UNIVERSITA' DEGLI STUDI "ROMA TRE"

FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI LAUREA in GIURISPRUDENZA (CICLO UNICO)

DOPPIO TITOLO ITALO-SPAGNOLO – GRADO EN DERECHO

TESI DI LAUREA

in

Diritto internazionale

Tutela internazionale del minore, meccanismi di controllo. Il rilievo nell'ordinamento italiano e spagnolo

Relatore: Chiar.mo
Prof. Paolo Benvenuti

Laureanda:
Arianna Landolfi

Tutor Universidad de Murcia: Chiar. ma
Prof.ssa Maria Esperanza Orhiuela Calatayud

Anno Accademico 2012 – 2013

INDICE

Introduzione 7

CAPITOLO I

La protezione del minore nelle Organizzazioni internazionali: il ruolo dell'ONU 13

Premessa..... 13

I.1.- L'azione dell' Assemblea Generale..... 13

I.1.1. - Composizione e competenze. 13

I.1.2.- La competenza dell'Assemblea Generale in tema di diritti umani..... 16

I.2- Il Consiglio dei diritti umani. 20

I.2.1.- Dalla Commissione al Consiglio. Struttura attuale e competenze..... 20

I.2.2.- I meccanismi di monitoraggio del Consiglio e la missione contro la vendita dei bambini, la prostituzione infantile e l'utilizzazione di minori nella pornografia: dal 1990 ad oggi..... 23

I.2.3. I risultati più significativi emersi dai *reports* dei Relatori Speciali 26

I.3. L'azione dell' UNICEF 29

I.3.1.- Composizione e competenze. 29

I.3.2.- L'azione del Fondo delle Nazioni Unite per l'Infanzia..... 31

CAPITOLO II

La protezione del minore nel diritto internazionale pattizio: la Convenzione sui Diritti del Fanciullo e i Protocolli opzionali..... 34

II.1.- Antecedenti alla Convenzione e lavori preparatori …….. 34

II.2.- Il contenuto sostanziale della Convenzione……... 40

II.2.1.- Gli articoli 1-41 e i diritti più controversi. 40

II.2.2.- Le riserve degli Stati parti: il Commento generale n.5 del 27 novembre 2003..... 47

II.2.3.- I Protocolli opzionali..... 50

II.3.- Meccanismi di controllo della Convenzione e dei Protocolli: il Comitato sui diritti del fanciullo 55

II.3.1.-Composizione e funzionamento..... 55

a) Osservazioni conclusive..... 57

b) Giornate di discussione; Commenti generali 61

c) Verso un nuovo e più pregnante meccanismo di controllo: il Protocollo opzionale sulle procedure di comunicazione..... 63

II.3.2. Il Comitato e l'Italia. Le Osservazioni conclusive 64
II.3.3. Il Comitato e la Spagna. Le Osservazioni conclusive 72
CAPITOLO III
Il recepimento italiano delle obbligazioni internazionali in materia di minori 77
Premessa..... 77
III.1.-Il recepimento delle obbligazioni internazionali nell'ordinamento italiano attraverso le riforme legislative: evoluzione del sistema penale 77
III.1.1.-Le norme di diritto internazionale ed europeo ispiratrici..... 77
a) Il panorama internazionale..... 77
b) L'azione del Consiglio d'Europa..... 82
c) La normativa dell'Unione Europea..... 84
III.1.2.-Il recepimento italiano della normativa internazionale..... 86
a) Definizione del concetto di pornografia..... 87
b) Reati sessuali 89
c) Prostituzione minorile..... 91
d) Pornografia infantile e partecipazione del minore a spettacoli pornografici 93
e) Turismo sessuale..... 95
f) Maltrattamenti in famiglia..... 96
g) Adescamento di minorenni e nuovi reati 98
h) Disposizioni in tema di errore sulla minore età del soggetto passivo 101
i) Responsabilità delle persone giuridiche 102
j) Pene accessorie e misure di sicurezza..... 103
k) Termini di prescrizione..... 106
l) Sistema processuale: l'ascolto del minore..... 106
III.2.-Il ruolo della giurisprudenza nell'attuazione della tutela del minore..... 108
III.2.1.-La Corte costituzionale e il *best interest* del minore..... 109
III.2.2.-Il decreto del Tribunale di Varese del 24 gennaio 2013 117
III.3.- L'Autorità Garante per l' Infanzia e l'Adolescenza 122
III.3.1.- Chi è il Garante per l'Infanzia in una prospettiva europea 122
III.3.2.-L'ENOC..... 129
III.3.3.-L'esperienza italiana. Antecedenti al Garante nazionale: i Garanti regionali..... 133
III.3.4.-Verso un Garante nazionale: i presupposti e la legge istitutiva 140
III.3.5.-Bilancio di due anni di attività: le Relazioni annuali del Garante al Parlamento.. 147

CAPITOLO IV

Il recepimento spagnolo delle obbligazioni internazionali in materia di minori **153**

IV.1.- Il recepimento delle obbligazioni internazionali nell'ordinamento spagnolo attraverso le riforme legislative: evoluzione del sistema penale..... 153

IV.1.1.- Le modifiche al sistema penale spagnolo 153

a) Definizione del concetto di pornografia..... 153

b) Reati sessuali 155

c) Prostituzione minorile..... 156

d) Pornografia infantile e partecipazione del minore a spettacoli pornografici 157

e) Turismo sessuale..... 159

f) Maltrattamenti in famiglia..... 161

g) Adescamento di minorenni e nuovi reati 162

h) Disposizioni in tema di errore sulla minore età del soggetto passivo..... 163

i) Responsabilità delle persone giuridiche 163

j) Pene accessorie e misure di sicurezza..... 163

k) Termini di prescrizione..... 165

l) Sistema processuale: l'ascolto del minore..... 166

IV.1.2.-Conclusioni..... 166

IV.2.-La protezione giurisdizionale del minore 169

IV.2.1. La sentenza del *Tribunal Constitucional* del 17 ottobre 2012, n. 185. L'interesse del minore in tema di custodia e affidamento condiviso; il diritto di essere ascoltato……169

IV.2.2. La dichiarazione del minore come prova d'accusa nei procedimenti penali: posizioni del *Tribunal Constitucional* e del *Tribunal Supremo*..... 178

IV.2.3. La normativa internazionale ed europea in tema di partecipazione del minore nei processi penali..... 187

IV.3.- Il *Defensor del Pueblo* e la tutela dei bambini in Spagna..... 190

IV.3.1.-Analisi sommaria della figura del *Defensor del Pueblo*..... 190

IV.3.2.-La tutela dei diritti fondamentali da parte del *Defensor del Pueblo*..... 195

IV.3.3.-I Garanti delle singole Comunità Autonome. Il caso peculiare del *Defensor del Menor* di Madrid..... 202

IV.3.4. Valutazioni in tema di benessere infantile: la memoria dell'UNICEF España e le Relazioni monografiche dei *Defensores*. 208

Conclusioni*..... *217

Síntesis*..... *223

Bibliografia*..... *233

Altri documenti *238*
Relazioni, memorie, scritti non pubblicati *238*
Interviste *244*
Seminari *244*
Giurisprudenza *244*
Sitografia *246*

"Dite:

E' faticoso frequentare i bambini.

Avete ragione.

Poi aggiungete:

Perché bisogna mettersi al loro livello, abbassarsi, inclinarsi, curvarsi, farsi piccoli.

Ora avete torto.

Non è questo che più stanca. E' piuttosto il fatto di essere obbligati a innalzarsi fino all'altezza dei loro sentimenti.

Tirarsi, allungarsi, alzarsi sulla punta dei piedi.

Per non ferirli."

(Janusz Korczak)

Introduzione

Al giorno d'oggi, incentrare un lavoro sui vari strumenti preposti alla tutela dei minori, valutando per ognuno le differenze e l'efficienza, implica la trattazione di un argomento non ancora esaurito, nonostante si creda spesso il contrario. Si è agito molto e parlato anche di più dei vari meccanismi che a livello internazionale ed interno dovrebbero essere adottati per garantire ad ogni bambino la possibilità di vivere un'infanzia serena, priva di turbamenti ed abusi. Ma il livello di tutela a cui siamo giunti attualmente non può (e non deve) essere considerato il punto di arrivo di un processo che è ancora ben lontano dalla sua conclusione. Tale necessità è evidenziata dal fatto che esistono ancora differenze abissali e destini di vita completamente diversi in base al luogo di nascita del bambino. Con ciò non si fa riferimento unicamente alle diverse prospettive di vita che presenta uno Stato in via di sviluppo rispetto ad uno già industrializzato. Anche all'interno di quest'ultimo, il livello di tutela attuale non è ancora sufficiente ad assicurare serenità e spensieratezza al fanciullo. Potrà parlarsi infatti di condizioni sanitarie ed economiche migliori; esse però non sono le uniche da considerare per garantire ad un bambino un presente ed un futuro decorosi. L'accesso all'istruzione, un ambiente familiare sereno e l'assoluta tutela da violenze ed abusi (solo per fare alcuni esempi) sono condizioni altrettanto fondamentali a cui ogni bambino dovrebbe aver diritto.

L'esistenza di tali situazioni di disagio, più o meno evidenti, è stata effettivamente riscontrata anche nei Paesi più avanzati: ne costituiscono un sintomo le visite *in loco* attuate anche in essi durante la missione tematica della Commissione[1] (oggi Consiglio) per i diritti umani destinata a fronteggiare la vendita di bambini, la prostituzione infantile e l'utilizzo dei bambini nella pornografia. Nell'arco del suo svolgimento, grazie anche alle proroghe concesse per rinnovare il mandato[2] del Relatore Speciale[3], la missione si è tradotta nell'attuazione di visite ed

[1] Cfr. ris. 1990/68, *Sale of Children* della Commissione per i diritti umani del 7 marzo 1990, con cui si avvia il mandato tematico.

[2] La Commissione ha adottato nel tempo varie risoluzioni: la più recente è la ris. 16/12 del Consiglio dei diritti umani (erede della Commissione) risalente a marzo 2011, che proroga la missione per altri tre anni. Per maggiori informazioni sul mandato tematico, si veda l'apposita sezione ad esso dedicata nella pagina web del Consiglio dei diritti umani, consultato in data 2 novembre 2013: (http://www.ohchr.org/SP/Issues/Children/Pages/ChildrenIndex.aspx).

analisi specifiche nei Paesi in cui i bambini sono più a rischio di un possibile sfruttamento sessuale: tra questi vi sono Francia[4], Stati Uniti[5], Belgio e Paesi Bassi[6].

La presente tesi ha come obiettivo l'analisi dei vari strumenti che fino ad oggi sono stati creati per limitare le situazioni di disagio dei minori, l'utilità effettiva di ognuno di essi e le possibili soluzioni alle lacune che ancora oggi si riscontrano. In linea con tale proposito, una valutazione critica richiede necessariamente una trattazione effettuata su un vasto raggio d'azione per ottenere, mediante l'analisi comparatistica di più sistemi in un'ottica internazionale ed interna, una visione d'insieme e comprendere quali siano state le soluzioni che hanno ottenuto gli esiti migliori, come rafforzarle ed adattarle a situazioni diverse da quelle di origine. Tale impostazione giustifica l'articolazione della tesi in vari capitoli incentrati su un'analisi dapprima ad ampio respiro, analizzando i vari meccanismi a tutela dei minori esistenti nel panorama internazionale, fino ad arrivare alle modalità con cui gli stessi sono stati recepiti a livello interno dai singoli Paesi, adempiendo alle obbligazioni internazionali da essi contratte. I primi due capitoli saranno perciò dedicati al livello internazionale; gli ultimi due ad una valutazione comparatistica tra gli ordinamenti interni di due Stati europei, l'Italia e la Spagna, simili sotto vari punti di vista ma con realtà relative ai bambini parzialmente differenti.

Nello specifico, nel primo capitolo si presterà attenzione all'azione realizzata da parte della più vasta Organizzazione internazionale, le Nazioni Unite. All'interno dell'ONU oggetto di analisi saranno alcuni degli organi (sia principali che sussidiari) che si sono maggiormente distinti in materia di tutela dei minori. L'attenzione si concentrerà in primo luogo sul ruolo rilevante svolto dall'Assemblea Generale, organo plenario dell'ONU, nel definire le linee di azione dei soggetti di diritto

---

[3] Quattro sono stati i Relatori speciali che si sono succeduti nel tempo: Vitit Muntarbhorn (1991-1994), Ofelia Calcetas-Santos (1994-2001), Juan Miguel Petit (2001-2008) e Najat Maalla M'jid, l'attuale *Special Rapporteur*, in carica dal 2008.

[4] SPECIAL RAPPORTEUR ON THE SALE OF CHILDREN, CHILD PROSTITUTION AND CHILD PORNOGRAPHY *Report mission to France, November 2002*, E/CN.4/2004/9/Add.1, 2003; Id., *Report mission to France, 21 November-2 December 2011*, A/HRC/19/63/Add.2, 2012.

[5] Id. *Report mission to the United States of America, December 1996*, E/CN.4/1997/95/Add.2, 1997; Id., *Report mission to the United States of America, 12-27 October 2010*,A/HRC/16/57/Add.5, 2011.

[6] Id. *Report mission to Belgium and the Netherlands, December 1998*, E/CN.4/2000/73/Add.1, 1999.

internazionale, avendo adottato varie risoluzioni utili per l'individuazione e l'interpretazione dei diritti del bambino. Tra le più rilevanti vi è la risoluzione[7] adottata in seguito ad una sessione speciale dell'Assemblea Generale svoltasi a New York tra l'8 e il 10 maggio del 2002, in cui nel documento annesso vengono ribaditi i diritti riconosciuti ad ogni bambino e le azioni che ogni singolo Stato dovrebbe intraprendere per garantirne l'effettivo godimento. L'approfondimento dell'attività dell'Assemblea Generale servirà per ricollegarsi ai recepimenti di tali indirizzi orientativi da parte dei singoli Stati, di cui si tratterà negli ultimi due capitoli del presente lavoro.

Mantenendo l'analisi all'interno delle Nazioni Unite, l'attenzione si concentrerà sul ruolo svolto dal Consiglio dei diritti umani. Dopo una breve introduzione finalizzata a delinearne la struttura, verranno esposte le varie procedure speciali di cui il Consiglio può avvalersi per verificare e salvaguardare il rispetto dei diritti umani nei singoli Stati membri dell'ONU. Tra i vari meccanismi di controllo previsti, particolare importanza verrà attribuita alle missioni tematiche, di cui si cercherà di spiegare il concreto rilievo analizzando la missione sulla vendita di bambini, la prostituzione infantile e l'utilizzazione di minori nella pornografia, a cui è stato fatto riferimento anteriormente. Il rilievo che tale missione ha rivestito e riveste tuttora è dovuto a due importanti ragioni: da un lato, essendo stata avviata sotto l'azione della Commissione per i diritti umani e proseguita dal suo successore, il Consiglio dei diritti umani, tale missione fornisce un esempio della continuità degli obiettivi perseguiti dai due organi. Dall'altro, essa ha permesso l'avvento nel piano internazionale di una nuova, utile figura, qual è il Relatore Speciale sulle questioni e la salvaguardia dei bambini dalla vendita, prostituzione e pornografia, suscettibile di poter instaurare un dialogo costruttivo tra le istituzioni internazionali e gli Stati in cui vengono effettuate le visite *in loco*.

L'azione dell'ONU dedita alla salvaguardia dei minori viene attuata anche da una sua importante agenzia, il Fondo delle Nazioni Unite per l'Infanzia (UNICEF).

[7] Cfr. ris. S-27/2 *A World fit for Children* dell'Assemblea Generale del 10 maggio 2002, con il correlativo *Annex a report for the Ad Hoc Committee of the whole of the Twenty- Seventh Special Session of the General Assembly, General Assembly, Official records, Twenty- Seventh Special Session, Supplement No.3* (A/S-27/19/Rev.1). È possibile reperire la risoluzione e il relativo documento annesso all'indirizzo web http://www.un.org/en/ga/sessions/special.shtml, consultato in data 2 novembre 2013.

L'esposizione della struttura, l'azione e gli scopi dell'UNICEF servirà per fare riferimento anche al suo Comitato italiano e al ruolo rilevante svolto da quest'ultimo nell'aver favorito a livello interno la creazione di un'Autorità nazionale per la tutela dei bambini.

Il secondo capitolo verterà invece sull'analisi dei principali strumenti di diritto internazionale pattizio creati a salvaguardia del bambino. Ruolo centrale in quest'ambito riveste la Convenzione di New York del 20 novembre 1989 (CRC), adottata per tutelare i diritti del fanciullo a livello universale, e integrata a tal fine da due Protocolli specifici: il primo relativo alla vendita di bambini, prostituzione minorile e pornografia implicante minori di età e il secondo sul coinvolgimento di questi ultimi nei conflitti armati.

Per una migliore comprensione del tema, l'analisi della Convenzione sarà suddivisa in una parte sostanziale ed una procedurale: oggetto della prima saranno gli articoli 1-41 della Convenzione nonché la disciplina specifica trattata nei due Protocolli, con una particolare attenzione ai diritti più importanti. Un ulteriore problema che verrà affrontato nell'ambito sostanziale riguarda le varie riserve formulate al momento della ratifica: nonostante la partecipazione di 193[8] Stati, la portata effettiva dei diritti stabiliti nella Convenzione non risulta uguale per tutti, dato che la formulazione di riserve ad alcuni articoli implica una minor vincolatività, escludendo o limitandone gli effetti giuridici nei confronti del soggetto che formula la riserva e implicando quindi obblighi di portata inferiore rispetto a quanto scaturirebbe da una piena ratifica. Dal punto di vista procedurale verranno invece analizzati gli articoli 42-45, che disciplinano l'azione dell'organo predisposto a salvaguardare l'osservanza dei diritti sostanziali da parte degli Stati che abbiano ratificato la Convenzione: il Comitato ONU sui diritti del fanciullo. La composizione, il funzionamento e i vari strumenti di cui tale organo può avvalersi consentiranno di evidenziare il ruolo fondamentale che svolge per garantire il rispetto

[8] In base a quanto riportato nel sito ONU sullo stato delle ratifiche, consultato il 20 novembre 2013 http://treaties.un.org/pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=en . L'Italia l'ha ratificata con legge del 27 maggio 1991, n.176 (G.U. dell'11 giugno 1991, n. 135, Suppl. Ord. n.35), in vigore dal 12 giugno 1991, mentre la Spagna con strumento di ratifica pubblicato nel BOE del 31 dicembre 1990, n.313, con entrata in vigore il 5 gennaio 1991. Si veda anche *infra*, Cap. II, II.1.

dei diritti dei bambini negli ordinamenti interni, che si riflette specialmente nelle Osservazioni conclusive e nei Commenti generali redatti dal Comitato stesso.

Gli ultimi due capitoli della tesi sono riservati a valutare le misure adottate a livello interno dall'Italia e dalla Spagna; le affinità giuridiche e culturali tra i due Paesi permettono di effettuare una valida analisi comparatistica tra i due ordinamenti, individuando quali siano state le linee di azione comuni adottate per tutelare i minori e quali le misure divergenti: attraverso uno studio approfondito, l'obiettivo è di valutare quali misure abbiano riscontrato gli esiti migliori, al fine di poter essere incrementate ed adottate anche nell'altro Stato.

Il terzo capitolo sarà dedicato all'Italia e verrà suddiviso in tre sezioni: la prima analizzerà il recepimento delle obbligazioni internazionali tramite l'azione del legislatore, tradottasi in varie riforme, in special modo alla normativa penale, sia sostanziale che processuale. La più recente di esse è stata effettuata con la legge dell'1 ottobre 2012, n.172, di ratifica ed esecuzione di una Convenzione del Consiglio d'Europa all'avanguardia per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale[9], nonché di adeguamento dell'ordinamento interno.

La seconda sezione del terzo capitolo verterà sui prevalenti contributi giurisprudenziali della Corte di Cassazione e della Corte costituzionale nel conformare l'ordinamento interno al piano internazionale. La terza infine si concentrerà sulla nuova figura istituita in Italia a livello nazionale dalla legge del 12 luglio 2011, n.112: l'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza. L'attività del Garante nazionale affianca e fortifica le linee d'azione a tutela dei bambini sinora svolte dai Garanti regionali dell'infanzia, tuttora presenti in alcune regioni italiane. Quest'ultimo punto rappresenta la vera differenza tra le misure presenti in Spagna e in Italia e, pertanto, su di esso sarà prestata particolare attenzione. Al fine di valutare criticamente i risultati ottenuti, si analizzeranno anche le Relazioni annuali presentate sinora dal Garante nazionale al Parlamento, per evidenziare le strategie adottate e gli esiti ottenuti. Un colloquio con tale Autorità permetterà inoltre di effettuare un

[9] Convenzione del Consiglio d'Europa (Convenzione di Lanzarote), *per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale,* del 25 ottobre 2007 e in vigore dall'1 luglio 2010. La Convenzione è entrata in vigore in Italia il 23 ottobre 2012 grazie alla l. n. 172/ 2012 (in G. U. n. 235 dell'8 ottobre 2012). La Convenzione è reperibile nel sito del Consiglio d'Europa all'indirizzo http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/children/default_en.asp, consultato in data 2 novembre 2013.

ulteriore approfondimento. Oltre a ciò, un sottoparagrafo sarà riservato all'*European Network of Ombudspersons for Children* (ENOC), associazione europea *no profit* volta a costruire una rete di collaborazione tra le varie Autorità nazionali poste a tutela dei diritti dei bambini, di cui fanno parte sia il Garante nazionale per l'Infanzia e per l'Adolescenza italiano, sia alcuni Garanti delle singole Comunità Autonome spagnole. Per comodità dell'esposizione, la trattazione dell'ENOC verrà effettuata prima di analizzare l'attività dei singoli Garanti.

L'ultimo capitolo verterà sull'ordinamento spagnolo: per un'agevole comprensione si seguirà la medesima ripartizione attuata nel capitolo italiano. A livello legislativo, il rilievo andrà quindi al diritto penale sostanziale e processuale, avendo anche la Spagna ratificato la Convenzione di Lanzarote[10] ed adottato misure di attuazione a livello interno, riformando soprattutto il Capitolo V del Libro II del *Código penal*. Seguirà poi l'analisi di alcune tra le più recenti sentenze adottate dai due più alti tribunali interni, il *Tribunal Constitucional* e il *Tribunal Supremo*, che contribuiscono a recepire ed adeguare il sistema interno al sistema internazionale ed europeo.

Infine, anche nell'ultimo capitolo l'ultima sezione è dedicata alle Autorità che si occupano di tutelare i minori in territorio spagnolo, organizzate differentemente rispetto all'Italia. Nonostante la partecipazione della Spagna all'ENOC, occorre infatti sottolineare due particolari peculiarità di tale adesione: da un lato, il fatto che a parteciparvi siano i Garanti regionali di alcune Comunità Autonome (Galicia, Catalunya e Andalusia) e non il Garante nazionale. Dall'altro lato tali Garanti, (*Defensor del Pueblo* a livello nazionale e varie denominazioni per quelli delle singole Comunità), non sono preposti unicamente a salvaguardare i diritti dei fanciulli ma tutti i diritti fondamentali costituzionalmente garantiti. Ciò può implicare una maggior onerosità per il *Defensor del Pueblo* ed i rispettivi difensori a livello locale, con una possibile minor effettività nella tutela dei singoli diritti. Un'analisi comparatistica permetterà di evidenziare quale tra le due soluzioni abbia permesso di ottenere risultati migliori, e quali siano stati i problemi riscontrati da tali Autorità in entrambi gli ordinamenti.

[10] La Spagna ha ratificato la Convenzione di Lanzarote con strumento di ratifica pubblicato nel *Boletín Oficial del Estado* (BOE) del 12 novembre del 2010, n. 274. L'entrata in vigore è avvenuta il 1 dicembre 2010.

CAPITOLO I

La protezione del minore nelle Organizzazioni internazionali: il ruolo dell'ONU

Premessa

In questo primo capitolo verranno presi in considerazione alcuni organi delle Nazioni Unite, l'Organizzazione internazionale più vasta al mondo, per valutare come in essa vengano affrontate e prese in considerazione le problematiche che riguardano i fanciulli. Un ruolo di primo piano rivestono a tal fine l'Assemblea Generale e le risoluzioni da essa adottate che, benché vantino un'efficacia meramente politica e non vincolante per gli Stati membri, sono frutto di un'attenta ed aggiornata considerazione dei problemi che affliggono i minori e che gli Stati si ripropongono di affrontare. Da tali risoluzioni è scaturito anche l'organo sussidiario dell'ONU qual è il Fondo delle Nazioni Unite per l'Infanzia; di esso ci si occuperà nell'ultima sezione del capitolo, dopo l'esposizione dei principali meccanismi di controllo delle Nazioni Unite, sebbene meramente politici, attuati dal Consiglio dei diritti umani. Ciò che dev'essere sottolineato fin da ora è che l'attività di tali organi si relaziona e tende specialmente a garantire quei diritti che fanno capo a tutti i bambini e che si riscontrano specialmente nella *Magna Charta* ad essi dedicata, qual è la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo: di essa in questo primo capitolo non verrà che effettuato un breve accenno, per dedicarle poi una più accurata esposizione nel capitolo seguente.

I.1.-L'azione dell'Assemblea Generale

I.1.1.-Composizione e competenze

L'Assemblea Generale costituisce uno dei sei organi principali delle Nazioni Unite, così come previsto dalla Carta di San Francisco[11] (articolo 7); ad essa

[11] Adottata a San Francisco il 26 giugno 1945 al termine della Conferenza delle Nazioni Unite sull'Organizzazione internazionale, ed entrata in vigore il 24 ottobre 1945 grazie alla ratifica dei cinque membri permanenti del Consiglio di sicurezza e della maggior parte degli Stati che parteciparono alla Conferenza. La Carta è reperibile nella pagina web delle Nazioni Unite (http://www.un.org/es/documents/charter/). L'Italia l'ha ratificata con legge del 17 agosto 1957, n.

partecipano, in quanto organo plenario, i rappresentanti di tutti gli Stati membri dell'ONU. Si riunisce generalmente una volta l'anno a partire dal terzo martedì del mese di settembre, in sessione ordinaria. Vi è inoltre la possibilità di svolgere sia delle sessioni speciali incentrate su determinate problematiche, su richiesta del Consiglio di sicurezza, della maggioranza degli Stati membri o ad iniziativa di uno di essi e sempre che ottenga il supporto della maggioranza, sia delle sessioni speciali di emergenza[12] su richiesta degli stessi soggetti, e che necessitano di un più rapido avvio (entro le 24 ore successive all'istanza avanzata). In occasione di una delle sessioni speciali sulla questione dell'infanzia, nel 2002 è stata adottata una particolare risoluzione, come si vedrà tra breve.

In seno all'Assemblea le decisioni vengono assunte generalmente mediante differenti maggioranze in base al tipo di questione su cui deliberare. L'articolo 18, commi 2 e 3 della Carta, dopo aver attribuito ad ogni Stato membro un solo voto, prevede un sistema a maggioranza qualificata di due terzi dei presenti e votanti (con voti favorevoli o contrari, non tenendosi in conto gli astenuti) per questioni di particolare rilievo (sia le elencate in maniera non esaustiva dall'articolo 18, comma 2 della Carta, sia le altre che vengano destinate alla stessa procedura sulla base di una previa votazione a maggioranza semplice); il resto delle questioni viene invece deliberato a maggioranza semplice. Recentemente, la pratica del *consensus*[13] si è insediata come ulteriore sistema di deliberazione: essa è ottimale in quanto non richiede il raggiungimento di un determinato *quorum* deliberativo, non dovendo gli Stati esprimere un voto formale, ma unicamente l'assenza di dissensi manifesti. Non occorre quindi che i votanti siano d'accordo, ma che non dissentano apertamente. Tale sistema è stato adottato in seno a molte organizzazioni, sia internazionali che europee; tra esse possiamo annoverare anche l'ENOC, di cui si parlerà più specificamente nel terzo capitolo.

---

848 *Esecuzione dello Statuto delle Nazioni Unite, firmato a San Francisco il 26 giugno 1945* (in Suppl. ordinario alla G. U. n. 238, del 25 settembre 1957).

12 Le prime sono espressamente previste dall'articolo 20 della Carta, mentre le seconde sono state introdotte dalla risoluzione 377 A (V) *Uniting for Peace* dell'Assemblea Generale del 3 novembre 1950. Per maggiori informazioni su entrambe vedasi S. MARCHISIO *L'ONU: il diritto delle Nazioni Unite*, 2ª ed., Bologna, Il mulino, 2012, p. 135 e ss.; NAZIONI UNITE *L'ABC delle Nazioni Unite*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, , p. 7 e ss.

13 Cfr. S. MARCHISIO, *op. cit.*, p. 134 e ss.

Le deliberazioni in seduta plenaria vengono adottate sulla base di rapporti previamente elaborati da parte di una delle sei commissioni di cui si compone l'Assemblea Generale. Ai fini di questo lavoro ricopre un ruolo importante la Terza Commissione relativa a temi sociali, umanitari e culturali: essa si occupa infatti di predisporre rapporti in materia di diritti umani che verranno esaminati in seduta plenaria ai fini di adottare poi l'opportuna risoluzione. Emblematico sarà ad esempio il rapporto presentato dalla Terza Commissione all'Assemblea, sulla proposta di una Convenzione sui diritti del fanciullo pervenutale dal Gruppo di lavoro della Commissione per i diritti umani, tramite il Segretario Generale.

Mediante l'attività deliberativa che si traduce nell'adozione di atti di vario tipo, generalmente denominati risoluzioni e dotati per lo più di efficacia meramente politica, l'Assemblea esercita le competenze ad essa attribuite, previste in special modo nel Capitolo IV[14] della Carta delle Nazioni Unite. L'articolo 10 le conferisce espressamente il potere di effettuare raccomandazioni sia agli Stati membri che al Consiglio di sicurezza su tutte le questioni di sua competenza: mantenimento della pace e sicurezza internazionale (in questo caso anche agli Stati non membri) e sempre che la questione non sia oggetto di discussione presso il Consiglio di sicurezza[15], promozione della cooperazione politica internazionale, della codificazione del diritto internazionale, dello sviluppo indiscriminato dei diritti umani e della collaborazione in ambito sociale, culturale, economico, sanitario ed educativo[16], nonché risoluzione pacifica di controversie che potrebbero risultare pregiudizievoli per il benessere internazionale[17]. A tali competenze si affiancano inoltre l'esame dei rapporti trasmessi dal Consiglio di sicurezza e degli altri organi dell'ONU[18], nonché l'approvazione del bilancio[19].

[14] Altri articoli previsti in capitoli ulteriori conferiscono all'Assemblea il potere di nominare i membri non permanenti del Consiglio di sicurezza e dell'ECOSOC (art. 23, co. 1 e art. 61, co. 1 della Carta), della Corte internazionale di giustizia assieme al Consiglio di sicurezza (art. 8 dello Statuto della Corte di Giustizia) e il Segretario Generale, previa raccomandazione del Consiglio (art. 97 della Carta). È inoltre l'Assemblea Generale che si occupa dell'ammissione, sospensione ed espulsione dei membri delle Nazioni Unite su raccomandazione del Consiglio di sicurezza (art. 4, co. 2 ed artt. 5 e 6 della Carta).
[15] Cfr. Carta di San Francisco, artt. 11 e 12.
[16] *Ivi*, art. 13.
[17] *Ivi*, art. 14.
[18] *Ivi*, art. 15.
[19] *Ivi*, art. 18.

I.1.2.-La competenza dell'Assemblea Generale in tema di diritti umani

Tra le competenze precedentemente elencate, ai fini della presente tesi spicca senza ombra di dubbio quella prevista dall'articolo 13, comma 1, lettera *b)* della Carta, in tema di promozione indiscriminata dei diritti umani e ribadita ulteriormente nel capitolo IX della Carta[20] al fine di creare più armoniose relazioni tra le nazioni. L'esercizio di tale competenza si è tradotto in varie attività dell'Assemblea Generale. Tra queste occorre in primo luogo ricordare l'esame dei rapporti che ad essa vengono inviati da parte degli organi che svolgono controlli giuridici sull'adempimento da parte degli Stati delle convenzioni internazionali sui diritti umani da essi ratificate . Tra queste vi è la Convenzione sui diritti del fanciullo, oggetto di controllo da parte del Comitato ONU sui diritti dell'infanzia: di tale strumento di diritto internazionale pattizio e del suo organo di monitoraggio si parlerà nel capitolo successivo, specialmente per valutare i controlli effettuati dal Comitato sull'adempimento delle obbligazioni scaturenti dalla Convenzione da parte dell'Italia e della Spagna. Per ora ci si limita a far presente che tale Comitato, per espressa previsione dell'articolo 44, comma quinto, della Convenzione, è tenuto a presentare con cadenza biennale all'Assemblea Generale un rapporto sulle proprie attività. Da tali rapporti l'Assemblea potrà poi avviare eventualmente attività di studio ed adottare opportune risoluzioni.

Uno degli atti più importanti in materia d'infanzia è senza dubbio il documento scaturito dalla sessione speciale dell'Assemblea Generale del 2002 in tema di bambini, intitolato *A World Fit for Children*, a cui si è già fatto un breve accenno[21]: rievocando quanto già precedentemente scaturito dal *World Summit for Children*[22]

[20] *Ivi*, art. 55 lettera *c)* ed art. 60.
[21] Cfr. *Introduzione*, p. 8.
[22] Svoltosi poco dopo l'adozione della Convenzione del 1989 sui diritti del fanciullo, esso costituì la più grande riunione di capi di Stato in cui furono fissati gli obiettivi da raggiungere in tema d'infanzia e adolescenza. Venne constatato infatti che a molti bambini non venivano garantiti quei diritti al gioco, alla crescita e all'apprendimento e più in generale a quella situazione di serenità primariamente espressi dalla Convenzione 1989. Per tale motivo gli Stati si riproposero nella *World Declaration on the Survival, Protection and Development of Children* scaturita dal *World Summit* del 29-30 settembre 1990 di impegnarsi a perseguire dieci obiettivi: 1) promozione della ratifica della Convenzione; 2) protezione della salute del bambino e riduzione della mortalità neonatale; 3) lotta contro fame e denutrizione; 4) tutela della posizione della donna; 5) protezione della famiglia e dei bambini separati dal nucleo familiare di origine; 6) rafforzamento dell'istruzione; 7) tutela dei bambini in situazioni difficili (orfani, vittime di abuso, disabili, ecc.) 8) protezione dei bambini dalla guerra e dal coinvolgimento nei conflitti armati; 9) tutela dell'ambiente; 10) lotta alla povertà. Il Piano d'azione

del 29-30 settembre 1990, nella sessione speciale del 2002 si valutano i risultati effettivamente raggiunti da parte degli Stati e la situazione dei bambini a dodici anni dalla Dichiarazione Mondiale sulla Sopravvivenza, Protezione e Sviluppo dei Bambini. Nel documento annesso alla risoluzione dell'Assemblea Generale del 2002 vengono fissati dieci nuovi obiettivi che gli Stati devono perseguire, simili a quelli statuiti nel 1990, tenendo in considerazione le evoluzioni nel frattempo intervenute: 1) dare rilievo in ogni azione in tema d'infanzia al primario interesse del bambino; 2) investire nei diritti dei bambini, le generazioni future, per debellare la povertà; 3) non lasciare nessun bambino in secondo piano, combattendo qualsiasi forma di discriminazione in cui possa incorrere; 4) combattere malnutrizione, infermità fisiche e mentali, facendo crescere il bambino in ambienti sani; 5) garantire il diritto di ogni bambino all'istruzione, in particolar modo alla primaria, caratterizzata dall'obbligatorietà, la gratuità e la buona qualità; 6) lotta allo sfruttamento e agli abusi sui bambini; 7) tutela dalla guerra; 8) debellamento dell'AIDS; 9) garanzia dell'ascolto del minore in ogni questione che lo riguardi; 10) tutela dell'ambiente[23].

Per il perseguimento di tali obiettivi viene ribadita ancora una volta la necessità da parte degli Stati di un'azione in primo luogo interna, implicante l'adozione di piani strategici per l'infanzia e l'adolescenza, concentrandosi specialmente su quattro specifiche sfere d'azione che riassumono i dieci obiettivi precedentemente elencati: promozione della salute, accesso all'educazione, protezione dei bambini da maltrattamenti, abusi e sfruttamento (ripartita a sua volta in azioni più specifiche destinate alla protezione dai conflitti armati, la violenze sessuale, il traffico di minori e il lavoro minorile), e la lotta all'HIV[24].

---

adottato (*Plan of Action for implementing the Declaration in the 1990s.*) ed allegato alla Dichiarazione costituisce una guida per gli Stati per orientarsi nelle azioni da dover intraprendere e i vari punti su cui insistere, sottolineando la necessità di adottare da parte dei singoli Stati entro il 1991 un piano d'azione interno, oltre a favorire una maggior cooperazione internazionale, in cui vi sia partecipazione anche delle famiglie e delle organizzazioni non governative (ONG), e che implichi un aumento del budget nazionale da investire in materia di minori. La Dichiarazione e il Piano d'azione sono reperibili al sito: http://www.unicef.org/about/history/index_worldsummit.html, consultato in data 13 ottobre 2013.

[23] Cfr. *Annex a report for the Ad Hoc Committee…*cit., p. 6, par. 7; X. GUERRERO FERNÁNDEZ *La Sesión Especial de las Naciones Unidas a favor de la Infancia (retos de future)* in D. BONDIA GARCÍA [*et al.*], C. VILLAGRASA ALCAIDE - I. RAVETLLAT BALLESTÉ (Coords.) *El desarrollo de la convención sobre los derechos del niño en España*, Barcelona, Bosch, 2006, p. 68 s.

[24] Cfr. *Annex a report for the Ad Hoc Committee…*cit., p. 12, par. 33 ss.

I medesimi propositi vengono reiterati in altre risoluzioni in cui vengono valutati i risultati progressivamente conseguiti e ciò in cui occorre ancora incrementare l'azione da parte dei singoli Stati. Tali risoluzioni, nonostante non abbiano efficacia vincolante, richiedono ad ogni modo da parte degli Stati membri una partecipazione attiva per perseguire gli obiettivi prefissati, secondo quanto previsto dai principi di buona fede[25] e di cooperazione con l'ONU[26].

Due recenti risoluzioni del 2009[27] e 2012[28] constatano la persistenza di gravi situazioni di sfruttamento infantile, povertà, carenza di cure sanitarie adeguate, abusi e discriminazione, nonché coinvolgimento in situazioni belliche, che costituiscono una condizione abituale di molti, troppi bambini. Nelle risoluzioni dell'Assemblea viene ribadito quanto sarà poi oggetto delle Osservazioni conclusive che il Comitato infanzia generalmente indirizza ai singoli Stati in risposta ai rapporti da essi forniti.

Nel valutare quali diritti debbano essere necessariamente garantiti, anche in seno all'Assemblea Generale vengono tenuti in considerazione quelli affermati specialmente nella Convenzione sui diritti del fanciullo. In questo primo capitolo non occorre quindi soffermarsi ulteriormente sul loro contenuto.

Oltre all'adozione di risoluzioni che presentano maggiormente carattere di raccomandazioni per gli Stati, vi sono poi altri atti che costituiscono vere e proprie dichiarazioni di principi, in cui vengono manifestate determinate posizioni riguardo a specifiche tematiche da cui potranno poi scaturire future norme consuetudinarie o convenzionali. Specie nel primo caso, ciò deriva dal fatto che attraverso tali risoluzioni viene manifestato uno dei due elementi su cui si basa la norma consuetudinaria, qual è l'*opinio iuris*[29], in quanto le risoluzioni adottate dall'Assemblea, organo plenario, costituiscono la manifestazione della volontà della totalità (in caso di unanimità) o quasi degli Stati membri delle Nazioni Unite. Tali dichiarazioni possono poi costituire un incentivo per dar vita ad altre fonti di diritto

[25] Cfr. art. 2, co. 2 della Carta di San Francisco.
[26] *Ivi*, art. 56.
[27] Cfr. ris. 63/241 dell'Assemblea Generale del 24 dicembre 2008 .
[28] Cfr. ris. 67/152 dell'Assemblea Generale del 20 dicembre 2012.
[29] Sulle norme consuetudinarie e gli elementi costitutivi si veda A. REMIRO BROTÓNS [*et al.*] *Derecho internacional. Curso general*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, p. 207 ss.; *ivi*, p..225 ss., in relazione al valore quasi normativo delle dichiarazioni dell'Assemblea, in quanto permettono di dichiarare, cristallizzare o generare norme consuetudinarie.

internazionale, quali ad esempio i trattati. In materia d'infanzia, emblematica è la vicenda della Dichiarazione del 1959 sui diritti del Fanciullo, che condusse poi gli Stati ad elaborare la Convenzione del 1989: da atto unilaterale (la prima) scaturente dalla volontà di un solo organo, l'Assemblea Generale, si giunse infatti ad un atto multilaterale frutto della volontà sovrana degli Stati[30].

Occorre considerare infine un ulteriore aspetto che giustifica la menzione, seppur breve, dell'Assemblea Generale nel presente lavoro: sebbene essa non rivesta un ruolo di organo propriamente di controllo sull'attuazione della tutela internazionale del minore, avendo un carattere maggiormente propulsivo, deve attribuirsi all'Assemblea stessa la creazione di vari organi, alcuni dei quali aventi al contrario una finalità tesa prevalentemente al monitoraggio sulla situazione dei diritti umani nel mondo. Tra tali organi istituiti grazie alle risoluzioni dell'Assemblea se ne possono annoverare cinque che rivestono ai fini di questo lavoro un particolare interesse: l'Alto Commissario per i diritti umani, il Rappresentante Speciale del Segretario Generale per i bambini coinvolti nei conflitti armati, il Rappresentante Speciale del Segretario Generale contro la violenza sui bambini, il Consiglio dei diritti umani e l'UNICEF.

L'Alto Commissario per i diritti umani venne istituito dall'Assemblea con la risoluzione 48/141 del 20 dicembre del 1993. Nominato dal Segretario Generale per un mandato di quattro anni, poi rinnovato, ha la funzione di promuovere e proteggere lo sviluppo dei diritti umani (tra cui anche quelli facenti capo ai minori) in tutto il mondo, intavolare un dialogo e fornire aiuti costruttivi agli Stati che ne facciano richiesta, oltre alle ulteriori funzioni che si veda attribuite dagli altri organi delle Nazioni Unite[31].

I due Rappresentanti Speciali costituiscono un ulteriore, efficace strumento per monitorare la condizione dei bambini coinvolti nei conflitti armati e nelle situazioni di violenza, in preoccupante aumento. L'opportunità di istituire uno specifico Rappresentante Speciale del Segretario Generale per i bambini coinvolti nei conflitti armati si affermò fin dal 1993 in seguito ai risultati conseguiti da uno studio approfondito effettuato dall'allora Esperta ONU Graça Machel sull'impatto dei

[30] *Infra,* Cap. II, II.1.
[31] Per maggiori informazioni sull'Alto Commissario, si veda A. REMIRO BROTÓNS [*et al.*] *Derecho internacional…*op. cit., p. 752; NAZIONI UNITE *L'ABC…* cit., pp. 242-243.

conflitti armati sui bambini, incaricatole dall'Assemblea Generale nel 1993[32]. Le gravi conseguenze riscontrate sui minori spinsero l'organo plenario ad adottare una risoluzione[33] in cui si auspicava la nomina da parte del Segretario generale di un apposito Rappresentante con un mandato di tre anni; tale mandato è stato successivamente rinnovato dall'Assemblea per altre cinque volte.

La nomina del Rappresentante Speciale del Segretario Generale contro la violenza sui bambini è più recente, dovuta all'attuale incremento delle situazioni di violenza fisica e psicologica a cui sono sottoposti. L'esistenza di tali situazioni venne delineata in modo preoccupante in una risoluzione del 2008[34] dell'Assemblea, in cui si richiedeva inoltre al Segretario Generale di nominare un apposito Rappresentante, anch'esso con mandato triennale, il cui incarico è stato poi rinnovato. Tali organi svolgono una funzione di *advocacy* e di dialogo con gli Stati membri per incrementare la protezione dei bambini che versino in tali situazioni, effettuando anche un'attività di monitoraggio.

I.2.-Il Consiglio dei diritti umani

I.2.1.-Dalla Commissione al Consiglio. Struttura attuale e competenze.

Occorre ora esaminare l'organo delle Nazioni Unite che propriamente svolge un'attività di controllo sul rispetto dei diritti umani, inclusi quelli attribuiti ai bambini, da parte degli Stati. Il Consiglio dei diritti umani rappresenta l'erede dell'organo a tali fini anteriormente preposto, la Commissione per i diritti umani. A causa dell'accusa di eccessiva *politicizzazione* all'interno di quest'ultima si ritenne necessario modificarne la struttura e i criteri di ammissione per divenirne componenti, senza perdere dall'altro lato le utili procedure e il ruolo da essa svolto nel monitorare il livello di attuazione e rispetto dei diritti umani nella varie zone del globo.

L'istituzione della Commissione avvenne con le risoluzioni 5 (I) del 16 febbraio e 9 (II) del 21 giugno 1946 adottate dal Consiglio Economico e Sociale (ECOSOC), che istituiva in tal modo un organo sussidiario vòlto a proteggere i diritti umani, conformemente a quanto previsto dall'articolo 68 della Carta delle Nazioni Unite. La

[32] Con ris. 48/157 dell'Assemblea Generale del 20 dicembre 1993.
[33] Cfr. ris. 51/77 dell'Assemblea Generale del 12 dicembre 1996, , p. 7, par. 35.
[34] Cfr. ris. 62/141 dell'Assemblea Generale del 18 dicembre 2007, p. 14, par. 58.

Commissione era composta inizialmente dai rappresentanti di 18 Stati membri dell'ONU, nominati dall'ECOSOC collettivamente e per acclamazione e con mandato triennale. Il fenomeno della decolonizzazione e la correlativa espansione del numero dei soggetti membri delle Nazioni Unite richiese l'aumento dei componenti della Commissione; nel 1993, in seguito alla Conferenza Mondiale di Vienna sui diritti umani si giunse ad un massimo di 53 rappresentanti statali, mantenuto fino alla successione da parte del Consiglio.

Compito primordiale della Commissione fu in un primo momento l'organizzazione di studi ed l'adozione di atti volti a delineare princìpi generali in materia di diritti umani, così come la predisposizione di progetti di eventuali convenzioni e dichiarazioni da proporre agli organi principali in vista di una possibile adozione. Tale è il caso della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948, predisposta in seno alla Commissione e poi adottata con risoluzione[35] dell'Assemblea Generale; tra le convenzioni si possono annoverare la CRC e i suoi Protocolli opzionali.

A partire dalla fine degli anni Sessanta e inizi Settanta, la Commissione iniziò a svolgere anche un'effettiva attività di monitoraggio del livello di attuazione dei diritti umani. Per svolgere tale compito furono istituite varie procedure: la prima, a carattere pubblico, istituita nel 1967 con risoluzione 1235[36] dell'ECOSOC, prevedeva in un primo momento unicamente le missioni avviate dalla Commissione per valutare le violazioni gravi e sistematiche dei diritti umani in un determinato Paese (c.d. *mandato per Paese*). Accanto ad essa vennero poi affiancate nel 1980 le missioni tematiche, volte ad esaminare, mediante l'attività di uno *Special Rapporteur,* le violazioni gravi e sistematiche di specifici diritti.

L'altra procedura, istituita con risoluzione 1503[37] del 1970, prendeva avvio dalla segnalazione delle presunte vittime di violazioni dei diritti umani o di soggetti (singoli individui, un collettivo o delle ONG) con conoscenza diretta di tali violazioni. Tale tipo di procedura (*complaint procedure*) aveva carattere maggiormente confidenziale, in quanto implicava una maggiore riservatezza sull'esame a cui veniva sottoposto lo Stato in questione.

[35] Cfr. ris. 217(III) A dell'Assemblea Generale del 10 dicembre 1948.
[36] Cfr. ris. 1235(XLII) dell'ECOSOC del 6 giugno 1967.
[37] Cfr. ris. 1503 (XLVIII) dell'ECOSOC del 27 maggio 1970.

Le procedure ora esposte sono state mantenute, seppur con qualche variazione, da parte del Consiglio dei diritti umani, istituito in seguito alla necessità riscontrata fin dai primi anni del nuovo millennio di dover progredire nel campo dei diritti umani. Ciò implicava il mantenimento di un organo preposto alla tutela di tali diritti con un sistema più articolato ed omogeneo di meccanismi di monitoraggio e la necessità che questi fossero svolti senza influenze politiche. Veniva infatti riscontrata un'eccessiva *politicizzazione* in seno alla Commissione sotto due punti vista: in primo luogo la decisione sulle procedure da avviare verso determinati Stati o la definizione dell'ordine di priorità veniva determinata in gran parte dei casi da specifiche esigenze politiche. Per ridurre il problema si era cercato di apportare una valida soluzione negli anni Ottanta mediante l'istituzione delle procedure speciali a tema che, non implicando lo svolgimento del mandato verso un determinato Stato, erano meno inclini ad essere influenzate da scelte politiche. In secondo luogo, veniva osservato come i criteri di ammissione a far parte della Commissione fossero troppo permissivi, in quanto non impedivano la presenza tra i membri dell'organo di monitoraggio di soggetti distintisi in modo negativo in tema dei diritti umani, per non aver ratificato le principali convenzioni a tutela di questi, aver formulato riserve ai meccanismi di controllo convenzionali o per vantare un procedimento d'infrazione a proprio carico pendente presso la Commissione stessa.

Sin dal 2004, sulla base di un documento[38] redatto dall'*High-level Panel on Threats, Challenges and Change*, istituito dal Segretario Generale ONU, si era prospettata la sostituzione della Commissione con il Consiglio dei diritti umani. Con il *World Summit* del 2005 tale proposito venne confermato, incaricando l'Assemblea Generale di disciplinare la nascita di tale nuovo organo. Nonostante l'auspicio di istituire il Consiglio come organo principale dell'ONU (con correlativo emendamento della Carta di San Francisco), esso venne creato come organo sussidiario dell'Assemblea Generale con la risoluzione 60/251 del 15 marzo 2006, mantenendosi ancora oggi come tale, e con una composizione più ristretta rispetto all'antica Commissione, essendo costituito da 47 membri eletti dall'Assemblea Generale a maggioranza assoluta e a scrutinio segreto, con un mandato triennale.

[38] Cfr. *A More Secure World: Our Shared Responsibility, report* dell'*High-level Panel on Threats, Challenges and Change*, documento A/59/565 del 2 dicembre 2004.

Attualmente sia l'Italia che la Spagna sono membri del Consiglio[39]. L'Assemblea Generale ha inoltre la facoltà di sospendere i membri del Consiglio che abbiano commesso gravi violazioni dei diritti umani.

In tal maniera si è tentato di diminuire la *politicizzazione* dell'azione a tutela dei diritti umani, con esiti non pienamente positivi: così come già avanzato nei confronti della Commissione, sono state recentemente mosse anche nei confronti del Consiglio quelle critiche che ne avevano implicato il passaggio dall'una all'altro, relative al fatto che le scelte sulle strategie e i provvedimenti da adottare siano influenzate maggiormente da interessi politici che umani. Ha dato adito a tali lamentele una recente risoluzione[40] che nell'esaminare le violazioni dei diritti umani nel contenzioso sulla striscia di Gaza ha implicato una disparità di trattamento rispetto alle violazioni dei diritti umani effettuate da Israele e Palestina.

Altra competenza del Consiglio ereditata dalla Commissione è quella di predisporre progetti per l'adozione di future convenzioni e dichiarazioni: in tema d'infanzia e adolescenza è stata particolarmente rilevante la sessione ordinaria del 2-19 giugno 2009 con la quale si è istituito un Gruppo di lavoro per la predisposizione di un Protocollo addizionale alla Convenzione del 1989 volto a creare un sistema di comunicazioni e segnalazioni da poter effettuare direttamente al Comitato infanzia. Di tale Protocollo si parlerà nel secondo capitolo.

I.2.2.-I meccanismi di monitoraggio del Consiglio e la missione contro la vendita dei bambini, la prostituzione infantile e l'utilizzazione di minori nella pornografia: dal 1990 ad oggi

Nel precedente paragrafo si è fatto riferimento ai vari meccanismi suscettibili di essere posti in essere dalla Commissione al fine di monitorare le possibili violazioni dei diritti umani e mantenuti oggi anche da parte del Consiglio, con alcune novità. La distinzione basilare concerne la tipologia di procedura da applicare, se pubblica o confidenziale. Ricalcando quanto stabilito nella risoluzione 1235, la procedura pubblica implica l'avvio da parte dell'attuale Consiglio di una discussione con lo

[39] La Spagna con mandato in scadenza il 31 dicembre del 2013, mentre l'Italia il 31 dicembre 2014. Si consulti anche il sito del Consiglio dei diritti umani, http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/CurrentMembers.aspx

[40] Risoluzione n. 5-9/1 del 12 gennaio 2009 del Consiglio dei diritti umani.

Stato membro in cui si presume che esista una grossa e persistente violazione di diritti umani (*mandato per Paese*). Tale discussione termina con una risoluzione da parte del Consiglio suscettibile di avere vari contenuti: nel caso in cui si ravvisi la possibilità di effettive violazioni, verrà richiesta una collaborazione da parte dello Stato in questione per risolvere la situazione, potendosi a tal fine nominare uno *Special Rapporteur* per instaurare un dialogo costruttivo con lo Stato in questione e per effettuare eventuali visite nel territorio implicato, previo consenso dello Stato stesso, al fine di definire la gravità della violazione. La nomina del Relatore implica l'avvio di una procedura speciale, in quanto vede protagonista un nuovo organo istituito dal Consiglio ed avente funzioni sussidiarie. Nei casi in cui lo Stato interessato necessiti prevalentemente di un supporto per debellare le violazioni, verrà invece nominato un esperto indipendente, dedito a svolgere un'attività maggiormente consultiva.

Oltre al mandato per Paese, la procedura speciale con correlativa nomina di un Relatore può anche essere avviata per verificare presunte violazioni (ora non necessariamente gravi e persistenti) di determinati diritti umani (*mandato tematico*), che si traduce anch'essa in possibili visite *in loco* e valutazioni rispetto all'entità delle violazioni riscontrate.

Alle procedure speciali e pubbliche si contrappone l'attuale *complaint procedure* che ricalca quella prevista dalla risoluzione 1503: l'avvio di questa avviene sulla base di segnalazioni delle presunte vittime di violazioni dei diritti umani o di soggetti aventi conoscenza diretta di tali violazioni, potendo essere sia singoli individui che un collettivo, così come delle ONG, e sempre che le segnalazioni evidenzino una dimensione della violazione attuata da parte di un Paese più ampia del livello individuale. In tali casi dopo un primo filtro di valutazione della segnalazione, il Consiglio potrà intavolare un dialogo riservato con lo Stato in questione, richiedendo informazioni o indirizzandogli determinate raccomandazioni.

Infine, un'innovazione che si è riscontrata in seno al Consiglio è l'attribuzione ad esso del potere di svolgere un'ulteriore procedura, la Revisione periodica universale (UPR). Essa favorisce un'indiscriminata sottoposizione di tutti gli Stati membri delle Nazioni Unite ad un controllo sul rispetto dei diritti umani nei loro territori. Tale monitoraggio generale dovrà essere portato a termine entro quattro anni dall'avvio

dell'UPR, per iniziare poi un ciclo successivo di controlli. In ogni caso, gli Stati membri del Consiglio verranno prioritariamente sottoposti alla Revisione prima della conclusione del loro mandato all'interno dell'organo di monitoraggio[41].

Le risoluzioni che scaturiscono dallo svolgimento delle procedure analizzate, nonostante non siano vincolanti per gli Stati destinatari (per tale motivo i controlli vengono definiti come meramente politici), possono comunque implicare conseguenze di vario tipo, in quanto è pur vero che, specialmente le risoluzioni scaturenti da una procedura pubblica, possono comportare una sorta di isolamento nei confronti dello Stato che si sia macchiato della violazione dei diritti in questione.

Delle varie procedure esaminate riveste particolare importanza una delle 37 missioni tematiche[42] sinora compiute: avviata sin dagli anni Novanta, ed oggi ancora in svolgimento, essa è frutto della consapevolezza che, nonostante sia avvenuto il passaggio dalla Commissione al Consiglio e il panorama internazionale e le correlative problematiche siano variate, la questione oggetto della missione rimane comunque attuale. Si fa riferimento nello specifico al mandato tematico sulla vendita di minori, la prostituzione infantile e l'utilizzo dei bambini nella pornografia, istituito dalla Commissione per i diritti umani, con correlativa nomina del Relatore Speciale. La missione, a causa della dimensione mondiale del problema e dell'intensificazione di esso dovuto all'utilizzo massivo di Internet, è stata successivamente rinnovata, fino ad arrivare ai giorni nostri.

I Relatori che si sono susseguiti sono stati quattro: essi hanno adempiuto al proprio mandato mediante visite *in loco* nei Paesi risultati di volta in volta più problematici, instaurando un dialogo con i governi e con altri soggetti di diritto interno, formulando raccomandazioni agli Stati e ponendo in luce a livello internazionale gli aspetti più preoccupanti emersi dalla missione, tramite i *reports* presentati alla Commissione/Consiglio e all'Assemblea Generale. La presa di coscienza che è derivata da tali resoconti si è tradotta nell'adozione di strumenti più efficaci volti a contrastare i fenomeni descritti: tra gli strumenti adottati si può

[41] Per un approfondimento delle singole procedure, A. MARCHESI *La protezione internazionale dei diritti umani. Nazioni Unite e organizzazioni regionali*, Milano, Franco Angeli, 2011, p. 71 ss.; A. REMIRO BROTÓNS [*et al.*] *Derecho internacional*...op. cit., pp. 750-751.

[42] Al momento in cui si scrive, con consultazione del sito del Consiglio dei diritti umani *http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/SP/Pages/Themes.aspx* in data 14 ottobre 2013.

sicuramente annoverare il Protocollo opzionale sulla vendita di bambini, la prostituzione infantile e l'utilizzo dei bambini nella pornografia[43].

Deve inoltre unicamente accennarsi all'esistenza di un'ulteriore missione tematica relativa in questo caso al monitoraggio del diritto all'educazione, avviata dalla Commissione con risoluzione 1998/33 del 17 aprile 1998 e rinnovata fino all'epoca attuale. La missione merita un breve accenno in quanto tende ad incrementare l'accesso, specialmente di donne e bambini, all'istruzione, considerata dal Comitato sui diritti economici, sociali e culturali come uno strumento fondamentale per combattere la povertà, lo sfruttamento sessuale e il lavoro minorile, garantendo un maggior livello di benessere[44].

I.2.3.-I risultati più significativi emersi dai *reports* dei Relatori Speciali

Nonostante l'importanza del mandato tematico sul diritto all'educazione, ai fini del presente lavoro risulta più costruttivo esaminare, seppur brevemente, la missione in tema di vendita, prostituzione e pornografia infantile. Come è emerso dai *reports* presentati dai Relatori Speciali, lo sfruttamento sessuale minorile risulta attualmente presente anche all'interno dei Paesi più industrializzati. Essi infatti costituiscono sia il luogo di destinazione del traffico di minori a scopo di sfruttamento sessuale, sia il luogo in cui parte del fenomeno ha origine, differendo dai Paesi meno avanzati unicamente per le cause che ne determinano l'avvio. Una breve analisi della missione è quindi utile in quanto, nonostante non siano state realizzate da parte degli *Special Rapporteurs* visite all'Italia o alla Spagna, si traccia comunque un profilo sull'essenza del problema che è analogo a quanto accade in queste due nazioni e che emerge dalle relazioni redatte sulla base di quanto appurato in Paesi che hanno con esse una vicinanza geografica, culturale ed economica. È opportuno fin da ora notare che la prima parte degli ultimi due capitoli è dedicata alle riforme che a livello penale i due Stati hanno attuato per tentare di limitare al massimo il dilagarsi dello sfruttamento sessuale dei bambini, sia a fini commerciali che per scopi privati.

[43] In merito al Protocollo, *infra* Cap. II, II.2.3.
[44] Cfr. COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS *General Comment no. 13 (Twenty-first session, 1999). The right to education (article 13 of the Covenant)*, E/C.12/1999/10, 1999, p.1, par.1.

Le visite *in loco* da parte dei Relatori Speciali sono state effettuate sia in Paesi in via di sviluppo che in Paesi industrializzati. Per effettuare un confronto, sono stati presi in considerazione i *reports* relativi ad entrambe le categorie: da un lato è emersa infatti una particolare situazione nei Paesi più poveri, come stimato nelle relazioni su Messico, Nepal, Senegal, Brasile, Guatemala, Romania ed Ucraina, contrapponendoli alle situazioni presenti negli Emirati Arabi, Stati Uniti, Francia, Belgio e Olanda. Di alcuni di essi risulta inoltre possibile effettuare, oltre ad un confronto con altri Stati, una comparazione con la situazione interna dello stesso Stato, dovuto ad una reiterazione della visita del Relatore in anni diversi[45].

Da una lettura dei rapporti presentati in seguito alle visite in questi Stati emerge una situazione contrastante: la tematica del turismo sessuale coinvolge la maggior parte dei Paesi esaminati, sebbene sotto due differenti punti di vista. I Paesi più poveri risultano i territori che ospitano tale forma di sfruttamento, cospicua fonte di reddito, in quanto accolgono i turisti attirati anche dal possibile ottenimento di prestazioni sessuali (specialmente minorili). Tra i Paesi in cui risulta più diffuso questo tipo di turismo si annoverano il Messico[46], specialmente a Tijuana, il Guatemala[47], il Senegal[48] e il Brasile[49]. I Paesi più sviluppati sono quelli da cui partono coloro che sperano di ricevere tali prestazioni. A questi Stati viene perciò raccomandato nei *reports* di intensificare la punibilità delle condotte all'estero sottomettendo la perseguibilità del soggetto attivo non solo al criterio di territorialità, ma anche a quello di nazionalità ed universalità[50], e di intensificare le intese con gli operatori privati che agiscano nel settore del turismo[51]. Il fenomeno del turismo

[45] È il caso di Brasile (1992 e 2003) Francia (2002 e 2011), Guatemala (1999 e 2012), Messico (1997 e 2007) e Stati Uniti (1996 e 2010). Si veda il link in cui sono indicati i luoghi in cui sono state effettuate le missioni (http://www.ohchr.org/EN/Issues/Children/Pages/CountryVisits.aspx), consultato in data 14 ottobre 2013.

[46] SPECIAL RAPPORTEUR ON THE SALE OF CHILDREN, CHILD PROSTITUTION AND CHILD PORNOGRAPHY *Report mission to Mexico, November 1997*, E/CN.4/1998/101/Add.2, 1998 p.27, par. 97.

[47] Id., *Report mission to Guatemala, 20-29 August 2012*, A/HRC/22/54/Add.1, 2013, p. 6, par. 22.

[48] Id., *Report mission to Senegal, 21-30 October 2009*, A/HRC/16/57/Add.3, 2010, p. 5, par. 12.

[49] Id., *Report mission to Brazil, November 2003*, E/CN.4/2004/9/Add.2, 2004, p. 9, par. 26 e 27.

[50] Id., E/CN.4/2000/73/Add.1.. cit., p. 26, par. 146, lettera *i)* per Belgio e Olanda. Negli Stati Uniti fin dal 1996 viene invece particolarmente apprezzata la legge federale Mann, per contrastare il turismo sessuale, che punisce chi la pratichi all'estero, e anche la mera intenzione di compiere tali pratiche. Id., E/CN.4/1997/95/Add.2 … *United States*..cit., p. 16, par. 55.

[51] Id. A/HRC/19/63/Add.2 ..*France*.. cit., p. 25, par. 114 *a)*.

sessuale e le relative soluzioni proposte possono riscontrarsi anche in Spagna e in Italia, come si vedrà in seguito.

Anche la prostituzione minorile e gli abusi sui bambini costituiscono un problema trasversale: ciò che diverge sono le cause e la modalità di svolgimento. Specie nei Paesi in cui la prostituzione minorile è dovuta ad un'estrema situazione di povertà, essa non viene praticata solo nel territorio in questione, ma implica anche la vendita e la tratta del bambino verso i Paesi industrializzati, in cui verrà poi esercitata. Gli Stati più ricchi si beneficiano quindi di prostituzione minorile praticata sia da stranieri (sia maschi che femmine) per situazioni di necessità, che da bambini nazionali. Per questi ultimi, oltre a possibili necessità di sostentamento, il fenomeno della prostituzione minorile scaturisce anche da altre cause: il caso degli Stati Uniti riassume ciò che accade nei Paesi sviluppati. Negli USA la prostituzione minorile è originata da 1) maltrattamenti familiari, che costituiscono la causa principale; 2) situazioni di abbandono e carenza di affetto, colmati con la droga, la fuga da casa e la prostituzione; 3) necessità dei giovani di inserirsi nel contesto sociale, che li induce a prostituirsi per comprarsi gli articoli più lussuosi. Tali situazioni provocano fughe da casa, vita di strada, droga e prostituzione. Preoccupante è anche il fenomeno della prostituzione di seconda generazione, caratterizzata dallo sfruttamento sessuale da parte dei prosseneti della prole delle prostitute[52].

Ciò che inoltre è stato riscontrato in alcuni Paesi, sia industrializzati che in via di sviluppo, è la previsione nel proprio sistema penale della punibilità non solo di chi sfrutta la prostituzione minorile, ma anche degli stessi soggetti che si prostituiscono: auspicio dei Relatori Speciali è stato quello di raccomandare allo Stato in questione di abrogare la responsabilità penale dei bambini sfruttati sessualmente[53].

Infine è il caso di rilevare che il fenomeno della pornografia in cui siano utilizzati minori si sta sviluppando soprattutto nei Paesi più industrializzati, dovuto alla maggior espansione della tecnologia e disponibilità di questa da parte della maggioranza di individui: l'ampiezza del fenomeno ha lentamente implicato la

[52] SPECIAL RAPPORTEUR ON THE SALE OF CHILDREN, CHILD PROSTITUTION AND CHILD PORNOGRAPHY.. E/CN.4/1997/95/Add.2..*United States*..cit., p. 5 ss.
[53] Id. *Report mission to Romania, 1-10 September 2004*, E/CN.4/2005/78/Add.2, 2005, , p. 20, par. 105; Id. *Report mission to the United Arab Emirates, 12-18 October 2009*, A/HRC/16/57/Add.2., 2010, p. 19, par. 103 *c)*; Id. A/HRC/16/57/Add.5… *United States*.. cit., p. 22, par. 105 *b)* e *c)*.

necessità di tipizzare in maniera più ampia rispetto al regime anteriore il concetto di pornografia infantile[54].

I.3.-L'azione dell'UNICEF

I.3.1.-Composizione e competenze

Quest'ultima sezione è dedicata al Fondo delle Nazioni Unite per l'Infanzia, per l'importanza che riveste nell'attuazione dei diritti dei bambini nelle zone più bisognose di aiuto e nella promozione di tali diritti nei Paesi più sviluppati, grazie anche all'azione degli specifici Comitati UNICEF ivi presenti. Il Fondo delle Nazioni Unite per l'Infanzia nasce nel 1946 da un atto unilaterale dell'Assemblea Generale[55]. Denominato inizialmente Fondo di soccorso per l'infanzia, prosegue in parte l'opera iniziata dall'*United Nations Relief and Rehabilitation Administration* (UNRRA), istituito durante la guerra per venire in aiuto delle regioni maggiormente devastate dal conflitto. Il termine delle ostilità faceva venire meno il suo scopo; ciononostante, la gravità del disastro e delle condizioni scaturite dalla guerra, subìte per lo più dalla gioventù, mantenevano la necessità di fornire ai bambini un aiuto adeguato, per mantenere intatto il futuro delle nazioni. Con la risoluzione del 1946 il Fondo viene creato come entità giuridica a carattere temporaneo per esercitare determinate attività: prestare aiuto ai bambini ed adolescenti dei Paesi colpiti dalla guerra e curare l'igiene di tutti i fanciulli, dando priorità a quelli dei Paesi devastati.

Fin dal principio la sua azione si sviluppa in modo particolare, in quanto: 1) si estende non solo a bambini e adolescenti, ma anche a donne incinte e puerpere; 2) non si traduce unicamente in aiuti materiali e d'urgenza (aiuti a breve termine) nei Paesi colpiti dalla guerra, ma anche a lungo termine (campagne di vaccinazione,

[54] SPECIAL RAPPORTEUR ON THE SALE OF CHILDREN, CHILD PROSTITUTION AND CHILD PORNOGRAPHY, E/CN.4/2004/9/Ad d.1…*France*…cit., p. 11, par. 37.

[55] Cfr. ris. 57 (I) dell'11 dicembre 1946. Con tale risoluzione l'Assemblea esercita il potere conferitole dalla Carta di San Francisco di creare organi sussidiari per il perseguimento degli scopi a cui è preposta. Tra questi, gli articoli 55 e 60 attribuiscono all'Assemblea la competenza in materia di sviluppo economico e sociale, come già precedentemente esposto. Derivando da un atto unilaterale dell'Assemblea, l'UNICEF non può essere ricondotto a quel complesso di istituzioni specializzate a cui fa riferimento l'articolo 57 della Carta, in quanto non scaturisce da un accordo intergovernativo. Si veda K. KARUNATILLEKE *Le Fonds des Nations Unies pour l'enfance (F.I.S.E.- U.N.I.C.E.F.)*, Paris, Éditions A. Pedone, 1967, p. 37 ss.

bonifica ecc.); 3) agisce non solo nei Paesi colpiti dalla guerra, ma anche in quelli economicamente più arretrati e in particolar modo in quelli situati fuori dall'Europa.

Con la risoluzione 802 (VIII) del 6 ottobre 1953 viene modificato, divenendo da Fondo di soccorso dell'infanzia a Fondo delle Nazioni Unite per l'Infanzia, a carattere permanente e destinato ad aiutare i Paesi più arretrati nello sviluppo economico e sociale, prestando assistenza a bambini e donne incinte. Dal 1959 inoltre, con l'adozione della Dichiarazione dei diritti del bambino da parte dell'Assemblea Generale, diventa l'agenzia ONU primaria nel garantire il godimento a tutti i bambini dei diritti in essa stabiliti.

La struttura dell'UNICEF è tendenzialmente bipartita: essa si compone di un Consiglio d'amministrazione, composto da 36 rappresentanti statali, in carica per tre anni e con rinnovo di un terzo ogni anno, con possibilità di rielezione. Essi sono eletti dall'ECOSOC tra gli Stati membri dell'ONU o delle istituzioni specializzate, rispettando il criterio di ripartizione geografica. Funzione del Consiglio di amministrazione è di analizzare le richieste d'aiuto dei singoli Stati, definire i programmi d'intervento e la spesa per ognuno, analizzando nella sessione successiva gli esiti delle missioni. Può invitare istituzioni specializzate e Stati interessati a prendere parte ai suoi dibattiti, nonché imporre sanzioni agli Stati che non rispettino le clausole per lo svolgimento della missione.

Nel 1994 furono aboliti i Comitati presenti nel Consiglio di amministrazione e fu istituito al loro posto un Ufficio di coordinamento dei lavori del Consiglio, composto dal Presidente e da quattro Vicepresidenti eletti secondo il criterio di ripartizione geografica[56].

Il secondo organo è il Segretariato, indipendente da quello delle Nazioni Unite. Esso svolge una funzione di assistenza al Direttore Generale nell'esercizio del suo mandato esecutivo. I funzionari di cui si compone il Segretariato sono nominati dal Direttore Generale stesso o in suo nome e svolgono il loro incarico a diversi livelli, essendo alcuni situati nei quartieri generali dell'UNICEF[57]e altri negli uffici regionali[58] e locali.

[56] Per maggiori informazioni, OFICINA DE LA SECRETARÍA DE LA JUNTA EJECUTIVA *La Junta Ejecutiva de Unicef. Una guía oficiosa,* New York, 2013, p. 4 ss.

[57] Questi sono: New York, Ginevra, Bruxelles, Firenze con il centro Ricerca Innocenti e Copenaghen, (dove è situata la *Supply Division*, ossia il centro d'immagazzinamento scorte e medicinali da

Il Direttore Generale, nominato dal Segretario Generale dell'ONU sulla base di nominativi presentati dai membri del Consiglio di amministrazione e previa consulta di questo, svolge funzioni di gestione ed esecutive. È l'organo incaricato di rappresentare l'UNICEF nelle relazioni esterne, di organizzare campagne per raccolta fondi, nonché costituire, se del caso, fondi d'emergenza. È responsabile inoltre nei confronti del Consiglio, a cui presenta annualmente una relazione di gestione.

I.3.2.-L'azione del Fondo delle Nazioni Unite per l'Infanzia

L'UNICEF gode di autonomia finanziaria rispetto alle Nazioni Unite; il reperimento dei fondi necessari per sviluppare i programmi di aiuto avviene prevalentemente attraverso i contributi volontari apportati dagli Stati. Tale volontarietà deriva dal fatto che non essendo stato istituito come organo derivante dalla manifestazione di volontà degli Stati sovrani ma da un atto unilaterale dell'Assemblea, da esso non sono scaturite obbligazioni aggiuntive a quelle derivanti dalla Carta di San Francisco. Ad ogni modo, i contributi volontariamente versati non generano il diritto in favore del donatore di acquisire lo *status* di membro dell'UNICEF.

La raccolta di fondi è supportata dall'attività dei 36 Comitati nazionali creati all'interno dei Paesi più sviluppati. I Comitati UNICEF svolgono un ruolo di primo piano mediante l'attività di *advocacy,* per agevolare la conoscenza nella società dei diritti dei bambini e delle azioni del Fondo per l'Infanzia nei Paesi in via di sviluppo, promuovendo campagne di sensibilizzazione al fine di reperire i fondi necessari. Tale è l'azione svolta dai Comitati UNICEF Italia e UNICEF Spagna: entrambi sono organizzazioni non governative e non lucrative nate negli anni Sessanta - Settanta (in

---

distribuire successivamente). Si veda la pagina ufficiale dell'UNICEF (http://www.unicef.org), consultata in data 2 novembre 2013.

[58] Questi sono: l'Ufficio regionale delle Americhe e dei Caraibi, nella città di Panama; Ufficio regionale per l'Europa centrale ed orientale e per la Comunità degli Stati Indipendenti, a Ginevra, Svizzera; Ufficio regionale dell'Asia orientale e del Pacifico, Bangkok, Tailandia; Ufficio regionale dell'Africa orientale e meridionale, Nairobi, Kenya; Ufficio regionale dell'Africa semi orientale e settentrionale, Amman, Giordania; Ufficio regionale dell'Asia meridionale, Kathmandu, Nepal; Ufficio regionale dell'Africa centrale ed occidentale, Dakar, Senegal.

Spagna nel 1961, mentre in Italia nel 1974), che collaborano con il Fondo delle Nazioni Unite mediante accordi di cooperazione.

Gli stessi Comitati svolgono anche un'attività interna al Paese in cui sono situati, al fine di promuovere le istituzioni nazionali a difesa dei minori, e svolgendo inoltre altre attività più incisive. In Italia ad esempio, l'ultimo Presidente dell'UNICEF Italia, Vincenzo Spadafora, è divenuto Garante per l'Infanzia e per l'Adolescenza, la cui istituzione è stata largamente sostenuta dal Comitato italiano per l'UNICEF[59]. Quest'ultimo ha promosso inoltre varie campagne e corsi di specializzazione sui diritti dei bambini agendo in *partnership* con varie istituzioni, tra cui la Polizia di Stato, le scuole e la Microsoft, per promuovere la prevenzione degli abusi sui bambini e la navigazione sicura in rete.

L'attività dei Comitati nazionali dedita alle attività promozionali e al reperimento di fondi tenta di agevolare il perseguimento da parte dell'UNICEF internazionale di quanto stabilito nella Dichiarazione del Millennio[60], tradottasi poi negli otto obiettivi[61] di Sviluppo del Millennio che l'UNICEF e gli altri organi dell'ONU si prefiggono di perseguire entro il 2015; a tali obiettivi si affiancano i propositi manifestati nel 2002 nel documento *A world fit for children* precedentemente esaminato. Per far ciò il Fondo delle Nazioni Unite ha sviluppato una sfera d'azione ad ampio raggio: agisce in partenariato con i governi degli Stati membri e con altre istituzioni specializzate, quali ad esempio l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), con cui ha costituito varie alleanze per debellare le malattie più pericolose[62], l'Ufficio dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR) e il

[59] Cfr. COMITATO ITALIANO UNICEF *Documento: un impegno per i diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza. Proposte per la XVI Legislatura*, Roma, 2008, p. 9.

[60] Adottata con ris. 55/2 dell'Assemblea Generale dell' 8 settembre 2000 a conclusione del Vertice del Millennio tenutosi a New York tra il 6 e l'8 settembre del 2000.

[61] Essi sono 1) eliminare la povertà estrema e la fame; 2) raggiungere l'istruzione elementare universale; 3) promuovere l'uguaglianza fra i sessi e conferire potere e responsabilità alle donne; 4) diminuire la mortalità infantile; 5) migliorare la salute materna; 6) combattere l'HIV/AIDS, la malaria e altre malattie; 7) assicurare la sostenibilità ambientale; 8) sviluppare una collaborazione globale per lo sviluppo. Da http://www.unicef.it/obiettividelmillennio/home.htm, consultato in data 4 novembre 2013.

[62] Tra queste vi sono indubbiamente l'Alleanza globale per i vaccini e le immunizzazioni, costituita per debellare malattie come poliomielite, febbre gialla e pertosse, in collaborazione anche con la Banca Mondiale, nonché il Progetto di immunizzazione 2006-2015 per ridurre la mortalità infantile provocata dal morbillo. Lo stesso vale per la costituzione dell'UNAIDS, organizzazione composta a sua volta da dieci istituzioni specializzate dell'ONU, tra cui l'OMS e l'UNICEF, impegnata nella riduzione del contagio da HIV e nel sostegno alle cure per i sieropositivi. Per maggiori informazioni, NAZIONI UNITE *L'ABC*..cit., pp. 184-185.

Programma Alimentare Mondiale (WFP) per dare protezione a donne e bambini vittime dei conflitti, promuovendo la creazione di "corridoi di pace" per permettere loro di fuggire o di ricongiungersi alle famiglie. Importante è stata inoltre la campagna *Zero under 18* promossa nel 2010, tendente a ridurre al minimo possibile il coinvolgimento dei bambini nei conflitti armati. È stata avviata dal Rappresentante Speciale per i bambini coinvolti nei conflitti armati con il supporto del Rappresentante contro la violenza sui bambini, il Comitato ONU sui diritti dell'infanzia e l'UNICEF: tra le varie attività che sono state portate avanti, vi è stata una campagna di sensibilizzazione per promuovere la ratifica universale del Protocollo opzionale sul coinvolgimento dei bambini nei conflitti armati.

Una campagna simile è stata avviata lo stesso anno assieme al Relatore speciale sulla vendita di bambini, prostituzione minorile e utilizzo dei bambini nella pornografia, per favorire entro il 2012 la più ampia ratifica del Protocollo opzionale su vendita, prostituzione e pornografia minorile[63]. Analogamente all'Assemblea Generale, i diritti dei bambini che l'UNICEF si impegna a garantire sono soprattutto quelli emergenti dalla CRC e dai suoi Protocolli.

Nel 2012, per promuovere il diritto alla salvaguardia dagli abusi sessuali, ha indetto la Giornata internazionale delle bambine e delle ragazze. Come si vedrà in seguito e come già è emerso dai rapporti del Relatore Speciale nella missione tematica contro lo sfruttamento sessuale infantile, sebbene nei Paesi più sviluppati siano state in gran parte debellate le piaghe più problematiche in tema di salute e alimentazione, che orientano l'UNICEF verso i Paesi africani ed asiatici, il fenomeno degli abusi sessuali continua ad avere una dimensione trasversale in tutti i Paesi.

Questa e molte altre sono le attività svolte dall'UNICEF per garantire a tutti i bambini un futuro migliore; la brevità di questo lavoro non consente di esaminare in modo esaustivo tutte le azioni svolte dal Fondo. Per l'ampissimo contributo fornito è utile comunque ricordare che esso è stato riconosciuto a livello internazionale con il conferimento al Fondo delle Nazioni Unite per l'Infanzia del Premio Nobel per la Pace nel 1965.

[63] In http://www.unicef.org/spanish/protection/57929_58013.html.

CAPITOLO II

La protezione del minore nel diritto internazionale pattizio: la Convenzione sui Diritti del Fanciullo e i Protocolli opzionali

II.1.-Antecedenti alla Convenzione e lavori preparatori

Tra i vari strumenti esistenti a livello di diritto internazionale per attribuire una particolare tutela al minore, la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo riveste senza dubbio un ruolo preponderante, sia per la nuova concezione del bambino che da essa scaturisce, sia per la natura dei diritti che vengono disciplinati, e che permettono al minore di essere salvaguardato in ogni aspetto della propria vita. La Convenzione è uno strumento di diritto internazionale pattizio di formazione piuttosto recente: viene adottata nel 1989 ed esprime per la prima volta in modo vincolante una concezione del fanciullo come soggetto titolare di una serie di diritti, alcuni relazionati specificamente con le fasi dell'infanzia e dell'adolescenza ed altri attribuiti anche agli adulti, ma adattati alle sue peculiari esigenze. Da mero oggetto di protezione per via della particolare posizione di debolezza e vulnerabilità che lo caratterizza, il bambino inizia ad essere considerato un vero e proprio soggetto di diritto capace di formarsi ed esprimere opinioni, nonché di esercitare quel congiunto di diritti che ad esso vengono attribuiti[64].

[64] Cfr. L. POMODORO, P. GIANNINO, P. AVALLONE, *Manuale di diritto di famiglia e dei minori*, Torino, Utet Giuridica, 2009, p. 261. Riguardo alla nuova concezione del bambino si afferma inoltre che «[…] Esso non è più quindi mero oggetto di tutela, ma vero e proprio soggetto di diritti, come persona, con proprio valore e dignità, e di cui occorre tener presente l'esaltazione, promozione e sviluppo delle sue capacità. La Convenzione impegna gli Stati che l'hanno ratificata non solo a garantire ai soggetto in stato di età evolutiva la protezione e l'aiuto per soddisfare le loro esigenze e necessità, ma anche a tener presente, nei provvedimenti presi nei loro confronti, il progressivo sviluppo della capacità e autonomia, di autodeterminazione ed esercizio dei diritti consacrati in essa. La volontà di sottolineare l'esserci del minore come soggetto di diritti evidenzia necessariamente il dovere di tutti gli adulti di garantire il diritto di essere minore» M. MENGARELLI *La tutela del fanciullo e gli organi di garanzia. L'esperienza delle Marche per una rete di tutori legali dei minori d'età* in L. STRUMENDO (a cura di) *Il Garante dell'Infanzia e dell'Adolescenza*: u*n sistema di garanzia nazionale nella prospettiva europea*, Milano, Guerini Studio, 2007, p. 119 e ss. Vedasi anche BUIRETTE P. *Réflexions sur la Convention internationale des droits de l'enfant*, 1990 (http://rbdi.bruylant.be/public/modele/rbdi/content/files/RBDI%201990/RBDI%201990-1/Etudes/RBDI%201990.1%20-%20pp.%2054%20%C3%A0%2073%20-%20Patricia%20Buirette.pdf), p.12, mentre per la concezione di bambino delineata dai pedagogisti,

Un primo tentativo di tradurre tale nuova concezione in una norma di diritto internazionale può riscontrarsi nella Dichiarazione di Ginevra del 1924, adottata dalla quinta Assemblea Generale della Società delle Nazioni, in cui per la prima volta veniva fatto accenno al bambino come soggetto giuridico titolare di diritti peculiari. Seguirà poi la Carta dell'Infanzia (1942) della *Ligue Internationale pour l'éducation nouvelle*: adottata da un organo pedagogico, esaltava la personalità del bambino come "sacra", tutelando la formazione e l'istruzione del fanciullo proprio per permettergli di svilupparla.

A livello delle Nazioni Unite, si possono annoverare la Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo[65]e i due Patti internazionali sui diritti umani in cui, oltre alla previsione di diritti riconosciuti ad ogni essere umano (e quindi anche al bambino), emergono alcune posizioni giuridiche facenti propriamente capo a quest'ultimo.

A tali antecedenti fa espresso riferimento lo stesso Preambolo[66] della Convenzione del 1989. In esso vengono richiamati anche altri strumenti scaturenti da Organizzazioni internazionali volte a garantire il benessere del fanciullo. Tra questi, non possono non menzionarsi le convenzioni dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL) che si occupano di stabilire in tema lavorativo le condizioni e l'età minima per il suo svolgimento. La Convenzione più importante riguardo a tale tema e anteriore alla CRC è la Convenzione di Ginevra del 1973 n.138 sull'età minima, con correlativa Raccomandazione, la n. 146, volta a completare le sue disposizioni[67].

---

cfr. F. TADINI, *I Diritti dell'Infanzia*, in AA.VV. *I diritti del bambino nelle "Carte" internazionali*, Brescia, Editrice La Scuola,1990, p. 7 e ss.

[65] L'articolo 25, comma 2 della Dichiarazione del 1948, afferma infatti che «la maternità e l'infanzia hanno diritto a speciali cure ed assistenza. Tutti i bambini, nati nel matrimonio o fuori di esso, devono godere della stessa protezione sociale».

[66] Il Preambolo della Convenzione del 1989 richiama tali Patti facendo riferimento soprattutto alle previsioni specifiche degli articoli 23 e 24 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici e all'articolo 10 del Patto internazionale relativo ai diritti economici, a cui si deve aggiungere inoltre la previsione dell'articolo 12. Per approfondimenti, vedasi M. C. MAFFEI *La tutela internazionale dei diritti del bambino* in L. PINESCHI (a cura di) *La tutela internazionale dei diritti umani : norme, garanzie, prassi*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 245 e ss.; A. SALADO OSUNA *Los derechos del niño ante la administración de justicia* in ALDECOA LUZÁRRAGA F.- FORNER DELAYGUA J.J. (Dirs), GONZÁLEZ BOU E.- GONZÁLEZ VIADA N. (Coords) *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales: jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los derechos del niño,* Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010, p. 76 e ss.

[67] Convenzione OIL *sull'età minima di ammissione all'impiego* del 26 giugno 1973, in vigore dal 19 giugno 1976. Tale Convenzione è stata ratificata dall'Italia con legge 10 aprile 1981, n. 157 (Suppl. ord. G.U. 29 aprile 1981, n. 116), entrata in vigore il 10 maggio 1981, mentre da parte della Spagna lo

Il Preambolo della Convenzione 1989 menziona infine un ulteriore documento delle Nazioni Unite dai cui princìpi verranno attinti molti spunti per gli articoli di cui si compone la Convenzione stessa: la Dichiarazione dei Diritti del Fanciullo, adottata dall'Assemblea Generale con la risoluzione 1386 (XIV) del 20 novembre del 1959. Tale documento internazionale si compone di un Preambolo e da dieci princìpi contenenti sia affermazioni positive, che tutelano il diritto del bambino ad una protezione speciale, all'educazione, alla libertà di espressione, al nome e all'identità, sia negative, tutelandolo da discriminazioni e sfruttamento. Particolarmente significativa è la previsione che afferma che «Il bambino deve essere protetto contro ogni forma di negligenza», in quanto diretto a tutti i soggetti dell'ordinamento giuridico[68]. Rispetto alle previsioni generiche e ad alcune occasionalmente specifiche contenute nella Dichiarazione Universale del 1948, con la Dichiarazione del 1959 si tenta di creare uno strumento di diritto internazionale destinato a garantire una maggior tutela di una determinata categoria di soggetti, i bambini. Analogamente alla Dichiarazione del 1948, essa non può però considerarsi vincolante per gli Stati membri dell'ONU, essendo frutto di una risoluzione dell'Assemblea Generale avente una mera efficacia politica.

---

strumento di ratifica è stato pubblicato nel BOE dell'8 maggio 1978, n. 109, con entrata in vigore il 16 maggio 1978. Vedasi il sito dell'OIL, alla pagina *http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:10011:0::NO:10011:P10011_DISPLAY_BY,P10011_CONVENTION_TYPE_CODE:3,F#Europa*, consultato in data 4 novembre 2013. Una successiva Convenzione, *sulle peggiori forme di lavoro minorile* del 17 giugno 1999, n. 182, posteriore alla Convenzione del bambino, verrà invece menzionata più avanti. La Raccomandazione n.146 è stata adottata anch'essa il 26 giugno 1973.

[68] Per un'analisi di tale Dichiarazione, OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Legislative History of the Convention on the Rights of the Child*, New York/Geneva, United Nations 2007. Vol. I (http://www.ohchr.org/Documents/Publications/LegislativeHistorycrc1en.pdf), p. 20 e ss., e il sito dell'ONU, nella sezione relative ai lavori preparatori e agli antecedenti storici della Convenzione in http://untreaty.un.org/cod/avl/ha/crc/crc.html, consultato in data 20 settembre 2013. Vedasi infine AA.VV. *I diritti del bambino...cit.*, p. 32 e ss. in cui oltre alla Dichiarazione si fa riferimento anche alle conclusioni del Congresso Mondiale sui diritti dell'Infanzia dell'Ufficio internazionale Cattolico per l'infanzia del 1963, in cui si esalta il diritto del bambino all'istruzione e all'educazione, e vengono messi maggiormente in rilievo i diritti dei bambini invalidi dal punto di vista fisico e mentale, gli orfani o allontanati dal nucleo familiare, e i giovani in conflitto con la legge. Viene richiamata inoltre la Carta dei diritti del Fanciullo al Giuoco e al Lavoro (1967) del Comitato Italiano per il Gioco Infantile. Essa attesta all'articolo 1 che «la personalità del fanciullo è sacra; per garantirne il libero, totale, ed armonico sviluppo la società è tenuta ad offrire a ogni fanciullo un ambiente familiare, scolastico e comunitario dotato dei necessari mezzi e di personale appositamente preparato», mentre negli articoli 2 e 3 creano obblighi a carico primariamente dei genitori.

Da ciò derivano i presupposti per l'adozione di una Convenzione specifica in materia d'infanzia e adolescenza, che possono tradursi nelle seguenti argomentazioni: 1) mediante la stesura di una Convenzione internazionale, i diritti affermati in essa vincolano gli Stati parte a darvi attuazione, avendo la Convenzione efficacia obbligatoria, ovvero a rispondere per inadempimento in caso d'inerzia o di scorretto recepimento interno delle sue disposizioni; 2) la creazione di un testo unico sui diritti del bambino permette di creare una disciplina unitaria in materia, evitando in questo modo che i soggetti obbligati dalle varie Carte internazionali in cui siano disseminati frammentariamente i diritti dei minori approfittino di tale confusione normativa per eluderne l'adempimento; 3) dopo i Patti internazionali del 1966, vincolanti per gli Stati parti anche in relazione agli obblighi specifici in materia dell'infanzia, la sfera dei soggetti internazionali è mutata a causa del fenomeno della decolonizzazione, implicando la nascita di nuovi Stati. Si avverte l'esigenza di far sì questi ultimi divengano non solo destinatari di obblighi internazionali (anche verso l'infanzia), ma che gli venga attribuita anche l'opportunità di partecipare alla redazione delle Carte da cui derivino tali obblighi[69].

Anno fondamentale per mettere in pratica tali propositi è il 1979, proclamato con una risoluzione dall'Assemblea Generale[70] come anno internazionale del fanciullo, in cui viene posto come obiettivo la creazione di una cornice normativa più specifica e rispondente alle esigenze del bambino mediante la costituzione di maggiori obblighi in capo agli Stati e alla società in generale. Tale auspicio viene recepito dalla Polonia[71], che nel 1978 presenta alla Commissione per i diritti umani una prima bozza per una Convenzione incentrata sui diritti del bambino, la cui adozione definitiva da parte dell'Assemblea Generale veniva auspicata per il 20 novembre del 1979, coincidente con il ventesimo anniversario della Dichiarazione dei Diritti del Fanciullo. La Commissione per i diritti umani, esaminata la proposta presentata

[69] Cfr. F. POCAR *Relazione* in UNICEF, CAPPELLINI A. - PAVAN S. (a cura di), *Le radici, il Domani. Riflessioni sulla Convenzione dei diritti del bambino. Atti del Convegno UNICEF/Provincia di Milano (27-28 maggio 1988)*, Milano, UNICOPLI, 1990, p. 21 e ss.

[70] Cfr. ris. 31/169 del 21 dicembre 1976.

[71] Il motivo per cui fu la Polonia e non un altro Paese ad avanzare una proposta per una Convenzione che garantisse diritti ai bambini, si deve alle vicende storiche avvenute in territorio polacco durante la prima e la seconda guerra mondiale, che avevano fatto toccare con mano le violente limitazioni dei diritti fondamentali a cui erano sottoposti i bambini. Occorre infatti ricordare che in Polonia, durante il secondo conflitto mondiale, fu istituito dal regime nazista un campo di concentramento per i bambini. Per maggiori informazioni, OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Legislative history…*cit., p. Xxxvii.

durante la sua trentaquattresima sessione, annette il testo polacco alla risoluzione 20 (XXXIV), con cui raccomanda all'ECOSOC la trasmissione del documento all'Assemblea Generale. Con la stessa risoluzione si raccomanda al Segretario generale dell'ONU la trasmissione del testo agli Stati membri, alle organizzazioni intergovernative e alle ONG, per ottenere un parere e redigere, durante la trentacinquesima sessione della Commissione, un nuovo testo da presentare all'Assemblea Generale. Quest'ultima, con risoluzione 33/166 del 20 dicembre 1978, aveva nel frattempo accordato di considerare nella sua prossima sessione (prevista per il settembre del 1979) la questione relativa all'adozione di un testo definitivo della Convenzione, sulla base di quanto presentato da parte della Commissione per i diritti umani e tenendo presente i pareri nel frattempo trasmessi dai singoli Stati e dalle organizzazioni.

Durante la sessione del 1979 la Commissione per i diritti umani istituisce un Gruppo di lavoro per la redazione del testo definitivo della Convenzione, la cui presentazione all'Assemblea Generale, mediante l'ECOSOC, avverrà solo nel 1989: nei dieci anni intermedi la Commissione, mediante il Gruppo di lavoro costantemente ricostituito, provvederà con non poche difficoltà[72] alla stesura del Preambolo e dei relativi 54 articoli facenti parte del testo definitivo, prevedendo tale lavoro come questione prioritaria in ogni sessione annuale.

Il Gruppo di lavoro, presieduto per l'intero periodo di elaborazione della Convenzione dal rappresentante polacco Adam Lopatka, era composto dai

[72] La necessità di un tempo maggiore da dedicare ai lavori preparatori di un testo che potesse effettivamente raggiungere il consenso universale, includendo una serie di diritti che costituissero il compromesso per conciliare le tradizioni dei differenti Paesi, veniva espressa dalla Rappresentante dell'Unione internazionale del benessere del bambino durante la discussione della Commissione del 13 marzo 1978. Durante tale dibattito, la Rappresentante considerava necessario posticipare l'adozione di una Convenzione sui diritti del bambino ad un momento successivo al 1979, a causa della necessità di svolgere le ricerche opportune e focalizzare i problemi più rilevanti nella realtà e le differenze tra i vari Paesi, in modo da ottenere un testo più ragionato e suscettibile di poter essere attuato da parte di un numero più ampio di soggetti internazionali. Al punto 80 del documento E/CN.4/SR.1471 adottato dalla Commissione il 13 marzo 1978, viene infatti affermato che *«It was true that a convention was a binding instrument and a declaration was not. It was noteworthy, however, that the Universal Declaration of Human Rights had a persuasive value that was universally recognized. The number of countries which would be able to ratify and implement fully a covenant based on the Declaration adopted by the United Nations in 1959 might be very small. If a convention on the rights of the child were decided upon too rapidly, it might possibly exclude 80 per cent of the population of the world and deprive them of the little protection they now had. It would be better to take enough time to make a thorough study which could lead to a universally acceptable new instrument»*. Si veda anche OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, "*Legislative history…*cit., p. 38.

rappresentanti dei 43 Stati membri della Commissione per i diritti umani; a mero titolo di osservatori e con diritto di parola, potevano inoltre partecipare sia i rappresentanti degli altri Stati membri delle Nazioni Unite, sia le organizzazioni intergovernative e le ONG aventi già funzione consultiva presso l'ECOSOC.

Fino al 1986 l'Italia non prende parte ai lavori preparatori: durante quest'ultimo anno, grazie all'iniziativa di Arnoldo Farina, Presidente fondatore dell'UNICEF Italia, viene istituito un Comitato scientifico volto a redigere un testo da presentare al Gruppo di lavoro di Ginevra, come contributo italiano alla redazione del testo della Convenzione. Nel documento redatto dal Comitato scientifico e trasmesso al Gruppo di lavoro tramite il Ministro degli Esteri, interessanti sono soprattutto gli articoli 3 *bis, 8 ter* e 19 *bis,* che prevedono l'obbligo degli Stati parte di introdurre nei propri ordinamenti un Pubblico Tutore per l'infanzia, previsioni non inserite poi nel testo definitivo della Convenzione[73].

Finalmente, nel 1988 viene approvato da parte della Commissione per i diritti umani il testo definitivo del Gruppo di lavoro, trasmesso poi all'ECOSOC e, tramite esso, all'Assemblea Generale. Quest'ultima esamina il testo trasmessole durante la quarantaquattresima sessione, attraverso la sua Terza Commissione, tra il 9 di ottobre e il 16 di novembre 1989. Il 20 novembre 1989, giorno in cui ricadeva il trentesimo anniversario della Dichiarazione dei Diritti del Fanciullo, viene approvata in seduta plenaria e all'unanimità la risoluzione 44/25 dell'Assemblea Generale, con cui la Convenzione sui diritti del bambino veniva aperta alla firma di tutti gli Stati. Come previsto dall'articolo 49 della CRC, la sua entrata in vigore sarebbe avvenuta decorsi trenta giorni dalla data del deposito del ventesimo strumento di ratifica. L'entrata in

[73] L'articolo 3 *bis* prevedeva infatti che «Gli Stati parti alla presente Convenzione si impegnano a istituire l'ufficio del Tutore Pubblico per l'Infanzia con il compito di promuovere e sostenere le azioni per la protezione dei bambini»; l'8 *ter* « Il bambino e la sua immagine possono essere usati solo nelle forme e nei modi rispondenti alla sua età e dignità personale tutelata dal Tutore Pubblico per l'Infanzia»; il 19 *bis* «Il Tutore Pubblico dell'Infanzia deve assicurare che i diritti del bambino vengano costantemente garantiti in tutti i momenti della sua vita e intervenire severamente in caso di abusi e/o trascuratezze compiuti da qualunque persona che svolga ruolo di cura e educazione del bambino». Cfr. M. MASCIA *L'esperienza veneta nella prospettiva del paradigma dei diritti umani* in L. STRUMENDO (a cura di) *Uno sguardo sul futuro per il Garante dell'Infanzia: bilanci e prospettive dell'esperienza del Pubblico Tutore dei minori del Veneto, Atti del Convegno del 21 giugno 2010, Aula Magna Palazzo del Bo, Università di Padova*, Marghera-Venezia, Ufficio di protezione e pubblica tutela dei minori, 2010, p.30.

.

vigore per tale Convenzione è avvenuta il 2 settembre del 1990[74]; allo stato attuale è stata ratificata da 193 Paesi. Il Sudan del Sud ha approvato il 20 novembre del 2013 un disegno di legge di ratifica della Convenzione e dei due Protocolli opzionali: se venisse firmato eleverebbe il numero di Stati parti della CRC a 194[75].

II.2.-Il contenuto sostanziale della Convenzione

II.2.1.-Gli articoli 1- 41 e i diritti più controversi

La Convenzione del 1989 è composta da un Preambolo e da 54 articoli, suddivisi in tre differenti sezioni: i primi 41, oggetto di analisi in questo paragrafo, costituiscono la parte sostanziale della Convenzione, in cui vengono esposti i diritti che si attribuiscono ad ogni bambino. La seconda (articoli 42-45) disciplina il funzionamento del Comitato sui diritti del bambino, istituito per monitorare l'attuazione delle disposizioni sostanziali da parte degli Stati, e che sarà oggetto di trattazione più avanti nel presente capitolo; la terza parte (articoli 46- 54), disciplina invece l'entrata in vigore, le possibili riserve alla Convenzione nonché le relative denunce di essa.

In merito alla parte sostanziale, la dottrina[76] ha affermato che i vari diritti in essa stabiliti costituiscono un'unità, relazionandosi gli uni con gli altri e rafforzandosi mutualmente. Essi tendono inoltre a relazionarsi con i quattro princìpi fondamentali su cui si basa la Convenzione, contenuti negli articoli 2, 3, 6 e 12 di essa. Nei primi due articoli menzionati sono contenuti i princìpi di non discriminazione e dell'interesse superiore del bambino; quest'ultimo è particolarmente innovativo in quanto non solo esalta la nuova concezione del minore come soggetto di diritto, ma

[74] Per l'entrata in vigore in Italia e in Spagna, *supra, Introduzione*, nota 8. Per i lavori preparatori della Convenzione, OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, "*Legislative history* ...cit.; Id. *Legislative History of the Convention on the Rights of the Child*, New York/Geneva, United Nations 2007 Vol.II (http://www.ohchr.org/Documents/Publications/LegislativeHistorycrc2en.pdf).

[75] Per le notizie relative all'approvazione del disegno di legge di ratifica della CRC http://www.unicef.org/southsudan/media_ratification.CRC.html, consultato in data 20 novembre 2013. Il Sudan del Sud è divenuto membro dell'ONU il 14 luglio del 2011. Si consulti il sito dell'ONU alla pagina http://www.un.org/es/members/, consultata in data 30 settembre 2013.

[76] Cfr. P. BUIRETTE *Réflexions…*op. cit., p.56.

anche la generale prevalenza dei suoi diritti rispetto a quelli facenti capo ad altri soggetti dell'ordinamento. A tali due princìpi si affiancano il diritto alla vita, alla sopravvivenza e allo sviluppo (sia fisico che mentale) riconosciuti dall'articolo 6 della Convenzione, e il diritto del minore, avente capacità di discernimento, di essere ascoltato in tutte le questioni in cui siano coinvolti i suoi interessi, includendosi espressamente tra queste le controversie giudiziarie e amministrative (articolo 12). La formulazione di quest'ultima previsione è particolarmente importante, ed è stata per tale motivo oggetto di un Commento generale da parte del Comitato sui diritti dell'infanzia, il n.12[77]: il diritto all'ascolto, di cui ora il minore è titolare, determina infatti un suo ruolo più attivo nelle questioni che lo riguardano, permettendogli non solo di esprimere quell'opinione che, in quanto soggetto di diritto, è capace di elaborare, ma anche che questa sia debitamente tenuta in conto, tenendo a mente in ogni caso la maturità del minore.

Particolare importanza riveste inoltre l'articolo 1 in cui si delinea il concetto di "bambino", il cui testo definitivo costituisce il compromesso per far fronte alle numerose tensioni manifestatesi durante i lavori preparatori. L'articolo 1 definisce il bambino come «ogni essere umano avente un'età inferiore a diciott'anni, salvo se abbia raggiunto prima la maturità in virtù della legislazione applicabile»: non si stabilisce quindi un limite di età vincolante in forma assoluta per tutti gli Stati parti, ma si fa riferimento in primo luogo al limite di età più comunemente previsto nei singoli ordinamenti per il raggiungimento della maggiore età, salvo la possibile applicazione della normativa interna, sempre che stabilisca un limite inferiore[78]. Esito delle numerose discussioni è anche la decisione di escludere una precisa presa di posizione riguardo alla tutela del concepito, lasciando in mano ai singoli Stati la scelta di legalizzare o meno l'aborto. Una presa di posizione viene presa unicamente

[77] COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment No. 12: The right of the child to be heard,* CRC/C/GC/12, 2009. Nello stesso Commento generale, a pagina 5, vengono enunciati dal Comitato gli altri tre princìpi fondamentali ora esaminati. Gli stessi principi erano stati individuati dal Comitato sin dal primo Commento Generale. Cfr. Id, *General Comment No. 1*: *The aims of education*, CRC/GC/2001/1, 2001, p. 8. Per i Commenti generali adottati dal Comitato e della loro funzione, *infra*, II.3.1. *b).*

[78] Tale ultima versione permette di venire incontro alle critiche avanzate da parte dei singoli Stati in cui il limite di età sia inferiore, tenendo in considerazione l'osservazione effettuata in sede preparatoria da parte del Rappresentante del Nepal riguardo alle plausibili maggiori difficoltà che possono incontrare gli Stati più poveri nel garantire tutti i diritti stabiliti dalla Convenzione ad un gruppo di soggetti particolarmente amplio, fino ai 18 anni di età. Cfr. *Rapport du Groupe de travail* E/CN.4/1989/48 del 2 marzo 1989, p. 15.

nel Preambolo, al nono paragrafo, in cui si esprime l'orientamento degli Stati di garantire al fanciullo una «protezione legale appropriata, *sia prima* (corsivo mio) che dopo la nascita».

Dopo l'enunciazione nell'articolo 4 della CRC dell'obbligo degli Stati parti di adottare ogni misura volta a dare attuazione ai diritti previsti dalla Convenzione, i successivi articoli si relazionano tra loro in base a vari criteri, enunciati nelle Linee guida adottate dal Comitato per orientare gli Stati parti sulla forma e il contenuto del primo rapporto da presentare ad esso[79]. In primo luogo gli articoli 5, 9, 10, 11, 18, 19, 20, 21, 25 e 27 disciplinano i rapporti familiari, attribuendo un ruolo di fondamentale importanza al nucleo familiare d'origine, da cui *in primis* devono provenire la tutela ed educazione del bambino. La responsabilità primaria dei genitori per permettere al minore di esercitare i suoi diritti viene infatti riconosciuta dagli articoli 5, 18 e 27, quarto comma, della Convenzione, stabilendo anche l'obbligo facente capo agli Stati parti di fornire gli aiuti adeguati alle famiglie per far fronte a tali responsabilità (articolo 18, comma secondo, CRC).

L'articolo 9 ribadisce il ruolo centrale della famiglia d'origine, prevedendo la separazione del minore da essa solo se la permanenza contrasti con il suo superiore interesse, garantendo in ogni caso il mantenimento di rapporti personali con entrambi i genitori. La permanenza del minore nel nucleo familiare originario ispira anche l'articolo 10, che richiede agli Stati una maggior flessibilità per garantire gli spostamenti del minore da uno Stato all'altro in vista del ricongiungimento familiare, adottando le idonee garanzie per evitare i trasferimenti illeciti all'estero (articolo 11 CRC). La tutela del minore da ogni forma di maltrattamento fin quando permanga presso uno o entrambi i genitori, ovvero presso ogni altra persona che ne abbia l'affidamento, viene prevista invece dall'articolo 19.

Nei casi in cui il minore sia privo del proprio nucleo familiare o non possa permanere in esso perché contrario al suo interesse, gli articoli 20 e 21 della CRC disciplinano le misure alternative che gli Stati sono tenuti ad attuare, quali l'affidamento familiare o la permanenza in istituti (se il distacco è temporaneo) o

[79] COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *General guidelines regarding the form and content of initial reports to be submitted by States Parties under article 44, paragraph 1(a), of the Convention* , CRC/C/5, del 30 ottobre 1991.

l'adozione (se definitivo), e preferendo, in caso di quest'ultima, l'adozione interna al Paese di origine rispetto all'adozione all'estero. Viene prescritto in ogni caso il mantenimento di controlli periodici nei confronti degli istituti in cui sia collocato il minore.

Le Linee guida proseguono delineando la categoria dei diritti civili e libertà, previsti dagli articoli 7, 8, 13-17 e 37 *a)* della CRC: il diritto al nome e alla cittadinanza, all'identità, alle libertà di espressione[80], pensiero, religiosa e di associazione, il diritto alla privacy e, da ultimo, all'articolo 17, il diritto all'informazione. Il 37 *a)* protegge il minore dalla tortura, dalle pene inumane o degradanti, nonché dall'imposizione nei suoi confronti di condanne che implichino l'ergastolo o la pena di morte. Particolarmente controversa è stata la previsione dell'articolo 14 che garantisce, tra le varie libertà, la religiosa, in quanto suscettibile di entrare in conflitto specialmente con i princìpi della religione islamica, che vincolano il minore a seguire la religione praticata dai genitori[81]. Ciò ha implicato che all'atto della ratifica molti Paesi islamici hanno formulato delle riserve in relazione a tale articolo, o delle dichiarazioni interpretative volte a chiarire le implicazioni e gli obblighi che tale articolo avrebbe creato nei loro confronti. Di tale tema si tratterà nel prossimo sottoparagrafo, appositamente dedicato alle riserve formulate dagli Stati parti.

---

[80] Il Commento generale n.12 esplica la differenza tra la previsione dell'articolo 12 (diritto di essere ascoltato) e il 13 (libertà di espressione), stabilendo che: «il diritto di espressione previsto nell'articolo 13 è spesso confuso con l'articolo 12. Invece, anche se i due articoli sono strettamente legati, prevedono diritti differenti. La libertà di espressione fa riferimento al diritto di avere e di esprimere delle opinioni, e di cercare e ricevere informazioni attraverso qualsiasi mezzo di comunicazione. L'articolo in questione sancisce il diritto del bambino e dell'adolescente di non avere dallo Stato parte alcuna limitazione alle opinioni che ha o che esprime. Per cui tale articolo protegge il diritto di accesso ai mezzi di comunicazione e al dialogo pubblico e obbliga gli Stati parti ad astenersi dall'interferire nell'espressione di queste opinioni, o nell'accesso alle informazioni. L'articolo 12, invece, fa riferimento al diritto di espressione delle opinioni specificatamente su questioni che riguardano il bambino e l'adolescente, e al diritto del bambino e dell'adolescente di essere coinvolto in azioni e decisioni che hanno un impatto sulla sua vita. L'articolo 12 impone l'obbligo per gli Stati parti di introdurre un quadro legale e dei meccanismi necessari a facilitare l'attivo coinvolgimento del bambino e dell'adolescente in tutte le azioni che lo riguardano e nel processo decisionale, e a rispettare l'obbligo di dare il giusto peso alle opinioni espresse. La libertà di espressione prevista dall'articolo 13 non richiede tale coinvolgimento o intervento degli Stati parti». Cfr., COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment No. 12*...cit., p. 26.

[81] Vedasi per tutti le critiche mosse da parte di Paesi quali Bangladesh e Marocco, nel 1986 e 1987, alla proposta dell'articolo 14 avanzata nel 1982 ad opera degli Stati Uniti e poi modificata. In OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Legislative history …* Volume I, cit., p. 453 e ss. con una particolare attenzione a p. 458, in cui si riporta il paragrafo 2 del *Rapport du groupe de travail*, *E/CN.4/1987/WG.1/WP.35*. ed il *E/CN.4/1986/39, annex IV.*

Relativamente ai diritti sociali, le Linee guida fanno riferimento agli articoli 6, 23, 24 , 26, 18 e 27 della CRC, inerenti alla salute e al benessere del minore. Nel primo articolo, è bene ricordarlo, oltre a racchiudersi un principio fondamentale della Convenzione, viene attribuito in capo al minore un vero e proprio diritto, essenziale, alla vita e allo sviluppo. A questo si affianca poi l'attribuzione generica al bambino del diritto alla salute e alle cure mediche dell'articolo 24 CRC e le più specifiche misure prescritte dalla Convenzione per i minori con particolari problemi di salute, quali ad esempio i bambini disabili. Fanno seguito infine le previsioni volte ad impegnare gli Stati nel garantire ad ogni bambino il diritto alle prestazioni previdenziali, a potersi avvalere degli istituti di assistenza all'infanzia, nonché al godimento dei livelli di vita essenziali allo sviluppo fisico e mentale.

Tra gli ulteriori diritti sociali che la Convenzione riconosce al fanciullo e che implicano prestazioni positive da parte degli Stati, occorre infine annoverare quelli previsti dagli articoli 28, 29 e 31. I primi due riguardano il diritto all'educazione, che si traduce in una serie di particolari misure che gli Stati devono adottare, come ad esempio l'obbligatorietà e la gratuità dell'insegnamento primario, e l'adozione di varie misure e sovvenzioni per permettere l'accesso all'istruzione secondaria. Le finalità a cui deve tendere l'educazione del fanciullo vengono elencate nell'articolo 29 CRC, il cui contenuto è stato oggetto inoltre di un Commento generale, il n. 1, che sottolinea prevalentemente la necessità di orientare l'educazione del minore ad una concezione di tolleranza e fratellanza, nonché di rispetto verso l'ambiente. Infine l'articolo 31 CRC prevede il diritto del minore al riposo, al tempo libero e al gioco, aspetto quest'ultimo necessario per permettere di sviluppare liberamente le sue inclinazioni naturali.

Più problematica si rivela invece l'interpretazione degli articoli in cui si tutela il minore che si trovi in situazioni particolari. Tra queste, una prima categoria individuata dalle Linee guida riguarda i bambini in situazioni di emergenza, a cui fanno due articoli della Convenzione: il 22, riguardante i bambini suscettibili di vedersi riconosciuto lo *status* di rifugiati, e il 38, relativo ai fanciulli coinvolti nei conflitti armati,. Alla prima categoria verrà fatto riferimento nel presente capitolo, nella sezione relativa alle Osservazioni conclusive avanzate dal Comitato all'Italia e alla Spagna; la seconda sarà invece oggetto di analisi al momento di esporre il

contenuto del Protocollo opzionale relativo al coinvolgimento dei bambini nei conflitti armati, per valutare come quest'ultimo abbia progredito in tale settore nell'attribuire una tutela più pregnante al minore. A tali situazioni specifiche di difficoltà, il Comitato affianca nelle Linee guida la previsione dell'articolo 39 CRC, relativa ai minori vittime di sfruttamento, conflitto armato o maltrattamento, e alle possibili misure volte a permettere sia il recupero fisico e mentale, che la reintegrazione nella società.

Una seconda categoria di minori in situazioni particolari concerne i casi in cui siano in conflitto con la legge, che si traduce nelle previsioni degli articoli 37 e 40 CRC. Quest'ultimo riguarda i diritti di cui gode il minore accusato o sospettato di reato di fronte all'amministrazione della giustizia, e delle previsioni che devono osservarsi affinché possa parlarsi di giusto processo nei suoi confronti; l'articolo 37, lettere *b), c)* e *d)* CRC, disciplina invece i casi in cui il bambino venga privato della libertà personale, dovendo le pene detentive eseguirsi sempre secondo il superiore interesse del minore, considerandole applicabili solo nei casi in cui non esista una misura ugualmente efficace ma meno drastica, e non potendo in ogni caso consistere nella detenzione a vita o nella pena di morte.

Un terzo gruppo di articoli concernenti le situazioni di difficoltà è costituito dagli articoli che tutelano il bambino da ogni ipotesi di sfruttamento, e che per tale ragione, in quanto vittime, necessitano delle cure adeguate ai fini di giungere ad una reintegrazione sociale. L'articolo 32 CRC affronta la tematica dello sfruttamento economico, includendovi le ipotesi di lavoro minorile, richiedendo agli Stati di stabilire un limite/i di età[82] per svolgere lavori che possano incidere sull'educazione

[82] Il testo revisionato proposto dalla Polonia nel 1979, stabiliva all'art. 19 co.3, i quindici anni come età minima per l'accesso all'impiego, scaturendo da tale previsione il corrispondente obbligo per gli Stati parti di osservare il limite minimo. Tale proposta comportò varie critiche da parte dei soggetti intervenienti ai lavori preparatori: significativa fu la proposta della stessa OIL, tenendo a mente che la Convenzione OIL n.138 del 1973 stabilisce limiti di età diversi per i tipi di lavoro e per il grado di sviluppo dei vari Stati parti. Il par. 7 del documento *E/CN.4/WG.1/WP.1/1* riporta infatti che «*While the above-mentioned ILO standards would not stand in the way of the specification in the proposed United Nations convention of a minimum age of 15 years they give rise to the question whether such a standard might not prove unduly rigid, since it would not distinguish between different types of work, would not relate the minimum age to the school-leaving age, would not make special allowance for the problems of less developed countries nor for work in connection with education or training, and would not contemplate a progressive raising of the minimum age. Having regard to the general nature of the provisions of the proposed convention, it would be inappropriate to include in it detailed clauses on these various aspects*». In OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Legislative history… cit.,* Volume II, , p. 697 e ss.

o sullo stato di salute del bambino, regolandone allo stesso tempo gli aspetti relativi allo svolgimento. La previsione contenuta in questo articolo, sebbene piuttosto scarna in materia di lavoro minorile, deve oggi interpretarsi, per gli Stati che aderiscano anche a quest'ultima, congiuntamente alle disposizioni presenti nella Convenzione n. 182 adottata dall'OIL nel 1999[83] e alla Raccomandazione n.190[84], adottata quest'ultima a completamento della prima. In tali norme internazionali viene effettuato un elenco dettagliato delle peggiori forme di lavoro minorile (articolo 3, lettere *a), b),* e *c),* con una previsione residuale contenuta nella lettera *d)*), richiedendone agli Stati parti l'eliminazione. Viene stabilita inoltre un'età minima per l'accesso all'impiego, contrariamente alla Convenzione del 1989 che lascia la scelta in capo agli Stati: la Convenzione n.182 dell'OIL vieta infatti lo svolgimento delle forme peggiori di lavoro da parte di tutti i bambini, intendendosi come tali, a norma dell'articolo 2 «ogni persona che abbia meno di 18 anni», con possibilità di ridurre la soglia minima di età ai sedici anni per i lavori rientranti nella previsione generica dell'articolo 3 *d),* e sempre che siano garantite la salute e la sicurezza del minore stesso, a cui deve inoltre essere stata impartita un'adeguata preparazione[85].

All'interno del gruppo di articoli ora esaminati, il 33 CRC salvaguarda il minore dall'abuso di droghe, nonché dal suo sfruttamento ai fini del traffico di stupefacenti, mentre il 34 CRC obbliga gli Stati a garantire al fanciullo la protezione contro ogni forma di sfruttamento e violenza sessuale. A fini di chiusura, per evitare qualsiasi ulteriore ipotesi di sfruttamento che non rientri nelle specifiche tipologie dei tre articoli precedenti, la Convenzione prevede saggiamente all'articolo 36 la protezione del minore da ogni altra forma di sfruttamento pregiudizievole. In ragione della possibile finalità di un posteriore sfruttamento, viene preclusa infine qualsiasi forma di vendita o tratta di bambini, preclusione contenuta nell'articolo 35. Tali ultime disposizioni saranno trattate più specificamente al momento di analizzare il

[83] Convenzione *relativa alla proibizione delle forme peggiori di lavoro minorile e all'azione immediata per la loro eliminazione*, del 17 giugno 1999, in vigore dal 19 novembre 2000. L'Italia ha ratificato tale Convenzione con legge del 25 maggio 2000, n. 148 (G.U. del 12 giugno 2000, n. 135), in vigore dal 13 giugno 2000, mentre la Spagna con strumento di ratifica pubblicato nel BOE del 17 maggio 2001, n.118) e in vigore dal 2 aprile 2002.

[84] Raccomandazione adottata dalla Conferenza Generale dell'ILO il 17 giugno 1999.

[85] Raccomandazione n. 190, par 4. Per maggiori informazioni riguardo alla Convenzione ILO n.182 e alla raccomandazione, cfr. M. C. MAFFEI *La tutela internazionale dei diritti del bambino* in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela…*op. cit., p. 257 e ss.

contenuto di uno dei due Protocolli opzionali, relativo alla vendita, prostituzione e pornografia infantile.

Una quarta categoria di minori in situazioni particolari viene infine individuata nell'articolo 30 CRC, relativo ai diritti attribuiti ai bambini appartenenti a minoranze etniche, linguistiche o religiose, o a gruppi indigeni.

La prima parte della Convenzione termina con un articolo peculiare, il 41, quanto mai opportuno a causa delle critiche che sono state mosse ad alcune disposizioni della Convenzione stessa, a causa della tenuità della tutela che da esse scaturisce. Non si dimentichi infatti che tale strumento di diritto internazionale pattizio è frutto di un intenso lavoro volto a conciliare nelle sue previsioni le differenze esistenti tra vari Stati, in modo da ottenere un consenso generale e la ratifica da parte del maggior numero possibile di soggetti dell'ordinamento internazionale. Tale obiettivo può dirsi oggi raggiunto, in quanto la Convenzione sui diritti del bambino è lo strumento pattizio maggiormente ratificato, vantando 193 Stati parti, e mancando oggi totalmente la ratifica di Stati Uniti[86] e Somalia.

Per ottenere il consenso generale si è necessariamente dovuto attenuare il contenuto delle previsioni maggiormente in conflitto con i sistemi nazionali. Ciò non toglie che grazie alla previsione dell'articolo 41 CRC, gli Stati in grado di intensificare la propria attività di protezione del minore rispetto alle previsioni convenzionali possano legittimamente attuarlo. Prevede infatti l'articolo 41: «Nessuna delle disposizioni della presente Convenzione pregiudica disposizioni più propizie all'attuazione dei diritti del fanciullo che possano figurare: 1. nella legislazione di uno Stato parte oppure 2. nel diritto internazionale in vigore per questo Stato».

II.2.2.-Le riserve degli Stati parti: il Commento generale n.5 del 27 novembre 2003

Come evidenziato anteriormente, la Convenzione del 1989 costituisce una sorta di compromesso tra i vari Paesi, per far sì che le previsioni ivi inserite potessero essere suscettibili di attuazione da parte del maggior numero possibile di Stati. Ciò non toglie che gli articoli più controversi sono stati comunque oggetto, al momento

[86] Nonostante ciò, gli Stati Uniti risultano tra gli Stati che hanno ratificato i due Protocolli opzionali.

della ratifica, di dichiarazioni interpretative (nel migliore dei casi) o della formulazione di riserve[87], ammesse dall'articolo 51 della Convenzione, sempre che non risultino incompatibili con l'oggetto e la finalità di essa.

Tra gli articoli che hanno implicato un numero cospicuo di riserve e dichiarazioni interpretative vi sono senza dubbio il 14 e il 21 della CRC, relativi alla libertà religiosa e all'adozione. Entrambi gli articoli, come già accennato precedentemente riguardo alla libertà religiosa, contrastano infatti con alcuni principi del diritto islamico[88]: ciò ha implicato la formulazione di varie riserve da parte di molti Paesi musulmani all'atto della ratifica. Tra questi vi è il Pakistan, che ne ha adottata una a carattere generale rispetto a tutti gli articoli della Convenzione in contrasto con le previsioni della legge islamica. Tale riserva, considerata contraria allo spirito della Convenzione, e quindi non rientrante tra quelle ammesse dall'articolo 51, è stata poi ritirata nel 1997. Riserve dello stesso tipo sono state formulate da Qatar, Repubblica Araba di Siria, Repubblica islamica d'Iran e dall'Arabia Saudita. Solo le prime due le hanno parzialmente ritirate, chiarendo la Siria dapprima nel 1996 la portata della riserva all'articolo 14 CRC, e ritirando parzialmente nel 2012 quella relativa agli articoli 20 e 21 CRC.

Altri Stati islamici hanno invece formulato sin dall'inizio una riserva specifica: la Giordania e le Maldive[89], ad esempio, si sono avvalse dell'articolo 51 della Convenzione per formulare riserve rispetto agli articoli 14 e 21. Riguardo a

[87] L'art. 2, co. 1, *d)* della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 identifica la riserva come «una dichiarazione unilaterale, quale che sia la sua articolazione e denominazione, fatta da uno Stato quando sottoscrive, ratifica, accetta o approva un trattato o vi aderisce, attraverso la quale esso mira a escludere o modificare l'effetto giuridico di alcune disposizioni del trattato nella loro attuazione allo Stato medesimo». Mediante la dichiarazione interpretativa lo Stato non esclude l'applicazione totale o parziale dell'articolo nei suoi confronti, ma definisce il contenuto e la portata degli obblighi che ne derivano. In tema di riserve e dichiarazioni interpretative, cfr. A. REMIRO BROTÓNS [*et al.*] *Derecho internacional…*op. cit., p. 284 e ss.

[88] Per il contrasto dell'istituto dell'adozione con la *Sharia* islamica, si vedano ad esempio le critiche avanzate dai Paesi musulmani durante i lavori preparatori, critiche riportate nel lavoro dell'Alto Commissariato dei diritti umani delle Nazioni Unite. Cfr. OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Legislative history…*cit, volume II, p. 544 e ss., con una particolare attenzione alle critiche avanzate dalla *Libyan Arab Jamahiriya* riportate a p. 548.

[89] Per maggiori informazioni, UNICEF, CENTRO DI RICERCA INNOCENTI *Riforma Legislativa e attuazione della Convenzione sui diritti dell'infanzia,* Fondo delle Nazioni Unite per l'infanzia, Firenze, 2009, p. 19 e ss.; R.M. RIQUELME CORTADO *Las reservas a los tratados : lagunas y ambigüedades del Régimen de Viena*, Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, Murcia, 2004; sito delle Nazioni Unite relativamente allo stato delle ratifiche dei singoli trattati. In merito alla Convenzione, si consulti *http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en,* consultato il 30 settembre 2013.

quest'ultimo, peculiare è la riserva formulata da uno Stato sudamericano come l'Argentina, che al momento della ratifica ha confermato la riserva alle lettere *b), c), d)* ed *e)* dell'articolo, relative alle adozioni internazionali, fino all'instaurazione di un adeguato meccanismo interno capace di reprimere il traffico e la vendita dei minori. Anche il Canada ha formulato una riserva rispetto a tale previsione, per i casi in cui l'istituto dell'adozione contrasti con altre forme di cura del minore, appartenenti alla cultura di popolazioni aborigene che vivono in territorio canadese.

Riguardo ai diritti garantiti dagli articoli 37 e 40 della CRC in tema di giustizia minorile, sono state effettuate riserve e dichiarazioni interpretative da parte di un cospicuo numero di Stati, appartenenti all'ambito europeo, americano ed asiatico. Rispetto all'articolo 37 lettera *c)* CRC, che garantisce al minore detenuto di essere separato dai detenuti maggiori di età, possono annoverarsi il Canada e il Giappone, nonché, fino al 2008, anche il Regno Unito. Relativamente al diritto ai mezzi d'impugnazione previsto dall'articolo 40, lettera *b, V* della CRC, riserve rispetto a tale garanzia sono state formulate dalla Francia e dalla Repubblica di Corea.

Devono apprezzarsi d'altro canto le riserve e le dichiarazioni formulate da alcuni Paesi dell'America latina come il Guatemala, l'Argentina, l'Ecuador e l'Uruguay, relativamente agli articoli 1 e 38 della Convenzione, per incrementare le previsioni in essa stabilite seguendo le proprie previsioni nazionali, se più favorevoli. I primi tre Paesi hanno infatti formulato dichiarazioni con cui includono nel concetto di bambino anche il concepito; gli ultimi tre si sono espressi a favore di un limite di età per l'arruolamento dei minori nei conflitti armati più elevato dei quindici anni stabiliti dall'articolo 38 CRC, mantenendo ferma l'applicazione della proprie leggi nazionali, più favorevoli in quanto stabiliscono come limite minimo di età i diciotto anni[90]. Il Regno Unito ha al contrario formulato una dichiarazione in cui intende che l'applicazione della Convenzione verrà effettuata solo nei confronti del nato vivo.

La formulazione di dichiarazioni interpretative e di riserve da parte degli Stati può inficiare il perseguimento degli obiettivi della Convenzione; a causa del numero piuttosto elevato, il Comitato sui diritti dell'infanzia ha formulato nel 2003 un

[90] Deve puntualizzarsi che dei tre Paesi, solo l'Uruguay ha formulato una riserva rispetto all'articolo 38, prevedendone la non applicazione e mantenendo quindi applicabile la propria legge nazionale avente come limite minimo i 18 anni, mentre Argentina ed Ecuador hanno semplicemente formulato dichiarazioni in cui considerano la soglia troppo bassa e continuano per tale ragione ad applicare la propria.

Commento generale[91], il numero 5, in cui viene rammentato che la finalità della Convenzione consiste nel garantire la più ampia tutela possibile al minore, che si traduce in primo luogo nell'applicazione integrale dei diritti in essa stabiliti. A tale scopo il Comitato invita, facendolo presente anche nelle Osservazioni conclusive formulate rispetto ad ogni Stato, a valutare la possibilità di ritirare le riserve formulate, ai fini d'intensificare la protezione del bambino. Il Comitato s'indirizza prevalentemente a quegli Stati che abbiano formulato riserve generali non suscettibili di potersi considerare compatibili con la Convenzione, specie perché giustificate dall'invocazione dell'incompatibilità col proprio diritto interno, contrariamente alla previsione della Convenzione di Vienna sui trattati, che stabilisce all'articolo 27 che «una parte non può invocare le disposizioni del suo diritto interno per giustificare la mancata esecuzione di un trattato»[92].

II.2.3.-I Protocolli opzionali

Alcune previsioni della Convenzione, nonostante possano considerarsi apprezzabili per aver vincolato un numero particolarmente ampio di Stati aventi tradizioni differenti, non devono considerarsi il punto di arrivo per la protezione di ogni bambino. Rispetto a come alcune problematiche sono state affrontate nella Convenzione risulta chiara la necessità di incrementarne il contenuto, a causa della particolare e preoccupante diffusione dei fenomeni disciplinati. Tale è il caso delle numerose ipotesi di sfruttamento, soprattutto sessuale, a cui i minori sono tuttora sottoposti, essendosi anzi ampliata la dimensione del fenomeno ad uno spazio transnazionale, così come il loro coinvolgimento nei conflitti armati. Di fronte all'ampiezza di tali fenomeni, si richiedeva l'adozione di strumenti di diritto internazionale maggiormente idonei a debellarli.

Per tali ragioni, nel 1993 il Comitato sui diritti dell'infanzia adotta un progetto iniziale[93] per un possibile Protocollo opzionale relativo al coinvolgimento dei minori nei conflitti armati, richiedendone la trasmissione da parte del Segretario Generale alla Commissione per i diritti umani. Nella sua sessione annuale del 1994,

[91] COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment No. 5: General measures of implementation for the Convention on the Rights of the Child*, CRC/GC/2003/5, 2003.
[92] *Ivi*,, p. 11 e ss.
[93] Progetto CRC/C/16 del Comitato sui diritti del bambino del 5 marzo 1993.

quest'ultima istituisce un Gruppo di lavoro per la stesura del testo del Protocollo e per l'elaborazione di Linee guida rispetto ad un possibile ed ulteriore strumento pattizio, questa volta contro la vendita di bambini, la prostituzione e la pornografia minorile. Approvata la costituzione del Gruppo di lavoro da parte dell'ECOSOC e dell'Assemblea Generale con risoluzione 50/153 del 21 dicembre 1995, i due Protocolli opzionali vengono finalmente aperti alla firma degli Stati il 25 maggio del 2000, con entrata in vigore tre mesi dopo la data del deposito del decimo strumento di ratifica (articolo 14 del Protocollo relativo alla vendita di bambini, prostituzione infantile e utilizzo dei bambini nella pornografia, d'ora in avanti OPSC, e articolo 10 del Protocollo relativo al coinvolgimento dei bambini nei conflitti armati, d'ora in avanti OPAC).

Il primo ad entrare in vigore è stato l'OPSC il 18 gennaio 2002[94]. Di tale Protocollo ci si limita ora a richiamare alcune sue disposizioni, relative prevalentemente alla disciplina della giurisdizione di ogni Stato parte per la persecuzione delle fattispecie regolate nel Protocollo stesso, riservando l'analisi della disciplina sostanziale ai capitoli successivi, in cui verrà analizzato il recepimento delle sue previsioni negli ordinamenti interni. In questa sede è sufficiente per ora ricordare come tale Protocollo sia stato adottato per incrementare la tutela stabilita dagli articoli 1, 11, 21, 32, 33, 34, 35 e 36 della Convenzione, stando a quanto enunciato dal Preambolo dell'OPSC.

In tema di giurisdizione dei singoli Stati parti, occorre far riferimento agli articoli 4, 5 e 6 del Protocollo. Il primo richiama l'ordinario principio di territorialità, che comporta la persecuzione dell'autore delle condotte previste nell'articolo 3, quando queste si siano verificate nel territorio dello Stato o su suoi aerei o navi. Viene poi previsto un secondo principio per la persecuzione del soggetto attivo, quello di nazionalità sia attivo (presunto colpevole nazionale dello Stato o residente abitualmente in esso) che passivo (vittima nazionale dello Stato che persegue). Come

[94] L'Italia ha ratificato OPSC e OPAC con legge 11 marzo 2002, n.46 (G. U. del 2 aprile 2002, n. 77, Suppl. Ord. n. 65), in vigore dal 3 aprile 2002.La Spagna ha ratificato l'OPSC con strumento di ratifica in BOE del 31 gennaio 2002, n.27, con entrata in vigore il 18 gennaio 2002; l'OPAC invece è entrato in vigore l'8 aprile 2002, con strumento di ratifica pubblicato nel BOE del 17 aprile 2002,n.92.

è stato attentamente sottolineato[95], l'introduzione nell'ordinamento interno del principio di nazionalità è meramente facoltativo. Viene invece stabilita come obbligatoria la previsione del terzo comma dell'articolo 4, che richiede l'adozione da parte di ogni Stato delle misure necessarie a far valere la propria giurisdizione nei confronti del presunto colpevole che si trovi nel suo territorio, quando non si dia seguito all'estradizione di questi in favore di un altro Stato parte, per essere il presunto reo cittadino dello Stato che non concede l'estradizione. La disciplina specifica di quest'ultima si trova invece nell'articolo 5, che prevede l'inserzione automatica dei reati previsti nell'OPSC nei trattati di estradizione, presenti e futuri, celebrati tra gli Stati parti. L'articolo 6 promuove infine la mutua assistenza tra gli Stati nello svolgimento delle fasi investigative e nella raccolta di prove relative ai delitti stabiliti all'articolo 3 del Protocollo, nonché durante le varie fasi del procedimento di estradizione. Anche il rispetto di quanto prescritto nell'OPSC è oggetto di controllo da parte del Comitato infanzia: di esso ci si occuperà nel paragrafo successivo.

In un momento lievemente posteriore, il 12 febbraio del 2002, entra in vigore il secondo Protocollo opzionale della Convenzione, relativo al coinvolgimento dei bambini nei conflitti armati. Strumento ulteriore per permettere di raggiungere quella protezione totale dall'utilizzo dei bambini come soldati, tenta di supplire alle previsioni della Convenzione su tale questione, in quanto non considerate pienamente soddisfacenti. Già con quest'ultima si era auspicato il superamento delle disposizioni stabilite nella normativa umanitaria esistente, e in special modo dei Protocolli aggiuntivi alle Convenzioni di Ginevra del 1949[96]. Il I Protocollo[97] del 1977, relativo alla protezione delle vittime nei conflitti armati internazionali, non garantiva ancora adeguata protezione ai fanciulli rispetto ad un loro possibile reclutamento. L'articolo 77, comma 2, stabiliva infatti la necessità che gli Stati parti

[95] M. C., MAFFEI *La tutela internazionale dei diritti del bambino*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale…*op. cit., p. 264 fa giustamente notare che il secondo comma dell'art. 4 dell'OPSC prevede che ogni Stato parte «*potrà* adottare» tali misure.

[96] Le Convenzioni sottoscritte a Ginevra il 12 agosto del 1949 sono quattro: I Convenzione *per il miglioramento delle condizioni dei feriti e dei malati delle Forze armate in campagna*; II Convenzione *per il miglioramento delle condizioni dei feriti, dei malati e dei naufraghi delle Forze armate sul mare*; III Convenzione *sul trattamento dei prigionieri di guerra*; IV Convenzione *sulla protezione delle persone civili in tempo di guerra*, Ginevra, 12 agosto 1949.

[97] I Protocollo aggiuntivo *relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali* dell'8 giugno 1977.

adottassero tutte le «misure necessarie» ad evitare la partecipazione diretta nei conflitti da parte di soggetti minori di quindici anni. Nel caso di reclutamento di soggetti ultraquindicenni ma non aventi ancora diciotto anni, avrebbe dovuto essere data priorità all'arruolamento dei più grandi. Tali previsioni non potevano dirsi soddisfacenti per tre diverse ragioni: 1) non precludevano in maniera assoluta la partecipazione di un minore di quindici anni ai conflitti, ma solo di fare il possibile per evitarlo; 2) la partecipazione che si tenta di evitare è solo quella diretta nei conflitti e non quella indiretta (ad esempio come messaggeri), comunque lesiva in quanto costituisce pur sempre un pericolo per la vita del bambino e può degenerare in una più intensa partecipazione; 3) dall'interpretazione fornita dagli Stati parti, anche in relazione al differente dettato tra la versione iniziale e quella definitiva, sembra che il Protocollo impedisca unicamente il reclutamento obbligatorio degli infraquindicenni, ma non quello volontario.

Diversa è la previsione dell'articolo 4 terzo comma *c)* del II Protocollo[98] aggiuntivo, relativo alla protezione delle vittime nei conflitti armati interni, in cui si preclude in forma assoluta la partecipazione dei minori di quindici anni ai conflitti. L'articolo 38 della Convenzione del 1989 non accoglie purtroppo tale ultima previsione, ma adotta un testo molto simile a quello del I Protocollo: prescrive infatti l'adozione da parte degli Stati di ogni misura necessaria ad evitare la partecipazione diretta degli infraquindicenni nei conflitti, prevedendo inoltre la necessaria priorità da attribuire ai ragazzi più vicini alla maggiore età nel caso di arruolamento di soggetti tra i quindici e i diciotto anni. L'ultimo comma richiede agli Stati di adottare delle misure di protezione per i minori coinvolti in un conflitto armato. La Convenzione fallisce anche nel tentativo di elevare la soglia di età minima al di sopra dei quindici anni, per via delle dispute insorte durante i lavori preparatori.

La previsione dell'articolo 38 CRC ha dato vita a due differenti reazioni: da un lato, molti degli Stati parti hanno reagito a tale articolo formulando dichiarazioni e riserve, come accennato anteriormente[99]. Dall'altro, il Segretario Generale delle

[98] II Protocollo aggiuntivo *relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati non internazionali* dell'8 giugno 1977.

[99] Occorre in questa sede ricordare unicamente che oltre alle dichiarazioni anteriormente esaminate dell'Uruguay, Argentina ed Ecuador riguardanti il mantenimento per tali Stati di un limite di età più elevato, la medesima dichiarazione è stata formulata anche da Andorra, Austria, Colombia, Germania, Paesi Bassi e Spagna. In http://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=en. Per

Nazioni Unite, su richiesta dell'Assemblea Generale, incaricò nel 1993 l'Esperta ONU Graça Machel di svolgere uno studio sulle ripercussioni dei conflitti armati sui bambini. Da tale relazione, grazie anche al contemporaneo svolgimento dei lavori preparatori in seno alla Commissione per i diritti umani, si giunse all'adozione dell'OPAC. Il miglioramento delle condizioni ivi stabilite, sebbene non possa considerarsi un punto di arrivo in quanto non sono stati risolti tutti i nodi problematici, emerge dagli articoli 1-5 del Protocollo.

L'articolo 2 preclude agli Stati parti l'arruolamento nelle proprie forze armate di soggetti che non abbiano compiuto i diciotto anni. Evidente è il superamento delle disposizioni contenute nelle Carte anteriormente esaminate, in quanto viene finalmente stabilito un adeguato e vincolante limite di età da cui far partire l'arruolamento obbligatorio. In base all'articolo 3, come forma di compromesso a causa delle numerose discussioni in sede di lavori preparatori, non si è escluso in modo assoluto l'arruolamento di tipo volontario, ma si è prevista una clausola di *opting in* che richiede agli Stati parti di depositare al momento della ratifica o dell'adesione una dichiarazione vincolante in cui indichino l'età, necessariamente superiore ai quindici anni stabiliti nell'articolo 38 della Convenzione, a partire da cui ammettono l'arruolamento volontario nelle proprie forze armate, dovendosi in ogni caso accertare che i soggetti minorenni che vogliano arruolarsi abbiano espresso una volontà libera ed informata. Ad ogni modo, nel caso che vi siano soldati minori di diciotto anni nelle proprie forze armate, ciascuno Stato deve adottare ogni misura possibile per escluderne la partecipazione diretta nei conflitti. Innovativa è anche la previsione dell'articolo 4 dell'OPAC che stabilisce in capo agli Stati parti l'obbligo di adottare ogni misura possibile al fine di scongiurare il reclutamento di minorenni nei gruppi armati distinti dalle Forze nazionali.

Gli articoli 6 e 7 dell'OPAC esaltano invece la cooperazione internazionale tra gli Stati parti, anche al fine di garantire l'assistenza necessaria al recupero fisico e

---

approfondimenti sull'OPAC, cfr. C. CARLETTI e E. M. LE FEVRE CERVINI *La protezione dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza: il quadro normativo internazionale* in M. BOVA *[et al.]*, C. CARLETTI (a cura di) *Promozione, protezione ed attuazione dei diritti dei minori. Strumenti normativi, politiche e strategie a livello internazionale ed europeo*, Torino, Giappichelli, 2009 , p. 17 e ss.; M. C MAFFEI *La tutela internazionale dei diritti del bambino* in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela…*op. cit. p. 264 e ss.; F. GÓMEZ ISA *Protección jurídica internacional de las niñas y niños soldado,*. in F. ALDECOA LUZÁRRAGA - J.J. FORNER DELAYGUA (Dirs), E. GONZÁLEZ BOU - N. GONZÁLEZ VIADA (Coords) *La protección...*op. cit., p. 139 e ss.

mentale dei soggetti che siano stati reclutati contrariamente alle prescrizioni del Protocollo. Importante è infine il dettato dell'articolo 5 dell'OPAC, che vieta l'interpretazione delle disposizioni del Protocollo in un senso tale da impedire «l'applicazione di disposizioni della legislazione di uno Stato parte, di strumenti internazionali e del diritto internazionale umanitario, più favorevoli alla realizzazione dei diritti del fanciullo».

II.3.-Meccanismi di controllo della Convenzione e dei Protocolli: il Comitato sui diritti del fanciullo

II.3.1.-Composizione e funzionamento

La seconda parte della Convenzione disciplina il funzionamento del Comitato sui diritti del bambino, preposto al controllo del livello di recepimento da parte degli Stati delle disposizioni della Convenzione. Quest'organo non risultava presente nei progetti iniziali della CRC: per la supervisione dell'adempimento era infatti prevista negli articoli XI e XII del progetto polacco del 1978[100] una procedura di controllo che implicava l'invio dei rapporti periodici all'ECOSOC, tramite il Segretario Generale delle Nazioni Unite. Il Consiglio economico e sociale avrebbe dovuto esaminare i rapporti per poi trasmetterli con le opportune osservazioni all'Assemblea Generale. Rispetto a tale previsione iniziale, in fase di lavori preparatori vennero avanzate varie critiche: emblematiche quelle della Norvegia[101] sull'opportunità e l'adeguatezza dell'ECOSOC nel valutare correttamente le questioni relative ai diritti dei minori, e dell'unione delle ONG[102], auspicanti la creazione di un apposito Comitato per espletare tale funzione. Ciò determinò la riforma degli articoli relativi all'organo di controllo, tradottasi nella presentazione nel 1986 da parte della Polonia di una nuova proposta implicante l'ausilio dell'ECOSOC da parte di un Gruppo di esperti aventi il compito di esaminare i rapporti e fornire al Consiglio economico e sociale un parere su di essi. Anche questa soluzione riscontrò varie critiche relative

[100] Vedasi il documento della Commissione dei diritti umani *E/CN.4/1292*, p. 125.
[101] Per tale critica e le proposte sull'organo di controllo, OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Legislative history…* cit,. Vol. II, p. 817 e ss.
[102] Ivi, p. 820.

alla composizione e modo di elezione di tale gruppo, reiterandosi la proposta di costituire un nuovo organo, indipendente e composto da soggetti non legati ai governi nazionali.

La versione definitiva della Convenzione rispecchiava quest'ultima proposta, essendo stato creato un apposito Comitato: unica questione ancora aperta, rimessa alla decisione dell'Assemblea Generale, concerneva le fonti di finanziamento dell'organo di controllo, discutendosi se queste dovessero provenire dagli Stati parti o dalle risorse delle Nazioni Unite. Quest'ultima opzione fu la prescelta, per far sì che il Comitato potesse godere di una più ampia indipendenza dagli Stati, evitando di veder sottomessa la sua sopravvivenza alle erogazioni da questi effettuate, che avrebbero potuto costituire un'utile mezzo di pressione per orientarne l'operato.

Gli articoli che si occupano della regolamentazione della sua composizione e delle funzioni sono il 42 fino al 45 della CRC: relativamente ad uno di essi, il 43, è stato adottato l'unico emendamento della Convenzione, per ampliare il numero dei componenti del Comitato a causa dell'incremento degli Stati parti, per far fronte adeguatamente all'incremento della mole di lavoro ed esercitare senza eccessivi ritardi le proprie funzioni.

Gli esperti di cui si compone ora il Comitato sono diciotto[103], eletti dai singoli Stati a scrutinio segreto. Tali elezioni si svolgono durante le riunioni convocate dal Segretario Generale delle Nazioni Unite, a cui deve precedere la redazione degli elenchi di candidati da sottoporre agli Stati durante la riunione, preparati in base ai nominativi di propri cittadini (uno per ogni Stato parte) che ogni Paese deve inviare al Segretario. Il *quorum* costitutivo delle riunioni è di due terzi degli Stati parti, mentre quello elettivo corrisponde alla maggioranza dei presenti e votanti. Requisito per poter essere nominato ed eletto è quello di essere contraddistinto da alta moralità e specifiche competenze in tema di minori. Ciascun membro del Comitato dura in carica quattro anni ed è rieleggibile. Nel caso in cui durante lo svolgimento del mandato si verifichi la morte o le dimissioni del soggetto eletto, o qualsiasi altra circostanza che impedisca la prosecuzione del mandato, sarà compito dello Stato che

[103] Anteriormente il numero era di dieci: con risoluzione 50/155 del 21 dicembre 1995, entrata in vigore il 18 novembre 2002, l'Assemblea Generale ha elevato tale numero. In http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm.

aveva avanzato la sua candidatura nominare un sostituto fino al termine del mandato iniziale.

Il Comitato si riunisce di regola ogni anno presso la sede delle Nazioni Unite o in altro luogo da esso stabilito, avvalendosi del personale messogli a disposizione dal Segretario Generale dell'ONU e seguendo il proprio regolamento interno. Le sessioni annuali sono generalmente tre, ciascuna della durata di tre settimane circa. La prima riunione fu celebrata nell'ottobre 1991, dopo lo svolgimento delle prime elezioni avvenute nei sei mesi successivi all'entrata in vigore della Convenzione.

La funzione primaria del Comitato consiste nel controllo dell'attuazione della Convenzione, principalmente attraverso la valutazione dei rapporti periodici che gli Stati parti sono tenuti ad inviare a tale organo per espressa previsione dell'articolo 44 della Convenzione. L'esame dei rapporti statali da parte del Comitato si traduce poi nella formulazione da parte di quest'ultimo delle Osservazioni conclusive, in cui vengono espresse le valutazioni sia positive che negative (queste ultime sotto forma di raccomandazioni) in merito alle attività svolte da parte dello Stato in questione per dare attuazione alla Convenzione. Gli atti che il Comitato può adottare non si riducono meramente alle Osservazioni conclusive, derivanti da un dialogo individuale con ogni singolo Stato, ma anche in altri documenti, così come nello svolgimento di ulteriori attività. Il Comitato infatti, oltre a svolgere una funzione di controllo, rappresenta anche il massimo interprete della Convenzione (e dei due Protocolli), e quindi l'organo più idoneo a specificare la reale portata di ogni sua disposizione. Per tale motivo, verranno esposte a continuazione le varie attività e i vari atti mediante i quali il Comitato adempie al suo mandato.

a) ***Osservazioni conclusive***

Un ruolo fondamentale viene rivestito dalle Osservazioni conclusive che il Comitato formula a ciascuno Stato parte in risposta ai rapporti periodici che questi presentano con una determinata cadenza, e in cui espongono il congiunto di misure interne da essi adottate per conformarsi alle prescrizioni della Convenzione. Per espressa previsione nell'articolo 44 CRC, ciascuno Stato parte è tenuto a far pervenire tali rapporti al Comitato tramite il Segretario Generale dell'ONU: il primo *report* deve presentarsi nei due anni successivi all'entrata in vigore della Convenzione per lo Stato in questione, mentre i rapporti successivi ogni cinque anni.

L'esistenza di previsione analoga nei due Protocolli opzionali (articolo 8 dell'OPAC e 12 dell'OPSC), estende il controllo del Comitato anche all'attuazione delle disposizioni in essi contenute. I rapporti relativi ai due Protocolli devono essere presentati con cadenze diverse, dipendendo dal fatto che lo Stato sia parte o meno della Convenzione: dopo un primo rapporto iniziale sul livello di attuazione del Protocollo, da presentarsi entro due anni dall'entrata in vigore di esso, i successivi verranno inclusi nei rapporti periodici inerenti alla Convenzione, se lo Stato in questione l'ha ratificata, oppure ogni cinque anni, se la ratifica è avvenuta solo per uno o entrambi i Protocolli, ma non per la Convenzione. Per facilitare la stesura dei rapporti, il Comitato ha adottato delle Linee guida per la redazione del rapporto iniziale sulla Convenzione, (a cui si è già fatto riferimento nell'esporre la parte sostanziale della CRC), dei rapporti periodici successivi[104] e per quelli sui Protocolli[105]. In esse viene richiesto che nel rapporto vengano enunciati i *fattori e le difficoltà incontrati dagli Stati, priorità di attuazione, specifici obiettivi per il futuro,* dati normativi e statistiche.

L'esame di tali rapporti da parte del Comitato e l'adozione delle relative Osservazioni conclusive avviene mediante lo svolgimento di una particolare procedura, attraverso cui s'instaura una proficua linea di dialogo con lo Stato in questione e che si articola in quattro fasi differenti: un esame sommario del rapporto da parte dei membri del Comitato, l'esposizione di esso in una sessione pubblica con i rappresentanti dello Stato in questione, la formulazione riservata delle Osservazioni conclusive e il cosiddetto *follow up,* che si traduce nell'attuazione delle raccomandazioni del Comitato a livello interno. La prima fase implica il compimento di un esame preliminare del rapporto statale da parte di un *working group* formato dai membri del Comitato, per delineare i temi che saranno oggetto di discussione nella fase pubblica (*List of issues*) con i rappresentanti dello Stato parte in questione. In tale prima fase, il Comitato è solito acquisire informazioni da altri organi delle Nazioni Unite (relazioni dello *Special Rapporteur on the sale of children, child*

[104] Cfr. COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD CRC/C/58/REV.2 del 29 novembre 2010 *Treaty-specific guidelines regarding the form and content of periodic reports to be submitted by States parties under article 44, paragraph 1 (b), of the Convention on the Rights of the Child,* che modifica le *General guidelines* del 29 novembre 2005 (CRC/C/58/Rev.1), a loro volta modificative delle iniziali adottate nel 1996.

[105] Le versioni aggiornate sono CRC/C/OPSC/2 del 3 novembre 2006 e CRC/C/OPAC/2 dell'8 novembre 2007.

prostitution and child pornography o dei Rappresentanti Speciali del Segretario Generale sul coinvolgimento dei bambini nei conflitti armati o sulla violenza contro i bambini), nonché delle ONG; importanti a tal fine sono le informazioni sullo stato di attuazione delle obbligazioni convenzionali nell'ordinamento interno trasmesse dalle ONG del Paese interessato attraverso i cosiddetti *supplementary reports*.

Fissata la data e le questioni su cui focalizzare l'attenzione si svolge quindi la seconda fase, concernente la discussione pubblica con lo Stato parte interessato. Dovuto al fatto che generalmente la discussione avviene in un momento abbastanza posteriore alla trasmissione del rapporto da esaminare, essa è solitamente preceduta dalla richiesta allo Stato parte di trasmettere informazioni integrative del rapporto, per esporre la situazione attualizzata del sistema normativo interno.

L'esposizione orale nella fase di discussione pubblica dovrà essere effettuata, secondo gli auspici del Comitato, da parte di rappresentanti dello Stato interessato che ricoprano funzioni di responsabilità governativa nell'ordinamento interno, in modo da poter consapevolmente riferire e recepire poi, mediante l'espletamento delle loro funzioni, le misure più idonee per incrementare il livello di conformazione[106].

Una volta terminata la discussione pubblica, a cui potrà far seguito la richiesta di ulteriori informazioni e approfondimenti allo Stato parte in questione, il Comitato si riunisce in seduta privata per adottare le Osservazioni conclusive, che saranno in seguito rese pubbliche. Seguirà poi l'ultima fase, del *follow up*, relativa alle attuazioni interne con cui lo Stato interessato darà seguito alle raccomandazioni contenute nelle Osservazioni conclusive. Tali atti del Comitato costituiscono quindi un utile strumento ai fini di orientare gli Stati verso le modalità più idonee per rendere effettivi a livello interno la Convenzione e i Protocolli, mediante l'instaurazione di un dialogo continuo e proficuo[107], permettendo inoltre agli Stati

---

[106] Il Comitato afferma tali auspici nel suo *Overview of the working methods of the Committee on the Rights of the Child*, in cui al punto B viene stabilito che «*For these reasons the Committee welcomes the representation of the State party to be a delegation with concrete involvement in strategic decisions relating to the rights of the child. When delegations are headed by someone with governmental responsibility, the discussions are likely to be more fruitful and have more impact on policy-making and implementation activities*». Il documento è reperibile al sito del Comitato sui diritti dell'infanzia in http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/workingmethods.htm, consultato in data 30 settembre 2013.

[107] Definito dalla dottrina «dialogo costruttivo strutturato», in quanto articolato in una serie ordinata di fasi sia a livello internazionale, mediante gli incontri del Comitato con lo Stato per l'esposizione del

parti, tramite i propri rappresentanti, di esprimere il proprio punto di vista sulle problematiche più rilevanti riscontrate in ambito interno nel dare attuazione ai vari diritti.

L'eccessiva mole di lavoro, dovuta al cospicuo numero di rapporti periodicamente pervenuti al Comitato, potrebbe vanificare l'utilità di tale dialogo, suscettibile di svolgersi in un momento eccessivamente posteriore al documento fatto pervenire dallo Stato parte e che non coincide pienamente, nonostante l'integrazione con informazioni aggiuntive, con l'ordinamento interno attuale. Per risolvere tale inconveniente e snellire il lavoro, il Comitato ha avanzato sin dal 2002, con raccomandazione CRC/C/118, la proposta di adottare la procedura delle due Camere: ciò implicherebbe l'articolazione dell'esame dei rapporti periodici da parte di una delle due sezioni separate del Comitato, ognuna composta da nove membri, in vista della formulazione delle Osservazioni conclusive da adottare in seduta plenaria. L'effettiva opportunità della procedura ha implicato la sua approvazione da parte dell'Assemblea Generale con la risoluzione 59/261 del 23 dicembre 2004; l'esito positivo della messa in pratica del sistema delle due camere per smaltire parte del lavoro arretrato ne ha poi permesso il ripristino con risoluzione 63/244 del 24 dicembre 2008, in seguito a richiesta avanzata dal Presidente del Comitato infanzia. La valutazione dell'efficienza della procedura, che ha spinto l'Assemblea Generale a confermarla nuovamente nel 2009 è stata possibile anche grazie a quei rapporti con cadenza biennale che il Comitato invia all'Assemblea a norma del quinto comma dell'articolo 44 CRC, per fornire un resoconto delle attività effettuate.

Seguendo le raccomandazioni contenute nelle Osservazioni conclusive ad esse indirizzate, sia la Spagna che l'Italia hanno varato riforme ai propri sistemi normativi, ratificato trattati internazionali ed adottato ulteriori misure. Le Osservazioni conclusive destinate ai due ordinamenti verranno esaminate al termine del presente capitolo, mentre le misure specifiche adottate saranno oggetto dei due capitoli successivi.

---

rapporto, sia a livello interno, successivo, attraverso le quali s'instaura una linea di contatto tra il Comitato e lo Stato parte interessato, rendendo possibile lo scambio di opinioni, al fine di avanzare nel livello di attuazione della Convenzione. Si veda C. CARLETTI e E. M. LE FEVRE CERVINI *La protezione dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza: il quadro normativo internazionale,* in M. BOVA *[et al.]*, C. CARLETTI (a cura di) *Promozione…*cit., p. 33.

b) Giornate di discussione; Commenti generali

La funzione di monitoraggio della Convenzione e le relative Osservazioni in cui si traduce, non sono le uniche forme di azione da parte del Comitato. In primo luogo gli Stati parti non sono gli unici soggetti con cui può instaurare una linea di dialogo. Per espressa previsione dell'articolo 45 della Convenzione, è possibile infatti che l'organo di controllo instauri per varie ragioni una collaborazione con vari soggetti: organi delle Nazioni Unite, con una menzione espressa del Fondo delle Nazioni Unite per l'Infanzia, ONG ed istituzioni specializzate. Ad essi il Comitato può richiedere una collaborazione costruttiva che si traduce ad esempio nell'invio di rapporti periodici di valutazione dello stato di attuazione della Convenzione nei settori di loro competenza, o nella risoluzione di problematiche di origine tecnica negli ambiti di cui tali soggetti si occupano, a seguito di richieste avanzate dagli Stati parti. A norma della lettera *c)* dello stesso articolo, il Comitato può inoltre sollecitare l'Assemblea Generale affinché richieda al Segretario di avviare degli studi rispetto a problematiche che riguardino i minori: ne è un perfetto esempio lo studio approfondito promosso dal Segretario nel 1993 sul coinvolgimento dei bambini nei conflitti armati, da cui è poi scaturito il relativo Protocollo. Il Comitato può inoltre richiedere pareri durante la prima fase relativa all'esame dei rapporti periodici presentati.

Le informazioni ricevute possono implicare ulteriori attività, come lo svolgimento di giornate tematiche di discussione su temi scottanti, seminari e quant'altro, che possono tradursi a loro volta in atti di natura differente. Tra questi, i più importanti sono senza dubbio i Commenti generali (per comodità stilistica C.g.), indirizzati a tutti gli Stati parti e in cui viene solitamente approfondita la portata degli articoli più problematici o di cui si necessiti l'attuazione. Rivestono particolare importanza i due recenti Commenti che chiariscono la portata di due princìpi fondamentali, il diritto del bambino di essere ascoltato (C.g. n. 12), e il concetto del superiore interesse del minore (C.g. n.14); rilevante è inoltre il n. 5 sulle misure generali di attuazione degli articoli 4, 42 e 44 CRC[108]. In merito ai singoli articoli e

[108] COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *General Comment No. 12…*cit.; Id. *General Comment No. 14: The right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1),* CRC/C/GC/14, 2013; Id. *General Comment No. 5*..cit..

relativi diritti di cui si è chiarita la portata, è possibile annoverare il diritto all'educazione (C.g. n.1), che chiarisce soprattutto la portata dell'articolo 29 della Convenzione, i diritti dei minori stranieri separati dalle famiglie e non accompagnati (C.g. n. 6), la tematica dei maltrattamenti e delle punizioni corporali (C.g. n.8), che si collega ai maltrattamenti previsti dall'articolo 19 (C.g. n.13), i diritti dei bambini disabili (C.g. n. 9), il problema della giustizia minorile (C.g. n.10), dei bambini indigeni (C.g. n. 11), e il diritto al giuoco (C.g. n.17)[109]. Il tema del diritto alla salute relazionato con altri articoli della Convenzione, soprattutto quelli relativi ai princìpi generali, viene invece affrontato nei Commenti n. 3 e 4 e 15[110]: in tema di HIV il primo, sulla salute degli adolescenti il secondo e sul godimento degli standard di salute il più elevati possibile l'ultimo dei tre. Il Commento generale n.16 analizza infine le obbligazioni statali relazionate con l'impatto del settore economico sui bambini[111].

Attraverso i Commenti generali, il Comitato assume realmente la veste di interprete della Convenzione, chiarendo il significato e le implicazioni che a livello materiale comportano alcuni articoli. L'adozione di tali atti può derivare sia da una necessità valutata dal Comitato stesso, anche a seguito di specifiche giornate tematiche, sia da richieste avanzate dagli Stati parti.

Di notevole importanza risulta poi il Commento generale n. 2[112], attraverso cui il Comitato sottolinea il ruolo chiave che svolgono le istituzioni nazionali indipendenti per i diritti umani per poter garantire la tutela e l'attuazione dei diritti dell'infanzia. La loro instaurazione negli ordinamenti interni rientra infatti tra le più ampie misure, tra quelle necessarie, che l'articolo 4 della Convenzione menziona e richiede agli

---

[109] Id., *General Comment No. 1*…cit.;Id. *General Comment No. 6: Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin*, CRC/GC/2005/6, 2005; Id. *General Comment No. 8: The right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment*, CRC/C/GC/8, 2006; Id. *General Comment No. 13: The right of the child to freedom from all forms of violence*, CRC/C/GC/13, 2011; Id. *General Comment No. 9: The rights of children with disabilities*, CRC/C/GC/9, 2006; Id. *General Comment No. 10: Children's rights in Juvenile Justice*, CRC/C/GC/10, 2007; Id. *General Comment No. 11: Indigenous children and their rights under the Convention*, CRC/C/GC/11, 2009; Id. *General Comment No. 17: The right of the child to rest, leisure, play, recreational activities, cultural life and the arts*, CRC/C/GC/17, *2013*.

[110]Id. *General Comment No. 3: HIV/AIDS and the rights of the child*, CRC/GC/2003/1, 2003; Id. *General Comment No. 4: Adolescent Health*, CRC/GC/2003/4, 2003; Id. *The right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health (Article. 24)*, CRC/C/GC/15, 2013..

[111] Id., *General Comment No. 16: On State obligations regarding the impact of the business sector on children's rights*, CRC/C/GC/16, 2013.

[112] COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment No. 2: The role of independent human rights institutions*, CRC/GC/2002/2, 2002.

Stati per dare attuazione ai diritti riconosciuti ai bambini. Per facilitare la loro creazione e la struttura da attribuirgli, il Comitato menziona poi i Princìpi di Parigi[113], in cui vengono stabiliti i criteri minimi a cui devono conformarsi tali tipi di istituzioni, nonché le competenze minime che dovrebbero avere per poter essere considerate un valido ausilio per la protezione dei bambini, non mancando poi di sottolineare il rilievo della cooperazione internazionale che si traduce nella necessità di instaurare reti di comunicazione tra tali istituzioni nazionali, così come con altri soggetti di diritto internazionale e con gli organi delle Nazioni Unite. Il paragrafo 22 del Commento[114] auspica ad esempio la collaborazione delle istituzioni nazionali per i diritti umani nelle procedure speciali avviate dalla Commissione (oggi Consiglio, come abbiamo visto) per i diritti umani, come la missione tematica contro la vendita, prostituzione infantile e utilizzo dei bambini nella pornografia, esaminata nel capitolo anteriore. Ulteriori riferimenti alle previsioni del Commento verranno effettuate al momento di analizzare le due istituzioni nazionali indipendenti instaurate dall'Italia e dalla Spagna e che rivestono un ruolo chiave, anche se con struttura diversa, nella tutela dei minori.

c) Verso un nuovo e più pregnante meccanismo di controllo: il Protocollo opzionale sulle procedure di comunicazione

Un meritato, anche se breve accenno deve essere opportunamente effettuato rispetto al nuovo, terzo Protocollo (OPCP) aperto alla firma degli Stati nel 2012[115] ma non ancora entrato in vigore, mediante il quale si attribuirebbero maggiori poteri al Comitato sui diritti dell'infanzia, permettendogli di svolgere quelle procedure di controllo sulla base di segnalazioni pervenute dai singoli individui (*individual communications*, articoli 5-11 OPCP), dagli Stati parti (*inter-State communications*, articolo 12) o avviate d'ufficio (*inquiry procedure for grave or systematic violations*, articolo 13 e ss. OPCP) nei confronti di presunte violazioni, ad opera di uno Stato parte, delle disposizioni della Convenzione o dei Protocolli. Un simile meccanismo, che assimilerebbe il Comitato sui diritti dell'infanzia agli altri *treaty bodies* già dotati

[113] *Infra*, Cap. III, III.3.1.
[114] COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment No. 2*..cit., p. 14.
[115] Con risoluzione dell'Assemblea Generale 66/138 del 19 dicembre 2011 e aperto alla firma il 28 febbraio 2012.

di tali competenze, sarebbe rilevante in quanto permetterebbe anche ai bambini di poter denunciare le violazioni di cui siano vittime direttamente al Comitato. Per tale motivo si auspica la sua entrata in vigore, che avverrebbe, stando all'articolo 19 del Protocollo, decorsi tre mesi dalla data del deposito della decima ratifica[116].

II.3.2.-Il Comitato e l'Italia. Le Osservazioni conclusive

È giunto il momento di esaminare le Osservazioni specifiche del Comitato all'Italia e alla Spagna, iniziando da quelle formulate in seguito alla presentazione dei rapporti periodici da parte del primo dei due Paesi menzionati. Avendo l'Italia ratificato sia la Convenzione che i Protocolli, i rapporti inviati illustrano il grado di adeguamento interno alle disposizioni previste nei tre strumenti di diritto internazionale pattizio. Il rapporto iniziale sulla Convenzione, che doveva essere presentato il 4 ottobre 1993, è stato presentato l'11 ottobre 1994; il secondo, previsto per il 4 ottobre 1998 è avvenuto invece il 21 marzo del 2000, mentre il terzo ed il quarto, per evitare ulteriori ritardi, sono stati presentati congiuntamente il 30 gennaio 2009[117]. Relativamente ai rapporti iniziali rispetto ai Protocolli, l'Italia ha presentato quello relativo all'OPAC[118] il 14 luglio 2005, mentre quello sull' OPSC[119] è avvenuto il giorno successivo. A norma degli articoli 8 e 12 dei rispettivi Protocolli, i rapporti successivi sono stati inclusi in quello periodico sulla Convenzione.

Sin dalle prime Osservazioni conclusive del 1995[120], formulate rispetto al rapporto iniziale sulla Convenzione, il Comitato apprezza da parte dell'Italia il

---

[116] Ad oggi il Protocollo è stato ratificato solo da otto Paesi, di cui sei ne sono stati anche i firmatari. Essi sono: Albania (29 maggio 2013); Germania (28 febbraio 2013); Montenegro (24 settembre 2013), Portogallo(24 settembre 2013), Spagna (2 giugno 2013), e Tailandia (25 settembre 2012); la Bolivia e il Gabon non hanno partecipato alla fase preparatoria, ma hanno aderito al Protocollo (la Bolivia il 2 aprile 2013 mentre il Gabon il 25 settembre 2012). Si veda il sito dell'ONU http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11-d&chapter=4&lang=en, consultato il 30 settembre 2013.

[117] I tre rapport periodici sono rispettivamente: *Initial report of States parties due in 1993, Italy*, CRC/C/8/Add.18, 1994; *Periodic reports of States parties due in 1998, Italy* CRC/C/70/Add.13, 2000; *Periodic reports of States parties due in 2008, Italy* CRC/C/ITA/3-4, 2009 .

[118] *Reports submitted by states parties under article 8 of the optional Protocol to the Convention on the rights of the child on the involvement of children in armed conflict, initial reports of states parties due in 2004, Italy*, CRC/C/OPAC/ITA/1, 2005.

[119] *Reports submitted by states parties under article 12 (1) of the optional Protocol to the Convention on the rights of the child on the sale of children, child prostitution and child pornography initial reports of states parties due in 2004, Italy*, CRC/C/OPSA/ITA/1, 2005.

[120] COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding Observations: Italy*, CRC/C/15/Add.41, 1995.

carattere di normativa *self executing* che viene riconosciuto alla Convenzione nell'ordinamento interno, tradottosi nella diretta invocazione delle sue disposizioni dinanzi agli organi giudiziari nazionali, nonché nella supremazia attribuita ai princìpi sui diritti umani internazionalmente garantiti, qualora essi entrino in conflitto con la normativa interna.

Un'attenta lettura delle Osservazioni adottate dal Comitato in risposta ai rapporti italiani[121], permette di valutare l'evoluzione dell'ordinamento interno su alcuni determinati aspetti normativi e il mantenimento di alcune gravi lacune, nonostante le ripetute raccomandazioni del Comitato. Alcuni aspetti verranno esaminati in questo capitolo; altri, che permettono di effettuare una comparazione con l'ordinamento spagnolo, in quanto avvenuti anche in quest'ultimo Paese, saranno oggetto di un'analisi più approfondita nel capitolo seguente.

Il primo aspetto su cui vertono le Osservazioni conclusive riguarda la partecipazione dell'Italia ad importanti trattati internazionali: nelle Osservazioni del 2003 il Comitato elogia la ratifica, auspicata nel 1995, della Convenzione dell'Aja relativa alle adozioni internazionali nonché della Convenzione ILO n.182. Lamenta invece nelle Osservazioni più recenti una particolare inerzia nel ratificare altri strumenti pattizi, seppur di rilevante importanza, quali la Convenzione internazionale contro le sparizioni forzate, la Convenzione sui figli nati fuori dal matrimonio, il Protocollo opzionale ai Patti internazionali sui diritti economici, sociali e culturali, nonché la Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e le loro famiglie.[122]

Relativamente agli organi nazionali creati al fine di rafforzare il coordinamento tra le azioni interne destinate alla protezione dei minori, viene esaltata con particolare favore, sia nelle Osservazioni del 2011 che in quelle in risposta al primo rapporto inviato rispetto all'OPSC, la creazione del Comitato Interministeriale di

[121] Id., *Concluding…*cit., 1995; Id. *Concluding Observations: Italy*, CRC/C/15/Add.198, 2003; Id. *Concluding Observations: Italy*, CRC/C/OPSC/ITA/CO/1, 21 giugno 2006; Id. *Concluding Observations: Italy*, CRC/C/OPAC/ITA/CO/1, 23 giugno 2006; Id. *Concluding Observations: Italy*, CRC/C/ITA/CO/3-4, 2011.

[122] Dalle Osservazioni del 2011, l'Italia non si è ancora adeguata: tali convenzioni non sono state ancora ratificate, come si evidenzia in http://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=en (sezione dell?ONU dedicata allo stato ratifiche dei trattati adottati) e http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?CM=8&CL=ENG (sezione del Consiglio d'Europa dedicata allo stato ratifiche dei trattati adottati) dove è possibile consultare lo stato di ratifica di ogni Convenzione, consultato il 30 settembre 2013.

Coordinamento per la Lotta alla Pedofilia, (CICLOPE) nel 2002, l'Osservatorio per il contrasto della pedofilia e pornografia minorile, il Centro Nazionale per la lotta alla pornografia minorile in Internet, nonché l'Osservatorio sulla Prostituzione e sui fenomeni ad essa connessi. Nonostante la creazione di tali organi, volti specialmente a coordinare la repressione delle attività suscettibili di responsabilità penale, viene evidenziata nelle ultime Osservazioni la perdurante mancanza di quel coordinamento necessario tra i vari soggetti, sia a livello nazionale che locale: apprezzabile può dirsi la creazione di un Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza, inizialmente a livello regionale, per promuovere tale coordinamento. Il Comitato ritiene particolarmente favorevole l'instaurazione del Garante nazionale per l'Infanzia e l'Adolescenza, di recentissima creazione rispetto alle Osservazioni del 2011[123], per livellare le disparità di protezione dei minori nelle varie regioni italiane, auspicando che venga dotato delle infrastrutture, personale e finanziamenti necessari a garantire il corretto svolgimento delle funzioni attribuitegli.

Nelle Osservazioni conclusive formulate sia all'Italia che alla Spagna, viene riscontrata un'identica evoluzione riguardo ai problemi più preoccupanti sul versante della salute, come si vedrà anche nel paragrafo seguente: rispetto al primo ordinamento, dopo una constatazione positiva espressa da parte del Comitato sulla riduzione della mortalità dei neonati, nelle Osservazioni del 2003 si evidenzia la nuova problematica dei disordini psicologici degli adolescenti e delle sempre più diffuse gravidanze in età adolescenziale, da dover tenere sotto controllo mediante una più intensa educazione sessuale nelle scuole, fino al più sentito problema dell'elevato consumo tra i giovani di droga e tabacco, espresso nelle Osservazioni più recenti[124].

I princìpi fondamentali della Convenzione, in particolar modo il principio di non discriminazione, l'interesse superiore del minore e il diritto di questi di essere ascoltato nelle questioni che lo riguardano, non vengono ancora considerati pienamente attuati nell'ordinamento italiano. Fin dalle prime Osservazioni veniva lamentata infatti l'esistenza di rilevanti disparità di trattamento tra bambini in

[123] L'Autorità Garante per l'Infanzia e per l'Adolescenza è stata infatti istituita con la legge del 12 luglio 2011, n. 112. Per gli apprezzamenti del Comitato infanzia, cfr. COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding Observations…*cit. 2011, p. 3, par. 12.
[124] COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding…*cit., 2003, p. 11, par. 39 e ss.; Id. *Concluding Observations…*cit. 2011, p. 13, par. 53-54.

determinate condizioni: disabili, figli naturali, provenienti da famiglie povere o appartenenti a determinate etnie. Nonostante alcune forme di contrasto contro tali discriminazioni, nel 2011 viene ulteriormente raccomandato un maggiore impegno per contrastare il razzismo, ma soprattutto riconoscere l'uguaglianza giuridica tra i figli legittimi e i nati fuori dal matrimonio. Su quest'ultimo tema l'Italia ha parzialmente recepito le raccomandazioni del Comitato: sebbene non sia stata ancora ratificata la Convenzione del Consiglio d'Europa sullo statuto giuridico dei figli nati fuori dal matrimonio[125], è stata finalmente promulgata nel 2012 una legge che determina la piena equiparazione tra i figli legittimi e naturali. Di essa si farà menzione nel prossimo capitolo, nell'esaminare una sentenza della giurisprudenza italiana che si relaziona con tale tema congiuntamente alla questione della concezione del diritto del minore ad essere ascoltato, che diviene grazie a tale legge un vero e proprio diritto generale in materia civile, facendosi riferimento ad ogni questione che lo riguardi.

Oggetto anche della missione tematica svolta dal Consiglio dei diritti umani, esaminata nel capitolo anteriore, il tema della prostituzione, della pornografia minorile e in generale degli abusi praticati sui minori di età è una questione di particolare preoccupazione da parte del Comitato. Relativamente a tale deplorevole tema, l'Italia ha adottato cospicue misure per debellare tali fenomeni introducendo una normativa progressivamente più restrittiva, che ha permesso allo stato attuale di creare un sistema penale articolato, conformandosi non solo alla Convenzione del 1989 e al relativo Protocollo, ma anche alla normativa più recente, appartenente specialmente alla dimensione europea, come si vedrà capitolo seguente. La particolare attenzione riguardo lo sfruttamento sessuale dei minori e le violenze a sfondo sessuale da essi subìte, necessitano una specifica trattazione, dovuto al fatto che le stesse problematiche e i tentativi di contrastare quanto più possibile il fenomeno hanno implicato anche un cospicuo numero di riforme in ambito spagnolo. Partendo quindi da una valutazione sulla comunanza o meno delle basi giuridiche internazionali, sarà possibile porre in evidenza il grado di adeguamento che ognuno dei due Paesi ha portato a termine.

[125]Convenzione europea *sullo statuto giuridico dei figli nati fuori matrimonio*, adottata a Strasburgo il 15 ottobre 1975; si veda anche COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding Observations…*cit. 2011, p. 6, par. 24 e ss.

Solo una breve menzione, a causa della maggior dimensione che implicherebbe la trattazione adeguata del tema, merita la questione delle adozioni, disciplinate in primo luogo dalla legge del 4 maggio 1983, n.184 così come riformata dalla legge del 28 marzo 2001, n.149: una lettura congiunta delle Osservazioni del 2003 e del 2011 permette di evidenziare le problematiche che ad opinione del Comitato non sono state ancora adeguatamente affrontate. In primo luogo, il Comitato pone l'accento sulla necessità che lo Stato italiano attui una politica preventiva nei confronti delle famiglie a rischio, mediante un sistema di aiuti che permettano ad esse di crescere la prole, prevenendo le situazioni di abbandono che potrebbero degenerare poi in un distacco dal nucleo d'origine. Nei casi in cui questo si verifichi, viene richiesto un maggior impegno nel prevedere sistemi alternativi che, per rispondere più adeguatamente a quel *best interest* del minore che deve servire da parametro essenziale in ogni procedimento che lo riguardi, permettano un più agevole e rapido collocamento del minore in veri nuclei familiari, rispetto alla sua permanenza in centri istituzionali. Per ciò che concerne le adozioni internazionali, il Comitato auspica la stipulazione di accordi bilaterali tra l'Italia e i Paesi in cui non sia stata ancora ratificata la Convenzione dell'Aja[126] e, per dare attuazione a quest'ultima, prevedere un sistema di più adeguati controlli per evitare che tali tipi di adozioni possano costituire fonte di proventi in favore dei soggetti che intervengano in esse.

Un ulteriore, rilevante problema concerne la situazione dei bambini stranieri non accompagnati, il cui fenomeno è negli ultimi tempi presente in entrambi gli Stati da esaminati. Prima di analizzare le problematiche ad essi connesse, occorre effettuare un seppur breve riferimento a cosa s'intende utilizzando tale denominazione. A ciò risulta utile il Commento generale n. 6 del Comitato che definisce minori non accompagnati quei «bambini […] che sono stati separati da entrambi i genitori o da altri parenti, e che sono privi delle cure di un adulto, che per legge o per consuetudine, ha tale responsabilità», e che si differenziano dai minori separati dalla propria famiglia, intendendosi invece con tale termine i «bambini […] che sono stati

[126] Convenzione *sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale*, L'Aja, 29 maggio 1993, in vigore dall'1 maggio 1995. Ratificata dall'Italia con legge del 31 dicembre 1998, n.476 (in G.U. 12 gennaio 1999, n.8), in vigore dal 27 gennaio 1999. Per le raccomandazioni del Comitato, cfr. COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding…*cit., 2003, p. 9, par. 33 e ss.; Id. *Concluding Observations…*cit. 2011, p. 10, par. 41-42.

separati da entrambi i genitori o dagli adulti che, per legge o per consuetudine, si sono presi cura di loro, ma non necessariamente da altri parenti. Perciò potrebbero essere bambini accompagnati da altri membri adulti della famiglia»[127]. Costituiscono causa di tale distacco la possibile persecuzione del minore o della propria famiglia, la necessità di una migliore possibilità di sostentamento in territorio estero, l'essere stati oggetto di vendita o di reclutamento militare. In aggiunta a tale situazione di particolare disagio, essi si trovano in un Paese distinto da quello di origine o, se apolidi, da quello abituale di residenza.

Da quanto emerge dalla Convenzione, gli Stati parti hanno l'obbligo di assicurare anche a tali bambini i diritti che in essa si affermano, alla luce dei princìpi fondamentali, quali la non discriminazione garantita dall'articolo 2 della CRC, e l'interesse superiore del minore. Quest'ultimo deve necessariamente tradursi, per quanto concerne la situazione particolarmente delicata in cui si situano tali bambini, nell'adottare tutte le misure possibili a far sì che in primo luogo possa essere effettuato il loro ricongiungimento con la famiglia d'origine; quando ciò non sia possibile, dovendosi valutare attentamente se il rimpatrio implichi per il minore possibili persecuzioni o altri seri rischi di danno irreparabile, il bambino dovrà essere considerato come qualsiasi altro minore in situazione di impossibilità temporanea o definitiva di ricongiungimento familiare, e quindi suscettibile di usufruire di quegli istituti giuridici quali l'affidamento o l'adozione nello Stato di accoglienza. Ad ogni modo, nel valutare la scelta migliore per il minore, sarà necessario tenere in considerazione le sue opinioni e far in modo di garantire, fin quando ogni procedimento adottato nei suoi confronti non sia giunto al termine, che questi goda della protezione necessaria da eventuali rischi a cui potrebbe essere esposto. Con ciò si fa riferimento a quell'ampia gamma di situazioni di rischio come delinquenza, salute, abusi sessuali e sfruttamento economico in generale.

Tra i minori stranieri non accompagnati esiste poi una speciale categoria di essi, quali sono i bambini che godono dello *status* di rifugiati e nei cui confronti può essere perciò avviato un procedimento per la concessione di asilo politico. Il Commento generale n. 6 fa riferimento alla Convenzione sui rifugiati del 1951[128] per

[127] COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment No. 6*..cit.,p. 9 e ss.
[128] Convenzione *sullo status dei rifugiati* , Ginevra, 28 luglio 1951.

determinare in quali casi sia possibile concedere tale *status*: per espressa previsione dell'articolo 1A(2) della Convenzione esso si applica a chiunque «nel giustificato timore d'essere perseguitato per la sua razza, la sua religione, la sua cittadinanza, la sua appartenenza a un determinato gruppo sociale o le sue opinioni politiche, si trova fuori dello Stato di cui possiede la cittadinanza e non può o, per tale timore, non vuole domandare la protezione di detto Stato; oppure a chiunque, essendo apolide e trovandosi fuori dei suo Stato di domicilio in seguito a tali avvenimenti, non può o, per il timore sopra indicato, non vuole ritornarvi»[129]. In relazione poi alla valutazione dello condizione di rifugiato di un minorenne, il Comitato avverte come sia necessario tenere in considerazione anche le peculiari forme di persecuzione a cui questo può andare incontro, quali lo sfruttamento a fini economici o sessuali o le mutilazioni genitali femminili[130].

In riferimento alla situazione italiana riguardo ai minori non accompagnati (sia nazionali che stranieri), il Comitato rileva l'assenza di adeguati centri di accoglienza per tali categorie di bambini, specialmente nel caso che necessitino particolari cure riabilitative per essere stati vittime di abusi od oggetto di vendita, così come di idonee misure di monitoraggio delle condizioni di soggiorno in centri di accoglienza, presso famiglie affidatarie o adottive e, nei casi di minori stranieri non accompagnati di cui sia stato effettuato il rimpatrio, dei seguiti a cui tale rimpatrio abbia dato luogo.

Il Comitato esalta inoltre la necessità di emendare la normativa italiana in tema d'immigrazione per rendere esplicito il diritto al ricongiungimento familiare. In tema di bambini stranieri con circostanze tali da potersi veder concesso asilo politico, viene evidenziata la mancanza attuale di una procedura omogenea a livello nazionale, suscettibile di essere applicata[131]. Come soluzione auspicata, oltre all'adeguamento normativo, viene raccomandata l'instaurazione di un'Autorità nazionale destinata a vigilare la situazione e le condizioni dei minori stranieri non accompagnati. Tale ruolo è stato nella pratica svolto dall'Autorità garante per l'Infanzia e dell'Adolescenza, nonché da parte dei suoi precursori regionali, mediante alcune apprezzabili iniziative. Di esse si parlerà nel prossimo capitolo,

[129] Cfr. COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment No. 6*..cit., p. 29 e ss.
[130] *Ivi*, p. 32.
[131] COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding Observations…*cit. 2011, p. 15, par. 62 e ss.

sebbene in maniera solo accennata per quanto concerne il ruolo del Garante Nazionale, avendo questi solo recentemente avviato una reale attività sostanziale.

Tale Autorità ha dato seguito anche ad una particolare raccomandazione del Comitato relativa al sistema di giustizia giovanile, avendo svolto visite periodiche presso i centri penitenziari giovanili, per valutarne le condizioni strutturali e il trattamento dei minori reclusi. Anche per tali esiti occorre però attendere le future relazioni ed ulteriori documenti espositivi circa i risultati ottenuti.

Infine, ultimo tema da dover considerare concerne il coinvolgimento dei minori nei conflitti armati. Sin dal 2005, anno delle Osservazioni conclusive in risposta al rapporto italiano sull'OPAC, viene accolta favorevolmente la legge dell'8 gennaio 2001, n.2 che proibisce espressamente il reclutamento di minori di diciotto anni. Relativamente all'arruolamento volontario, conformemente a quanto stabilito dall'articolo 3 dell'OPAC, l'Italia ha adottato una dichiarazione vincolante in cui stabilisce che l'età minima per tale arruolamento è diciassette anni. La legge del 2/2001 è stata abrogata dal dlgs.15 marzo 2010, n.66 (Codice dell'ordinamento militare) che prevede ora la possibilità di accedere dai 17 anni all'Accademia Militare, e dai 18 per l'arruolamento volontario in ferma prefissata di un anno. Viene inoltre riconosciuto con particolare favore la messa in atto di un piano nazionale che investe anche il coinvolgimento dei minori nei conflitti armati, sulla scia del documento *A world fit for children* dell'Assemblea Generale. Ciononostante, il Comitato lamenta l'assenza di alcune necessarie previsioni per fornire adeguata protezione ai minori dal coinvolgimento nei conflitti armati, quali la mancanza di una definizione del concetto di "partecipazione diretta", di un'espressa previsione di responsabilità penale per chi recluti soggetti al di sotto dell'età minima prevista e, contrariamente alla Spagna, di un adeguato insegnamento dei diritti umani e del diritto umanitario nelle scuole militari italiane. Il Comitato invita inoltre ad emendare la dichiarazione italiana all'OPAC, elevando l'età minima per l'arruolamento volontario a diciotto anni[132].

[132] Cfr. COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding Observations: Italy*, CRC/C/OPAC…cit; Id. *Concluding Observations…*cit. 2011, p. 17, par. 70 e ss.

II.3.3.-Il Comitato e la Spagna. Le Osservazioni conclusive

Analogamente all'Italia, lo Stato spagnolo ha presentato cinque rapporti periodici al Comitato: il primo, per esporre l'adeguamento alla Convenzione, risale al 1993, il secondo al 1999 e il terzo e il quarto, presentati congiuntamente a causa del grave ritardo, al 2008[133]. Rispetto ai due Protocolli, i due rapporti iniziali sono stati presentati con notevole ritardo, in quanto nonostante la Spagna sia stato uno dei primi Paesi a ratificarli, ha presentato il rapporto iniziale solo nel 2006[134]. A norma degli articoli 8 e 12 dell'OPAC e dell'OPSC, le successive esposizioni riguardanti i Protocolli saranno annesse al rapporto relativo alla Convenzione.

Il Comitato, esaminati i relativi documenti con la procedura anteriormente esposta, ha delineato un determinato grado di adattamento a quanto prescritto da Convenzione e Protocolli. Così come in Italia, viene valutata con particolare favore la considerazione dei trattati internazionali e dei princìpi in essi affermati come normativa incorporata all'ordinamento nazionale, con la possibilità di essere invocata direttamente davanti agli organi giudiziari. Nelle Osservazioni del 2010[135] il Comitato constata con favore l'insediamento del principio del superiore interesse del minore nell'ordinamento spagnolo, abitualmente invocato dalle corti giudiziarie e radicato nella normativa interna, grazie specialmente alla promulgazione della *Ley Orgánica* (L.O.) del 15 gennaio 1996, n.1, di cui si parlerà più avanti[136]. Può dirsi intanto che nonostante l'opinione positiva del Comitato rispetto a tale normativa, viene osservata la mancanza di un'effettiva definizione di "interesse superiore del minore" e dei criteri per determinarlo, in modo tale che nella pratica si sono verificate ampie disparità nelle Comunità Autonome sul significato da attribuire a tale concetto.

---

[133] Rispettivamente: *Initial report of States parties due in 1993, Spain,* CRC/C/8/Add.6 del 26 ottobre 1993; *Periodic reports of States parties due in 1998, Spain,* CRC/C/70/Add.9 dell'1 giugno 1999; *Periodic reports of States parties due in 2008, Spain,* CRC/C/ESP/3-4 del 30 maggio 2008.

[134] *Reports submitted by states parties under article 12 (1) of the optional Protocol to the Convention on the rights of the child on the sale of children, child prostitution and child pornography initial reports of states parties due in 2004, Spain,* CRC/C/OPSC/ESP/1 del 5 ottobre 2006; *Reports submitted by states parties under article 8 of the optional Protocol to the Convention on the rights of the child on the involvement of children in armed conflict, initial reports of states parties due in 2004, Spain,* CRC/C/OPAC/ESP/1 del 5 ottobre 2006.

[135] COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding Observations: Spain,* CRC/C/ESP/CO/3-4, 2010..

[136] *Infra,* Cap. IV, IV.2.1.

Analogamente all'Italia, viene auspicata poi la ratifica di alcune convenzioni internazionali: dopo un primo auspicio rispetto alla Convenzione internazionale dell'Aja del 1993 sulle adozioni internazionali, e alla n.182 dell'OIL, poi seguito dalle relative ratifiche, viene reiterato nel 2010 l'invito a ratificare la Convenzione sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e le loro famiglie, invito a cui la Spagna non ha ancora dato seguito. Al contrario, ha ratificato la Convenzione sulla lotta contro la tratta di esseri umani[137], seguendo quanto richiesto nelle Osservazioni rispetto al rapporto sull'OPSC[138]. Nelle Osservazioni del 2002 viene inoltre messo in rilievo come la Spagna, oltre ad essere stato il primo Paese europeo a ratificare i due Protocolli opzionali alla Convenzione, si sia distinta anche nell'attuazione del programma per l'eliminazione del lavoro minorile (IPEC) portato avanti nel 2000-2001, essendo risultata il terzo Stato donatore di fondi per progredire nella causa[139].

Rispetto agli organi centrali e periferici introdotti nel sistema spagnolo, vengono menzionati l'*Observatorio de los Derechos del Niño* (che assieme alla *Conferencia Sectorial de Asuntos Sociales* costituisce un importante mezzo di coordinazione tra gli organi centrali ed autonomici), nonché dipartimenti ed uffici specifici nelle singole Comunità, come il *Consejo andaluz de Asuntos de Menores*, la *Oficina* de *Defensa de los Derechos del Menor* nelle Isole Baleari e l'*Instituto del Menor y la familia* di Madrid.

Oltre a ciò, anche la Spagna vanta un'Autorità posta a garanzia dei diritti fondamentali, il *Defensor del Pueblo,* e i corrispondenti Garanti a livello delle singole Comunità, profondamente radicati ed operativi nell'ordinamento spagnolo. Attraverso le procedure svolte e, soprattutto, le relazioni indirizzate agli organi legislativi, i vari *Defensores* evidenziano di volta in volta i problemi che necessitano di una più rapida soluzione: quelli in materia di minori emergenti dalle ultime relazioni sono stati già oggetto di attenzione da parte del Comitato nelle Osservazioni del 2010[140].

---

[137] Con entrata in vigore il 1 agosto 2009. In: http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=197&CM=1&DF=&CL=ITA

[138] COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding Observations: Spain,* CRC/C/OPSC/ESP/CO/1, 2007.

[139] Id. *Concluding Observations: Spain,* CRC/C/15/Add.185, 2002, p. 2, par. 9-10.

[140] Cfr. COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding…2010,* cit., pp. 7 e ss. Si veda anche *infra,* Cap. IV, IV. 3. 4.

Come precedentemente accennato, i problemi di salute riscontrati nell'ordinamento spagnolo sono analoghi agli italiani, in quanto si evidenzia specialmente il preoccupante incremento dell'abuso di sostanze alcoliche e stupefacenti, delle gravidanze adolescenziali, nonché del livello di obesità diffuso tra gli adolescenti. A ciò si affianca inoltre la maggior diffusione di malattie depressive tra gli adolescenti e disordini mentali. Preoccupante è quanto riportato nelle Osservazioni del 2002, che in tema di consumo di sostanze alcoliche e stupefacenti affermano come il fenomeno «*is socially accepted and not perceived as a risk*»[141].

La necessità d'incrementare le misure volte a dare attuazione ai princìpi fondamentali viene richiesta anche alla Spagna: nonostante il loro accoglimento nell'ordinamento interno, non possono dirsi ancora affermati in maniera generale, ad eccezione del principio del *best interest* del minore, ancorché controverso riguardo all'effettiva portata. Apprezzabile è la maggiore attenzione che si è riservata negli ultimi tempi al diritto del minore di essere ascoltato, specialmente in quei procedimenti penali in cui sia vittima o testimone, in quanto si è tentato di garantire l'esercizio di tale diritto in modo da arrecare il minor danno possibile al bambino nel rievocare la vicenda subìta o nel confrontarsi con il presunto autore del reato[142]. Accolto con favore è inoltre il Piano strategico per la cittadinanza e l'integrazione promosso per gli anni 2007-2010, per combattere la discriminazione esistente in misura prevalente nei confronti dei gitani, dei figli di lavoratori migranti e dei minori stranieri non accompagnati, nonché per favorire l'integrazione e l'accesso all'istruzione dei bambini migranti, e debellare in tal modo una prima forma di emarginazione sociale.

Come per l'Italia, il tema della violenza nei confronti dei bambini e lo sfruttamento di questi specialmente a sfondo sessuale merita in questo capitolo una breve menzione, per identificare le Osservazioni attraverso cui il principale interprete della Convenzione 1989 richiede un lavoro di profondizzazione nel debellare tali forme di abuso. Sin dal 2002 il Comitato manifesta una particolare preoccupazione per il tema, richiedendo in primo luogo di sviluppare un'adeguata consapevolezza delle dimensioni del problema, attraverso la costruzione di un sistema di rilevamento dati che evidenzino gli abusi subiti dai minori, specialmente nel nucleo familiare. Da

[141] Id., *Concluding…*cit., *2002*, p. 8, par. 38.
[142] Su questo punto vedi *infra*, Cap. IV, IV.2.2.

tali basi, si richiede poi di adottare la normativa adeguata, volta ad estendere la responsabilità penale alle varie condotte lesive dell'integrità del minore. Viene richiesta inoltre una speciale attenzione per l'instaurazione di adeguate misure destinate a fornire assistenza al minore vittima, per ottenere la riabilitazione fisica e morale e per permettergli di partecipare adeguatamente ai procedimenti penali in cui sia coinvolto come vittima o testimone.

Come la Spagna abbia seguito tali raccomandazioni, sarà oggetto di analisi nel quarto capitolo. In questa sede occorre solo aggiungere che oltre alle leggi penali di riforma che verranno esaminate, il legislatore spagnolo ha provveduto anche a riformare un articolo del *Código civil*, il 154, che attribuiva inizialmente ai genitori verso i figli «*la facultad de corregirlos y castigarlos moderadamente*», che poteva implicare l'applicazione di castighi suscettibili di rientrare nel concetto dei maltrattamenti vietati dall'articolo 19 della Convenzione.

Relativamente alle adozioni, anche in tal caso per le dimensioni del presente lavoro è opportuno fare un breve, seppur meritato cenno alla normativa esistente. Oltre alla già ricordata L.O. 1/1996 mediante la quale si modificano parzialmente le disposizioni contenute nel *Código civil* in materia di adozione, adeguandole maggiormente all'essenza della Convenzione, il Comitato accoglie favorevolmente anche la *ley* del 28 dicembre 2007, n. 54 che disciplina adeguatamente e mediante un procedimento uniforme le adozioni internazionali, facendo espresso riferimento alla necessità che queste siano improntate a garantire l'interesse superiore del minore. L'esistenza di un numero ingente di Autorità centrali ed agenzie private che si occupano legalmente di adozioni internazionali, crea d'altro canto un'eccessiva difficoltà nel monitorare adeguatamente lo svolgimento delle varie fasi[143].

In tema di minori stranieri non accompagnati, provenienti prevalentemente dal Marocco, il Comitato evidenzia le varie difficoltà che possono riscontrare in territorio spagnolo: espulsioni automatiche e senza accertamento di possibili situazioni di rischio a cui possano andare incontro rientrando nel Paese di origine, collocamento in centri di accoglienza disagiati e lentezza delle procedure per ottenere adeguate misure di protezione nel Paese di accoglienza[144].

[143] Cfr. COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding…2010,* cit. p. 9, par. 44-45.
[144] Id. *Concluding…2010,* cit., p. 11, par.57 e ss. Si veda anche il capitolo IV, IV.3.4.

Infine, riguardo al coinvolgimento dei bambini nei conflitti armati, le raccomandazioni sono orientativamente analoghe a quelle mosse nei confronti dell'Italia, ad eccezione di quelle relative all'età minima per l'arruolamento volontario, indicata dalla Spagna all'atto della ratifica dell'OPAC in diciotto anni[145] e all'assenza di insegnamenti adeguati sui diritti umani nelle scuole militari. Osserva infatti il Comitato una maggior attenzione da parte della Spagna riguardo al problema dei bambini coinvolti nei conflitti armati; analogamente all'Italia, viene però richiesto di punire esplicitamente i reclutamenti di minorenni attuati contrariamente alla legge, così come di estendere la propria giurisdizione a casi avvenuti fuori dal territorio nazionale quando il soggetto attivo o passivo sia relazionato con lo Stato spagnolo, e di proibire esplicitamente il commercio di armi con quei Paesi in cui esista il rischio di possibile reclutamento di minorenni.

Un'ultima, importante considerazione dev'essere effettuata: il Comitato ha rilevato, sia nell'ordinamento italiano che in quello spagnolo, la scarsa diffusione nella società di un'adeguata informazione sui vari diritti garantiti ai minori, e sulle Osservazioni conclusive formulate. Una piena consapevolezza dei diritti dei bambini e dei problemi che questi possono trovarsi ad affrontare non è ancora stata raggiunta: specie nell'ordinamento italiano, ci si augura che l'avvio dell'attività da parte dell'Autorità Garante per l'Infanzia e per l'Adolescenza, come già si è riscontrato da alcuni risultati positivi ottenuti, permetta finalmente di creare un'effettiva coscienza sociale in materia d'infanzia e di adolescenza.

[145] La stessa età come soglia minima per l'arruolamento volontario era stata anche affermata con una dichiarazione rispetto all'art. 38, co. 2 e 3 della Convenzione; vedi *supra*, nota 99.

CAPITOLO III

Il recepimento italiano delle obbligazioni internazionali in materia di minori

Premessa

Dopo aver analizzato il panorama internazionale individuando i soggetti e gli strumenti che rivestono un ruolo preponderante nel garantire una protezione sempre più stringente in favore dei minori, è giunto il momento di analizzare i meccanismi esistenti a livello dei singoli ordinamenti. In questo capitolo e in quello che segue verrà quindi effettuata un'analisi delle attuazioni interne adottate dall'Italia e dalla Spagna per adempiere alle obbligazioni internazionali contratte partecipando ad organizzazioni e ad accordi internazionali. La vicinanza non solo geografica, ma anche culturale tra i due Paesi consente un'agevole comparazione, facilitata anche, come esposto a suo tempo nell'introduzione, dalla medesima struttura dei due capitoli.

III.1.-Il recepimento delle obbligazioni internazionali nell'ordinamento italiano attraverso le riforme legislative: evoluzione del sistema penale

III.1.1.-Le norme di diritto internazionale ed europeo ispiratrici

a) Il panorama internazionale

A livello legislativo, sia italiano che spagnolo, le riforme più recenti e di maggiore importanza si sono verificate a livello penale, mediante le quali si è tentato di includere nel quadro normativo di ciascun ordinamento un sistema maggiormente repressivo ed omogeneo nel prevedere la punibilità di condotte suscettibili di ledere l'integrità del minore. Tale articolazione, progressivamente più completa, è avvenuta sulla base di un nucleo di norme ispiratrici provenienti dal sistema internazionale ed europeo. Interessante è la valutazione del loro recepimento a livello dei due ordinamenti: nonostante l'assunzione da parte di entrambi gli Stati delle stesse obbligazioni, esse sono state adempiute diversamente, sia a livello temporale che

sostanziale. L'analisi che seguirà in questo capitolo e nella prima sezione del seguente permetteranno di comprendere il motivo di tale affermazione.

La prima asserzione, relativa alla comunanza di obbligazioni a cui adempiere, può essere immediatamente verificata considerando la normativa a cui le riforme dei due sistemi penali si sono ispirate. In ambito propriamente internazionale è d'obbligo menzionare la Convenzione sui diritti del fanciullo esaminata nel capitolo anteriore. Come si è visto, essa prevede nella sua prima parte un nucleo di diritti di cui il bambino è titolare; tra le previsioni di tale strumento pattizio rivestono una particolare importanza, come incentivo alle riforme penali interne, gli articoli 19, 34 e 39 della CRC, di cui si è fatta una breve menzione nel secondo capitolo, essendo questa la sede più propizia per analizzarne il contenuto. L'articolo 19 CRC prevede genericamente l'adozione da parte degli Stati parti di ogni misura, non solo a livello normativo, ai fini di proteggere il minore da «ogni forma di violenza, di oltraggio o di brutalità fisiche o mentali, di abbandono o di negligenza, di maltrattamenti o di sfruttamento, compresa la violenza sessuale». Il più specifico articolo 34 CRC richiede espressamente un particolare impegno da parte degli Stati nella punizione delle condotte lesive dell'integrità sessuale del minore, rientranti nelle fattispecie di violenza sessuale, prostituzione minorile e pornografia infantile. L'articolo 39 CRC infine, prevedendo l'adozione di provvedimenti tesi al recupero e al reinserimento del minore vittima, fornisce una prima base giuridica per giustificare riforme interne introduttive di specifici strumenti di assistenza psicologica al minore.

Tali articoli sono stati oggetto di approfondimento ed evoluzione in ulteriori strumenti di diritto internazionale: tra questi è opportuno citare il Protocollo opzionale della CRC relativo alla vendita di bambini, prostituzione minorile e pornografia infantile, e il Commento generale n.13 del Comitato sui diritti del fanciullo. Il Protocollo costituisce un necessario approfondimento di alcuni articoli della Convenzione 1989 riguardanti tematiche peculiari come lo sfruttamento, anche in materia sessuale, dei bambini, la vendita e la tratta di essi, la violenza sessuale e la produzione e diffusione di materiale pedopornografico. La sua adozione diviene imprescindibile agli inizi del nuovo millennio a causa dell'incremento dei tipi di condotte riconducibili a tali ambiti: per tale motivo nel Protocollo verranno enunciati

un nucleo minimo di comportamenti di cui debba prevedersi la punibilità a livello interno[146].

Particolarmente importanti sono gli articoli 2, 4, 8 e 10 del Protocollo. Nel primo di essi vengono infatti fornite varie definizioni tra cui quella di pornografia infantile[147], a cui poi si richiameranno, evolvendola, le posteriori norme internazionali. L'articolo 4 dell'OPSC è precursore anch'esso delle successive previsioni negli strumenti di diritto internazionale ed europeo, in quanto disciplina la giurisdizione dei singoli Stati nel perseguire le condotte previste nell'articolo 3 del Protocollo secondo determinati criteri, esaminati nel capitolo anteriore[148]. La protezione del minore vittima o testimone dei reati previsti nel Protocollo è oggetto invece dell'articolo 8 OPSC: essa si traduce nel garantire al minore una serie di diritti durante il procedimento penale (orientato in ogni caso ad uno svolgimento senza dilazioni indebite) tra cui l'essere informato sull'andamento del processo, l'essere ascoltato con le idonee garanzie in base al concreto stato di vulnerabilità, e l'essere assistito nelle varie fasi da soggetti con specifica preparazione in materia minorile. L'articolo 10 OPSC è infine votato alla promozione di una più efficace cooperazione internazionale tra gli Stati parti ai fini della repressione delle condotte di cui il Protocollo si occupa, di carattere generalmente transnazionale; il comma 3 dello stesso articolo prevede inoltre una più attenta cooperazione tra gli Stati per debellare le principali cause generatrici di tali condotte, quali «povertà e il sotto-sviluppo che rendono i bambini vulnerabili alla vendita, alla prostituzione, alla pornografia e al turismo pedofili».

Per ciò che concerne il Commento generale n.13, esso è frutto della più recente attività del Comitato sui diritti dell'infanzia, in quanto risale al 2011. Attraverso l'analisi dell'articolo 19 della Convenzione, il Comitato rammenta agli Stati parti la

[146] L'art. 3 del Protocollo prevede che tale nucleo minimo di condotte, relative al fenomeno della vendita, prostituzione e produzione di materiale pornografico infantile, debba essere necessariamente incluso nel diritto penale degli Stati membri «a prescindere che tali reati siano commessi a livello interno o trans-nazionale da un individuo o in modo organizzato».
[147] L'art. 2, lettera *c)* prevede infatti che: «per pornografia rappresentante bambini si intende qualsiasi rappresentazione, con qualsiasi mezzo, di un bambino dedito ad attività sessuali esplicite, concrete o simulate o qualsiasi rappresentazione degli organi sessuali di un bambino a fini soprattutto sessuali».
[148] Vedi *supra*, Cap. II, II.2.3.

necessità d'incrementare le misure di protezione per garantire finalmente una più adeguata tutela del minore dalle varie condotte lesive della propria sfera giuridica[149].

Nei paragrafi 13, 14 e 15 del Commento viene in primo luogo evidenziato come l'attuazione degli articoli della Convenzione sia obbligatoria per gli Stati parti, quali siano i benefici che un contrasto alla violenza e allo sfruttamento dei minori possa generare[150], e gli effetti negativi sui minori in caso d'inerzia dei pubblici poteri. Tale carattere obbligatorio e la necessità di far fronte ad ogni condotta lesiva dell'integrità del minore, tra cui si includono le condotte relative allo sfruttamento e alla violenza sessuale, vengono ribadite nel Titolo IV del Commento, in cui viene effettuata un'analisi minuziosa del contenuto dell'articolo 19 della CRC. I paragrafi 17 e 37 prevedono infatti che gli Stati membri «*shall take*» le misure necessarie a contrastare «*all forms of violence*» adottate contro i bambini, effettuando un'elencazione dettagliata di condotte lesive nei paragrafi 20-31.

Ai fini del presente lavoro, rilevante è la previsione del paragrafo 25 relativa agli abusi sessuali e sfruttamento dei minori, identificando cosa venga incluso in tali concetti; interessante è inoltre la previsione della lettera *c)* dello stesso paragrafo, in quanto implica che nello sfruttamento sessuale minorile s'includa «*the use of children in* audio *or visual images of child sexual abuse*», ampliando il concetto di pornografia infantile anche a materiale non visivo. Tra le misure appropriate suscettibili di essere adottate dagli Stati membri per far fronte alla previsione dell'articolo 19 CRC, il Comitato menziona tra le altre, al paragrafo 41:

«*d) Review and amend domestic legislation in line with article 19 and its implementation within the holistic framework of the Convention, establishing a comprehensive policy on child rights and ensuring absolute prohibition of all forms of violence against children in all settings and effective and appropriate sanctions against perpetrators;[…] f) Ensure the protection of child victims and witnesses and effective access to redress and reparation*».

[149] Il par. 2 dell'introduzione sottolinea infatti che « *The Committee on the Rights of the Child […] issues the present general comment on article 19 of the Convention on the Rights of the Child […], since the extent and intensity of violence exerted on children is alarming. Measures to end violence must be massively strengthened and expanded in order to effectively put an end to these practices which jeopardize children's development and societies' potential non-violent solutions for conflict resolution*».

[150] Significativo è il par. 14 che afferma: «*Research shows that children who have not experienced violence and who develop in a healthy manner are less likely to act violently, both in childhood and when they become adults. Preventing violence in one generation reduces its likelihood in the next* ».

A tale ultimo tema, in relazione alla protezione del minore vittima, il Comitato dedica i paragrafi 49, 51, 55 e 56 del Commento, in cui chiarisce come tale protezione implichi la possibilità del bambino di segnalare agevolmente quanto subìto, garantendone la partecipazione, tra l'altro, nei procedimenti giudiziari, nonché l'adozione di misure di assistenza tramite soggetti con adeguata formazione in ambito infantile. Il paragrafo 56 auspica inoltre la creazione di unità di polizia e giudiziarie specializzate nel perseguire reati di violenza contro i minori.

Relativamente al piano internazionale, occorre da ultimo richiamare le Dichiarazioni adottate al termine dei tre Congressi Mondiali contro lo sfruttamento sessuale dei bambini a fini commerciali. Il Primo Congresso Mondiale fu celebrato a Stoccolma tra il 27 e il 31 agosto del 1996: da esso è scaturita la Dichiarazione finale (*Declaration and Agenda for Action)* avente previsioni importanti rispetto alle linee di azione suscettibili di essere adottate in tempi brevi dai 122 Paesi partecipanti[151], per combattere lo sfruttamento sessuale minorile a fini commerciali. Esso viene definito al paragrafo 5 come una violazione fondamentale dei diritti del bambino, caratterizzato da una condotta sessualmente abusiva del minore da parte di un adulto in cambio di remunerazione in denaro o in altre forme, al minore stesso o ad un terzo. Ciò è particolarmente lesivo dei diritti del minore in quanto ne implica la riduzione a mero oggetto, sia dal punto di vista sessuale che commerciale. Tale sfruttamento viene concepito infatti come fenomeno coercitivo equiparabile alla riduzione in schiavitù, in quanto implica l'esercizio di poteri sul soggetto in questione lesivi della dignità e di ogni forma di concezione della persona in quanto tale, implicandone la riduzione a mero oggetto su cui esercitare poteri corrispondenti al diritto di proprietà[152].

Il Secondo Congresso ebbe luogo a Yokohama tra il 17-20 dicembre del 2001, e si occupò soprattutto di valutare l'effettivo riscontro pratico di quanto prefissato nella Dichiarazione del Congresso anteriore. Maggiore attenzione dev'essere invece

[151] Oltre ad essi parteciparono anche l'UNICEF e l'*End Child Prostitution, Pornography and Trafficking in children for sexual purposes* (ECPAT), organizzatori dell'evento assieme al gruppo delle ONG per i diritti dei bambini. Si veda anche il sito dell'ECPAT http://www.ecpat.net/world-congress-against-commercial-sexual-exploitation-children, consultato in data 4 novembre 2013.

[152] Per approfondimenti, M. HELFER *Sulla repressione della prostituzione e pornografia minorile. Ricerca Comparatistica.*, Padova, CEDAM, 2007, p.6 e ss.; S. PIZZEGHELLO *La repressione penale della pedofilia: profili comparatistici.* Tesi di Dottorato, Università degli Studi di Padova, ciclo XXI, p. 15 e ss.

prestata al Terzo Congresso, svoltosi a Rio de Janeiro tra il 25-28 novembre del 2008, dove viene adottata *The Rio de Janeiro Declaration and Call for Action to Prevent and Stop Sexual Exploitation of Children and Adolescent,* in cui si fa riferimento anche al fenomeno della pornografia virtuale (immagine realista di un minorenne inesistente creata con strumenti di differente natura, come ad esempio un disegno animato o un'immagine per mezzo del computer). Inoltre viene esaltata la necessità di prevedere la responsabilità dei fornitori di servizi Internet, affinché siano incentivati a creare strumenti di protezione e controllo della rete[153]. La necessità di tenere in considerazione da parte dell'ordinamento italiano quanto affermato nei Congressi Mondiali contro lo sfruttamento sessuale dei bambini, deriva anche dalle raccomandazioni effettuate dal Comitato infanzia all'Italia nelle Osservazioni conclusive rispetto al rapporto sull'OPSC[154] e a quello sulla Convenzione del 2003.

b) L'azione del Consiglio d'Europa

In ambito propriamente europeo occorre invece soffermarsi sugli strumenti adottati a livello del Consiglio d'Europa e dell'Unione Europea, consistenti in norme più o meno settoriali e di varia natura. In primo luogo occorre menzionare brevemente la Convenzione del Consiglio d'Europa contro il *cybercrime*[155] (comunemente detta Convenzione di Budapest o contro la criminalità informatica) del 23 novembre 2001: essa prosegue l'azione già iniziata nel 1999 dalla Conferenza Internazionale di Vienna per combattere la Pornografia Infantile su Internet (menzionata anche nel Preambolo dell'OPSC), per reprimere più efficacemente la lotta contro la commissione di reati attraverso Internet. Dopo una definizione su cosa debba intendersi per "*service provider"*, all'articolo 1[156], fondamentale ai fini del

[153] Per maggiori approfondimenti, DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Los delitos de pornografía infantil. Aspectos penales, procesales y criminológicos,* Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011.

[154] Cfr. COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding…* CRC/C/OPSC/ITA..cit. p.2 e ss.; Id. *Concluding…*cit.2003, p. 9.

[155] Sia Italia che Spagna hanno ratificato tale Convenzione. Per l'Italia essa è entrata in vigore il 5 aprile 2008 dopo la ratifica avvenuta con legge 18 marzo 2008 n.48 (G.U. n.80 del 4-4-2008 - Suppl. Ordinario n. 79), mentre in Spagna l'entrata in vigore è avvenuta l'1 ottobre 2010, con strumento di ratifica pubblicato in BOE del 17 settembre 2010, n.226.

[156] La lettera *c)* lo definisce come: «1. qualunque entità pubblica o privata che fornisce agli utenti dei propri servizi la possibilità di comunicare attraverso un sistema informatico; 2. qualunque altra entità che processa o archivia dati informatici per conto di tale servizio di comunicazione o per utenti di tale servizio».

presente studio è la previsione all'articolo 9 della Convenzione, che vincola i singoli Stati parti ad includere nel proprio sistema penale come punibili le varie condotte che si relazionano con la pedopornografia (diffusione, consumo, ecc.), se attuate mediante l'utilizzo del sistema informatico. Lo stesso articolo, al secondo comma, fornisce inoltre una definizione del concetto di pornografia infantile[157]. L'articolo 12 prescrive agli Stati parti di prevedere la responsabilità delle persone giuridiche per tutti i reati previsti nella Convenzione, nei casi in cui questi siano compiuti da soggetto con esse relazionato, secondo i criteri previsti nel primo e secondo comma di tale articolo, e applicando sanzioni di varia natura secondo i criteri dell'articolo 13, comma 2. Così come esaltato nel già citato OPSC, anche la Convenzione di Budapest esalta la necessità di una più adeguata cooperazione internazionale tra gli Stati, specialmente durante lo svolgimento della fase investigativa[158].

Particolarmente importante è stata inoltre la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione dei bambini contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale, adottata dal suo Comitato dei Ministri il 12 luglio del 2007 e denominata comunemente Convenzione di Lanzarote: una normativa di particolare rilievo che persegue l'obiettivo di fornire la maggior tutela possibile ai minori a salvaguardia della loro integrità psichica e fisica, garantendo loro il mantenimento di quell'innocenza a cui ogni bambino e adolescente ha diritto e che non può essere intaccata da chi sia in preda a pulsioni sessuali deviate. La ratifica italiana è avvenuta dopo alcuni anni dall'adozione della Convenzione, in vigore già dal 1 luglio 2010 grazie ai primi cinque Paesi che l'hanno ratificata[159]. L'Italia l'ha recepita infatti nel suo ordinamento interno solo nel 2012[160]con legge 172/2012, entrata in vigore il 23

[157] Definendosi come «materiale pornografico che raffigura: a. un minore coinvolto in un comportamento sessuale esplicito; b. un soggetto che sembra essere un minore coinvolto in un comportamento sessuale esplicito; c. immagini realistiche raffiguranti un minore coinvolto in un comportamento sessuale esplicito;»

[158] Cfr. Convenzione di Budapest *sulla criminalita' informatica* del 23 novembre 2001, artt. 31-34.

[159] I primi cinque Paesi che hanno ratificato la Convenzione, dopo che questa era stata aperta alla firma il 25 ottobre 2007 e sottoscritta da oltre 41 membri del Consiglio d'Europa, sono stati l'Albania, la Danimarca, la Grecia, i Paesi Bassi e San Marino. Da http://www.euractiv.it/it/news/sociale/7032-minori-italia-dal-1-maggio-in-vigore-convenzione-lanzarote.html.

[160] L'auspicio di una pronta adozione di una legge che ratificasse la Convenzione è stato manifestato da varie Autorità finalizzate alla tutela dei minori. Tra queste, l'Autorità Garante dell'Infanzia e dell'Adolescenza. Cfr. AUTORITÀ GARANTE PER L'INFANZIA E L'ADOLESCENZA *Bambini e adolescenti: affrontare il presente, costruire il futuro. Prima relazione al Parlamento* , Roma, 2012, p. 10, e reperibile sul sito di tale Autorità:
http://www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/ricerca/allegati/PrimaRelazioneParlamento.pd.f.

ottobre del 2012[161]mentre la Spagna l'ha ratificata il 5 agosto del 2010, con entrata in vigore l'1 dicembre 2010. Tale Convenzione rappresenta un passo importante sia dal punto di vista delle riforme a livello sostanziale che processuale del sistema penale dei singoli ordinamenti statali, in quanto prevede una serie particolarmente dettagliata di condotte e di misure di necessaria adozione da parte di essi. Obiettivo della Convenzione, così come enunciato nel suo primo articolo, è infatti quello di offrire una più adeguata protezione ai minori agendo su tre versanti fondamentali: «prevenire e combattere lo sfruttamento e l'abuso sessuale sui bambini; tutelare i diritti dei bambini vittima di abuso e sfruttamento sessuale; promuovere la cooperazione nazionale e internazionale contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale sui bambini». Essendo il punto di riferimento delle ultime riforme varate a livello interno, gli articoli della Convenzione di Lanzarote saranno esaminati al momento di analizzare il contenuto di esse, per valutare se vi sia stato un corretto adeguamento.

c) La normativa dell'Unione Europea

Occorre infine soffermarsi brevemente su alcune delle più importanti norme adottate dalle istituzioni dell'Unione Europea, per alcuni contenuti particolarmente importanti di esse. Tali strumenti vengono adottati inizialmente dal Parlamento Europeo e dal Consiglio sotto la forma delle decisioni-quadro, in quanto relative all'antico terzo pilastro dell'Unione Europea in materia di cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale (GAI), nell'antica ripartizione prevista anteriormente al trattato di Lisbona; l'abolizione con tale trattato della ripartizione strutturale in tre pilastri e l'estensione anche alle materie del secondo e terzo del metodo comunitario, hanno permesso poi che tali decisioni venissero sostituite da più recenti fonti di diritto comunitario, quali le direttive. In ogni caso, sia le decisioni-quadro che le direttive costituiscono una fonte di obbligazione per gli Stati membri dell'Unione

[161] Prima dell'Italia, a ratificare la Convenzione, oltre ai cinque Paesi che ne hanno permesso l'entrata in vigore, sono stati Serbia (con entrata in vigore l'1 novembre 2010);Spagna (e.i.v. 1 dicembre 2010), la Francia e Malta (e.i.v.1 gennaio 2011); Montenegro (e.i.v. 1 marzo 2011);Austria (e.i.v. 1 giugno 2011);Romania (e.i.v.1 settembre 2011);Estonia (e.i.v. 1 ottobre 2011);Croazia e Lussemburgo (e.i.v. 1 gennaio 2012); Bulgaria e Turchia (e.i.v.1 aprile 2012);Moldavia (e.i.v. 1 luglio 2012);Repubblica Yugoslava di Macedonia (e.i.v. 1 ottobre 2012). Successivamente all'Italia vi sono invece Portogallo e Ucraina (e.i.v. 1 dicembre 2012);Islanda (e.i.v. 1 gennaio 2013).Tale elenco è reperibile al sito http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=201&CM=8&DF=27/09/2012 &CL=ENG, consultato in data 7 settembre 2013.

Europea unicamente in relazione al risultato da perseguire, restando la scelta dei modi e dei mezzi in capo ai singoli Stati (articolo 34 TUE nella versione anteriore, per le decisioni-quadro, e 288, comma 3, TFUE attuale per le direttive).

Tra le varie adottate a livello dell'Unione Europea, occorre menzionarne due in particolare. In materia di protezione dei minori dallo sfruttamento sessuale e la pornografia infantile, la decisione-quadro 2004/68/GAI del Consiglio dell'Unione Europea[162] fissa come obiettivo, nel suo primo punto, la prosecuzione del piano d'azione del Consiglio e della Commissione per «attuare le disposizioni del Trattato di Amsterdam concernenti uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, le conclusioni del Consiglio europeo di Tampere e la risoluzione del Parlamento europeo dell'11 aprile 2000», in quanto tali strumenti «contengono o sollecitano iniziative legislative volte a contrastare lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile, tra cui l'adozione di definizioni, incriminazioni e sanzioni comuni». Tale decisione costituirà il punto di riferimento soprattutto per l'ultima riforma del *Código penal*, come si vedrà nel prossimo capitolo. Di particolare rilievo è quanto previsto nell'articolo 1 della decisione-quadro, che delinea un concetto ampio di pornografia infantile[163]. Gli articoli 2, 3 e 4 delineano invece le varie condotte da considerare incluse nei reati di sfruttamento sessuale minorile, pornografia infantile, istigazione e favoreggiamento, mentre gli articoli 6 e 9 distaccano per prevedere il primo la responsabilità delle persone giuridiche, e le necessarie misure di assistenza il secondo.

La Convenzione di Lanzarote ha ispirato una direttiva dell'Unione europea, la 2011/92/UE del Parlamento europeo e del Consiglio[164], relativa alla lotta contro l'abuso, lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile che sostituisce tale decisione-quadro 2004/68/GAI. Agli articoli di tale ultima direttiva, di più recente formazione ed ispiratrice della riforma italiana assieme alla Convenzione di Lanzarote, si farà riferimento nell'analisi delle attuazioni interne. L'unico elemento

[162] Decisione-quadro adottata dal Consiglio il 22 dicembre 2003 e in Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea L 13/44 del 20 gennaio 2004.

[163] Art. 1, *b)* «pornografia infantile è materiale pornografico che ritrae o rappresenta visivamente: i) un bambino reale implicato o coinvolto in una condotta sessualmente esplicita, fra cui l'esibizione lasciva dei genitali o dell'area pubica; o ii) una persona reale che sembra essere un bambino implicata o coinvolta nella suddetta condotta di cui al punto i); o iii) immagini realistiche di un bambino inesistente implicato o coinvolto nella suddetta condotta»

[164] Direttiva del 13 dicembre 2011, in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, L. 335/1 del 17 dicembre 2011.

che occorre distaccare fin da ora è la previsione nell'articolo 2 della direttiva di un concetto di pornografia infantile[165] già delineato nella decisione-quadro 2004/68/GAI, e definito ora in modo ancora più chiaro.

Infine, un breve riferimento dev'essere effettuato ad un'altra decisione-quadro, la 2001/220/GAI del Consiglio[166], in questo caso di più ampio respiro in quanto non implicante unicamente i minori, ma volta a stabilire un nucleo di norme minime in tema di posizione della vittima nel procedimento penale, e di adozione di «misure di assistenza alle vittime, prima, durante e dopo il procedimento penale, che potrebbero attenuare gli effetti del reato[167]». I suoi articoli 2, 3, 4 e 8 tengono in particolare considerazione i diritti garantiti alla vittima minore di età. Anche tale decisione-quadro è stata oggetto di recente sostituzione, in questo caso da parte della direttiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio[168], che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato. Il contenuto di quest'ultima direttiva verrà esposto nella parte relativa alla giurisprudenza italiana e spagnola, essendo tale strumento giuridico posteriore alle ultime riforme di entrambi gli ordinamenti. Il progressivo adeguamento normativo alle sue previsioni, stabilito nella direttiva stessa per la data massima del 16 novembre del 2015[169], è avvenuto pertanto, fino al momento attuale, unicamente attraverso le pronunce della giurisprudenza.

II.1.2.-Il recepimento italiano della normativa internazionale

Dopo l'*excursus* sulle varie fonti ispiratrici delle riforme penali nei singoli ordinamenti, si deve ora focalizzare l'attenzione su di essi. Il nucleo di obbligazioni

[165] Prevede infatti tale articolo che: «c) «pornografia minorile» o «materiale pedopornografico»: i) il materiale che ritrae visivamente un minore in atteggiamenti sessuali espliciti, reali o simulati; ii) la rappresentazione degli organi sessuali di un minore per scopi prevalentemente sessuali; iii) il materiale che ritrae visivamente una persona che sembra un minore in atteggiamenti sessuali espliciti, reali o simulati, oppure la rappresentazione per scopi prevalentemente sessuali degli organi sessuali di una persona che sembra un minore; oppure iv) immagini realistiche di un minore in atteggiamenti sessuali espliciti o immagini realistiche degli organi sessuali di un minore, per scopi prevalentemente sessuali;»

[166] Decisione-quadro del 15 marzo 2001, in Gazzetta ufficiale delle Comunità europee L. 82/1 del 22 marzo 2001.

[167] *Ivi*, Par. 6.

[168] Direttiva del 25 ottobre 2012, in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea L. 315/57 del 14 novembre 2012.

[169] *Ivi*, art. 27.

internazionali a cui adempiere per i due Paesi presi in considerazione è lo stesso: ciò che verrà in seguito esposto, così come nella prima sezione del prossimo capitolo, servirà per comprendere se l'adeguamento al panorama internazionale sia avvenuto con la stessa pienezza. Per comodità dell'esposizione, l'analisi verrà effettuata mediante un'articolazione in sottoparagrafi che renderanno più facile la comparazione.

a) Definizione del concetto di pornografia

L'ultima riforma del sistema penale italiano effettuata con la legge 172/2012 con cui l'Italia ratifica ed esegue la Convenzione di Lanzarote, ha implicato una serie di innumerevoli novità che hanno permesso un maggior adeguamento alle norme internazionali ed europee, ed una più stringente repressione dello sfruttamento sessuale minorile. Ciò è stato possibile dissipando in primo luogo i dubbi ermeneutici sul concetto di pornografia infantile. Un primo adeguamento italiano all'ordinamento internazionale, in cui già era stata delineata una definizione di pornografia minorile, era avvenuto mediante la legge del 6 febbraio 2006, n.38, introduttiva dell'articolo 600 *quater.1* c.p., mediante il quale si includeva nel concetto di materiale pornografico minorile (di cui già si sanzionavano la produzione, il traffico e la detenzione) anche la cosiddetta pornografia virtuale. Tale articolo prevede infatti la punibilità del soggetto attivo anche nei casi in cui il materiale pornografico consista in «immagini virtuali realizzate utilizzando immagini di minori degli anni diciotto o parti di esse», intendendosi a tal fine come immagini virtuali quelle «realizzate con tecniche di elaborazione grafica non associate in tutto o in parte a situazioni reali, la cui qualità di rappresentazione fa apparire come vere situazioni non reali»[170].

Il concetto così delineato non era ancora adeguatamente esaustivo: nonostante la riforma del 2006, le disquisizioni su cosa potesse includersi nel concetto di materiale pornografico infantile, a cui faceva riferimento in un'accezione ampia l'articolo 600 *ter* c.p., permanevano, in quanto la mancanza di una cristallizzazione normativa veniva concepita con particolare disfavore da parte della dottrina. Essa denunciava

[170] Tale concezione rispecchia quanto delineato dall'art. 9.2 *c)* della Convenzione contro il *Cybercrime*, e dalla decisione-quadro 2004/68/GAI, al suo art. 1, e confermata poi dalla direttiva sostitutiva di essa, la 2011/92/UE, dall'art. 2 *c) iv).*

infatti che in tal maniera il concetto di pornografia infantile si riduceva ad una previsione meramente "soggettiva", variando in base alle individuali percezioni circa l'oscenità del materiale e l'adeguatezza a fini eccitatori[171]. La necessità di una concreta definizione del concetto di pornografia veniva poi raccomandata dal Comitato infanzia nelle Osservazioni conclusive, sia rispetto al primo rapporto sull'OPSC che in quelle del 2011[172].

La riforma del 2012 aggiunge a tal proposito un nuovo comma all'articolo 600 *ter* c.p.: recita ora l'ultimo comma di tale articolo che «per pornografia minorile si intende ogni rappresentazione, con qualunque mezzo, di un minore degli anni diciotto coinvolto in attività sessuali esplicite, reali o simulate, o qualunque rappresentazione degli organi sessuali di un minore di anni diciotto per scopi sessuali». Tale definizione ricalca il concetto di pornografia infantile delineato dalla Convenzione di Lanzarote nel secondo comma dell'articolo 20. Apparentemente essa sembra coincidere con quelle anteriormente previste dalle norme internazionali già citate. In realtà il passo è ampio ed implica una maggiore tutela, che l'Italia recepisce in pieno: sia la Convenzione di Lanzarote che la nuova direttiva 2011/92/UE, sostitutiva della decisione-quadro del 2004, parlano genericamente di «rappresentazione degli organi sessuali», in luogo dell'«esibizione lasciva» di essi, implicando quindi una maggiore estensione della punibilità[173].

Due ultime considerazioni devono infine essere attuate riguardo al concetto di pornografia infantile, in quanto attraverso la modifica del dettato normativo l'Italia non ha recepito totalmente quanto previsto nel panorama internazionale: ciò in relazione al fatto che essa si è avvalsa della possibilità prevista dalla direttiva

[171] Per un approfondimento sulle critiche mosse, vedasi S. PIZZEGHELLO *La repressione penale*..op. cit., p. 83 e ss; le varie interpretazioni del concetto da parte della dottrina e della giurisprudenza vengono evidenziate anche in A. PECCIOLI *La riforma dei reati di prostituzione minorile e pedopornografia*, in *Dir. pen. processo*, 2013, n.2, p. 145 e ss.

[172] Cfr. COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding…* CRC/C/OPSC/ITA..cit p. 4; Id. *Concluding…cit.,* 2010, p. 16.

[173] Tale evoluzione viene confermata da una sentenza del 2013 della Corte di Cassazione, in cui si afferma, facendo riferimento alla modifica del Codice penale con la legge 172/2012, che «[…] A parte la novità rappresentata dall'inserimento, per la prima volta, nella legislazione nazionale della nozione di pornografia minorile, si è in presenza, per porre evidentemente un argine al dilagante fenomeno, di un indubbio maggior "rigore", pur temperato dal riferimento agli "scopi sessuali" essendo sufficiente anche la sola rappresentazione degli organi sessuali e non più la esibizione lasciva degli stessi [...]» Cass. pen., sez. III, 9 gennaio 2013, n. 5874, L., in *Foro it. Rep.* (Il), 2013, Prostituzione [5280], n. 21; *C.E.D. Cass.*, rv. 254420 (m).

2011/92/UE all'articolo 5, settimo comma, che affida alla discrezionalità dello Stato la punibilità dei casi di materiale pornografico implicante atteggiamenti sessuali o esibizione di organi genitali di un soggetto che unicamente sembri essere minore di età (pornografia tecnica). Facendosi riferimento nel *600 ter* c.p. alle rappresentazioni di un minore, e nel 600 *quater.1* c.p. alla pornografia virtuale, il fenomeno della pornografia tecnica non appare normativamente tipizzato. Non solo: anche il dettato del nuovo *600 ter* c.p. non soddisfa pienamente, in quanto la mancata inclusione di avverbi accanto all'enunciato «per scopi sessuali», contenuti al contrario nelle norme internazionali[174], può implicare notevoli *escamotages* alla punibilità del soggetto attivo[175].

b) Reati sessuali

In tema di reati sessuali, la Convenzione di Lanzarote prevede all'articolo 18 la necessità di tipizzare determinate condotte che implichino l'attuazione di relazioni sessuali con un minore, sia se praticate con persona avente un'età inferiore alla legalmente prevista dagli ordinamenti interni per il consenso sessuale (con automatica punibilità del soggetto attivo, non rilevando in questo caso un'eventuale volontà positiva del minore vittima), sia se attuate con un minore avvalendosi di violenza o intimidazione (c.d. violenza sessuale), prevalenza della propria situazione di fiducia col minore o dello stato di vulnerabilità di esso (c.d. abusi sessuali). Il ritardo nella ratifica della Convenzione da parte dell'Italia non ha implicato in tale ambito una mancanza di protezione, essendo già la normativa *ante* riforma adeguatamente avanzata: già negli anni Novanta, con legge del 15 febbraio 1996, n.66, erano stati introdotti gli articoli 609 da *bis* a *decies* c.p. per punire più

[174] L'art. 20, co. 2 della Convenzione di Lanzarote prevede ad esempio la rappresentazione di organi sessuali del minore per fini «*prevalentemente* (corsivo mio) sessuali».

[175] Per le ultime due considerazioni effettuate, vedasi l'intervento di A. VERZA nel seminario di R. ALBERINI, M. BERTOLINO, P. BOSIO, M. MONTELEONE, F. SARDELLA, A. VERZA., Seminario *Sfruttamento ed abuso sessuale sui minori*, Camera Penale Veneziana, 12 aprile 2013 (http://www.camerapenaleveneziana.it/news/visual.php?num=2154), consultato in data 4 novembre 2013; C. RUSSO *L'abuso sui minori dopo "Lanzarote" (l. 1 ottobre, 2012, n.172): in vigore dal 23 ottobre 2012: adescamento di minorenni, istigazione a commettere reati sessuali, prostituzione e pornografia minorile; nuova disciplina dell'"ignoranza dell'età della persona offesa"; trattamento psicologico dei condannati; audizione protetta del minore*, Milano, Giuffrè, 2012, p.38 e ss.

specificamente i reati sessuali. In modo specifico gli articoli che puniscono tali condotte sono il 609 *bis* c.p. (violenza e abuso sessuale), *quater* (atti sessuali con minorenne), *quinquies* (corruzione di minorenni) e *octies* (violenza sessuale di gruppo).

Ad eccezione della modifica effettuata dalla legge 38/2006 all'articolo 609 *quater*, primo comma, c.p. ampliando i soggetti attivi del reato, (caratterizzati dall'avere una relazione intima con il minore, per esserne il genitore, il tutore o altri, ed includendo in tali relazioni giuridiche le più attuali, come le coppie di fatto), non sono state effettuate alle fattispecie tipiche altre modifiche fino al 2012. Quest'ultima, riforma il secondo comma dell'articolo 609 *quater* c.p., relativo alla riduzione di pena nel caso di atti sessuali con minorenne che abbia compiuto gli anni sedici, ampliando il nucleo dei soggetti attivi ivi previsti, completando quanto avviato con legge 38/2006[176]. Di particolare rilievo è la riforma dell'articolo 609 *quinquies* c.p., che rafforza e conforma la tipizzazione del reato di corruzione di minorenni a quanto prescritto dall'articolo 22 della Convenzione di Lanzarote. Accanto alla condotta basica («compiere atti sessuali in presenza di minore di quattordici anni con il fine di farlo assistere») di cui si è modificato l'ammontare di pena, ne è stata aggiunta una ulteriore, con l'inserimento di un secondo comma. Quest'ultimo punisce la condotta di chi faccia assistere il minore ad atti sessuali o gli mostri materiale pornografico al fine di indurlo a compiere o subire attività sessuali. Due condotte differenti[177] e supportate da diversa finalità (interferire nella sua sfera psichica facendolo assistere, nel primo caso, intaccare la sua integrità sessuale nel secondo), la cui tipizzazione deve valutarsi favorevolmente in quanto recepisce la più ampia previsione della Convenzione del Consiglio d'Europa[178]. Viene introdotta

[176] Essi ora sono «l'ascendente, il genitore, anche adottivo, o il di lui convivente, il tutore, ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia, il minore è affidato, o che abbia con quest'ultimo una relazione di convivenza».

[177] Sulla questione se il secondo comma richieda necessariamente che l'atto compiuto sia effettuato da terzi e non dal soggetto che fa assistere il minore, al contrario del primo comma, esistono opinioni divergenti della dottrina: vi è chi afferma che sia la condotta del primo che del secondo comma includano il compimento di atti sessuali del soggetto attivo, e che a diversificare le due fattispecie sia la finalità. Altra parte della dottrina afferma invece che il secondo comma prevede unicamente l'esibizione di atti sessuali di terzi, implicando però problematiche nel caso di soggetto che compia atti sessuali davanti al minore per indurlo al compimento di essi. Per tali opinioni e dibattiti vedi C., RUSSO *L'abuso sui minori*, op. cit. ,p.44 e ss.

[178] L'art. 22 della Convenzione di Lanzarote si riferisce infatti ad una più ampia condotta di far assistere il minore non ancora dotato dell'età per il consenso sessuale «a fini sessuali», con previsione, in tema di elemento soggettivo, aperta.

anche un'aggravante ad effetto speciale, il compimento delle condotte previste nel primo e secondo comma dalle stesse persone a cui fa attualmente riferimento il secondo comma del 609 *quater* c.p., in ragione del loro rapporto qualificato con il minorenne. La legge del 15 ottobre 2013, n.119, di conversione del decreto legge del 14 agosto 2013, n. 93, ha inoltre modificato la previsione dell'articolo 609 *ter* c.p., prevedendo ora che ad aggravare il reato di violenza sessuale sia non solo un'età della vittima inferiore ai quattordici anni, e indipendentemente dall'esistenza o meno di legami con il soggetto attivo (articolo 609 *ter*, primo comma c.p.), ma anche un'età inferiore non più ai sedici (come previsto *ante* legge 119/2013), ma ai diciotto anni, se la violenza sessuale sia stata compiuta dall'ascendente, genitore (anche adottivo) o dal tutore (609 *ter* , comma 5 c.p.).

c) *Prostituzione minorile*

Anche riguardo alla prostituzione minorile la legge 172/2012 introduce una disciplina più stringente, mediante una totale riformulazione del testo dell'articolo 600 *bis* c.p. In precedenza, conformandosi alla Convenzione sui diritti del bambino (soprattutto all'articolo 34) e al documento scaturente dal Congresso Mondiale di Stoccolma del 1996, anteriormente citati, la legge del 3 agosto 1998, n.269, aveva già provveduto ad introdurre un peculiare concetto in tema di prostituzione: essa di per sé non era considerata reato, se praticata tra adulti, salvo l'attuazione di condotte umilianti o lesive della dignità della persona che si prostituisce. La prostituzione minorile, ledendo la più grave dignità del minore e il suo sviluppo sessuale, veniva (e viene tuttora) sanzionata come reato assieme ad altre condotte (introdotte per la prima volta in Italia con questa legge e corrispondenti agli articoli 600 *bis*, *ter*, *quater* e *quinquies* c.p.) di sfruttamento sessuale del minore. Recependo l'equiparazione attuata sul piano internazionale con la riduzione in schiavitù[179], significativa è la previsione di porre gli articoli che tutelano maggiormente il minore dallo sfruttamento sessuale immediatamente dopo l'articolo che punisce la riduzione in schiavitù (art. 600 c.p.). Relativamente al 600 *bis* c.p., nel 2012 si accentuano le ipotesi di punizione delle condotte tipiche già previste. Inoltre, alle ipotesi di

[179] Cfr. *Declaration and Agenda for Action* scaturente del Primo Congresso Mondiale contro lo sfruttamento sessuale infantile a fini commerciali, Stoccolma, 1996, di cui *supra*, III.3.1. *a).*

favoreggiamento, induzione e sfruttamento della prostituzione se ne affiancano altre peculiari, che recepiscono le nuove previsioni internazionali[180]: reclutamento, gestione, organizzazione e controllo della prostituzione, nonché il trarre profitto in qualsiasi modo dall'esercizio della prostituzione di un minorenne.

La condotta di chi usufruisce delle prestazioni sessuali di un minorenne in stato di prostituzione viene prevista invece al secondo comma del 600 *bis* c.p., anch'esso riformato. In primo luogo, l'innalzamento della pena massima (prima di tre, ora sei anni) si conforma alla prescrizione della direttiva 2011/92/UE articolo 4, comma 7[181]. Particolarmente rilevante è l'ampliamento della condotta: rispetto al passato, viene punito non solo chi compie l'atto sessuale in cambio di corrispettivo anche non in denaro, ma anche il cliente che ottiene prestazioni sessuali in cambio di corrispettivo anche solo promesso[182]. Ciò è rilevante dal punto di vista della consumazione del reato in quanto, essendo la promessa di pagamento logicamente anteriore alla prestazione sessuale, una volta espletata quest'ultima il reato può dirsi consumato. Nel sistema anteriore, richiedendosi due comportamenti attivi quali la prestazione sessuale e il pagamento, la mancanza dell'uno o dell'altro (potendo il pagamento verificarsi nei casi concreti anche dopo l'atto sessuale), manteneva il delitto nella sfera del tentativo. A partire dalla riforma, si può legittimamente parlare di tentativo unicamente nei casi in cui, dopo che sia stata effettuata la richiesta al minore in stato di prostituzione o sia intercorso accordo tra questi e il cliente di ottenere prestazioni sessuali in cambio di corrispettivo, tali prestazioni non avvengano[183].

[180] Tra queste, la Convenzione di Lanzarote rispetto a quanto previsto all'art. 19, co. 1 *a)* e *b)* e la direttiva 2011/92/UE , art. 4, co. 5 e 6.

[181] Prescrive infatti tale comma che «Chiunque compie atti sessuali con un minore, ricorrendo alla prostituzione minorile, è punito con una pena detentiva massima di almeno cinque anni se il minore non ha raggiunto l'età del consenso sessuale, e con una pena detentiva massima di almeno due anni se il minore ha raggiunto tale età.»

[182] Conformemente a quanto previsto dall'art. 19, co. 2 della Convenzione di Lanzarote che parla di prostituzione infantile in termini di utilizzazione di un bambini per attività sessuali in cambio di denaro *o promessa di esso* (corsivo mio).

[183] Cfr. C.RUSSO, *L'abuso sui minori…*op. cit. p.30 e ss; sulle varie problematiche e le ulteriori modifiche apportate all'art. 600 *bis* c.p., cfr. A. PECCIOLI *La riforma dei reati di prostituzione minorile e pedopornografia*, in *Dir. pen. processo* 2013…cit., p. 141 e ss.

d) Pornografia infantile e partecipazione del minore a spettacoli pornografici

Dopo l'introduzione dei reati di pornografia infantile da parte della legge 269/1998, recependo in tal modo la previsione dell'articolo 34 della Convenzione sui diritti del fanciullo, e una lieve modifica effettuata dalla legge 38/2006[184], è nuovamente la riforma del 2012 che provvede a creare una disciplina interna maggiormente conforme agli obblighi internazionali.

Il nuovo articolo 600 *ter* c.p., scaturente dalla riforma del 2012, relativo alla pornografia minorile (la cui definizione, è bene ripeterlo, è stata finalmente esplicitata nell'ultimo comma) e alla partecipazione di minori a spettacoli pornografici, ridefinisce infatti le condotte tipiche, le pene, ed introduce una nuova fattispecie: l'assistere a spettacoli pedopornografici[185]. Tra le condotte tipiche già esistenti, quella prevista nel primo comma dell'articolo è stata riformulata, distinguendo ora nettamente la condotta di chi utilizza un minore di 18 anni per spettacoli (da intendersi, secondo un'opinione della dottrina come «rappresentazione che avviene in pubblico, anche se poi è sufficiente per la punibilità che in concreto vi sia un solo spettatore»[186]) ed esibizioni, (intese come una «rappresentazione destinata ad un singolo fruitore, come accade per le esibizioni fruite per via telematica, come in chat con videocamera» [187]) o per la creazione di materiale pornografico, da quella di chi induce o recluta i minori a tali fini; quelle dei commi successivi al primo (commercio, diffusione, anche telematica, offerta o cessione anche gratuita di

[184] Modifica che, nonostante il momento di entrata in vigore (anno 2006), non conforma maggiormente il sistema italiano ad una possibile diffusione del materiale pornografico tramite Internet (in omaggio alle preoccupazioni espresse per l'uso della rete nel Protocollo del 2002 sulla vendita e sfruttamento dei bambini, nella Convenzione di Budapest del 2001 e nella decisione quadro 2004/68/GAI, come visto anteriormente). L'espressione contenuta nel secondo comma dell'art. 600 *ter* c.p. «con qualsiasi mezzo, anche per via telematica» era infatti già contenuta nella versione originaria del 1998.

[185] Tale previsione espressa recepisce quanto prescritto nella Convenzione di Lanzarote, che prevede all'art. 21, co. 1, che «Le Parti adotteranno le necessarie misure legislative o di altro genere per assicurare che i seguenti comportamenti intenzionali vengano considerati reati penali […] c) assistere con cognizione di causa a spettacoli pornografici che includano la partecipazione di bambini".

[186] Vedasi l'intervento di A. VERZA nel seminario di R. ALBERINI, M. BERTOLINO, P. BOSIO, M. MONTELEONE, F. SARDELLA, A. VERZA, Seminario *Sfruttamento ed…*cit.: nel definire il concetto di spettacolo pornografico fa riferimento a quanto previsto dalla direttiva 2011/92/UE, che afferma, all'articolo 2 *e)* «"spettacolo pornografico" l'esibizione dal vivo, diretta a un pubblico, anche a mezzo di tecnologie dell'informazione e della comunicazione di: *i)* un minore in atteggiamenti sessuali espliciti, reali o simulati, oppure *ii)* organi sessuali di un minore, per scopi prevalentemente sessuali».

[187] Maggiori approfondimenti in M HELFER. *Sulla repressione…*op. cit., p.149.

materiale pornografico con minori o diffusione di notizie per adescarli)[188] sono invece rimaste invariate nel contenuto e nella formulazione. Invariata è inoltre la previsione dell'articolo 600 *quater* c.p. che punisce il soggetto che si procura o detiene materiale pornografico, indipendentemente dalla finalità di successiva diffusione od uso privato[189]. Manca invece totalmente tra le condotte tipiche l'accesso consapevole, mediante gli strumenti informatici, a materiale pedopornografico, la cui punibilità era prevista come facoltativa a norma dell'articolo 20, terzo comma, della Convenzione di Lanzarote, ed obbligatoria a norma dell'articolo 5, terzo comma della direttiva 2011/92/UE: la mancata tipizzazione garantisce così in Italia un'"àncora di salvezza" per coloro che desiderino accedere a tale materiale, potendo effettuarlo senza essere incriminati, visionandolo unicamente *on line*[190].

Dubbi sono stati sollevati in relazione alla formulazione del nuovo sesto comma del 600 *ter* c.p., che apprezzabilmente punisce la condotta di chi assiste a spettacoli pedopornografici, in quanto anteriormente non poteva considerarsi punibile. Tale inclusione potrebbe quindi accogliersi senz'altro con favore, se non fosse che alcuni problemi interpretativi tendono a darle minor rilievo rispetto all'intenzione originaria del legislatore. Il problema deriva dall'infelice formulazione del comma: si parla infatti di "assistere" a spettacoli pornografici, il che ha fatto propendere una parte della dottrina e giurisprudenza ad includere solo la condotta di chi assiste dal vivo a

[188] La Cassazione tende oggi a differenziare la condotta di diffusione da quella di offerta o cessione in relazione ai destinatari del materiale diffuso: nel caso in cui la diffusione, anche per mezzo telematico, avvenga nei confronti di destinatari determinati e circoscritti, la condotta integrata sarà quella prevista nel quarto comma dell'articolo 600 *ter* c.p. (offerta o cessione), mentre nel caso di destinatari indeterminati si integrerà la condotta del terzo comma (diffusione). Nel caso che si utilizzi il mezzo telematico occorre ad esempio che si postino i materiali in un gruppo aperto e accessibile ad una pluralità indeterminata di utenti, come una *web page.* Per le differenti ipotesi, Cassazione penale, sezione III, in quattro pronunce distinte: sent., 14 luglio 2000, n. 2842, S.G., in *Riv. Pen.*, 2001, 58; sent.11 febbraio 2002, n. 5937 in Giur.it, 2003, 546; sent., 28 gennaio 2003, n. 12372, M., in *Riv. Pen.*, 2003, 878; sent., 19 luglio 2011, n. 30564, G., in *Foro it. Rep.* (Il), 2011, Prostituzione [5280], n. 30; *C.E.D. Cass.*, rv. 251260 (m).

[189] Non avvalendosi quindi l'Italia dell'opzione che prevedeva come facoltativa l'inclusione tra le condotte penalmente perseguibili della produzione e possesso di materiale di pornografia virtuale (art. 5, co. 8, direttiva 2011/92/UE) o implicante minori aventi l'età per il consenso sessuale, nel caso di immagini prodotte o possedute da questi, con il loro consenso ed esclusivamente a loro uso privato (art. 20, co. 3 Convenzione di Lanzarote).

[190] Cfr. critiche avanzate da A. VERZA nel seminario di R. ALBERINI, M. BERTOLINO, P. BOSIO, M. MONTELEONE, F. SARDELLA, A. VERZA, Seminario *Sfruttamento ed…*cit.

uno spettacolo pornografico avente ad oggetto soggetti minorenni, per la relazione materiale e l'immediata percezione visiva che tale verbo sembrerebbe richiamare. La semplice visione di materiale pornografico avente ad oggetto dei minori, se procurato da altri, non sarebbe punito né a norma dell'articolo 600 *ter* c.p.(in quanto il soggetto non assiste a uno spettacolo dal vivo*)* né 600 *quater* c.p.((in quanto non è lui ad essere in possesso di materiale pornografico, ad esempio perché procurato da altro soggetto e visionato con lui)[191]. L'adeguamento alle prescrizioni internazionali[192] viene quindi limitato dal dettato normativo, non sapientemente formulato.

e) Turismo sessuale

Un breve accenno dev'essere inoltre effettuato in tema di turismo sessuale: attualmente molto diffuso, destando particolare preoccupazione durante il Terzo Congresso Mondiale di Rio, è stato oggetto di modifica da parte della legge 172/2012. Il fenomeno del turismo sessuale[193] richiede la punibilità sia di chi usufruisce delle prestazioni sessuali di un minore in territorio estero, sia degli organizzatori di viaggi dediti a tale fine; la responsabilità penale di questi ultimi è stata oggetto d'introduzione nell'ordinamento italiano già con la legge 269/1998, mediante l'articolo 600 *quinquies* c.p., che punisce chi «organizza o propaganda viaggi finalizzati alla fruizione di attività di prostituzione a danno di minori o comunque comprendenti tale attività». Tale previsione risponde a quanto ora

[191] Cfr. C.RUSSO *L'abuso sui minori...*op. cit., p.35 e ss. Occorre sottolineare comunque, come Russo stesso afferma, che l'interpretazione di tale norma può anche condurre a risultati più soddisfacenti e maggiormente conformi alla finalità repressiva che la riforma si propone di attuare, nel caso in cui, nonostante l'utilizzo nel dettato normativo del verbo "assistere*",* dato che esso è seguito dai termini "esibizione o spettacolo pornografico*",* s'includa nel termine "spettacolo" anche una pellicola pedopornografica.

[192] Convenzione di Lanzarote, art. 21, co.1 *c)*; direttiva 2011/92 art. 4, co.4.

[193] Definito propriamente come il congiunto di «viaggi organizzati dagli operatori del settore turistico, o da esterni che usano le proprie strutture e reti, con l'intento primario di far intraprendere al turista una relazione sessuale a sfondo commerciale con i residenti del luogo di destinazione» *(*Organizzazione Mondiale del Turismo*)* e nel sito dell' Osservatorio per il contrasto della pedofilia e della pornografia minorile:
http://www.osservatoriopedofilia.gov.it/dpo/it/turismo_sessuale.wp;jsessionid=CEE549662575282D92E5C180146A3EA2.dpo1; il paragrafo 29 della direttiva 2011/92/UE lo definisce come «lo sfruttamento sessuale dei minori da parte di una o più persone che viaggiano dal loro ambiente abituale verso una destinazione all'estero in cui hanno contatti sessuali con minori».

richiesto dalla direttiva 2011/92/UE all'articolo 21 *b)*[194]. Inoltre, l'articolo 16 della legge del 1998 prescriveva agli operatori turistici d'informare chiaramente i possibili clienti della responsabilità penale in cui sarebbero incorsi in caso di condotte relazionate con la prostituzione e pornografia minorile, anche se tali condotte fossero state commesse all'estero. Identica previsione è ora disposta dall'articolo 17 della legge 38/2006.

Riguardo al cliente che usufruisce di tali prestazioni sessuali, l'articolo 604 c.p., già nella versione *ante* riforma, prevedeva tale responsabilità, includendo tra le fattispecie suscettibili di essere perseguite penalmente anche se praticate all'estero, tutte quelle previste nella sezione dedicata ai delitti contro la personalità individuale (tra cui si annoverano le relative a prostituzione minorile e pornografia infantile degli articoli 600 *bis* e *ter* c.p.).

La legge 172/2012 ha provveduto ad includere anche le condotte relative al turismo sessuale tra i reati per cui si raddoppiano i termini di prescrizione, nonché tra i reati fine dell'istigazione punita a norma del nuovo 414 *bis* c.p. e del nuovo tipo di associazione a delinquere.

f) Maltrattamenti in famiglia

Tra le fattispecie riformate nel 2012 vi è l'articolo 572 c.p., di cui si modificano la rubrica, i soggetti passivi, i minimi e massimi edittali e si inseriscono aggravanti speciali. In primo luogo, l'articolo 572 c.p. s'intitola ora *maltrattamenti contro familiari e conviventi* e non più *maltrattamenti in famiglia*, dando rilievo non tanto al fatto che la condotta sia compiuta ledendo il nucleo familiare, ma che sia realizzata verso determinate persone strettamente legate al soggetto attivo. Legame che, anche da quanto stabilito dalla Cassazione anteriore alla riforma, deve considerarsi esistente non solo in caso di vincolo giuridico matrimoniale con relativa convivenza, ma anche

[194] Il par. 29 della direttiva stessa, auspica inoltre la modifica da parte degli Stati «delle norme sulla giurisdizione al fine di garantire che siano puniti per abuso o sfruttamento sessuale di minori gli autori del reato originari dell'Unione, anche quando il reato è commesso al di fuori dell'Unione stessa, in particolare nell'ambito del cosiddetto «turismo sessuale». […] È opportuno che gli Stati membri promuovano un dialogo e una comunicazione aperti con i paesi al di fuori dell'Unione affinché siano in grado di procedere a norma della pertinente legislazione nazionale contro gli autori dei reati che viaggiano al di fuori dei confini dell'Unione a scopo di turismo sessuale a danno di minori».

nei casi di relazione affettiva stabile senza vincolo matrimoniale[195] o di coniugi separati (vincolo matrimoniale ma mancanza di convivenza)[196]; la nuova legge fa proprio questo orientamento includendo tra i soggetti passivi anche coloro che siano «comunque conviventi», per dare rilievo e maggior tutela ai componenti delle famiglie di fatto, oggi maggiormente diffuse.

Oltre all'innalzamento dei massimi edittali, sono state aumentate le pene previste per le ipotesi aggravate già esistenti nel periodo *ante* riforma (lesioni gravi, gravissime o morte). Ciò che però è totalmente innovativo è la nuova aggravante (ad effetto comune e non ad effetto speciale come le tre ora menzionate) di realizzazione della fattispecie tipica nei confronti di un minore di quattordici anni. Il nuovo dettato di tale articolo non è stato però salutato con favore, in quanto implica una riduzione della tutela del minore da «ogni forma di violenza, di oltraggio o di brutalità fisiche o mentali[…]» richiesta dall'articolo 19 della Convenzione del 1989. Rispetto alla versione *ante* riforma, in cui si puniva il maltrattamento di un familiare *o di un minore degli anni quattordici* (corsivo mio), tale seconda previsione è divenuta un'aggravante della fattispecie basica, in quanto il soggetto attivo non risulta più punibile in ogni caso di maltrattamento di un infraquattordicenne, ma solo nel caso in cui esista una relazione familiare, di convivenza o di affidamento tra soggetto attivo e vittima[197]. Con tale riforma il legislatore italiano si discosta dalle raccomandazioni adottate da parte del Comitato sui diritti dell'infanzia e contenute nelle recenti Osservazioni conclusive del 2011, in cui richiede al contrario un'intensificazione della protezione del minore dai maltrattamenti[198]. Deve salutarsi con favore il nuovo decreto legge del 14 agosto 2013, n.93, relativo alla *prevenzione e contrasto della violenza di genere* in quanto, nonostante mantenga come aggravante la realizzazione della condotta verso un minorenne, ne eleva l'età da quattordici a diciotto anni, prevedendo inoltre che tale aggravante si applichi non solo nel caso in cui la condotta

[195] Cass. pen., sez. V, 17 marzo 2010, n. 24688, B., in *Foro it.,* 2011, II, 385;, Vedi anche Cass. pen., sez. VI, 27 maggio 2013, n. 22915 in Massimario.it al sito Altalex: http://www.altalex.com/#.

[196] Cass. pen., sez. VI, 27 giugno 2008, n. 26571, V., in *Foro it.*, 2008, II, 546. Vedi anche Cass. pen., sez. VI, 13 novembre 2012, n. 7369, M., in *Foro it. Rep.* (Il), 2011, Maltrattamenti in famiglia [4040], n. 21; *C.E.D. Cass.*, rv. 254026 (m).

[197] Vedasi le critiche mosse da M. BERTOLINO nel suo intervento in R. ALBERINI, M. BERTOLINO, P. BOSIO, M. MONTELEONE, F. SARDELLA, A. VERZA, Seminario *Sfruttamento.*.cit.; vedi anche A. PECCIOLI *La riforma dei reati di prostituzione minorile e pedopornografia*, in *Dir. pen. processo* 2013…cit., p. 152 e ss.

[198] Cfr. COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding Observations: Italy*…cit., p. 9 e ss.

tipica sia realizzata a danno di un minore, ma anche solo in sua presenza. Tale decreto è stato convertito in legge, del 15 ottobre 2013, n.119 con alcune modificazioni, tra cui l'abrogazione del secondo comma dell'articolo 572 c.p. e la trasposizione dell'avere agito in presenza o a danno di minore di diciotto anni o di persona in stato di gravidanza, come aggravante comune, mediante l'introduzione del comma 11-*quinquies* all'articolo 61 c.p.

g) Adescamento di minorenni e nuovi reati

La vera novità della riforma del 2012 consiste nell'introduzione di reati totalmente nuovi nell'ordinamento interno. Tra le nuove fattispecie tipizzate vi è quella prevista dall'articolo 609 *undecies* c.p., aggiunto interamente dalla legge 172/2012, e concernente l'adescamento di minorenni*:* trattasi di una fattispecie particolare che punisce (congiungendo il dettato del primo e del secondo comma in cui si delinea il concetto di adescamento) qualunque atto «volto a carpire la fiducia del minore di sedici anni attraverso artifici, lusinghe e minacce» ai fini della commissione di reati di pedofilia[199], sfruttamento sessuale, pedopornografia, o di riduzione del bambino in schiavitù. Il reato in questione viene caratterizzato dall'essere a fattispecie aperta, in quanto suscettibile di essere integrato attraverso il compimento di «qualunque atto», e avente un doppio dolo specifico: ottenere la fiducia del minore (l'articolo propriamente parla di "carpire", implicante una condotta insidiosa) e la futura realizzazione dei reati elencati nell'articolo 609 *undecies* c.p. Dubbia è l'opportunità dell'aver collegato la perpetrazione del reato anche alla sussistenza della finalità di carpirne la fiducia, di difficile realizzazione nel caso in cui il soggetto attivo, piuttosto che agire in forma insidiosa e leziosa (artifici

[199] Occorre precisare che la dottrina tende a differenziare, anche se con definizioni ancora oggetto di discussione, i termini di "pedofilia", "pederastia" e "misopedia": il primo viene generalmente usato per indicare «l'attrazione erotica verso bambini e adolescenti dello stesso o differente sesso, che non necessariamente si traduce in rapporti sessuali con i bambini», mentre la "pederastia" «ne implicherebbe l'attuazione, specialmente con bambini dello stesso sesso». L'esistenza di impulsi sessuali verso i minori non costituisce reato fin quando non giunga a ledere l'altrui sfera giuridica: nel momento in cui il soggetto attui rapporti sessuali, si avvalga di materiale pornografico o adotti (dopo la riforma del 2012), comportamenti potenzialmente lesivi della sfera giuridica del bambino, sarà perseguibile penalmente. Occorre inoltre differenziare tali termini dalla "misopedia", usando questo ogni volta che il soggetto attui comportamenti verso minori per fini violenti, in cui l'elemento sessuale è assente o in subordine rispetto alla condotta violenta. In M. HELFER *Sulla repressione della …*op. cit., p. 32 e ss.

o lusinghe) agisca mediante minacce; in tal caso sembrerebbe non potersi parlare del reato previsto nell'articolo 609 *undecies* c.p., ma del reato generale che punisce chi si si avvale di violenza o minaccia per costringere altri a tenere un comportamento non voluto, delineato dall'articolo 610 del Codice penale[200].

Opinabile è anche la previsione di rendere perseguibile tale condotta solo se realizzata nei confronti dei minori di sedici anni, per due particolari ragioni: la prima è che quasi tutti i reati fine dell'adescamento puniscono il soggetto attivo che agisce genericamente contro una vittima minorenne, senza stabilire una soglia all'interno della minore età per cui non vi sia punibilità del soggetto. Inoltre, manca del tutto il raccordo con la disciplina dei reati di corruzione ed atti sessuali con minorenni (articoli 609 *quater* e *quinquies* c.p.). In questi articoli si punisce infatti la condotta in essi prevista unicamente se attuata nei confronti di un minore di quattordici anni, in modo tale che se il soggetto passivo fosse un ultraquattordicenne, il soggetto attivo non verrebbe punito. Il problema che la dottrina si pone concerne i casi in cui l'adescamento venga effettuato nei confronti di un maggiore di quattordici e minore di sedici anni: se il soggetto attivo non giungesse a realizzare il reato fine dell'adescamento e non fosse possibile provare la volontà di compiere un reato fine distinto da quelli previsti dagli articoli 609 *quater e quinquies* c.p., il soggetto agente potrebbe invocare come *escamotage* una di queste due fattispecie come fine dell'avvicinamento del minore, e rifuggire in tal modo da responsabilità penale[201].

Nonostante tali critiche, la tipizzazione italiana supera le previsioni auspicate a livello internazionale su due differenti fronti: sia l'articolo 23 della Convenzione di Lanzarote che il 6 della direttiva 2011/92/UE richiedono agli Stati di adottare le misure opportune per reprimere tali condotte unicamente se compiute verso un minore non avente ancora l'età per il consenso sessuale (quattordici anni in Italia), e sempre che alla concertazione dell'incontro seguano atti materiali di avvicinamento. Il dettato italiano, stabilendo un'età superiore all'auspicata e la non necessità di tali atti materiali, aumenta le ipotesi di tutela del minore[202].

[200] Cfr. C. RUSSO op. cit., p.17 e ss.
[201] *Ivi*, p.19 e ss.
[202] Per le critiche mosse, in quanto l'attuale previsione sarebbe suscettibile di poter ledere il principio di offensività, cfr. A. PECCIOLI *La riforma dei reati di prostituzione minorile e pedopornografia*, in *Dir. pen. processo* 2013…cit., pp. 146-147.

Un'ultima, importante puntualizzazione: il dettato dell'articolo 609 *undecies* c.p. menziona anche una particolare fattispecie di adescamento, suscettibile di essere effettuata «[…] *anche* (corsivo mio) mediante l'utilizzo della rete Internet o di altre reti o mezzi di comunicazione» *(*c.d. *grooming).* Tale previsione si è resa necessaria per l'incremento dell'uso di Internet e, con esso, dei pericoli nella rete, e che costituisce la vera ragione per cui in ambito internazionale è stato previsto l'adescamento di minorenni[203]: anche qui la previsione interna supera gli auspici internazionali, in quanto l'adescamento propriamente informatico viene considerato come una particolare sottospecie del più ampio reato di adescamento.

Restando nell'ambito delle nuove condotte penalmente rilevanti, l'articolo 414 *bis* c.p. punisce l'istigazione pubblica al compimento di delitti di pedofilia e pedopornografia e la pubblica apologia di essi. Per la maggior parte della dottrina, tale articolo ha semplicemente esplicitato ciò che già veniva considerato incluso nelle condotte previste dalla più ampia formulazione dell'articolo 414 c.p., relativa all'istigazione al compimento di reati. A ciò può però essere ribattuto che tale delitto deve intendersi come fattispecie a sé per alcune peculiarità introdotte con la nuova normativa, quali l'innalzamento della soglia minima per la pena principale, l'esclusione di determinate scriminanti (per espressa previsione del terzo comma dello stesso articolo 414 *bis* c.p.), e l'applicazione di determinate pene accessorie, così come previsto espressamente dall'articolo 600 *septies.2* c.p.[204].

Discutibile è stata la mancata inclusione nel 414 *bis* c.p. del riferimento all'apologia o all'istigazione a compiere in danno di minorenni i reati previsti dagli articoli 609 *octies* c.p. (violenza sessuale di gruppo), e *undecies* (adescamento di minorenni): per quest'ultimo è probabile ipotizzare, essendo stato introdotto dalla stessa legge 172/2012, una possibile svista del legislatore, di cui si spera una pronta risoluzione. Più grave è la mancata inclusione del 609 *octies* c.p., già esistente *ante* riforma: nel caso di istigazione a compiere in danno di un minore violenza sessuale di gruppo, tale condotta sarà unicamente punibile per la sua riconduzione

[203] Sia l'art. 23 della Convenzione di Lanzarote che l'art. 6, co.1 della direttiva 2011/92/UE richiedono infatti che la condotta tipica di adescamento avvenga mediante l'uso «di mezzi d'informazione e di comunicazione».
[204] Cfr. C. RUSSO, op. cit., p.7 e ss.

all'istigazione ordinaria dell'articolo 414 c.p., non essendo suscettibile di rientrare tra i reati del 414 *bis* c.p. neanche in via interpretativa.

Per concludere in tema di nuovi reati introdotti nel 2012, l'articolo 416 c.p. viene riformato mediante l'introduzione di un settimo comma, in cui si punisce la costituzione o partecipazione ad associazione avente il fine di commettere reati in materia di pedofilia e pedopornografia.[205]

h) Disposizioni in tema di errore sulla minore età del soggetto passivo

Oltre alla nuova formulazione di alcuni articoli ed introduzione di nuove fattispecie nel Codice penale, la legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote prevede inoltre una disciplina più severa riguardo alla possibile ignoranza dell'età della persona offesa, introducendo *ex novo* l'articolo 602 *quater* c.p. e riformulando il 609 *sexies* c.p.: tale ultimo articolo era stato introdotto con legge n. 66/1996 (a cui si è già fatto riferimento), che riformava il codice Rocco inserendo la sezione dei delitti contro la libertà sessuale tra quelli del capo III, titolo XII (*Delitti contro la persona*), libro II del Codice penale, e che considerava, per i reati degli articoli 609 *bis, ter, quater, quinquies* e *octies* c.p. (e oggi anche *undecies)*, irrilevante l'ignoranza della minore età della persona offesa. Una sentenza interpretativa di rigetto della Corte costituzionale[206], per conformare il testo ai princìpi costituzionali, attribuiva rilievo unicamente all'«ignoranza inevitabile della minore età»[207]. La legge 172/2012 recepisce, esplicitandolo, tale orientamento della Corte costituzionale; non solo, in quanto attraverso l'introduzione dell'articolo 602 *quater* c.p., lo stesso trattamento viene applicato anche ai reati della sezione I dello stesso capo e titolo a cui si è fatto ora riferimento, dapprima ricompresi nella disciplina generale che

[205] Per i vari problemi a cui tale previsione va incontro, soprattutto per il possibile concorso con il delitto di associazione per delinquere ordinaria, con il delitto di associazione di stampo mafioso o con il comma 6 dell'articolo 416 (nel caso in cui lo sfruttamento sessuale dei minorenni sia attuato mediante la riduzione in schiavitù di questi), vedasi C. RUSSO op. cit., p. 11 e ss.

[206] Corte cost. sent. 24 luglio 2007, n. 322, in *Giur. Costit.*, 2007, 3144; *Giust. Pen.*, 2007, I, 289.

[207] Per non considerarsi sufficiente ad integrare l'ignoranza inevitabile del soggetto attivo l'aver ricevuto dichiarazione della vittima di avere un'età superiore, richiedendosi determinate attività da parte del soggetto che voglia compiere determinati atti con chi appaia di giovane età, si veda C. RUSSO, op. cit. p..48 e ss e le sentenze a cui fa riferimento; A. VALLINI *Nuove norme a salvaguardia del minore, della sua libertà (integrità) sessuale e del minore nella "famiglia"* in *Dir. pen. processo,* 2013, n.2, p. 162 e ss.

richiedeva che, per il compimento di tali delitti aventi natura dolosa, occorresse la conoscenza effettiva da parte dell'autore (anche a titolo di dolo eventuale) della minore età della vittima. La nuova disciplina restringe l'ipotesi di rilievo dell'ignoranza della minore età ai soli casi d'inevitabilità di questa, anche per i delitti di pedopornografia o sfruttamento sessuale del minore (e non solo, in quanto l'articolo 602 *quater* c.p. estende l'applicazione della nuova disciplina a tutti i reati ricompresi nella sezione in cui si colloca).

i) Responsabilità delle persone giuridiche

In tema di responsabilità delle persone giuridiche occorre sottolineare come in ambito italiano tale responsabilità, al contrario dell'ordinamento spagnolo, viene prevista in un'apposita normativa, il dlgs. 8 giugno 2001, n.231, e non nel Codice penale. Ciò in quanto la responsabilità coniata in Italia per le persone giuridiche è di tipo amministrativo[208]. Essa deriva dalla realizzazione di uno dei reati presupposto elencati negli articoli 24-25 *duodecies* del decreto, sempre che si compiano gli elementi d'imputazione oggettiva e soggettiva previsti dagli articoli 5, 6 e 7 del dlgs. 231/2001. Il primo articolo tra i tre citati rispecchia le prescrizioni delle norme internazionali in materia di minori[209], in quanto permette di costituire la responsabilità in capo alla persona giuridica a seguito della commissione di reati da parte sia di persone fisiche aventi posizione apicale nell'ente, sia da soggetti sottoposti a direzione e vigilanza delle prime.

Da un altro punto di vista, le previsioni del dlgs. 231/2001 non sono pienamente soddisfacenti, essendo la responsabilità delle persone giuridiche in caso di reati che abbiano come vittime i minori più ridotta rispetto a quanto previsto nel panorama internazionale: l'unico articolo che la prevede è infatti il 25 *quinquies* del decreto, introdotto nel 2003 e modificato con legge 38/2006, che si limita a richiamare, oltre

[208] Nessuna delle norme internazionali che richiedono la responsabilità delle persone giuridiche fa riferimento al tipo penale, parlandosi più genericamente di *responsabilità*. L'art. 3, co. 4 dell'OPSC afferma espressamente che tale responsabilità può essere penale, civile o amministrativa. Per le disquisizioni sul tipo di responsabilità effettivamente esistente in Italia per le persone giuridiche, Cfr. PAOLOZZI G., *Vademecum per gli enti sotto processo*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2006, p. 3 e ss.

[209] Art. 26 Convenzione di Lanzarote; art. 12 direttiva 2011/92/UE; art. 26 decisione-quadro 2004/68/GAI; art. 12 Convenzione di Budapest.

agli articoli 600, 601 e 602 del c.p. in tema di schiavitù, i soli reati previsti dagli articoli 600 *bis* c.p. (prostituzione), 600 *ter* c.p. (pedopornografia e spettacoli osceni) e 600 *quinquies* c.p. (turismo sessuale). Manca quindi un totale raccordo con le previsioni internazionali, specie le più recenti, che prescrivono l'adozione di misure interne volte a prevedere la responsabilità delle persone giuridiche per tutti i reati oggetto delle singole Convenzioni; tale lacuna normativa è problematica specialmente per il nuovo reato di adescamento di minorenni. In merito all'associazione a delinquere avente come reato fine quelli di pedopornografia o pedofilia (416, comma 7 c.p.), è possibile includerla tra i reati che generano la responsabilità delle persone giuridiche, sulla base di quanto disposto dall'articolo 24 *ter* del dlgs. 231/2001, che fa riferimento all'articolo 416 c.p. in generale, permettendo quindi d'includervi anche il nuovo settimo comma di quest'ultimo. L'unico problema, che non può essere superato in base al dettato normativo, sta nel fatto che l'articolo 24 *ter*, comma 1 del dlgs. 231/2001, prevede una sanzione di multa più elevata solo per le condotte previste dal sesto comma dell'articolo 416 c.p.: mancando un'espressa menzione del nuovo settimo comma di quest'ultimo, nel caso che la condotta della persona fisica integri quella tipizzata dall'articolo 416, comma 7 c.p., la persona giuridica potrà vedersi applicata unicamente la sanzione prevista dal secondo comma del 24 *ter* del decreto, di ammontare inferiore rispetto a quella del suo primo comma.

j) Pene accessorie e misure di sicurezza

Relativamente alle pene accessorie, è stata accolta favorevolmente la riformulazione degli articoli che le prevedevano: grazie alla riforma, che ha abrogato l'articolo 602 *bis* c.p., il nuovo testo dell'articolo 600 *septies.2* c.p. esaurisce ora la previsione delle pene accessorie per i reati della sezione in cui si colloca (in primo luogo quelli degli articoli 600 *bis-quinquies* c.p.), e per quello d'istigazione pubblica o apologia ai reati di pedofilia e pedopornografia (articolo 414 *bis* c.p.), in quanto espressamente richiamato. Il 609 *nonies* c.p. disciplina invece le pene accessorie per i reati sessuali previsti dagli articoli 609 *bis, ter, quater, quinquies, octies e undecies* c.p. Dalla riforma effettuata è scaturito quindi un sistema più articolato e conforme

alla normativa internazionale, richiedente la predisposizione di misure più ingenti[210]: entrambi gli articoli prevedono infatti la perdita della potestà genitoriale[211] quando la qualità di genitore sia «elemento costitutivo o circostanza aggravante del reato»[212], perdita del diritto agli alimenti ed esclusione dalla successione dell'offeso, interdizione perpetua dagli uffici di tutela, curatela e amministrazione di sostegno, interdizione perpetua o temporanea da pubblici uffici a cui si aggiunge, se la vittima è minorenne, l'interdizione perpetua da incarichi nelle scuole o in altre strutture che prevedano il contatto con minori. Solo per i reati di pedopornografia e sfruttamento sessuale del bambino (e gli altri della sezione I, capo III, titolo XII, libro II c.p., in caso di vittima minorenne) è inoltre prevista la chiusura degli esercizi commerciali finalizzati a realizzare i reati in esame, nonché la revoca della licenza o autorizzazione per emittenti radiotelevisive. Per i soli reati degli articoli 609 *bis* c.p. e seguenti è prevista anche la sospensione dall'esercizio della professione o di un'arte.

---

[210] L'art. 10 della direttiva 2011/92/UE richiede infatti la predisposizione di «misure necessarie per assicurare che la persona fisica condannata per i reati di cui agli artt. da 3 a 7 sia interdetta, in via temporanea o permanente, almeno dall'esercizio di attività professionali che comportano contatti diretti e regolari con minori», richiesta già all'articolo 5, co.3 della decisione-quadro 2004/68/GAI,

[211] Dato il richiamo generico alla perdita di potestà genitoriale, la Cassazione ha interpretato tale previsione in senso lato, ammettendo che, in caso di più figli di cui solo uno o alcuni siano vittime, il genitore perde la potestà su tutti, in quanto la norma non attua un riferimento specifico ai figli su cui si applichi tale perdita, sanzionando l'indegnità oggettiva del genitore ad esercitare la potestà. (Sent. Cass. pen., sez. III, 3 aprile 2008, n. 19729, Dolfi, in *Foro it. Rep.* (Il), 2008, Violenza sessuale [7085], n.69; *C.E.D. Cass.*, rv. 240042 (m).; C. RUSSO op. cit., p.59. Tale previsione recepisce la previsione dell'art. 27 co. 4 della Convenzione di Lanzarote.

[212] Tale espressione, già prevista nel sistema anteriore, generava e genera alcuni problemi interpretativi in tema di applicazione di tale pena accessoria alle ipotesi in cui la qualità di genitore non sia prevista come elemento costitutivo o circostanza aggravante, ad esempio nel caso che si abbiano rapporti sessuali con un minore infraquattordicenne consenziente, condotta punita in qualsiasi caso senza che rilevi la qualità genitoriale dell'autore. In tale primo caso, stando al dettato dell'art. 609 *nonies* c.p., se il soggetto attivo fosse il genitore, non essendo tale qualità un elemento costitutivo del reato, non si applicherebbe la perdita della potestà genitoriale. Al contrario, vedrebbe automaticamente applicata tale pena accessoria il genitore (o una delle persone a cui fa riferimento l'articolo 609 *quater* c.p.*)* avente rapporti sessuali con minore ultraquattordicenne. Per superare l'*impasse*, la Cassazione ha affermato che «[…] la condotta di atti sessuali con minorenne ad opera del genitore o altra persona qualificata rientra comunque nell'ipotesi di cui all'articolo 609 quater n.2, anche quando la vittima sia infraquattordicenne, con conseguente applicabilità, anche in tal caso, della pena accessoria della perdita della potestà genitoriale» Cass. pen., sez. III, 28 settembre 2011, n. 37509, S., in *Foro it. Rep.* (Il), 2011, Violenza sessuale [7085], n. 30; *C.E.D. Cass.*, rv. 251398 (m).

.

Oltre all'opera di razionalizzazione effettuata, il nuovo dettato dell'articolo 609 *nonies* c.p. deve salutarsi con particolare favore anche in relazione alla previsione del nuovo terzo comma, che vincola il giudice a predisporre obbligatoriamente nella sentenza di condanna per reati dal 609 *bis* a *undecies* c.p., o del 600 *bis*, secondo comma c.p. l'applicazione, per almeno un anno dopo l'esecuzione della pena, di alcune misure di sicurezza: «eventuale restrizione dei movimenti e della libera circolazione e divieto di avvicinarsi a luoghi frequentati abitualmente da minori; divieto di svolgere lavori che prevedano un contatto abituale con minori; obbligo di tenere informati gli organi di polizia sulla propria residenza ed eventuali spostamenti». La violazione delle misure di sicurezza speciali previste dal terzo comma implica un nuovo reato, punibile con la reclusione fino ad un massimo di tre anni, secondo la previsione del quarto comma dell'articolo 609 *nonies* c.p., aggiunto anch'esso dalla riforma del 2012.

Oggetto di critica è stata invece l'introduzione della sottoposizione a trattamento psicologico per i condannati per reati sessuali in danno di minori, a causa della modalità e della portata della previsione: a fronte di una più incisiva proposta presentata dalla Commissione Giustizia del Senato durante l'*iter* di approvazione parlamentare, che prevedeva la sottoposizione obbligatoria a trattamento psicologico sia durante il periodo di detenzione che nei cinque anni successivi, per sanare le tendenze deviate del detenuto, tale trattamento è stato introdotto nell'ordinamento con l'aggiunta di un articolo, il 13 *bis*, alle norme sull'ordinamento penitenziario (legge 26 luglio 1975, n. 354) e non quindi nel Codice penale, prevedendolo come facoltativo e, così come sembra emergere leggendo il testo dell'articolo, limitatamente al periodo di carcerazione. Tale articolo, è bene dirlo, si relaziona con il 4 *bis* della legge 354/1975, relativo ai benefici a cui possono accedere i detenuti: nel caso di condannati per reati sessuali in danno di minori, il comma 1 *quinquies* (introdotto con la legge 172/2012) prevede che essi potranno accedere ai benefici solo a seguito di sottoposizione a trattamento psicologico. Ciò può pregiudicare il fine per cui i detenuti decidano di sottoporvisi, in quanto più che essere spinti da un reale interesse a guarire dalle proprie pulsioni deviate potrebbero richiedere di accedervi solo per ottenere i benefici penitenziari.

k) Termini di prescrizione

Un breve accenno dev'essere inoltre effettuato riguardo ai termini di prescrizione, essendo stati raddoppiati dalla legge 172/2012 per garantire una miglior persecuzione del reo. Rispondendo all'articolo 33 della Convenzione di Lanzarote[213], l'articolo 4 della legge 172/2012 prevede l'aggiunta all'articolo 157 c.p. di un periodo ulteriore al suo sesto comma, raddoppiando i termini di prescrizione per i reati degli articoli «572 e per i reati di cui alla sezione I del capo III del titolo XII del libro II e di cui agli articoli 609-bis, 609-quater, 609-quinquies e 609-octies, salvo che risulti la sussistenza delle circostanze attenuanti contemplate dal terzo comma dell'articolo 609-bis ovvero dal quarto comma dell'articolo 609-quater».

l) Sistema processuale: l'ascolto del minore

Tra i vari obiettivi che la Convenzione di Lanzarote si prefigge, si è precedentemente evidenziato che nel suo primo articolo viene dato rilievo non solo alla prevenzione e repressione dei reati contro i minori, ma anche alla tutela dei diritti dei bambini vittime di abuso e sfruttamento sessuale: bambini che già abbiano subìto gli abusi e a cui si deve cercare di garantire il maggior sostegno psicologico possibile, evitando di pregiudicare ulteriormente la loro sfera psichica ed emozionale. Per perseguire tale finalità sono state modificate alcune disposizioni del Codice di procedura penale, ampliando le ipotesi di ascolto protetto del minore durante lo svolgimento del procedimento giudiziario: alle forme di audizione protetta (stabilite dal giudice in base alle peculiarità del caso concreto) nell'attuazione dell'incidente probatorio (articolo 398 comma 5*bis* c.p.p.) e nell'esame testimoniale in dibattimento (articolo 498 comma 4*bis* c.p.p., che richiama le forme di audizione protetta del 398 comma 5*bis* c.p.p.*)*, esistenti nel periodo *ante* riforma per i soli reati di pedofilia, pedopornografia, tratta di esseri umani e *stalking*, si aggiunge ora la previsione di estenderle anche ai casi di audizione del minore da parte di altri soggetti (difensore, p.m. e polizia giudiziaria). La disciplina anteriore alla riforma

[213] Il quale prevede che «Ciascuna Parte adotterà i necessari provvedimenti legislativi o di altro genere affinché i termini di prescrizione per dare inizio ai procedimenti riguardo ai reati stabiliti in conformità alla agli articoli 18, 19 paragrafo 1.a e b, e 21, paragrafo 1.a e b vengano dilatati per una durata sufficiente a consentire l'avvio efficiente dei seguiti dopo che la vittima abbia raggiunto la maggiore età e che siano proporzionati alla gravità del reato in questione.»

prevedeva infatti particolari precauzioni solo nel caso di deposizione del minore davanti al giudice. In tali casi, una prima disciplina generale, valida per ogni reato in cui il minore dovesse fornire dichiarazioni, richiedeva che il suo esame testimoniale fosse diretto unicamente dal giudice, che poteva avvalersi di uno psicologo infantile[214] (articolo 498 comma 4 c.p.p.); relativamente ai reati enunciati nel comma 5*bis* dell'articolo 398 c.p.p. e 4 *bis* dell'articolo 498 c.p.p., si aggiungeva la disciplina già citata di misure specifiche di audizione protetta, adottabili di volta in volta da parte del giudice. Tale disciplina è tuttora in vigore, con la previsione aggiuntiva, come già anticipato, di forme di audizione protetta del minore anche nei casi in cui debba fornire dichiarazioni al pubblico ministero, polizia giudiziaria o al difensore, in quanto la normativa internazionale fa riferimento alla necessità di garantire protezione al minore, vittima o testimone «in tutti gli stadi delle indagini e procedimenti penali»*[215]*. La nuova disciplina codicistica prescrive ora che il soggetto che assume le dichiarazioni di minorenni in procedimenti penali relativi ai reati di pedofilia, pedopornografia e tratta di persone deve farsi assistere da un esperto in psicologia o psichiatria infantile. Assistenza che, se da un lato viene prevista come obbligatoria, dall'altro è stata oggetto di critica, in quanto richiede la nomina dell'esperto da parte del pubblico ministero unicamente quando l'audizione del minore sia effettuata da parte della polizia giudiziaria, ma non nel caso che sia il difensore ad ottenere le dichiarazioni: ciò potrebbe implicare un'assenza dell'imparzialità necessaria a tutelare il minore.

In aggiunta, nei casi di pedofilia e pedopornografia al minore persona offesa viene garantito in ogni stato e grado del procedimento il sostegno psicologico ed affettivo dei genitori o di persona indicata dal minore (articolo 609 *decies*, comma terzo c.p.). Non solo: il comma 4 *ter* dell'articolo 498 c.p.p. permetteva e permette

[214] La Cassazione ha peraltro interpretato la presenza dello psicologo infantile come facoltativa, potendo il giudice nel caso concreto decidere se avvalersi o meno di esso. Così Cass. pen., sez. III, 4 novembre 2010, n. 42477, D. S., in *Foro it. Rep.* (Il), 2010, Dibattimento penale [2140], n.65; *C.E.D. Cass.*, rv. 248757 (m). Inoltre, viene sottolineato, seguendo anche l'orientamento della Cassazione, che in ogni caso l'esame è condotto dal giudice, essendo l'esperto volto unicamente a sostenere psicologicamente il minore o ad indicare al giudice le modalità più idonee per effettuare le domande al minore. Per approfondimenti, C. RUSSO op. cit., p. 78.

[215] Art. 31, co. 1 Convenzione di Lanzarote; direttiva 2011/92/UE art. 18 e seguenti, e nello specifico art. 20, co.1; art. 9 decisione-quadro 2004/68/GAI; art. 8, co.1del Protocollo opzionale sulla vendita di bambini, la prostituzione dei bambini e la pornografia rappresentante bambini; par. 58 direttiva 2012/29/UE. Si veda inoltre COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding..cit.*, 2011, p. 7 e ss.

inoltre al minore che lo richiede di evitare il contatto con l'imputato effettuando l'esame dietro ad un vetro munito di citofono. La disciplina attuale, composta dalle previsioni già presenti nel sistema e da quelle introdotte con la riforma, si applica anche al nuovo reato di adescamento di minorenni (articolo 609 *undecies* c.p.), ad eccezione del comma 4 *ter* dell'articolo 498 c.p.p., impedendo al minore vittima di adescamento di poter richiedere di essere udito con vetro unidirezionale.

Un'analisi più dettagliata delle specifiche norme internazionali relative all'assistenza dei minori vittime, specialmente nei procedimenti penali, verrà effettuata nel capitolo spagnolo, nella sezione relativa alla giurisprudenza, per il particolare contributo da parte degli interpreti del diritto in tale ambito.

III.2.-Il ruolo della giurisprudenza nell'attuazione della tutela del minore

Nell'attuale sezione saranno oggetto di attenzione alcune pronunce adottate da parte degli organi di giurisdizione ordinaria e dei giudici di legittimità costituzionale: non bisogna dimenticare che il recepimento delle obbligazioni internazionali vincola tutti i poteri pubblici, tra cui gli organi giudiziari, che rivestono un ruolo peculiare in tale ambito. Il ruolo chiave d'interpreti del diritto permette di svolgere un'attività ermeneutica in senso tale da orientare le disposizioni interne al piano internazionale. Rilevante è inoltre il ruolo dei giudici per dare seguito alle raccomandazioni che il Comitato sui diritti dell'Infanzia muove periodicamente all'Italia, specie per ampliare nell'ordinamento interno l'applicazione dei princìpi fondamentali enunciati dalla Convenzione[216]: le pronunce che verranno esposte analizzano prevalentemente due dei princìpi fondamentali della CRC, quali l'interesse superiore del minore, relazionato con il diritto di questi a mantenersi all'interno del nucleo familiare d'origine, e il diritto di essere ascoltato.

[216] Ad esempio, COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding...cit.*,2011, p. 7 e ss.

III.2.1.-La Corte costituzionale e il *best interest* del minore

Il ruolo rilevante svolto dalla Corte costituzionale per la difesa della Norma Fondamentale si è reso oggi ancora più importante grazie alla riforma costituzionale varata nel 2001. Tramite essa, il nuovo Titolo V richiama espressamente la necessità da parte del legislatore italiano, sia statale che regionale, di conformarsi non solo alla Costituzione ma anche alle obbligazioni comunitarie ed internazionali, che vengono quindi espressamente accolte nell'ordinamento italiano come criterio d'orientamento a cui il legislatore deve far riferimento. In caso di loro violazione, sarà possibile dichiarare l'illegittimità costituzionale delle norme interne contrastanti, per violazione dell'articolo 117 della Costituzione, agendo la normativa internazionale come norma interposta.

Le due sentenze della Corte costituzionale che si è scelto di analizzare, menzionano la violazione delle norme internazionali ed europee tra i vari argomenti addotti in motivazione per giungere a dichiarare l'incostituzionalità di due disposizioni di uno stesso articolo del Codice penale. Interessante è la constatazione che tale violazione costituisca espresso motivo d'illegittimità costituzionale, addotto nel dispositivo della sentenza, solo in una di esse, rappresentando nel giro di pochi mesi (essendo le due sentenze adottate nel 2012 e agli inizi del 2013) una più coraggiosa attività da parte del Giudice di legittimità costituzionale.

Ricostruendo in breve i punti più salienti di entrambe le sentenze, occorre in primo luogo incentrare l'attenzione sulla sentenza del 23 febbraio 2012, n.31[217], in cui la Corte costituzionale giunge a dichiarare l'incostituzionalità dell'articolo 569 del Codice penale, nella parte in cui prevede che nel caso di condanna per delitto di alterazione di stato (articolo 567 c.p.), il giudice debba obbligatoriamente disporre in sentenza la perdita della potestà genitoriale se il soggetto attivo sia il genitore, senza poter effettuare nessuna valutazione in concreto sul fatto che tale pena accessoria risponda all'interesse del minore. Il giudizio di legittimità costituzionale viene proposto in via incidentale dal Tribunale di Milano durante lo svolgimento di un

[217] Cort. Cost., sent. 23 febbraio 2012 , n. 31 in *Foro it.,* 2012, I, 1992.

procedimento penale per alterazione di stato della figlia neonata da parte dell'imputata «[…] mediante false attestazioni consistite nel dichiararla come figlia naturale, sapendola legittima in quanto concepita in costanza di matrimonio […]». Il giudice *a quo* attesta la rilevanza della questione di legittimità costituzionale ai fini della controversia, in relazione al fatto che una possibile condanna implicherebbe automaticamente la pena accessoria di perdita della potestà genitoriale. In tema di non manifesta infondatezza, considera tale disposizione dell'articolo 569 c.p. contraria agli articoli 2, 3, 27, 30 e 31 della Costituzione. La violazione dell'articolo 2 della Norma fondamentale viene giustificata dal fatto che la previsione dell'articolo 569 c.p. non garantisce la tutela dei diritti inviolabili, tradottisi nel caso concreto in quelli riconosciuti in capo al minore dagli articoli 30 e 31 della Costituzione, implicanti tra gli altri il diritto di questi di vivere con i genitori, salvo la sussistenza di contesti in cui ciò leda il suo interesse superiore. Per sostenere tale asserzione, il giudice *a quo* richiama alcune norme internazionali, tra cui la Convenzione di New York del 1989, ai suoi articoli 7 e 8, che riconoscono *in primis* il diritto del minore a mantenersi all'interno della famiglia, salvo che il suo interesse superiore non richieda l'allontanamento dal nucleo d'origine. L'automatica applicazione della pena accessoria di decadenza dalla potestà genitoriale impedirebbe al giudice di valutare nel caso concreto se effettivamente esista una lesione, nel mantenere il minore nel nucleo familiare, del suo superiore interesse, o se invece sia più opportuno far sì che permanga in esso.

La mancanza di valutazione nelle fattispecie concrete di quale sia effettivamente l'interesse superiore del minore viene evidenziata inoltre come irragionevole, e per questo lesiva dell'articolo 3 della Costituzione. Il reato in questione viene valutato infatti come *potenzialmente* lesivo, ma non necessariamente, di tale interesse, potendo verificarsi che tale condotta sia effettuata per tutelare il minore da attuazioni dannose dei suoi interessi compiute dall'altro genitore. L'attuale formulazione dell'articolo 569 c.p. obbligherebbe anche in tali casi ad applicare la decadenza dalla potestà genitoriale.

La violazione dell'articolo 3 della Costituzione viene inoltre giustificata dal raffronto con altre previsioni, questa volta in ambito civile, che richiedono

l'applicazione della decadenza o della sospensione dalla potestà genitoriale solo in seguito ad opportune valutazioni da parte dell'organo giudiziario[218].

In ultimo luogo il giudice *a quo* invoca la violazione dell'articolo 27 della Costituzione, per la mancanza di effettiva tendenza della pena accessoria, aprioristicamente applicata, alla rieducazione del reo, nei casi in cui la condanna sia dipesa da un'attuazione nell'interesse della prole.

Il curatore speciale della minore, attraverso cui viene rappresentata in giudizio, nel proprio atto di costituzione asserisce che nel caso concreto la perdita della potestà genitoriale, da disporsi automaticamente, priverebbe la minore stessa del solido vincolo instaurato nel tempo con la madre. Esprime una posizione conforme a quanto allegato dal giudice *a quo* nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale, sottolineando la lesione da parte della previsione dell'articolo 569 c.p. dei diritti inviolabili garantiti dall'articolo 2 della Costituzione, tra cui quelli dei minori, espressi anche dagli articoli 3, 29 e 30 della Norma Fondamentale, così come dagli articoli 7 e 8 della Convenzione di New York, relativi alla salvaguardia delle relazioni familiari, nonché dall'articolo 3 di quest'ultima, relativo al superiore interesse del minore come criterio ispiratore di decisioni implicanti il minore stesso. Un elemento addizionale addotto dal curatore speciale è la menzione, tra le fonti internazionali, della Convenzione europea del 1996[219] sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, nonché la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea[220], al suo articolo 24. Anche da tali normative emerge come sia preponderante la necessità di salvaguardare quanto possibile il nucleo familiare, per permettere ai genitori di adempiere ai doveri ad essi prescritti dall'ordinamento, facendo in modo di limitare lo sfaldamento di tale nucleo ai soli casi di effettiva lesione dell'interesse del minore a causa della permanenza in esso. L'automatismo della pena accessoria nel caso in cui il soggetto attivo fosse il genitore, escluderebbe la possibilità per il giudice di effettuare la valutazione in concreto sull'opportunità della pena, se rispondente o meno all'effettivo interesse del minore.

[218] Nello specifico il Tribunale per i minorenni, a cui è attribuito dagli artt. 330 e 331 del codice civile il potere di adottare i provvedimenti ivi previsti.

[219] Convenzione *europea sull'esercizio dei diritti dei minori* del Consiglio d'Europa, del 25 gennaio 1996, ratificata dall'Italia con legge del 20 marzo 2003 n.77 e pubblicata in Gazz. Uff. 18 aprile 2003, n. 91, S.O., con entrata in vigore il 19 aprile 2003.

[220] Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea , 2000/C 364/01, del 18 dicembre 2000 in Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee C 364/1.

In merito all'articolo 3 della Costituzione, l'irragionevolezza del mantenimento di una previsione automatica come quello previsto nell'articolo 569, viene inoltre supportata da previe sentenze della Corte stessa, dichiarative dell'illegittimità costituzionale di ulteriori previsioni normative che prevedevano l'applicazione automatica di analoghe misure, senza la possibilità di alcuna valutazione degli interessi coinvolti nel caso concreto.

In merito agli articoli 27, 30 e 31 della Costituzione, vengono riproposte le medesime asserzioni addotte nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale da parte del giudice *a quo.*

La Presidenza del Consiglio, per mezzo dell'Avvocatura generale dello Stato, interviene al giudizio di legittimità costituzionale asserendo la non fondatezza della questione. Tra le varie pronunce addotte a sostegno di tale asserzione, viene richiamata un'ordinanza adottata dalla Corte stessa il 23 giugno 1988, la n.723[221]in cui relativamente all'articolo 569 c.p. veniva dichiarata manifestamente infondata la questione d'incostituzionalità, considerando tale disposizione orientata a garantire il minore, in quanto la decadenza dalla potestà genitoriale derivava da una presunzione d'incapacità del genitore condannato per un delitto relativo allo stato di famiglia a poter adempiere ai propri doveri verso la prole conformemente alla previsione costituzionale dell'articolo 30. Ciò viene confermato dall'esistenza di altre previsioni normative con previsione di analoghe misure applicabili automaticamente.

In merito all'articolo 27 della Costituzione, non sussisterebbe la violazione in quanto la pena accessoria prevista è sorretta in tal caso dalla *ratio* di tutelare il minore, più che riabilitare il soggetto a cui viene imposta. Non sussiste infine contrarietà all'articolo 3 della Costituzione, in quanto gli articoli addotti dal giudice *a quo*, richiedenti per l'applicazione delle misure ivi previste una valutazione in concreto del giudice, e con cui comparare la previsione del 569 c.p., opererebbero su un piano di differente gravità, essendo più lievi le condotte che giustificherebbero sul piano civile la sospensione o decadenza della potestà genitoriale, rispetto a quella

[221] Cort. Cost., [ord.] 23 giugno 1988, n.723, in *Foro it.,* 1989, I, 2033.

prevista nel 569 c.p., costitutiva di reato e propriamente dannosa per i membri del nucleo familiare.

Sulla base di tali asserzioni, la Corte costituzionale nella motivazione passa in rassegna le ragioni per cui ritiene fondata la questione. Il dettato dell'attuale articolo 569 c.p. non consente infatti, stando alle parole della Corte, in relazione all'automatismo della decadenza dalla patria potestà quando autore del reato di alterazione di stato sia il genitore, di far sì che il giudice possa adeguatamente effettuare la ponderazione opportuna dei vari interessi implicati. Ritiene infatti la Corte che:

«nella fattispecie in questione vengono in rilievo non soltanto l'interesse dello Stato all'esercizio della potestà punitiva nonché l'interesse dell'imputato (e delle altre eventuali parti processuali) alla celebrazione di un giusto processo, condotto nel rispetto dei diritti sostanziali e processuali delle parti stesse, ma anche l'interesse del figlio minore a vivere e a crescere nell'ambito della propria famiglia, mantenendo un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, dai quali ha diritto di ricevere cura, educazione ed istruzione […]».

A tal fine la Corte richiama alcune fonti di carattere internazionale per attestare l'esistenza di un interesse preminente del minore a cui i pubblici poteri devono orientarsi. Conformemente a quanto addotto nell'ordinanza di rimessione del giudice *a quo*, richiama l'articolo 3 della Convenzione di New York del 1989, e la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli del 1996, che prescrivono all'autorità giudiziaria l'obbligo di acquisire informazioni tali da consentire di valutare correttamente quale statuizione, in procedimenti che implichino un minore, sia più conforme al suo *best interest*. Infine, riprendendo le asserzioni della parte civile, la Corte richiama anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in special modo al suo articolo 24, commi secondo e terzo, in cui si afferma il preminente interesse del minore, e il diritto di esso a mantenere relazioni continuative con i genitori, sempre che non implichino una lesione del suo interesse.

Quest'ultimo, prosegue la Corte, è ora presente nell'ordinamento interno grazie soprattutto ad alcune riforme varate nel sistema civile sin dal lontano 1975. Tali riforme hanno introdotto un regime sulla potestà genitoriale che comporta in capo a coloro a cui venga riconosciuta l'adempimento di una serie di doveri a favore della

prole. Statuizioni sulla potestà genitoriale non possono quindi non incidere sugli interessi dei soggetti che dall'esercizio di tale potestà verrebbero beneficiati. Per tale motivo la previsione della disposizione penale, specie perché relativa ad un reato come quello in questione non necessariamente lesivo dell'interesse del minore, viene considerata irragionevole da parte della Corte, in quanto non consente in alcun modo al giudice di poter valutare se, nel caso concreto, tale interesse sia stato leso e che quindi sia opportuno, per salvaguardarlo, far decadere il genitore dalla corrispondente potestà.

Sulla base di tali considerazioni, la Corte giunge quindi a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'articolo 569 c.p. per violazione dell'articolo 3 della Costituzione

«nella parte in cui stabilisce che, in caso di condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di alterazione di stato, previsto dall'articolo 567, secondo comma, del Codice penale, consegua di diritto la perdita della potestà genitoriale, così precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto»

La sentenza ora esaminata è stata oggetto di varie critiche da parte della dottrina: ciò in quanto il giudice di legittimità, nonostante abbia fatto menzione delle norme internazionali ed europee, non le utilizza propriamente come norma interposta. La pronuncia della Corte appare ancora timorosa, in quanto si limita a richiamare le varie fonti internazionali ed europee unicamente in motivazione per rafforzare l'idea dell'esistenza dell'interesse del minore nell'ordinamento italiano, senza però utilizzarle quale motivo d'incostituzionalità a norma dell'articolo 117 della Costituzione[222].

Maggiormente apprezzata su tale versante è la sentenza del 23 gennaio 2013, n.7 della Corte[223] che, poco meno di un anno dopo la prima pronuncia

[222] Per tali critiche, vedasi C. SALAMONE *Il* best interest *del minore e gli obblighi internazionali dell'Italia ex art. 117, co.1 della Costituzione* in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, n.2, p. 418 e ss.

[223] Cort. Cost., sent. 23 gennaio 2013, n.7, in *Dir. pen. processo*, 2013, n.5, p. 554, (con commento di LARIZZA).

d'incostituzionalità rispetto all'articolo 569 c.p., giunge a proclamarla nuovamente in relazione alla previsione di applicazione automatica della pena accessoria di decadenza dalla potestà genitoriale in caso di condanna del genitore per delitto di soppressione di stato (articolo 566 c.p.). Nel dichiarare l'illegittimità costituzionale di tale previsione, la Corte adduce le medesime argomentazioni della sentenza anteriore, essendo le due pronunce e motivi d'incostituzionalità sorretti dall'*aedem ratio*, utilizzando inoltre le norme di diritto internazionale ed europeo come effettive norme interposte, affermando l'incostituzionalità sotto l'ulteriore profilo dell'articolo 117 della Costituzione.

Il giudizio di legittimità costituzionale è nuovamente di tipo incidentale, sollevato dalla Corte di Cassazione durante lo svolgimento di un processo penale a carico di due genitori, imputati del delitto di soppressione di stato per aver dichiarato la nascita della minore oltre il termine massimo stabilito dalla legge. Anche per il delitto di soppressione di stato l'articolo 569 c.p. prevedeva che, in caso di condanna, il giudice dovesse automaticamente applicare la pena accessoria di decadenza dalla potestà genitoriale. Nel ricorso esaminato dalla Cassazione, la difesa dei genitori richiede lo svolgimento del giudizio di legittimità costituzionale rispetto alla previsione dell'articolo 569 c.p., per evitare che l'automatismo della decadenza dalla potestà genitoriale, essendo stati entrambi i genitori condannati in primo e secondo grado, potesse implicare per entrambi la perdita effettiva della potestà sulla minore.

Memore della sentenza 31/2012 della Corte costituzionale nel frattempo intercorsa su analoga questione, la Cassazione promuove quindi il giudizio di legittimità costituzionale per violazione, in questo caso, degli articoli 2, 3, 29, 30 e 117 della Costituzione. Considera la questione d'incostituzionalità rilevante ai fini del giudizio *a quo* sotto due differenti profili: in relazione al fatto che tale pena accessoria, essendo intercorsa sentenza di condanna in primo grado e confermata in secondo, fosse già pendente sugli imputati, poco rilevando il fatto che fosse stata poi oggetto di sospensione, esistendo il rischio della rimozione di questa. Dall'altro lato, la Corte constata che tale pena accessoria era stata inflitta per un reato la cui condotta materiale non aveva arrecato danno alla minore, nonostante la dichiarazione tardiva della nascita di questa, per averle garantito i genitori le adeguate cure ed attenzioni.

Per ciò che concerne i parametri costituzionali violati, la Cassazione richiama, analogamente al giudice *a quo* della sentenza 31/2012, la violazione dei diritti inviolabili del bambino espressi negli articoli 2, 3, 29 e 30 della Costituzione a mantenersi nel proprio nucleo familiare salvo che ciò non sia lesivo dei suoi interessi, in quanto l'automatismo della previsione impedisce al giudice di effettuare tale valutazione in concreto.

Già nell'ordinanza di rimessione si riscontra però un'innovazione rispetto alla sentenza precedente, in quanto viene invocato come ulteriore parametro d'incostituzionalità l'articolo 117, per violazione delle norme internazionali ratificate dall'Italia, che statuiscono l'esistenza del preminente interesse del minore a cui in ogni caso concreto tutti i pubblici poteri devono orientarsi, e che richiederebbe perciò di volta in volta, la valutazione di esso. Nell'ordinanza di rimessione la Cassazione richiama l'articolo 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo, la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli del Consiglio d'Europa e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea al suo articolo 24, in modo simile a quanto affermato nel giudizio del 2012. La violazione di tali norme internazionali da parte dell'articolo 569 c.p. anche in relazione al reato di soppressione di stato, in quanto preclusivo della valutazione in concreto dell'utilità o meno della decadenza dalla potestà genitoriale per la tutela dell'interesse superiore del minore, implica la lesione indiretta dell'articolo 117 della Costituzione. Tale mancanza di valutazione dell'interesse superiore rende inoltre la norma irragionevole, violando altresì l'articolo 3 della Costituzione.

Anche in tale occasione la Corte costituzionale ritiene fondata la questione sollevata, dichiarando in primo luogo incostituzionale l'automatismo della pena accessoria in caso di condanna al delitto di soppressione di stato per violazione dell'articolo 3 della Costituzione, analogamente a quanto previamente dichiarato nella sentenza 31/2012 per il delitto di alterazione di stato. La Corte ribadisce infatti che i due reati in questione non implicano una presunzione assoluta di offesa dell'interesse del minore, dovendosi perciò valutare nelle singole vicende concrete se tale lesione si sia o meno verificata e sia quindi opportuno privare il genitore della potestà sul minore. Non si è mancato di osservare infatti in entrambe le sentenze che l'alterazione di stato può essere giustificata dalla salvaguardia del minore contro

azioni lesive da parte dell'altro genitore, così come la soppressione di stato non implicare necessariamente la privazione al minore delle cure necessarie.

Fin qui, nulla da distaccare rispetto alla pronuncia anteriore; ciò che però rileva in quest'ultima sentenza è il richiamo non solo in motivazione, ma anche nel dispositivo, della normativa internazionale, ai fini di giungere alla declaratoria d'incostituzionalità sotto l'ulteriore profilo della violazione dell'articolo 117 della Costituzione[224]. Vi è inoltre un'ulteriore novità relativamente al diritto internazionale invocato come norma interposta. Oltre alla Convenzione del 1989 e la Convenzione europea del 1996, la Corte richiama anche, nonostante non fossero state oggetto di allegazione da parte del giudice *a quo*, le Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa su una *giustizia a misura di minore*[225], che garantiscono che «Gli Stati membri dovrebbero garantire l'effettiva attuazione del diritto dei minori a che il loro interesse superiore sia al primo posto, davanti ad ogni altra considerazione, in tutte le questioni che li vedono coinvolti o che li riguardano».

III.2.2.-Il decreto del Tribunale di Varese del 24 gennaio 2013

Tra la giurisprudenza di merito che si è pronunciata su questioni relative ai minori, è particolarmente interessante una pronuncia del 2013 del Tribunale di Varese[226] dettata in un procedimento relativo alla separazione giudiziale tra coniugi, in cui viene esaminata la questione relativa all'affidamento del minore. Il decreto adottato da tale Tribunale deve considerarsi suscettibile d'inclusione all'interno del capitolo relativo all'ordinamento italiano e al ruolo della giurisprudenza, per il rilievo che in tale pronuncia viene attribuito alla normativa internazionale e ad alcune pronunce dei giudici di legittimità e di legittimità costituzionale, richiamanti a loro

[224] Afferma infatti la Corte che «la questione risulta fondata anche sul versante della necessaria conformazione del quadro normativo agli impegni internazionali assunti dal nostro Paese sul versante specifico della protezione dei minori».

[225] Linee Guida adottate nella 1098ma riunione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, il 17 novembre 2010 e in https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Del/Dec(2010)1098/10.2abc&Language=lanEnglish&Ver=app6&Site=CM&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864.

[226] Trib. Varese, sez. I, decreto 24 gennaio 2013 in *Corriere merito*, 2013, 619, (con nota di. PAPARO); *Foro it. Rep.* (Il), 2013, Separazione dei coniugi [6130], n.89.

volta il panorama internazionale, ed oggetto anche di espressa approvazione da parte del Comitato ONU sui diritti dell'infanzia.

Il caso concreto sottoposto all'attenzione del Tribunale concerne la tematica dell'affidamento del minore tra i coniugi. La madre allega il condizionamento del figlio quattordicenne da parte dall'altro genitore, determinante un allontanamento del minore nei suoi confronti.

Il Tribunale di Varese adotta il decreto oggetto di analisi sottolineando la peculiare importanza che riveste l'ascolto del minore in tali procedimenti ai fini di orientare la decisione del giudice; in ogni caso, sottolinea il Tribunale, l'audizione dovrà essere svolta tenendo in considerazione l'età del bambino e i relativi pregiudizi che possono verificarsi nel caso concreto. A tal fine il Tribunale richiama una pronuncia della Corte di Cassazione che, facendo riferimento alla normativa del Consiglio d'Europa e a quella civilistica italiana, poneva in evidenza l'esistenza di un vero e proprio dovere da parte del giudice di dare audizione al minore nei procedimenti in cui venissero coinvolti i suoi interessi. Nella sentenza pronunciata a Sezioni Unite[227], la Cassazione fa infatti riferimento alla Convenzione del 1996 del Consiglio d'Europa, in specie al suo articolo 6, correlandolo con la corrispondente

[227] In quest'occasione la Corte risolve un ricorso promosso in un procedimento di modifica dell'accordo di separazione, nella parte relativa alle condizioni dell'affidamento dei figli. In primo grado, il Tribunale di Rieti aveva negato la propria competenza a conoscere il ricorso della madre (affidataria della prole) per ottenere la modifica del regime di visite concordato nell'accordo omologato, e del ricorso del padre, per l'affidamento esclusivo della prole, per aver la madre trasferito illegittimamente all'estero i due minori. La Corte d'appello di Roma accoglie l'appello promosso dal padre, riconoscendo la competenza del Tribunale rietino a pronunciarsi sulla modifica del regime di affidamento dei minori e statuendo con decreto, senza previa audizione della prole, l'affidamento esclusivo in favore del padre. Tra i motivi del ricorso per Cassazione promosso dalla ricorrente (a cui fanno seguito il controricorso e ricorso incidentale dell'altra parte), viene dedotta la mancata audizione della prole da parte della Corte d'appello, nonostante la richiesta avanzata da parte del Procuratore generale e nonostante l'età adeguata dei due bambini (l'uno di dodici anni e l'altro dieci, ma con capacità di discernimento) per l'audizione. La ricorrente allega la possibile violazione dell'articolo 12 della Convenzione del 1989, dell'articolo 6 capo *B* della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori del 1996 e dell'articolo 23 del Regolamento CE n. 2001/2003, che garantiscono il diritto di ascolto del minore. Rispetto alla normativa nazionale, la ricorrente allega l'articolo 155 *sexies* c.c. (suscettibile di essere applicato al caso concreto «in via analogica o estensiva» e il 3, 21 e 111 della Costituzione. A tale violazione la ricorrente aggiunge come ulteriore motivo, relazionato al precedente, la mancata motivazione fornita dal giudice d'appello, circa la privazione del diritto di ascolto dei minori riguardo al tema dell'affidamento, incidente sui loro interessi. In Cass. civ., Sez.Un., 21 ottobre 2009, n. 22238, A. c. C. in *Foro it.*,2010, I, 903.

.

previsione dell'articolo 155 *sexies* c.c., introdotta dalla legge 54/2006[228]. In tale sentenza le Sezioni Unite aderiscono in primo luogo a quanto già delineato nel 2002[229] da parte della Corte costituzionale, con una pronuncia in cui veniva esaltata la concezione di ritenere il minore titolare di determinati diritti, tra cui quello all'ascolto delineato nell'articolo 12 della Convenzione del 1989, da considerarsi ormai integrato nell'ordinamento attuale come un principio direttamente applicabile e idoneo a permettere di considerare il minore come parte, per lo meno in senso sostanziale, nei procedimenti implicanti i suoi interessi[230]. La Cassazione richiama il profilo espresso nella sentenza del giudice di legittimità costituzionale del 2002, affermando che

«invero i minori che, ad avviso di questa Corte non possono considerarsi parti del procedimento […], sono stati esattamente ritenuti portatori di interessi contrapposti o diversi da quelli dei genitori, in sede di affidamento o di disciplina del diritto di visita del genitore non affidatario e, per tale profilo, qualificati parti in senso sostanziale (così C. Cost. 30 gennaio 2002 n. 1). […]».

Da tali presupposti, la mancata audizione di una delle parti sostanziali del processo permette alla Corte di Cassazione di accogliere il ricorso promosso da parte della ricorrente (avanzato per non aver il giudice d'appello concesso l'audizione ai

[228] Tale introduzione è stata accolta con favore da parte del Comitato ONU, che afferma: «*It* (il Comitato *) further notes as positive Law No. 54/2006 which provides for the hearing of the child in parental separation, divorce and custody cases, legal provisions on obligation to appoint a child counsel in adoption procedures and in the determination of parental rights […]»* in COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding..*cit,, 2011, par. 26. Con la previsione dell'art. 155 *sexies,* c.c. viene introdotta la previsione del minore in linea generale, nei procedimenti familiari di separazione (e in via analogica in quelli di divorzio), in quanto riguardanti i suoi interessi, dovendosi delineare in essi il regime dell'affido e delle visite con i genitori.

[229] Cort. Cost., sent. 30 gennaio 2002, n.1, in *Foro it.,* 2002, I, 3302, n. PROTO PISANI.

[230] Afferma infatti la Corte che «Tale prescrizione, ormai entrata nell'ordinamento, è idonea ad integrare - ove necessario - la disciplina dell'art. 336, secondo comma, cod. civ., nel senso di configurare il minore come parte del procedimento, con la necessità del contraddittorio nei suoi confronti, se del caso previa nomina di un curatore speciale ai sensi dell'art. 78 cod. proc. civ. […].Ed è ancora una volta rilevante il richiamo alla recente legge n. 149 del 2001, dalla quale - come già notato al n. 7 - chiaramente si evince l'attribuzione al minore (nonché ai genitori) della qualità di parte, con tutte le conseguenti implicazioni.». Tale pronuncia è stata apprezzata favorevolmente da parte del Comitato ONU sui diritti dell'Infanzia che afferma «*The Committee welcomes the declaration by the Constitutional Court on article 12 of the Convention as directly applicable in the domestic legal system and that the child be considered an interested party in proceedings»*Cfr. COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding…2011*, par. 26.

due figli minori, nonostante la loro capacità di discernimento, per adottare la decisione statuente sul loro affidamento), ritenendo che:

«[…] costituisce quindi violazione del principio del contraddittorio e dei principi del giusto processo il mancato ascolto dei minori oggetto di causa, censurato in questa sede, nella quale emergono chiari gli interessi rilevanti dei minori che sono in gioco nella vertenza e avrebbero resa necessaria la loro audizione […]. Tale audizione era prevista dall'art.12 della Convenzione sui diritti del fanciullo di New York del 1991 che ritiene sussistere, in caso di riconoscimento della capacità di discernimento del minore, il diritto di questo "di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa", dandogli la possibilità "di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo riguarda". […] L'audizione dei minori nelle procedure giudiziarie che li riguardano e in ordine al loro affidamento ai genitori è divenuta comunque obbligatoria con l'art. 6 della Convenzione di Strasburgo sullo esercizio dei diritti del fanciullo del 1996, ratificata con la legge n. 77 del 2003 […], per cui ad essa deve procedersi, salvo che possa arrecare danno al minore stesso, come risulta dal testo della norma sovranazionale e dalla giurisprudenza di questa Corte […]. La citata Convenzione di Strasburgo prevede che ogni decisione relativa ai minori indichi le fonti di informazioni da cui ha tratto le conclusioni che giustificano il provvedimento adottato anche in forma di decreto, nel quale deve tenersi conto della opinione espressa dai minori, previa informazione a costoro delle istanze dei genitori nei loro riguardi e consultandoli personalmente sulle eventuali statuizioni da emettere, salvo che l'ascolto o l'audizione siano dannosi per gli interessi superiori dei minori stessi ».

Su tali basi, si evidenzia come debba essere garantito al minore il diritto all'ascolto, sempre che questi abbia capacità di discernimento (presunta nel minore ultradodicenne, stando all'articolo 155 *sexies* c.c. e da accertarsi nei singoli casi, se più piccolo) e sempre che in ogni caso l'audizione non implichi un rischio di pregiudizio per il suo interesse.

Oltre a tali riferimenti, il Tribunale di Varese richiama in un momento posteriore del decreto ulteriori disposizioni, sia sovranazionali che interne, intercorse successivamente alle pronunce sopra citate. Ne è una perfetta manifestazione il richiamo effettuato alle Linee guida del Consiglio d'Europa per una *giustizia a misura di bambino* in due particolari sezioni di esse, la III e la IV. Nella prima, alla lettera *A*, primo paragrafo, si richiama il diritto del minore, in ambito giudiziario, a poter accedere alla giustizia e ad essere ascoltato nei procedimenti che lo

coinvolgono, dandovi il giusto peso, in relazione alle capacità del minore; la sezione IV ribadisce tale principio delineando i vincoli stabiliti ai giudici alla lettera *D*, paragrafo 3.

Infine in tema di normativa interna, il Tribunale di Varese effettua una quanto mai utile menzione della legge del 10 dicembre 2012, n.219 con cui si riforma la disciplina civilistica in materia di filiazione. Oltre ad aver adempiuto agli auspici internazionali, in primo luogo manifestati da parte del Comitato ONU nelle Osservazioni conclusive del 2011[231] per garantire una completa equiparazione giuridica tra figli legittimi e naturali[232], tale legge introduce nel Codice civile un nuovo articolo, il 315 *bis*[233] (relativo ai diritti e doveri dei figli) in cui viene ribaltato il concetto del principio di ascolto del minore, rafforzandone l'essenza di diritto riconosciuto in capo ad esso e non un mero dovere da parte del giudice. Rispetto infatti alla statuizione dell'articolo 155 *sexies* del Codice civile in cui, sottolinea il Tribunale di Varese, si fa riferimento al giudice che «*dispone* l'audizione[234]»,

[231] In relazione all'adempimento dell'art. 2 della Convenzione 1989, il Comitato ONU auspicava che «*In light of article 2 of the Convention, the Committee urges the State party to ensure that all children in the State party enjoy equal rights under the Convention without discrimination on any ground, and to this end: […] (e)Take appropriate legislative measures to eliminate any remaining discrimination between children born in marriage and children born outside marriage*». Nonostante l'adozione di tale misura particolarmente positiva, manca ancora l'ulteriore adempimento auspicato da parte del Comitato al punto 25, lettera *f)*, richiedente la ratifica della Convenzione del Consiglio d'Europa del 15 ottobre 1975 sullo *status* dei minori nati fuori dal matrimonio, non essendo questa ad oggi ancora avvenuta. In *http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?CL=ITA&NT=085*, consultato in data 14/09/2013. Si veda anche COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding*..cit., 2011, par. 25.

[232]Si ritiene che due sono gli articoli che rappresentano l'essenza della riforma: il primo è l'articolo 315 c.c., totalmente riformulato: « (Stato giuridico della filiazione). - Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico». Ad esso si aggiunge l'articolo 74 c.c., che al primo comma ribadisce «(Parentela). - La parentela è il vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite, sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all'interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio è adottivo».

[233] Il secondo comma di tale articolo prevede infatti che « Il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano».

[234] Per valutare poi se tale previsione si traduca o meno in un obbligo generale da parte del giudice di udire il minore, o una facoltà da parte di tale organo, quando rilevi che risulti opportuna tale audizione, vedasi G. BALLARANI *Il diritto del minore a non essere ascoltato*, in *Dir. famiglia*, 2010, IV, p. 1816 e ss. In tale articolo si fa riferimento al fatto che, essendo tale normativa predisposta per tutelare il minore e garantire attraverso la sua audizione il perseguimento del suo superiore interesse nel procedimento in cui esso possa essere leso, il giudice è tenuto a disporla come strumento base, sempre che nel caso concreto non ravvisi (e motivi adeguatamente su tal punto) che tale interesse possa essere leso con tale audizione. A tal proposito l'autore afferma che «il superiore interesse del minore si compone, infatti, di una pluralità di diritti anche tra loro contrapposti: […]il diritto all'ascolto, che può (rectius: deve poter) cedere innanzi al diritto a non essere ascoltato, qualora l'audizione possa trasformarsi in un vulnus per l'equilibrio del minore» *Ivi*, p. 1819.

richiamando quindi il dovere di tale soggetto di effettuarlo, l'articolo 315 *bis* c.c. recentemente introdotto, fa riferimento invece al diritto del minore di essere ascoltato in tutti i procedimenti che lo riguardano, dovendo quindi attribuirsi al minore stesso il carattere di soggetto di diritto.

Oltre ai richiami effettuati dal Tribunale di Varese, si ritiene opportuno segnalare che l'importanza del diritto di essere ascoltato viene ribadita anche dal Comitato infanzia nel Commento generale n.14, che sostiene come la mancata audizione o la non considerazione della deposizione del minore impediscano al bambino di poter contribuire a delineare quale sia il suo interesse superiore[235].

Un ultimo rilievo deve inoltre essere attribuito alle modalità con cui l'audizione del minore dev'essere svolta. La dottrina[236] già da tempo distingue tra la possibilità che questa venga effettuata da parte del giudice stesso (*ascolto diretto*) o da parte di soggetto da questi delegato (*ascolto indiretto*), che può essere uno psicologo infantile, un esperto dell'infanzia o un più generico consulente tecnico d'ufficio. Nel caso concreto, dando adito ad una prassi affermata in sede giurisprudenziale, il Tribunale di Varese opta per tale seconda modalità di audizione, nominando come consulente tecnico d'ufficio un esperto in psicologia infantile, incaricato di valutare l'effettiva sussistenza della capacità di discernimento del minore e l'assenza di pregiudizi causati da un'eventuale audizione per, in caso di riscontri negativi circa l'esistenza di tali rischi, procedere all'ascolto al fine di individuare le preferenze del minore sul luogo di residenza e il regime di visite con il genitore non affidatario.

III.3.-L'Autorità Garante per l'Infanzia e per l'Adolescenza

III.3.1.-Chi è il Garante per l'Infanzia in una prospettiva europea

Ad affiancare l'azione del legislatore, dei giudici e di altri soggetti istituzionali nella tutela del minore, in tempi recenti anche in Italia è stata istituita la figura

[235] COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment No. 14,cit.,* p. 13, par. 53.
[236] G. BALLARANI *Il diritto del minore a non essere ascoltato,* in *Dir. famiglia* cit., p. 1821 e ss. In tale analisi viene inoltre affrontata, per entrambe le modalità di ascolto, la problematica relativa all'opportunità di svolgere l'audizione in presenza o in assenza degli avvocati e dei genitori, propendendo l'autore per negare l'utilità della presenza di questi ultimi all'audizione, per il rischio di poter influenzare, anche solo indirettamente, il minore.

dell'Autorità Garante per l'Infanzia e per l'Adolescenza, dopo una prima esperienza regionale iniziata nel lontano 1988. Prima di esaminare il ruolo del Garante per l'Infanzia nell'ordinamento italiano, è opportuno delineare le caratteristiche salienti di tale figura mediante un'analisi comparatistica delle differenti istituzioni adottate a tutela dei bambini nei vari Paesi europei. Nei vari Stati, al difensore dei minori si vedono attribuite le più svariate denominazioni: *Ombudsperson, Commissioner, Defenseur, Mediatore, Garante*[237], tutte funzionali ad indicare la stessa Autorità, sebbene con poteri, struttura e competenze di volta in volta differenti in relazione ai vari Paesi. Ma chi è veramente il Garante? Una prima definizione sostanziale può desumersi da quanto esposto nel sito dell'ENOC[238](*European Network of Ombudspersons for Children*) in cui si afferma che il termine "*ombudsman"*, derivante dalla tradizione scandinava, nasce per definire il soggetto (sia organo monocratico che ufficio in composizione collettiva) «volto a tutelare ed incrementare i diritti di singoli individui o specifici gruppi di persone». L'*Ombudsman* può essere insignito dell'incarico di agire a salvaguardia e promozione di specifiche aree di interesse o di determinate categorie di soggetti deboli, dotandosi a tal fine di una gamma di poteri differenti (che solitamente implicano come nucleo minimo il potere di ricevere segnalazioni dai singoli e di farsi portavoce dei loro diritti per promuovere scelte a livello istituzionale che ne incrementino la tutela). Nel caso in cui un unico Ufficio assuma l'incarico di tutelare una sfera piuttosto ampia di diritti, tale figura può essere propriamente assimilata al concetto italiano di Difensore civico*;* nel caso in cui, al contrario, vengano istituite Autorità dedite alla salvaguardia di interessi settoriali si avranno i veri e propri Garanti, tra cui quello relativo a fornire tutela ai minori. Particolarmente evocativa della stretta relazione che il Garante instaura con i soggetti dei cui diritti si fa portavoce, è la formula con cui viene definito l'*Ombudsman* svedese: egli è infatti «una persona indipendente in cui i bambini ripongono la loro fiducia»[239].

---

[237] Vedi anche P. DE STEFANI *Modelli europei di Garanti dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza* in STRUMENDO L. (a cura di) *Il Garante dell'Infanzia*…cit. p. 16.
[238] http://www.crin.org/enoc/QandA/index.asp#101.
[239] TELEFONO AZZURRO *Il Garante per l'Infanzia in Europa. Nuovi strumenti per aiutare bambini e adolescenti. Conferenza Europea Bruxelles, Espace Moselle, 18-19 giugno 1999,* Milano: SOS Il telefono azzurro ,Uppsala, 1999, p.12.

La prima figura di Garante dell'infanzia in ambito europeo viene istituita in Norvegia con la legge 5/1981, sulla base di un iter avviato già dal 1975 per valutare l'adeguatezza delle misure esistenti all'interno dell'ordinamento norvegese in materia di famiglia e di minori: su proposta unanime avanzata dalla Commissione incaricata di valutare le riforme più opportune da adottare, viene istituito l'*Ombudsman* dei minori. Nel 1998 tale istituzione viene riformata, dotandola di quei poteri incisivi e necessari per adempiere alle obbligazioni scaturenti dalla ratifica della Convenzione di New York del 1989, essendo fino a quel momento dotato di poteri minimi, che si traducevano prevalentemente in attività di mera promozione e sensibilizzazione sui diritti dell'infanzia tra gli operatori pubblici e privati.

Sulla base dell'esperienza norvegese, altri Paesi europei ne hanno seguito l'esempio, prevedendo nei propri ordinamenti figure simili, sia come Autorità autonome e indipendenti, sia come parte di un'Autorità avente competenze più generali, come il Difensore civico o la Commissione Nazionale dei Diritti Umani[240]. Inoltre, non sempre il Garante viene previsto a livello nazionale: ne sono un esempio Germania, Russia e Belgio, in cui il Garante viene istituito unicamente a livello substatale (*Länder,* regioni). L'Italia, come si vedrà in seguito, rientrava in tale secondo sistema fino al 2011, avendo circoscritto l'istituzione di tale figura unicamente a livello di singole regioni. Con l'entrata in vigore della legge istitutiva del Garante Nazionale per l'Infanzia e l'Adolescenza, essa si colloca ora in un terzo

[240] Tale è il caso, ad esempio, del Portogallo, la cui legge del 9 aprile 1991 n. 9, riformata recentemente nel 2005, di attuazione della Costituzione portoghese (che prevede l'instaurazione di un Provedor de Justiça) ha istituito all'interno dell'ufficio generale del Difensore civico una sezione specifica sui minori, operativa dal 1992; della Slovenia, in cui l'*Ombudsman* per l'infanzia e l'adolescenza opera come organo aggiunto nel più ampio ufficio dell'*Ombudsman* nazionale, istituito con legge del dicembre 1993, così come in Lettonia, secondo la previsione della legge del dicembre 1995, e del Lussemburgo (legge del 25 luglio 2002); della Grecia, in cui viene creato con legge 3094/2003, all'interno dell'ufficio del Difensore civico della Repubblica ellenica, un apposito Dipartimento dei diritti dei fanciulli, analogamente alla Macedonia, secondo la previsione della legge del 10 settembre 2003. Anche in Russia, nella regione di Mosca, viene creato un apposito ufficio in quello più ampio dell'*Ombudsman.* Per maggiori approfondimenti vedi L. STRUMENDO (a cura di) *Il Garante* cit.,p.199 e ss; cfr. L. STRUMENDO, P. DE STEFANI *Il Garante dell'Infanzia e* dell'Adolescenza in L. LENTI (a cura di), *Volume 6. Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, 2ª ed., Milano, Giuffrè Editore, 2012, p. 263.

gruppo di Stati, di cui fanno parte anche Austria[241] e Regno Unito[242], in cui esistono Garanti sia a livello nazionale che regionale.

Per incentivare l'adozione di tale istituzione da parte del maggior numero possibile di Stati ed incrementare la tutela dei fanciulli, il Comitato sui diritti dell'infanzia ha adottato il Commento generale n. 2, in cui raccomanda a tutti gli Stati parti di conformarsi alle obbligazioni derivanti dalla Convenzione 1989 adottando «ogni misura appropriata di natura legislativa, amministrativa e d'altro genere per dare attuazione ai diritti riconosciuti in questa Convenzione» secondo quanto previsto nell'articolo 4 della CRC. Tra tali misure, al paragrafo 2 del Commento generale[243] il Comitato auspica l'istituzione di Autorità indipendenti volte a promuovere e ad implementare l'attuazione della Convenzione, stabilendone le linee guida in relazione ai poteri e agli scopi da perseguire, potendo essere istituite o come autonome Autorità dedite specificamente alla tutela dei minori, o come parti indipendenti di un più ampia Autorità a salvaguardia dei diritti umani[244]. Il Comitato giustifica una più incisiva azione da parte degli Stati in relazione alle peculiarità che i diritti dei bambini presentano, e che non possono esaurirsi nelle previsioni di tutela generale predisposte per gli adulti: i bambini infatti hanno un ruolo più limitato e meno incisivo all'interno della società, in quanto privi di quella capacità di agire e di quel rilievo tale, specie tra gli organi politici, che possa permettere loro di partecipare attivamente alla tutela dei loro diritti, così come di accedere facilmente alle istituzioni che si occupano di garantirli[245].

---

[241] In cui esistono nove Garanti locali a tutela dei minori , a livello dei singoli Länder , istituiti con leggi dei Länder stessi e nominati dall'Esecutivo. Nel 1991 è stato invece istituito il Garante federale, dipendente dal Ministero della sicurezza sociale. Per maggiori approfondimenti L. STRUMENDO (a cura di) *Il Garante dell'Infanzia* cit., p.202.

[242] *Ibidem.* Il Regno Unito ha quattro Garanti dei minori: del Galles, istituito nel 2001, dell'Irlanda del Nord, del 2003, della Scozia, anch'esso del 2003 e dell'Inghilterra , risalente al 2004: quest'ultimo si occupa negli altri territori del Regno Unito, degli ambiti che non sono stati attribuiti ai governi gallesi, scozzesi e dell'Irlanda del Nord.

[243] Cfr. COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment No. 2*, cit., p. 1, par.2.«*The Committee issues this general comment in order to encourage States parties to establish an independent institution for the promotion and monitoring of implementation of the Convention and to support them in this regard by elaborating the essential elements of such institutions and the activities which should be carried out by them*. […]» .

[244] *Ivi,* p. 2, par. 6 «[...] *identifiable commissioner specifically responsible for children's rights, or a specific section or division responsible for children's rights».*

[245] *Ivi,* p. 2, par. 5 «*While adults and children alike need independent NHRIs to protect their human rights, additional justifications exist for ensuring that children's human rights are given special attention. These include the facts that children's developmental state makes them particularly vulnerable to human rights violations; their opinions are still rarely taken into account; most children*

Richiamando quanto già espresso in un Documento annesso alla risoluzione dell'Assemblea Generale del 1993[246], in cui veniva delineato un nucleo di requisiti relativi allo *status* delle istituzioni nazionali finalizzate alla promozione dei diritti umani (i c.d. Princìpi di Parigi), il Comitato prevede (in maniera indicativa e non esaustiva) per le istituzioni che si occupano di garantire i diritti dei minori:

1. Una base giuridica preferibilmente costituzionale o al massimo legislativa, in relazione al rilievo che tali istituzioni rivestono in quanto tese a salvaguardare i diritti umani, il cui nucleo essenziale coincide con i diritti fondamentali garantiti dalle singole Costituzioni nazionali, tra cui si annoverano quelli dei bambini; in ogni caso si devono «prevedere con precisione funzioni, poteri e obiettivi, da definire in base alle Convenzioni di diritto internazionale finalizzate alla tutela dei minori, in primo luogo la Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989 e i suoi Protocolli»[247].

   Le previsioni relative alla copertura costituzionale dei Garanti sono state scarsamente recepite nei singoli ordinamenti, in quanto la maggior parte degli Stati ha istituito le varie Autorità attraverso il suo organo rappresentativo, avvalendosi dello strumento legislativo. Solo Portogallo, Macedonia e Slovenia hanno la copertura costituzionale auspicata dal Comitato sui diritti dell' Infanzia. La Spagna ha dato copertura costituzionale a una figura generale, il *Defensor del Pueblo*, come si vedrà nel capitolo seguente.

---

have no vote and cannot play a meaningful role in the political process that determines Governments' response to human rights; children encounter significant problems in using the judicial system to protect their rights or to seek remedies for violations of their rights; and children's access to organizations that may protect their rights is generally limited. »

[246] Il riferimento è alla risoluzione 48/134 del 20 dicembre 1993 dell'Assemblea Generale di cui i Princìpi di Parigi costituiscono un documento annesso. L'ECOSOC aveva fatto pervenire all'Assemblea, ai fini dell'adozione dei Princìpi da parte di essa, la risoluzione 1992/54 del 3 marzo 1992 della Commissione per i diritti umani, in cui venivano enunciate le conclusioni raggiunte al termine del primo Seminario internazionale sulle Istituzioni Nazionali per la protezione e promozione dei diritti umani tenutosi tra il 7 e il 9 di ottobre 1991 a Parigi, relative ai criteri strutturali e funzionali che dovrebbero orientare le istituzioni nazionali destinate alla protezione dei diritti umani, denominati comunemente Princìpi di Parigi. Per maggiori informazioni CENTRE FOR HUMAN RIGHTS *Professional training series n. 4. National Human Rights Institutions. A Handbook on the Establishment and Strengthening of National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights*, United Nations, New York and Geneva, 1995, p.5.

[247] COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment No. 2,* cit., p. 2, par. 8.

2. Poteri adeguati al raggiungimento delle finalità prefissate, tra cui quelli di ascoltare e ricevere segnalazioni dai soggetti interessati e di poter accedere ed ottenere ogni informazione e documento necessari all'assistenza nel caso concreto. Tale ultimo potere di accesso alle informazioni dovrebbe essere esercitabile di fronte a soggetti sia pubblici che privati.
3. Indipendenza dagli altri organi istituzionali, ottenibile mediante l'attribuzione all'istituzione di adeguate risorse finanziarie, umane e adeguate infrastrutture. L'auspicio dell'indipendenza del Garante si traduce inoltre nella previsione di un mandato temporaneo, con nomina preferibilmente parlamentare (possibilmente scaturente da votazione a maggioranza qualificata, in modo da investire delle funzioni un soggetto che soddisfi anche le minoranze) e di durata generalmente di cinque o sei anni. Ciò garantisce all'istituzione una maggior indipendenza rispetto al potere esecutivo e legislativo, in quanto un mandato generalmente più lungo rispetto a quello di tali organi gli permette di esercitare le sue funzioni in modo totalmente autonomo e di non costituire espressione di una determinata ideologia politica, non dipendendo la sua permanenza in carica dalle vicissitudini degli organi politici.
4. Composizione adeguatamente rappresentativa dei principali attori istituzionali dediti a tutelare i minori, con partecipazione consultiva delle ONG ed altri rappresentanti della società civile nei procedimenti di adozione delle linee di azione e d'intervento. L'adozione di tali strategie da parte dell'istituzione dev'essere effettuata attraverso lo svolgimento di procedimenti rispettosi del principio di trasparenza.
5. Prerogative peculiari esercitabili in caso di controversie che coinvolgano i minori, tra cui il potere di svolgere attività di mediazione e conciliazione; in ambito giudiziario, il Commento generale n.2 enfatizza il «potere di essere parte della controversia e d'intervento per fornire informazioni[248]».
6. Adeguata accessibilità geografica e fisica dell'istituzione, in modo tale che i bambini possano effettuare direttamente le segnalazioni e denunciare le situazioni di disagio. Tale previsione riflette il più ampio diritto del bambino

[248] Cfr. COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment No. 2,* cit., , p.4, par. 14.

di essere ascoltato, che si traduce anche nella possibilità di stabilire una linea diretta con gli organi istituzionali al fine di poter esprimere le proprie opinioni ed effettuare segnalazioni. A tal fine le istituzioni dovrebbero adottare misure di consultazione costante dei minori e garantire loro, soprattutto se in condizioni di particolare disagio, come nel caso di restrizione di libertà personale, sistemi volti a facilitarne l'accesso[249].

7. Visibilità nell'ordinamento attraverso la possibilità di esprimere pareri e rapporti sulla condizione dell'infanzia di fronte agli altri organi istituzionali, soprattutto quello parlamentare.

Rilevante, anche se meramente esemplificativo, è poi il paragrafo 19 del Commento generale n.2 che pone l'accento sulle attività suscettibili di essere svolte dalle istituzioni, e che hanno portato la dottrina a parlare di tre possibili livelli in cui queste andrebbero a collocarsi: *1) Livello di forte incisività*: all'istituzione si attribuiscono rilevanti poteri d'indagine in maniera tale da fornire una garanzia più efficace al minore[250]; *2) Livello d'incisività media:* poteri prevalentemente mediatori per la risoluzione delle controversie concrete[251] *3) Livello di scarsa incisività:* teso unicamente ad un'attività di promozione e sensibilizzazione sui diritti dell'infanzia e su formulazione di raccomandazioni, senza possibilità di risolvere casi individuali[252].

Tra i Garanti istituiti nei vari Paesi europei, interessante è stata l'esperienza francese del *Défenseur des Enfants,* per le funzioni e le attività a cui ha preso parte. Organo monocratico, con mandato di sei anni e nominato con decreto del Presidente della Repubblica adottato in seno al Consiglio dei Ministri, il *Défenseur des Enfants*, con sede a Parigi, svolgeva quattro attività fondamentali: *1)* ricezione di segnalazioni individuali su diverse tematiche inerenti alle condizioni del minore; 2*)* promozione e formulazione di proposte per riformare atti legislativi ed incrementare i livelli di tutela dell'infanzia; *3)* individuazione delle disfunzioni più gravi e limitative dell'attuazione dei diritti del bambino in ambito familiare; *4)* attività di promozione e

[249] Cfr. COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment No. 2,* cit., pp. 3-4, par. 13, 15 e 16; Id. *General Comment No. 5,* cit., pp. 3, 12-13 par. 12, 50 e 57.
[250] È il caso ad esempio dell'Irlanda del Nord, Galles, Repubblica d'Irlanda e Belgio (Comunità fiamminga). Vedi anche P. DE STEFANI *Modelli europei di Garanti dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza*, in L. STRUMENDO (a cura di) *Il Garante dell'Infanzia…*cit., p.15 e ss.
[251] *Ibidem*. In tale livello medio si collocano Norvegia, Islanda e Belgio (Comunità francese).
[252] *Ibidem*. Danimarca, Svezia, Finlandia e Inghilterra occupano questo terzo livello.

sensibilizzazione[253]. Per perseguire più efficacemente tali obiettivi, il *Défenseur* si avvaleva di un gruppo di esperti in varie materie concernenti i minori; inoltre aveva recepito in pieno quanto richiesto dal Comitato riguardo al garantire ai minori un maggior coinvolgimento e partecipazione, avendo istituito un Comitato di giovani tra i quindici e i diciotto anni, con funzione consultiva. Tra le varie attività svolte, particolarmente importante è stata la partecipazione attiva del *Défenseur des Enfants* al processo di Angers iniziato nel 2005, relativo a uno degli episodi di pedofilia più gravi verificatisi[254], per salvaguardare le vittime dalla possibile divulgazione di dati relativi alla loro identità. Tale istituzione è oggi ricompresa[255], come organo aggiunto, nella più ampia istituzione del *Défenseur des Droits*, facendo sì che la Francia si collochi attualmente tra gli Stati in cui l'*Ombudsman* dei minori costituisce parte di una più ampia istituzione indipendente, la quale svolge un'azione più generale a garanzia dei diritti dei cittadini; tale aggiunto è nominato dal Primo Ministro su proposta dello stesso *Défenseur des Droits*.

III.3.2.-L'ENOC

Per migliorare i sistemi interni introducendo istituzioni ispirate alle esperienze europee riscontranti i risultati più positivi, nel 1997, da una riunione tenutasi in Norvegia tra dieci delle istituzioni allora esistenti relative alla tutela dei fanciulli e con partecipazione dell'UNICEF, è stata creata la rete europea dei Difensori dei bambini, l'ENOC. Tale rete nasce per incrementare l'attuazione dei diritti garantiti dalla Convenzione sui diritti del fanciullo, sostenere le iniziative volte alla creazione

[253] Per maggiori informazioni, vedasi l'intervento di D. VERSINI *L'esperienza francese: il Difensore dell'Infanzia* in L. STRUMENDO (a cura di) *Il Garante dell'Infanzia…*cit., p. 31 e ss.

[254] Il processo di Angers ha visto infatti coinvolti come imputati 66 persone e 45 bambini di età compresa tra i sei mesi e i quattordici anni come vittime di abusi e violenze. Gli abusi sono stati perpetrati tra il 1999 e il 2002, e si sono svolti in un quartiere di Angers, dove era stata costituita una rete di pedofili di cui facevano parte i componenti delle stesse famiglie, che hanno abusato dei propri figli o di quelli di amici, in cambio di favori e ricompense. Per maggiori informazioni, http://cestleretourdescowboys.over-blog.com/article-le-proces-d-angers-8-mars-2005-57476640.html, consultato in data 16 luglio 2013.

[255] La riforma del sistema di tutela dei diritti nell'ordinamento francese è avvenuta con l'introduzione dell'articolo 71-1 nella Costituzione francese con legge costituzionale 2008-724, a cui è stata data attuazione con legge organica 2011-333 adottata il 29 marzo 2011, attraverso la quale si istituisce il *Défenseur des droits*, il quale assorbe le funzioni del *Défenseur des enfants* e delle *Commision Nationale de la déontologie et de la securité* e *de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité,* concepiti ora come organi aggiunti. A tal proposto, vedi L. STRUMENDO, P. DE STEFANI *Il Garante dell'Infanzia e* dell'Adolescenza in L. LENTI (a cura di) *p. cit.*, p. 263.

d'istituzioni interne relative al settore dell'infanzia, e creare una maggior coesione e linea comune di azione tra i vari Paesi che abbiano già adottato istituzioni in tale ambito: le riunioni annuali di quest'organizzazione *no profit* sostenuta dal Consiglio d'Europa costituiscono un importante momento d'incontro e scambio d'informazioni sui progressi e le politiche maggiormente incisive adottate a livello nazionale e per creare strategie comuni, grazie anche alla partecipazione, in qualità di osservatori, di Organizzazioni internazionali e intergovernative impegnate nelle tematiche dell'infanzia; anche l'UNICEF partecipa con tale *status*.

L'Italia, dopo l'entrata in vigore della legge 112/2011 istitutiva del Garante Nazionale per l'Infanzia e l'Adolescenza, è entrata a far parte dell'ENOC nel settembre 2012, in qualità di *full member*, e ha partecipato attivamente alla riunione annuale dell'ENOC di tale anno, tenutasi a Cipro e con tema relativo ai minorenni in conflitto con la legge, esponendo anche le strategie fino ad allora adottate dal Garante italiano[256]. Fino ad oggi, dell'ENOC fanno parte 42 istituzioni garanti dei diritti dei fanciulli ed appartenenti a 34 Paesi membri del Consiglio d'Europa[257], alle quali viene riconosciuto lo *status* di *full member* o di *associate*: la differenza tra le due tipologie di qualifiche si relaziona con la piena rispondenza dell'istituzione in questione ai requisiti[258] che l'ENOC richiede, o con l'attività di progressiva conformazione agli stessi[259]. Tali requisiti sono stabiliti dall'articolo 4 dello Statuto dell'ENOC, e rispecchiano quanto già delineato nei Principi di Parigi a cui l'ENOC stesso si conforma, e che richiedono particolari adempimenti da parte degli Stati (che

[256] Vedi anche quanto illustrato nella seconda Relazione dell'Autorità Garante per l'infanzia e l'Adolescenza al AUTORITÀ GARANTE PER L'INFANZIA E L'ADOLESCENZA *Crescere insieme ai bambini e agli adolescenti fa diventare grande l'Italia. Seconda relazione al Parlamento*, Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza, Roma, 2013, p. 11.

[257] Dei 34 paesi membri del Consiglio d'Europa, le cui istituzioni fanno parte dell'ENOC, 23 fanno parte dell'Unione europea. Le istituzioni parti dell'ENOC appartengono ai seguenti paesi: 1) Armenia 2) Austria 3) Azerbaijan 4) Belgio (2 *ombudsmen*) 5) Bosnia Erzegovina (2 *ombudsmen*) 6) Croazia 7) Cipro 8) Danimarca 9) Estonia 10) Finlandia 11) Francia 12) Georgia 13) Grecia 14) Irlanda 15) Islanda 16) Italia 17) Lettonia 18) Lituania 19) Lussemburgo 20) Malta 21) Moldavia 22) Montenegro 23) Norvegia 24) Paesi Bassi 25) Polonia 26)Regno Unito (4 *ombudsmen*) 27) Russia, Federazione 28) Serbia (2 *ombudsman*) 29) Slovacchia 30) Slovenia 31) Spagna (3 *ombudsmen*) 32) Svezia 33) Ucraina 34) Ungheria. Maggiori informazioni in http://www.crin.org/enoc/members/index.asp consultato in data 21/07/2013.

[258] Stabiliti a Dublino nel 2006 e riformati nel 2011 e 2012.

[259] Nonostante non facciano parte dell'Assemblea Generale dell'ENOC (art 3, co. 2 dello Statuto dell'ENOC), l'art. 7 prevede che i membri associati possono partecipare alle riunioni annuali, alle attività e agli scambi d'informazioni svolti dall'ENOC, salvo in caso di limitazione di riunioni e attività da parte dell'Ufficio Direttivo ai soli *full members*. Lo Statuto è reperibile al sito http://www.crin.org/docs/ENOC%20Statutes%20English.pdf.

devono essere a loro volta membri del Consiglio d'Europa) per garantire alle istituzioni poste a tutela dei minori adeguata indipendenza. Tra i vari requisiti che le istituzioni (potendo esse consistere in Autorità autonome o parti di più ampie Autorità a tutela dei diritti umani) devono possedere, troviamo: 1) atto istitutivo di natura legislativa; 2) previsione di funzioni, espressamente previste nella legge istitutiva, di promozione e protezione dei diritti dell'infanzia; 3) indipendenza dell'istituzione nello stabilire le proprie linee di azione per perseguire gli obiettivi per cui viene creata; 4) composizione dell'istituzione da una persona fisica facilmente individuabile come soggetto a cui si attribuisce la qualità di Garante, o da un organo collettivo dedito unicamente alle tematiche dei diritti dell'infanzia; 5) previsione espressa nella legge istitutiva delle modalità di designazione e durata dell'incarico[260].

In ambito organizzativo, l'ENOC si articola in tre organi principali: Assemblea Generale, Ufficio Direttivo e Segretariato, quest'ultimo con sede a Strasburgo. L'Assemblea Generale si compone unicamente dei membri a pieno titolo dell'ENOC e si riunisce una volta l'anno per discutere di problematiche in materia di minori su cui incentrare l'attenzione e in tema di copertura finanziaria; può inoltre, a norma del secondo comma dell'articolo 10 dello Statuto, creare gruppi di lavoro su particolari tematiche. Le decisioni sono adottate per *consensus*[261] in riunioni il cui *quorum* costitutivo è di due terzi dei membri a pieno titolo; in caso di assenza di consenso generale e diffuso, la decisione può essere adottata mediante una formale votazione a maggioranza dei due terzi dei *full members* presenti e votanti[262]. La riforma del 2011 a Varsavia ha incluso nello Statuto la possibilità di formulare da parte dei soggetti dissenzienti delle riserve a decisioni adottate dalla maggioranza, nel caso in cui tali decisioni implichino dichiarazioni e ripercussioni politiche.

L'Assemblea Generale durante le riunioni annuali elegge alcuni membri dell'Ufficio Direttivo: il Tesoriere, il Segretario e il Presidente eletto, in carica ciascuno per un anno, con possibilità di rielezione per il Segretario e il Tesoriere per un massimo di due mandati consecutivi. Per questi ultimi l'assunzione dell'incarico

[260] Maggiori informazioni in http://www.crin.org/enoc/membership/index.asp, consultato in data 21 luglio 2013.
[261] Vedi *supra*, Cap. I, I.1.1.
[262] Art. 10, co. 4 dello Statuto.

avviene immediatamente, mentre Il Presidente eletto inizia il proprio mandato a partire dalla successiva riunione annuale dell'Assemblea. Dell'Ufficio Direttivo fanno parte inoltre il Presidente in carica e quello anteriore[263]. In caso di impossibilità di svolgimento delle proprie funzioni da parte del nuovo Presidente, il Presidente eletto subentra nell'esercizio delle funzioni ad esso attribuite.

Sia l'Assemblea che l'Ufficio Direttivo sono dotati di poteri decisionali: l'Ufficio inoltre si occupa dell'attività di promozione e costituzione di accordi con Organizzazioni che si occupano d'infanzia, di definizione di strategie che rafforzino la rete europea dei Garanti e di adempimento degli incarichi stabiliti dall'Assemblea Generale durante le riunioni annuali. Formula inoltre raccomandazioni a quest'ultima in relazione alle varie candidature presentate da aspiranti membri[264].

Il Segretariato[265] supporta l'azione dell'Ufficio, collabora allo svolgimento delle riunioni dell'Assemblea e svolge altre funzioni di natura burocratica, come la redazione di verbali delle riunioni, tenuta di registri relativi alle decisioni assunte dall'Assemblea e dall'Ufficio e divulgazione dell'informazione sulla missione della rete europea di Garanti e di questi stessi, mediante l'aggiornamento del sito dell'ENOC.

L'articolo 9 dello Statuto prevede infine che in tema di finanziamenti l'ENOC possa avvalersi sia di supporti economici forniti dai propri membri, le cui entità e modalità di adempimento vengono stabilite durante lo svolgimento delle riunioni dell'Assemblea, sia di donazioni ed altri contributi volontari forniti da organizzazioni intergovernative e ONG, il cui contributo dev'essere approvato dall'Ufficio direttivo, previa consultazione dell'Assemblea Generale.

---

[263] Gli attuali membri dell'Ufficio Direttivo sono: Presidente ENOC attuale Leda Koursoumba (Commissario per i diritti dei bambini, Cipro),Presidente eletto:Bernard De Vos (Delegato Generale per i diritti dei bambini, Belgio comunità francese) Presidente ENOC uscente : Marek Michalak (*Ombudsman* for Children, Polonia), Tesoriere: Tamara Luksic-Orlandic (*Deputy Ombudsman on Children's Rights,* Serbia), Segretario: Tam Baillie (Commissario scozzese per i bambini e gli adolescenti**)**.

[264] Art.11 dello Statuto,.

[265] *Ivi,* art. 12.

III.3.3.-L'esperienza italiana. Antecedenti al Garante nazionale: i Garanti regionali

Nonostante la recente instaurazione di un'Autorità nazionale portavoce dei diritti dei bambini, l'esperienza italiana in materia d'infanzia è iniziata in epoca lontana, anteriore anche alla Convenzione di New York, all'interno di singole regioni e con risultati molto positivi. Può dirsi oggi che proprio gli esiti riscontrati a livello regionale hanno rafforzato l'idea che un'Autorità nazionale con competenze specifiche in materia di bambini non poteva non considerarsi necessaria, in modo tale da estendere i benefici all'interno di tutto il territorio italiano, in veste complementare e non sostitutiva dei Garanti regionali. La necessaria instaurazione di un Garante nazionale che non soppiantasse gli organi regionali è stata auspicata prevalentemente da chi è entrato in stretto contatto con le regioni in cui sono state svolte attività più intense e proficue in materia di minori[266]: Veneto, Marche e Friuli, le prime a nominare un Garante regionale dei bambini. La prima Regione in assoluto a dotarsi di una simile Autorità e ad assumere iniziative di particolare entità è stato il Veneto, con legge regionale del 9 agosto 1988, n.42. In quello stesso anno la Regione si era già dotata di un'altra legge destinata ad implementare le politiche sociali in materia d'infanzia, la legge regionale del 28 giugno 1988, n.29 istitutiva di misure a favore dei giovani. Il Pubblico Tutore dei Minori servirà a completare la strategia sociale, interessandosi specificamente ai problemi dell'infanzia e dell'adolescenza.

Anticipando sia la Convenzione del 1989 (a cui successivamente farà riferimento) che i Principi di Parigi, tale Autorità rispecchia alcune delle caratteristiche più salienti di questi ultimi: copertura legislativa, nomina da parte del Consiglio regionale a maggioranza qualificata, mandato quinquennale e assenza di vincoli gerarchici, per garantire la maggior indipendenza possibile nell'attuazione delle proprie funzioni[267]. Queste possono inquadrarsi in tre ambiti fondamentali[268]:

---

[266] Vedi l'intervento di L. LENTI *L'esperienza veneta nella prospettiva dell'istituzione del Garante nazionale* in L. STRUMENDO (a cura di) *Uno sguardo sul futuro*…cit., p. 43 e ss.

[267] Il cui incremento era stato auspicato dal Pubblico Tutore veneto nella relazione annuale per l'anno 2008, in cui si chiedeva una possibile riforma di struttura e funzioni. Vedasi a tal fine PUBBLICO TUTORE PER LA REGIONE VENETO *Relazione sull'attività per l'anno 2008,* Ufficio di

garanzia dei diritti dei bambini, promozione culturale e sensibilizzazione rispetto alle problematiche dell'infanzia e dell'adolescenza, e ricerca ed analisi per adottare nuove e più rafforzate strategie.

La prima funzione può propriamente dirsi come la più rilevante, in quanto permette di effettuare una materiale protezione dei diritti dei bambini; si traduce nello svolgimento di varie attività, la più importante delle quali è quella relativa all'ascolto di situazioni di disagio tramite la ricezione di segnalazioni pervenute da singoli individui, servizi territoriali, comunità di accoglienza o rilevate direttamente dal Pubblico Tutore. Quest'ultimo svolge un'attività non sanzionatoria, che si traduce nella promozione della mediazione per risolvere il caso concreto o di segnalazione delle situazioni di rischio alle Autorità competenti (giudiziarie e amministrative). Per definire la strategia migliore da adottare, l'Ufficio dispone di una serie di esperti in vari campi, i quali ricevono la segnalazione, la analizzano, fissando eventualmente un colloquio con il soggetto interessato se la questione è di competenza del Tutore, e delineando al termine del colloquio stesso le linee d'azione. Al termine dello svolgimento delle attuazioni considerate necessarie verrà effettuata un'apposita verifica dei risultati ottenuti.

Una seconda attività in cui si traduce la prima funzione, in quanto volta a garantire i diritti dei minori, è quella dell'elaborazione di Linee guida che permettano al personale avente a che fare con i bambini un miglior svolgimento delle proprie funzioni: tra queste vi sono senza dubbio le Linee Guida[269] adottate dal Pubblico Tutore per definire i compiti, le responsabilità e la vigilanza dei soggetti che abbiano

---

Protezione e Pubblica tutela dei minori, Marghera (VE) 2008, p. 55 e ss. La legge regionale di riforma, adottata il 6 aprile 2012 n. 13 ha modificato unicamente l'art. 7 della legge regionale istitutiva, ma non la struttura in cui si articola l'*ombudsman*. La relazione annuale è reperibile presso il sito del Pubblico Tutore alla pagina web:
http://tutoreminori.regione.veneto.it/interne/pagine.asp?idpag=19.

[268] A tal proposito vedi UFFICIO DEL PUBBLICO TUTORE DEI MINORI, *Il pubblico tutore dei minori del Veneto. Garante dei diritti dell' infanzia e dell'adolescenza: l'istituzione, le funzioni, le attività,* Padova, Università degli studi di Padova, Centro interdipartimentale di ricerca e servizi sui diritti della persona e dei popoli, 2006, p.9 e ss.

[269] Il riferimento è prevalentemente alle *Linee Guida per la presa in carico, la segnalazione e la vigilanza di minori in situazioni di rischio e pregiudizio*,adottate nel 2005 dal Pubblico Tutore in collaborazione con l'Assessorato delle politiche sociali, il Tribunale dei minorenni di Venezia e la Procura della Repubblica in esso situata. Le Linee guida sono reperibili al sito http://tutoreminori.regione.veneto.it/interne/pagine.asp?idpag=24. Vi sono inoltre le *Linee Guida 2008 per i servizi sociali e sociosanitar: la cura e la segnalazione. la responsabilità nella protezione e nella tutela dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza* reperibili al sito http://tutoreminori.regione.veneto.it/interne/pagine.asp?idpag=83.

in carico i minori (tutori, curatori, Comunità territoriali e servizi sociali). Grazie anche ai numerosi protocolli d'intesa con varie autorità, tra cui il Tribunale per i minorenni di Venezia, il Centro per la Giustizia minorile di Venezia, l'Ordine dei giornalisti del Veneto e l'Osservatorio Regionale per l'Infanzia e l'Adolescenza, il Pubblico Tutore svolge anche un'attività di vigilanza dei minori che vivono in ambienti esterni alla propria famiglia, effettuando poi le opportune segnalazioni alle Autorità competenti.

Infine, tra le attività intraprese a garanzia dei diritti, il Progetto tutori si è rivelato il più ambizioso, per la complessità e l'importanza che riveste. È stato creato per fornire assistenza ai minori orfani, figli di ignoti o i cui genitori siano stati privati per qualsiasi ragione della potestà genitoriale, e che in assenza di membri della famiglia che possano assumere la veste di tutore rischierebbero di finire sotto la tutela di estranei, privi di formazione e spesso integranti pubbliche autorità (anche se, dopo la legge 149/2001 non possono più essere nominati tutori i direttori o i responsabili degli istituti di assistenza in cui sia accolto il minore). Il Progetto tutori tende a creare attraverso appositi corsi di formazione un gruppo di tutori volontari, idonei a svolgere l'incarico seguendo adeguatamente il minore: già dal 2001 si sono perciò avviati corsi in tutto il Veneto che hanno permesso di creare apposite liste di tutori legali volontari da inserire in una banca dati presso l'Ufficio del Pubblico Tutore, da cui estrarre il nome della persona più adeguata al caso concreto, ogniqualvolta che gli organi giudiziari competenti (giudice tutelare o Tribunale per i minorenni) debbano nominare un tutore, grazie anche alla stipulazione di un protocollo d'intesa tra questi e l'*Ombudsman*[270]. Di particolare importanza è lo svolgimento delle funzioni del tutore nel caso che si abbia a che fare con minori stranieri non accompagnati, in quanto il tutore dovrà regolarizzarne il soggiorno in Italia e adoperarsi per favorirne l'integrazione. Tale funzione viene evidenziata particolarmente nel Commento generale n. 6 del Comitato sui diritti dell'infanzia, relativo ai minori stranieri non accompagnati, e auspicata nelle Osservazioni conclusive[271] del 2011, come accennato nel capitolo anteriore[272], e si conforma

[270] Per maggiori informazioni sul Progetto Tutori del Veneto, vedi UFFICIO DEL PUBBLICO TUTORE DEI MINORI, *Il pubblico tutore*..cit…, p.25 e ss.
[271] Cfr. COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment No. 6:*, p.14 e ss.; Id. *Concluding Observations*..cit, 2011, p. 16 e ss.
[272] *Supra*, Cap. II, II.3.2, p.71.

inoltre a due raccomandazioni[273] adottate dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa relative ai minori migranti, inclusi quelli che possono avvalersi del diritto di asilo, in cui tra le altre previsioni si auspica la nomina di tutori che possano assisterli, nel caso che siano minori non accompagnati. Dati risalenti al 2010 attestano che fino a settembre di tale anno in Veneto sono stati attuati 34 corsi di formazione per tutori volontari e 5 per garantire la formazione specifica sui minori stranieri non accompagnati, per un totale di 857 tutori inseriti nella banca dati dell'Ufficio del Tutore[274].

Sulla scia di quanto effettuato dal Veneto, anche la Regione Marche ha sviluppato due progetti distinti; il Progetto tutori e il Progetto curatori, destinato quest'ultimo a creare figure specializzate di soggetti che rappresentino il minore nello svolgimento di singoli atti (*curatore ad acta*) o in un processo determinato (*curatore ad processum*) garantendo in tal modo, specialmente il *curatore ad processum*, il diritto del minore di essere ascoltato e di essere parte nei giudizi in cui siano in gioco i suoi interessi, così come previsto nelle Convenzioni internazionali. Nel 2005 è stato avviato il Progetto Tutori, con corsi di formazione che hanno portato alla creazione di liste di tutori legali volontari, monitorati e supportati dal Garante delle Marche nello svolgimento del loro incarico. Sono stati previsti inoltre appositi corsi di aggiornamento, per garantire il mantenimento di adeguate competenze[275]. Altre Regioni hanno in seguito portato avanti lo stesso progetto nel proprio territorio, tra cui la Regione Lazio[276].

La seconda funzione svolta da parte del Pubblico Tutore è quella di promozione culturale, implicante lo svolgimento di campagne di sensibilizzazione sull'infanzia e la creazione di figure più qualificate di adulti aventi a che fare con i minori. Anche

---

[273] Raccomandazione *sulla situazione dei giovani migranti in Europa* n.1596/2003 del 31 gennaio 2003 sulla situazione dei giovani migranti in Europa, punto 4, vi e Raccomandazione *sulla protezione e assistenza dei bambini non accompagnati in cerca di asilo* n.1703/2005 del 28 aprile 2005, punto iii *d).* Approfondimenti in V. ZAMBRANO *Il Consiglio d'Europa ,* M. BOVA *[et al.],* C. CARLETTI (a cura di) *Promozione, protezione…*cit., p.105 e ss.

[274] Cfr. M. MASCIA *L'esperienza veneta nella prospettiva del paradigma dei diritti umani* in L. STRUMENDO *(*a cura di) *Uno sguardo …cit.,*, p. 36.

[275] Per maggiori informazioni sul Progetto tutori delle Marche, vedi M. MENGARELLI *La tutela del fanciullo e gli organi di garanzia. L'esperienza delle Marche per una rete di tutori legali dei minori d'età"* in STRUMENDO L. (a cura di) *Il Garante dell'Infanzia …*cit., p. 119 e ss.

[276] Il primo Progetto tutori del Lazio risale all'ottobre del 2010, come pubblicato sul sito del Garante dell'Infanzia e dell'Adolescenza della Regione Lazio: http://www.garanteinfanzia.regione.lazio.it/garante_infanzia/archivio_formazione/page/206/215/.

tale funzione risponde alle raccomandazioni effettuate dal Comitato infanzia, che richiede all'Italia sia un maggior impegno per creare una coscienza sociale sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, sia la necessaria specializzazione in materie infantili che deve caratterizzare tutti gli operatori che lavorano a contatto con i minori[277]. Tra i progetti avviati ve ne sono tre particolarmente validi: il Progetto scuola, il Laboratorio Veneto su comunicazione infanzia e adolescenza e l'istituzione di un Consiglio dei ragazzi. Il Progetto scuola prevede la formazione di personale docente più incline ad un approccio positivo con i minori, mediante distribuzione di materiale informativo sui diritti dei bambini, corsi di formazione e la predisposizione di percorsi di studio specifici per incrementare il livello d'istruzione. Il Laboratorio Veneto *su comunicazione dell'infanzia e dell'adolescenza*, scaturente dalla collaborazione di Pubblico Tutore, Assessorato alle politiche sociali, Comitato regionale per le comunicazioni (CO.RE.COM.), Ordine dei Giornalisti del Veneto e Centro Interdipartimentale ricerca e servizi sui diritti della persona e Dipartimento di sociologia dell'Università di Padova, è volto invece ad educare gli adulti all'utilizzo adeguato dei mass media per la promozione della cultura dei minori, nonché ad analizzare il modo in cui i minori vengono rappresentati in tali strumenti[278]. Infine, si è cercato di attribuire un ruolo più attivo ai ragazzi stessi attraverso la creazione di un Consiglio dei ragazzi, come momento di aggregazione attraverso cui i giovani manifestano le proprie idee e svolgono attività di sondaggio e ricerca tra giovani appartenenti ai loro stessi gruppi. Una simile iniziativa è stata avviata anche in Friuli Venezia Giulia da parte del Pubblico Tutore dell'infanzia, istituzione oggi soppressa per necessità di tagli nella spesa pubblica, che, dopo aver avanzato proposte di abbassamento delle soglie dell'elettorato attivo nei vari livelli territoriali, fino al regionale per avvicinare maggiormente i ragazzi alla politica, ha provveduto ad istituire Consigli comunali ed un sindaco dei ragazzi[279].

---

[277] In tema di obbligo di diffusione tra la popolazione, cfr. COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding Observations Italy,* 2003, p. 13. Tale obbligo di diffusione risponde inoltre alle prescrizioni della Convenzione agli artt. 42 (diffusione della conoscenza dei diritti e principi della Convenzione) e 44, co. 6 (diffusione dei rapporti del Comitato), mentre per l'OPSC e l'OPAC si riscontra rispettivamente negli artt. 9, co.2 e 6, co.2 .

[278] Per maggiori informazioni sulle attività del Pubblico Tutore della Regione Veneto, vedasi anche il sito web http://tutoreminori.regione.veneto.it/home/home.asp.

[279] Vedi l'intervento di F. MILANESE *Il Garante per l'Infanzia nella promozione di una cultura dei diritti dei bambini* in L. STRUMENDO (a cura di) *Il Garante dell'Infanzia …*cit., p. 135 e ss.

Infine, l'ultima funzione svolta dal Pubblico Tutore del Veneto è quella di ricerca ed analisi, finalizzata a ricercare e creare strumenti di rafforzamento di determinati ambiti di vita del bambino. Il Progetto Ospedale è stato senza dubbio la maggior espressione di questo terzo settore ed ha costituito la prima esperienza italiana ed europea tradottasi in una verifica dell'attuazione dei diritti del bambino in ospedale, previsti e garantiti nella Carta dei diritti dei Bambini degenti, adottata dal Parlamento europeo nel 1986[280]. Avviato in collaborazione con la Direzione Regionale per i servizi sanitari del Veneto, ha implicato dapprima un'attività di individuazione della normativa di riferimento, per verificarne l'attuazione in ogni fase ospedaliera, e predisporre in un secondo momento una Carta dei diritti, il cui contenuto è stato divulgato per permettere una maggior conoscenza dei diritti del bambino degente da parte di genitori e personale ospedaliero.

Una seconda attività in cui si traduce la funzione di analisi e ricerca è quella di monitorare le segnalazioni che in ambito civile vengono effettuate alla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni: compito del Pubblico Tutore è quello di valutare sia le segnalazioni pervenute da parte dei servizi sociali, promuovendo una maggior comunicazione tra Procura e servizi stessi, sia il seguito che sia stato dato alle singole segnalazioni. Tale azione di monitoraggio è particolarmente utile anche al fine di ricostruire le situazioni di maggior disagio nel territorio regionale.

Infine il Tutore svolge anche un'attività di monitoraggio dei minori stranieri non accompagnati presenti in territorio veneto, creando linee di dialogo tra le istituzioni che si occupano del minore (prevalentemente servizi sociali e organi giudiziari).

Un'attività attualmente in corso di svolgimento è il monitoraggio e lo studio della situazione dei minori affidati ai servizi sociali, per approfondire la conoscenza rispetto a tale istituto e tentare di dissipare i dubbi interpretativi sullo svolgimento dell'attività da parte dei vari operatori[281].

L'esperienza veneta rivela come i poteri del Garante non si sovrappongono a quelli delle istituzioni relative all'infanzia già esistenti, ma ne costituiscono un rafforzamento, essendo l'attività dell'*Ombudsman* dell'infanzia orientata prevalentemente ad incrementare la comunicazione tra esse e a coordinarne l'attività.

[280] Parlamento Europeo, Carta europea dei diritti dei Bambini degenti in ospedale del 13 maggio 1986.
[281] Si veda il sito del Pubblico Tutore dei Minori del Veneto, nella sua versione aggiornata al 30 luglio 2013.

È privo di poteri sanzionatori così come di vera e propria iniziativa legislativa, potendo però esprimere pareri in funzione consultiva riguardo agli atti normativi che la Regione intende adottare e che possono avere rilievo sull'infanzia.

Marche e Friuli, sulla scia del Veneto, hanno provveduto ad adottare una normativa istitutiva del Garante regionale per l'infanzia e a nominarlo effettivamente, con esiti differenti: in Friuli infatti, nonostante l'esito positivo, la legge di assestamento del 2008 ha soppresso la figura del Garante istituita con legge regionale del 24 giugno 1993, n.49, attribuendone le funzioni al Presidente del Consiglio regionale. La legge regionale del 24 maggio 2010, n.7 ha provveduto nuovamente a riformare il sistema, in quanto le funzioni relative alla tutela dell'infanzia e dell'adolescenza sono ora attribuite ad uno specifico Ufficio creato all'interno della Direzione centrale istruzione, università, ricerca, famiglia, associazionismo e cooperazione.

Nelle Marche la figura del Garante regionale per l'infanzia e l'adolescenza è stata riformata: la legge regionale del 15 ottobre 2002, n.18 istitutiva di tale organo è stata infatti abrogata dalla legge regionale del 28 luglio 2008, n.23, istitutiva di una più articolata figura, l'*Ombudsman* regionale per i diritti degli adulti e dei bambini, competente non solo in materia d'infanzia.

L'ultima Relazione annuale presentata dall'Autorità Garante per l'Infanzia e per l'Adolescenza ha evidenziato l'esistenza di nove[282] Garanti regionali e due a livello

[282] Le Regioni che hanno approvato e nominato un Garante specifico per l'infanzia sono: Veneto (L.R.42/1988), Lazio (L.R. 38/2002), Calabria (L.R. 28/2004), Emilia Romagna (L.R.9/2005 e modificata dalla legge regionale 13/2011), Puglia (art. 30 L.R. 19/2006), Campania (L.R. 17/2006), e Toscana (L.R. 26/2010), a cui si affianca la Provincia Autonoma di Bolzano (L.P. 3/2009) . Il Molise (L.R. 32/2006) ha provveduto nell'estate 2013 a nominare il Pubblico Tutore dei Minori. Differente è il caso di altre Regioni, che prevedono una figura unitaria di Difensore civico e garante dei minori: tale è la situazione nelle Marche (L.R. 18/2002, riformata con L.R.23/2008 che istituisce l'*Ombudsman* regionale garante dei diritti degli adulti e dei bambini), in Liguria (L.R. 9/2007 istituisce il Difensore Civico e Garante) e nella Provincia Autonoma di Trento (L.P. /2007 istituisce un Difensore Civico e Garante dei minori). Altre Regioni si sono dotate di leggi istitutive, senza aver ancora nominato il Garante Regionale: Abruzzo (L.R. 46/1988, che delega la tutela dell'infanzia al Comitato regionale dell'UNICEF), Umbria (L.R. 18/2009), Lombardia (L.R. 6/2009, di cui nel 2012 si è paventata una possibile abrogazione), Basilicata (L.R. 18/2009), Piemonte (L.R. 31/2009, di cui nel 2013 si è paventata una possibile abrogazione), Sardegna (L.R. 8/2011) e Sicilia (legge regionale 47/2012). Vedasi GRUPPO DI LAVORO PER LA CONVENZIONE SUI DIRITTI DELL'INFANZIA E DELL'ADOLESCENZA *I diritti dell'infanzia e dell'adolescenza in Italia. Secondo rapporto supplementare alle Nazioni Unite sul monitoraggio della Convenzione dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza in Italia",* 2009, p.29 e reperibile al sito

delle Province autonome di Trento e Bolzano; altre Regioni hanno provveduto ad adottare una normativa regionale che istituisce tale Autorità, senza pervenire ancora alla sua nomina. Compito della neo Autorità nazionale è anche di incentivare tali Regioni ad effettuare la nomina e, alle altre che neanche dal punto di vista formale ne prevedono l'esistenza, a dotarsi della normativa necessaria. Il Molise ha provveduto a nominare il proprio *Ombudsman* per l'infanzia nell'estate del 2013, facendo quindi aumentare il numero di Garanti infanzia regionali attualmente esistenti a dieci. Fino all'istituzione del Garante nazionale, i Garanti regionali costituivano la Conferenza dei Garanti regionali, coordinata dal Garante del Lazio Francesco Alvaro, con l'obiettivo di incrementare la comunicazione tra le regioni in materia di politiche intraprese a favore dell'infanzia.

III.3.4.-Verso un Garante nazionale: i presupposti e la legge istitutiva

L'esperienza positiva dei Garanti regionali non poteva considerarsi il punto di arrivo dell'Italia nell'adempimento delle obbligazioni internazionali in tema d'infanzia. Nonostante i progressi riscontrati, la situazione interna richiedeva l'adozione di ulteriori misure, essendo la presenza di tali istituzioni, nell'anno 2011, ancora limitata a poche Regioni; differente era inoltre la modalità di azione dei vari Garanti. Ciò che occorreva era una figura istituzionale a livello nazionale che operasse per creare linee di comunicazione e scambi di informazioni più articolati tra i Garanti esistenti, che ne promuovesse l'adozione nei territori ancora privi della legge regionale istitutiva o semplicemente della nomina effettiva, e che permettesse di esercitare a livello più ampio rispetto a quello regionale le competenze previste per un Garante dell'infanzia, dissipando le disparità di trattamento esistenti tra una Regione e l'altra ed interagendo a livello nazionale con le varie Autorità competenti in tema d'infanzia e adolescenza. La necessità di una figura non limitata al livello regionale derivava prioritariamente dall'esigenza di adempiere alle obbligazioni assunte dall'Italia a livello internazionale, specialmente con la ratifica di vari strumenti pattizi, tra cui la Convenzione sui diritti del bambino. Alcuni articoli di tale

(http://www.gruppocrc.net/IMG/pdf/2_Rapporto_supplementare-2.pdf). Per le ultime notizie, si veda anche il sito del Gruppo CRC http://gruppocrc.net/, consultato in data 29 ottobre 2013.

strumento, tra cui il 4, il 12[283], il 18[284] e il 25[285] prescrivono infatti l'adozione da parte degli Stati di tutte le misure necessarie a garantire l'attuazione dei diritti del bambino nei propri ordinamenti. Oltre alla Convenzione, è opportuno ricordare il Commento generale n.2 del Comitato ONU sui diritti del fanciullo in cui, riferendosi specialmente all'articolo 4 della CRC e come precedentemente esaminato all'inizio di questa sezione, esaltava tra le altre misure suscettibili di essere adottate a livello interno l'introduzione di istituzioni nazionali a tutela dei diritti umani, e in special modo dei bambini. Una raccomandazione più specifica all'Italia su tale tema si ritrovava inoltre in due Osservazioni conclusive formulate nei suoi confronti: nelle Osservazioni conclusive del 2003[286] il Comitato prendeva atto della positiva adozione di Garanti regionali a tutela dell'infanzia, auspicando una più rapida istituzione di un *Ombudsman* anche a livello nazionale. Richiedeva inoltre il mantenimento dei Garanti a livello regionale, raccomandandone il rafforzamento della presenza e dell'efficienza mediante la costituzione di linee di comunicazione e raccordo tra i Garanti dei vari livelli, ponendo perciò il Garante nazionale come figura complementare e non sostitutiva. La stessa raccomandazione di una pronta adozione di un'Autorità nazionale a garanzia dell'infanzia veniva ribadita nelle Osservazioni conclusive del 2006[287].

Un vincolo ulteriore derivava dalla ratifica della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo del 1996,[288] scaturente quest'ultima dalla Strategia per l'infanzia promossa dal Consiglio d'Europa. Tale Strategia trovava inoltre la sua affermazione in due raccomandazioni del Consiglio d'Europa[289], una

[283] Vedasi il contenuto di tale articolo, nel suo secondo comma, come riportato nel capitolo II, II.2.1.

[284] Così recita l'art. 18 «Al fine di garantire e di promuovere i diritti enunciati nella presente Convenzione gli Stati parti devono fornire un'assistenza adeguata ai genitori o ai tutori legali nell'adempimento delle loro responsabilità in materia di allevamento del fanciullo e devono assicurare lo sviluppo di *istituzioni* (corsivo mio) e servizi per l'assistenza all'infanzia»

[285] Tale è il dettato dell'art. 25:«Gli Stati parti riconoscono al fanciullo sottoposto dalle autorità competenti a cure, prevenzione o trattamento fisico o mentale, il diritto ad un riesame periodico di tale trattamento e di qualsiasi altra circostanza relativa alla sua sistemazione» Tale riesame periodico potrebbe essere svolto da un'istituzione propriamente votata a tutelare i minori, qual è il Garante nazionale.

[286] COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding…*2003,cit. p. 4, par. 14-15.

[287] Id., *Concluding…*OPSC 2006, cit., p. 4, par. 17

[288] In cui l'articolo 12 prevede nella sua versione inglese che: «*Parties shall encourage, through bodies which perform, inter alia, the functions set out in paragraph 2, the promotion and the exercise of children's rights*».

[289] Esse sono la raccomandazione adottata dall'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa il 24 gennaio 2006, n.1286 (*On a European strategy for children)* e quella adottata il 7 aprile 2000, n. 1460

concomitante alla Convenzione del 1996 e l'altra del 2000, con le quali s'invitavano gli Stati membri ad adottare un'istituzione, anche inserita in una più ampia struttura a difesa dei diritti umani, con caratteristiche d'indipendenza e facile accessibilità, per migliorare la condizione dei bambini. Infine, nel Documento *A World Fit for Children* del 2002 veniva espresso il proposito degli Stati ad istituire, tra le varie misure, un Garante nazionale[290].

Da tali premesse, e sulla base dell'articolo 31 della Costituzione italiana che prevede una tutela dell'infanzia, e degli articoli 10 e 117, che implicano una conformazione alle obbligazioni internazionali, è stata promulgata la legge 112/2011, istitutiva dell'Autorità Garante per l'Infanzia e per l'Adolescenza. Le funzioni, la struttura dell'Ufficio del Garante così come disciplinate nelle legge del 2011, recepiscono quanto auspicato in incontri, conferenze e documenti presentati da illustri personalità, nonché dagli stessi Garanti regionali. Dalle premesse internazionali infatti, erano stati avviati all'interno dell'ordinamento lavori volti a facilitare la predisposizione del testo della legge istitutiva. In primo luogo, la stesura di un possibile progetto da sottoporre eventualmente all'attenzione dell'organo competente affonda le sue radici nell'anno 2001, mediante la costituzione di un gruppo di lavoro scaturito dalla collaborazione tra l'Accademia dei Lincei e il Comitato UNICEF Italia; il testo scaturente da tale collaborazione influenzerà i lavori successivi[291]. Un ulteriore elaborato avente particolare importanza è inoltre il *Documento Comune sul sistema nazionale di garanzia e dei diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza* adottato dai tre Garanti delle Regioni Veneto, Marche e Friuli Venezia Giulia in occasione di un convegno celebratosi il 19- 20 Ottobre 2006 sulle

---

(*Setting up a European ombudsman for children*), il cui testo originale di entrambe è disponibile al sito:
http://www.osservatoriopedofilia.gov.it/dpo/it/documentazione.wp;jsessionid=1E5E9596040D117D8397640725FC2AEF.dpo1?facetNode_1=inglese&selectedNode=raccomandazioni. Si veda inoltre L. BALDASSARRE *Il rafforzamento del sistema di garanzia dei diritti dei minorenni: l'iter per l'istituzione dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza,* n. p. , 2013, p. 4; V. ZAMBRANO *Il Consiglio d'Europa* in C. CARLETTI (a cura di) *Promozione, protezione*...cit, p. 105.

[290] Il Documento *A World Fit for Children* (*supra,* Cap. I, I.1.1.) , ribadisce in particolare al paragrafo 31 un impegno più pregnante per tutti gli Stati membri delle Nazioni Unite, in quanto afferma che «Noi, i governi partecipanti alla Sessione Speciale, ci impegniamo a dare attuazione a questo Piano d'azione attraverso misure quali: […] b)) Istituire o potenziare organismi nazionali come, tra gli altri, i difensori civici indipendenti per l'infanzia, o altre istituzioni per la promozione e la tutela dei diritti dell'infanzia».

[291] Per maggiori informazioni, L. BALDASSARRE *Il rafforzamento del sistema*...cit., p. 7 e ss.; GRUPPO DI LAVORO PER LA CONVENZIONE SUI DIRITTI DELL'INFANZIA E DELL'ADOLESCENZA *op. cit.,* p. 28.

prospettive di riforma dell'istituto del Garante. In tale documento, i tre Garanti all'epoca in carica (Lucio Strumendo, Mary Mengarelli e Francesco Milanese) auspicano la pronta istituzione di un Garante nazionale avente funzioni di coordinamento e monitoraggio a livello di tutto il territorio italiano delle istituzioni fino ad allora esistenti in materia di minori, con la consapevolezza di mantenere necessariamente il livello di garanzia regionale, in quanto più prossimo alle dimensioni territoriali del problema: il compito del Garante nazionale avrebbe dovuto tradursi nel coordinare l'attività dei Garanti regionali e intrattenere rapporti con gli organi istituzionali nazionali e le ONG, nonché con le Organizzazioni internazionali a tutela dell'infanzia, oltre a svolgere funzioni sostanziali quali l'attività di ascolto dei minori, di mediazione nella risoluzione delle controversie, tentando di evitare il più possibile la risoluzione giudiziaria di queste.

Il Documento raccomanda inoltre l'esercizio di tali funzioni sostanziali sulla base del principio di sussidiarietà: il Garante dell'infanzia, sia a livello nazionale che regionale, dovrebbe intervenire infatti nei casi in cui le altre istituzioni poste a tutela dei minori non possano materialmente svolgere un'azione efficace nei casi concreti. Sono i servizi sociali che in primo luogo hanno l'obbligo di attivarsi in caso di situazioni di disagio dei minori, tentando di agire in accordo con gli esercenti la potestà su di essi. Nel caso che il minore sia privo di ambiente familiare o che vi sia da parte degli esercenti la potestà una volontà non collaborativa con i servizi sociali e presumibilmente lesiva dell'interesse del minore, i servizi dovrebbero rivolgersi agli organi giudiziari competenti (Tribunale per i minorenni o giudice tutelare), per adottare i provvedimenti necessari, potendo giungere alla limitazione dell'esercizio della potestà genitoriale nel caso che il dissenso manifestato venga ravvisato come contrario all'interesse del minore. Il Garante dovrebbe porsi, nell'esercizio di funzioni ulteriori e differenti da queste due istituzioni, in un momento intermedio, svolgendo attività conciliative e non sanzionatorie, in tutti quei casi in cui sia insufficiente (o negato) l'intervento dei servizi sociali, ma la questione potrebbe risolversi senza il ricorso a provvedimenti e procedimenti giudiziari (ad esempio nel caso in cui la questione non sia risolvibile mediante la limitazione della potestà genitoriale).

Dopo anni di proposte e disegni di legge avanzati e mai scaturiti nell'approvazione di un testo definitivo, anche a causa della fine anticipata della XIV e XV Legislatura, è giunta finalmente ad approvazione la legge 112/2011. Essa riproduce ampiamente ma non totalmente quanto già avanzato dal Governo con il disegno di legge n. A.C. 2008 e presentato dal Ministro Mara Carfagna alla Camera l'11 dicembre del 2008 e ritirato nell'ottobre del 2009 per l'approvazione da parte della Camera stessa di un emendamento contrario al parere del Governo. Sulla base di quanto disposto nel disegno di legge governativo e in successivi progetti di legge, il 22 giugno 2011 viene finalmente approvata in Parlamento all'unanimità la legge istitutiva dell'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza, recependo nelle sue previsioni gli auspici e i Princìpi delineati in ambito internazionale. In primo luogo la copertura normativa dell'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza è con atto dell'organo parlamentare e non governativo; in secondo luogo tale Autorità indipendente viene istituita come organo monocratico, eletto congiuntamente dai Presidenti della Camera e del Senato tra persone di indiscussa moralità ed esperienza in materia d'infanzia, con un mandato di quattro anni, suscettibile di essere rinnovato per una sola volta. Il primo Garante nominato, attualmente in carica, è Vincenzo Spadafora, che ricopriva la carica di Presidente della sezione italiana dell'UNICEF.

L'articolo 3 della legge elenca le competenze attribuite al Garante. Tra quelle di maggior rilievo, da esercitare secondo il principio di sussidiarietà, è possibile includere: 1) promozione dell'attuazione della Convenzione di New York sui diritti del bambino e delle altre Carte internazionali ed europee relative a tali materie; 2) collaborazione con operatori e Autorità interne, pubbliche e private, operanti in materia di minori, nonché con le reti e Organizzazioni internazionali di Garanti dell'infanzia e dell'adolescenza 3) svolgimento di attività di ascolto, anche degli stessi minori di età e di ricezione di segnalazioni, ai fini anche di far presente alle Autorità competenti della necessità di attivarsi per situazioni di bisogno o di abbandono. L'articolo 6 della legge istitutiva assicura a chiunque, in forma gratuita e di pronta accessibilità, il diritto di poter comunicare con l'Autorità, per segnalare situazioni di disagio; 4) formulazione di pareri sul Piano nazionale d'azione d'intervento sulla tutela dei minori, prima della sua trasmissione alla Commissione parlamentare sull'infanzia e l'adolescenza; 5) esercizio di attività destinate a

permettere la determinazione e il monitoraggio del livello di prestazioni essenziali delle regioni per le politiche sociali in tema d'infanzia; 6) svolgimento di attività di sensibilizzazione sulle politiche dell'infanzia; 7) promozione dell'istituto della mediazione per la risoluzione extragiudiziale delle controversie relative a minori; 8) attività consultiva attraverso pareri formulati in relazione a disegni di legge governativi e progetti di legge relativi a misure da adottare sul piano nazionale in tema d'infanzia, nonché sui rapporti periodici formulati dal Governo ed inviati al Comitato sui diritti dell'Infanzia; 9) formulazione di proposte ai fini di rafforzare gli strumenti legislativi in materia di minori ed esercizio dei loro diritti; 10) in materia di tratta di bambini, pedopornografia e abusi sessuali su minori, il Garante nazionale può formulare proposte e osservazioni per prevenire e contrastare tali fenomeni, così come, in materia di abusi, fare le opportune segnalazioni alla Procura della Repubblica competente (legge 112/2011, articolo 3, commi 9 e 11,); 11) presidenza della Conferenza Nazionale per la garanzia dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, al fine di conseguire una collaborazione e comunicazione con i Garanti regionali, elaborazione di linee comuni e scambio d'informazioni necessarie a creare una maggiore sinergia tra i vari livelli.

Per lo svolgimento di tali funzioni vengono garantiti poteri già auspicati nel Documento Comune di accesso ad informazioni, banche dati e documenti in possesso di soggetti pubblici o privati, nonché a luoghi di detenzione dei minorenni, previa autorizzazione del magistrato di sorveglianza per i minorenni o del giudice che procede[292]. Tale previsione si conforma a quanto auspicato nel Commento generale n.2 del Comitato, che richiama i Princìpi di Parigi, in cui tra l'altro, si richiede l'attribuzione di tali poteri in capo ad un *Ombudsman* per l'infanzia[293].

La normativa adottata in ambito italiano non ha però riscontrato una totale approvazione, in quanto non totalmente conforme a quei requisiti di indipendenza previsti negli stessi Princìpi : indipendenza garantita, è bene ripeterlo, dalla dotazione in capo all'Autorità di *adeguate risorse finanziarie e umane* (corsivo mio), oltreché di adeguate infrastrutture[294]. L'organizzazione dell'Ufficio del Garante viene prevista

[292] Legge 112/2011, art. 4.
[293] *Supra*, in questo stesso capitolo, al III.3.1.
[294] Vedi anche COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding…,Italy*, 2011,cit. p.4, par. 13 dove si enuncia la necessità di dotazione di adeguate risorse affermando che «*The Committee recommends that the State party ensure that the new office of the national Ombudsperson for*

dall'articolo 5 della legge 112/2011, in cui si dota l'Autorità di un nucleo di risorse umane particolarmente esiguo (dieci persone), la cui scarsità numerica ha impedito ad oggi uno svolgimento particolarmente celere delle competenze attribuite. Le infrastrutture attribuite all'Autorità per l'esercizio delle sue funzioni sono alcuni locali messi a disposizione dalla Presidenza del Consiglio, mentre il finanziamento delle sue attività viene effettuato mediante un apposito fondo risultante nel bilancio della Presidenza stessa; in conformità con i Princìpi di Parigi del 1990, l'articolo 5 della legge 112/2011 ribadisce, d'altro canto, l'autonomia organizzativa ed amministrativa del Garante.

Il testo della legge 112/2011 non soddisfa inoltre la più recente dottrina per un'eccessiva genericità nel dettato normativo, che non pone sapientemente accento sulle questioni di maggior rilievo concernenti i bambini e su cui il Garante dovrebbe avere espressamente maggiori e più incisive possibilità d'intervento. L'assenza di particolari possibilità di risoluzione effettiva di situazioni di emergenza ne è un sintomo, in quanto compito del Garante è in tal caso di provvedere ad effettuare le opportune segnalazioni agli organi competenti affinché vi sia la presa in carico dei minori in stato di abbandono: un intervento privo quindi dell'incisività che sarebbe dovuta opportunamente essere prevista[295]. Inoltre, e qui si richiama anche una considerazione personale scaturente dallo svolgimento del colloquio con l'Ufficio del Garante, la scarsità di risorse umane impedisce effettivamente la possibilità di adeguato svolgimento dell'incarico, essendo preclusa all'Autorità una più adeguata presenza e monitoraggio su tutto il territorio.

Un'ultima critica dev'essere mossa infine alla previsione dei commi 7 e 8 dell'articolo 3 della legge 112/2011: nonostante si sia prevista espressamente la costituzione di una Conferenza nazionale che permette il coordinamento e scambio di strategie tra i Garanti regionali[296] (Conferenza non prevista nel disegno di legge del

---

Childhood and Adolescence is promptly established and be provided with sufficient human, technical and financial resources to guarantee its independence and efficacy, in accordance with the Committee's general comment No. 2 (2002) on the role of independent human rights institutions in the promotion and protection of the rights of the child[…]».

[295] L. STRUMENDO, P. DE STEFANI *Il Garante dell'Infanzia e dell'Adolescenza* in L. LENTI (a cura di) o*p. cit.*, p. 272 e ss.

[296] Conformandosi così a quanto raccomandato dal Comitato sui diritti del fanciullo nelle sue Osservazioni conclusive del 2011. Cfr. COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding…, Italy,* 2011,cit.. p.4, par. 13 « […] *It* (il Comitato) *further recommends that the State party ensure uniform and efficient protection and promotion of child rights in all regions, which*

2008), non si prevede una miglior articolazione e ripartizione di competenze tra i livelli nazionale e regionale, non essendovi nessuna disposizione orientativa su tale punto nel testo della legge, dovendosi lasciare quindi tale ripartizione alle decisioni della Conferenza stessa.

III.3.5.-Bilancio di due anni di attività: le Relazioni annuali del Garante al Parlamento

L'articolo 3, comma 1 *p)* della legge istitutiva del Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza prescrive che entro il 30 aprile di ogni anno l'Autorità presenti alle Camere una Relazione su quanto svolto nell'anno anteriore, previa consultazione della Conferenza nazionale per la garanzia dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza; da tali Relazioni (due, una relativa all'anno 2011 e una relativa al 2012) e dal colloquio avuto con lo staff del Garante per ottenere maggiori informazioni riguardo allo svolgimento del mandato, si tenterà di ricostruire quanto finora svolto, i problemi riscontrati e gli obiettivi raggiunti. In merito alla prima Relazione al Parlamento, essendo stata presentata per valutare i risultati ottenuti a pochi mesi dall'istituzione dell'Autorità stessa, quanto in essa esposto può essere valutato in chiave prevalentemente propositiva per il futuro. La prima Relazione si occupa infatti di delineare gli auspici e le possibili azioni in materia di minori suscettibili di essere enfatizzate e portate a termine. Come Autorità nazionale, tra le varie competenze attribuite vi è anche quella di permettere una visibilità a livello internazionale per un più efficace raggiungimento degli obiettivi, mediante l'integrazione dell'Italia in Organizzazioni internazionali, partecipazione a convegni in materia d'infanzia e, a livello interno, mediante costituzione di protocolli d'intesa con associazioni, Osservatori ed altre istituzioni, nazionali e non. Tale attività d'intensificazione della visibilità e creazione di raccordi è stata validamente svolta dall'Autorità fin dalla sua instaurazione, dapprima mediante l'individuazione degli ambiti in cui maggiormente costituire delle sinergie e poi con la costruzione di esse.

---

includes assistance to and coordination of existing regional children's Ombudspersons by the National Ombudsperson for Childhood and Adolescence. […]». Vedi inoltre, anche in relazione alle critiche sulla Conferenza nazionale L. STRUMENDO, P. DE STEFANI *Il Garante dell'Infanzia e dell'Adolescenza* in L. LENTI (a cura di) o*p. cit.*, p. 273.

Ne è sintomo quanto affermato nella seconda Relazione del Garante, che espone una particolare attenzione dedicata a tale attività fino all'aprile del 2013 rispetto all'attuazione delle altre competenze; ciò a causa anche del ritardo[297] nell'adozione da parte del Governo del decreto di approvazione del regolamento di organizzazione e contabilità, da adottarsi su proposta del Garante stesso, e necessario a raggiungere l'autonomia organizzativa e finanziaria prospettata nella legge istitutiva, e la disponibilità effettiva di risorse.

L'impossibilità di svolgere compiutamente le ulteriori competenze prescritte dalla legge non ha comunque impedito il raggiungimento di obiettivi importanti. In relazione al livello internazionale, l'Italia è entrata a far parte a pieno titolo dell'ENOC nel settembre del 2012 e ha partecipato a vari convegni internazionali, tra cui un importante appuntamento promosso dalla Commissione europea come il *DG JUSTICE - Unit C1 Fundamental Rights and Rights of the child*[298]*;* importanti sono anche i protocolli d'intesa e gli ulteriori accordi stipulati da parte dell'Autorità con vari soggetti inerenti all'ambito nazionale. Anche da quanto emerso nel colloquio effettuato, le parole chiave che potrebbero essere più frequentemente associate alla figura del Garante sono senza dubbio *dialogo* e *comunicazione*: con gli organi istituzionali, le associazioni, i Garanti regionali, e gli stessi singoli, in special modo i bambini. Ciò che è stato fatto presente è che la rilevanza di una simile istituzione a livello nazionale non si deve unicamente all'aver finalmente creato uno strumento capace di attuare in tutto il territorio per dare voce ai diritti dei minori: tali organi già si riscontravano a livello nazionale anche anteriormente (tra questi a titolo esemplificativo si possono includere l'Osservatorio nazionale per l'Infanzia e l'Adolescenza, il Centro nazionale di documentazione e di analisi per l'infanzia e l'adolescenza, l'Osservatorio per il contrasto della pedofilia e della pornografia minorile, nonché l'attività dei vari Ministeri aventi competenze anche in materie riguardanti i minori). Tanti organi esistenti, poca o nulla comunicazione che impedisce l'attuazione di una linea di lavoro più pregnante: compito del Garante è

[297] L'approvazione del regolamento di organizzazione e contabilità è avvenuto infatti solo il 20 luglio del 2012, (DPCM 20 luglio 2012,n.168), e in vigore dal 14 ottobre 2012. Ciò contrariamente alla tempistica stabilita nella legge 112/2011 che prescriveva l'adozione del decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri entro 90 giorni dall'entrata in vigore della legge (l. 112/2011, art. 5, co. 2).
[298] Cfr. AUTORITÀ GARANTE PER L'INFANZIA E L'ADOLESCENZA *Crescere insieme*, cit. p.10.

anche di promuovere una maggior comunicazione e cooperazione tra le istituzioni, evitando che il mancato scambio d'informazioni tra i vari organi generi attuazioni reiterate e frammentarie, orientandole quindi verso un'azione comune e maggiormente efficace. Per tali ragioni, hanno iniziato ad istituirsi rapporti con varie organizzazioni, tra cui l'Osservatorio nazionale per l'Infanzia e l'Adolescenza, l'Osservatorio per il contrasto della pedofilia e della pornografia minorile, il Dipartimento di pubblica sicurezza del Ministero dell'Interno e la RAI. Specie con quest'ultima, l'instaurazione di una collaborazione è stata particolarmente rilevante per intraprendere quell'attività di sensibilizzazione e creazione di una cultura dell'infanzia tra gli adulti e salvaguardare i mezzi di telecomunicazione da una strumentalizzazione contraria alle finalità educative.

Per promuovere una maggior conoscenza tra i più piccoli su chi sia il Garante e sui loro diritti, è stato pubblicato un libro in collaborazione con un noto personaggio per bambini. Grazie a quest'ultima iniziativa, hanno iniziato ad arrivare segnalazioni anche da parte di minori a denuncia della sussistenza di situazioni di disagio. L'attività di ascolto è stata quindi avviata fin dall'inizio del mandato: compito del Garante è stato quello di ricevere e valutare le varie segnalazioni, per inoltrarle poi agli organi propriamente competenti (gli stessi Garanti regionali, Comuni, Autorità giudiziaria, servizi sociali). Operando sulla base del principio di sussidiarietà, il quale richiede l'intervento dell'Autorità nazionale nei casi di insufficienza dell'azione effettuata da parte di livelli territoriali più vicini ai singoli individui, l'Autorità stessa sta redigendo un apposito *iter* procedimentale affinché le segnalazioni pervengano al Garante solo nei casi in cui non sia possibile un'azione adeguata da parte di organi con più immediata operatività. Per incrementare la funzione di ascolto che il Garante si riserva, è stato svolto durante l'anno 2012-2013, ed ancora è in svolgimento, un *tour* per tutta Italia, visitando i luoghi più disagiati al fine di individuare quali problemi richiedano una più immediata risoluzione e dare spazio ai giovani nell'esposizione dei problemi che vivono in prima persona. Nelle sue visite *in loco,* il Garante ha inoltre avuto accesso a quei luoghi, quali ad esempio le carceri minorili, in conformità con quanto previsto dall'articolo 4 comma 3 della legge istitutiva. Tale attività ha permesso inoltre d'incrementare la raccolta di dati

relativi alle condizioni dell'infanzia al fine di poter redigere con maggiore precisione statistiche e bilanci che evidenzino l'attuale condizione dell'ordinamento interno[299].

Inoltre le segnalazioni pervenute e i riscontri sul campo hanno permesso di evidenziare i vari ambiti in cui cercare di operare con prevalenza: il maggior incremento in territorio italiano di minori stranieri non accompagnati, evidenziato come tema di attuale preoccupazione anche da parte del Comitato infanzia nelle Osservazioni del 2011, ha spinto l'Autorità ad incentivare e a diffondere il Progetto tutori sviluppato in alcune Regioni, per incrementare la presenza di rappresentanti volontari adeguatamente qualificati. In materia di abusi sessuali, dopo aver promosso la ratifica della Convenzione di Lanzarote, si è portato avanti un progetto finanziato dalla Commissione europea e in collaborazione con il Ministero dell'Istruzione e *Save the Children*, per un uso di Internet più consapevole da parte dei minori, per contrastare il fenomeno di adescamento di minorenni attraverso la rete, recentemente introdotto come reato (*grooming).* In tema di giustizia minorile è stato stipulato un protocollo d'intesa con le Forze di Polizia, per formare un personale più qualificato in tema di minori; è inoltre in fase di creazione una Commissione sulla giustizia minorile, composta da esperti del settore, al fine di redigere una valida proposta di riforma della giustizia minorile da presentare al Parlamento. È stata infine manifestata l'adesione dell'Autorità alla Carta dei diritti del bambino in ospedale[300], e alla Carta di Milano, che tutela i bambini dallo sfruttamento pubblicitario e nei mezzi di comunicazione.

---

[299] L'Italia infatti ha già ricevuto nelle Osservazioni conclusive del 2003 e nelle Osservazioni del 2006 alcune raccomandazioni da parte del Comitato riguardo all'assenza di statistiche che attestino con precisione le condizioni dei bambini. Cfr. COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding…*OPSC 2006..cit., p. 3, par. 14 «*The Committee recommends that the State party strengthen its efforts to collect in a systematized fashion quantitative and qualitative data on all areas covered by the Optional Protocol. Such data should be used to assess progress and to design programmes and policies to further implement the Optional Protocol*». Tale situazione viene inoltre denunciata nel *Supplementary Report* alle Nazioni Unite sull'osservanza della Convenzione del 1989 presentato da parte del Gruppo di Lavoro per la Convenzione sui Diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza. Si veda GRUPPO DI LAVORO PER LA CONVENZIONE SUI DIRITTI DELL'INFANZIA E DELL'ADOLESCENZA *i diritti dell'infanzia…*cit., p. 32.

[300] Strumento utile per incentivare i diritti del bambino in tema di salute, e promuovere un'adeguata formazione dei soggetti che somministrano le cure. Cfr. *supra* in questo stesso capitolo, III.3.3; COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding…Italy,* 2011, cit, p. 12, par. 48 *c)*. Il rilievo dell'azione da parte delle Autorità create a tutela dei diritti umani nella promozione e tutela anche di quelli dei bambini, tra cui il diritto alla salute, viene ribadito nel Commento generale n.15. Si veda COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment No. 15*…cit., p. 21, par. 103.

Occorre tenere presente un'altra importante attività svolta dal Garante insieme alla rete di associazioni *Batti il cinque!* che ha come obiettivo la redazione di una proposta da presentare alle Amministrazioni ed organi competenti, ai fini d'individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni sociali che devono essere garantiti dalle regioni nell'esercitare le competenze relative alle politiche sociali che gli ha attribuito l'articolo 117 della Costituzione. Tali livelli essenziali non sono mai stati stabiliti dallo Stato: essendo quindi attualmente le Regioni che discrezionalmente stabiliscono quali e quante risorse destinare alle singole politiche sociali, manca un livello minimo comune, e vi è il rischio di una difformità di trattamento all'interno di tutto il territorio nazionale. Tale situazione non è più sostenibile, ed è stata inoltre oggetto di espresso richiamo fin dalle prime Osservazioni conclusive formulate dal Comitato infanzia all'Italia[301]. Ciò che l'Autorità Garante sta tentando di effettuare è di permettere che almeno il settore infanzia e adolescenza sia garantito da un determinato livello minimo uniforme. Verrà effettuata quindi la presentazione, nella seconda metà dell'anno 2013, di una proposta da discutersi poi presso le istituzioni competenti.

Riguardo infine ai rapporti tra l'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza e i Garanti regionali, nella seconda Relazione al Parlamento[302] viene sottolineato come il Garante nazionale si sia adoperato per promuovere la nomina di questi ultimi in quelle regioni in cui alla legge istitutiva non abbia fatto seguito la nomina effettiva, e a contrastare una possibile soppressione di quelli già esistenti, come accaduto in Friuli, o limitazione su un piano fattuale delle competenze normativamente attribuite. È stata inoltre avviata la Conferenza nazionale per la garanzia dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza attraverso la quale, dopo un primo momento in cui si è predisposto il regolamento, si sono avviati i lavori per costruire strategie congiunte e creare una maggior cooperazione.

Un avvio che sembra dunque più che positivo, ma su cui occorre fare un'ultima, importante riflessione: sia da come traspare in alcuni punti di entrambe le Relazioni annuali, sia dall'impressione ricevuta durante il colloquio, in materia di minori c'è sempre quel sottile e costante pericolo che le materie relative all'infanzia vengano

[301] Cfr. COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding…Italy 1995,*cit.,p.2, par.8- p.4 par.18; Id. *Concluding…Italy,* 2003, cit., p. 3, par. 9; Id. *Concluding…Italy,* 2011, p. 3, par.9 *b).*
[302] AUTORITÀ GARANTE PER L'INFANZIA E L'ADOLESCENZA *Crescere insieme…*cit., p. 11.

prese come obiettivi da raggiungere in seconda battuta e a cui destinare un'attenzione ridotta. I bambini non sono elettori, non votano: ciò potrebbe deviare l'attenzione verso politiche che permettano di "assicurare" il proprio posto negli organi politici soddisfacendo chi un voto potrebbe esprimere. D'altronde si è visto, in caso di crisi le politiche relative all'infanzia sono tra le prime a risentirne: ne è un perfetto esempio il Friuli con la soppressione del suo Garante regionale con la legge di assestamento del 2008, o la Spagna che, come vedremo, nel 2012 ha visto, per fronteggiare la crisi, la soppressione del *Defensor del Menor madrileño*. Ecco quindi che si presenta quello che l'attuale Garante, Vincenzo Spadafora, vede come rischio possibile e incombente, e che nelle sue Relazioni fa presente: che da un'Autorità *dei* minori si passi fin troppo facilmente a concepirla come «un'Autorità *"*minore*"* per diritti "minori"»[303].

[303] Vedi l'opinione del Garante in AUTORITÀ GARANTE PER L'INFANZIA E L'ADOLESCENZA *Crescere insieme*…cit., p. 7; Si veda anche Id. *Bambini e adolescenti*…cit,, p.13

CAPITOLO IV

Il recepimento spagnolo delle obbligazioni internazionali in materia di minori

IV.1.- Il recepimento delle obbligazioni internazionali nell'ordinamento spagnolo attraverso le riforme legislative: evoluzione del sistema penale

IV.1.1.- Le modifiche al sistema penale spagnolo

Proseguendo l'analisi iniziata nel capitolo anteriore in materia di adeguamento alle obbligazioni internazionali, occorre ora soffermarsi sull'attività del legislatore spagnolo nel conformare il sistema interno, specie in ambito penale. Tale progressivo adeguamento si riflette in varie riforme varate nel tempo per includere ed inasprire la punibilità delle condotte maggiormente lesive dell'integrità, soprattutto sessuale, del minore. La comunanza di basi giuridiche internazionali e sovranazionali tra Italia e Spagna permette una più agevole comparazione ai fini di valutare come ed in che misura i due ordinamenti abbiano dato risposta alle obbligazioni internazionali da essi contratte. Verrà quindi riproposta, per una più agevole comprensione dell'analisi, la medesima suddivisione realizzata nel capitolo anteriore.

a) Definizione del concetto di pornografia

In ambito spagnolo, l'ultima riforma del *Código penal* (CP) rispetto ai reati lesivi dell'integrità sessuale dei minori è piuttosto recente, ed è stata attuata con la L.O. del 22 giugno 2010, n.5, mediante la quale il legislatore tenta un maggior adeguamento alle prescrizioni internazionali. La mancanza di pieno recepimento del testo definitivo della decisione-quadro 2004/68/GAI da parte della riforma spagnola anteriore (con L.O. del 25 novembre 2003, n.15), aveva dato vita all'elaborazione di un *Anteproyecto de ley* nel 2008, che sfocerà poi nella L.O. 5/2010[304]. Sin dal

[304] Non si dimentichi che, a livello di fonti europee, la riforma del 2010 prende in considerazione la decisione-quadro 2004/68/GAI e non la direttiva che la sostituisce, essendo stata quest'ultima adottata posteriormente alla riforma spagnola.

momento della sua gestazione, tale *Anteproyecto* non aveva ricevuto piena approvazione: un rapporto informativo del *Consejo Fiscal*[305] sottolineava il problema derivante dall'assenza di espressa definizione del concetto di "*material pornográfico"*. La riforma del 2003 aveva introdotto unicamente la punizione della produzione e diffusione (ma non della mera detenzione) di materiale pseudopornografico, inteso come «*material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada*»[306].

Non essendo stata inserita, nonostante l'*informe* del *Consejo Fiscal,* con la riforma del 2010 una definizione di materiale pornografico, vengono lasciate irrisolte e nelle mani di dottrina e giurisprudenza tutte le questioni sinora affrontate**:** in primo luogo se possano considerarsi incluse in tale concetto la pornografia tecnica (immagine di una persona maggiorenne i cui tratti, anche grazie a ritocchi ottenuti con mezzi tecnici, siano tali da farla sembrare minorenne) e la virtuale (immagini realistiche di un minorenne inesistente realizzate generalmente con l'utilizzo del computer). L'obbligo d'interpretazione conforme alla normativa internazionale da parte degli organi interni, soprattutto se in relazione alle recenti direttive europee, potrebbe costituire un buon punto di partenza per includerle; a tale possibilità contrasta d'altra parte il principio di legalità penale, il quale richiede la punibilità delle condotte espressamente previste dalla legislazione penale, senza possibilità di un'interpretazione in *malam partem* nei confronti dell'imputato.[307] Altre questioni in cui ancora non vi è consenso unanime da parte di dottrina e giurisprudenza riguardano la possibilità d'includere anche le ipotesi di pornografia scritta[308] e

[305] FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO *Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO , Madrid, 2009, p. 124 e ss, reperibile in Internet http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20130608_07.pdf.

[306] Art. 189, co.7, CP.

[307] Si veda anche M. J. RODRIGUEZ MESA *Explotación sexual y pornografía infantil. Un análisis de la regulación penal en España a la luz de los requrimientos internacionales y comunitarios* in F. J. ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), A. MANJÓN-CABEZA OLMEDA.- A. VENTURA PÜSCHEL (Coords.) *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política criminal europea*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2009, p. 325.

[308] Ad oggi se ne esclude la possibilità, sebbene non manchino proposte da parte della dottrina affinché si modifichi il *Código* per includerle espressamente, in quanto anche la letteratura pornografica con minorenni favorisce l'idea del minore come oggetto sessuale. Si veda J. M. DE LA ROSA CORTINA *op. cit.*, p. 44.

audio[309]**:** a tali questioni la risposta da darsi sembra ancora più incerta, in relazione al fatto che considerando il panorama internazionale, nella maggior parte delle Convenzioni il concetto di pornografia viene associato a qualsiasi «rappresentazione *visiva* (corsivo mio)», come ad esempio avviene negli articoli 2 *c)* della direttiva 2011/92/UE e 9, comma 2 della Convenzione sul *cybercrime*, esaminate in precedenza.

b) Reati sessuali

Il legislatore spagnolo ha riformato nel 2010 la struttura dei capitoli relativi alle aggressioni e agli abusi sessuali, per dare una più stringente risposta nei casi in cui tali condotte siano attuate verso minori di età: razionalizzazione che non ha implicato la creazione di nuove fattispecie, in quanto anche il sistema anteriore alla riforma soddisfaceva nella sua antica versione le varie ipotesi di condotte punibili enunciate negli articoli 18 della Convenzione di Lanzarote e dall'articolo 2 della direttiva 2011/92/UE. Tali illeciti penali si articolano ora nel Titolo VIII, Libro II del *Código* in tre capitoli differenti: nel Capitolo I si punisce la condotta di chi attenta la libertà sessuale altrui mediante violenza o intimidazione, nella fattispecie basica (articolo 178 CP), qualificata (articolo 179 CP) e con eventuali aggravanti speciali (articolo 180 CP), sempre che tale condotta sia effettuata contro un soggetto ultra tredicenne. Il Capitolo II disciplina invece gli abusi sessuali a soggetto ultratredicenne. L'articolo 183 CP e il 183 *bis* CP, quest'ultimo aggiunto nel 2010, sono invece

[309] Parte della dottrina reputa che il materiale audio sia incluso (ad esempio una linea telefonica erotica in cui intervengano minorenni), dovendosi tale inclusione considerare effettuata grazie al dettato dell'art. 189, co. 7 CP in cui oltre all'immagine viene menzionata anche la voce del minore, e al primo comma dello stesso articolo, alla lettera *a*), in cui si fa menzione dell'elaborazione del materiale pornografico, *«cualquiera que sea su soporte»,* includendo quindi anche l'audio. Si vedano le opinioni espresse in J. M. DE LA ROSA CORTINA *op. cit.,* p. 43. Un'altra parte della dottrina considera che nei casi di conversazioni telefoniche erotiche con un minorenne mancherebbe la necessaria esistenza della «*representación visual y de una conducta sexual esplícita, como elementos caracterizadores de esta tipología delictiva, debiendo calificarse tales contactos o comunicaciones como "corrupción de menores"[…] pues se les hace participar en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudica la evolución o desarrollo de su personalidad*»: in D. L. MORILLAS FERNANDEZ *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especiales consideraciones de las modalidades comisivas relacionadas con Internet,* Madrid, Dykinson S.L., 2005, p. 68. É opportuno tenere in considerazione che il Commento generale n.13 del Comitato sui diritti del fanciullo include al paragrafo 25 *c)* nel concetto di pedopornografia anche materiale audio.

ricompresi nel Capitolo II *bis*, dove vengono punite le condotte di violenze e abusi sessuali a danno di minori di tredici anni, con pene più alte di quelle previste nei due capitoli anteriori. Oltre ad una risposta maggiormente repressiva verso tali condotte, vengono introdotte delle aggravanti speciali che ricalcano le previsioni della Convenzione di Lanzarote (e ora anche della direttiva 2011/92/UE)[310].

Ad ogni modo, è opportuno sottolineare che in tema di relazioni sessuali con minorenni, la Spagna è stata oggetto di particolari critiche e raccomandazioni, per essere risultato il Paese dell'UE avente la più bassa soglia minima di età per il consenso sessuale (tredici anni); ciò implicherebbe che in assenza di violenza, intimidazione o inganno, nel caso di consenso al rapporto sessuale espresso liberamente dal minore ultratredicenne, non vi sarebbe perseguibilità del soggetto attivo.[311]

c) *Prostituzione minorile*

In tema di prostituzione minorile, la riforma del 2010 ha introdotto una serie di modifiche più rilevanti rispetto a quelle attuate in Italia nel 2012. Fino all'ultima riforma l'ordinamento spagnolo non prevedeva infatti alcuna responsabilità penale per chi usufruisse delle prestazioni sessuali di un minorenne. La necessità d'includere tra le condotte tipiche anche quella del cliente, emersa dalle norme di diritto internazionale ed europeo[312] ha spinto quindi il legislatore spagnolo a punire nell'articolo 187, primo comma del *Código penal*, anche colui che «*solicite, acepte u obtenga a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con persona menor de edad […]*» prevedendo la responsabilità penale anche nel caso,

[310] Le aggravanti introdotte nel 2010 sono: *a) escaso desarrollo fisico o mental de la victima que la coloque en situación de total indefensión, y en todo caso si tuviera menos de cuatro años; e) Cuando el autor haya puesto en peligro la vida del menor. f) Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminales que se dedicaren a la realización de tales actividades.* Le aggravanti ora menzionate corrispondono sostanzialmente a quelle enunciate nell'art. 28 lett. *a), c)* ed *f)* della Convenzione di Lanzarote,.

[311] Tale soglia di età è stata considerata eccessivamente bassa nelle Osservazioni conclusive del 2007 adottate in risposta al rapporto OPSC del Comitato sui diritti del bambino. Vedi COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding...Spain,..OPSC, 2007*, cit., p.5, par. 23-24: «*Preocupa al Comité que la edad relativamente baja para el consentimiento sexual, los 13 años de edad, vuelva a los niños más vulnerables a la explotación sexual*», e che «*El Comité recomienda que el Estado Parte considere la posibilidad de elevar la edad de consentimiento sexual para brindar una mayor protección contra los delitos abarcados por el Protocolo Facultativo*».

[312] Tra queste la Convenzione di Lanzarote all'art. 19, co.1.

così come nella disciplina italiana riformata, di mera promessa in cambio delle prestazioni sessuali[313].

Della nuova redazione dell'articolo 188 CP (induzione o mantenimento in stato di prostituzione nei casi in cui siano ottenute con violenza, intimidazione o abuso di una situazione di superiorità), la modifica più rilevante può considerarsi l'introduzione di un quarto comma, in cui vengono menzionate tre aggravanti speciali, in adempimento anche in tal caso delle prescrizioni internazionali in tema di circostanze idonee ad aggravare il reato[314].

d) Pornografia infantile e partecipazione del minore a spettacoli pornografici

Relativamente alla tematica della pornografia minorile, dopo un iniziale adeguamento del *Código* originario del 1995 al panorama internazionale con le riforme del 1999 (in special modo agli articoli 19 e 34 della Convenzione ONU del 1989) tipizzando come punibili varie condotte relative *all'iter* del materiale pedopornografico[315], e del 2003 (adeguandosi prevalentemente al testo non ancora

[313] Una parte della dottrina sostiene la suscettibilità di tale condotta nel generare responsabilità penale del soggetto attivo già nel periodo *ante* riforma, dovendosi però valutare strettamente le peculiarità del caso concreto: nel caso in cui il soggetto attivo si fosse trovato infatti a richiedere abitualmente rapporti sessuali ad un minorenne in cambio di remunerazione, avrebbe potuto essere accusato di favoreggiamento della prostituzione minorile. Nel caso in cui invece la richiesta di prestazioni sessuali fosse stata sporadica e nei confronti di un minorenne già in stato di prostituzione, per una parte della dottrina tale condotta doveva considerarsi esente da responsabilità penale, o al massimo costitutiva del reato di corruzione di minorenni**;** per altra invece poteva integrare la fattispecie di abusi sessuali**,** in quanto le prestazioni ottenute erano frutto dell'abuso da parte del soggetto attivo di una situazione di superiorità verso un minorenne già ridotto allo stato di mero oggetto sessuale. Ciò che veniva considerato rilevante al momento di valutare la condotta, era la relazione causale di essa con lo stato di prostituzione del minore, valutando se costituisse o meno favoreggiamento. Si veda l'opinione espressa in M. J. RODRIGUEZ MESA *Explotación sexual y pornografía infantil. Un análisis de la regulación penal en España a la luz de los requrimientos internacionales y comunitarios* in F. J. ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), A. MANJÓN-CABEZA OLMEDA.-A. VENTURA PÜSCHEL (Coords.)...*op. cit.*, pp. 331-332; M. CANCIO MELÍA *Delitos sexuales* in DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO J. (dir.) *Estudios sobre las Reformas del Còdigo Penal (operadas por la LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero),* Cizur menor (Navarra), Aranzadi, S.A., 2011. p. 375 e ss.

[314] Tali come *a) actuación de las conductas típicas prevaliendose de la propia condición de autoridad o funcionario público, aplicandose en este caso, también la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años; b) pertenencia del culpable a organizaciones criminales finalizadas a cometer las conductas tipificadas; c) puesta en peligro, mediando dolo o imprudencia grave, de la vida o la salud de la víctima,* rispecchiando anch'esse, tra le varie norme internazionali, la decisione-quadro 2004/68/GAI all'art. 5 *b).*

[315] La riforma del 1999 (L.O. 30 aprile 1999, n.11) modificò in primo luogo l'art. 189 CP, suddividendo il primo comma in due paragrafi, punendo espressamente alla lettera *a)* l'impiego di

definitivamente approvato della decisione-quadro 2004/68/GAI), con cui s'incluse la definizione di pseudopornografia e la tipizzazione della detenzione di materiale pedopornografico destinato a consumo privato, la riforma del 2010 introduce altre fattispecie tipiche, superando il dettato minimo previsto dalle norme internazionali più recenti. Vengono infatti introdotte all'articolo 189 CP le condotte di captare un minorenne per farlo partecipare a spettacoli, esibizioni pornografiche o all'elaborazione di materiale pedopornografico, e quella di arricchirsi mediante tali attività[316]. Per ciò che riguarda l'adescamento di minorenni per utilizzarli in spettacoli osceni o per produrre materiale pornografico, tale condotta è simile all'adescamento e molestie previsti nell'articolo 183 *bis* CP, di cui si parlerà nelle prossime pagine, sebbene si differenzi per alcune, rilevanti peculiarità. In primo luogo, l'articolo 189, comma 1 *a)* CP non richiede alcun atto materiale di approccio e avvicinamento al minore di età; tale fattispecie implica inoltre responsabilità penale anche nei casi in cui la condotta sia effettuata verso minorenni aventi più di tredici anni, attribuendosi in tal caso al concetto di minorenne la definizione più generica, condivisa anche a livello internazionale, di qualsiasi persona avente meno di diciotto anni. Infine, un'ulteriore differenza è costituita dalla pena prevista, più elevata nell'articolo 189 CP di modo che, nel caso di condotta riconducibile ad entrambe le fattispecie, sarà applicabile quest'ultimo. Ad ogni modo, parte della dottrina ne critica l'inclusione nel *Código*, in quanto reputa che con tale nuova previsione il legislatore spagnolo abbia anticipato eccessivamente la possibile repressione penale ad atti «*meramente preparatorios, que incluso pueden ser ambiguos y no claramente reveladores de la finalidad ulterior de utilizar el menor en un espectáculo exhibicionista o en la elaboración de material pornográfico*[317]»**.**

La stessa critica viene mossa ad un'altra previsione aggiunta dal legislatore del 2010 al primo comma, lettera *b)* dello stesso articolo, dove ora, assieme alle condotte

---

minorenni nell'elaborazione di materiale pornografico, accanto al loro utilizzo in spettacoli pornografici, e aggiungendo una lettera *b)* in cui si includevano come punibili la vendita, diffusione, esibizione di materiale pedopornografico, così come la detenzione di esso a fini di distribuzione. Importante è l'introduzione con la riforma del 1999 del termine «*por cualquier medio*» relativo alla modalità di diffusione del materiale pornografico infantile, che ha permesso di affrontare più efficacemente la minaccia rappresentata da Internet, in quanto strumento di diffusione di massa. Si veda anche D. L. MORILLAS FERNANDEZ, *op. cit.*, p. 134 e ss.

[316] La Convenzione di Lanzarote all'art. 19, primo comma, lettera *b)* richiede, tra le altre, di punire chi si arricchisce mediante la prostituzione minorile.

[317] F. MUÑOZ CONDE *Derecho Penal. Parte especial*,18ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, p. 256.

di diffusione di materiale pornografico infantile se ne punisce anche l'offerta: nuovamente, si è di fronte ad un atto preparatorio, in cui possono vedersi incluse condotte blande (si pensi all'ipotesi paventata da Muñoz Conde di chi offre materiale pornografico infantile ancora neanche realizzato[318]) e che può dare luogo ad apprezzamenti largamente discrezionali. D'altra parte, anche tale previsione costituisce un adempimento delle obbligazioni internazionali, in quanto recepisce la previsione dell'articolo 20, primo comma, *b)* della Convenzione di Lanzarote.

Infine, per ciò che concerne spettacoli ed esibizioni oscene in cui partecipano dei minorenni, è opportuno ricordare che ad oggi non è stata ancora tipizzata la condotta dello spettatore[319]; previsione quanto mai necessaria e speculare a quella del cliente, espressamente suscettibile ora di generare responsabilità penale.

e) ***Turismo sessuale***

Il fenomeno del turismo sessuale non è ancora adeguatamente tipizzato all'interno dell'ordinamento spagnolo. Consistendo esso, come si è già affermato nel capitolo anteriore, in una serie di condotte implicanti non solo l'attività di chi usufruisce durante i viaggi delle prestazioni sessuali di un minorenne, ma anche del soggetto che organizza o pubblicizza tali viaggi, deve considerarsi oggi che solo le prime condotte sono suscettibili di essere perseguite penalmente, in maniera ancora più efficace grazie all'inclusione tra le condotte tipiche di quella del cliente. Il dettato attuale della L.O. del 1 luglio 1985, n.6 (*Ley Organica del Poder Judicial)*, riformata a tal fine dalla L.O. dell'8 luglio 2005, n.3, prevede infatti nel suo articolo 23, comma 4, la possibilità per i giudici spagnoli di conoscere, per il principio di giustizia universale[320] (oltre a quelli di territorialità e nazionalità espressi nei due commi anteriori dello stesso articolo), *«de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley*

[318] *Ibidem*.

[319] Parte della dottrina reputa che la condotta dello spettatore di uno spettacolo pornografico in cui partecipi un minorenne sia già inclusa nel *Código*, almeno nei casi in cui venisse effettuata mediante il pagamento di un prezzo per l'entrata, potendo in tali casi includersi nelle ipotesi di chi «*financiare cualquiera de estas actividades»* (art. 189, co.1, lettera *a)* CP), escludendosi, *a contrario*, nel caso in cui siano effettuate gratuitamente. Si veda F. MUÑOZ CONDE *op. cit.*, p. 256.

[320] Accolto con favore da parte del Comitato infanzia, in COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding…Spain, oPSC, 2007,*cit.,pp.6, par. 29-30, in cui si richiede di proseguire per rendere effettiva la giurisdizione spagnola in tal senso, ai fini di reprimere adeguatamente le condotte tipizzate nell'OPSC.

española, como alguno de los siguientes delitos: […] d) Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces.». Per ottenere un più ampio disincentivo al compimento di tali condotte si richiede l'adozione di altre misure, tra cui la collaborazione attiva degli stessi operatori turistici sulla possibile responsabilità penale in cui può incorrere chi metta in atto tali condotte[321].

Ciò che però occorre maggiormente è la possibilità di punire la condotta anche degli operatori turistici che pubblicizzano o si adoperano a predisporre viaggi destinati o in cui risulti possibile ottenere prestazioni sessuali da minorenni, in conformità a quanto la nuova direttiva 2011/92/UE prescrive nel suo articolo 21. Una riforma del *Código penal* è quanto mai opportuna, sia per adempiere all'obbligo di recepire il contenuto della direttiva stessa entro un determinato termine[322], sia per le dimensioni assunte dal fenomeno del turismo sessuale, già oggetto di preoccupazione nel preambolo della Convenzione di Lanzarote ed oggetto del Terzo Congresso Mondiale di Rio contro lo sfruttamento sessuale dei minori a fini commerciali. La necessaria repressione del fenomeno viene anche auspicata nelle Osservazioni conclusive del Comitato infanzia alla Spagna, in cui si richiede ai poteri spagnoli di promuovere adeguatamente la creazione di una maggior coscienza sociale rispetto al turismo sessuale, sia tra il pubblico e gli aspiranti turisti, mediante campagne di sensibilizzazione, sia tra gli operatori turistici, diffondendo tra essi il Codice di condotta esaltato dall'Organizzazione Mondiale del Turismo, ed iniziato a promuovere dalle Autorità spagnole[323]. Il Codice in questione, destinato alla protezione dei minori dallo sfruttamento sessuale minorile per fini commerciali (Codice ECPAT) e promosso anche da UNICEF, ha permesso di ottenere l'adesione di varie imprese operanti nel settore del turismo (14 firmatarie in Spagna a fine 2011), vincolandosi eticamente a promuovere ed includere clausole nei contratti turistici per contrastare il fenomeno dello sfruttamento sessuale minorile[324].

---

[321] Si veda M. J. RODRIGUEZ MESA *Explotación sexual y pornografía infantil. Un análisis de la regulación penal en España a la luz de los requrimientos internacionales y comunitarios,* in F. J. ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), A. MANJÓN-CABEZA OLMEDA.- A. VENTURA PÜSCHEL (Coords.), *op. cit.*,p. 333.

[322] Che, stando alla previsione del suo art. 27 è previsto per il 18 dicembre 2013.

[323] COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding..Spain, OPSC, 2007,* cit.,p.5, par. 22.

[324] UNICEF ESPAÑA *Memoria anual 2011,* UNICEF España, Madrid, 2011, p. 5. Il Codice ECPAT è reperibile al sito dell'ECPAT, nella sezione:

f) Maltrattamenti in famiglia

Sebbene le più recenti norme internazionali ed europee menzionate nel presente lavoro non prevedessero l'adozione di misure più stringenti ed efficaci in tema di maltrattamenti contro i minori[325], nel capitolo anteriore si è esposta la riforma effettuata nel 2012 anche in relazione a tale tema, in quanto rientrante nelle previsioni più ampie della Convenzione del 1989, specialmente del suo articolo 19, il cui contenuto è stato anche esplicato nel Commento generale n.13 del Comitato sui diritti del fanciullo, e che richiede la protezione del minore da ogni forma di maltrattamento. Avendo la Spagna ratificato tale Convenzione, è anch'essa vincolata a dare attuazione alle sue disposizioni. In epoca recente ciò si è tradotto in due riforme del *Código penal*, con L.O. del 29 settembre 2003, n.11 e L.O. del 28 dicembre 2004, n.1, attraverso cui sono stati riformulati alcuni articoli volti a contrastare i maltrattamenti familiari e la violenza di genere. Nonostante tali riforme si siano indirizzate a garantire una particolare protezione alla donna, accanto ad essa sono stati maggiormente tutelati anche soggetti particolarmente vulnerabili, sempre che questi ultimi convivano con l'autore del reato[326]; per tale motivo l'introduzione di tali previsioni nel sistema penale è stata salutata con favore dal Comitato infanzia[327].

---

http://www.ecpat.it/index.php?option=com_content&view=article&id=28%3Aecpat-e-il-codice-di-condotta&catid=36%3Aecpat-e&Itemid=84, consultata in data 4 novembre 2013.

[325] Al contrario delle Osservazioni conclusive, tra cui quelle del 2003 del Comitato infanzia, in cui si richiede espressamente una più incisiva riforma per risolvere la questione dei maltrattamenti sui minori. Cfr. COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding...Spain, 2003,* cit., p.7, par. 37.

[326] Tali sono i casi ad esempio dell'articolo 153 CP, che al primo comma prevede la conversione del reato di lesioni non suscettibile di essere qualificato come delitto, in un delitto effettivo, se realizzato nei confronti di tali soggetti; degli articoli 171, co.4, 5e 6 CP e 172,co.2 CP, che convertono le minacce e coazioni lievi in delitti in luogo di essere qualificate secondo la disciplina ordinaria come contravvenzioni (*faltas)*, se realizzati contro tali soggetti, mentre per gli altri citati nell'articolo 173,co. 2 CP, tale conversione avviene sempre che ricorra l'uso di armi. L'articolo 173, co.2 punisce invece come autore di un delitto contro l'integrità fisica chi realizza atti di violenza fisica e psichica abituali verso i soggetti in esso elencati, tra cui rientrano anche i minori di età conviventi con il soggetto attivo o sottomessi alla potestà genitoriale, tutela, curatela o affidamento del coniuge o convivente. Il realizzare le condotte previste nei singoli articoli in presenza di minori di età, costituisce inoltre una circostanza aggravante del singolo reato (art. 153,co.3 CP, art.171 CP, co.5, art. 172, co.2 CP, art. 173,co.2 CP). Per un'analisi esaustiva vedasi F. MUÑOZ CONDE *op. cit.*, p.189 e ss.

[327] COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding…Spain, 2010,* cit., p. 2, par.5 *e).*

g) Adescamento di minorenni e nuovi reati

La novità di maggior rilievo contenuta nel Capitolo II *bis* viene individuata nell'articolo 183 *bis* in cui viene tipizzata una nuova condotta, le molestie mediante mezzi di comunicazione (il cosiddetto *grooming,* ricompreso oggi, grazie alla riforma del 2012, anche nell'ordinamento italiano, come già analizzato in precedenza) che, in adempimento delle convenzioni internazionali[328]**,** punisce la condotta di chi per mezzo di Internet, del telefono o di altri mezzi di comunicazione « *contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento*». L'introduzione di tale delitto anche nella legislazione penale spagnola è stata motivata dal fatto che l'avvento di Internet ha incrementato il pericolo di adescamento di minori, a causa dell'utilizzo generale del web e della possibilità di incontrare in rete soggetti che si presentano sotto mentite spoglie al fine di ottenere contatti e approcci ravvicinati. Tenendo in conto quanto esposto nel capitolo precedente, è possibile evidenziare come la normativa spagnola sull'adescamento di minori sia orientata verso una previsione minimale di tale reato, attenendosi strettamente a quanto richiesto sul piano internazionale, senza estendere una garanzia a livello più ampio, come avviene in ambito italiano. Rispetto a quest'ultimo ordinamento infatti, il legislatore spagnolo si limita a punire le condotte di adescamento unicamente se praticate nei confronti di un minore infratredicenne (soglia minima nella legislazione penale spagnola per il consenso sessuale), nel caso in cui l'adescamento sia avvenuto mediante l'utilizzo di mezzi di comunicazione e sempre che alla concertazione di un incontro facciano seguito atti materiali di avvicinamento[329].

[328] Ad esempio la Convenzione di Lanzarote, art. 23 e ora anche la direttiva 2011/92/UE.
[329] Per le critiche a cui ha dato adito il testo così formulato da parte del legislatore spagnolo, si veda M. CANCIO MELÍA *Delitos sexuales* en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO J. (dir.) *op. cit.*, pp. 374 e 375; F. MUÑOZ CONDE, pp. 240 e 241.

h) Disposizioni in tema di errore sulla minore età del soggetto passivo

Contrariamente all'ordinamento italiano, che come si è visto riduce in linea generale nei reati di pedofilia e pedopornografia il rilievo dell'ignoranza sulla minore età della vittima ai soli casi d'ignoranza inevitabile, nel sistema penale spagnolo non esistono attualmente simili previsioni. Come afferma anche la più recente dottrina[330], rispetto a tale categoria di reati vigono le regole ordinarie, richiedendosi la consapevolezza da parte del soggetto attivo dell'età della vittima, anche sotto forma di dolo eventuale.

i) Responsabilità delle persone giuridiche

Conformandosi alle previsioni degli articoli 6 e 7 della decisione-quadro 2004/68/GAI e delle altre norme internazionali precedentemente esaminate**,** la riforma del 2010 ha introdotto la responsabilità penale delle persone giuridiche sia in ambito generale (articolo 31 *bis* CP) che per i reati del Titolo VIII, mediante l'introduzione dell'articolo 189 *bis* CP, che prevede la responsabilità della persona giuridica nel caso in cui i reati di prostituzione e corruzione di minorenni siano commessi in suo nome o per conto di essa e a suo vantaggio, da persone che esercitino funzioni di vertice o da parte di chi sia sottomesso al controllo delle prime. Tale responsabilità, di tipo penale, rispetto a quella italiana di carattere (penal)amministrativo, implicherebbe, stando alle previsioni dell'articolo 189 *bis* CP, la condanna della persona giuridica all'imposizione di una multa; si prevede inoltre la facoltà per i giudici, conformemente all'articolo 66 *bis* CP, di applicare le pene da *b)* a *g)* del settimo comma dell'articolo 33 CP.

j) Pene accessorie e misure di sicurezza

In tema di pene accessorie e misure di sicurezza, con la riforma dell'articolo 192 CP vengono adottate anche nell'ordinamento spagnolo alcune misure per incrementare la tutela del minore: ne è un perfetto esempio l'introduzione della

[330] Vedasi J. M. DE LA ROSA CORTINA cit, p. 46 e ss., p. 117 e ss; J. G. FERNÁNDEZ TERUELO *Cibercrimen. Los delitos cometidos a travès de Internet: – estafas, distribuciòn de pornografia infantil, atentados contra la propiedad intelectual, daños informaticos, delitos contra la intimidad otros delitos en la Red-*, Oviedo, Constitutio Criminalis Carolina, 2007, p.79.

libertà vigilata per i condannati per uno dei delitti del Titolo VIII, da eseguirsi in un momento successivo alla reclusione, per un periodo di tempo che dipende dal tipo di reato sessuale commesso. Tale previsione, generalmente di obbligatoria predisposizione da parte del giudice nella sentenza di condanna, diviene una mera facoltà nel caso in cui sia stato commesso un solo delitto, di minor gravità e da un delinquente primario, dovendo in tal caso il giudice applicare la libertà vigilata in relazione alla valutazione di maggiore o minore pericolosità del soggetto. Essendo tale tipo di reati generalmente commessi da individui con pulsioni sessuali deviate, i cui impulsi difficilmente possono vedersi repressi da un periodo passato in carcere, tale previsione dev'essere senz'altro apprezzata, dovendosi fare però due considerazioni importanti: in primo luogo, il fatto che tale pena sia obbligatoriamente applicabile per tutti i condannati per reati sessuali (eccetto per i meno gravi commessi da delinquente primario), non tiene in considerazione che non tutti i soggetti condannati per tale tipo di reati rientrano propriamente nella categoria dei pedofili**,** derivando da ciò un pericolo particolarmente ridotto di un comportamento recidivo da parte di tali soggetti. Inoltre, e indipendentemente da tale probabilità, risulta illogico prevedere obbligatoriamente la libertà vigilata solo per i condannati per una ristretta serie di reati, in quanto il pericolo di recidività esiste anche per altre categorie; più opportunamente si sarebbe dovuto attribuire un rilievo preponderante alla pericolosità del soggetto piuttosto che al tipo di delitto commesso[331]**.**

Il nuovo testo dell'articolo 192 CP prevede inoltre la possibilità, rispetto al sistema *ante* riforma, di applicare come pena accessoria la perdita della potestà genitoriale, il cui contenuto si vede ora stabilito nel nuovo articolo 46 CP. Il sistema precedente prevedeva unicamente la possibilità di applicare la pena d'inabilitazione speciale dai sei mesi a sei anni per l'esercizio dei diritti relativi alla potestà genitoriale, tutela e curatela; inabilitazione che, in relazione alla potestà genitoriale, implicava il mantenimento della stessa in capo al condannato e il divieto di esercitare i diritti relativi ad essa per il tempo stabilito nella condanna, mentre in tema di tutela e curatela ne determinava l'estinzione e il divieto di assumere altri incarichi della stessa indole per il tempo della condanna. Nel nuovo sistema è ora possibile

[331] Cfr. M. CANCIO MELÍA *Delitos sexuales*, in DìAZ-MAROTO Y VILLAREJO J. (dir.) *op. cit.*, p. 366.

applicare come pena la perdita della patria potestà[332]; ciò implica l'estinzione della titolarità in capo al condannato e il mantenimento unicamente da parte del figlio dei diritti verso il primo. La perdita della potestà genitoriale nel sistema *ante* riforma era possibile solo tramite la relativa azione civile promossa dal *Fiscal* (pubblico ministero)[333]**.**

Contrariamente a quanto disposto dal legislatore italiano del 2012, nell'ordinamento spagnolo non sono state introdotte pene accessorie più restrittive riguardo al possibile accesso per il condannato per delitti sessuali contro minori a professioni che implichino il contatto con i bambini. La libertà vigilata *post* carcere permette una riduzione e un maggior controllo nei movimenti del condannato, ma vi sarebbe stata una maggiore utilità nel prevedere anche una pena accessoria simile a quella italiana d'interdizione perpetua all'assunzione di incarichi nelle scuole o in altri luoghi che implichino un lavoro a contatto con minori di età. L'attuale previsione dell'articolo 192 del *Código penal* menziona unicamente, nell'attuale terzo comma, la facoltà per il giudice di applicare la pena accessoria d'interdizione speciale allo svolgimento di *«empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio»:* interdizione facoltativa e temporanea (da sei mesi a due anni). Tale previsione non può dirsi rispondente alla normativa internazionale: la Convenzione di Lanzarote ad esempio, benché preveda nel suo articolo 27, comma terzo *b)*, la facoltà da parte degli Stati di stabilire l'interdizione perpetua o temporanea da incarichi con minori, la concepisce come previsione obbligatoria da doversi predisporre da parte del legislatore, non rilasciandola ad un apprezzamento da parte del giudice.

k) Termini di prescrizione

In tema di prescrizione per i reati di pedofilia e pornografia implicante minori di età, la previsione del *Código penal* risultava già conforme a quanto richiesto

[332] Contrariamente all'ordinamento italiano, in cui la pena accessoria della perdita della patria potestà è prevista dall'art. 609 *nonies* c.p. senza prevedere espressamente la possibile estensione della stessa ad altri minori a carico del condannato (sebbene la Cassazione sia orientata a tale interpretazione, come già esaminato anteriormente), l'art. 46 del CP prevede che: «*El Juez o Tribunal podrá acordar estas penas respecto de todos o alguno de los menores o incapaces que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso*».

[333] L'eventuale perdita della patria potestà si adatta maggiormente alle previsioni internazionali, tra cui la Convenzione di Lanzarote e il suo art. 27.co.4, come già ricordato nel capitolo anteriore.

dall'articolo 33 della Convenzione di Lanzarote, ispiratrice invece della riforma italiana. Con L.O. 15/2003 si era già prevista una normativa che garantiva adeguatamente al minore l'esercizio dell'azione penale una volta raggiunta la maggiore età, in quanto il primo comma dell'articolo 132 CP riformato stabilisce ora che in caso di compimento di uno dei reati in esso elencati, tra cui quelli contro la libertà e integrità sessuali, se la vittima fosse stata minorenne il termine di prescrizione sarebbe decorso dal raggiungimento della maggiore età o, in caso di morte anteriore al raggiungimento della stessa, dal momento del decesso.

l) Sistema processuale: l'ascolto del minore

Per ciò che concerne la normativa processuale penale rispetto alle previsioni internazionali, l'attuale sistema legislativo creato per assistere il minore durante i procedimenti giudiziari non soddisfa le specifiche esigenze delle più recenti fonti, soprattutto di diritto europeo, in special modo la Convenzione di Lanzarote agli articoli 31-35, e le previsioni della direttiva 2012/29/UE, che instaura un regime di norme minime per le vittime di reato con particolare attenzione, in alcuni suoi punti, ai trattamenti destinati ai minori. Essendo particolarmente rilevante il ruolo rivestito da parte della giurisprudenza spagnola per inserire progressivamente tali fonti nell'ordinamento interno, si è ritenuto opportuno trattare l'argomento relativo all'assistenza del minore vittima o testimone di reati sessuali direttamente nella sezione dedicata alla giurisprudenza spagnola. facendo anche riferimento alle limitate previsioni di diritto processuale.

IV.1.2.- Conclusioni

Analizzati entrambi gli ordinamenti, è opportuno soffermarsi in questa sede sulle dovute conclusioni rispetto al modo di recepimento delle fonti internazionali ed europee attuato da parte di entrambi i Paesi. Devono salutarsi con particolare favore le ultime riforme varate, mediante le quali sia la Spagna che l'Italia sono giunte ad includere tra le proprie fattispecie tipiche le varie condotte previste a livello internazionale, superando anche (è il caso dell'Italia) le statuizioni minime stabilite. In merito alle fattispecie tipiche occorre però segnalare come la Spagna attualmente

non possa considerarsi come pienamente conforme a quanto richiesto, in quanto mancano ancora, specie in tema di turismo sessuale e di assistenza ad esibizioni oscene con minorenni, disposizioni che attribuiscano rilievo penale ad alcune delle condotte relazionate a tali fenomeni. Non solo, in quanto la mancanza di una definizione espressa del concetto di materiale pornografico genera un sentimento di incertezza analogo a quello italiano del periodo *ante* riforma, esaminato nel capitolo anteriore.

Manca inoltre in tema di pene accessorie un'adeguata previsione sulle possibili limitazioni allo svolgimento di lavori professionali che implichino incontri ravvicinati con minorenni per il reo di delitti sessuali. Su tale piano è il caso di osservare come l'ordinamento spagnolo non ha ancora dato seguito ad un'importante previsione contenuta nella Convenzione di Lanzarote, al suo articolo 37, di creazione di opportuni registri che, in conformità con le norme relative al trattamento dei dati personali, raccolgano il profilo genetico e le informazioni personali dei condannati per reati sessuali in modo tale da avere un più efficace controllo di essi, anche ai fini di un più proficuo scambio d'informazioni a livello internazionale. Nonostante gli auspici della dottrina[334], che esalta allo stesso tempo la necessità di creare un archivio di dati anche relativi alle vittime[335] ai fini di identificare una loro possibile e reiterata utilizzazione in campo di sfruttamento sessuale, una simile misura non è ancora stata adottata. Recentemente sono state avanzate alcune iniziative che non hanno finora implicato la creazione di un registro più specifico rispetto al *Registro Central de Penados* attualmente esistente. L'Italia al contrario ha istituito, individuando nel Ministero dell'Interno l'organo responsabile, un più ordinato sistema di archiviazione e raccolta dati relativo ai condannati per reati sessuali.

Rilevante è inoltre la necessità d'incrementare in entrambi gli ordinamenti la tutela per il minore vittima o testimone di reati sessuali durante lo svolgimento delle varie fasi processuali. Come si vedrà anche nella sezione sulla giurisprudenza spagnola, la previsione attuale si caratterizza ancora per l'eccessiva parsimonia

[334] Cfr. J. M. DE LA ROSA CORTINA *op. cit.*, p. 296 e ss.

[335] La Convenzione di Lanzarote prevede tale possibilità all'articolo 30,co.5 richiedendo l'adozione di misure che: «permettano alle unità o servizi d'indagine di identificare le vittime dei delitti tipizzati conformemente all'articolo 20, e in particolare tramite l'analisi del materiale di pornografia infantile, tra cui fotografie e riprese audiovisive, che siano state divulgate o rese accessibili con l'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione».

rispetto alle misure suscettibili di essere adottate per evitare il più possibile al minore la pressione psicologica a cui è sottoposto durante lo svolgimento delle varie fasi processuali. La riforma attuata nella disciplina processuale non può infatti considerarsi ancora esaustiva rispetto alle prescrizioni internazionali; la stessa critica sul necessario maggiore adeguamento al panorama internazionale deve però effettuarsi anche nei confronti del sistema italiano. Sebbene la riforma del 2012 stabilisca un sistema più attento rispetto alla normativa spagnola in tema di misure a favore del minore nelle fasi processuali, dato che si richiede espressamente l'assistenza di un esperto con qualifiche specifiche, tali misure possono concepirsi come un primo, seppur debole, tentativo. La più recente dottrina[336] opina infatti che la presenza di un esperto sia durante la fase delle indagini preliminari che in dibattimento, non garantisce ancora adeguatamente il minore, in quanto in ogni caso l'audizione di esso non viene effettuata da parte dell'esperto, che si limita ad affiancare il soggetto che la svolge (pubblico ministero, polizia giudiziaria o difensore nelle indagini preliminari, e il giudice nel dibattimento), potendo quest'ultimo essere privo delle conoscenze adeguate per relazionarsi con il minore.

Deve invece apprezzarsi l'incremento della cooperazione internazionale promosso in tempi recenti da parte di entrambi i Paesi. Sia l'Italia che la Spagna hanno infatti recentemente aderito a progetti internazionali per la repressione della pedopornografia, suscettibili di ottenere maggior successo delle iniziative nazionali grazie ad una più ampia circolazione di informazioni al fine d'individuare e perseguire più agevolmente i responsabili delle condotte lesive, specie se attuate mediante l'utilizzo della rete[337]. Tra tali progetti occorre menzionare il CIRCAMP (*COSPOL Internet Related Child Abusive Material Project*) a livello europeo, promosso dalla polizia norvegese e britannica per limitare l'accesso ai siti Internet inerenti alla pedopornografia: mediante un sistema esteso di segnalazioni, ricevute anche dagli utenti, il progetto CIRCAMP tenta di controllare le pagine segnalate e bloccarne il libero accesso grazie anche a messaggi iniziali di avvertimento al momento di apertura del sito, per evitare accessi casuali e scoraggiare coloro che

[336] Cfr. C. RUSSO, *op. cit.*, p.78.
[337] Uno studio di tale progetto è effettuato in J. M. DE LA ROSA CORTINA, *op. cit.*, p.. 292 e ss; si consulti anche il sito web http://circamp.eu/index.php?option=com_content&view=article&id=11:circamp-overview&catid=1:project&Itemid=2.

accedano volontariamente. L'adesione al CIRCAMP è sicuramente apprezzabile, in quanto favorisce un più efficace debellamento delle condotte lesive degli interessi del minore attuate mediante le tecnologie informatiche, oggi oggetto di particolare preoccupazione per la difficoltà di controllo. Tale partecipazione costituisce inoltre un primo tentativo, a cui dovrà far seguito una disciplina interna più efficace, per adempiere a quanto richiesto in special modo dalla direttiva 2011/92/UE in tema di reati di pedopornografia compiuti attraverso Internet per individuare, bloccare o rimuovere i siti che contengano tale tipo di materiale[338].

IV.2.-La protezione giurisdizionale del minore

IV.2.1.-La sentenza del *Tribunal Constitucional* del 17 ottobre 2012, n. 185. L'interesse del minore in tema di custodia e affidamento condiviso; il diritto di essere ascoltato

In ogni ordinamento non può dimenticarsi il ruolo rilevante che svolgono gli interpreti del diritto, soprattutto se appartenenti ai livelli più alti come la Cassazione italiana e il *Tribunal Supremo* spagnolo. Un rilievo importante è attribuito anche alle pronunce delle Corti costituzionali, per il ruolo chiave nella salvaguardia dei precetti costituzionali all'interno dei singoli ordinamenti. In questa sezione verranno quindi esaminate alcune pronunce recenti del *Tribunal Constitucional* e del *Tribunal Supremo* in tema di minori, per vedere in che modo possano contribuire al rafforzamento dei diritti di tale collettivo all'interno dello Stato.

La sentenza che verrà esaminata concerne l'istituto dell'affidamento della prole e il corrispondente regime da stabilirsi nei casi di separazione e divorzio dei coniugi, regolato nel *Código Civil* (CC) in modo distinto rispetto alla disciplina italiana. Nonostante l'assenza di riforme recenti nell'ordinamento spagnolo[339] (al contrario dell'Italia, di cui si è brevemente fatto menzione nel capitolo anteriore), vi è

[338] Direttiva 2011/92/UE, art. 25.

[339] La più recente riforma sostanziale del diritto di famiglia è avvenuta in Spagna negli anni 2005-2007 con varie leggi: la *ley* del 1 luglio 2005, n.13, (in BOE n.157 del 2 luglio 2005) *por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio;* con *ley* dell'8 luglio 2005, n.15 *por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio* (in BOE n.163 del 9 luglio 2005); *ley* del 26 maggio 2006, n.14 *sobre técnicas de reproducción humana asistida* (in BOE 126 del 27 maggio 2006); *ley* del 28 dicembre 2007, n.54, *de adopción internacional* (in BOE 312 del 29 dicembre 2007).

comunque un interesse ad analizzare alcuni istituti; essendo i capitoli terzo e quarto di questo lavoro volti ad effettuare una comparazione tra i due ordinamenti al fine di valutare in che modo e con quale intensità si stia verificando la progressiva conformazione al diritto internazionale, si ritiene utile analizzare brevemente l'istituto dell'affidamento, tramite una sommaria analisi della normativa sostanziale, per poi passare all'esame della sentenza del Giudice di legittimità costituzionale.

Iniziando dall'ordinamento italiano, la disciplina attuale in tema di affidamento nei casi di separazione e divorzio[340] è stabilita dall'articolo 155 c.c., così come riformato dalla legge 54/2006, introduttiva inoltre degli articoli 155 *bis- sexies* c.c.: il testo attuale prevede il diritto di ogni minore a mantenere una relazione equilibrata e continuativa con entrambi i genitori, anche nei casi in cui si verifichi la separazione o il divorzio. Dall'entrata in vigore della legge 54/2006, nel sistema italiano la disciplina dell'affidamento viene regolata in maniera opposta alla precedente: per garantire che il minore mantenga tale relazione continuativa con i genitori, il giudice è in primo luogo tenuto a disporre l'affidamento condiviso[341], che implica la permanenza temporanea del minore presso ognuno di essi, da ripartirsi in modo equilibrato, e l'esercizio da parte di entrambi della potestà genitoriale.

Il più restrittivo istituto dell'affidamento esclusivo, implicante la permanenza stabile del bambino presso uno dei due genitori ed una forte compressione dell'esercizio della potestà genitoriale per il non affidatario, potrà disporsi dal giudice con risoluzione motivata nei casi in cui l'affidamento condiviso contrasti con

[340]Nonostante l'articolo 155 c.c. e seguenti facciano riferimento unicamente alla separazione, la legge 54/2006 all'articolo 4 estende l'applicazione delle previsioni in essa stabilite anche ai casi di «scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati».

[341] L'articolo 155 c.c. prevede infatti che «[…] il giudice che pronuncia la separazione personale dei coniugi adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa. Valuta *prioritariamente* (corsivo mio) la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori oppure stabilisce a quale di essi i figli sono affidati […]". Si veda anche la Corte di Cassazione, nel quadro della nuova disciplina relativa ai «provvedimenti riguardo ai figli" dei coniugi separati [...] come modificativamente e integrativamente riscritti dalla legge n. 54 del 2006, improntata alla tutela del diritto del minore [...] alla cosiddetta "bigenitorialità" [...] l'affidamento condiviso [...] si pone non più (come nel precedente sistema) come evenienza residuale, bensì come regola; rispetto alla quale costituisce, invece, ora eccezione la soluzione dell'affidamento esclusivo» in Cass. civ., sez. I, 18 giugno 2008, n. 16593, P. c. R., in *Foro it.*, 2008, I, 2446, (con nota di CASABURI).

.

l'interesse del minore (articolo 155 *bis* c.c.). Il sistema italiano parte quindi dal presupposto che generalmente il *best interest* del fanciullo, in situazioni di crisi matrimoniale dei genitori, venga soddisfatto mantenendo una relazione stabile con entrambi. La formulazione attuale dell'articolo rispecchia inoltre il contenuto dell'articolo 9, comma terzo della Convenzione sui diritti del fanciullo, che prescrive il «diritto del fanciullo separato da entrambi i genitori o da uno di essi di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi i genitori, a meno che ciò non sia contrario all'interesse preminente del fanciullo».

L'ordinamento spagnolo stabilisce invece una previsione differente: l'articolo 92 CC che regola tale istituto nei casi di separazione, divorzio o nullità del matrimonio, dispone che l'affidamento condiviso debba venire disposto dal giudice in sentenza se i genitori lo abbiano previsto nella proposta di accordo che regola lo stato di separazione o se siano giunti ad una volontà comune su tale punto durante il processo (articolo 92, comma 5 CC). L'ottavo comma di tale articolo prevede poi un'ipotesi eccezionale, in quanto permette che anche in caso di mancanza di accordo sia possibile disporre l'affidamento condiviso sempre che vi sia istanza di uno dei due coniugi, un parere favorevole del *Fiscal* e sempre che tale regime sia l'unico idoneo a garantire la protezione più adeguata al minore. Ciò significa che l'affidamento condiviso potrà essere previsto nella risoluzione giudiziaria sempre che sussista la volontà (congiunta o unilaterale) dei genitori richiedendo, nel caso che sia unilaterale, la concorrenza di requisiti ulteriori. In tal modo però esso non potrà essere applicato d'ufficio dal giudice, richiedendosi necessariamente istanza di parte.

La sentenza 185/2012[342] del *Tribunal Constitucional* (d'ora in avanti TC), ha permesso di ampliare i casi in cui sia possibile l'affidamento condiviso a norma dell'articolo 92 ottavo comma CC, ossia in caso di esistenza della manifestazione di volontà in favore di tale regime unicamente da parte di uno dei coniugi. La sentenza del TC viene emessa in seguito ad una questione di legittimità costituzionale avanzata dalla Quinta Sezione dell'*Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canarias* rispetto all'ottavo comma dell'articolo 92 CC.

La questione viene presentata in occasione di un procedimento di divorzio contenzioso, in cui il coniuge attore richiedeva l'affidamento esclusivo della prole

[342] STC del 17 de octubre 2012, núm. 185/2012 in http://hj.tribunalconstitucional.es/en; in BOE del 14 novembre 2012, n.274 p. 152 e ss.

mentre il convenuto il condiviso. Il *Fiscal* aveva emesso parere favorevole all'esclusivo. Nella sentenza di divorzio il *Juzgado de Familia*, pur riconoscendo la potestà genitoriale in capo ad entrambi i coniugi, dispone l'affidamento in favore dell'attore, permettendo al coniuge convenuto, padre della bambina, di svolgere le visite in conformità con quanto stabilito dai coniugi di comune accordo, e stabilendo un regime di visite suppletorio nel caso di mancato raggiungimento dello stesso.

Nella motivazione della sentenza viene affermato che ad orientare la decisione del giudice in favore dell'affidamento esclusivo erano state le circostanze del caso concreto, le prove praticate e, soprattutto, il parere negativo del *Fiscal* rispetto all'affidamento condiviso in quanto, stando al tenore del testo attuale dell'articolo 92, comma 8 CC, il giudice non avrebbe potuto accordare previsione contraria.

Tale sentenza viene appellata dal convenuto davanti all'*Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canarias*, la cui Sala, nell'esaminare il ricorso, richiede alle parti di formulare le allegazioni necessarie per valutare la possibilità di presentare una questione d'incostituzionalità davanti al TC, illegittimità effettivamente fatta valere per essere state presentate allegazioni favorevoli ad essa da parte dell'appellante e del *Fiscal*.

Il giudice *a quo* allega che l'attuale previsione contenuta nell'ottavo comma dell'articolo 92 del CC, nel disporre l'«*informe favorable del Ministerio Fiscal*», sia eccessivamente vincolante per il giudice in quanto, affinché questi possa disporre in favore del regime di affidamento condiviso, viene richiesta non solo l'emissione di un parere da parte del *Fiscal*, ma anche che questo abbia un determinato contenuto. Tale previsione, precisa la Sala, è costituzionalmente illegittima in quanto contraria agli articoli 14, 24, 39 e 117 della *Constituciòn española* (CE).

In primo luogo la Sala sostiene la contrarietà dell'articolo 92, comma 8 CC rispetto all'articolo 117, comma 3 della CE che prevede l'esercizio indipendente della funzione giurisdizionale da parte del giudice, in quanto lo vincola ad una determinata pronuncia di un altro organo. In secondo luogo tale previsione contrasta con il diritto ad una tutela giudiziaria effettiva facente capo alle parti e previsto dall'articolo 24, comma 1 CE, in quanto fa dipendere la soddisfazione di tale diritto, che si traduce nell'ottenere una risoluzione sul fondo della questione, non dall'attività dell'organo giudicante ma dal *Fiscal.* Infine la Sala allega l'ulteriore

contrasto con il principio d'uguaglianza e la protezione della famiglia e dei minori, previsti rispettivamente dagli articoli 14 e 39 della CE, in quanto richiede un *quid pluris* non giustificato nel caso in cui, piuttosto che dall'accordo delle parti, il mantenimento di un rapporto più continuativo della prole con entrambi i genitori promani dalla volontà di uno solo, rendendone più difficile la disposizione in sentenza da parte del giudice.

Il *Fiscal General del Estado* considera infondata la questione di legittimità costituzionale avanzata dall'*Audiencia*, richiedendone quindi il rigetto. Rispetto all'articolo 117 CE considera che non vi sia un contrasto con l'esercizio della funzione giurisdizionale, dovendosi in ogni caso considerare che, in tema di giurisdizione civile, gli organi giudiziari sono tenuti a rispettare il principio dispositivo che obbliga il giudice a pronunciarsi su ciò che venga richiesto dalle parti. Ciò si rispecchia nel fatto che, a tenore del quinto comma dell'articolo 92 CC, nel caso in cui si verifichi accordo tra le parti su tale punto, il giudice è tenuto a disporre (*«acordará»)* l'affidamento congiunto. L'ottavo comma permette di estendere tale regime ad un'ipotesi eccezionale (mera istanza di parte e non volontà congiunta): mancando l'accordo, si richiedono in questo caso dei requisiti ulteriori e ragionevoli, in quanto il parere deve promanare da un organo[343] volto ad attuare nel rispetto del principio di legalità e d'imparzialità (articolo 124 CE) e a garantire la protezione dei diritti fondamentali, in special modo quelli riconosciuti ai minori (articolo 3, comma 7 *Estatuto del Ministerio Fiscal*).

In tal modo può dirsi anche giustificata la presunta contrarietà all'articolo 24, comma 1 CE relativo alla tutela giudiziaria effettiva e ad ottenere una pronuncia sul fondo della questione, dipendendo in tali casi da un parere oggettivamente adottato da parte del *Fiscal* nell'esercizio delle funzioni ad esso attribuite per la difesa della legalità e dei diritti fondamentali coinvolti nel caso concreto.

Si allega infine che non sussiste contrarietà al principio di uguaglianza e alla protezione della famiglia e dei bambini, essendo il parere del *Fiscal* orientato a poter soddisfare il *best interest* del minore di età.

[343] Per un approfondimento sul *Ministerio Fiscal*, si veda J. M. ASENCIO MELLADO *Derecho procesal penal*, 6ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 57.

Nel giudizio di legittimità costituzionale intervengono il Presidente del Congresso e del Senato: l'Avvocato dello Stato presenta una posizione molto simile a quella del *Fiscal General del Estado*, ribadendo che il parere viene adottato da parte di un organo dedito a garantire i diritti fondamentali. Ad ogni modo, anche nel caso di pronuncia a sfavore dell'affidamento condiviso ciò non esclude che il giudice, nonostante non possa disporlo d'ufficio anche se rilevi che questo costituisca il regime più favorevole per il *best interest* del minore, non possa stabilire un regime di visite più favorevole per il coniuge non affidatario che garantisca una maggior continuità nei suoi rapporti con la prole.

Sulla base di tali asserzioni il TC esamina dapprima la possibile illegittimità costituzionale dell'articolo 92, comma 8 CC rispetto all'articolo 117, comma 3 CE. Da quest'ultimo articolo estrapola due princìpi fondamentali: la pienezza dell'esercizio della funzione giurisdizionale da parte dei giudici e l'esclusività dell'esercizio di essa rispetto agli altri poteri. Pienezza che, in ogni caso, dovrà esercitarsi secondo le regole di competenza e di procedimento stabilite dalla legge. Per l'affidamento condiviso tali regole implicano un procedimento speciale che prescrive l'emanazione di un parere favorevole affinché in particolari presupposti possa stabilirsi tale regime in sentenza, prescrizione non esistente in nessun'altra norma di diritto di famiglia.

Da tali basi il TC si pone la questione se tale previsione limiti effettivamente la funzione giurisdizionale e se tale limitazione eventualmente esistente possa considerarsi giustificata. L'intervento del *Fiscal* è considerato necessario dal TC essendo l'affidamento un istituto giuridico in cui entrano in gioco interessi ulteriori rispetto a quelli delle parti in giudizio, quali gli interessi del minore. La possibile lesione di essi giustifica l'intervento di chi svolge il proprio incarico in funzione della legalità e della difesa di tali interessi. Nei casi in cui sia unicamente uno dei genitori a richiedere l'affidamento esclusivo, il *Fiscal* dovrà valutare che questo risponda al *favor filii;* l'interesse del minore, radicato già da molto tempo nell'ordinamento spagnolo[344], dev'essere il principio a cui s'ispirano i pubblici

[344] Tale principio è previsto nell'ordinamento spagnolo a vari livelli normativi, anche anteriori alla Convenzione del 1989, come sono la Costituzione del 1978, che prevede nell'articolo 39 in linea generale il diritto del bambino a godere della protezione prevista dagli accordi internazionali (e quindi, in primo luogo, ai diritti ad esso attribuiti dalla Convenzione del 1989 ratificata dalla Spagna) e in alcuni articoli del *Código Civil* dopo la riforma del 1981. Tale interesse superiore si vede oggi

poteri. Per valutare la conformità a tale interesse, il *Fiscal* potrà richiedere le prove che consideri necessarie. Se in seguito ad esse emettesse poi un parere favorevole, ciò non escluderebbe la facoltà riconosciuta in capo al giudice, secondo un'interpretazione *a contrario* della disposizione, di disporre comunque l'affidamento esclusivo se dalla pratica delle altre prove lo ritenesse maggiormente conforme all'interesse del minore. È in tale previsione che il TC considera che il dettato del legislatore manchi di ragionevolezza, in quanto non attribuisce al giudice la facoltà di disporre analogamente in caso di posizione sfavorevole del *Fiscal*: sebbene questi sia in linea generale orientato alla difesa dei diritti fondamentali e dei minori, non può giustificarsi in nessun modo che si lasci esclusivamente in suo potere la possibile adozione della misura se il giudice, valutando il complesso delle prove assunte in giudizio, consideri comunque più conforme al *best interest* del minore l'affidamento condiviso[345]. Non solo: la protezione del fanciullo e della famiglia è un principio che deve orientare tutti i pubblici poteri (articolo 39, commi 2 e 4 e 53, comma 3 CE). Il *Fiscal* non potrebbe limitare tale principio precludendo una possibile attività degli organi giudiziari orientata a tali fini, specie per il rischio che nei casi concreti il parere sfavorevole sia dettato in seguito ad un'azione negligente o arbitraria.

Su tali basi il TC giunge quindi alla seguente conclusione:

«[...] *ha de afirmarse que la previsión normativa que exige el informe favorable del Ministerio Fiscal ex art. 92.8 CC debe ser declarada contraria a lo dispuesto en el art. 117.3 CE, pues corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar el régimen excepcional y, en el caso de que así sea, valorar*

previsto nell'articolo 3 della LO 1/1996,a cui si farà riferimento in seguito. L'esistenza di una normativa e della giurisprudenza spagnola che richiamano espressamente il concetto dell'interesse superiore del minore è stata oggetto di apprezzamento anche da parte del Comitato infanzia nelle più recenti Osservazioni conclusive del 2010. Si veda COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding…Spain,* 2010, cit., p.5 par. 27; M. MONTÓN GARCÍA *Derechos y garantías de los menores en el ámbito civil, su protección procesal en la Ley orgánica 1996 de 15 de enero*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2003, p.47, nota 27.

[345] Si veda il paragrafo 5 della sentenza che afferma: «[...] *Ningún argumento o motivo de peso existe que justifique, en consecuencia, la inserción por el legislador de este límite a la función jurisdiccional al haber otorgado un poder de veto al Ministerio Fiscal [...]».*

si, en el marco de la controversia existente entre los progenitores, debe o no adoptarse tal medida».

La previsione dell'articolo 92, comma 8 CC è inoltre contraria all'articolo 24, comma 1 CE, in quanto la parte che richiede la pronuncia sul fondo la vede illegittimamente vincolata ad un'attività che non promana dagli organi costituzionalmente incaricati di giudicare. Oltre a ciò, l'impossibilità d'impugnare il parere del *Fiscal*, impugnazione che potrebbe essere invece effettuata contro le risoluzioni del giudice, contribuisce a ledere il diritto.

Riguardo alla contrarietà agli articoli 14 CE (principio di uguaglianza, correlato con l'articolo 10, comma 2 CE che introduce nell'ordinamento spagnolo l'articolo 2 della CRC relativo all'uguaglianza dei bambini) e alla protezione del minore (articolo 39 CE), il TC ritiene che il parere necessario del *Fiscal* per l'affidamento condiviso nei casi di mancanza di accordo tra i genitori e l'assenza di necessità nel caso che tale volontà congiunta esista, implichino una differenza di trattamento ingiustificata.

Conformemente a quanto argomentato, il TC dichiara quindi l'illegittimità costituzionale dell'articolo 92, comma 8 CC relativamente all'espressione "*favorable*".

Rispetto alle due sentenze italiane analizzate nel capitolo anteriore[346] relative al principio del superiore interesse del bambino, è possibile riscontrare nella sentenza del TC ora esposta alcune differenze: in primo luogo non vengono utilizzate le norme di diritto internazionale come norme interposte per giungere ad una dichiarazione d'illegittimità costituzionale; in secondo luogo non vi è nemmeno un espresso richiamo alla Convenzione ONU in tema di *best interest* e del diritto del bambino a mantenere relazioni stabili con entrambi i genitori. Ciononostante l'analisi della sentenza nel presente lavoro deve considerarsi utile in quanto pone in rilievo una particolare legge interna: il superiore interesse del minore viene invocato facendo riferimento alla L.O. 1/1996 *de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil* e a cui anteriormente si è fatto un breve accenno. Essa viene considerata uno strumento giuridico particolarmente

[346] *Supra*, Cap. III, III.2.1.

importante per l'ordinamento spagnolo in quanto implica un più ampio recepimento delle previsioni esistenti nel panorama internazionale, specialmente della Convenzione ONU 1989 a cui la L.O. 1/1996 fa espressa menzione[347], stabilendo un congiunto di obbligazioni più vincolanti per tutti i pubblici poteri e un nucleo di princìpi fondamentali, tra cui l'interesse superiore del minore. Deve quindi accogliersi con favore in quanto permette di radicare espressamente tale principio nell'ordinamento spagnolo, sebbene manchi una definizione precisa di "*best interest"*: su questo punto deve criticarsi la sentenza del giudice di legittimità costituzionale ora analizzata, in quanto non coglie l'occasione per dettare criteri orientativi sull'essenza di tale principio[348].

La L.O. 1/1996 amplia inoltre i diritti riconosciuti ai minori di età: tra questi vi è il diritto all'ascolto, di cui viene fatta menzione nella sentenza esaminata. Il TC ribadisce infatti che in ogni caso, nei procedimenti in cui si statuisca relativamente all'affidamento del minore, questi abbia diritto di esprimere la propria opinione, conformemente al sesto comma dell'articolo 92 CC che recepisce la più ampia previsione contenuta nelle norme di diritto internazionale e nazionale. A livello internazionale ed europeo da parte del TC vi è il dovuto riferimento all'articolo 12 della Convenzione sui diritti del fanciullo, così come all'articolo 24, comma 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea riprodotta nella L.O. del 30 giugno 2008, n.1 con cui la Spagna ratificò il Trattato di Lisbona. In tema di normativa nazionale il riferimento è nuovamente alla L.O. 1/1996: l'articolo 9, comma 1 garantisce, riproducendo il secondo comma dell'articolo 12 della Convenzione del 1989, il diritto di ogni bambino che si trovi in territorio spagnolo «*a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social*».

Nonostante l'esistenza di norme anteriori alla L.O. 1/1996 che già includevano il diritto del minore di essere ascoltato, esso poteva solo essere esercitato nei

[347] Art. 3 L.O. 1/1996.

[348] La necessità di adottare una concezione comune su cosa debba intendersi per *best interest* del minore, specie per la differente consistenza che ad esso viene attribuita dagli organi giudiziari delle singole Comunità Autonome, viene sottolineata nelle stesse Osservazioni conclusive alla Spagna. Si veda infatti COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding*…Spain, 2010, cit. p. 5, par.27.

procedimenti in cui fosse espressamente previsto: mancava pertanto una previsione generale di ascolto in ogni caso in cui dovessero essere adottate decisioni correlate all'interesse del minore. Con l'articolo 9 della L.O. 1/1996 tale prospettiva viene modificata: rispetto all'ascolto obbligatorio nei soli casi di previsione espressa nel singolo procedimento, si passa ora ad un riconoscimento generale che permette al minore di far valere il proprio diritto all'ascolto in ogni situazione (pubblica o privata) in cui possa essere implicato un suo interesse, nonostante la mancata previsione nella norma specifica[349]. Tale diritto viene quindi radicato maggiormente nell'ordinamento spagnolo e diffuso grazie anche all'attività giurisprudenziale, tendente ad enfatizzarne una più ampia applicazione, così come richiesto dal Comitato infanzia nelle sue raccomandazioni, anche di recente formazione[350].

IV.2.2. La dichiarazione del minore come prova d'accusa nei procedimenti penali: posizioni del *Tribunal Constitucional* e del *Tribunal Supremo*

Un'ulteriore sentenza del *Tribunal Constitucional* da prendere in considerazione è la STC del 7 novembre 2011, n.174[351], adottata per risolvere un *recurso de amparo*[352] facendo riferimento alla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti umani, in special modo ad una sentenza del 2010, essendo i fatti su cui vertono i due procedimenti molto simili; non vi è dubbio inoltre, che quanto viene affermato nella sentenza del TC coincida con il contenuto delle più recenti normative internazionali.

Il *recurso* viene presentato al TC per la presunta lesione del diritto ad un processo con tutte le garanzie (articolo 24 CE), ed interposto contro la sentenza di condanna in primo grado per abusi sessuali continuati del *Juzgado de lo Penal* e

[349]Si veda M. MONTÓN GARCÍA *op. cit.*, p. 91.
[350] Cfr. COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding*…Spain, 2010, p. 6, par. 30.
[351] STC del 7 novembre 2011, n. 174, in http://hj.tribunalconstitucional.es/en; in BOE n.294 del 7 dicembre 2011, pag. 20 e ss.
[352] Il *recurso de amparo* è uno strumento giuridico in favore degli individui, posto a garanzia dei loro diritti fondamentali previsti dalla *Constitución española*, contro la possibile lesione da parte di atti adottati dai pubblici poteri. Nella *Constitución*, legittimati a sollevare il *recurso de amparo* di fronte al *Tribunal Constitucional* sono i singoli soggetti, persone fisiche o giuridiche, nazionali o straniere, nonché il *Defensor del Pueblo* e il *Fiscal* (art. 162 *b)* CE), per la tutela del diritto all'uguaglianza (art. 14 CE), dei diritti stabiliti nella Sezione I Capitolo II del Titolo I (artt. 15-29 CE), e dell'obiezione di coscienza prevista dall'articolo 30 CE (art. 53, comma 2 CE). Per maggiori approfondimenti si veda J. GARCÍA MORILLO *Las garantías de los derechos fundamentales (II). Las garantías jurisdiccionales* , in L. *[et al.], Derecho Constitucional, vol. I, El ordenamiento constitucional, derechos y deberes de los ciudadanos,* 8ª ed.,Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, p. 427 e ss.

contro la sentenza di accoglimento parziale dell'appello del *Fiscal* e dell'*acusación particular*[353]dettata dall'*Audiencia Provincial*, con cui la condanna veniva riformata, aumentandola. Il ricorrente in *amparo* era stato condannato sulla base della deposizione della vittima, minorenne, effettuata davanti ad un ufficiale della Guardia Civile subito dopo la denuncia sporta dalla madre e oggetto di registrazione con mezzi audiovisivi, e sulla base di una perizia della minore effettuata nella fase istruttoria, senza la presenza del *Fiscal* né dell'avvocato difensore. Inoltre erano state utilizzate come prove d'accusa alcune testimonianze rese nella fase orale e vòlte a rafforzare la deposizione della minorenne: la testimonianza della madre, testimone indiretta, la dichiarazione del medico forense che effettuò la perizia della minore in fase istruttoria, la testimonianza della pediatra della vittima e quella dell'ufficiale della Guardia Civile davanti al quale venne effettuata la deposizione.

Il ricorrente in *amparo* allega la lesione del diritto alla difesa e ad un processo con tutte le garanzie, per non aver potuto in nessun momento interrogare la minorenne, nonostante tale richiesta fosse stata avanzata in giudizio, essendosi disposto da parte del giudice di sostituire la reiterazione della deposizione con la visione in dibattimento della registrazione di quanto dichiarato presso la Guardia Civile. Il ricorrente allega inoltre la lesione del diritto alla presunzione d'innocenza, essendo stato condannato sulla base di una dichiarazione contro cui non solo non si era potuto difendere, non avendo potuto effettuare domande né chiedere chiarimenti alla minore, ma anche per il fatto di essere stata illegittimamente utilizzata come mezzo di prova una dichiarazione non suscettibile di essere considerata tale, essendo stata resa in un momento anteriore al dibattimento, fase in cui possono assumersi veri mezzi di prova da addurre poi a fondamento della deliberazione del giudice. Per tal motivo sostiene di non poter considerare legittimo l'utilizzo di tale dichiarazione, per non sussistere nel caso concreto i presupposti straordinari (tra cui l'esistenza di un parere di uno psicologo che accrediti il probabile pregiudizio psicologico alla vittima

[353] L'art. 101 della *Ley de Enjuiciamiento Criminal* dispone che l'azione penale è pubblica e che può essere esercitata da qualsiasi cittadino, conformemente alle previsioni di legge. Ciò implica che a fianco del *Fiscal* tale azione può essere esercitata anche da altri soggetti, differenziandosi essi in *acusación particular* e *acusación popular,* a seconda di chi sia il soggetto esercente: nel caso in cui sia la vittima (o il suo rappresentante) o soggetto pregiudicato dal reato, si versa nell'ipotesi dell'*acusación particular,* mentre se questi sia un qualsiasi altro soggetto non offeso direttamente o pregiudicato dal reato, si tratterebbe di *acusación popular.* Per maggiori approfondimenti ARMENTA DEU T. *Lecciones de Derecho procesal penal,* 3ª ed., Madrid; Barcelona, Marcial Pons, 2007, p. 85 e ss.

minorenne derivante dal testimoniare in dibattimento), né i requisiti stabiliti dalla *Ley de enjuiciamiento criminal* per basare la decisione su attuazioni anteriori al dibattimento stesso.

L'avvocato dei genitori, *acusación particular* nel processo penale, chiede l'inammissibilità del ricorso e sussidiariamente il rigetto. Sostiene in primo luogo il mancato esaurimento dei mezzi di giurisdizione ordinaria a disposizione del ricorrente per far valere i propri diritti, per non aver manifestato opposizione né alla richiesta del *Fiscal* di visionare la registrazione in fase dibattimentale in luogo della reiterazione della deposizione della minore, né alla risoluzione del giudice in cui si accordava effettivamente tale sostituzione, non avendo rinnovato la richiesta di ammissione e assunzione di fronte al giudice dell'appello. Sostiene inoltre che non vi sia stata lesione del diritto di difesa dell'imputato né della presunzione d'innocenza, essendosi accordata la visione della registrazione da parte dell'organo giudiziario conformemente a quanto previsto dalle norme internazionali, e ribadito dalla giurisprudenza nazionale ed europea per salvaguardare l'interesse superiore del minore, considerando le concrete circostanze e valutando correttamente i vari interessi coinvolti. Ribadisce inoltre che la condanna venne basata su reali prove d'accusa, adottate con tutte le garanzie.

Il TC si sofferma sulla presunta lesione del diritto ad un processo con tutte le garanzie e alla difesa, tradottosi nel mancato esercizio del contraddittorio. Riguardo a tale argomento, rileva come nei processi penali il principio ad un giusto processo, facendo riferimento a quanto previsto nell'articolo 6, comma 3 *d)* della Carta Europea dei Diritti Umani e Libertà Fondamentali (CEDU), implichi in primo luogo il diritto per ogni imputato di poter interrogare i testimoni d'accusa, e che tali testimonianze vengano rese in un'udienza pubblica, davanti ad un giudice terzo e imparziale. Partendo da tale diritto basico il TC s'interroga poi sulla possibilità, così come sostenuto dalla Corte europea dei diritti umani, di eventuali restrizioni che permettano di utilizzare come prova d'accusa dichiarazioni fornite in un momento anteriore al dibattimento, in presenza di giustificato motivo di non reiterare la dichiarazione stessa nella fase orale, e sempre che si sia rispettato il diritto di difesa dell'imputato, avendo potuto interrogare in un determinato momento il testimone.

Tra i presupposti straordinari che permettono di derogare alla regola generale, il TC annovera quelli relativi ai reati sessuali in cui la vittima sia un minorenne.

Senza ombra di dubbio anche in tali casi dev'essere garantito al minore il diritto primordiale di essere ascoltato, in quanto nella decisione da adottare vengono coinvolti i suoi interessi, adempiendo in tal modo ad alcune previsioni internazionali che, sebbene non siano state espressamente richiamate dal TC nella sentenza ora in analisi, costituiscono il punto di partenza da cui deriveranno le statuizioni da esso adottate. La questione è piuttosto articolata: nei casi di minore coinvolto come vittima o come testimone di reati sessuali, dev'essere comunque garantito il suo diritto a partecipare e a deporre al processo. D'altra parte, il possibile pregiudizio che può derivare da tale partecipazione, richiede che per salvaguardare l'interesse del minore vengano adottate determinate misure strategiche: queste, dall'altro lato, non possono essere disposte incondizionatamente, in quanto dovranno essere tali da non comprimere totalmente il diritto ad un equo processo facente capo all'imputato.

Per ciò che concerne la prima posizione giuridica, il diritto del minore di essere ascoltato, si considera utile fare nuovamente riferimento all'articolo 12 della Convenzione ONU 1989, tradottosi poi in raccomandazioni del Comitato sui diritti del fanciullo nelle sue Osservazioni conclusive alla Spagna[354] e, in linea generale, nel Commento generale n.13 che chiarisce in primo luogo la portata del diritto del bambino all'ascolto. In esso si prevede infatti che:

«El Comité opina que la participación de los niños facilita la protección y que a su vez esta es de vital importancia para la participación. Los niños tienen derecho a ser escuchados desde una edad muy temprana, cuando son particularmente vulnerables a la violencia. Hay que incitar a los niños a expresar sus opiniones, y tenerlas debidamente en cuenta en cada etapa del proceso de protección del niño. El derecho del niño a ser escuchado es particularmente importante en situaciones de violencia[...][355]».

Tale partecipazione, specialmente nei processi in cui sia vittima di reati sessuali, necessita di essere garantita mediante l'adozione di varie misure di protezione,

[354] Specialmente nelle Osservazioni del 2010, cfr. COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding…*cit., p. 6, par. 30.
[355] COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment n.13*,cit., p. 24, par. 63, in cui si richiama inoltre il Commento generale n.12. Id. *General Comment n.13*,cit, p.26, par.118.

dovute al fatto che un confronto con l'aggressore e una reiterazione nel rievocare le violenze subìte possono incidere sullo sviluppo psichico del fanciullo[356]. L'opportunità di adeguate misure di protezione e cautele nei confronti del minore durante tali processi è stata oggetto di raccomandazione da parte del Comitato sui diritti del fanciullo sia nelle Osservazioni conclusive[357] sia nel Commento Generale sopra citato. Stabilisce infatti il Comitato che:

«*La investigación de los casos de violencia notificados por el niño, un representante del niño o un tercero, debe estar a cargo de profesionales cualificados que hayan recibido una formación amplia y específica para ello y debe obedecer a un enfoque basado en los derechos del niño y en sus necesidades. Se han de adoptar procedimientos de investigación rigurosos pero adaptados a los niños para identificar correctamente los casos de violencia y aportar pruebas a procesos administrativos, civiles, penales o de protección de menores. Se ha de extremar la prudencia para no perjudicar al niño causándole ulteriores daños con el proceso de investigación. Con ese fin, todas las partes tienen la obligación de recabar las opiniones del niño y tenerlas debidamente en cuenta*[358]».

Gli organi giudiziari contribuiscono a chiarire quali misure possono considerarsi idonee senza che si veda leso allo stesso tempo il diritto alla prova facente capo all'imputato. La necessità in tali casi di dover disporre legittimamente misure ulteriori che tutelino il minore vittima restringendo (senza sopprimerlo) il contenuto del diritto di difesa dell'imputato, viene affermato dal TC nella sentenza ora esaminata richiamando la più recente giurisprudenza europea. Tra le varie a cui il TC fa riferimento vi è la sentenza pronunciata della Corte Europea dei Diritti Umani del 28 settembre 2010, *caso A.S. contro Finlandia*[359]. Quest'ultima evidenzia il

[356] Il par. 55 del *caso A.S. contro Finlandia*,menzionato dal TC nella sentenza ora esaminata, evidenzia come «[…] *criminal proceedings concerning sexual offences are often perceived as an ordeal by the victim, in particular when the latter is unwillingly confronted with the defendant. These features are even more prominent in a case involving a minor[…»]*. In Case *A.S. v. Finland* (merits and just satisfaction), no. 40156/07, ECHR 2010 alla pagina web della Corte Europea: http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home.

[357] COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding…Spain,* 2010, cit., p.13, par. 62 *d).*

[358] COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment n.13,* p. 20, par. 51.

[359] Il caso sottoposto alla Corte Europea è molto simile a quello conosciuto dal TC nel *recurso de amparo* che si sta esaminando, in quanto davanti alla Corte Europea l'attore allega la lesione del diritto ad un giusto processo previsto dall'articolo 6 della CEDU, per essere stato condannato sulla base unicamente della deposizione della vittima, effettuata di fronte ai medici che gli prestarono primo soccorso, assistiti da esperti, senza però la presenza dell'indagato né del suo difensore. Di tale

contenuto minimo del diritto di difesa che deve garantirsi all'imputato nel caso di utilizzazione della testimonianza del minore vittima di reato sessuale resa in un momento anteriore al dibattimento, come unico mezzo di prova. Al paragrafo 56 di tale sentenza la Corte Europea sostiene che:

«In acknowledging the need to strike a balance between the rights of the defendant and those of the alleged child victim, the Court finds that the following minimum guarantees must be in place: the suspected person shall be informed of the hearing of the child, he or she shall be given an opportunity to observe that hearing, either as it is being conducted or later from an audiovisual recording, and to have questions put to the child, either directly or indirectly, in the course of the first hearing or on a later occasion».

Tenendo in considerazione quanto affermato nella sentenza della Corte, il TC giunge in tal modo ad enunciare il nucleo minimo del diritto di difesa che permette di controbilanciare correttamente gli interessi in gioco nei casi di reati sessuali in cui la vittima sia un minorenne: l'assunzione della deposizione[360] della vittima mediante un

---

dichiarazione, all'imputato era stato unicamente concesso di visionarla in dibattimento, avendo dovuto accettare tale modalità di assunzione della prova dopo un primo momento di opposizione, per la posizione difforme del giudice a reiterare la dichiarazione in giudizio, a causa dell'esistenza di un parere clinico in cui si affermava il grave pregiudizio inferto al minore dall'abuso subìto e la necessità di non proseguire nella reiterazione delle dichiarazioni in giudizio da parte di esso. L'imputato aveva impugnato la sentenza di condanna pronunciata in primo grado reiterando la richiesta di interrogare il minore per esercitare il diritto di difesa davanti al giudice dell'appello; tale richiesta, e l'appello stesso vengono rigettati, confermandosi la sentenza di primo grado. In Case *A.S. v. Finland* (merits and just satisfaction), no. 40156/07, ECHR 2010 in http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home.

[360] La giurisprudenza spagnola si è inoltre espressa in varie sentenze definendo quando la dichiarazione della vittima, nei casi in cui sia l'unico mezzo di prova del reato, specialmente se di tipo sessuale essendo generalmente commesso in assenza di testimoni, possa considerarsi credibile. Affinché ciò si verifichi occorre la concorrenza di tre differenti requisiti, enunciati in modo particolarmente chiaro nella sentenza dell'*Audiencia Provincial* di Madrid (AAP M de 2 de octubre 2012, Sección 3ª , 663/2012 (ROJ: 15383/2012) http://www.poderjudicial.es). Questi sono:
«A) Ausencia de incredibilidad subjetiva, que pudiera resultar de sus características o de sus circunstancias personales. En este punto dos con los aspectos subjetivos relevantes:a) Sus propias características físicas o psicoorgánicas, en las que se ha de valorar su grado de desarrollo o madurez (en el caso de menores)[...];b) La inexistencia de móviles espurios que pudieran resultar bien de las tendencias fantasiosas o fabuladoras de la víctima, como un posible motivo impulsor de su declaraciones, o bien de las previas relaciones acusado-víctima, denotativas de móviles de odio o de resentimiento, venganza o enemistad,que enturbien la sinceridad de la declaración haciendo dudosa su credibilidad, y creando un estado de incertidumbre y fundada sospecha incompatible con la formación de una convicción inculpatoria sobre bases firmes; [...]B) Verosimilitud del testimonio, basada en la lógica de su declaración y el suplementario apoyo de datos objetivos. Esto supone: a) La declaración de la víctima ha de ser lógica en sí misma, o sea no contraria a las reglas de la lógica vulgar o de la común experiencia, lo que exige valorar si su versión es o no insólita, y objetivamente

esperto, utilizzando le misure volte ad evitare il confronto tra vittima e aggressore nei casi in cui possa essere svolta in dibattimento, e la necessaria riproduzione con mezzi audiovisivi affinché possa essere valutata dal giudice, nei casi in cui debba essere assunta anteriormente ad esso. Qualunque misura di protezione venisse utilizzata, l'imputato avrebbe comunque il diritto di esercitare la propria difesa, che si traduce nel diritto ad essere informato dell'interrogatorio del minore, ad assistervi (o ad averne visione posteriormente se ciò fosse necessario) e ad effettuare domande o richiedere chiarimenti, direttamente o attraverso l'esperto. Dato che nel caso concreto al ricorrente non fu concesso in nessun momento di interrogare la vittima, testimone d'accusa, e nonostante la richiesta avanzata a tal fine, il TC si pronuncia accogliendo l'*amparo* e disponendo il rinnovo del dibattimento.

Una posizione simile a quella espressa nella sentenza esaminata si riscontra in una pronuncia del *Tribunal Supremo* (d'ora in avanti TS) del 2013[361], di cui verrà effettuata una breve esposizione dei fatti e delle argomentazioni addotte da tale organo giudiziario, essendo analoghe a quelle del TC, per poi analizzare nel paragrafo seguente la normativa internazionale a cui fa riferimento. La sentenza 2287/2013 viene pronunciata dal TS in seguito ad un *recurso de casación* per violazione di legge sostanziale e processuale nonché di precetto costituzionale, presentato da un imputato per abuso sessuale ed atti di esibizionismo, impugnando la sentenza di condanna dettata in secondo grado dall'*Audiencia Provincial* di Cáceres, Seconda Sezione; motivi del ricorso sono la lesione dei diritti costituzionalmente garantiti dall'articolo 24 CE, applicazione indebita degli articoli 183, comma 1 e 185 del *Código penal* e vizio di forma per mancata ammissione come mezzo di prova dell'esame testimoniale proposto dall'imputato. Prescindendo dall'esame degli altri motivi del ricorso, l'attenzione verterà unicamente sulla presunta lesione dei diritti

---

inverosímil por su propio contenido. b) La declaración de la víctima ha de estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso; lo que significa que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima[...] c) Persistencia en la incriminación, que debe ser mantenida en el tiempo, y expuesta sin ambigüedades ni contradicciones. Este factor de ponderación supone: a) Persistencia o ausencia de modificaciones en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima sin contradecirse ni desdecirse. [...] b) Concreción en la declaración que ha de hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades.[...] c) Coherencia o ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus diversas partes».

[361] STS de 5 de junio de 2013, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 1745/2012 (ROJ: 2887/2013) in http://www.poderjudicial.es.

garantiti dall'articolo 24 CE, in quanto è in tale momento della sentenza che il *Tribunal Supremo* sviluppa quanto già iniziato dal TC nella pronuncia 174/2011.

Il ricorrente allega la lesione del proprio diritto alla presunzione d'innocenza per essere stata dettata sentenza di condanna unicamente sulla base delle dichiarazioni effettuate dalle vittime, entrambe minorenni, in un momento anteriore al dibattimento (durante la fase istruttoria, la cui registrazione con mezzi audiovisivi fu poi oggetto di proiezione nella fase orale), senza possibilità per l'imputato di interrogare le testimoni in tale ultima fase. La mancanza di elementi eccezionali nel caso concreto che giustificassero l'impossibilità di reiterare le dichiarazioni in dibattimento, fondamentali per orientare la decisione del giudice, viene addebitata come lesiva del diritto alla presunzione d'innocenza, essendo contrastata da una deposizione assunta in fase predibattimentale.

Come si vede, gli antecedenti di fatto sono analoghi a quelli allegati nel *recurso de* amparo. Per risolvere tale motivo di ricorso per cassazione il TS, sulla base di quanto già iniziato dal TC nel 2011, sostiene che per addurre a fondamento della condanna dichiarazioni previe alla fase orale, occorre in linea generale la sussistenza di quattro requisiti:

«[...] *a) Material: que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral; b) Subjetivos:la necesaria intervención del Juez de Instrucción; c) Objetivos: que se garantice la posibilidad de contradicción,para lo cual ha de haber sido convocado el Abogado del imputado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo; y d) Formales: la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por el art. 730 Lecrim, o a través de los interrogatorios, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron en el juicio oral [...]»*

Si sottolinea da parte del TS che nei casi di reati sessuali su bambini, la minore età della vittima non implica automaticamente la restrizione del diritto al contraddittorio facente capo all'imputato (di modo tale che il minore dovrà deporre in dibattimento, anche se assistito sempre da particolari garanzie), permettendosi d'altra parte di considerare integrato il requisito materiale sopra menzionato nel caso

in cui la vittima fosse particolarmente a rischio di un probabile pericolo di vittimizzazione secondaria (dovendosi tenere in conto *anche* la tenera età) con la prosecuzione della partecipazione al processo, e che deve emergere dal parere di uno psicologo. Ciò si traduce quindi nell'esigenza di adozione di un *surplus* di misure di protezione che permettano di evitare la presenza nella fase orale, garantendo allo stesso tempo il diritto dell'imputato alla difesa. Tale garanzia si manifesta mediante la riproduzione audiovisiva in dibattimento della deposizione effettuata in fase anteriore, nella quale sia stato garantito l'esercizio del contraddittorio mediante la possibilità di effettuare domande (direttamente o indirettamente) da parte della difesa.

Fin qui nulla di nuovo rispetto alla sentenza esposta in precedenza; ciò che però rileva maggiormente nella risoluzione del TS è un riferimento più ampio non solo alla giurisprudenza, ma anche ad atti di varia natura presenti nel panorama internazionale. Rispetto alla giurisprudenza europea, il *Tribunal* attribuisce maggior rilievo al *caso Pupino*, del 16 giugno 2005[362] della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in cui vengono a sua volta effettuati riferimenti a norme internazionali a cui lo stesso *Tribunal Supremo* fa richiamo: la Convenzione sui diritti del Fanciullo, articolo 3, comma 1, che richiede che l'adozione delle misure disposte dai pubblici poteri siano sempre orientate all'interesse superiore del minore e la decisione-quadro 2001/220/GAI, determinante lo Statuto della vittima nel processo penale, sostituita attualmente dalla più recente direttiva 2012/29/UE[363] del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012. Il *Tribunal Supremo* menziona inoltre la Convenzione di Lanzarote, mentre a livello interno la già analizzata L.O. 1/1996 agli articoli 11,

[362] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Case C-105/03, *Criminal Proceedings against Maria Pupino*, [2005] ECR I-05285, in cui si risolve una questione pregiudiziale sorta durante un processo penale italiano per maltrattamenti di minorenni, imputato in capo all'insegnante Maria Pupino nei confronti di otto alunni minori di cinque anni. La questione pregiudiziale era sorta durante lo svolgimento del processo in seguito a richiesta avanzata da parte del pubblico ministero di interrogare le vittime al di fuori dell'udienza pubblica, in un momento anteriore al dibattimento, durante la fase delle indagini preliminari mediante l'incidente probatorio. La possibilità di ottenere deposizione testimoniale mediante l'utilizzo dell'incidente probatorio, senza che sussistessero le ipotesi dell'articolo 392 del c.p.p. italiano, nella versione codicistica del 2005 erano ammesse nei confronti delle vittime minori di sedici anni solo in caso di delitti sessuali e non di maltrattamenti. Il g.i.p. aveva sollevato quindi la pregiudiziale comunitaria per risolvere la presunta difformità tra gli articoli 392 n.1 bis c.p.p. e 398 n.5 bis c.p.p. e gli articoli 2, comma 3 e 8 della decisione-quadro 220/2001 GAI.

[363] Per maggiori informazioni, Cap. III, III.1.1. *c).*

comma 2 e 13, comma 3, volti a salvaguardare il minore da tutte quelle situazioni innecessarie che possano pregiudicare il suo sviluppo.

Essendo state adottate le dichiarazioni nella fase istruttoria, sulla base di un parere clinico contrario alla prosecuzione del processo per le vittime e con tutte le garanzie (ausilio di una psicologa, presenza del giudice dell'istruzione, *Fiscal* e difensore dell'indagato) e oggetto di riproduzione in dibattimento mediante visione del video, il *Tribunal Supremo* rigetta totalmente il ricorso, non sussistendo d'altro canto gli elementi per accoglierlo sulla base degli altri motivi addotti dal ricorrente.

IV.2.3.-La normativa internazionale ed europea in tema di partecipazione del minore nei processi penali

Quanto affermato dal *Tribunal Constitucional* rispecchia il contenuto di alcune fonti di diritto internazionale ed europeo adottate per salvaguardare l'integrità del minore vittima o testimone di reati, alcune previe alla sentenza 174/2011 e altre di più recente formazione, menzionate espressamente nella sentenza del 2013 del *Tribunal Supremo*. Le due risoluzioni si rivelano quindi utili in quanto, rispetto alla pronuncia della giurisprudenza italiana esaminata nel capitolo anteriore, in cui si ribadisce l'attribuzione al minore di un vero e proprio diritto all'ascolto (si badi, in materia civile) alla luce anche della recente normativa interna[364], le sentenze ora esaminate colgono un peculiare aspetto di tale diritto nei casi in cui debba essere esercitato in situazioni delicate, quali i processi penali in cui il minore sia vittima o testimone, e che richiedono particolari misure in vista della salvaguardia del suo superiore interesse. Il congiunto delle garanzie da adottare viene delineato utilizzando oltre alla giurisprudenza europea la normativa settoriale, adottata a livello internazionale ed europeo.

Nel panorama internazionale viene fatto riferimento sia dal TC che dal TS alla Convenzione del 1989, specialmente all'articolo 3, che ribadisce la necessità da parte dei pubblici poteri di attribuire preminente rilievo all'interesse del minore. A livello europeo si fa riferimento alla Convenzione di Lanzarote, mentre per ciò che concerne il diritto dell'Unione Europea occorre menzionare le recenti direttive del Parlamento Europeo e del Consiglio, la relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento

[364] *Supra*, Cap. III, III.2.2.

sessuale dei minori e la pornografia minorile (direttiva 2011/92/UE, anche se non richiamata in sentenza), l'altra alla determinazione di un nucleo di norme minime sui diritti, assistenza e protezione riservati alle vittime di reato (direttiva 2012/29/UE). Sebbene il TS non ne faccia menzione, è opportuno inoltre considerare che la posizione del minore nel processo (in generale) viene chiarita dalle *Linee guida per una giustizia a misura di minore*[365] del 2010 adottate dal Consiglio d'Europa; la partecipazione più specifica nel processo penale, è inoltre delineata più specificamente dalle *Linee guida sulla giustizia nelle questioni che coinvolgono minori vittime e testimoni di reato*[366] dell'ECOSOC.

Tali norme creano un congiunto di misure volte a garantire al minore il diritto di essere informato, di partecipare e di essere tutelato mediante varie misure di protezione che pongano in rilievo i suoi interessi durante la partecipazione al processo. In ambito generale le *Linee Guida* del Consiglio d'Europa del 2010 riconoscono che:

«Dovrebbe essere rispettato il diritto di ogni minore di essere informato sui suoi diritti, di disporre di idonee modalità per accedere alla giustizia e di essere consultato e ascoltato nei procedimenti che lo coinvolgono o lo riguardano. In particolare, si dovrebbe dare il giusto riconoscimento alle opinioni del minore, tenendo conto del suo grado di maturità e delle sue eventuali difficoltà di comunicazione al fine di rendere significativa la sua partecipazione[367]».

Ad ogni modo, sia le Linee Guida del Consiglio d'Europa, sia le più specifiche in materia penale dell'ECOSOC, la Convenzione di Lanzarote e la direttiva 2012/29/UE, prevedono la necessaria assistenza del minore che partecipa al processo, l'adeguata formazione degli esperti e di coloro che svolgono durante le varie fasi processuali attività che implichino contatti con il minore, dovendo attuare

[365] Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa *per una giustizia a misura di minore* del 17 novembre 2010, disponibili alla pagina web: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/childjustice/Source/GuidelinesChildFriendlyJustice_IT.pdf.
[366] Risoluzione 2005/20 del 22 luglio 2005 *Guidelines on Justice in Matters involving Child Victims and Witnesses of Crime* del Consiglio economico e sociale, reperibile al sito ufficiale dell'ECOSOC http://www.un.org/en/ecosoc/docs/res2005.asp.
[367] Linee guida del Consiglio d'Europa, par. III, Principi Fondamentali, A.

con particolari cautele e utilizzando competenze specifiche[368]. A tal proposito occorre segnalare che nella sua relazione del 2012[369]l'Organizzazione *Save the Children* denuncia, tra i vari problemi esistenti nella giustizia penale spagnola, l'assenza di un'effettiva specializzazione da parte di chi entri in contatto con i minori durante il processo, soprattutto coloro che svolgono perizie psicologiche, essendo la specializzazione in psichiatria e psicologia infantile prevista oggi come requisito volontario e non precettivo per far parte dei gruppi tecnici d'investigazione.

La necessaria attenzione al momento di assunzione della prova per evitare una nuova vittimizzazione del minore[370] costituisce un secondo motivo di attenzione, legato essenzialmente alla partecipazione nei procedimenti penali, rispetto al regime dell'assistenza che si estende anche agli altri tipi di processo; le misure che dovranno essere adottate devono prendere in considerazione le caratteristiche del bambino in ogni caso concreto, tra cui l'età, in quanto, come previsto nella recente direttiva 2012/29/UE e già presente in norme anteriori, tra cui le Linee Guida del 2005, le

[368] In modo particolare le Linee Guida dell'ECOSOC delineano un concetto di "professionista" molto ampio, per garantire una speciale attenzione al fanciullo in tutte le fasi processuali. Nelle Linee guida il par. 9, lettera *b)* considera infatti che « "*Professionals" refers to persons who, within the context of their work, are in contact with child victims and witnesses of crime or are responsible for addressing the needs of children in the justice system and for whom these Guidelines are applicable. This includes, but is not limited to, the following: child and victim advocates and support persons; child protection service practitioners; child welfare agency staff; prosecutors and, where appropriate, defence lawyers; diplomatic and consular staff; domestic violence programme staff; judges; court staff; law enforcement officials; medical and mental health professionals; and social workers*».

[369] SAVE THE CHILDREN *La justicia española frente al abuso sexual infantil en el entorno familar. Un análisis de casos a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos*, Madrid, 2012. (http://www.savethechildren.es/), p. 83.

[370] Ad esempio nella direttiva 2012/29/UE, che prevede al punto 55 «Nel corso dei procedimenti penali alcune vittime sono particolarmente esposte al rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni da parte dell'autore del reato. È possibile che tale rischio derivi dalle caratteristiche personali della vittima o dal tipo, dalla natura o dalle circostanze del reato. Solo una valutazione individuale, svolta al più presto, può permettere di riconoscere efficacemente tale rischio. Tale valutazione dovrebbe essere effettuata per tutte le vittime allo scopo di stabilire se corrono il rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni e di quali misure speciali di protezione hanno bisogno»; tale punto deve interpretarsi congiuntamente al 58 che prevede: «È opportuno che le vittime identificate come vulnerabili al rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni possano godere di adeguate misure di protezione durante il procedimento penale. Il preciso carattere di queste misure dovrebbe essere determinato attraverso la valutazione individuale, tenendo conto dei desideri della vittima. La portata di queste misure dovrebbe essere determinata lasciando impregiudicati i diritti della difesa e nel rispetto della discrezionalità giudiziale. Le preoccupazioni e i timori delle vittime in relazione al procedimento dovrebbero essere fattori chiave nel determinare l'eventuale necessità di misure particolari».

vittime minorenni hanno il diritto di partecipare al processo penale, non dovendosi escludere la partecipazione per nessuna ragione discriminatoria, tra cui l'età[371].

Save the Children segnala che ad eccezione della previsione introdotta con la riforma del 2006[372] nella *Ley de Enjuiciamento Criminal* (LECrim) relativa all'assunzione della testimonianza, mancano attualmente nell'ordinamento spagnolo delle misure efficaci per i minori di età[373]. Gli articoli riformati nel 2006 prevedono infatti una maggior intensità di protezione meramente facoltativa, prevedendosi all'articolo 433 comma 2 LECrim che nella fase istruttoria vi sia la semplice facoltà di richiedere che la deposizione sia effettuata davanti ad un esperto, analogamente alla registrazione di essa, che potrà essere disposta dal giudice. Più garantista è la previsione che esclude che il minore deponga confrontandosi visivamente con l'imputato dovendosi adottare, per evitare tale confronto, qualsiasi mezzo tecnico: tale misura viene garantita sia per la fase istruttoria che la fase orale, mediante gli articoli 448 comma 2[374] LECrim per la prima e il 707 comma 2 LECrim per la seconda.

IV.3.- Il *Defensor del Pueblo* e la tutela dei bambini in Spagna

IV.3.1.-Analisi sommaria della figura del *Defensor del Pueblo*

Riguardo alle istituzioni incaricate di garantire i diritti dei bambini, l'esperienza spagnola si sviluppa in maniera differente da quella italiana. Nel capitolo anteriore si è visto come in Italia dalla seconda metà degli anni Ottanta vengono introdotte delle figure istituzionali specifiche per la tutela dei minori, dapprima a livello regionale e, solo in epoca recente, a livello nazionale. Nell'ordinamento spagnolo il processo avviene all'inverso, inizialmente con un'Autorità centrale, il *Defensor del Pueblo*, istituita a salvaguardia di tutti i diritti fondamentali previsti nella Costituzione del 1978; in un secondo tempo le Comunità Autonome hanno affiancato a tale *Defensor*

[371] Art. 42, della direttiva 2012/29/UE e paragrafo 18 delle Linee Guida dell'ECOSOC 2005. Queste ultime tutelano il fanciullo da ogni forma di discriminazione che possa precluderne la partecipazione al processo, come risalta nell'intera sezione VI di esse.
[372] L.O. del 4 dicembre 2006, n.8, che modifica la L.O. del 12 gennaio 2000, n. 5, regolatrice della responsabilità penale dei minori, in B.O.E. 5 dicembre 2006, n. 290.
[373] SAVE THE CHILDREN *La justicia…*cit., p. 23.
[374] Riformato dalla legge 13/2009, del 3 novembre, in B.O.E. del 4 novembre 2009, n.266.

altre istituzioni a livello *autonómico*[375], ispirate per struttura e funzioni a quello centrale, e alle quali si attribuisce, in maniera più o meno articolata, una maggior competenza e attenzione verso i diritti dei bambini, come verrà evidenziato più avanti. Sin dalla sua creazione a livello centrale tale istituzione ha fornito un valido contributo per garantire maggiormente i diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, incrementato ora dallo svolgimento delle funzioni di dialogo e coordinazione tra i vari organi centrali e periferici.

È utile iniziare quindi con una sommaria esposizione della figura del *Defensor del Pueblo* per capire meglio anche i Garanti delle varie Comunità, che su questo s'improntano, analizzando soprattutto le funzioni e i poteri attribuiti al fine di comprendere come possano concretizzarsi in un'azione a garanzia, fra tutti, dei diritti dei bambini.

Il *Defensor de Pueblo* è un'istituzione espressamente prevista nella Costituzione del 1978 (rispettando quindi, riguardo al rango delle norme che ne danno copertura giuridica, quanto sarà successivamente previsto nei Principi di Parígi[376]), dall'articolo 54, che lo descrive come «*Alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales*». Rispetto a tale articolo, occorre fin da subito effettuare due puntualizzazioni: prima di tutto la sua localizzazione nella Costituzione, nel Titolo I,

[375] Occorre già dal principio effettuare una precisazione rispetto agli ultimi sviluppi relativi a tali figure, in quanto, per sviluppare un'azione di più efficace tutela dei diritti fondamentali, in tempi recenti sono state create delle figure di *Ombudsmen* anche a livello locale, con la convinzione che l'azione di garanzia più valida sia quella che giunga da Autorità quanto più prossime al livello di chi richieda tale protezione. Partendo da tale concezione e sulla base di quanto previsto nella *Ley de bases de régimen local* (*Ley* del 2 aprile 1985, n.7) agli articoli 20, comma 3 e 32, comma 3, il Comune di Lleida (Cataluña) nel 1990 crea per la prima volta in Spagna un *Sindic de Greuges* a livello locale. A tale figura ne faranno seguito altre nei vari Comuni catalani, ciò che spingerà la Comunità autonoma ad inserire nella propria *Ley municipal y de règimen local de Cataluña* (Decreto Legislativo del 28 aprile 2003, n.2, *por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña*, all'articolo 48, comma 2 *c)*) tale figura, così come nello Statuto del 18 giugno 2006 (articolo 78, comma 4). Attualmente i Difensori locali sono presenti anche in altre Comunità, come l'Andalucía, la Comunidad Valenciana, Madrid e il Paìs Vasco. Per approfondimenti, cfr. M. G. VALERI FERRET, J. A. MARTÍNEZ PRAT *El Ombudsman local y el Fòrum de síndics, sindiques,defensors i defensores locals de Catalunya- FòrumSD* in G. ESCOBAR ROCA (Ed.) *La protecciòn de los derechos humanos por las Defensorìas del Pueblo: Actas del I Congreso internacional del PRADPI*, Madrid, Dykinson, 2013, p. 209 e ss.

[376] Si veda *supra*, Cap. III, III.3.1.

Capitolo IV, relativo agli strumenti posti a garanzia dei diritti e delle libertà fondamentali, tra cui quelli relativi all'infanzia[377]. Inoltre, come la dottrina ha sempre affermato[378], nonostante la denominazione di *Alto Comisionado de las Cortes Generales*, il *Defensor del Pueblo* è un'Autorità indipendente che svolge le proprie funzioni senza alcun mandato imperativo; ciò viene previsto espressamente nella *Ley Orgánica del Defensor del Pueblo* del 6 aprile 1981, n.3 (LODP)[379].

Sebbene tale Autorità statale sia stata creata nell'ordinamento spagnolo a garanzia di tutti i diritti fondamentali, è comunque possibile un confronto con il Garante Infanzia italiano[380]: entrambe le istituzioni si relazionano con gli organi legislativi, in quanto vengono da questi designati e ai quali devono fornire informazioni sul lavoro svolto attraverso presentazione di Relazioni annuali. Dall'altro lato entrambi si discostano dalla sottomissione all'organo parlamentare, sia per l'espressa previsione di svolgimento dell'incarico senza nessun vincolo gerarchico, che per la durata dell'incarico stesso, (cinque anni il *Defensor del Pueblo*, quattro il Garante) diverso dalla durata ordinaria di una legislatura; ciò esclude il vincolo con un particolare orientamento politico. Non solo: sia il *Defensor del Pueblo* che il Garante richiedono una particolare indipendenza, dedizione allo

[377] Vi sono alcuni diritti generali che includono anche i bambini, come il 14 CE (principio d'uguaglianza davanti alla legge), 15 CE (diritto alla vita e all'integrità fisica), 18 CE (diritto all'onore, all'intimità e all'immagine), 27 CE (diritto all'educazione). Riguardo specificamente ai bambini, l'articolo 39 CE obbliga i pubblici poteri ad attribuire protezione giuridica, economica e sociale alla famiglia e ai minori, uguali davanti alla legge indipendentemente dallo stato di filiazione. Importante è il quarto comma dell'articolo 39 CE che garantisce ai bambini la protezione prevista dalla normativa internazionale.

[378] Colomer distingue tra la *dependencia formal* del *Defensor* rispetto alle Corti generali, per le modalità di nomina, cessazione dall'incarico, dipendenza economica e per il rendiconto annuale ad esse e l'*autonomía funcional*, in relazione ai poteri conferiti al *Defensor*, tra cui il *recurso de amparo* e d'incostituzionalità che possono presentarsi anche contro atti delle Corti generali. In A. COLOMER VIADEL *El Defensor del pueblo, protector de los derechos y libertades y supervisor de las Administraciones Públicas*, Cizur Menor (Navarra), Civitas-Thomson Reuters, 2013, p. 61 e ss. Riguardo all'indipendenza del *Defensor,* si veda anche P. CARBALLO ARMAS *El Defensor del Pueblo. El Ombudsman en España y en el derecho comparado*, Madrid, Tecnos, 2003, p. 144 e ss.

[379] LODP che prevede al primo comma dell'articolo 6 l'assenza di mandato imperativo per il *Defensor del Pueblo*, svolgendo il proprio incarico con piena autonomia e secondo la propria ragionevolezza. Previsione analoga è presente nella legge 112/2011 istitutiva dell'Autorità Garante dell'Infanzia e dell'Adolescenza, in quanto l'articolo 1 sottolinea l'assenza di vincolo gerarchico e l'autonomia del Garante.

[380]Occorre inoltre far presente che attualmente l' ordinamento italiano non prevede a livello centrale un Difensore dei diritti fondamentali come in Spagna, ma solo a livello regionale e, prima della legge del 26 marzo 2010, n.42, comunale. Interessante è l'analisi della figura del Difensore civico in Italia effettuata da Nassis nella sua tesi di dottorato. Si veda NASSIS C. *L'Ombudsman europeo e la Rete europea degli ombudsmen*. Tesi di Dottorato, Università degli studi Roma Tre, ciclo XXII, p. 155 e ss.

svolgimento dell'incarico e assenza di qualsiasi influenza politica e ideologica, che si traduce per entrambi gli *ombudsmen* in un'ampia gamma d'incompatibilità, in quanto durante l'incarico si richiede l'astensione dallo svolgimento di professioni pubbliche o private e dal ricoprire cariche politiche, così come l'adesione a partiti, organizzazioni ed associazioni[381].

Tra le due istituzioni, più articolata, dovuto al fatto che le funzioni sono più ampie e ricoprono più ambiti d'intervento, è la struttura organizzativa del *Defensor del Pueblo*: essa lo affianca nello svolgimento delle funzioni attribuitegli e sulla quale occorre brevemente soffermarsi, dato che è tra i membri di tale struttura organizzativa che a livello delle singole Comunità sono state create figure specifiche che si occupano della protezione di vari collettivi, tra cui i minori. Riassumendo brevemente, il *Defensor* svolge il suo incarico supportato da un gruppo di persone che costituiscono l'Ufficio del *Defensor del Pueblo*, e che si articolano in Ausiliari, Segretario generale, Assessori e personale amministrativo. I più importanti sono senza dubbio gli Ausiliari del *Defensor*, da esso nominati con previo assenso delle Corti generali, e caratterizzati dalle stesse prerogative e incompatibilità previste per esso. Gli Ausiliari svolgono le funzioni che gli vengono delegate dall'*Ombudsman* e lo sostituiscono nel caso d'impossibilità temporanea o di cessazione dall'incarico, oltre a svolgere le funzioni specifiche previste dal *Reglamento de Organización y funcionamiento del Defensor del Pueblo (*ROFDP)[382], tra cui spicca quella di portare avanti ed investigare le questioni oggetto di procedimenti avviati d'ufficio o ad istanza di parte e proporre al *Defensor* l'ammissione o meno a tramite delle richieste, così come la risoluzione che ritengono sia più opportuno adottare nei singoli casi analizzati (articolo 12.1 *b)* ROFDP).

Il Segretario generale sovraintende le attività della Segreteria generale del *Defensor*, prepara le bozze del bilancio che quest'ultimo dovrà presentare alle Corti e amministra le spese dell'Ufficio del *Defensor* (articolo 23 ROFDP); svolge inoltre la funzione di segretario della *Junta de Coordinación y Régimen Interior*, di cui fa parte assieme al *Defensor* e ai due Ausiliari, e che costituisce l'organo attraverso cui

[381] Art. 7 LODP, e art. 2, co. 3 legge 112/2011 dell'Autorità Garante per l'Infanzia e per l'Adolescenza.
[382] Regolamento approvato dalle Corti su proposta del *Defensor del Pueblo*, nella riunione del 6 aprile 1993, e pubblicato nel BOE del 18 aprile 1983, n. 92.

vengono prese decisioni più complesse, tra cui la presentazione del *recurso de amparo* o di legittimità costituzionale davanti al TC (articolo 18, *b)* ROFDP). L'articolo 34 LODP e il 31 e seguenti del ROFDP menzionano infine il personale a servizio del *Defensor*, da questi direttamente nominato e a cui compete lo svolgimento di varie funzioni: dalle propriamente amministrative alle più specifiche svolte dagli Assessori, competenti ciascuno in determinate aree che possono vedersi coinvolte nello svolgimento delle investigazioni relative ai singoli procedimenti avviati.

Sebbene il *Defensor del Pueblo* sia un organo monocratico, l'esistenza dell'Ufficio è un elemento imprescindibile per il corretto e completo svolgimento delle sue funzioni. Riguardo ad esse, occorre far riferimento in primo luogo alle previsioni dell'articolo 54 CE, che attribuisce all'*Ombudsman* la funzione di tutelare i diritti fondamentali previsti nel Titolo I CE, potendo a tal fine supervisionare l'attività delle Amministrazioni. Tale previsione, apparentemente chiara, non è stata però interpretata unanimemente dalla dottrina, soprattutto se messa in relazione con il dettato dell'articolo 9, comma 1 della LODP: il testo costituzionale sembra infatti attribuire al *Defensor* un'unica funzione, quella di tutelare i diritti fondamentali, e di cui il controllo delle Amministrazioni pubbliche costituisce solo uno dei vari poteri per portare a termine tale protezione. Al contrario, l'articolo 9, comma 1 LODP, sembra distinguere tra due funzioni: la supervisione delle Amministrazioni può essere effettuata sia per tutelare i diritti fondamentali, sia per valutare e garantire che l'attività amministrativa sia svolta conformemente ai princìpi (gerarchia, cooperazione, efficacia, ecc.) enunciati dall'articolo 103, comma 1 CE, anche in caso di assenza nel caso concreto di lesione ad un determinato diritto[383]. In altre parole,

[383] Sostiene tale interpretazione Pedro Carballo Armas, che condivide la posizione di quella parte della dottrina che ritiene di dover considerare attribuite in capo al *Defensor del Pueblo* due funzioni, una espressamente riconosciuta dalla CE, l'altra prevista dalla LODP, senza che ciò importi l'incostituzionalità della previsione legislativa, in quanto il *Defensor* esercita le funzioni che si vede attribuite *«en la Constitución y la presente Ley»* (articolo 1 LODP), che ne regola l'istituzione (articolo 54 CE). P. CARBALLO ARMAS , *op. cit*, p. 147 e ss. Un'interpretazione più restrittiva e rispettosa della funzione unitaria attribuita dalla Costituzione si nota in A. COLOMER VIADEL, *op. cit.*, p. 67 e ss. Problema analogo si è presentato a livello *autonómico* per la differente previsione normativa esistente negli Statuti delle singole Comunità e negli articoli iniziali delle *Leyes de desarrollo*, che esaltano come unica funzione quella di tutelare i diritti, e il contenuto delle leggi stesse, che favorisce un controllo delle Amministrazioni svincolato da un'effettiva lesione dei diritti. Ciò si è tradotto nella pratica con l'intervento dei *Defensores* delle Comunità in casi in cui l'attività

secondo quanto prevede la LODP, tale istituzione sembra convertirsi in un effettivo supervisore dell'Amministrazione, per la rilevante partecipazione di quest'ultima all'interno di uno Stato sociale a causa dell'incremento delle prestazioni che ad essa si richiedono per soddisfare i diritti individuali[384], dovendo quindi l'*Ombudsman* garantire sia che l'attività amministrativa non leda nelle sue attuazioni tali diritti, sia che sia orientata all'osservanza di determinati princìpi.

IV.3.2-La tutela dei diritti fondamentali da parte del *Defensor del Pueblo*

Ciò che rileva ai fini di questo lavoro è la valutazione di come il *Defensor del Pueblo* tuteli i diritti fondamentali, specialmente in tema d'infanzia. Tale funzione può svolgersi mediante l'esercizio di vari poteri, che si traducono in una supervisione più o meno invasiva dell'attività delle Amministrazioni, intese in un'accezione ampia: non solo la Pubblica Amministrazione, ma anche altre istituzioni, amministrative e non. Ciò in quanto la Costituzione prevede all'articolo 54 un controllo delle Amministrazioni in senso generale; la LODP estende poi espressamente tale previsione.

Iniziando dalla Pubblica Amministrazione, il *Defensor del Pueblo* ha una competenza generale in tema di supervisione, potendo svolgere investigazioni riguardo alle attività svolte sia dalla statale (fino ai massimi vertici, per espressa previsione dell'articolo 9, comma 2 LODP), che da quella *autonómica* e locale, dovendo in tali casi coordinarsi con gli *ombudsmen* delle singole Comunità[385].

---

amministrativa, anche se non lesiva di diritti specifici, fosse stata attuata in violazione dei princìpi dell'art. 103, co. 1 CE. Si veda per ulteriori approfondimenti L. DÍEZ BUESO *Los Defensores del Pueblo (ombudsmen) de las Comunidades Autónomas*, Madrid, Secretaría General del Senado, 1999, p. 147 e ss. In quest'ultimo libro vengono inoltre esaminate le interpretazioni della dottrina più rilevanti. Cfr. *ivi*,. p. 161 e ss, in cui si afferma come, *a contrario*, la difesa dei diritti fondamentali possa implicare l'intervento del *Defensor* nei soli casi in cui vi sia un'attività amministrativa lesiva, senza poter sconfinare a livelli più ampi.

[384] Non si dimentichi infatti che alcuni diritti del Titolo I generano nei propri titolari aspettative che richiedono attuazioni concrete da parte dei pubblici poteri, tra cui le prestazioni delle Amministrazioni pubbliche.

[385] Tale coordinamento viene regolato sia nella LODP all'art. 12, che nella *ley* del 6 novembre 1985, n.36 *por la que se regulan las relaciones entre la Institución del Defensor del Pueblo y las figuras similares en las distintas Comunidades Autónomas* (BOE del 12 novembre 1985). L'articolo 2 di tale legge prevede che nel caso di Amministrazioni *autonómicas* e locali, in caso di esercizio di materie di competenza delle Comunità Autonome, la supervisione possa essere effettuata sia dal *Defensor del Pueblo* che da quelli delle singole Comunità, permettendo inoltre che in caso d'intervento da parte del

Rispetto ad altre istituzioni, la LODP fa riferimento all'Amministrazione della Giustizia[386] e a quella Militare[387]. Specialmente rispetto alla prima, l'attività del *Defensor* consiste nel trasmettere la segnalazione ricevuta all'organo competente (*Fiscal* o *Consejo General del Poder Judicial* in base al tipo d'infrazione segnalata), ciò che non esclude la possibilità dall'altro lato di poter presentare *recurso de amparo* contro gli atti od omissioni degli organi giudiziari lesivi dei diritti fondamentali, grazie all'inclusione del *Defensor del Pueblo* tra gli organi legittimati ad interporlo. Inoltre, l'inclusione di questi tra tali soggetti, per espressa previsione dell'articolo 162 CE, gli permette di ricorrere *en amparo* anche contro altri organi, tra cui le Corti generali, sempre che la lesione promani da un atto non avente forza di legge. Tale potere, congiuntamente a quello d'interposizione del ricorso per far valere l'illegittimità costituzionale di leggi o norme con forza di legge, (articolo 161 *a)* CE), permette al *Defensor del Pueblo*, per volontà del legislatore costituzionale, di svolgere un'attività di supervisione anche nei confronti degli organi legislativi.

Ad ogni modo la funzione di difesa dei diritti fondamentali viene attuata mediante investigazioni avviate d'ufficio o a istanza di parte, con la ricezione di segnalazioni (*quejas*). Ai fini di questo lavoro occorre sottolineare l'importanza della possibilità attribuita al *Defensor* di avviare le investigazioni d'ufficio, ad esempio successivamente alla venuta a conoscenza durante il suo mandato di particolari problematiche che richiedono una sua maggior attenzione, e che possono concernere determinati collettivi aventi maggiori difficoltà nel presentare le proprie segnalazioni all'Ufficio del *Defensor*. La tematica dei minori rientra perfettamente in tale circostanza, per le maggiori complicazioni che essi possono incontrare per accedere al *Defensor*, specie se non vi siano adulti disposti a presentare segnalazioni in loro vece. Negli ultimi anni ciò ha comportato lo svolgimento di un'attività d'ufficio da parte del *Defensor*, sia statale che *autonómico*, riguardo ad alcune tematiche particolarmente problematiche e frequenti relative ai minori, quali ad esempio la

primo, questi possa richiedere la loro collaborazione; al contrario, nel caso d'intervento dell'O*mbudsman autonómico*, questi dovrà coordinare la sua attività con quella del *Defensor del Pueblo*. Un'analisi interessante del riparto di competenze e delle varie ipotesi che possono verificarsi in caso di supervisioni alle Amministrazioni delle Comunità Autonome si trova in ANGUITA SUSI A. *El Defensor del Pueblo andaluz y la tutela de los derechos fundamentales: medios, mecanismos y procedimiento* , Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006, p. 178 e ss.

[386] Art. 13 LODP.

[387] Art. 14 LODP.

situazione dei minori stranieri non accompagnati o con disordini mentali, che hanno implicato la richiesta di documentazione e informazioni a varie istituzioni supervisionate, visite in diversi centri di accoglienza e che si sono poi tradotte in raccomandazioni alle Amministrazioni e in proposte normative. Tali risoluzioni e i vari risultati delle investigazioni sono stati raccolti nelle Relazioni che verranno analizzate al termine di questa sezione. Assieme all'attività avviata d'ufficio, vi sono le investigazioni iniziate ad istanza di parte mediante la presentazione di segnalazioni da parte dei soggetti interessati. Gli articoli 10, 15 e 17 della LODP stabiliscono alcuni requisiti di ammissibilità relativi alla legittimazione del soggetto, al modo e tempo di presentazione della *queja*. A tale proposito è importante la previsione del primo comma dell'articolo 10 LODP che esclude tra i vari requisiti un limite minimo di età[388], nazionalità o altro, permettendo una legittimazione piuttosto ampia per presentare le segnalazioni. Nel caso che il *Defensor* non avvii il procedimento sulla base di una determinata segnalazione, dovrà in ogni caso motivare il suo rifiuto, informando il soggetto interessato della possibile esistenza di mezzi più idonei nel caso concreto per far valere il suo diritto. Le investigazioni effettuate dal *Defensor*, coadiuvato dai vari esperti di cui si compone il suo Ufficio, e che implicano in ogni caso un dovere di collaborazione da parte dei pubblici poteri nel trasmettere le informazioni richieste e nel concedere visite e ispezioni, terminano con risoluzioni di vario tipo. In ogni caso esse non sono vincolanti, essendo il *Defensor del Pueblo* definito come una «*magistratura de opinión*[389]», poiché non dotato del potere di modificare atti o applicare sanzioni; tale caratteristica giustifica l'assenza di previsione nella LODP di possibili ricorsi rispetto alle risoluzioni da esso adottate.

Seguendo la ripartizione elaborata da Colomer[390], è possibile classificare le risoluzioni del *Defensor* in quattro categorie: 1) suggerimenti e raccomandazioni; 2) risoluzioni attraverso cui s'interpongono il *recurso de amparo* e d'incostituzionalità; 3) risoluzioni attraverso cui si esercita l'azione di responsabilità; 4) segnalazioni al *Fiscal*. La prima categoria si traduce in suggerimenti che il *Defensor* trasmette

[388] La possibilità per gli stessi minori di richiedere l'intervento del *Defensor del Pueblo* (sia statale che *autonómico*) è espressamente prevista dall'articolo 10, comma 2 della LO 1/1996, la cui lettera *c)* prevede che per la difesa dei diritti riconosciutigli, il minore potrà «*Plantear sus quejas ante el Defensor del Pueblo. A tal fin, uno de los Adjuntos de dicha institución se hará cargo de modo permanente de los asuntos relacionados con los menores*».
[389] P. CARBALLO ARMAS, *op. cit.*,p. 138.
[390] A. COLOMER VIADEL, *op. cit.*, p. 84 e ss.

all'istituzione supervisionata per adottare le misure più adatte al caso concreto. Tra tali risoluzioni le più rilevanti sono le raccomandazioni che il *Defensor* può effettuare agli organi legislativi affinché modifichino o adottino una determinata normativa. Ciò viene previsto sia dall'articolo 28, comma 2 della LODP, sia dalla maggior parte delle leggi di sviluppo degli o*mbudsmen* nelle varie Comunità Autonome, e permettono ai *Defensores* di raccomandare all'organo competente la modifica di una determinata disposizione normativa, nel caso che dalla sua applicazione possano derivare situazioni ingiuste o pregiudizievoli per gli amministrati. Ad ogni modo, non essendo menzionato il *Defensor del Pueblo* tra i soggetti a cui l'articolo 87 CE attribuisce l'iniziativa legislativa, la risoluzione consiste in una mera raccomandazione per gli organi dotati di tale iniziativa affinché si avvii l'iter di riforma della normativa esistente.

Tale facoltà propositiva può tradursi anche in raccomandazioni incorporate nelle varie Relazioni che i *Defensores* presentano agli organi legislativi: ciò che risalta in entrambi i casi è la particolare utilità, in quanto le raccomandazioni effettuate promanano da un'istituzione a stretto contatto con la realtà e le problematiche concrete, il che può orientare in modo più efficace verso una determinata riforma legislativa[391]. In relazione al tema dei minori occorre sottolineare che tale facoltà è stata esercitata dall'attuale *Defensor del Pueblo* nella sua Relazione monografica *Menores o adultos. Procedimientos para la determinación de la edad*[392] del 2011, in cui si raccomanda al Ministero del Lavoro la riforma della L.O.dell'11 gennaio 2000, n. 4 (*Ley Orgánica de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social,* o comunemente LOEX), per garantire assistenza giuridica gratuita agli stranieri privi di documenti d'identità e di cui sia dubbia la maggiore età,

[391]Per tale ragione Castellá Andreu auspica una maggior attenzione e previsione normativa delle ipotesi in cui possa esercitarsi tale attività propositiva da parte dei *Defensores*, specialmente dal *Defensor del Pueblo*, includendolo espressamente nelle fasi di consultazione durante l'elaborazione di progetti e disegni di legge di fronte a Camere e a Governo. Si veda J.M. CASTELLÁ ANDREU *La participación de los Defensores del Pueblo en los procedimientos normativos como instrumento de comunicación entre ciudadanos e instituciones* in G. ESCOBAR ROCA, *op. cit.*, p. 527 e ss.

[392] In DEFENSOR DEL PUEBLO *Informe sobre Menores o adultos. Procedimientos para la determinación de la edad*, Madrid, 2011, p. 191. Tale Relazione monografica può reperirsi nella pagina web del *Defensor del Pueblo:*
http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/Documentacion/Menores-O-Adultos-Procedimientos_para_la_determinacion_de_la_edad-vOPT.pdf.

durante il processo di determinazione di quest'ultima, essendo il tema dei minori stranieri non accompagnati attuale ma ancora carente di disciplina esaustiva.

Inoltre, come già anteriormente accennato, il *Defensor del Pueblo* (non quelli delle varie Comunità) può anche ricorrere in *amparo* o sollevare una questione d'incostituzionalità, essendo espressamente menzionato tra i legittimati dall'articolo 162 CE.

Le ultime due categorie di risoluzioni implicano l'esercizio da parte del *Defensor* delle azioni di responsabilità civile e penale, in forma diretta (la prima), e indiretta (la seconda): in tema di responsabilità civile, l'articolo 26 LODP attribuisce al *Defensor del Pueblo* il potere di esercitare d'ufficio l'azione corrispondente «*contra autoridades, funcionarios y agentes civiles del orden gubernativo o administrativo, incluso local, sin que sea necesaria en ningún caso la previa reclamación por escrito*». La responsabilità penale ricade invece sotto la previsione dell'articolo 25 LODP, richiedendosi in tal caso da parte del *Defensor* la mera trasmissione, nel caso di una presunta responsabilità penale emersa durante le investigazioni da lui svolte, della *notitia criminis* al *Ministerio Fiscal*, affinché eserciti l'azione penale, evitando così una duplicità di funzioni[393].

La tematica dei minori di età è sempre stata un punto chiave nell'esercizio della funzione informativa che i *Defensores* svolgono, soprattutto nei confronti dei pubblici poteri e che si traduce nella presentazione di Relazioni di vario tipo agli organi legislativi. La prima categoria sono le Relazioni annuali, in cui gli *ombudsmen* espongono ogni anno il lavoro svolto, dovendo includere obbligatoriamente le segnalazioni ricevute, menzionandone il numero e il tipo, il motivo e la tipologia delle non ammesse, le investigazioni e i risultati conseguiti[394]. In aggiunta, le Relazioni dei *Defensores* includono solitamente la raccomandazione di promuovere riforme, colmare vuoti normativi o modificare i criteri interpretativi. Oltre a tali Relazioni annuali i *Defensores* possono adottarne altre, appartenenti ad altre due categorie. L'articolo 32 LODP menziona al suo secondo comma una tipologia di Relazioni che nella pratica non è mai stata utilizzata, le straordinarie,

[393] Non è completamente d'accordo Colomer, che propone un possibile ampiamento dei poteri del *Defensor del Pueblo*, tra cui l'esercizio diretto dell'azione penale, senza l'intervento del *Fiscal*. In A. COLOMER VIADEL, *op. cit.*, p. 210.
[394] Art. 33 LODP.

suscettibili di essere presentate alle Camere (o alle Deputazioni Permanenti se le prime non fossero riunite) in ogni momento, sulla base di situazioni d'urgenza o fatti di particolare gravità. Il carattere di particolare emergenza e stato di allarme che tali Relazioni implicano, ha orientato i vari *Defensores* ad adottarne altre di tipo ulteriore, senza dover attendere le annuali o situazioni particolarmente gravi, la cui specialità risiede nel fatto di analizzare un tema specifico (*Relazioni monografiche*)[395]: tale categoria di Relazioni ha permesso maggiormente ai *Defensores* di svolgere un lavoro intensivo e maggiormente incentrato sui problemi dell'infanzia e dell'adolescenza, per sottoporli all'attenzione degli organi dotati dei poteri necessari per varare le riforme opportune e migliorarne le condizioni. La funzione informativa, effettivamente svolta dai *Defensores* spagnoli, riveste un'importanza particolare in quanto permette di delineare le problematiche di volta in volta più attuali e i possibili rimedi proposti, anche sulle tematiche dell'infanzia e dell'adolescenza. Relativamente alle Relazioni monografiche, è opportuno perlomeno accennare che dal 2010 il *Defensor del Pueblo* utilizza tale strumento per segnalare anche i maggiori problemi esistenti in territorio spagnolo riguardo all'inflizione di torture o trattamenti disumani e degradanti, il cui controllo è stato ad esso attribuito, essendo stato insignito dalle Corti generali come Meccanismo Nazionale di Prevenzione della Tortura (MSN)[396].

---

[395] Fino al 2013, le relazioni monografiche elaborate dal *Defensor del Pueblo* sono state 32, di cui quelle relative ai bambini sono: nel 1991 (*Menores y centros asistenciales y de internamiento*); 1997 (*Seguridad y prevención de accidentes en áreas infantiles)*; 2000 (*violencia escolar: maltrato entre iguales en la educación segundaria obligatoria*); 2002 *(Primer año de vigencia de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*); 2003 (*Escolarización del alumnado emigrante en España); 2007 (Violencia escolar: evolución entre 1999-2006*); 2009(*Centro de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social*); 2010 (*Contenidos de la televisión y de Internet: la opinión de los menores sobre la protección de sus derechos*); 2011 (*La presencia de los valores democráticos en el proceso educativo*); 2011 (*Menores o adultos. Procedimientos para la determinación de la edad*); 2012 (*La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles*) Vedasi la pagina web del Defensor del Pueblo: http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/index.html_319159481.html consultata in data 27 agosto 2013.

[396] Con L.O. 1/2009 del 3 novembre, si è modificata la L.O. 3/1981 del *Defensor del Pueblo* introducendo la *Disposición Final Única*, che stabilisce che «*El Defensor del Pueblo ejercerá las funciones del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura de conformidad con la Constitución, la presente Ley y el Protocolo facultativo de la Convención contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*», ciò che gli consente di effettuare visite nei luoghi di privazione di libertà, al fine di prevenire la pratica di tortura e tratti inumani o degradanti. Si veda anche il sito del *Defensor del Pueblo* http://www.defensordelpueblo.es/es/index.html; cfr. A. COLOMER VIADEL, *op. cit.*, p. 170 e ss.

Da ultimo, si menziona il fatto che il riconoscimento del ruolo rilevante degli *ombudsmen* spagnoli (in primo luogo il *Defensor* nazionale) nella difesa dei diritti umani si estende oltre i confini nazionali. Il *Defensor del Pueblo* è infatti membro della Rete europea degli *ombudsmen* ed è stato inoltre pienamente riconosciuto come Autorità conforme ai Princìpi di Parigi da parte del Comitato Internazionale di Coordinamento delle Istituzioni Nazionali dei Diritti Umani[397] (ICC). A conferma inoltre del suo ruolo rilevante in ambiti più settoriali, tra cui i temi dell'infanzia, il *Defensor del Pueblo* statale ha sviluppato una costante partecipazione trasmettendo le informazioni necessarie alla redazione dei rapporti periodici che la Spagna deve presentare al Comitato secondo quanto previsto dall'articolo 44 della Convenzione sui diritti del bambino. Non solo: essendo stato istituito e nominato effettivamente il titolare dell'istituzione con anteriorità rispetto alla Convenzione stessa (non dimentichiamo che il *Defensor del Pueblo* è previsto dalla Costituzione del 1978 e il primo titolare della carica fu nominato nel 1982), tale istituzione sostenne attivamente i lavori preparatori della Convenzione, grazie soprattutto ad una stabile collaborazione ed un continuo scambio d'informazioni con l'UNICEF già dal 1985, seguendo da vicino alcune tra le sessioni preparatorie e di dibattito più importanti, come quella di Erevan nel 1987. In tale sessione manifestò il suo appoggio per l'adozione e la promozione di una Convenzione sui diritti facenti capo ai fanciulli, tentando nel pieno esercizio delle sue competenze di garantirne l'osservanza in tutto il territorio spagnolo[398]. Da allora è stata avviata una stretta collaborazione con

[397] Attualmente tale Comitato, mediante il suo Sottocomitato di accreditamento delle istituzioni nazionali per i diritti umani, ha attribuito al *Defensor del Pueblo,* fino al 2017, la qualifica A, per il lavoro svolto per tutelare i diritti umani in Spagna, e che riflette l'adempimento da parte dell'Autorità dei requisiti stabiliti nei Principi di Parigi, tra cui il compimento di attività di supervisione, assistenza ai pubblici poteri, promozione e attuazione in materia di diritti umani. Le altre qualifiche che le Nazioni Unite attribuiscono alle istituzioni nazionali in tema di diritti umani sono B e C, nel caso in cui i Princìpi di Parigi siano rispettati parzialmente o per nulla. Per maggiori informazioni sul CIC e le qualifiche, G. RAMIREZ: *Las relaciones entre las instituciones nacionales de Derechos humanos y los órganos internacionales de derechos humanos*, in G. ESCOBAR ROCA *op. cit.*, p.586 e ss.. Per vedere il riconoscimento effettuato dal NICHR alla Spagna, si veda DEFENSOR DEL PUEBLO *El Defensor al día*, Revista, Madrid, 2013, n.86 p. 6, disponibile in:
http://www.defensordelpueblo.es/es/Prensa/Dia/Revistas/revista_jun_13.pdf; si veda anche il *report* del Sottocomitato adottato nella sessione d'esame a Ginevra tra il 19 e 23 novembre 2012, al sito ufficiale dell'ICC http://nhri.ohchr.org/EN/Pages/default.aspx. Il prossimo esame del Sottocomitato si svogerà a Ginevra tra il 18 e il 22 novembre 2013.

[398] Per maggiori approfondimenti, M. RETUERTO *La protección constitucional del menor a través del Defensor del Pueblo* in M. Á VERDUGO., V. SOLER-SALA (Eds.) *La Convención de los*

l'UNICEF, grazie anche alla creazione del corrispondente Comitato UNICEF spagnolo, tradottasi nella stipula di vari accordi di collaborazione: l'ultima discussione riguardo ad un possibile rinnovo dell'accordo tra il *Defensor del Pueblo* e l'UNICEF Spagna si è svolta nel gennaio 2013[399].

IV.3.3.-I Garanti delle singole Comunità Autonome. Il caso peculiare del *Defensor del Menor* di Madrid

Come già evidenziato all'inizio di questa sezione, al *Defensor del Pueblo* statale si affiancano figure similari stabilite a livello delle singole Comunità Autonome che svolgono un ruolo importante per la difesa, tra i vari diritti fondamentali, di quelli appartenenti a particolari collettivi, a maggior rischio di vulnerabilità. Lo svolgimento di tali funzioni specifiche è stato possibile grazie ad un'articolazione più dettagliata rispetto a quella statale del personale dell'Ufficio dei singoli *Defensores*, articolazione effettuata in ogni Comunità in modo differente. In linea generale, la possibilità di adozione da parte delle singole Comunità Autonome d'istituzioni poste a tutela dei diritti fondamentali, non è stata prevista in Costituzione, in cui solo si fa riferimento al *Defenso*r statale. L'autonomia organizzativa che l'articolo 148 della Norma Fondamentale riconosce alle singole Comunità, ha permesso comunque l'inclusione di tali *ombudsmen* nella maggior parte dei loro Statuti[400] e posteriormente l'adozione di leggi di sviluppo e regolamentazione del loro regime. In linea generale i requisiti, la nomina e la cessazione dall'incarico previsti per i *Defensores* delle Comunità sono molto simili alla normativa del *Defensor del Pueblo* statale, applicata in alcuni suoi articoli anche a livello *autonómico* grazie alla legge 36/1985 che disciplina i rapporti tra i vari *ombudsmen*. In tal modo anche i

---

derechos del Niño hacia el siglo XXI: Simposio Internacional celebrado en Salamanca del 1 al 14 de mayo de 1996 con motivo del Cincuentenario de la creación de la Unicef **,** Salamanca, Universidad de Salamanca, 1996, p. 409 e ss.

[399] Come può vedersi nel sito del *Defensor del Pueblo* http://www.defensordelpueblo.es/es/Prensa/Institucional/Reuniones/contenido_1359109721405.html.

[400] Ad eccezione di Castilla y León, che adottò la legge di sviluppo del 9 marzo 1994, n.2 dell'*Ombudsman* locale prima della sua inclusione nello Statuto, ciò che richiese una riforma di quest'ultimo. Asturias, Castilla la Mancha e Murcia hanno disposto la figura del *Defensor* unicamente a livello legislativo e non statutario, cosa che ha permesso più agilmente la soppressione di tali figure in tempi recenti. Si veda l'analisi dettagliata della creazione dei *Defensores* in L. DÍEZ BUESO, *op. cit.*, p. 33 e ss.

Defensores delle varie Comunità si vedono definiti come «*Altos Comisionados de los Parlamentos autonómicos*», nonostante si caratterizzino come quello statale per l'autonomia funzionale, in quanto non sottomessi a mandato imperativo e relazionandosi con i vari organi legislativi attraverso le Relazioni, annuali e non. Riguardo ai requisiti per la nomina, si aggiunge un ulteriore elemento rispetto a ciò che si prevede a livello statale, in quanto viene richiesta la condizione politica di appartenenza alla Comunità Autonoma in cui dovrà ricoprirsi l'incarico; la funzione basica continua ad essere la difesa dei diritti fondamentali (potendosi però, come si è visto, svincolare il controllo delle Amministrazioni da una lesione effettiva dei diritti del Titolo I), ma viene svolta in modo leggermente differente. La facoltà per i *Defensores* di raccomandare riforme alla normativa esistente, colmare vuoti normativi o modificare i criteri interpretativi viene prevista dalle varie leggi delle Comunità Autonome in maniera più ampia rispetto a quella statale, potendosi svincolare dalla necessità di essere orientata ad una miglior garanzia dei diritti fondamentali, per poter provvedere semplicemente a rendere più coerente il sistema[401]. Inoltre, dato che la CE attribuisce la legittimazione a ricorrere in *amparo* o a presentare una questione di legittimità costituzionale al solo *Defensor* statale, l'unica facoltà che hanno gli altri *ombudsmen* in tale campo è di rivolgersi al *Defensor del Pueblo* per segnalare una possibile illegittimità costituzionale (non la necessità di ricorrere in *amparo*, stando alle previsioni delle leggi delle varie Comunità).

Infine occorre sottolineare come i Garanti del livello *autonómico* abbiano agito molto più del *Defensor del Pueblo* come Autorità intermediaria tra i singoli e i pubblici poteri, svolgendo un'effettiva funzione mediatrice[402].

Ad ogni modo, ciò che rileva maggiormente a livello delle Comunità Autonome è la maggior specializzazione nella difesa dei diritti di particolari collettivi, che ha implicato la creazione di figure particolari. Delle diciassette Comunità di cui è composta la Spagna, bisogna prima fare presente che non tutte hanno adottato un *Defensor* a livello *autonómico*: Madrid ancora non lo prevede nel suo Statuto né in una legge della Comunità, mentre Cantabria, Extremadura e le Isole Baleari, nonostante la previsione effettiva (Extremadura grazie alla riforma con L.O. del 29

[401] In L DÍEZ BUESO, *op. cit.,* p. 175 e ss.
[402] *Ivi,* p. 179 e ss.

gennaio 2011, n.1, che lo incluse nell'articolo 48 del suo Statuto) non ne hanno ancora nominato uno. Murcia ha soppresso tale figura istituita nel 2008 con la recente legge del 27 dicembre 2012, n.14, analogamente a Castilla la Mancha con legge del 3 novembre 2011, n.12 e Asturias con legge del 21 giugno 2013, n.2.

Delle dieci rimanenti, non tutte dedicano particolare attenzione al tema dei minori: La Rioja, Castilla y León, Galicia[403], Comunidad Valenciana e Canarias non prevedono nessun organo o personale specializzato nella difesa dell'infanzia e dell'adolescenza (Canarias prevede solo all'articolo 11, comma 4 della legge del 31 luglio 2001, n.7 la delega ad un Ausiliario del *Diputado Común* della funzione di tutela delle persone anziane). Nelle altre Comunità il tema dell'infanzia e dell'adolescenza viene sviluppato con maggiore attenzione, sebbene con intensità differenti. Il *Justicia* di Aragón prevede unicamente nella propria pagina web[404] una sezione specifica destinata ai bambini, ma nella normativa non vi è menzione settoriale che implichi una maggior attenzione all'infanzia; l'*Ararteko* vasco, nonostante la mancanza di previsione di una normativa specifica, è attualmente affiancato da un Ausiliario la cui formazione giuridica è incentrata sui temi dei minori di età e, soprattutto, da un Ufficio dell'Infanzia e dell'Adolescenza creato con il nuovo *Reglamento de organización y funcionamiento de la institución del Ararteko* del 2010. Catalunya prevede invece nella legge del 23 dicembre 2009, n.24, oltre alla menzione della particolare attenzione che deve prestare il *Sindic* riguardo alla difesa dei diritti dei bambini (articolo 4, comma 1) la creazione nel suo Ufficio di un Ausiliario incaricato della tutela dei bambini e degli adolescenti[405]. Infine Navarra[406]

403 Fino al 13 settembre 2011 in Galicia la difesa dei minori veniva attribuita a uno degli Ausiliari del *Valedor do Pobo*, per espressa previsione dell'art. 9 della legge *gallega* del 9 giugno 1997, n.3 *de la Familia, de la Infancia y de la Adolescencia*, che introdusse la specializzazione di uno dei *Vicevaledores* nel tema infanzia e adolescenza. Con l'entrata in vigore della legge del 30 giugno 2011, n.3, *de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia* , l'art. 44 prevede ora unicamente che nell'investigazione di segnalazioni relative ai minori il *Valedor do Pobo potrà* delegare la competenza ad un Ausiliario. Il nuovo dettato normativo implica pertanto l'assenza di precettiva specializzazione come prevedeva il sistema anteriore.

404 http://www.eljusticiadearagon.com/index.php?zona=reglamento_0.

405 L'art. 17 della legge 24/2009 prevede tale Ausiliario alla lettera *b)*; le sue funzioni si vedono stabilite nell'art. 20, ed implicano l'assistenza al *Sindic* nella protezione dei diritti dei bambini e degli adolescenti previsti nella Convenzione del 1989 e nella normativa su tali temi, così come l'attuazione delle funzioni in materia d'infanzia delegategli dal *Síndic*.

406 Navarra all'art. 14 della *ley foral* del 5 dicembre 2005, n.15, *de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia.*

e Andalucía[407] racchiudono nella stessa persona del *Defensor autonòmico* quella del *Defensor del Menor*[408].

L'assenza di attenzione specifica verso i minori (sia nello stesso *Defensor del Pueblo*, che in altri organi ausiliari), non implica ovviamente la mancanza di protezione di tale collettivo, in quanto i diritti dell'infanzia rientrano ugualmente nella gamma dei diritti fondamentali ma, questo sì, una minore efficacia nella loro difesa e forse una minor consapevolezza da parte dei bambini stessi dell'esistenza di qualcuno che possa tutelarli. D'altro canto è particolarmente curioso che le uniche istituzioni specifiche, svincolate dal *Defensor del Pueblo* (suscettibili di essere assimilate ai vari Garanti regionali italiani) abbiano avuto breve esistenza nell'ordinamento spagnolo a causa della crisi economica. Il riferimento va alla *Defensoría para la infancia y la Adolescencia* del País Vasco istituita dall'articolo 96 della legge del 18 febbraio 2005, n.3 e soppressa quattro anni dopo con legge del 23 dicembre 2009, n.3 e, soprattutto, al *Defensor del Menor* di Madrid, per l'importanza del lavoro svolto da parte di tale istituzione fino alla sua soppressione. Una rapida analisi, soprattutto delle Relazioni pubblicate da parte del *Defensor del Menor madrileño* farà maggiore chiarezza sulle affermazioni effettuate.

Il *Defensor del Menor* viene istituito dalla legge dell' 8 luglio 1996, n.5 come *Alto Comisionado de la Asamblea de Madrid* per la difesa dei diritti dei bambini, bambine e adolescenti della Comunità di Madrid. Le caratteristiche, i requisiti del titolare della carica, nomina e cessazione sono ispirati alla disciplina del *Defensor del Pueblo*, a cui si fa riferimento nel Preambolo della legge 5/1996. Anche per quest'istituzione quindi, la definizione di *Alto comisionado* dell'organo legislativo non implica una dipendenza funzionale, né mandato imperativo. L'indipendenza del *Defensor del Menor* viene prevista dalla legge del 1996 in un modo ancor più

[407] Andalucía dopo la riforma ad opera della Disposizione Addizionale Prima della legge del 20 aprile1998, n.1 aveva modificato l'art. 8, co. 1 della LDPA introducendo la figura del *Defensor del Menor* de Andalucía tra i suoi Ausiliari. La riforma con legge dell'11 dicembre 2001, n.11 modificó ulteriormente il primo comma dell'articolo 8 della *Ley del Defensor del Pueblo Andaluz* (LDPA) stabilendo che «*El Defensor del Pueblo Andaluz estará auxiliado por cuatro Adjuntías en las que podrá delegar sus funciones y entre las que designará a quien le auxilie en el ejercicio de las funciones que le corresponden como Defensor del Menor de Andalucía*». L'ultima riforma con legge del 21 settembre 2012, n.3 ha semplicemente ridotto il numero degli Ausiliari da quattro a tre. Per vedere le varie riforme fino al 2001, A. ANGUITA SUSI *op. cit.*, p. 70 e ss.

[408] Analoga previsione rispetto a quella andalusa esisteva nella legge del 20 dicembre 2001, n.16 del *Defensor del Pueblo* di Castilla la Mancha fino alla soppressione del *Defensor* nel 2011. In http://www.defensorclm.com/menor_introduccion.php.html#.

accentuato rispetto a quanto stabilito nella legge del *Defensor del Pueblo* in favore di quest'ultimo, dovuto al fatto che nella prima vengono riconosciuti poteri più invasivi nell'attività dell'organo legislativo.

Analogamente al *Defensor del Pueblo*, per garantire i diritti dei minori riconosciuti in primo luogo nella Convenzione ONU 1989, il *Defensor del Menor* può supervisionare l'attività delle Amministrazioni pubbliche e delle entità private svolgenti incarichi relativi all'infanzia e all'adolescenza, investigando d'ufficio o in seguito ad una segnalazione, così come promuovere e svolgere un'attività di sensibilizzazione sui diritti dei minori, nonché proporre riforme di regolamenti e leggi. In quest'ultimo caso, le funzioni previste dall'articolo 3 della legge 5/1996 devono interpretarsi congiuntamente al suo articolo 34, che prevede un rapporto più stretto e continuativo sia con l'Assemblea legislativa che con le Amministrazioni di Madrid, in quanto dispone:

«*el mantenimiento de un atento seguimiento de cuantos trabajos legislativos efectúe la Asamblea de Madrid, así como de los de carácter normativo que desarrollen las Administraciones de la Comunidad, a fin de velar por el correcto tratamiento de los derechos de los menores, proponiendo cuantas correcciones y reformas estime necesarias para garantizar la adecuada defensa y desarrollo de éstos*».

Uno scambio d'informazione costante e, per questo, più efficace in quanto permette di prevenire l'adozione di norme inadeguate rispetto al livello di tutela richiesto dalle esigenze del momento.

Come per tutti i *Defensores*, anche per il *madrileño* un ruolo importante è rivestito dall'esercizio della funzione informativa verso l'organo legislativo, che si traduce nella presentazione delle Relazioni. Tra le varie redatte dal *Defensor del Menor*, è sembrato opportuno soffermarsi specialmente sulla Relazione dell'anno 2005, in cui sono stati delineati alcuni problemi poi inquadrati anche a livello statale, ai fini di vedere quali siano state le soluzioni proposte e quali i risultati ottenuti attraverso l'attuazione di quanto consigliato dal *Defensor*.

Già nel 2005, nella settima sezione della Relazione in cui vengono raccolte raccomandazioni, suggerimenti e sollecitazioni a far fronte ai doveri normativi, il *Defensor del Menor* s'interessava alla problematica dello sfruttamento sessuale

minorile, formulando una proposta[409] al Procuratore Generale dello Stato al fine di istituire unità specializzate in delitti informatici ed una Commissione interdipartimentale per la navigazione sicura in Internet al fine di proteggere i più piccoli dalle insidie della rete, dirigendo tale ultima proposta[410] alla Segreteria dello Stato in tema di Telecomunicazioni e della Società dell'Informazione nonché al Ministero dell'Industria, Turismo e Commercio. Tale ultima raccomandazione fu formulata dopo la firma di un accordo tra lo stesso *Defensor del Menor*[411] e i fornitori più importanti di Internet, per avanzare nel campo della lotta alla pornografia infantile. La stipulazione di questi accordi risulta particolarmente importante in quanto, anche se limitatamente alla comunità di Madrid, costituisce un primo avanzamento rispetto ad una maggior attenzione per una navigazione sicura nella rete e prevenire in tal modo la commissione di reati in danno di minori, come auspicato anche dal Comitato sui diritti del fanciullo[412].

In tema di raccomandazioni formulate rispetto alla possibile adozione di misure normative, vi è quella per regolare i maltrattamenti, da approvare a livello statale[413].

Lo svolgimento di attività di sensibilizzazione e promozione dei diritti dell'infanzia si è tradotto nella partecipazione nel 2005 da parte del *Defensor del Menor* ad alcuni convegni di particolare importanza: un corso organizzato congiuntamente dal Comune di Madrid e la Polizia Municipale relativo alla violenza familiare, una Tavola Rotonda sul turismo sessuale organizzata da IUNDIA e il *Consejo General del Poder Judicial*, e una conferenza sui minori stranieri e le situazioni di abbandono. L'elemento più rilevante del 2005 è stata però la partecipazione del *Defensor del Menor* all'incontro annuale dell'ENOC tenutosi tra il il 21 e il 23 settembre[414].

Sfortunatamente, la crisi economica ha richiesto tagli necessari alla spesa pubblica che hanno implicato la soppressione di molte istituzioni, tra cui alcune di quelle dirette alla salvaguardia dei diritti fondamentali: alcuni Garanti del livello *autonómico*, una riduzione del personale negli Uffici di questi ultimi e, nella

[409] MADRID, DEFENSOR DEL MENOR, *Informe anual 2005*, 2006, p. 420.
[410] *Ivi*, p. 421 y ss.
[411] *Ivi*, p. 468
[412] COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding…Spain,* 2010, cit., p. 6.
[413] MADRID, DEFENSOR DEL MENOR *nforme...*cit., p. 472
[414] *Ivi*, p. 496.

Comunità di Madrid, il *Defensor del Menor*, con legge del 12 giugno 2012, n.3, attribuendo al già esistente Istituto del Minore e della Famiglia le funzioni di promozione dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. Le segnalazioni pendenti verranno trasmesse al *Defensor del Pueblo*.

Venuta meno la figura del *Defensor del Menor,* restano oggi come membri dell'ENOC, la cui struttura è stata oggetto di analisi nel capitolo anteriore, il *Defensor del Menor andaluz*, l'Ausiliario del *Sindic de Greuges* catalano, in quanto rappresentante effettivo dei minori in Cataluña, e il *Valedor do Pobo gallego*. Per tal motivo si può affermare che la Spagna si colloca assieme agli altri Paesi europei la cui partecipazione è unicamente a livello regionale, non esistendo un *Defensor del Menor* a livello statale. Il *Defensor del Pueblo* nazionale fa parte invece della Rete Europea degli *ombudsmen*. Dei tre membri regionali, solo il *Defensor del Menor* dell'Andalucía partecipa come membro associato, in quanto non soddisfa tutti i requisiti che lo Statuto dell'ENOC prevede, requisiti a cui rispondono invece Cataluña e Galicia[415] che per tale ragione partecipano come *full members* .

IV.3.4.-Valutazioni in tema di benessere infantile: la memoria dell'UNICEF España e le Relazioni monografiche dei *Defensores*

Come precedentemente affermato, l'attività d'informazione da parte degli *ombudsmen* svolge un ruolo chiave, non solo perché permette il mantenimento di un dialogo costante informando sul lavoro portato a termine, ma anche perché attraverso le Relazioni presentate vengono messi in evidenza i cambiamenti della realtà in maniera obiettiva, incentrando l'attenzione su quei problemi che di volta in volta richiedono l'adozione di misure più efficaci ed urgenti. Essendo i *Defensores* istituzioni più radicate nell'ordinamento rispetto al Garante italiano, dovuto alla più recente instaurazione di quest'ultimo, le Relazioni che finora sono state presentate da parte dei primi sono frutto dello svolgimento di un lavoro già avviato e permettono di prendere coscienza su varie questioni.

[415] Galicia perlomeno fino al 2011. Vedi anche nota 403. Il *Valedor do Pobo* di Galicia è stato riconosciuto come membro a pieno titolo dell'ENOC nel 2008, durante lo svolgimento del Congresso annuale del 2-6 settembre a Dublino. Tale notizia è stata pubblicata nella pagina istituzionale del *Valedor do Pobo* : http://www.valedordopobo.com/index.php?s=2&i=139

Attraverso l'analisi di alcune Relazioni, sia annuali che monografiche del *Defensor del Pueblo*, degli *ombudsmen* delle Comunità Autonome e del *Defensor del Menor* di Madrid, è possibile trovare un filo conduttore di ciò che in ogni momento preoccupa maggiormente. È attraverso la lettura di tali Relazioni che ad esempio si è evidenziato come il *Defensor del Menor* di Madrid abbia lavorato molto sul tema della pedopornografia e sui pericoli della rete, a cui si affianca il lavoro svolto dal *Valedor do Pobo* gallego del 2008, consistente in una guida diretta ai minori per orientarli verso una navigazione sicura in Internet[416].

Negli ultimi tempi le tematiche infantili che maggiormente preoccupano sono cambiate rispetto ad epoche anteriori. Nonostante la costante attenzione e le attività svolte rispetto allo sfruttamento sessuale minorile, dalle ultime Relazioni emergono infatti altri due problemi che oggi sono oggetto di preoccupazione: la condizione dei bambini e il loro trattamento in situazioni di rischio e di abbandono, soprattutto nei casi che siano minori stranieri non accompagnati, e il fenomeno della crisi economica, che si ripercuote negativamente anche sui bambini.

La prima di tali problematiche viene analizzata da vari *Defensores*: in ambito generale, rispetto a cosa implichino le situazioni di rischio ed abbandono e quali siano gli istituti giuridici con cui farvi fronte, sono molto utili le analisi effettuate nelle Relazioni monografiche del *Defensor del Pueblo* del 2009[417], del *Ararteko Vasco* del 2011[418] e una pubblicazione della *Comunitat Valenciana* in occasione dello svolgimento di un seminario del 2004 sulla protezione dell'infanzia[419]. In tali Relazioni viene menzionata la normativa di riferimento, tra cui a livello nazionale spiccano la L.O. dell'11 novembre 1987, n.21 *de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción* e la L.O. 1/1996, mediante le quali sono stati riformati gli istituti di tutela e affidamento previsti dall'articolo 172

[416] Disponiblie in Internet in http://www.valedordopobo.com/index.php?s=2&i=116&l=es.
[417] DEFENSOR DEL PUEBLO *Informe sobre centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social*, Madrid, 2009.
[418] EUSKADI, ARARTEKO, *Arrisku egoera berezietan dauden adingabeak aratekoaren txosten berezia Eusko Legebiltzarrarentzat = Infancias vulnerables: informe extraordinario de la institución del Ararteko al Parlamento Vasco***,** Vitoria - Gasteiz, 2011 (www.ararteko.net).
[419] M. L. SAEZ TEJERINA, *La protección a la infancia en España y en las Comunidades Autónomas*, Cuartas Jornadas sobre *Infancia, Redes de Formación e investigación para la promoción de los derechos de la Infancia*, Valencia, 21 de septiembre - 23 de noviembre de 2004 (http://www.uam.mx/cdi/eventos/jornadas_4.html).

del CC a garanzia dei minori di età, adattandoli maggiormente all'interesse superiore del bambino[420]. Non potendo analizzare a fondo l'intera problematica in quanto particolarmente vasta, si cercherà nel presente lavoro di mettere in rilievo i caratteri più importanti, tra cui rientrano le definizioni di "rischio" e di "abbandono" richiamate dall'articolo 172 CC e le conseguenze che comportano. La situazione di rischio implica che il minore si trova in uno stato di carenza di protezione, meno grave dello stato di abbandono e che richiede l'intervento delle Amministrazioni per fornire le prestazioni sociali necessarie, senza che sia opportuno allontanarlo dal suo nucleo familiare. La potestà genitoriale o la tutela si mantengono in capo ai rappresentanti legali del minorenne, potendo però attribuirsi volontariamente all'Amministrazione la sua custodia nei casi di maggiori difficoltà.

La situazione di abbandono implica invece una più grave carenza di protezione del minore: una volta dichiarata dall'Amministrazione competente comporta la perdita della potestà genitoriale o della tutela facente capo ai rappresentanti legali, con la corrispondente costituzione automatica della tutela a favore dell'Amministrazione[421]. Grazie alle previsioni degli articoli 148 e 149 CE con cui sono state incrementate le competenze delle singole Comunità Autonome, anche in tema d'infanzia gli interventi maggiori devono essere effettuati da parte di esse, dovendo lo Stato elaborare unicamente la normativa basica: ciò implica che le entità pubbliche incaricate di fornire protezione al minore a cui fa riferimento l'articolo 172 CC siano quelle delle Comunità[422], giustificando in tal modo perché è a livello *autonómico* e non statale che sono state create delle figure più specifiche relative ai minori all'interno delle singole istituzioni a difesa dei diritti fondamentali.

Nel caso sia della tutela che della custodia volontariamente attribuita ai pubblici poteri, differenti sono gli strumenti giuridici con cui fare fronte alla situazione del minore: l'Amministrazione può infatti darlo in affidamento, familiare o in centri residenziali, effettuando le opportune supervisioni, in quanto giuridicamente

[420] EUSKADI, ARARTEKO, *Situación de los menores extranjeros no acompañados en la CAPV: informe extraordinario de la situación del Ararteko al Parlamento Vasco*, Vitoria-Gasteiz, 2005 (www.ararteko.net), p. 38; M. L. SAEZ TEJERINA, *op. cit*, p. 3; DEFENSOR DEL PUEBLO *Informe sobre centros de protección*, p. 46 e ss.

[421] M. L. SAEZ TEJERINA, *op. cit.*, p. 4 e ss.

[422] Nel País Vasco la competenza specialmente in tema di politiche sociali relative ai minori in difficoltà si ripartisce in maniera peculiare, essendo competenti ad occuparsi delle situazioni di pericolo meno gravi i Comuni, e di quelle più gravi e di abbandono le Deputazioni forali. Si veda EUSKADI, ARARTEKO, *Arrisku egoera*, cit., p. 54.

responsabile. Nel caso d'impossibilità di reintegrazione del minore nel nucleo familiare originario, ne verrà disposta l'adozione[423].

La rapida esposizione ora effettuata per delineare un quadro generale delle situazioni di mancanza di protezione in cui possano versare i minori di età è suscettibile di essere applicata a vari contesti, tra cui quelli di minori con problemi comportamentali e di minori stranieri non accompagnati. Le peculiarità di entrambe le situazioni vengono esposte nelle Relazioni menzionate anteriormente in cui, grazie alle opportune investigazioni, informazioni e visite nei centri di affidamento, si è cercato di mettere in rilievo gli aspetti che richiedono misure più urgenti di adeguamento.

Relativamente ai bambini con problemi di comportamento o condotte antisociali[424], il *Defensor del Pueblo* espone nella propria Relazione i risultati ottenuti dalle visite ai centri in cui questi siano ospitati riguardo a struttura, formazione del personale, organizzazione interna e possibilità di ascolto garantite ai minori. Ciò che il *Defensor* evidenzia è che, nonostante l'esistenza di una normativa quadro a livello statale e a livello *autonómico* (regolatrici queste ultime in via generale del funzionamento dei centri operativi nel territorio della Comunità), manca una disciplina specifica sui centri ospitanti minori con particolari problemi, aggravata dall'assenza nelle singole strutture di adeguati regolamenti di organizzazione interna, regime disciplinare e misure di protezione suscettibili di essere adottate in caso di situazioni di crisi o episodi di violenza da parte dei minori accolti[425].

La situazione evidenziata dal *Defensor* verrà inoltre affermata da parte del Comitato sui diritti del fanciullo nelle Osservazioni conclusive del 2010, in cui richiede alle Autorità spagnole di adottare misure necessarie e più incisive per minori con problemi comportamentali, tra cui la permanenza in centri di recupero unicamente come ultima opzione e per i tempi strettamente necessari, favorendo in primo luogo la loro sostituzione con idonei programmi rieducativi che tengano in considerazione le esigenze del minore, e che gli permettano di permanere in famiglia.

---

[423] DEFENSOR DEL PUEBLO *Informe sobre centros...*cit., p. 64 e ss.

[424] *Ivi*,p.58. La Relazione utilizza anche un'altra denominazione, «*dificultad social*», per definire tale categoria di minori, evidenziando la maggiore attenzione che i pubblici poteri devono prestare a tali soggetti, definendoli come «*aquellos que por su situación de grave inadaptación pudieran encontrarse en riesgo de causar perjuicios a sí mismos o a terceros*».

[425] *Ivi*, p. 192-193.

I controlli effettuati dal *Defensor*, in attesa dello specifico organo di monitoraggio di cui il Comitato raccomanda l'adozione[426], risulta utile per valutare le condizioni attuali dei vari centri.

Ancor più preoccupante è la situazione dei minori stranieri: rispetto a tale categoria di fanciulli, oltre alla già analizzata CRC e alle raccomandazioni del Comitato infanzia già esaminate[427], una risoluzione del Consiglio dell'Unione Europea[428] vincola gli Stati membri, nel caso vi siano nel proprio territorio minori stranieri non accompagnati, nazionali di Paesi terzi rispetto all'Unione, che «*indipendentemente dalla propria situazione giuridica, i minori non accompagnati dovrebbero aver diritto alla protezione necessaria e alle attenzioni e cure di base conformemente alla legislazione nazionale»*. Riguardo a quest'ultima, oltre alla L.O. 1/1996, applicabile a «*todos los menores que se encuentren en territorio español»*, le leggi più importanti sono la L.O. 4/2000 *de extranjería* (LOEX), riformata dalla L.O. dell'11 dicembre 2009, n.2 *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* (nel caso di minori provenienti da Paesi terzi o privi di documenti), e il RD 178/2003 (se comunitari)[429]. Ad esse deve inoltre affiancarsi la *ley* del 30 ottobre 2009, n.12 in tema di diritto di asilo.

Il primo problema che si presenta in relazione ai minori stranieri non accompagnati è la determinazione effettiva dell'età, non esistendo una disciplina esaustiva ed unitaria su come svolgere il procedimento, sul tipo di personale qualificato tenuto ad affiancare il *Ministerio Fiscal* nella determinazione dell'età e sulle garanzie che in ogni caso devono essere osservate. La mancanza di una regolamentazione esaustiva viene espressa nella Relazione monografica del 2011 del *Defensor del Pueblo*. Dopo le raccomandazioni effettuate dall'*Ararteko* Vasco nel 2005 sulla carenza di norme omogenee e complete in tale ambito, il *Defensor del Pueblo* interviene in un momento posteriore, dopo l'entrata in vigore del RD del 20

[426]Per i minori con problemi comportamentali, COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *Concluding…Spain,*2010, cit., p. 8, di cui viene evidenziato al punto *d)* la necessità di uno specifico organo di monitoraggio.
[427] Vedi *supra*, Cap. II, II.3.2.
[428] Risoluzione 97/C 221/03 del 26 giugno 1997 sui minori stranieri non accompagnati nazionali di paesi terzi, en *Diario Oficial n° C 221* de 19/07/1997 p. 0023 - 0027
[429]EUSKADI, ARARTEKO, *Situación*...cit., p. 38 e ss.

aprile 2011, n.557[430], denunciando come, nonostante l'avanzamento nella regolamentazione, vi sia ancora la necessità di approvare ulteriori strumenti giuridici: tra questi, un Protocollo quadro sui minori stranieri non accompagnati volto a coordinare le istituzioni intervenienti, così come un protocollo interistituzionale che favorisca uno scambio d'informazioni tra le istituzioni sulle perizie realizzate sulla stessa persona, in modo da creare una storia medica di essa ed evitare inutili ripetizioni di pratiche invasive[431]. Deve invece salutarsi con favore, e ciò viene evidenziato anche nelle Osservazioni conclusive del 2010, l'introduzione di un registro centrale dei minori non accompagnati presso la *Dirección General de la Policia*, con il RD del 30 dicembre 2004,n. 2393 dando seguito in tal modo alle raccomandazioni formulate nel 2002[432] .

Altri problemi si presentano nelle fasi del procedimento da effettuarsi per prestare assistenza al minore straniero. L'articolo 35 della LOEX prevede in primo luogo un'attuazione dell'Amministrazione statale (essendo competente lo Stato in materia di stranieri e immigrazione, a norma dell'articolo 149 CE), dovendosi questa mettere in contatto con le autorità diplomatiche del Paese di origine del minore al fine di valutare se, tenendo in conto il *best interest* di esso, sia più opportuno provvedere al ritorno in patria o mantenerlo in territorio spagnolo, assumendo l'Amministrazione competente la relativa tutela. In ogni caso, durante le varie fasi del procedimento dev'essere garantito al minore l'accesso alle misure di protezione necessarie, fin quando non vi sia il rimpatrio o l'assunzione della tutela da parte dell'Amministrazione competente (o delle entità investite della relativa tutela da parte di una risoluzione adottata dall'organo giudiziario), al fine di poter applicare le misure giuridiche stabilite nell'articolo 172 CC. Il mantenimento del minore in territorio spagnolo e la costituzione della relativa tutela non esclude peraltro che in caso di cambiamento delle circostanze concrete possa divenire più utile al suo interesse il successivo ritorno in patria. Nel caso che il minore resti in Spagna, occorrerà inoltre che l'Amministrazione a cui sia attribuita la tutela solleciti l'emanazione dell'autorizzazione di residenza. L'*Ararteko Vasco* segnala tra i vari

[430] *Real Decreto* 557/2011, *por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*..
[431] DEFENSOR DEL PUEBLO *Informe sobre Menores*, pp. 191-192.
[432] COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding, Spain,*2002, cit., p.11, par.45 e ss; Id. *Concluding, Spain,* 2010, cit., p. 11, par. 59, dove tale decreto è menzionato favorevolmente.

problemi il notevole ritardo da parte dell'Amministrazione nell'assumere la tutela, giustificando il fatto per il dubbio circa la minore età del soggetto interessato, e nell'avviare il procedimento necessario per ottenere l'autorizzazione di residenza.

Infine i centri in cui vengono accolti i minori stranieri (soluzione anch'essa criticata, in quanto molto più sviluppata rispetto ad un possibile affidamento familiare, quest'ultimo notevolmente più utile al minore per entrare in contatto con la realtà spagnola)[433], vengono denunciati per la mancanza di adozione di misure necessarie per adeguarsi alla realtà del minore, mancando sia progetti educativi personalizzati, sia personale qualificato[434].

Un ulteriore problema che viene analizzato, non riguardante unicamente i bambini, è quello dell'attuale crisi economica, che genera situazioni di povertà, anche infantile, con il rischio di serie ripercussioni psicologiche sui minori. L'esistenza della crisi economica dipende da molti fattori: nelle proprie Relazioni[435], specialmente nelle monografiche del *Defensor del Pueblo* statale si è cercato di limitarne gli effetti raccomandando una riforma dell'attuale legislazione sui debiti garantiti da ipoteca e del sistema di assegnazione degli alloggi popolari, per l'innumerevole incremento di cittadini senza casa.

Le ripercussioni specifiche che tali avvenimenti implicano sui più piccoli è stata oggetto di trattazione nelle ultime Relazioni del *Defensor* dell'Andalucìa e del *Defensor del Menor* di Madrid. L'*Ombudsman autonómico andaluz* segnala come la diffusione della crisi, implicante perdita di lavoro, di risorse economiche e beni materiali, fino all'abitazione, abbia generato conseguenze dirette sui minori, tra cui una maggior aggressività come reazione al fatto di essere stati privati del tenore di vita anteriore, che si traduce in maltrattamenti nei confronti dei genitori[436], una più ampia emarginazione sociale, e, ovviamente, la progressiva privazione di beni di prima necessità. Nel suo più recente Commento generale n.17, il Comitato infanzia sottolinea inoltre che i bambini in particolari situazioni di povertà rischino

---

[433] Vedi COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding, Spain*,2010, cit., p.11, par. 60 *i)*.
[434] EUSKADI, ARARTEKO, *Arrisku*, cit., p. 135 e ss.
[435] DEFENSOR DEL PUEBLO *Informe sobre crisis económica y deudores hipotecarios. Actualización,* Madrid, 2013, p. 19 e ss; Id. *Informe sobre un estudio Viviendas Protegidas Vacías*, Madrid, 2013.
[436] ANDALUCÍA, DEFENSOR DEL MENOR *Informe al Parlamento 2012*, Sevilla, 2013, p. 234 e ss.

maggiormente di non poter godere di un diritto fondamentale per sviluppare le proprie capacità e attitudini, qual è il diritto al gioco, garantito dall'articolo 31 della Convenzione 1989[437].

Le conseguenze della crisi si ripercuotono anche indirettamente sulle famiglie, dovuto al fatto che si è verificata una progressiva riduzione della soglia di prestazioni sociali erogate da parte delle Amministrazioni[438], come dimostra una memoria dell'UNICEF Spagna del 2013, contribuendo quindi ad incrementare la difficoltà nel sanare i debiti e la probabilità di perdita della casa; tali vicende possono implicare inoltre la produzione di situazioni di carenza di protezione infantile, fino a giungere nei casi più gravi alla dichiarazione dello stato di abbandono, correlativo allontanamento dal nucleo familiare originario con la rispettiva tutela creata in favore dell'Amministrazione e aumento in ogni caso della spesa pubblica per adempiere agli obblighi derivanti dalla tutela.[439] La stessa allerta sull'accrescimento della povertà anche infantile viene denunciata dall'*Ararteko* vasco[440] e dal *Defensor del Menor di Madrid* nel 2011[441], nonché dal Comitato sui diritti del fanciullo[442].

Per far fronte alla situazione, il *Defensor* dell'Andalucía espone nella propria Relazione le possibili misure adottabili. Rispetto a quelle volte a limitare direttamente il pignoramento della casa, specialmente per inadempimento delle obbligazioni contratte con le banche e garantite da ipoteca, il *Defensor* richiede l'adozione di riforme più generali da parte dei pubblici poteri, in quanto gli ultimi

[437] COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment No. 17*, cit., p.15, par. 49.
[438] La memoria 2012-2013 dell'UNICEF Spagna enumera tra i vari tagli in aiuti economici e di altro genere effettuati dalle Comunità Autonome quelli catalani, essendosi ridotta del 74,6% la quantità di spesa destinata a nuclei familiari con bambini, o in Extremadura, che è passata da un ammontare di 6600 euro a 1200 euro come sussidio erogabile per sostenere i genitori durante il primo anno di vita del bambino. Maggiori dettagli in GONZÀLEZ BUENO G., BELLO A., ARIAS M., *La infancia en España 2012-2013. El impacto de la crisis en los niños*, Madrid, UNICEF ESPAÑA 2013. (www.unicef.es), p. 15 e ss.
[439] ANDALUCÍA, DEFENSOR DEL MENOR *Informe 2012, cit.*, p. 235; p.269 e ss.
[440] EUSKADI, ARARTEKO, *Arrisku*, cit., p. 337.
[441] MADRID, DEFENSOR DEL MENOR, *Informe anual 2011*, 2012, p. 6738 e ss.
[442] Cfr. COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding, Spain*,2010, cit., p. 7, par. 40, in cui si richiede « T*he State party intensify its efforts to render appropriate assistance to parents and legal guardians in the performance of their child-rearing responsibilities, in particular for families in crisis situations due to poverty, absence of adequate housing or separation. It further recommends to the State party to ensure that needs of all children are met and take all necessary measures to ensure that no group of children lives below the poverty line. The Committee further recommends that the State party strengthen the system of family benefits and child allowances supporting parents and children in general and providing extra support for families such as single-parent families, and families with many children and/or with unemployed parents*».

decreti adottati per arginare la crisi non possono considerarsi adeguati, per essere applicabili ad un numero ristretto di soggetti. Ciò è dovuto ai requisiti particolarmente rigidi in essi stabiliti. Il Piano Statale di Fomento della locazione di immobili ad uso abitativo, del restauro degli edifici, e della rigenerazione e rinnovazione urbana (2013-2016) varato con RD del 5 aprile 2013, n.233, è maggiormente apprezzato dal *Defensor*, sempre che, almeno in territorio *andaluz*, venga supportato da una normativa *autónomica* che preveda tra i collettivi che possano beneficiarne i nuclei familiari con prole minore di età[443].

In tema di spesa pubblica, due sono le raccomandazioni effettuate: favorire un'azione congiunta e coordinata tra le varie Amministrazioni operanti al fine di evitare reiterazioni e sprechi e tener presente, dandovi adeguato seguito, le raccomandazioni internazionali, tra cui le Osservazioni conclusive del 2010[444], in cui si richiede il mantenimento necessario tra le voci di bilancio delle spese a favore di politiche dell'infanzia, dovendosi anzi adottare un Piano permanente della Famiglia.

Ciò che ora è necessario non è uscire dalla crisi per investire in politiche sociali, ma cambiare la mentalità: i giovani sono il futuro e se non si effettuano ora investimenti a lungo termine che permettano di formare nuove generazioni istruite e consapevoli, si produrrà la perdita della prima risorsa utile ad uscire dalla situazione economica in cui si versa attualmente.

[443] ANDALUCÍA, DEFENSOR DEL MENOR *Informe 2012*, *cit.*, p. 277.

[444] Cfr. COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding*, *Spain*,2010, cit., p. 3, par.14-16. Si menziona la necessità da parte dello Stato spagnolo di adottare e proseguire nell'elaborazione di un Piano strategico nazionale dell'Infanzia e dell'Adolescenza, includendo risorse necessarie, non solo economiche, e di definire più chiaramente gli obiettivi e i mezzi attraverso i quali si rende effettiva la partecipazione dei minori stessi nell'elaborazione del Piano. Dall'altro lato si richiede che nell'elaborazione dei bilanci a tutti i livelli, il tema infanzia ne orienti il contenuto, dovendosi in ogni caso salvaguardare le voci di spesa relative ad essa, anche nel caso in cui fosse necessario effettuare dei tagli alle spese, dovendo la tematica infantile mantenersi costante, anche in tempi di crisi.

Conclusioni

Il percorso intrapreso in questo lavoro non è un tema semplice, come apparentemente può sembrare. Le questioni e i problemi da affrontare quando si ha a che fare con ciò che concerne i bambini sono tuttora numerosi e variabili per una pluralità di ragioni, a partire dai soggetti che si considerano inclusi nel concetto di fanciullo. Si è visto[445] che la Convenzione del 1989 fa riferimento al bambino identificandolo con la persona fisica avente meno di diciott'anni di età; lascia d'altro canto in mano ai singoli Stati parti la possibilità di attribuire un significato più ampio al concetto, includendovi anche il concepito, per tutelare in tal modo le più remote forme di vita. Indipendentemente da tale inclusione, si ha comunque la percezione di un discorso piuttosto ampio: non è lo stesso affrontare i disagi che possono affliggere un bambino in tenera età da quelli di un adolescente, né pertanto delinearne le soluzioni più opportune. Vengono quindi a crearsi una serie di obblighi particolarmente consistenti facenti capo agli Stati, che devono adottare gli strumenti necessari per far fronte ai vari problemi che colpiscono il "bambino" nei suoi vari stadi evolutivi. Tali obblighi si creano non solo in capo agli Stati parti della Convenzione sui diritti del fanciullo, ma a tutti i soggetti di diritto internazionale aventi personalità giuridica *primaria* e *piena*[446].

Ciò deriva dal fatto che il tema infantile ha natura trasversale, richiamando in tale affermazione due concezioni differenti, che si è tentato di evidenziare nel presente lavoro.

In una prima accezione, la trasversalità diviene sinonimo di multisettorialità: i diritti che fanno capo ai bambini, e i problemi che specularmente derivano dalla loro violazione, investono infatti una serie ampia di tematiche. I primi due capitoli della tesi, relativi al piano internazionale, sono stati utili per far emergere tale considerazione. Da un lato hanno evidenziato gli strumenti oggi esistenti posti a tutela dei bambini; dall'altro, l'esposizione della pluralità degli organi e Carte internazionali destinati a fornire maggior protezione ai fanciulli evidenzia l'ampiezza dei temi relazionati con l'infanzia e l'adolescenza, sia perché strettamente inerenti

[445] *Supra*, Cap. II, II.2.1.
[446] REMIRO BROTÓNS A. [*et al.*], *op. cit.*, p. 68.

alla fase della vita anteriore al raggiungimento dell'età adulta, sia perché i bambini si inseriscono in quel più ampio nucleo di soggetti afflitti dal problema in questione. Nella presente tesi sono stati menzionati il lavoro minorile, lo sfruttamento sessuale e il coinvolgimento dei bambini nei conflitti armati. Ma anche il tema della salute, l'appartenenza a minoranze etniche, la condizione delle donne e, quindi, delle bambine, si aggiungono, tra le molte altre esistenti, alle numerosissime tematiche che si traducono in modo più o meno preponderante in situazioni di disagio infantile.

La Convenzione sui diritti del fanciullo costituisce solo uno degli innumerevoli strumenti di diritto internazionale pattizio che tentano di attribuire protezione al minore da tali situazioni. Alcuni di tali ulteriori strumenti sono stati per tale motivo menzionati, seppur brevemente, in questo lavoro. Ciononostante non deve dimenticarsi il ruolo di primo piano della CRC, per aver creato un corpo omogeneo, unitario e più chiaro di diritti facenti capo a quell'individuo, il bambino, che può dirsi ora un vero soggetto di diritto. La possibile entrata in vigore del terzo Protocollo opzionale completerebbe tale concezione, permettendo al minore stesso di far valere in prima persona i suoi diritti davanti al Comitato infanzia; il mio auspicio è pertanto che vi sia il pronto raggiungimento del numero di ratifiche minimo affinché entri in vigore. Per tale ragione si saluta favorevolmente la campagna per la ratifica universale della Convenzione e i suoi Protocolli[447]promossa dai due Rappresentanti speciali del Segretario generale ONU contro la violenza e il coinvolgimento dei bambini nei conflitti armati.

La trasversalità intesa come pluralità di settori e diritti riguardanti i bambini, emerge inoltre dalle missioni tematiche del Consiglio: anche qui, oltre a quella esaminata, ve ne sono ulteriori che riguardano i bambini, o perché specificamente relazionate con essi, o perché i bambini risultano inseriti in un nucleo più ampio di soggetti afflitti.

D'altra parte la missione tematica contro la vendita, prostituzione e pornografia minorile permette di evidenziare l'altra accezione del concetto di trasversalità: dalle Relazioni dello *Special Rapporteur* emerge infatti come il problema oggetto del mandato esiste non solo nei Paesi in via di sviluppo, ma anche in altri più industrializzati.

[447] In http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=27482#.UmuhunDIY50.

Gli ultimi due capitoli dedicati a due Paesi occidentali, appartenenti all'Unione europea e situati tra i ventinove economicamente più sviluppati, hanno tentato di evidenziare tale seconda accezione di trasversalità, apportando un quadro più ampio e maggiormente conforme alla realtà sull'effettiva situazione dei bambini in tutto il mondo. Se è vero che oggi, come affermato già nell'introduzione di questo lavoro, sussistono ancora grandi differenze di opportunità e speranze di vita per un bambino che nasca in due parti del globo distinte, è altrettanto vero che la nascita in un Paese economicamente sviluppato non implica in maniera inequivocabile una condizione di benessere. Una concezione realista e veritiera richiede quindi di tenere a mente che, sebbene vi siano in linea generale percentuali di speranze di vita e soddisfazione delle esigenze primarie più elevate che nei Paesi in via di sviluppo, deve d'altro canto criticarsi un approccio eccessivamente superficiale. Oggigiorno si riscontra una tendenza a rifuggire dalla considerazione che anche nei Paesi più sviluppati si debba far fronte ad una serie di problematiche che, benché avvengano ad un livello e ad un grado meno evidente che in altre realtà, sono comunque esistenti.

Un *report*[448] dell'UNICEF del 2013 può a tale proposito considerarsi utile: delinea la condizione dell'infanzia e dell'adolescenza nei 29 Paesi economicamente più sviluppati, riportando la posizione di ogni Stato secondo il criterio generale di benessere infantile e successivamente in singoli aspetti (benessere materiale, salute e sicurezza, educazione, condotte e situazioni di rischio, casa e ambiente). I due Paesi trattati nella presente tesi si collocano nella metà inferiore della classifica generale, risultando la Spagna il diciannovesimo Paese per benessere infantile e l'Italia il ventiduesimo. Relativamente alle singole voci, deve invece riscontrarsi che i problemi maggiori riguardano le condizioni di benessere materiale[449] e la questione

[448] OFICINA DE INVESTIGACIÓN DE UNICEF *Bienestar infantil en los países ricos: un panorama comparativo*, *Report Card nº 11*, Florencia, 2013.

[449] *Ivi*, p. 5. A sua volta suddiviso in: privazione monetaria (tasso di povertà infantile relativa e breccia di povertà infantile relativa) e privazione materiale (tasso di privazione infantile e tasso di potere acquisitivo familiare)..

educativa e d'istruzione[450], in cui le posizioni occupate sono notevolmente più basse, rasentando gli ultimi posti in classifica[451].

Può quindi considerarsi utile sviluppare un lavoro incentrato sulle problematiche a noi più vicine e sui vari strumenti adottati per farvi fronte: questi, ovviamente, costituiscono l'attuazione interna di quelle prescrizioni internazionali a cui i due Paesi si sono vincolati. Tra le varie misure interne, particolarmente interessante è stata l'introduzione in entrambi gli ordinamenti delle due Autorità Garanti, una a livello settoriale, il Garante Infanzia e Adolescenza italiano, l'altra a livello dei vari diritti umani, il *Defensor del Pueblo*, statale e *autonómico.* Il carattere di recente insediamento nell'ordinamento italiano di un'Autorità a livello nazionale a tutela dell'Infanzia e dell'Adolescenza ha impedito di effettuare un pieno confronto delle attività e degli esiti perseguiti rispetto al *Defensor* spagnolo. È stato però possibile rilevare i tratti comuni nella struttura organizzativa e nelle funzioni delle due Autorità, votate specialmente a rafforzare il dialogo e la comunicazione tra i vari soggetti dediti a dispensare protezione ai minori.

Tre considerazioni personali sono comunque possibili valutando il ruolo dei due *Ombudsmen*: il Garante nazionale italiano nasce come naturale evoluzione dei Garanti regionali per assicurare un livello più omogeneo di protezione in favore dei bambini, superando le disparità di trattamento riscontrabili a livello delle singole Regioni. L'evoluzione spagnola avviene in modo inverso: da un livello centrale e protettore in modo pluralista dei vari diritti fondamentali, si giunge in seguito al livello *autonómico,* con le Autorità regionali prestanti un'attenzione più settoriale per alcuni collettivi specifici. Ciò può generare quella disparità di trattamento debellate a livello italiano: a livello centrale, la pluralità di diritti che il *Defensor del Pueblo* è tenuto a salvaguardare può implicare minori possibilità per i bambini di far valere i propri, sia per la difficoltà di accedere direttamente al sistema di segnalazioni, sia per la mancanza di avvio d'investigazioni d'ufficio su situazioni infantili. Anche se la

[450] *Ibidem.* Suddiviso in: partecipazione (Tasso di partecipazione: educazione della prima infanzia - educazione superiore 15-19 anni- tasso NEET: %15-19 anni non studente né lavoratore) e rendimento (media del punteggio P.I.S.A. in lettura, matematica e scienze).

[451] *Ivi,* p.2. In tema di benessere materiale, l'Italia occupa la ventitreesima posizione, mentre la Spagna la ventiquattro. In tema di educazione, le posizioni sono rispettivamente il ventiseiesimo e il venticinquesimo posto.

lesione dei diritti fondamentali è suscettibile di essere avviata d'ufficio, una competenza eccessivamente vasta può determinare che alcune gravi situazioni in cui versano i minori sfuggano al controllo del *Defensor*, e non vengano adeguatamente segnalate alle Autorità competenti. Il tentativo di rimediare a livello delle singole Comunità Autonome implica un possibile incremento di protezione nelle Comunità che abbiano maggiormente sviluppato un interesse per le problematiche dell'infanzia e adolescenza, ma una disparità di trattamento tra le varie zone.

La seconda considerazione sta nel fatto che al *Defensor* sono attribuiti poteri più circoscritti rispetto al Garante italiano: nonostante la loro pienezza in caso di provenienza della possibile lesione dei diritti fondamentali dalle Amministrazioni, il *Defensor* non può dar seguito a lesioni che non sconfinano dall'ambito privato. Per l'entità dei problemi facenti capo all'infanzia, occorrerebbe anche in Spagna l'opportuna creazione di un Garante settoriale a livello nazionale, che può tradursi anche nell'attenzione più specifica per l'infanzia e l'adolescenza nella figura del *Defensor del Pueblo* stesso, come è avvenuto per la prevenzione della tortura.

Infine, è opportuno fare un'ultima, conclusiva considerazione personale, già accennata nell'esaminare le due istituzioni nazionali, sulla modalità con cui i due Paesi in questione stanno affrontando il problema dei bambini, che rispecchia quella tendenza a minimizzare l'entità e la gravità della questione. Tale attitudine si riscontra nel fatto che il tema dell'infanzia e dell'adolescenza non riceve ancora da parte dei pubblici poteri quel rilievo e margine in tema di spesa pubblica opportuno: ciò si traduce non solo nella scarsità di voci di bilancio ordinariamente destinate ai bambini, ma anche nel fatto che, in tempi di crisi economica, manchi quella lungimiranza necessaria che permetta di concepire il mantenimento, se non il rafforzamento, delle misure poste a tutela delle generazioni future, mettendone in tal modo a repentaglio lo sviluppo e l'avvenire. Tale tendenza si riscontra in entrambi gli ordinamenti esaminati: ne sono l'esempio il *Defensor del Menor* di Madrid, i vari *ombudsmen* delle Comunità Autonome o le istituzioni poste specificamente a tutela dei più piccoli, prime vittime della crisi, alla pari di alcuni esempi italiani (vedasi il Friuli Venezia Giulia per le vicende del suo Garante regionale, ma anche Piemonte e Lombardia, a rischio di abrogazione delle leggi istitutive dei rispettivi Garanti) e le scarse risorse destinate al Garante nazionale.

Ciò porta quindi a riflettere su un punto particolare: che quell'accezione di "minore" per cui a lungo si è lottato, sostituendola con il più benevolo termine di "bambino" o "fanciullo", non sia solo una questione stilistica, ma racchiuda una vera e propria battaglia per sradicare un concetto d'inferiorità o scarsità di rilievo che viene ancora oggi destinato ad alcuni soggetti.

Síntesis

El objetivo de este trabajo es el de analizar el sistema de protección de los menores de edad actualmente existente, tanto desde el punto de vista internacional como desde la perspectiva de los ordenamientos internos de dos Estados geográfica y culturalmente unidos, con la finalidad de comprobar los pasos dados por Italia y España para acomodar su Derecho nacional a las obligaciones internacionales contraídas en materia de protección de la infancia.

Antes de exponer la evolución experimentada por los dos ordenamientos estatales, es conveniente efectuar un análisis de los medios de protección internacional existentes para la defensa de los menores, los instrumentos de derecho internacional convencional y los órganos e instituciones que revisten una particular importancia en este tema.

El primer capítulo de la tesis se ocupa de estas cuestiones mediante un análisis de la labor desarrollada por tres órganos de las Naciones Unidas: la Asamblea General, el Consejo de Derechos Humanos (sucesor de la antigua Comisión para los Derechos Humanos) y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). La acción para la infancia y la adolescencia llevada a cabo por la Asamblea General es consecuencia del cumplimiento de la función de promoción indiscriminada de los derechos humanos que le fue encomendada en la Carta de San Francisco (arts. 13 letra *b)*, 55 *c)* y 60) y se ha traducido en actuaciones de diferente carácter. En primer lugar, la Asamblea General desempeña un papel de control de la actividad llevada a cabo por los órganos destinados a la verificación del control del cumplimiento de las diferentes Convenciones sobre protección de los derechos humanos. Entre los órganos de control del cumplimiento creados por los tratados, el más importante para la presente tesis es el Comité de los Derechos del Niño. En segundo lugar, el órgano plenario de las Naciones Unidas apuesta por la promoción de la protección de los derechos humanos, entre los cuales los otorgados a los niños, mediante la adopción de documentos y resoluciones de naturaleza diferente. Entre éstos cabe destacar el documento, adoptado en su sesión extraordinaria de 2002, que reafirma los objetivos en materia de infancia establecidos anteriormente con ocasión del S*ummit* Mundial del 1990 celebrado en favor de los niños. Otras resoluciones de la AGNU enumeran

derechos que requieren una actuación rápida por parte de los Estados miembros. Finalmente, la labor de la Asamblea en materia de derechos humanos se traduce también en el nombramiento de órganos destinados a desempeñar un papel activo en la salvaguarda de los derechos de los menores de edad: el Alto Comisionado para los Derechos Humanos, el Consejo de los Derechos Humanos y UNICEF. La Asamblea General ha contribuido también al nombramiento de los dos Representantes Especiales del Secretario General de las Naciones Unidas, pues fue ella la que recomendó su elección. Actualmente los dos Representantes Especiales (uno para la cuestión de los niños en los conflictos armados y otro sobre la violencia contra los niños) han visto renovado su mandato.

El Consejo de los Derechos Humanos, órgano subsidiario de la Asamblea General, tiene encomendada la salvaguarda de dichos derechos. Una tarea que puede llevar a cabo utilizando diferentes mecanismos de control, algunos heredados de la antigua Comisión de Derechos Humanos. Los mecanismos utilizados por el Consejo se concretan en los procedimientos especiales o procedimientos públicos (resolución 1235 del ECOSOC, repartidos en mandátos por País y mandatos temáticos), el procedimiento confidencial (regulado por la resolución 1503) y la revisión periódica universal. Entre los procedimientos especiales, el mandato por país implica el nombramiento de un *relator especial* o de un experto para evaluar la condición de los derechos humanos en un Estado determinado, mientras que el mandato temático se utiliza para evaluar la situación de derechos específicos, en una zona más o menos amplia. El procedimiento confidencial, activado por medio de quejas de sujetos lesionados en sus derechos o que tengan conocimiento directo de dicha lesión, implica una mayor discrecionalidad del Consejo para llevar a cabo las investigaciones oportunas. Por último, a través del nuevo mecanismo de revisión periódica universal, el Consejo efectúa un control del cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados miembros de las Naciones Unidas.

Entre estos mecanismos, cabe destacar el mandato temático sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, iniciado por la Comisión y que ha sido continuado por el Consejo, que ha puesto de manifiesto que el problema de la explotación sexual infantil es una realidad en todos los países del mundo y no sólo en los menos desarrollados.

El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia desempeña desde su fundación en 1946 un papel fundamental para defender los derechos de la infancia y de la adolescencia. Aunque en sus orígenes el Fondo estaba destinado a ayudar a los países destruidos por la guerra, en la actualidad su amparo se extiende a todos los que necesitan un apoyo para su desarrollo económico y social, otorgando asistencia a los niños y a mujeres embarazadas. A partir de la Declaración sobre los Derechos del Niño de 1959, UNICEF se convierte en portavoz de todos los derechos reconocidos en favor de los niños, llevando a cabo acciones diferentes que reflejan los ocho objetivos establecidos en la Declaración del Milenio. Para llevar a cabo dichas actividades UNICEF goza del apoyo de 36 Comités nacionales, establecidos en los Estados más desarrollados que se ocupan de promocionar el conocimiento de los derechos de la infancia y la adolescencia, la ratificación de la Convención sobre los derechos del niño y de los Protocolos opcionales, de conseguir los recursos necesarios para que UNICEF pueda llevar a cabo su misión, y que ejercen una función importante en el Estado al que pertenecen mediante el establecimiento de convenios y protocolos con las autoridades nacionales destinados a proteger de forma eficaz los derechos de los niños en los países más desarrollados y a afrontar los problemas existentes.

Entre los instrumentos internacionales de derecho convencional destaca la Convención del 1989 sobre los Derechos del Niño que desempeña un papel fundamental en la promoción de éste como un verdadero sujeto de derecho. El menor es reconocido no ya como un sujeto débil necesitado de especial protección, sino como un verdadero sujeto capaz de ejercer por sí mismo determinados derechos. El capítulo segundo del trabajo está destinado al análisis de esta Convención en el que, después de una alusión a la normativa internacional anterior a la Convención, se hace referencia al proceso de su elaboración en la Comisión de Derechos Humanos que concluyó el 20 de noviembre de 1989 con la adopción por la AGNU de la resolución 44/25 con la que la Convención se abrió a la firma de los Estados. Dicha Convención entró en vigor el 2 de septiembre de 1990.

La Convención, que en alguna de sus disposiciones presenta una redacción excesivamente ambigua y general como consecuencia de la búsqueda de un consenso capaz de satisfacer a todos los negociadores, sólo vincula a los Estados que la han

ratificado que, en ocasiones, han acompañado sus instrumentos de manifestación del consentimiento de reservas destinadas a excluir o modificar el contenido de determinadas disposiciones del tratado. De entre ellas, las más problemáticas y discutidas han sido las denominadas *reservas generales* formuladas por Estados islámicos cuya retirada pide el Comité de los Derechos del Niño.

La Convención fue completada en el año 2000 con dos Protocolos dirigidos a otorgar mayor protección a los menores que se encuentran en situaciones que los convierten en seres especialmente vulnerables: los conflictos armados y las situaciones relacionadas con la venta, prostitución y pornografía infantil. Dichos Protocolos entraron en vigor en 2002. En 2011 se adoptó un tercer Protocolo sobre un sistema de comunicaciones más articuladas al Comité de los Derechos del Niño que aún no ha entrado en vigor.

La exposición continúa con el análisis de los derechos reconocidos a todos los menores de edad, recogidos en los artículos 1 a 41 de la Convención. Entre estos artículos cabe destacar aquellos que recogen la esencia de este instrumento normativo: el principio de no discriminación (art. 2), el interés superior del niño (art. 3), el derecho a la vida, a la salud y al desarrollo (art. 6) y el derecho a ser oído en cualquier situación en que se vean implicados los intereses del niño (art. 12).

Los artículos 42-54 desarrollan las últimas dos partes de la Convención, una relativa a regular el funcionamiento y las competencias otorgadas al órgano de control de la Convención, el Comité sobre los derechos del Niño, y la otra sobre la entrada en vigor, las reservas y denuncias que los Estados pueden formular a la Convención misma. Entre las dos últimas partes, la más importante es sin duda la que regula el Comité, a través del cual es posible efectuar un control de la actuación y recepción por los Estados partes de los derechos que emanan de la Convención. Este control se desarrolla utilizando un procedimiento desarrollado en cuatro fases y a través de las cuales se establece un diálogo con el Estado examinado. Dicho procedimiento se concluye con la formulación por el Comité de unas Observaciones finales al Estado en cuestión, en las que se expresan los progresos conseguidos y las situaciones infantiles en las que, según el Comité, el Estado todavía carece de las medidas adecuadas.

El Comité no actúa sólo a través de este procedimiento sino que, siendo el mayor intérprete de la Convención y de los Protocolos, puede llevar a cabo también un trabajo interpretativo y explicativo del alcance de los derechos más importantes, formulando Observaciones generales (diecisiete han sido adoptadas hasta ahora) y organizando jornadas de discusión y estudios sobre los temas que generan mayor preocupación.

Las Observaciones finales a los Estados, a las que se ha hecho referencia con anterioridad, permiten evaluar el nivel de recepción nacional de la protección del niño y de sus derechos. En el trabajo se analizan las dirigidas a Italia y España. En ambos casos el Comité ha manifestado su aprobación respecto de la ampliación de las obligaciones internacionales asumidas por estos, pero también ha manifestado su malestar por la falta de aceptación por España e Italia de la Convención sobre la protección de los derechos de los trabajadores migrantes y de sus familias.

La preocupación del Comité en relación con estos dos países se centra en el tema de la salud (sobre todo en tema de trastornos y depresiones, embarazos de adolescentes y consumo muy temprano de drogas y alcohol) y la falta de una aplicación homogénea y adecuada de los principios que rigen la Convención, en especial el de no discriminación y el derecho a ser oído. Preocupa, además, la situación de pobreza que puede llevar a otros problemas, como el enfrentamiento de los menores con situaciones de riesgo y desamparo, el alejamiento del núcleo familiar de origen y la colocación del menor en nuevos núcleos familiares o, a menudo, en centros de acogida. Otra de las cuestiones que interesan al Comité está relacionada con la existencia de menores extranjeros no acompañados, algunos de los cuales susceptibles de verse calificados como verdaderos refugiados. En ambos ordenamientos se necesita una normativa más desarrollada y homogénea para hacer frente a los problemas que padecen estos niños. La situación de los menores extranjeros ha sido analizada tanto por las autoridades italianas como españolas en una tentativa de solucionar el problema poniendo sobre el tapete los ámbitos en los que se necesita mayor intervención de los poderes públicos. Por último, otro problema que afecta a los dos Estados es la situación de abusos, sobre todo de naturaleza sexual, y la explotación sexual con fines comerciales que padecen los

niños. La urgencia de resolver el problema se tradujo, en las últimas décadas, en la elaboración de reformas de la regulación penal.

Los capítulos tercero y cuarto, que analizan el sistema italiano y el español, empiezan con la exposición de la acción del legislador para adecuar el ordenamiento interno a las obligaciones internacionales. La normativa internacional inspiradora de dichas reformas (en España la última se hizo en 2010 y en Italia en 2012) está muy articulada y se encuentra, sobre todo, en los artículos 19, 34 y 39 de la Convención de 1989, de los que el primero vio aclarado su alcance gracias a las Observaciones Generales n.13 del Comité, en el Protocolo Opcional sobre la venta, prostitución infantil y utilización de los niños en la pornografía y en Declaraciones adoptadas como consecuencia de las tres Cumbres Mundiales para combatir la explotación sexual infantil con fines comerciales.

La normativa del Consejo de Europa y de la Unión Europea desempeñan también un papel fundamental. A nivel del Consejo las más importantes son sin duda el Convenio contra la cibercriminalidad y, sobre todo, el Convenio de Lanzarote *para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual*, en vigor desde 2010. Este último ha sido la principal fuente de inspiración de la reforma italiana llevada a cabo por la ley 172/2012. En ámbito de la Unión Europea destacan tanto la Decisión marco 2004/68 JAI, inspiradora de la reforma de 2010 española y ahora sustituida por la directiva 2011/92 UE *sobre la lucha contra el abuso, explotación sexual y utilización de los niños en la pornografía*, como la Decisión marco 2001/220 JAI, sustituida por la Directiva 2012/29 UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

Inspirándose en estas normativas, tanto el legislador italiano como el español reformaron su sistema penal. En tema de prostitución, empleo de menores en la elaboración de material y espectáculos pornográficos, se ampliaron en ambos sistemas las conductas punibles. Con la reforma de 2012 en Italia se aclaró el alcance de la punibilidad del cliente de prostitutas menores de edad y se ha introducido la de quien asista a espectáculos pornográficos que utilicen niños. La punibilidad del cliente de prostitutas menores de edad fue introducida en España en 2010. Una regulación más adecuada fue establecida también para el turismo sexual. Falta

todavía incorporar el tipo penal relacionado con el espectador de exhibiciones pornográficas con niños.

En tema de delitos de violencia y abusos sexuales sobre menores, en Italia se ampliaron los sujetos activos punibles en determinadas circunstancias, así como se introdujo la punibilidad de nuevas conductas. En España la reforma consistió en la elaboración de un nuevo Capítulo, el II *bis*, del Título VIII, Libro II del Código Penal, donde ahora se regula la responsabilidad penal en el caso de delitos sexuales sobre menores de trece años.

De todos modos, tanto en Italia como en España las reformas comportaron el aumento de pena para todos los delitos mencionados. Además, en ambos ordenamientos se introdujo, aunque con un alcance diferente, el delito de captación de menores, en especial a través de los medios de comunicación (*grooming)*, de conformidad al Convenio de Lanzarote.

En el sistema actual, tanto la legislación penal italiana como la española reconocen la responsabilidad de las personas jurídicas en el caso que concurrieran determinadas circunstancias y el autor cometiera determinados tipos de delitos, en los que se incluyen los que atenten contra la indemnidad sexual del menor.

También se han efectuado reformas en materia de medidas de seguridad y penas accesorias aplicables a los condenados por delitos sexuales: posible privación de la patria potestad (introducida en ambos países), sometimiento a tratamientos psicológicos y restricción al acceso a trabajos que impliquen el contacto con menores de edad (en Italia), y libertad vigilada posterior a la reclusión (en España).

Finalmente, las reformas enmendaron también algunos artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. A pesar de que en Italia se haya establecido un conjunto articulado de garantías para oír al menor víctima o testigo en un proceso penal, falta, tanto en el sistema italiano como en el español, la introducción de la previsión existente en la normativa internacional y europea que requiere una formación obligatoria y específica en tema de menores a los profesionales que intervienen en el proceso.

La necesidad de ensanchar el conjunto de medidas para garantizar el derecho del menor de ser escuchado en los procesos penales sin ver afectados sus intereses, surge también de algunas resoluciones dictadas por los tribunales. No cabe olvidar el papel

relevante que en cualquier ordenamiento desempeñan los intérpretes del Derecho, sobre todo los órganos jurisdiccionales superiores, como son el Tribunal Supremo y la *Cassazione* italiana. Igualmente, un papel fundamental es el desarrollado por los Tribunales Constitucionales, encargados de proteger los preceptos de las Normas Fundamentales en todo el ordenamiento y respecto de todos los poderes.

Las sentencias examinadas a lo largo del trabajo aclaran esta afirmación. Las dos sentencias italianas de la *Corte Costituzionale* se relacionan con la sentencia 185/2012 del Tribunal Constitucional español. Las primeras declaran la inconstitucionalidad de dos disposiciones de un artículo del *codice penale*, teniendo en cuenta el principio del superior interés del menor relacionado con los derechos de éste a mantenerse lo más posible en su familia de origen. En las sentencias, la *Corte Costituzionale* se refiere expresamente a la Convención de 1989 para determinar el alcance de dichos derechos. La sentencia del Tribunal Constitucional español declara la inconstitucionalidad de una disposición del Código civil en el que se regula una institución de Derecho de Familia. La decisión del TC menciona el concepto del interés superior del menor, pero no utiliza la violación de las obligaciones internacionales, como ocurría en las dos sentencias de la *Corte Costituzionale*, para declarar la inconstitucionalidad. El Tribunal Constitucional español menciona en la misma sentencia el derecho del menor a ser oído. Este mismo derecho fue objeto de atención del decreto del *Tribunale di Varese* italiano en el que se pone de manifiesto que este principio fue introducido en el ordenamiento italiano, como verdadero derecho reconocido al niño, gracias a la ley de 2012. El decreto del *Tribunale* es importante ya que permite mencionar dicha ley y otras resoluciones de los jueces italianos sobre el mismo derecho.

Por el otro lado, las sentencias 174/2011 del Tribunal Constitucional y la 2287/2013 del Tribunal Supremo analizan un aspecto del derecho del menor a ser escuchado que necesita de mayores garantías para proteger su interés superior, y que se verifica en todos los casos en que el niño sea víctima o testigo en los procesos penales.

Finalmente, hay que mencionar dos Autoridades públicas creadas para otorgar mayor protección a los niños: la *Autorità Garante per l'Infanzia e per l'Adolescenza* y el Defensor del Pueblo. Cada una siguió un proceso particular de establecimiento;

el *Garante Infanzia* italiano es el resultado de una tentativa de crear una Autoridad dirigida exclusivamente a defender a los niños, y cuyo establecimiento en territorio italiano empezó a nivel regional, en 1988. Los resultados positivos y la necesidad de garantizar la misma atención y protección en todo el territorio estatal llegaron a traducirse en el nacimiento de una Autoridad nacional protectora de un particular colectivo, los niños. El *Garante* italiano fue creado en 2011 y empezó a desempeñar su cargo sólo en 2012.

El Defensor del Pueblo español, por lo contrario, es una institución presente en el sistema español desde hace mucho tiempo, y tuvo un proceso de establecimiento diferente respecto al *Garante* italiano. Se afirmó en el ordenamiento español como institución nacional, desde el 1978, en cuanto mencionado en la Constitución española, como *Alto Comisionado* de las Cortes Generales para la defensa de los derechos fundamentales contra los menoscabos actuados sobre todo por las Administraciones.

Ambas Autoridades destacan por su carácter de institución independiente, con facultad de recibir quejas relacionadas con lesiones de los derechos que cada Autoridad se encarga de defender; ambas ejercen también la función de establecer una línea de diálogo con los poderes públicos, especialmente a través de sus informes. Los del Defensor del Pueblo, y de manera especial los informes monográficos, constituyen un medio muy eficaz para la individuación de los problemas que en cada momento preocupan mayormente y que necesitan una acción màs eficaz de los poderes públicos.

La creación en España de defensores en las diferentes Comunidades Autónomas se produjo en un momento posterior. Por lo que respecta a Italia, la creación de una Autoridad protectora se produce en un primer tiempo a nivel estatal, y sólo después se establecen defensores autonómicos. Su creación se justifica por la necesidad, en primer lugar, de constituir autoridades más cercanas a la sociedad y con competencias más específicas para la defensa de los colectivos más débiles, entre los cuales caben los menores de edad. Una segunda razón es que a las Comunidades se han otorgado mayores competencias en tema social. No todos los territorios autonómicos han establecido o mantenido un defensor, ni la creación de una mayor especialización se ha realizado de la misma manera. En algunos casos se han

otorgado competencias específicas en tema de menores a uno de los adjuntos que asisten al defensor autonómico en el desempeño de su cargo.

Peculiar fue el caso de la Comunidad madrileña en la que se estableció en 1996 el Defensor del Menor como institución separada del defensor del Pueblo (aunque con competencias muy parecidas), para la defensa únicamente de los derechos de la infancia y de la adolescencia. Dicha institución fue objeto de desmantelamiento por razones de crisis económica y necesidad de recortar los gastos públicos, lo que pasó también a algunos defensores tanto autonómicos españoles como regionales italianos, mientras que el *Garante* nacional sigue con una particular escasez de recursos.

Todo esto lleva a hacer una última consideración, y es que todos los esfuerzos desempeñados a lo largo del tiempo para sustituir la palabra "menor" con el más suave "niño" cada vez que se hace referencia a la infancia y a la adolescencia, son fruto de una batalla no sólo de estilo sino de algo más profundo, orientado a arrancar de la sociedad una concepción de inferioridad y un trato de escasa relevancia que todavía sigue atribuyéndose a algunos sujetos.

Bibliografia

ALDECOA LUZÁRRAGA F.- FORNER DELAYGUA J.J. (Dirs), GONZÁLEZ BOU E.- GONZÁLEZ VIADA N. (Coords) *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales: jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los derechos del niño,* Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010.

ANGUITA SUSI A. *El defensor del pueblo andaluz y la tutela de los derechos fundamentales: medios, mecanismos y procedimiento* , Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006.

ARMENTA DEU T. *Lecciones de Derecho procesal penal,* 3ª ed., Madrid; Barcelona, Marcial Pons, 2007.

ASENCIO MELLADO J. M. *Derecho procesal penal,* 6ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

BALLARANI G. *Il diritto del minore a non essere ascoltato,* in *Dir. famiglia*, 2010, IV, 1807.

BIANCHI M – DELSIGNORE S. (a cura di) *I delitti di pedo-pornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico dei minori,* Padova, CEDAM, 2008.

BONDIA GARCÍA D. [*et al.*], VILLAGRASA ALCAIDE C. - RAVETLLAT BALLESTÉ I. (Coords.) *El desarrollo de la convención sobre los derechos del niño en España*, Barcelona, Bosch, 2006.

BOVA M. *[et al.]*, CARLETTI C. (a cura di) *Promozione, protezione ed attuazione dei diritti dei minori. Strumenti normativi, politiche e strategie a livello internazionale ed europeo*, Torino, Giappichelli, 2009.

BOVA M. *Il Consiglio Diritti umani nel sistema onusiano di promozione e protezione dei diritti umani : profili giuridici ed istituzionali,* Torino, Giappichelli, 2011.

CARBALLO ARMAS P. *El Defensor del Pueblo. El Ombudsman en España y en el derecho comparado*, Madrid, Tecnos, 2003.

CARPONI SCHITTAR D.- ROSSI R. *Perizia e consulenza in caso di abuso sessuale sui minori. Quesiti e soluzioni psicologico-forensi,* Milano, Giuffré Editore, 2012.

CAVALLO M. *Iniziative per stroncare il mercato dei bambini italiani e stranieri,* in *Dir. fam.*, 1992, III, 1218.

COLOMER VIADEL A. *El Defensor del pueblo, protector de los derechos y libertades y supervisor de las Administraciones Públicas*, Cizur Menor (Navarra), Civitas-Thomson Reuters, 2013.

CONFORTI B., FOCARELLI C., *Le Nazioni Unite*, 9ª ed., Padova, Cedam 2012.

COSTARELLI S. (a cura di) *Children of Minorities, Gypsies,* Innocenti-Insights, Firenze, UNICEF-ICDC, 1993- ed. it. COMITATO ITALIANO per l'UNICEF, Roma, UNICEF-ANICIA, 1994.

DANOVI F. *Il difensore del minore tra principi generali e tecniche del giusto processo,* in *Dir. fam.*, 2010, II, 243.

DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Los delitos de pornografía infantil. Aspectos penales, procesales y criminológicos,* Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011.

DEGANI P. *Traffico di persone, sfruttamento sessuale, diritti umani. Interpretazioni, monitoraggio e politiche di contrasto nell'azione della Comunità internazionale*, Padova, CLEUP, 2003.

DELL'ANTONIO A., *La partecipazione del minore alla sua tutela. Un diritto misconosciuto,* Milano, Giuffré Editore, 2001.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO J. (dir.) *Estudios sobre las Reformas del Còdigo Penal (operadas por la LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Cizur menor (Navarra), Aranzadi, S.A., 2011.

DÍEZ BUESO L. *Los Defensores del Pueblo (ombudsmen) de las Comunidades Autónomas,* Madrid, Secretaría General del Senado, 1999.

DOGLIOTTI M. *I diritti del minore e la Convenzione dell'ONU,* in *Dir. fam.*, 1992, I, 301.

DOSI G. *L'avvocato del minore nei procedimenti civili e penali*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2010.

ESCOBAR ROCA G. (Ed.) *La protecciòn de los derechos humanos por las Defensorìas del Pueblo: Actas del I Congreso internacional del PRADPI*, Madrid, Dykinson, 2013.

FAIRÉN GUILLÉN V. *El Defensor del Pueblo: Ombudsman,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982-1986, 2 vols.

FERNÁNDEZ TERUELO J. G., *Cibercrimen. Los delitos cometidos a travès de Internet: – estafas, distribuciòn de pornografia infantil, atentados contra la propiedad intelectual, daños informaticos, delitos contra la intimidad otros delitos en la Red-,* Oviedo, Constitutio Criminalis Carolina, 2007.

GARCÍA MORILLO J. *Las garantías de los derechos fundamentales (II). Las garantías jurisdiccionales* in LÓPEZ GUERRA, L. *[et al.], Derecho Constitucional, vol. I, El ordenamiento constitucional, derechos y deberes de los ciudadanos,* 8ª ed.,Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010.

HELFER M. *Sulla repressione della prostituzione e pornografia minorile. Ricerca Comparatistica.*, Padova, CEDAM, 2007.

KARUNATILLEKE K. *Le Fonds des Nations Unies pour l'enfance (F.I.S.E.-U.N.I.C.E.F.)*, Paris, Éditions A. Pedone, 1967.

MAFFEI M. C. *La tutela internazionale dei diritti del bambino* in PINESCHI L. (a cura di) *La tutela internazionale dei diritti umani : norme, garanzie, prassi*, Milano, Giuffrè, 2006.

MARCHESI A. *La protezione internazionale dei diritti umani. Nazioni Unite e organizzazioni regionali*, Milano, Franco Angeli, 2011.

MARANI S.- FRANCESCHETTI P. *I reati in materia sessuale,* Milano, Giuffrè, 2006.

MARCHISIO S. *L'ONU: il diritto delle Nazioni Unite*, (2ª ed.), Bologna, Il mulino, 2012.

MENCARELLI M., *I diritti del bambino nei documenti internazionali*, in AA.VV. *I diritti del bambino nelle "Carte" internazionali*, Brescia, Editrice La Scuola,1990.

MINNELLA C. *La tutela della famiglia e dei minori. Risarcimento, ordini di protezione, atti vessatori stalking,* Forlì, Experta, 2012.

MONTÓN GARCÍA M. *Derechos y garantías de los menores en el ámbito civil, su protección procesal en la Ley orgánica 1996 de 15 de enero,* Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2003.

MORANI G. *La tutela della prole nelle crisi familiari: soluzioni e rimedi dei patti internazionali e del sistema normativo interno,* in *Dir. fam.,* 2009, n.4, 1984.

MORILLAS FERNÁNDEZ D. L. *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especiales consideraciones de las modalidades comisivas relacionadas con Internet,* Madrid, Dykinson S.L., 2005.

MUÑOZ CONDE F. *Derecho Penal. Parte especial,*18ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010.

NASSIS C. *L'Ombudsman europeo e la Rete europea degli ombudsmen*. Tesi di Dottorato, Università degli studi Roma Tre, ciclo XXII.

NAZIONI UNITE *Convenzione sui diritti dell'infanzia,* Milano, Modern publishing house, 2007.

NAZIONI UNITE *L'ABC delle Nazioni Unite*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012.

PALAZZO A. *La riforma dello status di filiazione,* in *Riv. Dir. civ.,* 2013, n. 2, 245 .

PAOLOZZI G., *Vademecum per gli enti sotto processo*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2006

PECCIOLI A. *La riforma dei reati di prostituzione minorile e pedopornografia,* in *Dir. pen. processo,* 2013, n.2, 140.

PIZZEGHELLO S. *La repressione penale della pedofilia: profili comparatistici.* Tesi di Dottorato, Università degli Studi di Padova, ciclo XXI.

POMODORO L., GIANNINO P., AVALLONE P., *Manuale di diritto di famiglia e dei minori,* Torino, Utet Giuridica, 2009.

PORCHIA O. *Gli strumenti sovranazionali in materia di ascolto del minore,* in *Diritti umani e diritto internazionale,* 2012, n.6, 79.

REMIRO BROTÓNS A. *et al. Derecho internacional. Curso general*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010.

RIQUELME CORTADO R.M. *Las reservas a los tratados: lagunas y ambigüedades del Régimen de Viena*, Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, Murcia, 2004.

RODRÍGUEZ MESA M. J. *Explotación sexual y pornografía infantil. Un análisis de la regulación penal en España a la luz de los requerimientos internacionales y comunitarios* in ÁLVAREZ GARCÍA F. J. (Dir.), MANJÓN-CABEZA OLMEDA A.-VENTURA PÜSCHEL A. (Coords.) *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política criminal europea,* Valencia, Tirant Lo Blanch, 2009.

RUSSO C. *L'abuso sui minori dopo "Lanzarote" (l. 1 ottobre, 2012, n.172): in vigore dal 23 ottobre 2012: adescamento di minorenni, istigazione a commettere reati sessuali, prostituzione e pornografia minorile; nuova disciplina dell'"ignoranza dell'età della persona offesa"; trattamento psicologico dei condannati; audizione protetta del minore*, Milano, Giuffrè, 2012.

SALAMONE C. *Il* best interest *del minore e gli obblighi internazionali dell'Italia ex art. 117, co.1 della Costituzione* in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, n.2, 414 .

SPINA L. *Con l'istituzione del Garante cresce la percezione nella società dei minori quali soggetti di diritti* in Il Sole 24 Ore, Famiglia e Minori, 2011, n. 10, p. 8 (http://www.minoriefamiglia.it/download/spina-garante.pdf).

STRUMENDO L. *Il pubblico tutore dei minori nel Veneto: relazione sull'attività per l'anno 2006,* Venezia, , Ufficio di protezione e pubblica tutela dei minori, 2006.

STRUMENDO L. (a cura di) *Il Garante dell'Infanzia e dell'Adolescenza*: u*n sistema di garanzia nazionale nella prospettiva europea*, Milano, Guerini Studio, 2007.

STRUMENDO L. (a cura di) *Uno sguardo sul futuro per il Garante dell'Infanzia: bilanci e prospettive dell'esperienza del Pubblico Tutore dei minori del Veneto, Atti del Convegno del 21 giugno 2010, Aula Magna Palazzo del Bo, Università di Padova*, Marghera-Venezia, Ufficio di protezione e pubblica tutela dei minori, 2010.

STRUMENDO L., DE STEFANI P. *Il Garante dell'Infanzia e* dell'Adolescenza in LENTI L. (a cura di), *Volume 6. Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia,* 2ª ed., Milano, Giuffrè Editore, 2012, p. 257.

TADINI F., *I Diritti dell'Infanzia*, in AA.VV. *I diritti del bambino nelle "Carte" internazionali*, Brescia, Editrice La Scuola,1990.

TELEFONO AZZURRO *Il Garante per l'Infanzia in Europa. Nuovi strumenti per aiutare bambini e adolescenti. Conferenza Europea Bruxelles, Espace Moselle, 18-19 giugno 1999*, Milano : SOS Il telefono azzurro ,Uppsala, *1999.*

TRIBISONNA F. *Le modifiche al codice di procedura penale: regole processuali più severe per l'imputato e maggiore tutela del minore,* in *Dir. pen. processo*, 2013, n.3, 270 .

UFFICIO DEL PUBBLICO TUTORE DEI MINORI, *Il pubblico tutore dei minori del Veneto. Garante dei diritti dell' infanzia e dell'adolescenza: l'istituzione, le funzioni, le attività*, Padova, Università degli studi di Padova, Centro interdipartimentale di ricerca e servizi sui diritti della persona e dei popoli, 2006.

UNICEF, *El UNICEF y los derechos del niño*/ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, *[S.l.]*, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, *[S.d.]*.

UNICEF, CAPPELLINI A. - PAVAN S. (a cura di), *Le radici, il Domani. Riflessioni sulla Convenzione dei diritti del bambino. Atti del Convegno UNICEF/Provincia di Milano (27-28 maggio 1988)*, Milano, UNICOPLI, 1990.

UNICEF, CENTRO DI RICERCA INNOCENTI *Riforma Legislativa e attuazione della Convenzione sui diritti dell'infanzia,* Fondo delle Nazioni Unite per l'infanzia, Firenze, 2009.

VALLINI A. *Nuove norme a salvaguardia del minore, della sua libertà (integrità) sessuale e del minore nella "famiglia"* in *Dir. pen. processo*, 2013, n.2, 151.

VERDUGO M. Á., SOLER-SALA V. (Eds.) *La Convención de los derechos del Niño hacia el siglo XXI: Simposio Internacional celebrado en Salamanca del 1 al 14 de mayo de 1996 con motivo del Cincuentenario de la creación de la Unicef***,** Salamanca, Universidad de Salamanca, 1996.

Altri documenti

Relazioni, memorie, scritti non pubblicati

ANDALUCÍA, DEFENSOR DEL MENOR *Informe al Parlamento 2011*, Sevilla, 2012.

ANDALUCÍA, DEFENSOR DEL MENOR *Informe al Parlamento 2012*, Sevilla, 2013.

AUTORITÀ GARANTE PER L'INFANZIA E L'ADOLESCENZA *Bambini e adolescenti: affrontare il presente, costruire il futuro. Prima relazione al Parlamento*, Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza, Roma, 2012.

AUTORITÀ GARANTE PER L'INFANZIA E L'ADOLESCENZA *Crescere insieme ai bambini e agli adolescenti fa diventare grande l'Italia. Seconda relazione al Parlamento,* Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza, Roma, 2013.

BALDASSARRE L. *Il rafforzamento del sistema di garanzia dei diritti dei minorenni: l'iter per l'istituzione dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza,* versione non definitiva, n. p. , 2013.

BUIRETTE P. *Réflexions sur la Convention internationale des droits de l'enfant*, 1990
(http://rbdi.bruylant.be/public/modele/rbdi/content/files/RBDI%201990/RBDI%2019

90-1/Etudes/RBDI%201990.1%20-%20pp.%2054%20%C3%A0%2073%20-%20Patricia%20Buirette.pdf)

CENTRE FOR HUMAN RIGHTS *Professional training series n. 4. National Human Rights Institutions. A Handbook on the Establishment and Strengthening of National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights*, United Nations, New York and Geneva, 1995.

COMITATO ITALIANO UNICEF *Documento: un impegno per i diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza. Proposte per la XVI Legislatura*, Roma, 2008.

COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS *General Comment no. 13 (Twenty-first session, 1999). The right to education (article 13 of the Covenant)*, E/C.12/1999/10, 1999.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *General guidelines regarding the form and content of initial reports to be submitted by States Parties under article 44, paragraph 1(a), of the Convention* , CRC/C/5, 1991.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding Observations: Spain*, CRC/C/15/Add.28, 1994.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding Observations: Italy*, CRC/C/15/Add.41, 1995.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment No. 1*: *The aims of education*, CRC/GC/2001/1, 2001.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment No. 2: The role of independent human rights institutions*, CRC/GC/2002/2, 2002.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding Observations: Spain*, CRC/C/15/Add.185, 2002.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding Observations: Italy*, CRC/C/15/Add.198, 2003.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment No. 3: HIV/AIDS and the rights of the child*, CRC/GC/2003/1, 2003.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment No. 4: Adolescent Health*, CRC/GC/2003/4, 2003.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment No. 5: General measures of implementation for the Convention on the Rights of the Child*, CRC/GC/2003/5, 2003.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment No. 6: Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin*, CRC/GC/2005/6, 2005.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment No. 7: Implementing child rights in early childhood*, CRC/C/GC/7/Rev.1, 2005.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding Observations: Italy*, CRC/C/OPAC/ITA/CO/1, 2006.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding Observations: Italy*, CRC/C/OPSC/ITA/CO/1, 2006.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment No. 8: The right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment*, CRC/C/GC/8, 2006.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment No. 9: The rights of children with disabilities*, CRC/C/GC/9, 2006.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment No. 10: Children's rights in Juvenile Justice*, CRC/C/GC/10, 2007.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding Observations: Spain*, CRC/C/OPAC/ESP/CO/1, 2007.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding Observations: Spain*, CRC/C/OPSC/ESP/CO/1, 2007.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment No. 11: Indigenous children and their rights under the Convention*, CRC/C/GC/11, 2009.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment No. 12: The right of the child to be heard*, CRC/C/GC/12, 2009.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding Observations: Spain*, CRC/C/ESP/CO/3-4, 2010.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD *Concluding Observations: Italy*, CRC/C/ITA/CO/3-4, 2011.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment No. 13: The right of the child to freedom from all forms of violence*, CRC/C/GC/13, 2011.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment No. 14: The right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)*, CRC/C/GC/14, 2013.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment No. 15: The right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health (Article. 24)*, CRC/C/GC/15, 2013.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment No. 16: On State obligations regarding the impact of the business sector on children's rights*, CRC/C/GC/16, 2013.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment No. 17: The right of the child to rest, leisure, play, recreational activities, cultural life and the arts,* CRC/C/GC/17, *2013.*

DEFENSOR DEL PUEBLO *El Defensor al día,* Revista, 2013, n.85, Madrid, 2013.

DEFENSOR DEL PUEBLO *El Defensor al día,* Revista, 2013, n.86, Madrid, 2013.

DEFENSOR DEL PUEBLO *Informe sobre seguridad y prevención de accidentes en áreas de juegos infantiles*, Madrid, 1997.

DEFENSOR DEL PUEBLO *Informe sobre centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social*, Madrid, 2009.

DEFENSOR DEL PUEBLO *Informe sobre Menores o adultos. Procedimientos para la determinación de la edad*, Madrid, 2011.

DEFENSOR DEL PUEBLO *Informe sobre crisis económica y deudores hipotecarios. Actualización,* Madrid, 2013.

DEFENSOR DEL PUEBLO *Informe sobre un estudio Viviendas Protegidas Vacías*, Madrid, 2013.

EUSKADI, ARARTEKO, *Situación de los menores extranjeros no acompañados en la CAPV: informe extraordinario de la situación del Ararteko al Parlamento Vasco*, Vitoria-Gasteiz, 2005 (www.ararteko.net)

EUSKADI, ARARTEKO, *Arrisku egoera berezietan dauden adingabeak aratekoaren txosten berezia Eusko Legebiltzarrarentzat = Infancias vulnerables: informe extraordinario de la institución del Ararteko al Parlamento Vasco***,** Vitoria - Gasteiz, 2011 (www.ararteko.net).

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO *Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO , Madrid, 2009.

GONZÀLEZ BUENO G., BELLO A., ARIAS M., *La infancia en España 2012-2013. El impacto de la crisis en los niños,* Madrid, UNICEF ESPAÑA 2013. (www.unicef.es).

GRUPPO DI LAVORO PER LA CONVENZIONE SUI DIRITTI DELL'INFANZIA E SULL'ADOLESCENZA *I diritti dell'infanzia e dell'adolescenza in Italia. Secondo rapporto supplementare alle Nazioni Unite sul monitoraggio della Convenzione dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza in Italia",*2009 (http://www.gruppocrc.net/IMG/pdf/2_Rapporto_supplementare-2.pdf).

MADRID, DEFENSOR DEL MENOR, *Informe anual 2005*, Madrid, 2006.

MADRID, DEFENSOR DEL MENOR, *Informe anual 2011*, Madrid, 2012.

MADRID, DEFENSOR DEL MENOR, *El Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid*, Madrid, 1997.

MENGARELLI M., MILANESE F., STRUMENDO L. *Documento comune sul sistema nazionale di garanzia dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza,* 2006 (http://tutoreminori.regione.veneto.it/gestione/documenti/doc/Garanti_minori_documento_comune.pdf)

OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Legislative History of the Convention on the Rights of the Child,* New York/Geneva, United Nations 2007. Vol. I (http://www.ohchr.org/Documents/Publications/LegislativeHistorycrc1en.pdf), Vol.II (http://www.ohchr.org/Documents/Publications/LegislativeHistorycrc2en.pdf)

OFICINA DE INVESTIGACIÓN DE UNICEF *Bienestar infantil en los países ricos: un panorama comparativo, Report Card nº 11*, Florencia, 2013.

OFICINA DE LA SECRETARÍA DE LA JUNTA EJECUTIVA *La Junta Ejecutiva de Unicef. Una guía oficiosa,* New York, 2013.

SAVE THE CHILDREN *La justicia española frente al abuso sexual infantil en el entorno familar. Un análisis de casos a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos*, Madrid, 2012. (http://www.savethechildren.es/).

SPECIAL RAPPORTEUR ON THE SALE OF CHILDREN, CHILD PROSTITUTION AND CHILD PORNOGRAPHY *Report mission to Nepal, June 1993,* E/CN.4/1994/84/Add.1, 1994.

SPECIAL RAPPORTEUR ON THE SALE OF CHILDREN, CHILD PROSTITUTION AND CHILD PORNOGRAPHY *Report mission to the United States of America, December 1996),* E/CN.4/1997/95/Add.2, 1997.

SPECIAL RAPPORTEUR ON THE SALE OF CHILDREN, CHILD PROSTITUTION AND CHILD PORNOGRAPHY *Report mission to Mexico, November 1997,* E/CN.4/1998/101/Add. 2, 1998.

SPECIAL RAPPORTEUR ON THE SALE OF CHILDREN, CHILD PROSTITUTION AND CHILD PORNOGRAPHY *Report mission to Belgium and the Netherlands, December 1998,* E/CN.4/2000/73/Add.1. 1999.

SPECIAL RAPPORTEUR ON THE SALE OF CHILDREN, CHILD PROSTITUTION AND CHILD PORNOGRAPHY *Report mission to Guatemala, July 1999,* E/CN.4/2000/73/Add.2, 2000.

SPECIAL RAPPORTEUR ON THE SALE OF CHILDREN, CHILD PROSTITUTION AND CHILD PORNOGRAPHY *Report mission to France, November 2002,* E/CN.4/2004/9/Add.1, 2003.

SPECIAL RAPPORTEUR ON THE SALE OF CHILDREN, CHILD PROSTITUTION AND CHILD PORNOGRAPHY *Report mission to Brazil, November 2003,* E/CN.4/2004/9/Add.2, 2004.

SPECIAL RAPPORTEUR ON THE SALE OF CHILDREN, CHILD PROSTITUTION AND CHILD PORNOGRAPHY *Report mission to Romania, 1-10 September 2004,* E/CN.4/2005/78/Add.2, 2005.

SPECIAL RAPPORTEUR ON THE SALE OF CHILDREN, CHILD PROSTITUTION AND CHILD PORNOGRAPHY *Report mission to Ukraine, October 2006,* A/HRC/4/Add.2, 2007.

SPECIAL RAPPORTEUR ON THE SALE OF CHILDREN, CHILD PROSTITUTION AND CHILD PORNOGRAPHY *Report mission to Mexico, May 2007,* A/HRC/7/8/Add.2, 2008.

SPECIAL RAPPORTEUR ON THE SALE OF CHILDREN, CHILD PROSTITUTION AND CHILD PORNOGRAPHY *Report mission to the United Arab Emirates, 12-18 October 2009,* A/HRC/16/57/Add.2, 2010.

SPECIAL RAPPORTEUR ON THE SALE OF CHILDREN, CHILD PROSTITUTION AND CHILD PORNOGRAPHY *Report mission to Senegal, 21-30 October 2009,* A/HRC/16/57/Add.3, 2010.

SPECIAL RAPPORTEUR ON THE SALE OF CHILDREN, CHILD PROSTITUTION AND CHILD PORNOGRAPHY *Report mission to the United States of America, 12-27 October 2010,*A/HRC/16/57/Add.5, 2011.

SPECIAL RAPPORTEUR ON THE SALE OF CHILDREN, CHILD PROSTITUTION AND CHILD PORNOGRAPHY *Report mission to France, 21 November-2 December 2011,* A/HRC/19/63/Add.2, 2012.

SPECIAL RAPPORTEUR ON THE SALE OF CHILDREN, CHILD PROSTITUTION AND CHILD PORNOGRAPHY *Report mission to Guatemala, 20-29 August 2012,* A/HRC/22/54/Add.1., 2013.

PUBBLICO TUTORE PER LA REGIONE VENETO *Relazione sull'attività per l'anno 2008,* Ufficio di Protezione e Pubblica tutela dei minori, Marghera (VE) 2008 (http://tutoreminori.regione.veneto.it/gestione/documenti/doc/Relazione2008_testo_web.pdf).

UNICEF ESPAÑA *Memoria anual 2011,* Madrid, 2011 (www.unicef.es)

Interviste

UFFICIO DELL'AUTORITÀ GARANTE PER L'INFANZIA E L'ADOLESCENZA, Colloquio con Stefania Pizzolla in data 19 luglio 2013 e con Laura Baldassarre in data 26 luglio 2013.

Seminari

ALBERINI R., BERTOLINO M., BOSIO P., MONTELEONE M., SARDELLA F., VERZA A., Seminario "*Sfruttamento ed abuso sessuale sui minori*", Camera Penale Veneziana, 12 aprile 2013 (http://www.camerapenaleveneziana.it/news/visual.php?num=2154)

SAEZ TEJERINA, M. L. *La protección a la infancia en España y en las Comunidades Autónomas*, Cuartas Jornadas sobre *Infancia, Redes de Formación e investigación para la promoción de los derechos de la Infancia*, Valencia, 21 de septiembre - 23 de noviembre de 2004 (http://www.uam.mx/cdi/eventos/jornadas_4.html).

Giurisprudenza

Corte costituzionale italiana

Sent. 23 gennaio 2013, n.7, in *Dir. pen. processo*, 2013, n.5, p. 554, (con commento di LARIZZA)

Sent. 23 febbraio 2012 , n. 31 in *Foro it.*, 2012, I, 1992.

Sent. 24 luglio 2007, n. 322, in *Giur. Costit.*, 2007, 3144; *Giust. Pen.*, 2007, I, 289.

Sent. 30 gennaio 2002, n.1, in *Foro it.*, 2002, I, 3302, (con nota di PROTO PISANI)

Ord. 23 giugno 1988, n.723, in *Foro it.*, 1989, I, 2033.

Corte di Cassazione italiana

Sent. Cass. pen., sez. VI, 27 maggio 2013, n. 22915 in http://www.altalex.com/#

Sent. Cass. pen., sez. III, 9 gennaio 2013, n. 5874, L., in *Foro it. Rep.* (Il), 2013, Prostituzione [5280], n. 21; *C.E.D. Cass.*, rv. 254420 (m).

Sent. Cass. pen., sez. VI, 13 novembre 2012, n. 7369, M., in *Foro it. Rep.* (Il), 2011, Maltrattamenti in famiglia [4040], n. 21; *C.E.D. Cass.*, rv. 254026 (m).

Sent. Cass. pen., sez. III, 24 febbraio 2012, n. 7373, B., in *Dir. pen. processo*, 2012, n.12, p. 1474 (con commento di TRIBISONNA)

Sent. Cass. pen., sez. III, 28 settembre 2011, n. 37509, S., in *Foro it. Rep.* (Il), 2011, Violenza sessuale [7085], n. 30; *C.E.D. Cass.*, rv. 251398 (m).

Sent. Cass. pen., sez. III, 19 luglio 2011, n. 30564, G., in *Foro it. Rep.* (Il), 2011, Prostituzione [5280], n. 30; *C.E.D. Cass.*, rv. 251260 (m).

Sent. Cass. pen., sez. III, 4 novembre 2010, n. 42477, D.S., in *Foro it. Rep.* (Il), 2010, Dibattimento penale [2140], n.65; *C.E.D. Cass.*, rv. 248757 (m).

Sent. Cass. pen., sez. V, 17 marzo 2010, n. 24688, B., in *Foro it.*, 2011, II, 385.

Sent. Cass. civ., Sez. Un., 21 ottobre 2009, n. 22238, A. c. C., in *Foro it.*,2010, I, 903.

Sent. Cass. pen., sez. VI, 27 giugno 2008, n. 26571, V., in *Foro it.*, 2008, II, 546.

Sent. Cass. civ., sez. I, 18 giugno 2008, n. 16593, P. c. R., in *Foro it.*, 2008, I, 2446, n. CASABURI.

Sent. Cass. pen., sez. III, 3 aprile 2008, n. 19729, Dolfi, in *Foro it. Rep.* (Il), 2008, Violenza sessuale [7085], n.69; *C.E.D. Cass.*, rv. 240042 (m).

Sent. Cass. pen., sez. III, 28 gennaio 2003, n. 12372, M., in *Riv. Pen.*, 2003, 878.

Sent. Cass. pen., sez. III, 11 febbraio 2002, n. 5937 in *Giur. it.*, 2003, 546.

Sent. Cass. pen., sez. III, 14 luglio 2000, n. 2842, S. G., in *Riv. Pen.*, 2001, 58.

Corte di giustizia europea

Case C-105/03, *Criminal Proceedings against Maria Pupino*, [2005] ECR I-05285.

Corte europea dei diritti dell'uomo

Case *A.S. v. Finland* (merits and just satisfaction), no. 40156/07, ECHR 2010 in http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home.

Giurisprudenza di merito italiana

Trib. Varese, sez. I, decreto 24 gennaio 2010 in *Corriere merito*, 2013, 619 (con nota di PAPARO); *Foro it. Rep.* (Il), 2013, Separazione dei coniugi [6130], n.89.

Giurisprudenza di merito spagnola

AAP M de 2 de octubre 2012, Sección 3ª , 663/2012 (ROJ: 15383/2012) http://www.poderjudicial.es.

Tribunal Constitucional español

STC del 17 de octubre 2012, núm. 185/2012 in http://hj.tribunalconstitucional.es/en.

STC de 7 de noviembre 2011, núm. 174/2011 in http://hj.tribunalconstitucional.es/en.

Tribunal Supremo español

STS de 5 de junio de 2013, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 1745/2012 (ROJ: 2887/2013) in http://www.poderjudicial.es.

Sitografia

ARARTEKO http://www.ararteko.net

ASSEMBLEA GENERALE ONU http://www.un.org/en/ga/

AUTORITÀ GARANTE PER L'INFANZIA E PER L'ADOLESCENZA http://www.garanteinfanzia.org/

BOE http://www.boe.es

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL http://www.poderjudicial.es

CIRCAMP http://circamp.eu/

COMITATO ONU SUI DIRITTI DEL BAMBINO http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/crc/

COMITATO UNICEF ITALIA http://www.unicef.it/

CONSIGLIO D'EUROPA http://hub.coe.int/it/

CONSIGLIO DIRITTI UMANI ONU http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO http://www.echr.coe.int/

ECPAT

ENOC http://www.crin.org/enoc/

EUR LEX http://eur-lex.europa.eu

GARANTE INFANZIA REGIONE LAZIO
http://www.garanteinfanzia.regione.lazio.it/

GRUPPO CRC http://gruppocrc.net/

ILO http://www.ilo.org

LINEE GUIDA DEL CONSIGLIO D'EUROPA *SU UNA GIUSTIZIA A MISURA DI MINORE*
https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Del/Dec(2010)1098/10.2abc&Language=lanEnglish&Ver=app6&Site=CM&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864

MINISTERIO FISCAL http://www.fiscal.es

NORMATTIVA http://www.normattiva.it

ONU http://www.un.org/

OSSERVATORIO PER IL CONTRASTO DELLA PEDOFILIA E DELLA PORNOGRAFIA MINORILE http://www.osservatoriopedofilia.gov.it/

PUBBLICO TUTORE VENETO http://tutoreminori.regione.veneto.it

RAPPRESENTANTE SPECIALE DEL SEGRETARIO GENERALE SUI BAMBINI COINVOLTI NEI CONFLITTI ARMATI http://childrenandarmedconflict.un.org/

SAVE THE CHILDREN http://www.savethechildren.it/

UNICEF http://www.unicef.org/

UNICEF COMITÉ ESPAÑOL http://www.unicef.es/

VALEDOR DO POBO http://www.valedordopobo.com