borough of Merton* (2003), EWHC 1689 (admin).

⁶² Così S. Penasa, *op. cit.*, p. 112.

⁶³ Cfr. EASO, *Age assessment practices in EU+ countries: updated findings, cit., passim*; EASO, *Guida pratica, cit.*, pp. 45-60; S. Penasa, *op. cit.*, p. 101.

l'attendibilità. D'altra parte, la natura e il contenuto di tali informazioni appare di per sé assai eterogeneo, potendo la determinazione dell'età nell'altro Stato membro essere avvenuta secondo una valutazione completa e multidisciplinare, ovvero essere il risultato di una mera registrazione dell'età dichiarata dal minore, o ancora, com'è talora avvenuto, il frutto dell'assegnazione arbitraria di una data di nascita da parte delle autorità.⁶⁴ Inoltre, se si considerano le possibili combinazioni di tali informazioni con le altre note all'autorità accertante, si configurano quattro scenari possibili: l'età dichiarata è inferiore ai diciotto anni e coincide con le risultanze dei sistemi informatici (ma vi sono altri elementi che hanno dato adito alla contestazione), oppure l'età dichiarata è inferiore ai diciotto anni ma dal sistema informatico risulta un'età superiore, oppure l'età dichiarata è superiore ai diciotto anni ma dal sistema informatico risulta un'età inferiore, oppure l'età dichiarata è inferiore ai diciotto anni mentre quella che risulta dal sistema informatico, pur inferiore di diciotto, è diversa in aumento o diminuzione.⁶⁵ L'efficacia probatoria che l'autorità accertante può riconoscere a tali risultanze ai fini della determinazione dell'età sembrerebbe dipendere dal contenuto delle medesime e dal rapporto con gli altri elementi *lato sensu* probatori. Ciò implica però necessariamente lo svolgimento di una valutazione caso per caso ed eventualmente anche il ricorso ad ulteriori mezzi istruttori. In almeno nove Stati membri, tuttavia, questa non risulta essere la regola: ivi, al contrario, i risultati di un procedimento di determinazione dell'età condotto dalle autorità di un altro Stato dell'UE sono sistematicamente accettati.⁶⁶ Inoltre, anche in quegli ordinamenti in cui non è riconosciuta *de plano* l'efficacia probatoria di tali risultanze, è comunque possibile pervenire a un riconoscimento di efficacia all'esito di un procedimento di "delibazione" volto a verificare l'esistenza, il contenuto e la comparabilità degli atti con analoghi provvedimenti

⁶⁴ A tal proposito, si cfr. quanto riportato da European Council on Refugees and Exiles (ECRE), *op. cit.*, p. 6 «*Recent criticisms addressed against practice in the "hotspots" of Italy, where unaccompanied children from Gambia and Senegal who lack documentation are all assigned the fictitious birthdate of 1 January 1997 so as to be amenable to expulsion, are a vivid illustration thereof. Such treatment of asylum seekers whose age has not been determined contradicts both the "best interests of the child" and the "benefit of the doubt" principle, which underpin States' legal obligations.*»; E. Di Napoli, *op. cit.*, p. 6, «la Fundamental Rights Agency (FRA) ha riscontrato come in Italia, almeno sino al 29 maggio 2017, ancora non vi fossero linee guida chiare né adeguato personale qualificato per l'identificazione dei minori stranieri non accompagnati e che le procedure di accertamento dell'età non fossero generalmente applicate nei Centri di prima accoglienza (soprattutto nei Paesi in transito) né fossero adeguatamente spiegate ai presunti minori»; Advisory Committee on Migration Affairs (ACVZ), *Report: 'Detriment of the doubt' Age assessment and age registration in EU Member States of previous stay*, The Hague, ACVZ publication, 2020, «*The scope of the exploratory study was too limited to allow us to draw general conclusions about whether incorrect recording of personal data systematically occurs in Italy or Greece. However, based on the exploration of implementation practice in the selected Member States, it can be concluded that the risk of irregularities in age registration is high. The procedures for identification, age assessment and registration are not up to par in all areas, some parts are insufficiently harmonised and, in practice, the procedures do not always or completely comply with EU standards. In practice, it seems to be very difficult for asylum seekers to correct an age registration, regardless of whether the incorrect registration is due to an intentional untruth on the part of the asylum seeker or a mistake on the part of the authorities.*».

⁶⁵ Ovviamente si esclude il caso in cui sia l'età dichiarata sia quella che risulta dalle banche dati siano superiori ai diciotto anni, non potendosi allora, salva la presenza di elementi ulteriori, ritenere dubbia l'età del richiedente.

⁶⁶ Tale constatazione emergeva già da EASO, *Guida pratica, cit.*, pp. 83 e ss., ma è stata di recente confermata espressamente dalle menzionate analisi condotte da EASO, *Age assessment practices in EU+ countries: updated findings, cit.*, p. 22.

delle amministrazioni nazionali.⁶⁷ Neanche in tale secondo scenario, tuttavia, è assicurato il riesame delle altre informazioni disponibili o il ricorso a ulteriori mezzi istruttori in presenza di un *match* nella banca dati in merito all'età del richiedente.

3.3 *Autonomia procedurale e mutual recognition: un esito decisionale a rime obbligate?*

Alla luce di quanto osservato nella presente Sezione, dovrebbe delinarsi più chiaramente in quale misura gli Stati membri dell'UE tengano conto nella determinazione dell'età del risultato di un accertamento effettuato da un altro Stato membro. Da una parte, infatti, il reperimento di informazioni sulla data di nascita nei *software* europei risulta essere una circostanza idonea a far sorgere un dubbio sulla veridicità della dichiarazione del richiedente e, quindi, a dare adito allo svolgimento di una procedura di determinazione dell'età, come disciplinata nell'ordinamento nazionale ed eurounitario. Dall'altra, tuttavia, taluni Stati membri sembrano spingersi oltre, allorché riconoscono alla risultanza del sistema informativo un'efficacia probatoria sufficiente a definire l'esito dell'indagine attorno all'età del richiedente. Come si giustifica la sussistenza di una simile prassi alla luce del quadro giuridico eurounitario ed internazionale? Secondo una prima ipotesi, poiché nell'operare una ricostruzione delle fonti applicabili al procedimento di determinazione dell'età si è rilevato come non vi sia nella direttiva "procedure" né nel Regolamento Dublino III alcuna disposizione che disciplini esplicitamente le modalità di valutazione e, per così dire, il peso reciproco che dev'essere attribuito ai singoli elementi istruttori, si potrebbe desumere che, in assenza di regole comuni, spetti a ciascuno Stato membro, in virtù della propria autonomia procedurale, definire le regole dell'istruttoria procedimentale e, conseguentemente, anche dell'efficacia delle risultanze di accertamenti amministrativi condotti in altri Stati membri. Secondo una seconda ipotesi, cui sembra conformarsi talora la legislazione implicitamente, talora la giurisprudenza di singoli Stati membri esplicitamente, sarebbe possibile dare applicazione in questo ambito a un principio di *mutual recognition*, tale per cui l'autorità accertante può legittimamente presumere che la registrazione dell'età nel sistema informativo sia stata, in linea di principio, effettuata con la dovuta diligenza, nel rispetto delle relative previsioni del diritto dell'Unione, e dunque spetta al cittadino straniero richiedente dimostrare che la data di nascita registrata non è corretta.⁶⁸ Né l'uno né l'altro orientamento sembrano ostare a un riconoscimento incondizionato dell'efficacia conclusiva delle risultanze della determinazione dell'età condotta in un altro Stato

⁶⁷ *Loc. ult. cit.*

⁶⁸ Tale è l'orientamento del *Raad van State* dei Paesi Bassi (di cui si v. ad esempio le sentenze AJDCS 17 January 2017, ECLI:NL:RVS:2017:134; AJDCS 19 December 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4131; AJDCS, 11 April 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1165) come si apprende da Advisory Committee on Migration Affairs (ACVZ), *op. cit.*, *passim* e EASO, *Age assessment practices in EU+ countries: updated findings, cit.*, pp. 4-5.

membro, cosicché, in tutti i casi in cui al nominativo (o alle impronte digitali) del richiedente sia associata dal *software* un'informazione sulla data di nascita, l'esito decisionale appare "a rime obbligate".

Poiché, tuttavia, nel corso della presente trattazione è stata argomentata la necessaria subordinazione della disciplina della procedura d'asilo, e quindi anche della disciplina della determinazione dell'età, al principio del *best interest of the child* e sono stati esposti i limiti dell'autonomia procedurale e della fiducia reciproca tra Stati membri, occorre nella seguente Sezione illustrare come tale conclusione appaia in contrasto con i principi comuni applicabili nella *subiecta materia* e dare conto di quale efficacia possa, in conformità con questi, essere riconosciuta alle determinazioni dell'età compiute dallo Stato membro di primo ingresso.

4. Quale efficacia può essere riconosciuta alle determinazioni dell'età compiute dallo Stato membro di primo ingresso?

4.1 La tensione apparente tra mutual recognition e beneficio del dubbio

Al fine di evidenziare l'incongruità delle pratiche adottate da una parte degli Stati membri in materia di determinazione dell'età con le esigenze di protezione del minore che scaturiscono dalle fonti di diritto internazionale, è possibile in primo luogo vagliare criticamente la tesi secondo cui le risultanze degli accertamenti amministrativi godono negli altri Stati membri di un riconoscimento incondizionato dell'efficacia in virtù del principio della fiducia reciproca. Infatti, come già osservato precedentemente, le ipotesi di *mutual recognition* nel diritto dell'Unione, in particolare nello Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, rivestono natura eccezionale e sono strettamente correlate alla previsione, da parte degli atti legislativi secondari che le istituiscono, di adeguati contemperamenti con le esigenze di tutela delle persone che delle decisioni amministrative di valenza transfrontaliera (*rectius*, atti amministrativi transnazionali)⁶⁹ sono oggetto. Fuori da tali ipotesi, esplicitamente disciplinate, non sembra possibile riconoscere la sussistenza di una regola che autorizzi lo Stato a derogare al proprio obbligo di protezione verso i minori, che si estrinseca *in primis* nel dovere di identificarli, presumendo che tali obblighi siano stati adeguatamente adempiuti da parte di un altro Stato membro. In assenza di un grado sufficiente di armonizzazione delle procedure e di un equilibrato meccanismo di *mutual recognition* retto da una regolamentazione puntuale, la fiducia reciproca tra Stati membri non costituisce una giustificazione legittima per venire meno agli obblighi di fonte convenzionale.

Tale orientamento non osta, peraltro, alla valorizzazione della leale collaborazione tra Stati membri, anzi suggerisce una riconsiderazione del ruolo svolto dai meccanismi di dialogo e

⁶⁹ Questa l'espressione impiegata da J.J. Pernas García, *op. cit.*, p. 19.

cooperazione amministrativa previsti dalla legislazione secondaria in materia di banche dati comuni a supporto delle autorità competenti in materia di asilo: tramite la consultazione delle proprie omologhe, le autorità accertanti pervengono infatti a una migliore comprensione della situazione di fatto e delle circostanze dell'accertamento svolto nel Paese di primo ingresso. Ciò potrebbe forse indurre a ritenere conformi al diritto dell'Unione, e al diritto internazionale, tutte quelle soluzioni procedurali che pervengono a un'attribuzione di valenza probatoria alle risultanze condizionata al previo esperimento di una delibazione sull'atto amministrativo transnazionale. Sebbene sia perspicuo come queste soluzioni, che conducono a un'integrazione dell'istruttoria, risultino assai più compatibili con il principio del «congruo esame» rispetto a un, per così dire, automatico riconoscimento dell'efficacia del «dato» contenuto nel *software*, non può comunque affermarsi esse siano doverose in virtù del principio della fiducia reciproca, poiché nemmeno un simile regola procedimentale di *mutual recognition*, pur temperata da talune cautele, sembra trovare la propria fonte in atti legislativi dell'Unione europea.

4.2 Le implicazioni dei best interests of the child per l'autonomia procedimentale dello Stato membro di secondo approdo

Se dunque non v'è nel diritto dell'Unione un obbligo di *mutual recognition*, le soluzioni procedurali che a tale regola si ispirano rappresentano scelte dei singoli ordinamenti nazionali che ricadono inevitabilmente nel perimetro dell'autonomia procedurale degli Stati membri. Tuttavia, il margine di apprezzamento degli Stati – come si è affermato precedentemente – incontra il limite del rispetto dei principi generali e comuni agli Stati membri derivanti dal diritto dell'Unione e dal diritto internazionale. Conseguentemente, anche il riconoscimento dell'efficacia delle determinazioni dell'età svolte nello Stato di primo ingresso deve essere disciplinato ed attuato in modo conforme, innanzitutto, con il principio del *best interest of the child* e i suoi corollari. Se dunque alla stregua di tale principio, come sancito dall'art. 3 CRC, si qualifica l'attività di determinazione dell'età quale una «decisione relativa ai fanciulli», giacché tutti i soggetti la cui minore età sia contestata debbono essere presunti fanciulli fino all'accertamento contrario, lo Stato di destinazione, non potendo legittimamente riporre un affidamento sulla presunzione che il *best interest* del minore sia stato preso in considerazione già nel corso del procedimento svolto dallo Stato di primo ingresso, risulta vincolato a garantire un'adeguata ponderazione di tale interesse nel proprio procedimento di determinazione dell'età. Tale esigenza si traduce, nella prospettiva del «congruo esame» e del principio di proporzionalità-adequatezza, nell'alternativa tra una approfondita verifica della conformità in concreto dell'accertamento svolto dall'altro Stato membro con il *BIC* e, altrimenti, il doveroso dispiegamento di quei mezzi istruttori ulteriori rispetto alla

consultazione delle banche dati, di natura medica e non medica, che permettano di risolvere il dubbio circa l'età del richiedente. D'altra parte, anche sotto il profilo dell'onere probatorio, una volta esclusa l'applicabilità della presunzione di *mutual recognition* che porrebbe in capo al richiedente la dimostrazione delle circostanze eccezionali che impongono il disconoscimento dell'efficacia dell'atto amministrativo transnazionale, non può non riconoscersi la vigenza del principio di «condivisione dell'onere probatorio», tale per cui le autorità accertanti garantiscono il soccorso istruttorio e l'integrazione d'ufficio dei materiali istruttori per completare il quadro degli elementi rilevanti per la decisione quale deriva dalle sole dichiarazioni del richiedente.

4.3 Limiti e rimedi rispetto al riconoscimento di efficacia da parte dello Stato di "secondo approdo" alle determinazioni dell'età effettuate da un altro Stato membro

I limiti all'autonomia procedurale dello Stato membro sinora affermati parrebbero quindi ostare al riconoscimento incondizionato dell'efficacia delle risultanze dell'accertamento svolto dallo Stato di primo ingresso. Le regole procedurali, per soddisfare lo *standard* di tutela del richiedente presunto minore, dovrebbero dunque presentarsi scevre da automatismi che inducano alla mancata attivazione di indagini d'ufficio che pure appaiono possibili e proporzionate; in altri termini, le regole procedurali assicurano una adeguata integrazione del prioritario interesse del minore nella misura in cui concorrono a definire un modello di accertamento appropriato alle circostanze del caso concreto e idoneo a portare alla luce tutti gli elementi di fatto rilevanti per l'accertamento. Ciò non significa, comunque, escludere del tutto l'efficacia istruttoria delle risultanze delle determinazioni dell'età effettuate da un altro Stato membro, ma solo la necessità di subordinare il riconoscimento di efficacia a talune condizioni. Quali sono le condizioni a cui tali risultanze possono legittimamente orientare la determinazione dell'età del richiedente? Acclarata la necessità di un esame individuale, le condizioni sembrano dipendere in definitiva dalle caratteristiche proprie del caso concreto: tra queste, assumono particolare importanza a fini istruttori l'attendibilità delle risultanze, valutata con riferimento alle modalità concrete con cui lo Stato di primo ingresso è giunto all'informazione sull'età, e il rapporto che tali risultanze intrattengono con le altre informazioni disponibili, *in primis* con le dichiarazioni del richiedente.

Il problema dell'attendibilità si pone, evidentemente, per la presenza – già ricordata – di un'estrema varietà tra Stati membri nei metodi di valutazione e nel rapporto tra valutazione e registrazione; nella prassi, infatti, la registrazione dell'età nel *database* può infatti anche precedere lo svolgimento di un accertamento dell'età (qualora ad esempio si registri quella dichiarata in prima battuta dal richiedente) o addirittura conseguire a una vera e propria "invenzione" da parte delle autorità accertanti, così come invece può essere il frutto dell'esperimento di un procedimento, nella

migliore delle ipotesi olistico e multidisciplinare, di determinazione dell'età. Sembra che nulla osti alla facoltà delle autorità accertanti di svolgere verifiche su tali aspetti nell'interlocuzione con il Paese di primo ingresso. Peraltro, alla luce della doverosa integrazione della considerazione del prioritario interesse del minore nel contesto della determinazione dell'età, l'attendibilità delle risultanze dovrebbe essere valutata dalle autorità accertanti avendo riguardo in primo luogo all'effettiva compatibilità delle modalità di accertamento adottate dallo Stato di primo ingresso con le garanzie sancite dalla Convenzione e dalle altre fonti a beneficio del minore straniero non accompagnato. Una valutazione dell'attendibilità, per quanto onerosa, appare in questo senso una condizione necessaria per il riconoscimento di qualunque efficacia *lato sensu* probatoria alle risultanze del sistema informativo. Si potrebbe allora sostenere che proprio tale necessità di valutare l'attendibilità distingua l'impiego delle risultanze del *software* in quella fase preliminare, ancora attinente all'identificazione, in cui sorge il dubbio (e la conseguente contestazione) sull'età del richiedente dell'impiego nella vera e propria procedura di determinazione: un'informazione sull'età reperita nel *database* discordante con le dichiarazioni del richiedente, anche se non verificata, è comunque idonea a far sorgere un dubbio, purché circostanziata, ma non risulta sufficiente a fondare una decisione. Seguendo tale prospettiva, allorché all'esito della verifica dell'attendibilità si riscontrasse l'insussistenza di tale *conditio*, ovvero qualora fosse impossibile procedere a una simile verifica, non potendosi riconoscere alcuna efficacia alle informazioni contenute nel *software*, si dovrebbe ricorrere agli altri mezzi istruttori.

Al netto della preliminare verifica dell'attendibilità, l'incidenza di tali risultanze sull'esito decisionario dovrebbe comunque dipendere dal rapporto che le informazioni ivi contenute intrattengono con le altre disponibili all'autorità, e in particolare con le dichiarazioni effettuate dal richiedente in merito alla propria età. Così, allorché questi abbia dichiarato di essere un minore e dalla banca dati risulti lo stesso, una volta accertata la attendibilità di quanto risulta dalla banca dati, sembrerebbe appropriato riconoscere la minore età del richiedente, anche in presenza di altri elementi contrastanti, salvo che questi non siano sopravvenuti rispetto alla precedente procedura (si pensi ad esempio all'ipotesi del ritrovamento, successivo al primo accertamento, di un certificato di nascita dal quale risulti la maggiore età). Analoga soluzione parrebbe applicabile all'ipotesi in cui l'età dichiarata è inferiore ai diciotto anni mentre quella che risulta dal sistema informatico, pur inferiore di diciotto, è diversa in aumento o diminuzione, non ponendosi nell'interesse del minore un'ulteriore indagine volta a determinare la precisa età anagrafica. Il ragionamento non può tuttavia essere esteso alle ipotesi in cui la dichiarazione del richiedente e l'informazione registrata nel *database* siano in contraddizione. In tali casi, il principio della prioritaria considerazione dell'interesse del minore, in combinato disposto con il principio di proporzionalità-adequatezza,

impone di valutare se l'informazione reperita nel *software*, oltre a essere attendibile, derivi da un accertamento olistico e multidisciplinare, che dunque è da ritenersi esaustivo e completo, o se invece nel procedimento dello Stato di primo ingresso siano stati omessi taluni mezzi istruttori (*in primis* la perizia medico-legale). Se infatti nello Stato di primo ingresso non sono state esaurite le possibilità di indagine, e in particolare non è stato esperito l'accertamento medico, la decisione dell'autorità accertante che si fondasse sulle risultanze del *software* difficilmente potrebbe dirsi adottata all'esito di un esame congruo. Al contrario, la discordanza tra età dichiarata dal richiedente e età registrata nella banca dati determina la sussistenza di un dubbio fondato, circostanziato, che giustifica (o, forse, rende necessario) il ricorso anche alle tecniche più invasive di valutazione dell'età, purché ciò appaia nell'interesse del richiedente presunto minore. Quando, invece, risulti che nello Stato di primo ingresso l'età del richiedente è stata fatta oggetto di una valutazione completa, l'informazione desunta dal *software* può legittimamente orientare la decisione dell'autorità accertante, salva però la facoltà del richiedente di fornire la prova delle circostanze eccezionali che impongono il disconoscimento dei risultati della prima determinazione dell'età.

In definitiva, carente una disciplina legislativa di fonte eurounitaria, le condizioni predette paiono opportunamente realizzare il doveroso equilibrio tra la necessità dell'efficace funzionamento del sistema comune europeo d'asilo e l'esigenza di protezione del richiedente asilo presunto minore, nella misura in cui non impediscono il riconoscimento dell'efficacia agli accertamenti amministrativi provenienti da un altro ordinamento, ma lo subordinano allo svolgimento di indagini istruttorie ulteriori, che paiono conformi, al contempo, al principio del *best interest of the child* e al principio di leale collaborazione tra Stati membri.

5. Conclusioni

La determinazione dell'età dei richiedenti asilo, quale momento cruciale per la salvaguardia degli interessi e la garanzia dei diritti di quanti tra questi sono minori, evidenzia la difficoltà di reperire nel sistema comune europeo d'asilo un soddisfacente bilanciamento tra le istanze di efficacia e le esigenze di tutela, soprattutto nelle ipotesi dei movimenti secondari, in cui la procedura d'asilo viene a configurarsi come un procedimento complesso di carattere transfrontaliero, in cui interagiscono le autorità amministrative di più Stati membri. In questo senso, la disponibilità di sistemi informativi comuni, che raccolgono e rendono note alle autorità competenti un novero crescente di informazioni sulle persone coinvolte a vario titolo nelle procedure migratorie, costituisce un indubbio avanzamento delle modalità di cooperazione orizzontale tra Stati membri, ma al contempo la carente regolamentazione del loro impiego pone singolari rischi in ordine al regolare esercizio dei poteri amministrativi nel contesto della procedura

d'asilo, e in particolare dell'accertamento dell'età. Infatti la regolarità e l'efficacia di tale procedimento dipendono in definitiva dalla legittimità e dall'adeguatezza dei mezzi istruttori, con riguardo precipuamente alle garanzie previste in favore dei presunti minori. Qualora dunque le autorità accertanti facciano affidamento sulle risultanze dei sistemi informatici allo scopo di determinare l'età dei richiedenti asilo sedicenti minori, si genera una tensione tra l'osservanza dei doveri di leale collaborazione tra Stati membri e la necessaria conformazione delle procedure d'asilo al supremo interesse del minore, quale obbligo che scaturisce dal diritto internazionale convenzionale e dell'Unione medesima. Tale tensione, come argomentato nel corso del presente lavoro, non può risolversi nell'adozione da parte degli Stati membri di "secondo approdo" di regole procedurali che riconoscano in modo automatico e incondizionato un'efficacia conclusiva alle risultanze di accertamenti svolti dalle autorità dagli Stati di primo ingresso, poiché in tal modo si eluderebbe l'esigenza di «congruo esame» che deriva dalla direttiva "procedure" interpretata in conformità all'art. 3 della Convenzione di New York del 1989. Al contrario, anche se, non riscontrandosi *de jure condendo* la vigenza di un principio generale di *mutual recognition*, l'efficacia della determinazione dell'età compiuta da un altro Stato membro dipende dal riconoscimento che ciascun ordinamento ne faccia, secondo la propria autonomia procedurale, l'osservanza degli obblighi di protezione del minore di fonte internazionale comporta la subordinazione di tale riconoscimento d'efficacia a precise condizioni, quali quelle che si sono enucleate nella terza Sezione del presente lavoro. Nondimeno, la persistenza in numerosi Stati membri di prassi applicative non conformi allo *standard* ivi delineato suggerisce l'opportunità, *de jure condendo*, di una ulteriore armonizzazione a livello eurounitario delle modalità di determinazione dell'età, che renda dunque possibile un mutuo riconoscimento delle decisioni assunte e garantisca pienamente la tutela dei minori richiedenti asilo.