

ÉCOLE DOCTORALE DROIT, SCIENCE POLITIQUE ET HISTOIRE
Centre d'études internationales et européennes (CEIE)

THÈSE présentée par :
Mia MAGLI
soutenue le : **26 septembre 2017**

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'université de Strasbourg**
Discipline/ Spécialité : **Droit de l'Union européenne**

**JUSTICE PÉNALE ET PROTECTION DES
MINEURS DANS L'UNION EUROPÉENNE**

THÈSE dirigée par :

Mme BOUVERESSE Aude

Professeur, Université de Strasbourg

M. CASOLARI Federico

Professeur, Università di Bologna

RAPPORTEURS :

M. MARTUCCI Francesco

Professeur, Université Paris 2 Panthéon-Assas

M. BESTAGNO Francesco

Professeur, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

AUTRES MEMBRES DU JURY :

M. DI FEDERICO Giacomo

Professeur, Alma Mater Studiorum, Università Di Bologna

ÉCOLE DOCTORALE DROIT, SCIENCE POLITIQUE, HISTOIRE

[Centre d'Etudes internationales et Européennes (CEIE)]

en cotutelle avec l'Université de Bologne

THÈSE présentée par:

Mia Magli

soutenance de thèse prévue le: **13 juin 2017**

pour obtenir le grade de: **Docteur de l'université de Strasbourg**

Discipline/ Spécialité: **Droit de l'Union européenne**

**JUSTICE PÉNALE ET PROTECTION DES MINEURS
DANS L'UNION EUROPÉENNE**

THÈSE dirigée par:

M.me BOUVERESSE Aude
M. CASOLARI Federico

Professeur, Université de Strasbourg
Professeur, Università di Bologna

RAPPORTEURS:

M. MARTUCCI Francesco
M. BESTAGNO Francesco

Professeur, Université Paris 2 Panthéon- Assas
Professeur, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

TABLE DES MATIÈRES

Résumé de thèse

JUSTICE PÉNALE ET PROTECTION DES MINEURS DANS L'UNION EUROPÉENNE

INTRODUCTION

PARTIE I: LA GLOBALISATION DES DROITS FONDAMENTAUX DES MINEURS

1. Le cadre normatif international universel pour la protection des mineurs
2. La normative régionale: le rôle du Conseil de l'Europe et de la CEDH dans la protection des droits de l'enfant

PARTIE II: LA TUTELLE DES DROITS FONDAMENTAUX DES MINEURS DANS L'UNION EUROPÉENNE

1. Le cadre normatif primaire pour la protection des mineurs e le rôle de la jurisprudence de la Cour de Justice dans la tutelle des droits de l'enfant
2. Les sources spécifiques du droit pénal européen pour la tutelle des droits de l'enfant en qualité de victime et d'auteur de délit

CONCLUSIONS

JUSTICE PÉNALE ET PROTECTION DES MINEURS

DANS L'UNION EUROPÉENNE

INTRODUZIONE	4
1. Verso un'Unione europea sempre più <i>child-friendly</i>	4
2. Quadro problematico dell'approccio UE ai diritti dei minori.....	6
3. Piano della tesi.....	10
PARTE I: LA GLOBALIZZAZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI DEI MINORI	12
CAP. 1: IL QUADRO NORMATIVO INTERNAZIONALE UNIVERSALE A TUTELA DEI FANCIULLI	12
<i>Prima sezione: Gli strumenti internazionali generali di protezione</i>	12
1.1 L'evoluzione storica del concetto di “fanciullo” nelle fonti internazionali generali.....	12
1.2 La Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo e i Patti internazionali relativi ai diritti economici, sociali e culturali e ai diritti civili e politici.....	14
1.3 Il ruolo della Corte penale internazionale nella protezione dei diritti dei minori.....	17
<i>Seconda sezione: Gli strumenti internazionali specifici di protezione</i>	29
2.1 Il sistema ONU e la Convenzione sui diritti del fanciullo.....	30
2.1.2 <i>Mettere in pratica la Convenzione del 1989: il Comitato ONU per i diritti dell'infanzia</i>	48
2.2 Le principali Convenzioni dell'Aja a tutela dei fanciulli.....	57
2.3 Le Convenzioni dell'OIL.....	63
CAP. 2: LA NORMATIVA REGIONALE A TUTELA DEI MINORI	71
<i>Prima sezione: il ruolo del Consiglio d'Europa nella protezione dei diritti dei minori</i>	71
1.1 Il Consiglio d'Europa e la CEDU.....	71
1.2 Gli altri strumenti del Consiglio d'Europa a protezione dei minori.....	77
1.3 Le Linee guida sulla giustizia Child-friendly del Consiglio d'Europa.....	87
<i>Seconda sezione: La prassi della CEDU in materia di diritti dei minori</i>	91
2.1 Gli articoli 5 e 6 della CEDU: la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di equo processo penale minorile, detenzione minorile e detenzione amministrativa di minori stranieri accompagnati o non dai propri familiari.....	91
2.2 L'applicazione dell'art. 8 della CEDU in tema di ricongiungimenti familiari, rapporti genitori/figli e maternità surrogata.....	97
2.3 La prassi della Corte europea dei diritti dell'uomo a confronto con le disposizioni delle Convenzioni dell'Aja e con il diritto dell'Unione europea.....	109
<i>2.4 Riflessioni conclusive</i>	114
PARTE II: LA TUTELA DEI MINORI NELL'UNIONE EUROPEA	118
CAP. 1: I DIRITTI FONDAMENTALI DEI MINORI	118
<i>Premessa</i>	118
<i>Prima sezione: il quadro normativo primario a protezione dei minori</i>	120
1.1 La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.....	121
1.2 La tutela dei diritti dei minori come obiettivo dell'Unione europea: gli articoli 24 della Carta dei diritti fondamentali e l'art. 3 del TUE.....	123
1.3 Le basi giuridiche a tutela dei diritti dei fanciulli.....	128
<i>Seconda sezione: Il ruolo della giurisprudenza della Corte di Giustizia nella tutela dei diritti dei minori</i>	132
2.1. I ricorsi davanti alla Corte di Giustizia: quale protezione per i diritti dei fanciulli?.....	135

2.2 L'interesse superiore del minore nell'applicazione del reg. 2201/2203 sulla competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale	137
2.3 L'interesse superiore del minore cittadino europeo con familiari cittadini di Stati terzi	149
2.4 Interesse superiore del minore e diritto alle prestazioni sociali	165
2.5 L'interesse superiore dei minori stranieri richiedenti asilo.....	168
2.6 Riflessioni conclusive	175
CAP. 2: LA GIUSTIZIA PENALE UE A PROTEZIONE DEI FANCIULLI	185
<i>Premessa</i>	185
Prima sezione: La tutela dei minori vittime di reato	187
1.1 L'approdo del diritto penale europeo e del concetto di "vittima"	187
1.2 Gli strumenti normativi dell'Unione europea a tutela delle vittime:	193
1.2.1 La Decisione quadro del 2001 sulla posizione della vittima nel procedimento penale	193
1.2.2 La direttiva 2012/29/UE in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato	199
1.2.3 La direttiva 2011/36/UE sulla prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime	209
1.2.4 L'ordine di protezione europeo (direttiva 2011/99/UE).....	223
1.3 La normativa a tutela della vittima minore di età	231
1.3.1 La direttiva 2011/93/UE contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile.....	231
1.4 Il confronto tra giurisprudenze:	241
1.4.1 La giurisprudenza della Corte di giustizia	241
1.4.2 La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.....	247
1.4.2.1 CEDU: la tutela dei minori vittime di reato al di fuori del processo penale e nella fase delle indagini	248
1.4.2.2 CEDU: la tutela dei minori vittime di reato nel/dal procedimento penale	254
1.5 Osservazioni conclusive	261
Seconda sezione: La tutela dei minori autori di reato	274
<i>Premessa</i>	274
2.1 Da un diritto penale europeo repressivo a garantista: gli obiettivi della Roadmap del 2009.....	277
2.2 L'approdo del giusto processo penale minorile europeo: la direttiva sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati in procedimenti penali.....	284
a) <i>Introduzione</i>	284
b) <i>base giuridica e ambito di applicazione</i>	286
c) <i>Il diritto dei minori in conflitto con la legge all'ascolto e all'informazione</i>	299
d) <i>Il rispetto del principio di non discriminazione nei confronti dei minori indagati e imputati in procedimenti penali</i>	307
e) <i>Il diritto alla vita, alla sopravvivenza e allo sviluppo dei minori indagati/imputati</i>	309
f) <i>il principio del superiore interesse del minore coinvolto in procedimenti penali</i>	316
2.3 Il coordinamento della direttiva UE 2016/800 con gli altri strumenti normativi generali a tutela di indagati e imputati nei procedimenti penali.....	330
2.3.1 <i>Il coordinamento con la direttiva 2010/64/EU sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali</i>	331
2.3.2 <i>Il coordinamento con la direttiva 2013/48/EU relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale</i>	334
2.3.3 <i>Il coordinamento con la direttiva 2016/1919 sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato</i>	335
2.3.4 <i>Il coordinamento con la direttiva 2016/343 sulla presunzione di innocenza</i>	338
2.3.5 <i>Il coordinamento con la Decisione quadro 2002/584/GAI che ha istituito il MAE</i>	343
2.4 Osservazioni finali	355
CONCLUSIONI	363
BIBLIOGRAFIA	385

RÉSUMÉ DE THÈSE

Rédigé conformément au Chapitre 2, article 2.2. de la Convention de cotutelle de thèse de Doctorat établie entre l'Université de Strasbourg et l'Université de Bologne

JUSTICE PÉNALE ET PROTECTION DES MINEURS DANS L'UNION EUROPÉENNE

INTRODUCTION

Actuellement, il n'est pas trop hasardeux d'affirmer qu'il existe une vraie « globalisation » des droits de l'enfant. En effet, au cours des dernières années, on a pu assister à la multiplication des interactions parmi les différents organismes qui s'occupent des mineurs et de leurs droits, au niveau international, régional et national.

Cependant, ceux qui ont une certaine familiarité avec le droit communautaire savent bien que, depuis les origines de la Communauté européenne et jusqu'aux années '90, la « personne » (et par conséquent, l'enfant) n'a pas été l'objet de l'attention du législateur européen et ce à cause du désintérêt, dès l'origine, de la Communauté pour les thématiques qui n'avaient pas un caractère économique.

En outre, quand la Communauté européenne a commencé à s'occuper des mineurs, le but principal était toujours de sauvegarder en priorité « le bon fonctionnement du marché commun », objectif qui a marqué les cinquante premières années dans les actes communautaires.

Ensuite, le droit européen s'est développé, sans grande originalité, en s'inspirant de ce que l'on pourrait définir comme l'« acquis international » en matière juvénile. Cet acquis suit les lignes d'action établies par d'importants organismes internationaux tels que les Nations Unies et le Conseil de l'Europe. Toutefois, récemment, c'est-à-dire après le Traité de Lisbonne, le droit juvénile européen a connu une

évolution sans précédent: l'Union européenne a inséré la protection des droits de l'homme dans ses objectifs et, parmi ces derniers, les droits des mineurs font désormais partie des objectifs premiers de sa propre action.

En effet, l'art. 3 du Traité sur l'Union européenne assigne explicitement à l'Union la fonction de promouvoir « la protection des droits des enfants ». La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui est maintenant légalement contraignante pour les États membres, définit dans l'article 24 la « protection » comme un droit fondamental des mineurs.

En outre, la Charte établit que dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit revêtir une considération primordiale et introduit donc pour la première fois une référence explicite aux droits des mineurs dans le droit primaire de l'UE.

Aujourd'hui, les enfants représentent un tiers de la population européenne. Si dans le passé l'Union européenne pouvait être considérée comme un contexte insolite pour défendre leurs droits, actuellement, la place centrale de ces derniers a enfin trouvé une reconnaissance importante dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union et dans le TUE.

L'intérêt croissant de l'Union européenne pour la tutelle des mineurs, bien que tardif, mérite donc d'être approfondi, étant donné que chaque action entreprise par l'Union peut avoir un impact potentiel sur la protection de leurs droits.

Dans le passé, les tribunaux nationaux limitaient ou refusaient souvent des droits aux mineurs, sans autre raison que celle de leur *status*.

En effet, pendant longtemps, l'organisation patriarcale de la famille d'une grande partie des sociétés européennes a fini par classer dans la catégorie des individus manquant d'un statut légal et social indépendant, non seulement les femmes, mais également les enfants.

Aujourd'hui par contre, et notamment grâce à la Convention de 1989 de l'ONU relative aux droits de l'enfant, le mineur n'est plus vu comme un sujet caractérisé seulement par sa faiblesse et son incapacité et, par conséquent, seulement comme un simple bénéficiaire de mesures de protection, mais comme un sujet de droit en mesure de participer aux décisions qui le touchent directement. Le mineur doit être respecté dans sa propre individualité et c'est surtout une personne dotée de droits spécifiques, une sorte « d'adulte en devenir ».

Les droits de l'enfant représentent ainsi un corollaire et un préalable nécessaire à l'acquisition d'autres droits, les droits de l'homme. Est-il possible d'imaginer qu'un être humain privé de la possibilité de jouir de ses droits d'enfant puisse, une fois devenu adulte, bénéficier de ses droits de manière pleine et entière ?

L'approche du droit européen aux droits des mineurs concerne deux domaines en particulier, celui de la protection des enfants et celui de la justice pénale. Aussi la présente recherche est circonscrite à ces deux principales thématiques.

Le thème de la « protection » des mineurs et de leurs droits couvre une multitude de thématiques, mais elle se rapporte le plus souvent à la protection des enfants contre les pires formes d'exploitation, d'abus ou de violence. Le présent travail affrontera aussi des questions liées à la tutelle des droits des enfants dans le cadre

familial, dans le contexte de la discipline en matière d'asile et dans le procès civil. La coopération judiciaire en matière civile, en effet, a été le premier secteur dans lequel l'Union a expérimenté davantage des politiques de tutelle des enfants et c'est donc aujourd'hui le domaine dans lequel on peut observer les développements les plus nombreux au niveau jurisprudentiel.

La libre circulation des biens, des services et des personnes a eu des conséquences négatives pour les enfants parce qu'elle a alimenté et facilité des phénomènes comme le trafic d'êtres humains (et surtout de mineurs), l'enlèvement des mineurs et le tourisme sexuel. Ces crimes ont augmenté à partir de 2004, quand l'Union européenne a inclus les pays de l'Europe centrale et de l'Est.

L'action de l'Union pour combattre ces phénomènes criminels est donc née de la volonté de réduire les conséquences involontaires de son expansion économique et géographique et reflète aussi l'incapacité de chaque État membre à faire face, seul, à ces formes odieuses d'exploitation et d'abus sur les mineurs.

En ce qui concerne la deuxième thématique, celle de la justice pénale, la présente recherche abordera les problématiques connexes à la protection des mineurs dans le procès pénal, domaine dans lequel l'Union européenne n'est devenue complètement opérationnelle que tout récemment.

Comme les mineurs peuvent entrer en contact avec le système judiciaire en de nombreuses occasions, il est nécessaire que la justice soit « adaptée aux enfants ».

On peut toutefois s'attendre à ce que la réalisation d'une justice « à la mesure des enfants » dans l'Union européenne rencontre quelques difficultés.

Rapprocher les législations de 28 États membres dans le but de garantir les mêmes droits à tous les mineurs sur tout le territoire de l'Union européenne apparaît déjà comme un défi très ambitieux qui se complique ultérieurement à cause de l'approche que l'Union a adoptée jusqu'à présent pour défendre leurs droits en général.

D'un côté, en effet, le législateur européen encourage l'intervention d'un corpus juridique de l'UE établi *ad hoc* pour la tutelle des enfants, mais d'un autre côté, il sauvegarde presque toujours la compétence des États membres à déterminer tant la substance des droits des mineurs que les modalités selon lesquelles ces mêmes droits doivent être concrètement garantis au niveau national.

En ce qui concerne, en particulier, le domaine de la justice pénale, le respect des diversités nationales dérive d'un choix opéré par le Traité de Lisbonne de considérer la reconnaissance mutuelle comme l'instrument principal pour obtenir une intégration européenne plus approfondie en matière pénale.

De cette manière, les États membres ne sont pas obligés de modifier radicalement leurs propres législations. Dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale notamment, il est seulement demandé aux États membres une harmonisation minimale, comme le prévoient les articles 82 et 83 TFUE.

La volonté de respecter les diversités nationales se reflète, en outre, dans le choix de l'instrument législatif qui devrait rapprocher le droit pénal substantiel et procédural dans l'Union européenne, c'est-à-dire la directive qui, comme on le sait, peut imposer aux États membres seulement des obligations de résultat.

À ces considérations s'ajoute le fait que l'Union possède des compétences très réduites pour légiférer

sur la protection des droits des mineurs. On peut donc se demander la question si une action de l'UE concernant la protection des enfants pourrait apporter une réelle plus-value européenne, en termes de contenus et efficacité, par rapport à la protection garantie aux enfants au niveau national et international.

En cas de réponse négative, d'un côté, les mineurs pourront simplement bénéficier d'une tutelle au rabais ou d'une duplication de la protection déjà garantie par les instruments du Conseil de l'Europe et des Nations Unies, auxquels les États membres sont normalement presque tous liés; d'un autre côté, on finirait par violer les principes de subsidiarité et de proportionnalité (ex art. 5 TUE) et le niveau même de protection des droits fondamentaux qui devrait être garanti au niveau de l'UE (ex articles 52 et 53 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne).

Enfin, il faut souligner que parmi les objectifs principaux de l'UE, les exigences de protection des droits des mineurs ne semblent pas encore avoir la priorité. Les droits des enfants, en effet, opèrent encore dans le cadre et dans les limites, et parfois aussi en fonction, des principes fondamentaux du fonctionnement du marché commun européen.

Il y a donc une préoccupation légitime selon laquelle l'intégration des droits des mineurs dans le mandat de l'Union européenne puisse finir par nuire, par « corrompre » et par manipuler les intérêts des enfants, afin de défendre les intérêts éminemment politiques et économiques de l'Union. Les droits des mineurs risquent d'être pris en compte, non pas pour leur valeur en soi, mais sur la base de leur capacité à ne pas entraver la réalisation des buts poursuivis par l'UE.

En ce qui concerne le plan de la thèse, la première partie de ce travail est consacrée à l'analyse du parcours historique qui a conduit à une véritable globalisation des droits des enfants au niveau international, en créant les bases de la réglementation actuelle de l'UE relative à la protection des mineurs. Les sources du droit international universel les plus significatives et les plus ratifiées par les États membres de l'Union européenne seront donc analysées dans le premier chapitre de la première partie et celles du droit international au niveau régional le seront dans le deuxième chapitre de la première partie. L'objectif visé est de mettre en évidence les contenus communs, les traits distinctifs, mais aussi les lacunes et les limites de ces instruments internationaux.

Ensuite, la deuxième partie de cette thèse est consacrée à l'analyse de l'incorporation des droits et des principes de dérivation internationale reconnus aux enfants dans l'ordre juridique européen.

Tout d'abord, dans le premier chapitre de cette deuxième partie, on analysera le cadre normatif primaire de l'Union européenne relatif à la protection des droits des mineurs et à la suite le rôle de la Cour de Justice dans la défense de leurs droits.

Enfin, dans le deuxième chapitre de la deuxième partie de ce travail, l'analyse portera sur les principaux actes normatifs de l'UE pour la protection des droits des enfants, en qualité de victimes ou de présumés auteurs de crime.

Dans la présente recherche, la législation européenne et la jurisprudence de la Cour de Justice sont analysées avec un regard « *child-centered* ». La comparaison critique avec la jurisprudence de la Cour

européenne des droits de l'homme d'un côté et avec la législation internationale en la matière de l'autre sera toujours garantie.

Le but du présent travail de recherche est de comprendre, en premier lieu, s'il y a besoin d'une action de l'UE pour la protection des mineurs et dans l'affirmative, dans quelle mesure celle-ci pourrait avoir une valeur ajoutée par rapport à ce qui déjà existe.

Deuxièmement, on tentera de vérifier si les principes et les droits dérivés du droit international sont réellement opérationnels au niveau européen pour les enfants. En particulier, dans le domaine de la justice pénale, nous verrons si les mineurs victimes de crime et les mineurs auteurs de crime jouissent des mêmes garanties d'accès à un procès équitable et si le système dit des « règles minimales », cristallisé dans les articles 82 et 83 du TFUE, permet de respecter les principes et les droits contenus dans les instruments internationaux auxquels les États membres sont liés et que l'Union européenne est également tenue de respecter en tant que principes généraux de l'UE et parfois aussi en tant que droits reconnus par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne..

En conclusion, l'objectif final de ce travail est de proposer de nouvelles solutions pour rendre plus concret l'impact du droit européen sur la vie des enfants dans l'Union européenne.

PARTIE I

LA GLOBALISATION DES DROITS FONDAMENTAUX DES MINEURS

1. *Le cadre normatif international universel pour la protection des mineurs*

Le terme «*enfant*» dérive du latin «*Infans*», c'est-à-dire «*celui que ne parle pas encore*»; il s'agit donc d'un terme à connotation négative, en tant qu'indicateur d'une incapacité de s'exprimer et de se faire comprendre. Egalement le terme «*mineur*» dérive du latin, mais cette expression a une connotation positive: le «*minor*» était dans la culture romaine «*celui qui vient temporairement après*»¹, c'est-à-dire, après les «*Majores*», ou bien aux dépositaires du savoir de la société qu'ils transmettaient aux nouvelles générations qui, ensuite, devaient assumer la tâche de poursuivre le chemin de leurs parents.

Les romains donc investissaient beaucoup sur les «*mineurs*» afin que le présent ne puisse se perdre, mais plutôt enrichir le futur des connaissances du présent. Le terme même, en effet, met en évidence l'importance accordée aux mineurs dans la société, ces derniers sont considérés comme un bien précieux et comme «*l'avenir qui est déjà ici*»².

Dans les textes juridiques plus modernes, on attribue généralement la même signification aux deux termes bien qu'on puisse noter une préférence pour l'utilisation du terme «*enfant*» dans les textes de droit de l'UE. En particulier, ce dernier terme est utilisé surtout quand l'objectif d'une disposition de droit européen est la protection d'un individu particulièrement vulnérable en soi ou en tant que victime d'un crime, alors que dans le cas de l'auteur d'un crime on utilise plus fréquemment le terme «*mineur*».

Cela étant clarifié, il faut observer que dans le passé les mineurs étaient considérés comme des individus manquant d'un statut légal et social indépendant et, donc, dans les premiers textes internationaux d'une portée générale, leur droits et leur intérêts étaient pris en compte en tant que membres d'un noyau familial ou, de façon encore plus générale, en tant que «*personnes*»³.

Par conséquent, depuis toujours les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme ont été considérés comme applicables également aux mineurs, tout en étant, toutefois, inadéquats pour la protection de leurs besoins spécifiques.

¹ Pour les définitions voir: DEVOTO G., *Dizionario Etimologico*, Le Monnier, Firenze 1968.

² AMNESTY INTERNATIONAL, *Tutti i bambini del mondo*, 1998, Ed. Cultura della Pace, San Domenico di Fiesole (Fi), p. 21.

³ Comme l'a déclaré E. DECAUX la question des droits des enfants était «*perçue sous l'angle de la famille*» (E. DECAUX, *Universalité des droits de l'homme et pluralité interprétative: l'exemple des droits de l'enfant*, A. BERTHOZ, C. OSSOLA et B. STOCK (dir.), *La pluralité interprétative*, Paris, Collège de France, 2010, p. 6).

En effet les mineurs peuvent être facilement l'objet d'une double discrimination : d'un côté, à cause de leur minorité, et, de l'autre côté, en tant que membres d'un autre groupe de personnes particulièrement vulnérable (comme, par exemple, les victimes d'un crime ou les personnes handicapées) et à cela s'ajoute le fait que depuis longtemps « le mineur » n'a été considéré qu'un simple objet de protection, privé de ses droits.

La présente recherche a permis d'observer que malgré les grands efforts pour tenter d'assurer une protection minimale universelle des droits de l'enfant, la seule « base commune » généralement acceptée au niveau international consiste à considérer que les enfants ont droit à une « protection spéciale » et à ne pas être victimes de discrimination, droits déjà énoncés par la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948.

Ce dernier instrument, non seulement n'est pas contraignant, mais il n'accorde même pas une attention particulière à la condition des enfants, contrairement au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et au Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui, non seulement sont contraignants, mais qui prévoient aussi des droits spécifiques dédiés aux mineurs. Cependant, même ces derniers instruments, d'une portée générale, ne comptent pas parmi ceux qui, au niveau international, ont eu un impact important sur le développement des droits de l'enfant à long terme.

Au contraire, ce qui mérite une attention particulière est le rôle de la Cour pénale internationale en ce qui concerne uniquement la protection des enfants victimes de la criminalité, étant donné que la Cour n'est pas compétente pour juger les personnes qui étaient mineurs au moment où ils avaient commis une ou plusieurs crimes relevant de sa compétence.

La Cour pénale internationale a introduit, pour la première fois, le crime de guerre lié à l'enrôlement d'enfants de moins de 15 ans dans les conflits armés⁴. Bien que, en effet, cette pratique ait été condamnée soit par le droit international humanitaire⁵ que par la Convention relative aux droits de l'enfant et par l'Organisation Internationale du Travail (OIT), la Cour représente la première juridiction internationale avec compétence sur ce crime.

Elle a été en plus la première institution à définir dans son Statut- comme « crimes de guerre » soit les actes de recrutement ou d'enrôlement d'enfants d'âge inférieur à 15 ans, soit l'acte de les faire participer activement dans les hostilités, en attribuant de cette manière un caractère de la plus haute gravité également à cette dernière pratique.

Ceci étant établi, le fait que les deux uniques cas qui sont arrivés à une sentence de premier degré devant la Cour pénale internationale, dans ses premières douze années d'activité, portaient sur le crime de recrutement, d'enrôlement et d'implication de mineurs dans les conflits armés, rend ces cas intéressants pour l'étude de la « nouvelle née » jurisprudence de la Cour pénale internationale⁶.

⁴ Statut de Rome de la Cour pénale internationale, article 8.

⁵ Protocole Additionnel I, art. 77(2) et Protocole Additionnel II, art. 4(3)(c) aux Conventions de Genève de 1949, adoptés le 8 Juin de 1977.

⁶ La référence est au cas *Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo* et à l'affaire *Procureur c. Germain Katanga et Matthieu Ngudjolo Chui*. À ce propos, voir S. GREIJER, *La Corte penale internazionale ed il crimine di guerra di reclutamento di minori*, www.europeanrights.eu.

On ne doit pas oublier, en outre, que la Cour pénale internationale est compétente dans les cas où l'auteur du délit est un citoyen d'un des États membres de l'Union européenne, du moment que tous les États membres ont ratifié le Statut de Rome.

La Cour pénale internationale a développé différentes approches novatrices pour étendre l'interprétation des éléments constitutifs du crime de guerre lié à l'enrôlement d'enfants et, en particulier le Statut de Rome, mais aussi le Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale, ont établi un véritable système de droits et garanties pour la tutelle des enfants victimes de crimes dans le procès pénal devant la Cour à tel point qu'il n'est pas exagéré de dire que « la participation des victimes est la véritable nouveauté du Statut de Rome »⁷.

Le système judiciaire créé par le Statut de Rome reconnaît, en fait, aux victimes des crimes relevant de la compétence de la Cour un ensemble de droits fondamentaux et de pouvoirs procédurales sans précédent dans l'histoire du droit pénal international.

La véritable révolution réside dans le fait que le rôle de la victime semble plus proche à celui d'une véritable partie à la procédure et la victime n'est pas appréciée seulement par son côté « actif », mais aussi « passif », vu qu'on lui reconnaît effectivement un droit étendu à obtenir protection qui augmente lorsque on doit protéger le bien-être physique et psychologique, la dignité et la vie privée d'un mineur.

La garantie que les règles de procédure pour la protection des victimes, en particulier s'il s'agit d'enfants, soient respectées ou, au moins, prises en considération, vient de l'art. 36 du Statut de Rome qui exige que les États parties, en proposant leurs candidats au poste de juge de la Cour pénale internationale, prennent conscience de la nécessité d'assurer la présence de juges spécialisés dans les questions liées aux abus et à la violence contre les enfants.

Cependant, malgré les nombreuses mesures de protection pour les mineurs, ces derniers restent toujours à la merci des limitations fonctionnelles de la Cour pénale internationale.

En effet, la Cour a besoin d'agir par la voie de la collaboration des États nationaux impliqués soit pour le choix des enquêtes à conduire, que pour les phases successives de l'instruction et enfin aussi pour la phase d'application des décisions prises par la Cour.

En pratique, le travail de la Cour pénale internationale ne peut s'avérer efficace que dans les cas où les accusés ne jouissent plus de la protection de leurs propres États ou des autres Pays dans lesquels ils ont trouvé refuge⁸.

⁷ C. SAFFERLING, *International Criminal Procedure*, Oxford, 2012, p. 173.

⁸ Pour donner des exemples, dans le célèbre « cas Lubanga », la Cour a pu rendre justice parce que ni le gouvernement de Kinshasa, ni les gouvernements des États voisins n'avaient un intérêt à protéger l'accusé. En revanche, le Président du Soudan, Omar Hassan Al-Bashir, contre lequel la Cour pénale internationale a émis un mandat de capture, voyage encore en toute tranquillité dans diverses capitales arabes et africaines et l'Union africaine a déclaré qu'elle ne collaborera pas avec la Cour pour sa capture. Également l'ex vice commandant militaire de Lubanga, Bosco Ntaganda, accusé aussi d'avoir enrôlé par la force des mineurs entre juin 2002 et décembre 2003, malgré deux mandats d'arrêt émis par le Parquet de la Cour en 2006 et en 2012, pendant une longue période n'a pas été livré à la justice internationale et il a continué à jouer un rôle important au sein de l'armée régulière jusqu'au moment où il s'est livré volontairement, en mars 2013, à la Cour pénale internationale en se déclarant innocent.

Tout cela montre les limitations d'une justice internationale quasiment impuissante face à la non collaboration et à l'obstructionnisme des États nationaux, étant donné que la Cour ne peut pas compter sur ses propres forces pour exécuter ses mandats d'arrêt et pour conduire les individus incriminés devant la justice⁹.

Cela n'empêche pas que, en général, soient reconnus trois types de droits aux victimes des crimes relevant de la compétence de la Cour pénale internationale, à savoir le droit à la participation, le droit à la protection et le droit à une indemnisation.

Ce dernier aspect est consacré dans l'art. 75 du Statut de Rome qui, malgré ses limites, représente une autre nouveauté pour le droit pénal international parce que, pour la première fois, un mécanisme de réparation pour les victimes a été incorporé dans le système juridique et institutionnel d'un tribunal pénal international et donc les victimes peuvent s'adresser directement à la Cour sans devoir préalablement épuiser les voies de recours internes.

Le 24 Mars 2017, pour la première fois depuis sa création, la Cour pénale internationale a donné le feu vert aux indemnisations, non seulement collectives, mais aussi individuelles en faveur des victimes des crimes relevant de sa compétence¹⁰.

Il s'agit, à ce jour, de la deuxième ordonnance de réparation émise par la Cour et qui sera mise en œuvre, presque certainement, grâce au Fonds destiné aux victimes.

Le système de réparation de la Cour, en effet, est totalement dépourvu de formes de responsabilité subsidiaire de type étatique et toute tentative de les introduire a échoué.

Les victimes, par conséquent, ne peuvent compter que sur les contributions volontaires qui alimentent le Fonds destiné aux victimes lorsque l'auteur du crime, une fois reconnu coupable, n'a pas la capacité économique suffisante pour réparer les dommages.

Les mineurs victimes de délits, afin de ne pas subir des préjudices ultérieurs, ou même une deuxième victimisation, ont besoin d'une justice pénale qui soit rapide, ainsi que d'un dédommagement avec des indemnisations qui leur permettent aussi d'avoir un soutien à niveau psychologique.

Il est évident que la longueur des délais de jugement de la Cour pénale internationale, non seulement pour condamner les coupables mais aussi pour indemniser les victimes, n'est pas en conformité avec un procès pénal vraiment *child-friendly* et elle réduit au même temps le caractère significatif des mesures prévues par le Statut de Rome et par le Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale.

À cet égard, l'utilisation de cette instance universelle de justice doit continuer à être considérée de manière tout à fait résiduelle, face à une réception toujours plus grande dans les législations nationales et dans

⁹ Voilà pourquoi l'activité des nombreuses ONG est indispensable. En effet, à travers la mobilisation de l'opinion publique mondiale, les ONG font pression sur les gouvernements des États intéressés afin que les accusés de crimes graves soient, en premier lieu, poursuivis par la justice nationale et, en deuxième lieu, livrés à la justice internationale.

¹⁰ Les indemnisations ont été prévues pour les victimes des crimes commis par Germain Katanga en 2003 au Congo. Pour ces faits Katanga a été reconnu coupable de crimes contre l'humanité et crimes de guerre. Bien que la rémunération individuelle soit purement symbolique (250 € pour chacune des 297 victimes), il s'agit d'une application importante de l'article 75 du Statut de Rome à laquelle s'ajoutent d'autres formes de réparation de nature collective qui sont fonctionnelles à la réalisation d'autres projets pour la protection des victimes (par exemple pour les aider à soutenir le paiement d'un logement ou pour les aider d'un point de vue pédagogique et psychologique). Cependant, en raison de l'indigence de Katanga, le paiement effectif pourrait avoir lieu à travers le « Trust Fund for Victims ».

le droit de l'UE, des droits fondamentaux des victimes dans le procès pénal, dont la Cour pénale internationale s'est faite promotrice¹¹.

La plus grande faiblesse des instruments généraux de protection des droits de l'homme qui ont été ici brièvement analysés est liée au fait qu'ils ne sont pas inspirés par la philosophie qui a garanti les meilleurs développements dans la protection des droits des enfants, c'est-à-dire, ce qu'on appelle "*child centered approach*"¹².

Cette approche s'est développée grâce à l'apparition des premiers instruments internationaux de protection spécifique des droits des enfants et a eu son apogée avec la Convention des Nations Unies de 1989 relative aux droits de l'enfant (également appelée Convention de New York ou « CIDE ») qui a été définie "*the milestone on children's rights*"¹³ (même si "*a beginning, only a beginning*"¹⁴).

La Convention de New York, à part le fait d'être le traité international sur des droits humains le plus ratifié au monde¹⁵, renferme en soi une signification de portée historique: pour la première fois, en fait, les droits de l'enfant entrent à plein titre dans le monde juridique international par un traité de force contraignante et les enfants sont reconnus comme des individus et non pas comme une propriété de leurs parents ou un produit de l'État.

La Convention relative aux droits de l'enfant se base essentiellement sur quatre principes-clé, guide et inspiration de l'interprétation de tout le texte, ainsi qu'*esprit nouvel* de la Convention même.

Le premier principe général de la Convention est celui de « l'intérêt supérieur de l'enfant », énoncé par l'art. 3. Le Comité de l'ONU des droits de l'enfant, l'organisme qui agit comme moniteur de la Convention, a défini « l'intérêt supérieur de l'enfant » comme «*un critère, un objectif, une ligne de conduite, une notion-guide, qui devrait inspirer, marquer son empreinte et inspirer toutes les normes, les politiques et les décisions internes, aussi bien que les allocations de bilan relatives aux mineurs*»¹⁶. Le but de ce principe est donc de guider toutes les actions et les décisions concernant les mineurs, adoptées par les institutions publiques ou privées, par les tribunaux, par les autorités administratives, les organes législatifs et il doit guider

¹¹ O. TRIFFTERER, *The preventive and the repressive function of the International Criminal Court, The Rome Statute of the International Criminal Court: a challenge to impunity* (edited by M. Politi, G. Nesi), Ashgate, 2001, p. 145.

¹² À ce propos, voir UNICEF, *Child-Centred development: the basis of sustainable human development*, www.unicef.org.

¹³ D. MCGOLDRICK, "*The United Nations Convention on the rights of the child*", in *International Journal of law and the family*, 1991, p. 132.

¹⁴ M. FREEMAN, "*Taking children's rights more seriously*", *International Journal of law and the family*, 1992, p. 71.

¹⁵ Actuellement, le 99% des États du monde entier sont légalement obligés à protéger les droits des enfants, uniquement les États-Unis ont seulement signé, mais pas ratifié la Convention. Au sujet de la non-ratification par les États-Unis, voir G. MEUNIER, *L'application de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant dans le droit interne des États parties*, Editions L'Harmattan, 2002, p. 27-30.

¹⁶ P. ALSTON, B. GILMOUR-WALSH, *The best interest of the child: towards a synthesis of children's rights and cultural values*, Unicef-ICDC, Firenze, 1996, p. 1 et S. DETRICK, *The United Nations Convention on the rights on the child: a guide to the "travaux préparatoires"*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p. 92. Plusieurs articles de la Convention se réfèrent de manière explicite au concept d'"intérêt supérieur de l'enfant"; ce dernier est, en effet, mentionné par rapport aux liens familiaux de l'enfant, à la continuité de son éducation et à son origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique. En particulier, l'obligation d'agir dans le respect de ce principe peut se trouver dans les suivants articles: art. 9 (séparation de l'enfant de ses parents), art. 18 (responsabilité commune des deux parents), art. 20 (enfant privé de son milieu familial), art. 21 (adoption), art. 37 (enfant privé de la liberté) et art. 40 (droit de l'enfant d'être entendu sans retard par une autorité ou une instance judiciaire compétentes, indépendantes et impartiales).

évidemment aussi l'action des parents¹⁷.

La conception d'«intérêt supérieur de l'enfant» a été introduite pour la première fois dans le droit international avec une valeur contraignante par la Convention de 1902 sur la tutelle des mineurs, adoptée par la Conférence de la Haye, et plus tard, cette conception a reçu un rôle plus marqué sur la scène internationale, précisément grâce à l'art. 3 de la CIDE¹⁸.

Respecter l'intérêt supérieur de l'enfant signifie garantir le respect de la dignité du mineur et la satisfaction de ses besoins essentiels; l'enfant doit être la mesure du milieu qui l'entoure et ce n'est donc pas le mineur qui doit s'adapter au milieu¹⁹. Malgré cela, la définition de ce qu'est «l'intérêt supérieur» du mineur, en l'absence d'une définition²⁰, peut porter à un large éventail d'interprétations possibles et, pour ces raisons, cette conception a été souvent critiquée par une partie de la doctrine²¹; selon d'autres par contre, ce principe représente, avec sa propre flexibilité, un progrès indiscutable dans la tutelle des droits de l'enfant²².

La plus grande partie des interprètes sont de toute manière d'accord pour affirmer que ce principe ne doit pas se traduire dans une prévalence *de facto* des droits des mineurs sur les situations de titularité propres des sujets adultes.

En effet, l'art. 3 de la Convention affirme que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être *une* considération primordiale et non *la* considération primordiale et donc il a été décidé d'abandonner l'expression contenue dans la Déclaration de 1959 des droits de l'enfant qui énonçait que “the best interests of the child” devaient être “the paramount consideration”²³.

Le second principe général est contenu dans l'art. 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant, principe qui demande aux Etats membres d'assurer le juste poids aux opinions et aux désirs des mineurs et de

¹⁷ L'État a donc une responsabilité subsidiaire envers les enfants au cas où les parents se révèlent inaptes.

¹⁸ D. FOTRELL, *Revisiting Children's Rights: 10 Years of the UN Convention on the Rights of the Child*, Kluwer Law International, 2000, p. 5. Avant l'entrée en vigueur de la CIDE on pouvait trouver ce principe aussi dans les suivants textes internationaux: dans le principe n. 2 de la Déclaration des droits de l'enfant de 1959 qui, toutefois, n'avait aucun caractère contraignant; dans l'art. 5 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination envers les femmes (1979) et dans quelque observation générale du Comité des droits de l'Homme.

¹⁹ M. DOGLIOTTI, *I diritti del minore e la convenzione dell'Onu, Il diritto di famiglia e delle persone*, 1992, p. 307.

²⁰ Aucun type d'éclaircissement au sujet de la portée exacte de cette notion a été fournie par le Comité des droits de l'enfant.

²¹ Comme Y. BENHAMOU remarque (Y. BENHAMOU, *La Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant, le droit international et le droit français*, note sous l'arrêt de la Cour de Cassation du 15 juillet 1993, JCP, Ed. G, n. 9, 1994, p. 321) peut-être l'intérêt supérieur de l'enfant réside simplement dans le fait de respecter la Convention en lui attribuant le caractère d'applicabilité directe quand ceci paraît possible.

²² Comme affirme E. QUADRI (E. QUADRI, *L'interesse del minore nel sistema della legge civile*, FD, 1999, p. 94) “...non deve scoraggiare la spesso lamentata evanescenza della stessa nozione di “interesse del minore”, dato che la sua vera forza è proprio la flessibilità, legata a quel carattere di relatività e di conformabilità in funzione delle esigenze di volta in volta concretamente da soddisfare, che pure la rende refrattaria ad ogni tentativo di astratta definizione.[...] Rappresentando il “favor minoris” un valore fondamentale per la nostra società, è necessario renderlo operante regola d'azione. E se l'“interesse del minore” è stato maliziosamente paragonato ad una “formula magica”, il più straordinario prodigio che con essa potrebbe compiersi è forse quello di assicurare ad ogni minore la normalità di una vita serena e protesa verso quel futuro che gli appartiene...”». Dans le même sens voir aussi P. ALSTON, B. GILMOUR-WALSH, *The best interest of the child: towards a synthesis of children's rights and cultural values*, op. cit., p. 9.

²³ La version anglaise de la CIDE, contrairement à l'italienne et à la française, parle de « meilleurs intérêts » au pluriel et cette expression semble indiquer que, parmi les divers intérêts/besoins/exigences possibles de chaque enfant ce n'est que « les meilleurs », c'est-à-dire les plus importants qui doivent être pris en compte par les décideurs. Comme l'affirme E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2016, p. 77-78 qui souligne en outre que seulement pour l'institut de l'adoption la CIDE mentionne encore l'absolue prévalence des intérêts de l'enfant, en affirmant, à l'art. 21, que: “States Parties that recognize and/or permit the system of adoption shall ensure that the best interests of the child shall be the paramount Consideration”.

les écouter dans toutes les questions qui les concernent directement²⁴.

L'art. 12 est sans doute une disposition centrale de la Convention dans la mesure où elle encadre la nouvelle façon de voir les mineurs en tant que sujets actifs, en mesure d'exercer leurs droits et d'établir des relations avec le monde des adultes. Ces derniers ne sont plus considérés comme des simples « protecteurs/défenseurs » des mineurs, mais comme des « négociateurs / facilitateurs » en mesure de mettre les enfants dans les conditions plus appropriées pour s'exprimer librement sans subir des pressions.

Respecter l'opinion d'un mineur signifie ne pas l'ignorer *a priori* et reconnaître à l'enfant la possibilité d'influencer une décision qui le concerne directement, en tenant toujours compte de son âge et de son degré de maturité.

La CIDE ne fixe pas un âge minimum à partir duquel les enfants peuvent commencer à exprimer librement leurs opinions, donc, le soi-disant « âge de discernement » devra être déterminé par les normes nationales.

La Convention, en outre, ne prévoit pas de règles prédéterminées ou de paramètres précis que les États membres doivent respecter pour mettre en acte ce principe et ne spécifie point d'autres aspects de procédure liés à l'écoute des mineurs, laissés toujours à la discrétion des tribunaux chargés d'évaluer la maturité de l'enfant.

En outre, comme l'affirme le Comité des droits de l'enfant, l'application de l'art. 12 est fortement liée au respect du droit à l'information, faute duquel on ne peut pas parler d'une vraie et consciente participation des mineurs aux questions qui les concernent. Les enfants, en fait, avant de pouvoir exprimer leurs opinions, doivent être mis en condition de connaître les diverses possibilités qui leur sont offertes et les différentes conséquences; en outre, les mineurs même devront être informés sur les sujets auxquels ils peuvent référer les violations éventuelles de leurs droits²⁵.

Le troisième principe général de la Convention relative aux droits de l'enfant, contenu dans l'art. 2, est celui de non-discrimination²⁶.

Ce principe s'applique à tous les mineurs qui vivent sur le territoire des États membres, y compris les visiteurs, les réfugiés et les mineurs étrangers en situation irrégulière, en particulier pour ce qui concerne le droit aux soins de santé et le droit à l'éducation.

Le Comité des droits de l'enfant a précisé que ce principe n'exclut pas, mais plutôt demande «une différenciation légitime» parmi les mineurs selon les circonstances spécifiques qui les concernent et leurs

²⁴ Le droit de l'enfant à participer activement aux décisions /questions qui le concernent est prévu également dans d'autres articles de la Convention, par exemple dans l'art. 5 (responsabilité des parents), art. 9, 2^o alinéa (séparation de l'enfant des parents), art. 14 (droit de l'enfant à la liberté de pensée, de conscience et de religion), art. 21 (consentement du mineur à son adoption), art. 37 (mineur privé de la liberté) et art. 40 (mineur soupçonné, accusé ou reconnu coupable d'un délit pénal).

²⁵ Comité des droits de l'enfant, Observation Générale n. 12 – Article 12: *le droit de l'enfant d'être entendu*, UN Doc. CRC/C/GC/12 du 20 Juillet 2009.

²⁶ Les articles 24, 25 et 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ont inspiré largement la rédaction de l'art. 2 de la CIDE. Le Comité des droits de l'enfant a affirmé l'importance de l'art. 2 de la Convention de New York également dans son Observation Générale de 2001 sur le droit à l'instruction, en établissant que «la discrimination fondée sur les motifs prévus par l'art. 2 de la Convention, manifeste ou dissimulée, offense la dignité de l'enfant» (Observation Générale 1, 2001, HRI/GEN/1/Rev. 5, par. 257).

exigences particulières dans la mesure où les critères d'évaluation utilisés soient raisonnables, objectifs et que le but poursuivi soit légitime et conforme à la Convention relative aux droits des enfants²⁷.

Le principe de non-discrimination est une constante dans les instruments internationaux de protection des droits de l'homme²⁸.

Par rapport à d'autres conventions internationales de portée générale, la Convention de New York est protégée expressément tant les enfants directement victimes de discrimination que les enfants indirectement discriminés à travers la discrimination dont sont victimes leurs parents ou la personne qui en est responsable.

Enfin, l'art. 6 contient le quatrième et dernier principe général qui informe tout le contenu de la Convention relative aux droits de l'enfant : cet article attribue à chaque enfant le droit à la vie, à la survie et au développement²⁹. Les États membres doivent mettre en action toutes les mesures adéquates pour sauvegarder la vie des enfants présents sur leur territoire, en interdisant et en évitant toute action susceptible de constituer une menace et en offrant des conditions optimales pour que chaque mineur, considéré dans sa spécificité et dans son individualité, puisse vivre sereinement son enfance³⁰.

Ensuite, la CIDE s'occupe plus particulièrement de la tutelle des soi-disant « mineurs à risque », c'est-à-dire des enfants victimes d'exploitation, de violence et d'abus, mais aussi des « mineurs en conflit avec la loi », c'est-à-dire des sujets suspects ou accusés d'avoir enfreint la loi pénale.

Le Comité des droits de l'enfant, en observant qu'il n'existait pas une politique globale uniforme en matière de justice pénale juvénile, a dédié à cette thématique une Observation Générale spécifique en 2007, afin de guider les États envers l'institution d'un système d'administration de la justice conforme aux principes de la Convention de New York³¹.

Dans le présent travail on a pu observer comment les droits et les garanties spéciales, garantis aux mineurs en conflit avec la loi dans le procès pénal, ont été créés à la lumière des dispositions-clé de la Convention relative aux droits des enfants.

Malgré des avancées significatives qui ont été réalisées dans l'harmonisation des droits de l'enfant au niveau international, l'approche à cette thématique dépend encore fortement des conceptions politiques, sociales et des traditions juridiques étatiques.

Une application homogène et uniforme de la CIDE est compromise, par exemple, par le fait que les États sont totalement laissés à leur libre arbitre pour décider quelle est la place accordée à la Convention dans leurs législations et la possibilité, ou non, de l'appliquer d'une manière directe³².

²⁷ Comité ONU pour les droits de l'homme, Observation Générale n. 18 : *le principe de non-discrimination*, HRI/GEN/1/Rev. 2, p. 7-13.

²⁸ En effet, ce principe est listé dans l'art. 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, dans l'article 2 des deux Pactes internationaux relatifs aux droits civils et politiques et aux droits économiques, sociaux et culturels et aussi dans l'art. 14 de la CEDH.

²⁹ Beaucoup d'autres articles de la Convention s'inspirent à l'art. 6, par exemple les articles 19, 24, 37 et 38. Le droit à la vie est exprimé aussi dans l'art. 3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et dans l'art. 6 du Pacte international sur les droits civils et politiques de 1966.

³⁰ Comité des droits de l'enfant, CRC/C/58, 1996, par. 40.

³¹ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n. 10, 25 avril 2007, CRC/C/GC/10.

³² L'art. 4 de la Convention relative aux droits de l'enfant impose, en fait, aux États membres l'obligation générale de mettre en œuvre tous les droits proclamés par la Convention, mais il ne détermine pas des paramètres précis auxquels les mesures nationales

Un autre aspect qui doit être tenu en considération est l'incroyable et extrêmement rapide nombre de ratifications de la Convention relative aux droits de l'enfant et le nombre de réserves d'autant plus élevé qui montre bien que la CIDE représente le fruit de beaucoup de compromis, un texte dans lequel se rencontrent des cultures juridiques et des traditions socio culturelles très différentes qui n'ont été aplanies qu'en partie ou, dans certains cas, seulement en apparence. Les nombreuses réserves représentent donc la dernière tentative des États parties de sauvegarder leurs traditions.

Beaucoup d'États se sont pressés à ratifier la Convention relative aux droits de l'enfant, seulement parce qu'ils ne voulaient pas paraître comme des « transgresseurs des droits des mineurs » aux yeux du monde; cependant, quelques-uns d'entre eux profitent des bénéfices moraux dérivant de cette ratification, mais, par la suite, ne garantissent point le plein effet des dispositions contenues dans la Convention³³.

Mais l'une des critiques les plus fréquentes à la CIDE concerne la faiblesse de son système de contrôle.

Au cours des années, en effet, ce système de monitoring a montré d'être insuffisant et sa principale criticité dérive du fait que ce sont les mêmes États qui doivent s'auto-évaluer et ce faisant ils agissent comme un juge dans sa propre cause.

D'autre part, la Convention relative aux droits de l'enfant est née caractérisée précisément par une approche « non polémique » et à travers le Comité des droits de l'enfant l'accent a toujours été placé sur la nécessité d'un dialogue avec les États membres, conformément à une attitude jamais punitive, même dans les cas les plus graves de violation de la Convention.

L'absence d'un système de monitoring plus efficace était, en outre, contraire aux tendances internationales de la période dans laquelle la Convention de New York a été adoptée³⁴.

Jusqu'en 2014, le Comité des droits de l'enfant ne pouvait recevoir que des rapports nationaux périodiques, dans lesquels les États parties doivent indiquer les mesures qu'ils ont adopté pour mettre en œuvre les droits des mineurs protégés par la Convention et par les deux Protocoles optionnels³⁵. Par contre, le Comité

doivent se conformer. Le Comité des droits de l'enfant même a précisé qu'il n'existe aucun modèle législatif ou administratif univoque auquel faire référence, du moment que, compte tenu de la gamme très ample des systèmes administratifs et législatifs en vigueur dans les ordres juridiques des États membres, il n'est pas possible de préconiser des solutions standardisées (sur ce point voir H. BOKOR-SZEGO, *La protection internationale des droits de l'enfant, La protezione internazionale dei diritti del fanciullo*, Trieste 1993, p. 84 et suiv.). Ainsi la CIDE, laisse une large marge d'appréciation aux États en ce qui concerne la mise en œuvre de ses droits/principes.

³³ D. FOTTRELL (edited by), *Revisiting Children's Rights: 10 Years of the Un Convention on the Rights of the Child*, Kluwer Law International, 2000, p. 14.

³⁴ Le Pacte international des droits civils et politiques, la Convention contre la torture et la Convention sur l'élimination de toute forme de discrimination contre les femmes, par exemple, prescrivaient déjà, à cette époque-là, un système de contrôle à travers non seulement les rapports périodiques, mais aussi la possibilité de présenter des plaintes individuelles. En outre, en dehors du système des Nations Unies, il y avait le cas exemplaire de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), monitorée par la Cour européenne des droits de l'homme.

³⁵ Les rapports doivent être présentés dans le délai de deux ans à partir de la ratification de la Convention, alors que les successifs seront présentés tout le cinq ans (ex art. 44 de la Convention relative aux droits de l'enfant, ex art. 12 de l'OPSC et ex art. 8 de l'OPAC). Après une analyse approfondie des rapports nationaux, le Comité envoie à l'État intéressé des observations conclusives, des conseils et des recommandations sur ce qui peut être amélioré (en soulignant aussi les pratiques positives existant dans d'autres États). L'État devra donner suite et rendre compte sur cela en occasion de la préparation du rapport national successif. En plus de la documentation présentée par les gouvernements, le Comité analyse celle qui est fournie par les Organisations non Gouvernementales et intergouvernementales qui peuvent présenter des rapports supplémentaires ou alternatifs aux rapports des gouvernements sur les matières de leur compétence et dont le travail est nécessaire pour que le Comité puisse obtenir des informations sur la véracité de ce que contiennent les rapports nationaux. Tous les deux ans, le Comité transmet à l'Assemblée Générale un rapport relatif à sa propre activité qui tient compte aussi des rapports reçus par les États.

n'avait pas la possibilité de recevoir des plaintes individuelles contre la violation des droits énoncés dans la CIDE³⁶.

En 2014, le tant attendu Protocole facultatif à la Convention des Droits de l'enfant concernant la procédure de plainte devant le Comité des Droits de l'Enfant est entré en vigueur³⁷.

Grâce au nouveau Protocole, les individus ou les groupes d'individus (ou leurs représentants)³⁸, victimes de violations des droits consacrés soit par la CIDE soit par les des autres deux Protocoles optionnels, pourront dénoncer la violation de leurs droits directement au Comité des droits de l'enfant; celui-ci analysera leurs recours et pourra finalement décider de demander aux gouvernements nationaux de prendre des mesures à ce sujet³⁹.

Malheureusement, malgré les attentes, le texte final du Protocole a déçu ceux qui attendaient un mécanisme de recours pour les mineurs vraiment *child-friendly*.

En effet, comme on l'a vu dans le présent travail, les éléments les plus innovateurs contenus dans le brouillon préparatoire ont été éliminés en faveur d'un texte qui fait bien peu de concessions aux besoins spécifiques des mineurs, puisqu'il se limite à reprendre les procédures prévues dans les autres traités sur les droits de l'homme⁴⁰.

Ce dernier point a été mis en relief par Mme la Dr. Maud de Boer Buquicchio (Députée auprès de l'Office du Secrétaire Générale du Conseil de l'Europe) dans sa contribution finale, dans laquelle elle a affirmé: «*I am afraid that we have affirmed that children are mini-humans with mini-rights and the current draft fits this idea of children*»⁴¹.

Malgré les critiques, l'entrée en vigueur de cet instrument marque sans doute le début d'une nouvelle époque pour la tutelle des droits de l'enfant et l'on s'attend à ce que le Comité des droits de l'enfant fasse son

³⁶ Pour remédier à ce manque de compétence, le Comité a toujours recommandé aux mineurs et à leurs représentants de présenter des plaintes au Comité des droits humains, au Comité contre la Torture, au Comité pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et au Comité pour l'élimination des discriminations contre les femmes et aussi de faire usage des soi-disant « recours urgents », c'est-à-dire les procédures spéciales créées par le Conseil des Droits Humains des Nations Unies. Donc dans le passé, d'autres Conventions internationales ont comblé en partie (parce-que pas tous les droits énoncés dans la Convention de New York peuvent être couverts par d'autres traités) le manque d'un instrument normatif *ad hoc* pour la présentation de plaintes individuelles devant le Comité des droits de l'enfant.

³⁷ En effet, entretemps, la Convention relative aux droits de l'enfant était devenue le seul traité des Nations Unies en matière de droits humains, par ailleurs le plus ratifié, à ne pas disposer d'un mécanisme international de garantie quasi-juridictionnel. Cela évidemment allait en préjudice des droits de l'enfant, d'une manière objectivement discriminatoire à leur égard, compte tenu que bien peu parmi les droits établis par la Convention de New York trouvent une place dans d'autres conventions sur les droits humains et que celles-ci, de toute manière, ne sont pas «*child-oriented*». Sur ce point voir la contribution portée à la première séance du Groupe de travail par Jean Zermatten (doc. A/HRC/WG.7/1/CRP.8) où il a fait clairement observer que dans la quasi-jurisprudence des autres Comités, les cas qui concernaient des situations où des mineurs étaient impliqués constituaient un pourcentage très bas, compris entre 2% et 2,5%; ce qui démontrait la faible perception de ces instruments conventionnels en tant qu'aptes à traiter des cas qui concernent les droits des mineurs.

³⁸ La référence au terme « individu » pour indiquer le requérant plutôt que celui de « mineur/enfant » a été choisi délibérément afin d'inclure aussi les victimes qui étaient mineurs au moment de la violation de la Convention ou des deux Protocoles et qui lors des retards dans l'accomplissement des recours nationaux internes ont atteint la majorité d'âge.

³⁹ En ce qui concerne le nouveau Protocole, Navi Pillay (UN High Commissioner for Human Rights) a affirmé que: «*Children will now be able to join the ranks of other rights-holders who are empowered to bring their complaints about human rights violations before an international body*».

⁴⁰ S. EGAN, *The new complaints mechanism for the Convention on the rights of the child: a mini step forward for children?*, *International Journal of children's rights*, 2014, p. 206 et suiv.

⁴¹ Partie du discours de Maud de Boer Buquicchio, Secrétaire général adjoint du Conseil de l'Europe (http://www.coe.int/t/dc/press/news/20061216_disc_sga_EN.asp).

possible, à travers ses règles de procédure, pour assurer le fonctionnement du Protocole en ligne avec le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant.

En conclusion, on ne peut pas nier que la Convention relative aux droits de l'enfant a élargi de manière considérable les droits des mineurs au niveau international. Le fait qu'elle a été ratifiée quasi universellement en temps record est déjà significatif et indique qu'il y avait déjà à ce moment-là un fort consensus quant à l'esprit de la Convention (bien que non proprement au sujet du respect littéral de ses dispositions).

En outre, les droits de l'enfant n'ont pas fini de se marginaliser, comme c'est le cas pour les droits reconnus aux femmes, mais les mineurs ont été placés au centre de toute action qui les concerne directement ou indirectement⁴².

Mais la véritable importance de la Convention relative aux droits des enfants est d'avoir consacré au niveau international l'idée que les enfants sont sujets de droits au tant que les adultes.

La principale caractéristique de l'enfant est sa dualité parce-que l'enfant, même si est un sujet de droits, conserve, toutefois, le droit d'être protégé dans sa spécificité et la tentative de la Convention d'essayer de concilier ces deux aspects, contradictoires en apparence, a été une source d'inspiration pour un grand nombre d'initiatives nationales visant à protéger les enfants, telle que la création d'un vaste éventail d'organes, de structures et d'activités centrés sur les besoins de l'enfance⁴³.

La Convention de New York a été également la base pour l'adoption d'autres instruments internationaux et européens, qui, comme nous le verrons par la suite, ont augmenté sa portée d'application et surement élevé le *standard* de protection existant à l'époque de son adoption.

En plus, la Convention a introduit une nouvelle méthodologie d'action, c'est-à-dire la mise en lumière de l'importance d'une approche multidisciplinaire et intersectorielle pour la définition de politiques et de programmes d'action en faveur des mineurs qui doivent se caractériser par une synergie d'intervention plus que par leur fragmentation, afin d'assurer l'indivisibilité et l'interdépendance des droits que la Convention même tutelle⁴⁴.

Le Comité des droits de l'enfant a joué lui aussi un rôle très important pour faire proliférer l'adoption de politiques «*child-friendly*» dans les États contractants, en considérant toujours la ratification de la Convention relative aux droits de l'enfant purement comme un point de départ vers une justice adaptée aux enfants.

Néanmoins, la prestigieuse juriste Isabella Barrière Brousse a affirmé que bien que la Convention relative aux droits de l'enfant ait inspiré un nouvel esprit à l'«internationalisation» du droit de l'enfance, il ne

⁴² D. FOTRELL, *Revisiting Children's Rights: 10 Years of the UN Convention on the Rights of the Child*, op. cit., p. 13.

⁴³ Par exemple: des unités pour les droits des enfants auprès du Gouvernement, des ministres pour l'enfance, des coalitions de ONG pour les droits des mineurs, des « ombudspersons », des référendums ouverts seulement aux mineurs et ainsi de suite. Sans aucun doute, le fait d'assister à ces progrès indique un changement dans la perception du rôle des mineurs à l'intérieur de la société, la volonté de donner une priorité politique majeure à l'enfance et également une sensibilité croissante pour l'impact de l'action des gouvernements nationaux sur les enfants et sur leurs droits, comme l'a dénoté aussi le Comité des droits des mineurs (à ce propos voir: Commentaire Général n. 5, *Mesures d'application de la Convention relative aux droits de l'enfant* (arts. 4, 42 et 44, al. 6), CRC/GC/2003/5).

⁴⁴ G. MEUNIER, *L'application de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant dans le droit interne des États parties*, op. cit., p. 40.

faut pas se faire des illusions sur le succès réel de cet événement, dans le sens que «*le jeux des réserves, les limites juridiques, politiques, économiques ou sociologiques relatifs à la transposition des règles internationales posées par la Convention, excluent la possibilité de considérer réalisés, ou en voie de réalisation, les objectifs proposés*»⁴⁵.

Isabella Barrière Brousse critique aussi la tentative de la Convention de concilier de manière arbitraire et ambiguë, des traditions, des cultures et des systèmes juridiques trop différents entre eux. Ce qui pousse enfin, comme d'autres le soutiennent dans la doctrine⁴⁶, à faire prévaloir le «judiciaire» sur le «juridique», c'est-à-dire à laisser trop d'espace à l'interprétation de la part des juges nationaux.

Dans le but de présenter une image des droits garantis aux mineurs à niveau international qui soit la plus complète possible, dans la suite du présent travail on a considéré opportun d'analyser la différence entre le système de la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant et le système des Conventions de la Haye dans le domaine de la protection des droits des mineurs.

En ce qui concerne les dernières conventions, l'accent a été mis, en particulier, sur les conventions qui ont été l'objet d'une large ratification de la part des États membres de l'Union européenne⁴⁷ et on a approfondi surtout le sujet de l'enlèvement international d'enfants parce-que, par la suite, on a cherché à évaluer les différentes modalités de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de Justice- pour rendre opératives les dispositions des Conventions de La Haye en matière.

Il convient de faire remarquer tout d'abord que les Conventions de La Haye ne sont pas de simples documents politiques, même si elles contiennent des déclarations de principe (en particulier dans leurs préambules). À ce titre, il faut relever comment dans la praxis de la Conférence de la Haye les réserves ont été rarement admises et, en tous cas, toujours avec une forte reluctance, contrairement au système des Nations Unies qui les admet amplement⁴⁸. Les Conventions de La Haye établissent en effet des normes de droit international privé et demandent donc des actions concrètes.

En définitive les Conventions de La Haye transforment «*soft law rights into pragmatic mechanism (hard law)*»⁴⁹; depuis longtemps elles ont le rôle d'appliquer les dispositions de la Convention de l'ONU

⁴⁵ I. BARRIERE BROUSSE, *L'Enfant et les Conventions Internationales*, Journal du droit international, 1996, n. 4, p. 844 et suiv.

⁴⁶ Parmi d'autres Y. LEQUETTE (Y. LEQUETTE, *Le droit International privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales*, dans RCADI, 1994, vol. 2, p. 246 et suiv) et P. CENDON (P. CENDON, *Il bambino e le cose. Diritti e doveri dei minori nella società dei consumi*, Franco Angeli, Milano, 1993), affirment que la Convention des droits de l'enfant est un document trop générique et peu incisif, qui met dans un unique conteneur trop de questions différentes et qui ne s'occupe pas du problème principal, c'est-à-dire celui de définir les lignes fondamentales d'un système efficace de remèdes contre les délits commis contre les mineurs.

⁴⁷ L'Union européenne fait partie depuis 2007 de la Conférence de La Haye sur le droit international privé. La protection des mineurs a été au centre de l'attention de la Conférence depuis le début de son existence. La Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs qui a été adoptée par la Conférence de La Haye représente, en effet, l'un des premiers instruments concernant la position juridique du mineur dans le contexte international. Actuellement, l'Union a ratifié la Convention de la Haye de 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille et le Protocole de la Haye du 23 Novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires ; elle a également signé la Convention de la Haye du 20 Juin 2005 sur les accords d'élection de for.

⁴⁸ À cet égard voir D. McCLEAN, *Perspectives on universal ratification*, S. Detrick & P. Vlaardingerbroek (eds.), *Globalization of Child Law - the role of the Hague Conventions*, 1999, p. 84.

⁴⁹ A. MARAVEL, *The U.N. Convention on the rights of the child and the Hague Conference on Private International Law: The dynamics of children's rights through legal strata*, *Transnational law & contemporary problems*, 1996, p. 320.

relative aux droits de l'enfant et, en matière d'enlèvement international d'enfants, la Convention de La Haye de 1980 représente sans doute le meilleur véhicule, au niveau international, pour la mise en œuvre de ce que l'art. 11 de la CIDE a prévu neuf ans plus tard et tous les États membres de l'Union européenne ont procédé à la ratifier⁵⁰.

Par la suite, toutefois, l'insatisfaction de ces derniers quant au fonctionnement de la Convention de La Haye de 1980⁵¹, a amené l'Union européenne à adopter le règlement (CE) 2201/2003 (Bruxelles II *bis*) relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale.

Le règlement européen a, en quelque sorte, «communautarisé» le mécanisme consolidé par la Convention de La Haye en intégrant sa discipline avec des normes spécifiquement applicables dans l'espace juridique européen⁵².

En particulier, la *ratio* sous-jacente à l'introduction de ces dispositions découle de la nécessité de rendre concrètement opératif le principe de la confiance réciproque entre les États membres dans le délicat domaine des enlèvements internationaux d'enfants⁵³.

En effet, la jurisprudence de la Cour de Justice en la matière, a démontré, d'un côté, que le principe de confiance réciproque dans des situations impliquant des mineurs enlevés en toute illégalité a encore du mal à être appliqué par les États membres et, de l'autre côté, que la Cour de Justice, une fois investie de telles questions, tend à prévoir des dérogations très limitées à ce principe, parmi lesquelles il ne semble pas que la réalisation de l'intérêt supérieur de l'enfant, dans le cas concret, en soit l'objectif principal⁵⁴.

On a vu aussi que, après l'adoption de la Convention de La Haye de 1980, les principes énoncés dans la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant ont eu une forte répercussion dans les conventions successives de La Haye en matière de mineurs⁵⁵. La première preuve en fut l'adoption de la Convention de

⁵⁰ C.S. BRUCH, *The Hague child abduction convention: past accomplishments, future challenges*, S. Detrick & P. Vlaardingerbroek (eds.), *Globalization of Child Law - the role of the Hague Conventions*, 1999, p. 37.

⁵¹ La référence est surtout à la France. Sur ce point voir le "Document de travail de la Commission. Reconnaissance réciproque des décisions relatives aux droits parentaux", 27 Mars 2001, COM (2001) 166, p. 8 et en doctrine voir M. TENREIRO, *L'espace judiciaire européen en matière de droit de la famille, le nouveau règlement Bruxelles II, Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale* (sous la dir. de Hugues Fulchiron, Cyril Nourissat), Dalloz, 2005, p. 19.

⁵² S. TONOLO, *L'enlèvement des mineurs dans le droit processuel civil européen: le règlement de Bruxelles II-bis et la convention de la Haye de 1980 en comparaison*, *Revue de droit International privé et processuel*, 2011, p. 81 et suiv. et P. McELEVY, *Brussels II bis: Matrimonial Matters, Parental Responsibility, Child Abduction & Mutual Recognition*, *International and Comparative Law Quarterly*, p. 503-512.

⁵³ À ce sujet voir P. McELEVY (McELEVY, *Brussels II bis: Matrimonial Matters, Parental Responsibility, Child Abduction & Mutual Recognition*, op. cit., p. 510) et W. DUNCAN (W. DUNCAN, *Transfrontier protection of children. Administrative and judicial co-operation and the role of the Hague Conventions*, *Commonwealth Judicial Journal*, 2001, p. 6) selon lesquels la confiance réciproque parmi les autorités judiciaires des États parties de la Convention est un des fondements essentiels pour le fonctionnement de la même Convention et "is not something that can be assumed or legislated into existence. It is a fragile plant that need to be nurtured".

⁵⁴ À ce sujet voir l'analyse, dans le présent travail, des suivantes arrêts de la Cour de Justice: C-403/09 *Detiček*, C-211/10 *Povse*, C-491/10 *Aguirre Zarraga*.

⁵⁵ La Convention relative aux droits de l'enfant contient un catalogue de principes et de droits très généraux qui ont besoin d'être mise en œuvre à travers des instruments plus concrets, techniques et procédurales. On peut trouver des références spécifiques à d'autres traités internationaux, en tant que modalité complémentaire pour rendre opérative la Convention de New York, dans les dispositions de cette dernière à propos, en particulier, de l'adoption (art. 21, lettre e), de l'enlèvement international d'enfants (art. 11, alinéa 2), de l'obligation de garantir aux mineurs le droit aux soins de santé (art. 24, 4° alinéa) et des enfants réfugiés (art. 22, 1° alinéa).

La Haye de 1996 sur la protection des mineurs, qui met en pratique un grand nombre de dispositions de la CIDE et qui représente aussi un supplément important pour les dispositions de la Convention de La Haye de 1980 en matière d'enlèvement d'enfants. En outre cette Convention de la Haye a été ratifiée par tous les États membres de l'Union européenne⁵⁶.

La limite du « système » des Conventions de La Haye dérive du fait qu'elles sont mises à l'épreuve non seulement par la prévalence de la législation de l'UE et par les dispositions de la CEDH, mais aussi par la pratique des États parties de donner la priorité aux intérêts de leurs compatriotes dans le domaine très sensible d'enlèvement international d'enfants, mais aussi dans d'autres situations impliquant des mineurs et leurs familles dans des situations transfrontalières.

En poursuivant l'analyse des instruments internationaux spécifiquement dédiés aux mineurs, le présent travail s'est ensuite focalisé sur les Conventions de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) en matière de travail des enfants.

On a eu l'occasion, en particulier, de mettre en évidence les points faibles de la Convention de 1973 n. 138 concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi et qui s'applique en règle générale à tous les secteurs de l'activité économique, rétribuée ou moins, en établissant des critères internationaux sur l'âge minimum des mineurs qui exercent une occupation⁵⁷.

Cette Convention, qui a été ratifiée par tous les États membres de l'Union européenne constitue encore à ce jour la référence fondamentale à niveau international sur la question de l'âge minimum pour l'admission au travail⁵⁸.

La présente recherche a montré la grande flexibilité laissée aux États parties dans l'exécution de la Convention n. 138, répondant à l'objectif évident d'attirer dans sa sphère d'application les Pays où le travail juvénile est largement répandu et auxquels, en outre, a été accordé un large pouvoir de déroger aux principes généraux sur l'âge minimum ; les soi-disant « *clauses de souplesse* » contenues dans la Convention permettent, en fait, surtout aux Pays en voie de développement, d'assumer des obligations différenciées et d'adapter l'application de la Convention à leurs propres exigences internes⁵⁹.

Il est également consenti à ces Pays d'opter pour une application sélective de la Convention, c'est-à-dire limitée seulement à quelques secteurs économiques ou à des typologies d'industries où sont employés des travailleurs mineurs, sauf pour quelques secteurs spécifiques expressément indiqués, auxquels la Convention doit être appliquée entièrement d'une manière absolue.

⁵⁶ À cet égard on peut souligner que la ratification de la Convention de La Haye de 1996 était devenue obligatoire pour les États membres de l'UE suite à la décision 2008/431/CE du Conseil, du 5 Juin 2008, selon laquelle les États ont été autorisés à la ratifier avant le 5 Juin 2010. L'Union européenne souhaitait que les États membres ratifient cette Convention du moment qu'il s'agit d'un instrument de nature mixte qui, sous certains aspects, relève de la compétence étatique (en ce qui concerne, par exemple, la loi applicable à la garde des mineurs et à d'autres mesures de protection), alors que sous d'autres aspects relève de la compétence exclusive de l'Union européenne (en ce qui concerne la juridiction, la reconnaissance et l'exécution des dispositions entre les différents États membres de l'Union).

⁵⁷ OIT, *Child labour: Targeting the intolerable*, 1996, p. 26.

⁵⁸ R. NUNIN, *Lavoro minorile*, Sesta M. (a cura di), *Codice della famiglia*, Tomo II, Giuffrè, Milano, 2007, p. 4208.

⁵⁹ A. PERULLI, *Diritto del lavoro e globalizzazione. Clausole sociali, codici di comportamento e commercio internazionale*, Padova, 1999, p. 10 et R. ADAM, *Attività normativa e di controllo dell'OIL ed evoluzione della Comunità internazionale*, Milano, 1993, p. 63.

Malgré ces tentatives de rendre la Convention n. 138 plus «attractive» pour tout le monde, pendant très longtemps elle a recueilli très peu de ratifications⁶⁰.

Toute cela souligne la grande différence entre les ratifications enregistrées par cette Convention et celles de la Convention relative aux droits de l'enfant: la CIDE se caractérise par une exposition de principes éthiques sans une réelle prospective d'effectivité, au moins jusqu'à l'entrée en vigueur du Protocole optionnel concernant la procédure de plainte devant le Comité des Droits de l'Enfant, tandis que les Conventions de l'OIT demandent aux États parties une action concrète et incisive pour atteindre l'objectif de l'élimination du travail juvénile qui ne respecte pas certains standards déterminés⁶¹.

Un exemple qui montre comment les instruments de l'OIT peuvent être plus incisifs par rapport à la Convention de New York est donné par la «Déclaration relative aux Principes et droits fondamentaux au travail»⁶² dans laquelle il est affirmé que les États parties de l'OIT et les organisations des travailleurs et des employeurs ont l'obligation de promouvoir et d'appliquer les droits considérés fondamentaux, parmi lesquels figure aussi l'élimination du travail juvénile, et par le seul fait d'avoir adhéré à l'OIT et donc, même en absence d'une ratification des conventions qui sanctionnent cette pratique.

Malgré, le très édulcoré pouvoir de coercition des instruments de l'OIT, en effet, les principes consacrés par l'Organisation Internationale du Travail résultent presque toujours implémentés dans les États membres grâce à la composition tripartite des institutions qui adoptent ces conventions internationales. Comme ces dernières peuvent compter sur l'appui des gouvernements, des travailleurs et des employeurs, les instruments normatifs de l'OIT ont davantage de possibilités d'être correctement transposés à niveau national, du moment que ces actes naissent déjà d'un consensus anticipé qui réduit par soi-même les hypothèses de violation.

Les plus grandes conquêtes de l'Organisation Internationale du Travail envers l'élimination du travail juvénile sont principalement deux: en plus de la Convention de 1973 n. 138 sur l'âge minimum, on peut citer aussi la Convention n. 182, contre les pires formes de travail des enfants, entrée en vigueur en 2000 et ratifiées par tous les États membres de l'Union Européenne.

Ces deux Conventions ont été définies comme les «lignes directrices» à suivre au niveau international (*core labour standards*) dans la lutte contre le travail des enfants. Cependant, toutes les deux, et surtout la Convention n. 182, plus que mettre l'accent sur les droits garantis aux mineurs au travail, s'expriment en parlant d'obligations incombant aux États.

L'énorme prolifération d'instruments pour protéger les droits de l'homme et les droits des mineurs à niveau international peut finir par prêter confusion à l'interpréteur.

Par exemple, l'art. 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques prévoit que les États parties s'engagent à respecter la liberté des parents d'assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions et l'art. 13 du Pacte international relatif aux droits économiques,

⁶⁰ R. NUNIN, *Lavoro minorile*, op. cit., p. 4209-4210.

⁶¹ LANSKY, *Le travail des enfants: un défi à relever*, RIT, 1997, p. 260.

⁶² La Conférence internationale du Travail a adopté cette Déclaration pendant sa 86ème session en 1998.

sociaux et culturels garantit les mêmes droits aux titulaires de la responsabilité parentale.

Bien que dans le respect de ces derniers instruments les États soient expressément autorisés à donner la préférence aux croyances des parents sur ceux des enfants, l'art. 14 de la Convention relative aux droits de l'enfant a changé radicalement l'approche en déclarant que les États parties doivent respecter le droit de l'enfant à la liberté de pensée, de conscience et de religion et les parents n'ont que le droit et le devoir de guider leurs enfants dans la meilleure façon de développer leurs capacités.

C'est juste un exemple de la façon dont un État peut être lié simultanément à plusieurs instruments internationaux qui favorisent des conceptions radicalement différentes de l'enfant, le reconnaissant titulaire ou non de certains droits.

La prise de conscience que le droit juvénile doit faire face à des thématiques plus circonscrites, tout en devenant plus pragmatique et en gagnant ainsi de l'efficacité⁶³, a amené la présente recherche à analyser le niveau de protection accordé aux droits de l'enfant dans un territoire beaucoup plus restreint et donc plus homogène, comme celui des États membres du Conseil de l'Europe.

2. La normative régionale: le rôle du Conseil de l'Europe et de la CEDH dans la protection des droits de l'enfant

Parmi les instruments adoptés par le Conseil de l'Europe, le plus célèbre est sûrement la Convention européenne des droits de l'homme (« CEDH »).

La CEDH, en elle-même, n'a pas l'apparence d'un traité *child-friendly*, en considérant qu'elle ne se réfère expressément aux mineurs que dans les articles 5 et 6, et, par conséquent, son potentiel en matière de protection des droits des enfants n'est pas évident à première vue.

Au cours de ces années, la Cour européenne des droits de l'homme a protégé les droits des enfants en interprétant de manière extensive certains articles de la CEDH⁶⁴, parmi lesquels, notamment, les articles 2 (droit à la vie), 3 (interdiction de la torture), 4 (interdiction de l'esclavage et du travail forcé) et 8 (droit au respect de la vie privée et familiale)⁶⁵.

⁶³ I. BARRIÈRE BROUSSE, *L'Enfant et les Conventions Internationales*, ibidem, p. 844 et suiv. Voir aussi M. MARCHEGANI, *La Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo: nascita, sviluppo e consacrazione dei diritti dell'infanzia*, sur <http://garanteminori.regione.marche.it>, p. 17.

⁶⁴ Sur ce point voir U. KILKELLY, *The Child and the ECHR*, Dartmouth: Ashgate, 1999 et G. VAN BUEREN, *Les droits de l'enfant en Europe. Convergence et divergence dans la protection judiciaire*. Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2008.

⁶⁵ Les droits des enfants sont entrés sous la protection de la CEDH en raison du fait que les dispositions de la Convention sont formulées de manière à permettre une leur interprétation dynamique et extensive (voir U. KILKELLY, *The impact of the Convention on the case-law of the European court of human rights*, D. Fottrel (edited by), *Revisiting Children's Rights: 10 Years of the Un Convention on the Rights of the Child*, Kluwer Law International, 2000, p. 90). Cette approche interprétative est compatible avec la nature évolutive de la Convention qui a été reconnue par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Tyrer* de 1978, dans lequel la Cour a établi, pour la première fois, que la CEDH est un instrument vivant qui tient compte de l'influence de la société pour l'application de ses normes (CEDH, *Tyrer vs. UK*, 1978).

La Cour européenne a utilisé différentes approches pour protéger les droits des mineurs: d'abord, elle a fréquemment utilisé une approche « procédurale » consistant à imposer aux États une série d'obligations de procédure considérées nécessaires pour assurer également la protection effective des droits substantiels consacrés par la CEDH.

La deuxième modalité utilisée par la Cour européenne pour protéger les droits des enfants a été celle de créer des nouvelles obligations positives incombant aux États parties. Cette technique représente aussi la vraie particularité de la contribution de la Cour européenne des droits de l'homme à l'avancement des droits des enfants.

Cependant, ces deux mécanismes peuvent conduire à des résultats imprévisibles, ainsi que l'utilisation du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant qui est absent dans la CEDH, mais qui a commencé à s'affirmer de plus en plus dans sa jurisprudence suite à l'entrée en vigueur, en 2000, de la Convention européenne du Conseil de l'Europe sur l'exercice des droits des enfants qui l'énonce explicitement.

En outre, afin de protéger les enfants, la Cour européenne des droits de l'homme, dans ses arrêts, tient souvent compte d'autres instruments internationaux et du droit de l'UE pour renforcer ses arguments ou pour combler les lacunes de la CEDH. Par exemple, dans les arrêts de la Cour européenne on peut trouver de nombreuses références à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant et il est donc évident que à ce dernier instrument a été donné le pouvoir d'influencer énormément le raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme et cela a permis de maximiser le potentiel des deux Conventions au profit de la promotion des droits des enfants⁶⁶.

En ce qui concerne les relations avec l'Union européenne, jusqu'à la fin des années '90, la Cour européenne des droits de l'homme a montré une apparente indifférence au droit communautaire en tant que paramètre à utiliser dans la construction de ses processus argumentatifs.

En effet, même si c'est vrai que la référence à la Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour de justice a représenté l'instrument principal de construction du système de l'UE de protection des droits humains; c'est seulement lorsque l'Union européenne a adopté, en 2000, la Charte de Nice des droits fondamentaux de l'UE, que la Cour européenne des droits de l'homme a dépassé son indifférence traditionnelle à l'égard du droit communautaire, en considérant enfin l'Union européenne comme un interlocuteur approprié dans le domaine des droits fondamentaux.

Aujourd'hui, il est très fréquent que la Cour européenne des droits de l'homme considère la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en tant que source d'intégration de son paramètre de jugement dans l'interprétation de la CEDH, alors que c'est toujours plus rare de trouver des arrêts de la Cour de justice avec des références à la CEDH.

⁶⁶ U. KILKELLY, *The impact of the Convention on the case-law of the European court of human rights*, op. cit., p. 88.

Pour un premier exemple on peut voir l'arrêt du 22 Février 1994 (affaire *Burghartz c. Suisse*), dans lequel la Cour européenne des droits de l'homme, afin de remédier à l'absence, dans l'art. 8 de la CEDH, d'une référence explicite à la protection du droit au nom, a rappelé l'art. 8 de la CIDE (à cet égard voir : G. MEUNIER, *L'application de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant dans le droit interne des états parties*, op. cit., p. 171). Plus récemment, la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé la CIDE dans l'affaire *Söderman c. Sweden* (Grande Chambre, 12 novembre 2013).

Généralement, en effet, on peut noter une tendance de la Cour de justice à utiliser exclusivement les dispositions de la Charte des droits fondamentaux.

Tout cela complique la relation entre les deux cours qui avait commencé à se consolider à partir du célèbre arrêt *Bosphorus* de la Cour européenne des droits de l'homme⁶⁷.

À l'heure actuelle, bien que la Cour européenne des droits de l'homme soit été, jusqu'à présent, plutôt prudente à juger la conformité du droit européen avec la CEDH, la présomption d'équivalence du système de l'UE de protection des droits fondamentaux avec les garanties de la CEDH apparaît toujours plus précaire.

Un autre instrument important adopté par le Conseil de l'Europe est la Charte sociale européenne⁶⁸, traité général sur les droits de l'homme qui, contrairement à la CEDH, protège en particulier les droits économiques, sociaux et culturels⁶⁹.

Surtout en raison des différents types de droits qui y sont contenus, les différences entre la CEDH et la Charte sociale européenne sont remarquables (par exemple, les États parties ont le droit d'être liés seulement partiellement aux dispositions de la Charte sociale européenne) et il faut remarquer que l'Union européenne s'est engagée à adhérer seulement à la CEDH.

En ce qui concerne les enfants, la protection que la Charte sociale européenne offre à leurs droits n'est pas vue comme un *quid pluris* qui doit être garanti à cette catégorie particulièrement vulnérable, mais plutôt comme une protection nécessaire et basilaire que tous les individus, en tant que tels, ont droit à recevoir dans la première partie de leur vie.

La Charte sociale européenne, en fait, accorde, en premier lieu, une attention particulière à la période précédente et postérieure à la naissance, puis elle consacre une disposition à la protection des enfants travailleurs et une autre norme s'occupe de fournir aux enfants une protection adéquate du point de vue social, juridique et économique. Les trois dispositions dédiées aux enfants ont donc un contenu principalement de nature protectrice.

Dans l'analyse du système de la Charte sociale européenne on a pu apprécier, en particulier, la détermination avec laquelle le Comité européen des droits sociaux, qui contrôle le respect de la Charte, insiste sur la nécessité de ne pas laisser sans protection les individus les plus vulnérables et qui sont au risque de discrimination et de marginalisation⁷⁰.

En raison de leur vulnérabilité, les mineurs ont été très souvent les destinataires de décisions du Comité adoptées en réponse à des plaintes collectives portant sur la violation des leurs droits.

Bien que le Comité européen des droits sociaux représente sans aucun doute l'un des organes les plus actifs dans le « système » du Conseil de l'Europe, l'instrument des requêtes individuelles devant la Cour

⁶⁷ Cour européenne des droits de l'homme, *Bosphorus c. Ireland*, 30 juin 2005.

⁶⁸ La Charte sociale européenne a été adoptée en 1961 et révisée en 1996.

⁶⁹ O. DE SCHUTTER, *L'adhésion de l'Union européenne à la Charte Sociale européenne révisée*, EUI WPL, 2004/11.

⁷⁰ C. PANZERA, *Per i cinquant'anni della Carta sociale europea*, intervention lors de la conférence "*I diritti sociali dopo Lisbona. Il ruolo delle Corti. Il caso italiano. Il diritto del lavoro fra riforme delle regole e vincoli di sistema*", Reggio Calabria, 5 novembre 2011.

européenne des droits de l'homme, pour signaler des violations de la CEDH, reste celui que, jusqu'à présent, a offert la contribution la plus importante à l'avancement des droits des enfants au sein du Conseil de l'Europe.

En général, du point de vue des instruments actuellement « mobilisés » au niveau international, la protection que le Conseil de l'Europe arrive à assurer aux enfants avec la CEDH, la Charte sociale européenne, les Lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants et les différentes conventions consacrées à des aspects spécifiques de la protection des mineurs est, sans aucun doute, la plus riche et efficace et arrive à compenser très bien l'absence d'un texte général de protection des leurs droits.

Dans ce système complexe, la CEDH est le véritable « bijou » du système du Conseil de l'Europe à protection des enfants parce que les autres conventions sont victimes des limites typiques de ces instruments internationaux qui les rendent peu efficaces.

Certaines conventions, par exemple, ont reçu peu de ratifications (comme la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants qui en a, jusqu'à présent, seulement vent) ou ont été l'objet de nombreuses réserves et déclarations interprétatives.

En outre, presque toujours, ces conventions doivent être incorporées dans le droit national ou dans la législation de l'UE afin d'être effectivement appliquées par les États parties (comme ce fut le cas, par exemple, avec la Convention de Varsovie et celle de Lanzarote qui ont inspiré les deux directives de l'UE en matière, respectivement, de traite des êtres humains et d'exploitation sexuelle des enfants). Une autre possibilité pourrait être, pour l'avenir, celle d'inclure des dispositions dédiées aux enfants dans un protocole additionnel à la CEDH pour faire en sorte que leur respect pourra être vérifié par la Cour européenne des droits de l'homme⁷¹.

De plus, malheureusement, dans la plupart des instruments du Conseil de l'Europe qui ont été analysés on a pu noter l'approche « classiques » aux droits de l'enfant, selon laquelle l'objectif principal est la protection des enfants et non la valorisation de leurs droits en tant que personnes capables de participer activement aux questions que les concernent. Cette même approche est présente aussi dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à l'égard de l'utilisation du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Les arrêts de la Cour européenne qui ont été analysés dans ce travail ont révélé, en effet, la grande attention de la Cour pour les particularités de l'affaire, le rejet de chaque type de généralisation et, surtout, une grande sensibilité pour les mineurs impliqués, ayant besoin de protection. Ses décisions, parfois appelées « quasi humanitaires », ont été, en effet, souvent critiquées par une partie de la doctrine à travers l'utilisation de l'expression « *judicial lottery* » afin de mettre en évidence l'absence de clairs critères d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour⁷².

⁷¹ Comme le suggère E. VERHELEN, *Monitoring children's rights*, E. VERHELEN (edited by), *Monitoring children's rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 18-19.

⁷² Sur ce point voir D. THYM, *Respect for Private and Family Life under article 8 ECHR in immigration cases: a human right to regularize illegal stay?*, *International and Comparative Law Quarterly*, 2008, p. 15 et A. VETTOREL, *L'incidenza del Judicial activism della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di Giustizia sugli ordinamenti statali: i nuovi diritti delle famiglie migranti*, www.forumcostituzionale.it.

Ces observations semblent tout à fait appropriées, étant donné que l'évaluation de situations très similaires où étaient impliqués des mineurs ont souvent conduit la Cour européenne des droits de l'homme à des conclusions diamétralement opposées.

L'analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a montré, en outre, que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant représente un critère que la Cour utilise pour sacrifier tant les droits des parents que les prétentions des États nationaux quand on doit protéger le correct développement mental et physique de l'enfant concerné.

En effet, dans les cas où la Cour européenne a été appelée à intervenir pour protéger un enfant particulièrement vulnérable, c'est possible d'identifier un fil jurisprudentiel assez logique et cohérent. Par contre, on ne peut pas affirmer le même au sujet des affaires où les enfants concernés devaient être protégés en tant que sujets de droits et non en qualité d'objets de protection⁷³.

Et c'est précisément l'utilisation du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant qui, souvent, donne vie à cette ambivalence, en finissant pour fonctionner comme une véritable « formule magique » qui est capable de conduire à n'importe quelle conclusion de l'affaire⁷⁴.

Le supérieur intérêt de l'enfant, à partir d'un simple critère interprétatif est devenu un autonome principe général dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et cette importante évolution a commencé à être de plus en plus évidente depuis le 2010, année du célèbre arrêt de la Cour dans l'affaire *Neulinger et Shourouk c. Suisse* en matière d'enlèvement international d'enfants.

Ce dernier arrêt est très important aussi parce que la Cour européenne des droits de l'homme a construit son raisonnement en se fondant notamment sur la Convention relative aux droits de l'enfant. Cette évolution du principe a également permis à la Cour européenne des droits de l'homme de poursuivre sa lutte contre l'automatisme, en obligeant les États à établir toujours un juste équilibre entre les intérêts affectés et à n'évaluer qu'à son résultat quelle est la meilleure solution pour l'enfant à long terme.

Un autre aspect significatif et constant de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a été celui d'avoir étendu le concept de « vie privée et familiale » et, par conséquent, également la notion de « famille ».

C'est par ce biais que la Cour européenne, en représentant la famille le fondement de la société et le premier lieu dans lequel les enfants doivent se sentir (et être) protégés, a réussi à entourer de garanties le droit des enfants de vivre dans un milieu familial approprié à leur développement, grâce à sa nombreuse jurisprudence d'interprétation de l'art. 8 de la CEDH.

En outre, le renvoi assez fréquent à la Convention de New York par la Cour européenne des droits de l'homme a permis à la CEDH d'évoluer avec la reconnaissance croissante des droits des enfants et de devenir

⁷³ M. C. RUO, *The best interest of the child" nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, *Minori giustizia*, fasc. 3, 2011, p. 54.

⁷⁴ Comme le remarque E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2016, p. 100. La comparaison du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant à une "formule magique" se doit à J. CARBONNIER, *Droit Civil, I.2, La famille, les incapacités*, Presses Universitaires de France, 1969.

un point de référence important pour leur protection. Cette opération a permis aussi à la Convention relative aux droits de l'enfant de ne pas rester seulement un outil de type idéologique et programmatique.

À la CEDH et à sa jurisprudence interprétative est attribué une importance juridique qui n'est pas accordée aux autres conventions internationales, étant donné qu'uniquement cette convention a représenté, surtout dans le passé, un point de référence fondamental pour déterminer le contenu et le niveau de protection des droits fondamentaux à niveau de l'UE.

Cependant, l'analyse jurisprudentielle qui a été menée a permis de souligner que, dans certains cas, les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme donnent lieu à un conflit avec les décisions adoptées par la Cour de Justice dans des cas similaires.

Comme on le verra mieux ci-après, ces incompatibilités rendent difficile le dialogue entre les deux Cours, en ouvrant aussi la voie à une protection différenciée des droits des enfants.

PARTIE II

LA TUTELLE DES DROITS FONDAMENTAUX DES MINEURS DANS L'UNION EUROPÉENNE

1. *Le cadre normatif primaire pour la protection des mineurs e le rôle de la jurisprudence de la Cour de Justice dans la tutelle des droits de l'enfant*

Les initiatives promues par l'Union européenne dans le domaine de la protection des droits des mineurs représentent un *continuum* de celles qui ont été adoptées par les Nations Unies et le Conseil de l'Europe.

L'approche de l'Union européenne à l'égard des enfants a évolué au cours des dernières années, influencée par le rythme de l'intégration européenne, par le développement du concept de « citoyenneté européenne » et par l'élargissement de l'Union⁷⁵.

Jusqu'aux années '90, les questions relatives aux droits des enfants étaient presque absentes de l'agenda de l'UE parce-que l'Union avait des compétences limitées même dans le domaine des droits fondamentaux.

Le silence des traités fondateurs en matière a été rempli, d'abord, par l'activité jurisprudentielle de la Cour de justice qui a trouvé des points d'appui dans les traditions constitutionnelles des États membres et dans les traités internationaux auxquels les mêmes États étaient tous liés, parmi lesquels la CEDH et la jurisprudence pertinente de la Cour de Strasbourg étaient au premier rang.

Ensuite, il a été le Traité de Maastricht, en 1992, à introduire dans l'UE l'obligation de respecter les droits fondamentaux⁷⁶. La doctrine a été interprété cet engagement comme le signe le plus évident d'un changement dans la direction de l'intégration européenne, vers la création d'une Union européenne toujours plus émancipée de l'originare dimension économique et capable de se poser de plus en plus comme « *a global or postnational human rights organisation* »⁷⁷.

Par la suite, il est réputé qu'après la codification des droits fondamentaux dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en 2000, le Traité de Lisbonne a enfin reconnu à la Charte « la même valeur juridique que les traités »⁷⁸.

⁷⁵ European Parliament, Directorate General for Internal Policies, *Eu Framework of law for children's rights*, PE462.445, Bruxelles, April 2012.

⁷⁶ Art. F, paragr. 2 du Traité de Maastricht.

⁷⁷ S. BESSON, *The European Union and Human Rights: Towards a post-national human rights institution?*, *Human Rights Law Review*, 2006, n. 6, p. 325.

⁷⁸ Art. 6, paragr. 1, TUE.

En outre, le Traité de Lisbonne a rendu obligatoire l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH⁷⁹ et a attribué aux droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la CEDH et par les traditions constitutionnelles communes aux États membres, la valeur de principes généraux de l'Union⁸⁰.

Cette évolution de l'Union européenne à l'égard de la protection des droits fondamentaux a renforcé en conséquence aussi l'agenda de l'UE en matière de droits des enfants.

À ce jour, en effet, l'Union compte plusieurs mesures législatives, politiques et initiatives de recherche visant à défendre les droits des mineurs et à trouver des solutions pour l'impact potentiel que les politiques de l'UE peuvent avoir sur leurs droits.

Cette dernière prolifération est également due à l'adoption, en 2011, par la Commission européenne, de l'« Agenda de l'UE pour les droits de l'enfant » qui a fixé un certain nombre de priorités pour l'action de l'Union en matière⁸¹.

Dans ce document, la Commission a indiqué, pour la première fois, la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant comme le point de référence fondamental pour la formulation et la mise en œuvre de la stratégie de l'UE sur les droits des mineurs: «*The EU Agenda for the Rights of the Child presents general principles that should ensure that EU action is exemplary in ensuring the respect of the provisions of the ... UNCRC with regard to the rights of children*»⁸².

La référence à la Convention de New York est désormais une constante de toutes les mesures législatives de l'UE concernant les enfants, en particulier dans le domaine de la libre circulation des personnes dans l'Union⁸³, de l'immigration et de l'asile⁸⁴, de la famille⁸⁵, de la pauvreté et de l'exclusion sociale⁸⁶ et, enfin, de la justice pénale⁸⁷.

L'analyse du droit primaire de l'UE permet d'identifier clairement quel est le champ de compétence de l'Union en ce qui concerne la protection des droits des enfants et quels sont les instruments que l'Union peut utiliser à cette fin.

En premier lieu, dans l'analyse du droit primaire il faut partir de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui est novatrice aussi parce qu'elle reconnaît les soi-disant «nouveaux droits» (ou droits

⁷⁹ Art. 6, paragr. 2, TUE.

⁸⁰ Art. 6, paragr. 3, TUE.

⁸¹ Certains en doctrine ont critiqué l'«Agenda pour les droits de l'enfant» parce que ce document verrait les mineurs plus en tant que victimes qui ont besoin d'une protection que comme des acteurs économiques, politiques et sociaux. Sur ce point voir H. STALFORD, N. THOMAS, E. DRYWOOD, *The European Union and Children's Rights: Editorial, International Journal of Children's Rights*, 2011, p. 379.

⁸² European Commission, « An EU Agenda for the Rights of the Child », (Communication) COM (2011) 60 final, p. 3.

⁸³ Voir, par exemple, l'art. 28, paragr. 3, de la Directive 2004/38/CE relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres.

⁸⁴ Voir, par exemple, l'art. 25, paragr. 6, de la Directive 2013/32/UE relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale et les articles 13 et 16 de la Directive 2011/36/UE concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes.

⁸⁵ Voir, par exemple, les articles 11, paragr. 2, 23 lettre b) et 41, paragr. 2, lettre c) du Règlement (CE) 2201/2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale.

⁸⁶ Voir, par exemple, la Recommandation de la Commission du 20 février 2013 « *Investir dans l'enfance pour briser le cercle vicieux de l'inégalité* », 2013/112/UE.

⁸⁷ Voir, par exemple, l'art. 23 de la Directive 2016/800/UE relative à la mise en place de garanties procédurales en faveur des enfants qui sont des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales et aussi la Directive 2012/29/UE établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité.

sociaux de quatrième génération), parmi lesquels il y a l'article 24, consacrée spécifiquement aux droits des enfants⁸⁸.

Au-delà de l'art. 24, la Charte fixe aussi d'autres droits pertinents pour les mineurs, tels que l'article 7 (respect de la vie privée et familiale), 14 (droit d'accès gratuit à l'enseignement obligatoire), 21 (interdiction de la discrimination fondée sur l'âge), 32 (interdiction du travail des enfants) et 33 (protection de la famille sur le plan juridique, économique et social). En particulier les articles 24, 14 et 32 ont été définis comme la petite « Charte européenne de l'enfant »⁸⁹.

La lecture conjointe des articles 20 et 21 de la Charte clarifie en outre que tous les autres droits qu'elle confère sont aussi destinés aux enfants, bien que leurs dispositions ne sont pas toujours suffisantes pour les protéger efficacement, n'étant pas adressées à valoriser leurs besoins spécifiques.

Dans la perspective d'une future adhésion de l'Union à la CEDH, la présence des articles 52 et 53 de la Charte des droits fondamentaux est également très importante pour les mineurs. Ces dispositions garantissent une homogénéité interprétative entre les articles de la Charte et ceux correspondant de la Convention européenne des droits de l'homme et clarifient que, en cas de conflit, les règles de la Charte prévalent seulement si reconnaissent une protection plus étendue.

Il en résulte que l'augmentation du niveau de protection offert par la CEDH, à la suite d'une intervention éclairante de la Cour européenne des droits de l'homme, devrait se traduire par l'obligation d'adapter l'interprétation et l'application des dispositions pertinentes de la Charte. À l'inverse, une éventuelle réduction du *standard* des normes conventionnelles ne soulèverait pas les institutions et les États membres de l'obligation d'assurer le plein respect de la Charte, lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union.

Il faut donc tenir compte des articles 52 et 53 de la Charte parce que, comme on l'a déjà souligné, l'interprétation évolutive de la CEDH par la Cour européenne des droits de l'homme a permis à la CEDH de devenir un instrument important à disposition des droits des enfants.

Revenons maintenant à l'art. 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. L'inclusion de cette disposition, dédiée aux enfants, dans la Charte représente, en effet, une innovation importante par rapport à l'acquis communautaire en ce qu'avant le Traité de Lisbonne, la protection des enfants tombait dans le principe général du respect des droits et des libertés fondamentales de l'individu⁹⁰.

L'article 24, en outre, est inspiré par la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant et devrait donc représenter la synthèse des principes et des droits fondamentaux des mineurs, reconnus au niveau international, dont l'Union européenne veut prendre l'initiative⁹¹. L'art. 24 devrait représenter ainsi le moyen

⁸⁸ A. FURIA, "L'Unione europea", C. CARLETTI (a cura di), *Promozione, protezione ed attuazione dei diritti dei minori. Strumenti normativi, politiche e strategie a livello internazionale ed europeo*, Giappichelli, 2009 p. 113-114.

⁸⁹ Cette définition appartient à A. GOUTTENOIRE, *Article II-84: Droit de l'enfant*, Burgorgue-Larsen L., Levade A., Picod F. (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Brussels, Bruylant, 2005.

⁹⁰ A. FURIA, "L'Unione europea", C. CARLETTI (a cura di), *Promozione, protezione ed attuazione dei diritti dei minori. Strumenti normativi, politiche e strategie a livello internazionale ed europeo*, op. cit., p. 114.

⁹¹ Comme il est indiqué dans les "Explications relatives à la Charte" qui affirment expressément que « cet article est basé » sur la Convention des Nations Unies de 1989 « et en particulier sur les articles 3, 9, 12 et 13 de la Convention » (2007/C 303/02 du 14 Février 2007) et par analogie il peut être fait référence à l'arrêt de la Cour de Justice du 23 Octobre 2001 dans l'affaire *Tridon* (C-

grâce auquel la Convention de New York prend finalement une force plus contraignante pour les États membres, lesquels, pendant des années, se sont limités à invoquer ses dispositions seulement en principe.

Il est important de préciser d'abord qu'il n'y a pas une définition commune et « officielle » du mot « enfant/mineur » au niveau de l'UE.

En l'absence d'indications sur la définition de « mineur » dans les Traités, dans la Charte et dans les décisions de la Cour de justice on pourrait supposer, compte tenu du renvoi dans le préambule de la Charte aux « droits découlant (...) des obligations internationales communes aux États membres » que pour « enfant/mineur », on entend « tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable », tel que défini par l'art. 1 de la Convention des Nations Unies (en l'ayant tous les États membres ratifiée); en réalité, dans le droit dérivé de l'UE, le concept de « mineur » peut varier considérablement selon le contexte de référence⁹².

Ceci est surprenant étant donné que la Commission européenne, dans l'Agenda de l'UE pour les droits de l'enfant, avait promis de développer « *a coherent approach to the rights of the child across all relevant EU actions* »⁹³ et une définition univoque de « mineur » au niveau de l'UE semblait donc être la première étape pour atteindre cet objectif.

Cela étant dit, compte tenu de la formulation générale de l'article 24 de la Charte des droits fondamentaux, cette disposition est applicable à tous les enfants, quelle que soit leur nationalité, une fois qu'ils sont entrés en contact avec le droit de l'UE.

En second lieu, le placement de l'art. 24 dans le chapitre III de la Charte, dédié au principe de l'égalité, est très significatif parce qu'il représente un concept déjà largement établi au niveau international, c'est-à-dire que les enfants ne doivent pas être victimes de discriminations surtout en raison de leur âge.

L'« enfant » est donc un individu qui bénéficie à la fois des droits traditionnellement reconnus aux adultes et, en vertu de son statut particulier, des droits supplémentaires et spécifiques, qui lui sont accordés à titre exclusif.

La Charte et, en particulier, l'article 24 indique clairement quels sont ces « droits spéciaux » reconnus exclusivement aux enfants.

Tout d'abord, les enfants ont le droit « au bien-être ».

510/99). Sur ce point, voir F. CASOLARI, *Commento agli artt. 20, 21, 22, 23, 24, 25 e 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Titolo III - Uguaglianza)*, in F. Pocar e M.C. Baruffi (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, II ed., CEDAM, Padova, 2014, p. 1735. Certains dans la doctrine ont critiqué que l'art. 24 de la Charte contient dans le même paragraphe soit la vision de l'enfant qui a besoin de protection que la vision de l'enfant sujet autonome, titulaire de ses propres droits, contrairement à la CIDE qui a séparé ces deux visions dans des différents articles. Sur ce point voir C. McGlynn, *Rights for Children? The potential impact of the European Union Charter of Fundamental Rights*, *European Public Law*, 2002, p. 387-400 et aussi H. CULLEN, *Children's Rights, The European Union Charter of Fundamental Rights*, S. Peers - A. Ward (edited by), Hart Publishing, 2004, p. 330 et R. LAMONT, *Article 24, The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, S. Peers, T. Hervey, J. Kenner e A. Ward (edited by), Hart Publishing, 2014, p. 678-679.

⁹² Voir, par exemple, les différentes notions de « jeune », « enfant », « adolescent » dans la Directive 2004/38/CE relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres et la Directive 94/33/CE relative à la protection des jeunes au travail.

⁹³ European Commission, « An EU Agenda for the Rights of the Child », (Communication) COM (2011) 60 final, p. 4.

Ce droit, qui rappelle l'art. 3, paragr. 2, de la Convention de New York, fait référence à un concept de « bien-être » très large, c'est-à-dire à une condition globalement positive en ce qui concerne la sphère sociale, économique et morale de l'enfant et donne vie à des obligations négatives et positives de protection⁹⁴. Dans le cadre de la procédure judiciaire, cela se concrétise dans le devoir des autorités judiciaires de respecter la dignité et l'intégrité psychophysique et mentale de l'enfant dans le procès.

Par rapport à la Convention relative aux droits de l'enfant, qui prévoit une obligation de protection à la charge des États membres, l'article 24 établit un véritable droit des enfants à bénéficier de la protection et des soins nécessaires à leur bien-être. En outre, l'article 3, paragr. 2, de la Convention de New York affirme que les États doivent protéger les enfants en tenant compte des droits et des devoirs des leurs parents ou tuteurs, spécification qu'on ne trouve pas, au contraire, dans l'art. 24 de la Charte qui semble donc offrir une protection plus élevée⁹⁵.

Le second droit qui est garanti aux mineurs par l'art 24 est la liberté d'expression. Cela veut dire que chaque enfant a le droit d'exprimer librement ses opinions sur toutes les questions qui le concernent directement, sans les pressions et les influences des adultes, et ses opinions doivent être prises en considération en fonction de son âge et maturité.

Cette disposition met en évidence la spécialité d'un droit qui impose des obligations à la charge, en particulier, des autorités judiciaires auxquelles est remise l'évaluation sur l'opportunité (ou moins) d'écouter l'enfant sur la base de sa capacité de discernement.

L'écoute est qualifié comme un droit des mineurs par l'art. 12 de la Convention de New York qui affirme que «*States Parties shall assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child*»; par contre, selon la lettre de l'article 24 («*They may express their views freely*»), l'écoute de l'enfant est affirmé ici en termes moins contraignants, comme une simple « possibilité », conditionnée par la volonté du mineur lui-même d'exprimer ses pensées⁹⁶.

Dans le deuxième alinéa de l'article 24 est établi, en outre, que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant « *must be a primary consideration* ».

Ce principe affirme, donc, une obligation de méthode et de résultat à respecter dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, et présuppose donc une prise en compte raisonnable des autres droits et intérêts en jeu⁹⁷.

Cette formulation du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant est conforme à l'art. 3 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant qui, comme nous l'avons vu dans la première partie de ce

⁹⁴ A. FURIA, «*L'Unione europea*», C. CARLETTI (a cura di), *Promozione, protezione ed attuazione dei diritti dei minori. Strumenti normativi, politiche e strategie a livello internazionale ed europeo*, op. cit., p. 115.

⁹⁵ C. LAVALLÉE, *La protection internationale des droits de l'enfant entre idéalisme et pragmatisme*, Bruylant, 2015, p. 136.

⁹⁶ A. GOUTTENOIRE, *Article II-84: Droit de l'enfant*, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe: pt. II: La Charte des droits fondamentaux de l'Union* / sous la dir. de Laurence Burgogues-Larsen, Anne Levade, Fabrice Picod, Bruylant, 2005, p. 335.

⁹⁷ P.F. LOTITO, *Art. 24 – Diritti del bambino*, R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, il Mulino, 2001, p. 185.

travail, a abandonné l'expression contenue précédemment dans la Déclaration de 1959 des droits de l'enfant qui affirmait, en revanche, que « the best interests of the child must be *the paramount consideration* ».

Il est également intéressant de noter que l'article 24 de la Charte déclare que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être pris en compte dans tous les « actes relatifs aux enfants », alors que l'art. 3 de la Convention de New York parle de « décisions qui concernent les enfants ».

Le libellé de l'article 24 apparaît donc plus restrictif dans le sens qu'une mesure qui n'est pas liée directement à un mineur, mais qui a néanmoins un impact sur sa situation pourrait, a priori, relever uniquement sous la protection de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant⁹⁸.

Enfin, l'article 24 de la Charte affirme le « droit aux parents », c'est-à-dire le droit des enfants à entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec les deux parents. Encore une fois, la formulation de ce droit reprend presque littéralement l'art. 9, paragr. 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant, laquelle, cependant, se réfère plus particulièrement à la situation d'un « enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux ». La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne généralise, donc, un droit qui dans la CIDE avait été limité à deux hypothèses très précises.

Le « droit aux parents » constitue un droit spécial de l'enfant, non reconnu d'une manière équivalente à aucun autre sujet de droit et qui doit être interprété au sens large, même s'il est généralement utilisé dans des cas particulièrement sensibles (comme en matière d'enlèvement international d'enfants et de regroupement familial).

Ce droit peut être limité seulement si le rapport avec les deux ou un seul parent est contraire à l'intérêt de l'enfant. Cette prévision se traduit soit dans le devoir de donner la priorité à la garde partagée (au détriment de celle exclusive) en cas de séparation du couple parental, que dans le droit de permettre à l'enfant d'être accompagné de ses parents dans les étapes les plus importantes de sa vie, comme, par exemple, devant un juge pour un procès, en fonction du soutien moral.

En outre, il faut noter que dans l'art. 24 il n'y a aucune référence directe à la famille, domaine dans lequel, en général, la protection des mineurs est ramenée. La motivation de ce choix découle de l'idée de la Charte des droits fondamentaux de protéger, tout d'abord, le mineur et seulement indirectement et secondairement la famille, en mettant, ainsi, ultérieurement en évidence l'empreinte individualiste qui caractérise toutes les dispositions de la Charte⁹⁹.

Le contenu de l'art. 24 s'adresse, premièrement, aux institutions européennes, mais aussi aux États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'UE.

En particulier, en ce qui concerne les institutions l'objectif est celui d'assurer que toutes les politiques internes et externes de l'UE soient respectueuses du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et à cet égard la

⁹⁸ C. MCGLYNN, *Rights for Children? The potential impact of the European Union Charter of Fundamental Rights*, op. cit., p. 396.

⁹⁹ A. FURIA, « L'Unione europea », C. CARLETTI (a cura di), *Promozione, protezione ed attuazione dei diritti dei minori. Strumenti normativi, politiche e strategie a livello internazionale ed europeo*, op. cit., p. 116.

Commission, en vertu de son pouvoir d'initiative législative, devra toujours vérifier que toute proposition législative soit conforme à l'art. 24 de la Charte¹⁰⁰.

En outre, l'article 24 doit être dûment pris en considération aussi par la Cour de justice, soit en ce qui concerne l'interprétation du droit dérivé émis après le Traité de Lisbonne, que pour celui déjà existant antérieurement¹⁰¹ et doit guider le raisonnement de la Cour aussi pour l'application et l'interprétation des dispositions du droit primaire qui entrent en jeu dans des affaires qui impliquent des mineurs.

On s'est demandé souvent, en revanche, si les dispositions de l'article 24 lient également les particuliers, en créant directement des obligations à leur charge¹⁰².

Cette question a trouvé son origine dans les expressions utilisées dans l'art. 24 qui mentionne soit les institutions privées que les parents.

En effet, dans la Charte des droits fondamentaux de l'UE il y a des règles qui peuvent être appliquées directement et horizontalement dans les relations entre les particuliers, comme l'enseigne l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire *Küçükdeveci* sur l'application du principe de non-discrimination fondée sur l'âge, prévu par l'article 21 de la Charte¹⁰³.

Cependant, l'opinion encore dominante dans la doctrine estime que l'article 24 ne crée pas directement des obligations à la charge des particuliers, mais que le même article peut néanmoins avoir un effet indirect à leur égard car il engage les institutions publiques à adopter des lois et des mesures qui portent finalement les mêmes particuliers à devoir respecter leurs paramètres¹⁰⁴.

Le Traité de Lisbonne a intégré les droits des enfants aussi dans le Traité sur l'Union européenne (TUE) et, en particulier, dans l'art. 3, où il est expressément indiqué que, parmi les objectifs généraux de l'Union il y a la promotion de la « protection des droits des enfants »¹⁰⁵. Cet engagement est renforcé par le paragraphe 5 de l'article 3 TUE qui identifie la protection des droits de l'enfant comme un aspect important de la politique étrangère de l'UE.

Le Traité de Lisbonne, donc, en intégrant la protection des droits des enfants parmi les objectifs de l'Union, a certainement contribué à attirer l'attention du législateur européen sur ces questions.

Cependant, il faut préciser que ni l'article 24 de la Charte des droits fondamentaux ni l'article 3 TUE n'ont attribué à l'Union européenne une compétence générale pour légiférer en matière d'enfants, mais ils ont « uniquement » fixé des objectifs et des principes directeurs pour l'interprétation et l'application des

¹⁰⁰ Les indicateurs pour l'actuation des droits des mineurs, élaborés par l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, sont très utiles à cet effet. Voir le document du 2010 "*Developing indicators for the protection, respect and promotion of the rights of the child in the European Union*", sur le site www.fra.europa.eu.

¹⁰¹ Comme, par exemple, le règlement (CE) 2201/2003 (Bruxelles II bis) relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale.

¹⁰² Cette dernière est, par exemple, l'opinion de A. GOUTTENOIRE, *Article II-84: Droit de l'enfant*, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe: pt. II: La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, op. cit., p. 335.

¹⁰³ Cour de Justice, affaire *Küçükdeveci*, 19 janvier 2010, C-555/07.

¹⁰⁴ European Commission for democracy through law (Venice Commission), *Report on the protection of children's rights: international standards and domestic constitutions*, adopted by the Venice Commission at its 98th Plenary Session (Venice, 21-22 March 2014), CDL-AD (2014)005, p. 10.

¹⁰⁵ Art. 3, paragr. 3, TUE.

dispositions du droit primaire et dérivé de l'UE, ainsi que pour l'adoption de politiques européennes qui ne soient pas, en elles-mêmes, préjudiciables pour les mineurs.

Puisqu'il n'y a aucune base juridique générale, les mesures visant à protéger les enfants continuent d'être fondées sur le titre V du TFUE, dédié à l'espace de liberté, de sécurité et de justice et de concerner les domaines de la coopération judiciaire en matière civile et pénale.

Au-delà de devoir se conformer aux principes de subsidiarité et de proportionnalité, dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice, l'Union européenne doit également respecter les différents systèmes et traditions juridiques des États membres et cela représente, donc, le premier obstacle à la construction de politiques unitaires européennes pour les mineurs dans un secteur caractérisé, par sa nature même, par une « géométrie variable »¹⁰⁶.

Le devoir de respecter les différents systèmes et traditions juridiques des États membres, en effet, est expressément imposé à l'Union par l'art. 67 TFUE, norme d'ouverture du titre V.

Les articles 82, paragr. 2 et 83, paragr. 1 du TFUE sont les deux dispositions qui ont été le plus souvent utilisées comme bases juridiques pour l'adoption de directives à protection des droits des enfants dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale, bien que les deux seules normes qui font expressément référence aux mineurs soient l'art. 83 et 79 du TFUE (ce dernier article est consacré à la politique commune en matière d'immigration et il mentionne la lutte contre la traite des êtres humains, en particulier d'enfants).

Les articles 82 et 83 du TFUE règlementent, respectivement, l'adoption de directives visant à établir des règles minimales communes de droit processuel pénal et de droit pénal matériel.

Une lecture conjointe de ces derniers articles montre que l'UE ne peut agir que dans des matières ayant une connotation transnationale et sans imposer aux États membres des changements drastiques de leurs législations nationales, une harmonisation minimale étant requise.

Parmi les domaines dans lesquels l'article 82, paragr. 2, TFUE peut fonctionner comme une base juridique il y a, par exemple, « les droits des personnes dans la procédure pénale » et « les droits des victimes de la criminalité », mais d'autres aspects spécifiques de la procédure pénale peuvent être identifiés par le Conseil avec une décision à l'unanimité, après approbation du Parlement européen.

L'article 82, paragr. 2, affirme aussi un principe très important, c'est-à-dire que l'adoption des normes minimales n'empêche pas les États membres de maintenir ou d'introduire un niveau supérieur de protection des personnes. Comme on le verra dans la partie du présent travail dédiée à la « justice pénale » cette dernière prévision peut se révéler difficile à mettre en œuvre pour les États membres.

L'article 83, paragr. 1 du TFUE, en revanche, permet au Conseil et au Parlement européen de déterminer, à travers la procédure législative ordinaire, des règles minimales concernant la définition des crimes et des sanctions par rapport à des phénomènes criminels, énumérés d'une façon impérative¹⁰⁷, qui répondent à deux critères : une sévérité accentuée et la portée transfrontalière des infractions.

¹⁰⁶ S. MONTALDO, *I limiti della cooperazione in materia penale nell'Unione europea*, Editoriale scientifica, 2015, p. 535.

¹⁰⁷ Cette liste de crimes peut être étendue avec une décision du Conseil approuvée à l'unanimité, après l'approbation du Parlement européen.

Parmi les crimes listés il y a, par exemple, la traite d'êtres humains et le crime de l'exploitation sexuelle des femmes et des mineurs, desquels le législateur européen s'est déjà occupé, comme on le verra mieux par la suite.

Quant au domaine de la coopération judiciaire en matière civile, la base juridique fondamentale pour les mineurs est l'article 81 du TFUE, dont le paragraphe 3 impose l'unanimité de la part du Conseil, après consultation du Parlement européen¹⁰⁸, pour adopter des instruments normatifs dans le domaine de la famille. L'unanimité, compte tenu des délicats intérêts en jeu, n'est pas toujours atteinte, pouvant finir pour activer le mécanisme de la coopération renforcée, comme cela s'est passé, par exemple, pour le règlement Rome III, en matière de divorce et de séparation de corps, et pour les deux règlements, en vigueur depuis le 29 Janvier 2019, en matière de régimes matrimoniaux et d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés¹⁰⁹.

Si l'on observe l'art. 81 du TFUE on peut noter que cette disposition fait référence aux « matières civiles ayant des implications transfrontalières », tandis que l'article 82, paragr. 2, du TFUE utilise l'expression « matières pénales ayant une dimension transnationale ».

Donc cette dernière formulation semble suggérer une portée plus large de l'art. 82, paragr. 2, du TFUE qui serait en mesure de donner à l'Union le pouvoir de rapprocher les systèmes nationaux sur certains aspects de la procédure pénale non seulement lorsqu'il y a des procédures impliquant plusieurs États membres car la dimension transfrontalière doit être considérée comme une caractéristique qui pourrait ou pas concerner un procès pénal. Cette interprétation semble avoir été accueillie aussi par le législateur européen si l'on observe les directives qui ont été adoptées jusqu'à présent en relation aux droits procéduraux des victimes de crimes et des suspects/accusés dans un procès pénal. Ces derniers instruments, en effet, adoptés en vertu de l'art. 82, paragr. 2, du TFUE, contiennent des droits qui s'appliquent soit aux procès nationaux des États membres que à ceux transnationaux (entre plusieurs États membres), sans aucune distinction¹¹⁰.

Au-delà de cette dernière considération, il est évident que l'Union dispose de pouvoirs législatifs limités pour adopter des actes normatifs en matière de droits des enfants et, par conséquent, malgré les ambitions comprises dans certains instruments programmatiques importants tels que l'Agenda de l'UE pour les droits de l'enfant, il ne semble pas possible de développer une approche aux droits des mineurs plus stratégique et complète, sur la base uniquement de ces bases juridiques.

Mais néanmoins, tout en restant l'espace de liberté, de sécurité et de justice un domaine particulier, le démantèlement des « trois piliers » grâce au Traité de Lisbonne et la conséquente extension de la règle de la procédure législative ordinaire aussi aux questions relevant de ce domaine a profité aux enfants, en particulier

¹⁰⁸ Il y a également la possibilité d'adopter un acte avec la procédure législative ordinaire, voir l'art. 81, paragr. 3, TFUE.

¹⁰⁹ Règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, règlement (UE) 2016/1104 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés et règlement (UE) 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux.

¹¹⁰ C. AMALFITANO, *Le prime direttive europee sul ravvicinamento "processuale": il diritto all'interpretazione, alla traduzione e all'informazione nei procedimenti penali*, R. DEL COCO, E. PISTOIA (a cura di), *Stranieri e giustizia penale. Problemi di perseguibilità e di garanzie nella normativa nazionale ed europea*, Cacucci Editore, Bari, 2014, p. 1.

en matière pénale, parce que le Parlement européen a toujours été un grand supporteur de l'Agenda de l'UE pour les droits de l'enfant, en première ligne dans les initiatives « *child-friendly* », représentant donc un digne « adversaire » du Conseil qui, par contre, vise surtout à faire valoir les intérêts étatiques des États membres.

Quant à la Cour de justice, depuis que la Charte des droits fondamentaux de l'UE est devenue juridiquement contraignante, on peut remarquer trois types de attitudes de la Cour dans ses arrêts par rapport à la Charte.

Dans certains d'entre eux, la Charte a été la principale source d'interprétation des droits fondamentaux jusqu'à amener la Cour de justice à invalider des dispositions jugées contraires à celle-ci (par exemple, tel a été le cas dans l'affaire *Test-Achats e Volker*¹¹¹).

Dans d'autres affaires, la Charte des droits fondamentaux a été prise en considération comme une source complémentaire afin de confirmer l'existence d'un principe général dans le droit européen, par exemple contenu dans une directive, et, par conséquent, son rappel a été limité à la dernière étape du raisonnement de la Cour pour soutenir ce qui elle avait déjà affirmé précédemment (par exemple, on peut voir ça dans le cas *Danosa*¹¹²).

Enfin, il y a des affaires où la Cour de justice n'a pas fait référence, en aucune façon, à la Charte des droits fondamentaux, même lorsque le juge national, dans le cadre du renvoi préjudiciel, avait demandé expressément à la Cour d'interpréter le droit national à la lumière de la Charte (tel a été le cas dans l'affaire *Ruiz Zambrano*¹¹³). La Cour, donc, en certains cas, a ignoré le potentiel des droits reconnus par la Charte pour résoudre les affaires qu'on lui avaient soumises (par exemple on peut voir aussi les arrêts de la Cour dans les cas *Bavarian Lager e Brüstle*¹¹⁴).

En serrant l'optique de cette analyse à la protection des droits des enfants, on peut remarquer comment la Cour de justice, au cours des 10-15 dernières années, ne s'est occupée que de quelques cas directement ou indirectement pertinents aux enfants (pour être exact moins d'une douzaine), dont la majorité portait sur des questions relatives aux droits associés à la citoyenneté européenne et au droit au respect de la vie privée et familiale. À titre de comparaison, la Cour européenne des droits de l'homme, dans le même laps de temps, s'est occupée de plus de mille cas relatifs aux droits des enfants¹¹⁵.

En ce qui concerne la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, bien que l'Union européenne n'en fasse pas partie, on a déjà eu l'occasion d'expliquer qu'elle présente quand même une certaine force obligatoire au niveau de l'UE, étant donné que, conformément à l'article 6, paragr. 3 du TUE, les « droits fondamentaux tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ». Tous les États membres sont liés par la

¹¹¹ Cour de Justice, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL et autres c. Conseil des ministres*, 1^o mars 2011, C-236/09.

¹¹² Cour de Justice, *Danosa*, 11 novembre 2010, C-232/09.

¹¹³ Cour de Justice, *Ruiz Zambrano* (Grande chambre), 8 mars 2011, C-34/09.

¹¹⁴ Cour de Justice, *Commission européenne c. The Bavarian Lager Co. Ltd*, 29 juin 2010 et *Oliver Brüstle c. Greenpeace e V*, 18 octobre 2011.

¹¹⁵ Il suffit de penser que le premier cas dans lequel était impliqué un mineur devant la Cour européenne des droits de l'homme remonte à 1978 (*Tyrer c. Regno Unito*, arrêt du 25 avril 1978).

Convention de New York et on croit, donc, que aussi l'UE devrait adhérer à ses principes, respecter et garantir ses droits dans les questions relevant de sa compétence et qui peuvent concerner directement ou indirectement les enfants.

En 2006, la Cour de justice a expressément déclaré que la Convention relative aux droits de l'enfant est le principal point de référence pour vérifier la compatibilité du droit communautaire avec les droits fondamentaux des enfants¹¹⁶ et il est toujours du 2006 l'arrêt *Dynamic Medien* qui est encore le seul dans lequel la Cour a décidé une affaire en donnant un rôle décisif à la Convention de New York dans son processus de prise de décision¹¹⁷.

Sauf l'isolé cas *Dynamic Medien*, la Cour de justice, en effet, s'est montrée toujours réticente à s'engager au respect de la Convention relative aux droits de l'enfant lorsque les droits fondamentaux des enfants étaient en jeu. Cette attitude contraste avec la pratique du législateur européen de rappeler la Convention relative aux droits de l'enfant dans toute la législation européenne concernant les enfants, ce qui prouve qu'on attribue à cette Convention un rôle directeur important dans la politique européenne en matière des mineurs.

Il est évident que dans le processus de développement de l'Union européenne dans la protection des droits des enfants le rôle de la Cour de justice est essentiel et indispensable.

Donc, afin d'encadrer ce qui a été, jusqu'à présent, la contribution de la Cour de justice en la matière, on a jugé approprié de faire une comparaison entre ses arrêts et ceux de la Cour européenne des droits de l'homme dans le domaine de la protection des enfants demandeurs d'asile, c'est-à-dire une catégorie qui, en raison de sa vulnérabilité particulière, aurait besoin d'une attention particulière.

Dans le système de la CEDH, le droit d'asile n'est garanti ni par la CEDH ni par ses Protocoles; malgré cela et en dépit de la « vétusté » et de l'exiguïté du catalogue des droits consacrés par la CEDH, la Cour européenne des droits de l'homme a établi, par voie jurisprudentielle, des limites au pouvoir des États parties d'expulser les étrangers vers des pays « à risque », en exigeant des précautions spéciales supplémentaires lorsqu'il y a des enfants.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en revanche, affirme soit le droit d'asile (art. 18) soit une obligation générale de protection en cas d'éloignement, d'expulsion et d'extradition (art. 19)

¹¹⁶ Cour de Justice, *European Parliament c. Council*, 27 juin 2006, C-540/03. Dans cette décision, notamment, la Cour de justice, après une référence symbolique à la Convention relative aux droits de l'enfant, n'a pas accepté l'avis du Parlement européen qui estimait (à juste titre) que certaines dispositions contenues dans la directive 2003/86/CE relative au droit au regroupement familial étaient illégales pour la violation du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et du droit au respect de la vie privée et familial. Comme souligné par E. DRYWOOD, *Giving with one hand, taking with the other: Fundamental rights, children and the family reunification decision*, *European Law Review*, 2007, p. 396: "...practical application of relevant international legal standards to the Directive raises doubts as to the Court's capacity and expertise in pursuing a children's rights agenda....The Court never asks itself the question whether the disputed provisions ensure that the child's best interests are a primary consideration, as a faithful interpretation of the provision would require. This approach is indicative of a frequently cited problem with the best interests principle: that although the question is posed from the child's perspective it is often answered from that of the adult".

Avant cet arrêt la seule référence à la CIDE se trouve dans les opinions de l'Avocat Général Jacob concernant l'affaire *Garcia Avello c. Belgium*, 2 octobre 2003 (C-148/02); la Cour de Justice, contrairement à l'A.G., n'a pas rappelé la Convention de l'ONU dans sa décision.

¹¹⁷ Cour de Justice, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH c. Avides Media AG*, 14 février 2008, C-244/06.

et l'art. 24, consacré à la protection des droits de l'enfant, doit être lu conjointement à ces dernières dispositions.

Pourtant, malgré l'abondance des sources européennes (même de droit dérivé), selon la Cour de Justice, dans l'évaluation des intérêts en jeu, c'est-à-dire entre les droits des demandeurs d'asile (parmi lesquels il y a aussi la valeur de la dignité humaine) et la « raison d'être de Union » (qui comprend les garanties offertes par l'espace de liberté, sécurité et justice), la protection des droits fondamentaux ne peut prévaloir, comme on l'a vu, que dans des cas exceptionnels, à savoir quand il y a une crainte sérieuse de déficiences systémiques dans la procédure d'asile et dans les conditions d'accueil dans l'État membre de destination du demandeur.

Pour la Cour de justice, en effet, la priorité reste en général la préservation du « système européen » qui repose sur les quatre libertés fondamentales et sur la confiance mutuelle entre les États membres.

En analysant la jurisprudence de la Cour de justice, par conséquent, son rôle de « garant des droits » n'en sort pas particulièrement souligné; au contraire la volonté de la Cour de protéger des droits qui ne sont pas directement liés aux objectifs primaires de l'Union semble totalement absente.

De l'examen, en particulier, de la jurisprudence postérieure à l'affaire *Zambrano* il apparaît clairement que les droits de l'enfant citoyen européen qui ne doivent pas être violés, pour aucune raison, par les mesures nationales, sont essentiellement les quatre libertés fondamentales qui historiquement ont contribué à la création de la Communauté européenne.

Il semble donc clair que la principale préoccupation de la Cour de Justice n'est pas de garantir la mise en œuvre des droits des enfants, mais plutôt de protéger l'essence même de l'Union.

En effet, même dans les cas où la Cour de justice avait pris conscience de la nécessité d'assurer le respect d'autres droits fondamentaux pour les mineurs, tels que le droit au respect de la vie privée et familiale, une attitude axée sur le *self-restraint* a enfin toujours prédominé.

La Cour, en effet, même dans ces derniers cas s'est limitée à souligner la nécessité que le droit à l'unité familiale soit pris en compte par le juge national, en lui confiant aussi la tâche de procéder à une interprétation appropriée du droit dérivé à la lumière des dispositions de la Charte des droits fondamentaux.

Ainsi, la Cour de justice compromet la possibilité d'atteindre une harmonisation, quoique minime, des droits des mineurs et réduit le rôle du législateur européen lui-même parce que, en définitive, la Cour interprète le droit européen comme s'il n'interdisait pas (ou presque) aux États membres la possibilité de l'interpréter d'une façon pas conforme aux droits de l'enfant, vu qu'elle ne condamne presque jamais cette attitude comme illégitime¹¹⁸.

Il semble, paradoxalement, que plus solennellement les droits des enfants sont reconnus et proclamés par des sources primaires et secondaires de l'UE, plus ils peuvent être contestés dans la pratique ou être l'objet de procès qui en réduisent ou en ignorent souvent la portée et la Cour de justice, en tant que garant suprême

¹¹⁸ A. ADINOLFI, *Il ricongiungimento familiare nel diritto dell'UE*, R. Pisillo Mazzeschi, P. Pustorino, A. Viviani, *Diritti umani e degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, p. 132.

du respect des droits fondamentaux, semble impuissante à les protéger de manière adéquate, bien qu'en ayant les instruments.

De l'analyse de la jurisprudence de la Cour de Justice, en effet, il est apparu que, dans la plupart des cas, la Cour ne fait aucune référence à l'art. 24 de la Charte des droits fondamentaux pour soutenir son raisonnement.

Souvent, la Cour parle du supérieur intérêt de l'enfant sans mentionner la Charte ou elle évite totalement de considérer que l'affaire implique des mineurs, en adoptant des décisions qui ne prennent pas en compte leurs besoins spécifiques.

Dans d'autres cas, la Cour a décidé d'une manière encore plus évidente de ne pas prendre en considération l'article 24 de la Charte après que le juge national du renvoi lui avait expressément demandé (par exemple dans l'affaire *Alokpa e Moudoulou*¹¹⁹ et *Zambrano*).

Dans les rares cas où la Cour de justice a cité l'article 24, l'intérêt supérieur de l'enfant a été évalué toujours de manière abstraite (sauf dans trois arrêts), conduisant, par conséquent, à des décisions décevantes ou encore il a été utilisé comme une sorte de « clause de style », c'est-à-dire seulement pour confirmer ce que la Cour avait déjà décidé.

L'article 24, en outre, a été utilisé soit de manière instrumentale à l'exigence de ne pas faire éclater le principe de confiance mutuelle entre les États membres (qui règle le fonctionnement de nombreuses instituts juridiques concernant la circulation des décisions dans l'Union européenne), soit d'une manière subordonnée à la protection des quatre libertés fondamentales et à la conservation du « système européen » en général¹²⁰.

Pratiquement, dans les décisions où les intérêts primaires de l'Union étaient en cause, la Cour a sponsorisé la prééminence de l'intérêt supérieur de l'enfant pour « cacher sous le voile d'un noble et unique objectif des évaluations ou des opérations de mise en balance dont elle préférerait ne pas rendre compte »¹²¹.

En outre, lorsque la Cour nomme l'art. 24 elle le fait souvent pour en limiter le champ d'application. Par exemple, dans la présente analyse on a vu que la Cour a affirmé que son application ne peut pas conduire à des dérogations de compétence ou d'autres règles énoncées dans les règlements de l'UE (voir les cas *Detiček* et *Povse*¹²²), ni augmenter le contrôle sur le respect de l'art. 24 de la part du juge de l'exécution (voir l'affaire *Zarraga*¹²³), ni limiter la liberté de choix du tribunal compétent par les parents (voir le cas *A c. B*¹²⁴), ni encore la discrétion des États membres dans l'examen des demandes de regroupement familial (voir l'affaire *O. et S.*¹²⁵).

¹¹⁹ Cour de Justice, *Alokpa et Moudoulou*, 10 octobre 2013, C-86/12.

¹²⁰ Comme l'affirme C. HONORATI, *Sottrazione internazionale dei minori e diritti fondamentali*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2013, p. 33 et suiv. qui souligne aussi que la jurisprudence de la Cour de Justice est « granitique » dans la défense du principe de la reconnaissance mutuelle, même au prix d'apparaître peu sensible aux droits fondamentaux.

¹²¹ E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, op. cit., p. 86.

¹²² Cour de Justice, *Detiček*, 23 décembre 2009 (C-403/09) et Cour de Justice, *Doris Povse c. Mauro Alpagò*, 1^o juillet 2010 (C-211/10).

¹²³ Cour de Justice, *Aguirre Zarraga*, 22 décembre 2010 (C-491/10).

¹²⁴ Cour de Justice, *A c. B*, 16 juillet 2015 (C-184/14).

¹²⁵ Cour de Justice, *O. et S. c. Maahanmuuttovirasto* (C-356/11) et *Maahanmuuttovirasto c. L.* (C-357/11), 6 décembre 2012.

La Cour de justice a utilisé surtout l'art. 24 de la Charte pour condamner la préjudiciable longueur des procès dans lesquels étaient impliqués des mineurs (sur ce point il y a une parfaite harmonie avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme), mais, d'ailleurs, elle n'a jamais montré des grands pics de flexibilité dans la protection de leurs droits.

Le résultat est que la Cour, dans ses décisions, apparaît peu ancrée à la réalité sociale et /ou judiciaire des affaires dont elle s'occupe et, par conséquent, elle est aussi très éloignée des enfants concernés. Il y a donc une grande différence par rapport à la protection que la Cour européenne des droits de l'homme offre concrètement aux enfant.

Le seul cas où la Cour de justice a évalué concrètement l'intérêt supérieur des enfants impliqués est l'affaire *MA et autres c. Secretary of State for the Home Department*¹²⁶, en matière de mineurs non accompagnés demandeurs d'asile et puis il y a deux cas plus récents, *Secretary of State for the Home Department c. CS. et Alfredo Rendón Marín c. Administración del Estado*¹²⁷, relatifs aux permis de séjour pour les citoyens non européens avec des fils mineurs citoyens européens, dans lesquels la Cour a conduit le juge national à évaluer, en termes concrets, le supérieur intérêt des enfants concernés, compte tenu d'un juste équilibre entre les intérêts en jeu.

Au-delà de ces cas isolés, qui concernaient quand même des situations d'extrême vulnérabilité des enfants ou, en tout cas, des situations exceptionnelles, l'analyse jurisprudentielle qui a été conduite a fait apparaître la nécessité que la poursuite de l'intérêt supérieur de l'enfant représente toujours un élément en mesure d'introduire également de la flexibilité au fonctionnement normal des instituts européens, en fonction de la réalisation d'un résultat matériel qui puisse être le meilleur pour les enfants concernés.

Dans sa fonction de « correctif exceptionnel¹²⁸ » qui introduit de la flexibilité dans le système, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant pourrait permettre, ainsi, de déroger aux critères de compétence juridictionnelle prévus et constituer également une limite possible à la pertinence de la volonté des parties dans la détermination du tribunal compétent. Puis ce principe devrait représenter un paramètre, mais aussi une « contre-limite » par rapport à la limite de l'ordre public.

En effet, même au détriment de l'uniformité des solutions et, par conséquent, de la sécurité juridique, la recherche de la justice matérielle dans le cas concret devrait toujours pouvoir s'exprimer quand il s'agit du bien-être des enfants et, en tout cas, il existe désormais, en particulier au niveau international, un tel substrat de bonnes pratiques, de doctrine et de jurisprudence qui définit les lignes directrices de la protection des droits des enfants, qu'il apparaît de plus en plus difficile de pouvoir empiéter sur la totale insécurité juridique.

¹²⁶ Cour de Justice, *MA and Others c. Secretary of State for the Home Department*, 6 juin 2013 (C-648/11).

¹²⁷ Cour de Justice, *Secretary of State for the Home Department c. CS.*, 13 septembre 2016 (C-304/14) et Cour de Justice, *Alfredo Rendón Marín c. Administración del Estado*, 13 septembre 2016 (C-165/14).

¹²⁸ P. HAMMJE, *L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales du droit international privé, Le droit International privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, p. 376.

La Cour de justice, toutefois, ne met jamais le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans une position de supériorité, ne lui attribue une valeur absolue et incompressible et donc on ne peut pas parler de son rôle autonome dans le droit de l'UE¹²⁹.

En conclusion, à la lumière de ce qui précède, on doit malheureusement admettre que l'insertion de l'article 24 dans la Charte des droits fondamentaux n'a pas apporté une valeur ajoutée particulière à la protection des droits des enfants dans l'Union. Comme Helen Stalford l'a justement affirmé: « *As things stand, children's rights measures enshrined in EU legislation are worth little more than the paper they are written on until the Court offers fuller, more informed guidance on how they might be interpreted and applied in practice* »¹³⁰.

En ce qui concerne, au contraire, la jurisprudence qui a été produite par la Cour de Strasbourg, on a remarqué certaines décisions qui ont été signalées pour la protection accordée à la vie familiale et au principe du supérieur intérêt de l'enfant, même face à des intérêts étatiques importants, tels que le contrôle des flux migratoires et la répression de l'immigration irrégulière.

Par exemple, dans le cas *Nunez c. Norvège*, décidé par la Cour européenne des droits de l'homme le 28 Juin 2011, la requérante, citoyenne de la République dominicaine, était rentrée en Norvège sous une fausse identité, en violation d'une interdiction de réadmission qui lui avait été imposée parce que la femme avait déjà commis un crime sur le territoire norvégien.

La requérante, par la suite, avait épousé un citoyen norvégien, obtenu un permis de séjour pour raisons de travail qui lui avait été renouvelé à plusieurs reprises et, enfin, un permis définitif. La femme, en outre, avait commencé les formalités administratives pour obtenir la nationalité norvégienne qui avaient été interrompues parce que le mari avait commencé les procédures de séparation de corps.

Ensuite, la femme avait eu une relation avec un compatriote de laquelle étaient nées deux filles. Les autorités norvégiennes, après avoir constaté, entre-temps, que la requérante avait violé l'interdiction de réadmission, lui avait révoqué le permis de séjour en lui notifiant l'ordre d'expulsion avec interdiction de réadmission pendant au moins deux ans.

Dans ce cas, la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu l'existence de la « *family life* », au sens de l'article 8 de la CEDH, dans la relation entre la requérante et ses deux filles.

La Cour européenne a affirmé, en effet, que dans l'évaluation de la violation de l'article 8 de la CEDH on doit tenir compte non seulement de la vie de la mère, mais aussi de la perspective des mineurs concernés. La requérante avait obtenu la garde de ses filles et les deux fillettes étaient nées et avaient grandi en Norvège (où le père, immigré régulier, résidait lui aussi) et donc un éventuel éloignement forcé de la mère aurait constitué une violation de l'article 8 de la CEDH en relation à l'intérêt supérieur des filles¹³¹.

¹²⁹ F. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, op. cit., p. 126.

¹³⁰ T. LIEFAARD, J. E. DOEK, *Litigating the Rights of the Child. The UN Convention on the Rights of the Child in Domestic and International Jurisprudence*, Springer-Verlag, 2015, p. 228.

¹³¹ Voir les paragr. 81-84 de cet arrêt.

Si l'on considère aussi la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui a été examinée dans la première partie de ce travail, il n'est pas difficile de constater que la Cour européenne, en général et contrairement à la Cour de justice, s'appuie sur le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant avec une grande liberté.

Tout cela semble paradoxal si l'on pense que la Cour de justice a consacré le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le droit primaire, contrairement à la CEDH qui ne le prévoit pas expressément, et cependant la Cour de Justice a du mal à l'utiliser, soit comme un outil d'interprétation que comme une limite à la législation de l'Union et des États membres lorsqu'ils agissent en exécution du droit de l'Union¹³².

La Cour de justice semble ne pas vouloir comprendre que l'augmentation vertigineuse du nombre de recours fondés contre les États membres devant la Cour européenne des droits de l'homme, dont beaucoup concernent des mineurs, est la sonnette d'alarme du mauvais fonctionnement des mécanismes de protection des droits fondamentaux, non seulement au niveau national, mais aussi de l'UE.

Les visions de la Cour de justice et de la Cour européenne des droits de l'homme sont de plus en plus éloignées (sinon incompatibles) et certains des arrêts analysés l'ont mis en évidence.

Cette « incompatibilité » peut également être lue dans un passage de l'avis 2/13 de la Cour de Justice, par lequel la Cour elle-même a bloqué le processus d'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, parmi les nombreuses raisons qui ont rendu l'accord d'adhésion incompatible avec le TUE, on souligne comme certains passages sont la synthèse parfaite du contraste qui a été relevé ci-dessus.

La Cour de Justice affirme, par exemple, qu'« *il convient de rappeler que le principe de la confiance mutuelle entre les États membres a, dans le droit de l'Union, une importance fondamentale étant donné qu'il permet la création et le maintien d'un espace sans frontières intérieures. Or, ce principe impose, notamment en ce qui concerne l'espace de liberté, de sécurité et de justice, à chacun de ces États de considérer, sauf dans des circonstances exceptionnelles, que tous les autres États membres respectent le droit de l'Union et, tout particulièrement, les droits fondamentaux reconnus par ce droit* »¹³³.

La Cour de justice insiste ensuite sur le fait que les États membres sont « *tenus, en vertu de présumer le respect des droits fondamentaux par les autres États membres, de sorte qu'il ne leur est pas possible non seulement d'exiger d'un autre État membre un niveau de protection national des droits fondamentaux plus élevé que celui assuré par le droit de l'Union, mais également, sauf dans des cas exceptionnels, de vérifier si cet autre État membre a effectivement respecté, dans un cas concret, les droits fondamentaux garantis par l'Union* »¹³⁴.

¹³² Comme le souligne E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, *op. cit.*, p. 127.

¹³³ Avis 2/13 de la Cour (assemblée plénière) du 18 décembre 2014 rendu en vertu de l'article 218, paragraphe 11, TFUE – Projet d'accord international – Adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales – Compatibilité dudit projet avec les traités UE et FUE, paragr. 191 (voir sur www.curia.europa.eu).

¹³⁴ Avis 2/13 de la Cour de Justice, paragr. 192.

L'approche de la Cour européenne des droits de l'homme dans les cas *M.S.S. et Tarakhel*¹³⁵, visant à faire toujours prévaloir le respect des droits fondamentaux sur le principe de la confiance mutuelle, n'est donc pas admis par la Cour de justice parce que, selon la Cour, il finirait non seulement par porter atteinte à l'autonomie du droit de l'Union, mais aussi aux fondements mêmes de l'Union, c'est-à-dire son équilibre, ne pouvant pas l'Union être considérée comme un quelconque État partie de la CEDH.

En lisant l'avis de la Cour de justice il semble que la crainte du contrôle externe de la Cour européenne des droits de l'homme (qui découlerait de l'adhésion à la CEDH¹³⁶) est tellement élevée qu'il fait perdre à l'Union européenne sa crédibilité dans la promotion des droits de l'homme.

De l'avis 2/13, en fait, il ne ressort pas une attitude de la Cour de justice visant à collaborer à la préparation d'un projet d'accord qui puisse être partagé par les deux parties (à savoir l'Union européenne et le Conseil de l'Europe), mais seulement l'intention de souligner, de manière redondante, les caractéristiques spécifiques de l'Union et du droit européen à préserver (à tout prix !). Ce faisant, la Cour de justice finit par réduire le rôle de la Cour européenne des droits de l'homme et de la CEDH.

Selon le raisonnement de la Cour de justice, en effet, les deux systèmes de protection des droits fondamentaux apparaissent presque incompatibles, bien que ce soit le Traité de Lisbonne qui prévoit l'adhésion de l'Union à la CEDH et qui souligne donc une sorte de compatibilité, au moins d'intentions, dans la promotion des droits humains.

Évidemment, par contre, selon la Cour de justice, le principe de la confiance mutuelle ne peut pas fonctionner entre deux organisations internationales.

Le parcours vers l'adhésion de l'Union à la CEDH apparaît donc encore très tortueux et, apparemment, il n'est plus tellement souhaité par l'Union européenne¹³⁷.

Inutile de dire que cette adhésion ajouterait une plus grande force juridique aux politiques et aux initiatives de l'UE à protection des droits fondamentaux et le contrôle juridictionnel externe par la Cour européenne des droits de l'homme servirait de stimulant afin que l'Union européenne poursuive une politique réellement ambitieuse en la matière. On pourrait éviter, ainsi, l'intervention et la censure de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans ce cadre, sans aucun doute, la protection même des droits des mineurs en bénéficierait.

¹³⁵ Cour européenne des droits de l'homme, 21 janvier 2011, *M.S.S. v. Belgium and Greece* et Cour européenne des droits de l'homme, 4 novembre 2014, *Tarakhel v. Switzerland*.

¹³⁶ Comme l'affirme Zagrebelsky, en effet, en cas d'adhésion de l'Union à la CEDH il est très difficile à envisager que la jurisprudence *Bosphorus* puisse être préservée parce que ce impliquerait garantir à l'Union et aux États membres une position de privilège par rapport aux autres parties contractantes de la CEDH (V. ZAGREBELSKY, *Sussidiarietà e vie interne da esaurire: a proposito dell'adesione della UE alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, L. S. Rossi (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali: carta dei diritti UE e standard internazionali*, Editoriale scientifica, Napoli, 2011, p. 313).

¹³⁷ Dans la doctrine il y a quelqu'un qui a toujours eu l'impression "that creators of the Treaty of Lisbon took into consideration the possibility of the EU non-accession to the ECHR and gave such wording to the 'new' Article 6(3) TEU which makes sense only when the ECHR does not become a part of the Union legal order" (comme l'affirme A. WROBEL, *Part II. The Consequences of the EU Accession to the ECHR for Strengthening of Individual's Protection in the EU and for Strengthening of the European Human Rights Protection System, Introduction, Fundamental Rights Protection in the European Union*, J. Barcz (editor), Warszawa, 2009, p. 197).

En ce qui concerne, les engagements internationaux de l'Union en matière de protection des droits fondamentaux en général, on a vu comment et pourquoi les négociations pour l'adhésion de l'UE à la CEDH sont actuellement au point mort.

En ce qui concerne, plus précisément, ce que l'Union pourrait faire, toujours au niveau international, afin de mieux protéger les droits des enfants et contribuer à une avance dans sa politique en la matière, il faut souligner, encore une fois, que tous les États membres ont ratifié la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, tandis que l'Union n'en est pas partie.

Il est vrai que la Convention relative aux droits de l'enfant n'est ouverte qu'à la signature et à l'adhésion des États, mais l'Union pourrait se lier au respect de ses dispositions par une déclaration unilatérale d'adhésion, comme elle l'a fait, notamment, avec la Convention ONU relative aux droits des personnes handicapées¹³⁸; en alternative, puisque l'Union européenne a le pouvoir de conclure des accords internationaux, elle pourrait négocier et conclure un protocole d'adhésion, dans lequel elle déclarerait son engagement au respect de la Convention relative aux droits de l'enfant et de ses principes, conformément à l'art. 216 TFUE.

Cette disposition permet, en effet, à l'Union de conclure un accord international avec une organisation internationale si sa conclusion est nécessaire pour réaliser, dans le cadre des politiques de l'UE, l'un des objectifs fixés par les traités, tels que, par exemple, celui de protéger au juste les droits des mineurs, conformément à l'art. 3 TUE.

Il est clair, en effet, que seulement l'Union européenne peut se lier aux dispositions de la CIDE relevant de sa compétence¹³⁹.

Dans les domaines de sa compétence, l'adhésion de l'Union européenne à la Convention relative aux droits de l'enfant permettrait de remplir les lacunes en la matière et d'égaliser, au moins, le *standard* existant au niveau international.

Actuellement l'Union européenne présente une approche à la protection des droits des enfants très fragmenté, qui manque souvent de cohérence. Les dispositions contenues dans les Traités, dans la Charte des droits fondamentaux et dans le droit dérivé finissent, par conséquent, par ne pas être à la hauteur des normes internationales en la matière.

L'adhésion de l'Union européenne à la Convention relative aux droits de l'enfant serait un fort signal politique en mesure de renforcer le rôle et la crédibilité de l'Union en tant que promotrice réelle des droits des enfants et cela contribuerait à susciter une approche plus cohérente aux leurs droits.

La valeur ajoutée qui en résulterait serait la soumission de l'UE à la surveillance du Comité des droits de l'enfant et, par conséquent, à l'obligation de soumettre au même Comité des rapports périodiques sur les progrès accomplis à propos de la protection des droits des enfants (données qui actuellement sont rares); en

¹³⁸ Sur ce point voir: Save the children (2011), *Governance fit for children, to what extent have the general measures of implementation of the UNCRC been realized in the EU Institutions?*, p. 14-19, sur <http://www.savethechildren.net/eu-office>.

¹³⁹ Save the children (2011), *Governance fit for children, to what extent have the general measures of implementation of the UNCRC been realized in the EU Institutions?*, op. cit., p. 14: compte tenu du fait que beaucoup des articles de la CIDE concernent des questions qui ne sont pas de compétence exclusive de l'UE, l'adhésion pourrait être limitée aux dispositions qui s'occupent de matières qui ne sont pas de compétence exclusive des États membres et aux Protocoles ratifiés par tous les États membres.

outre, l'Union serait tenue à considérer l'enfant comme une véritable priorité et la Cour de justice serait obligée de commencer à utiliser les principes énoncés dans la CIDE dans ses arrêts, en conduisant les États membres dans leur rigoureuse observation.

À l'heure actuelle, en effet, il ne semble pas tout à fait pacifique qu'il y ait des grands principes et des grands droits à protection des enfants à niveau européen; sûrement il y a des grands principes universels, grâce à l'existence de la Convention relative aux droits de l'enfant et à l'interprétation évolutive de la CEDH et de la CIDE même par la Cour européenne des droits de l'homme¹⁴⁰.

Jusqu'à présent, il n'y a pas eu une contribution spécifique purement européenne dans l'évolution de la protection des droits des enfants. Le même article 24 de la Charte des droits fondamentaux ne contient aucune disposition novatrice.

En outre, comme on l'a vu, le dualisme entre l'Union européenne et le Conseil de l'Europe continue, malgré les proclamations d'unité d'intentions. Surtout les exigences de protection des droits des enfants, au niveau de l'UE, continuent à opérer dans le cadre et dans les limites des principes fondamentaux de fonctionnement du marché commun européen et même parfois en leur fonction.

L'Union européenne devrait, donc, évaluer la possibilité de cesser de s'autoproclamer « championne des droits des enfants » en recommençant, par conséquent, à ignorer les thématiques qui n'ont pas un caractère économique. Sinon, au contraire, il est arrivé le moment de contribuer à une avance de son approche à la protection des droits des enfants.

Ce qui semble aller dans la bonne direction aujourd'hui dans l'Union européenne ce n'est pas tant le système normatif ou la jurisprudence de la Cour de justice à protection des droits des enfants, mais plutôt l'action des réseaux de comparaison, tels que le Réseau européen des Observatoires nationaux de l'Enfance (ChildONEurope), le Réseau européen des médiateurs pour enfants (ENOC), la coordination entre les ONG du secteur et le Forum européen sur les droits de l'enfant.

2. Les sources spécifiques du droit pénal européen pour la tutelle des droits de l'enfant en qualité de victime et d'auteur de délit

Ces dernières années, la création d'une justice européenne « *child-friendly* » est devenue un des aspects fondamentaux du programme social européen. Cela a permis le « communautarisme » de la coopération judiciaire en matière pénale, héritage de la discipline intergouvernementale précédente, qui représente un des résultats les plus significatifs du Traité de Lisbonne et qui est capable de créer des points de vue intéressants et impensables autrefois¹⁴¹.

¹⁴⁰ G. TURRI, *I gradi principi europei di tutela dei minori*, in *Minori e giustizia*, n. 2, 2008, p. 7.

¹⁴¹ R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, 2014, p. 558-9.

Dans le domaine de la justice pénale, plusieurs directives ont été adoptées récemment et, même s'elles ne sont pas dédiées explicitement aux mineurs, ces instruments ont quand même un effet aussi sur leurs droits.

Par contre, la directive 2011/93/UE contre l'abuse et l'exploitation sexuelle des enfants et la pornographie juvénile est spécifiquement adressée aux mineurs victimes des crimes.

En plus, après que la Commission européenne a affirmé de vouloir « more safeguards for citizens in criminal proceedings »¹⁴², on a assisté à l'adoption de la directive 2016/800/UE relative à la mise en place de garanties procédurales en faveur des enfants qui sont des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales.

Comme il a déjà été anticipé dans la première partie de ce travail, la Commission européenne s'est officiellement engagée à promouvoir l'utilisation des directives du Conseil de l'Europe sur la justice *child-friendly*, à travers leur intégration dans les futurs instruments juridiques de l'UE dans le cadre de la justice civile et pénale.

C'est la même Commission européenne, par conséquent, qui reconnaît l'importance de l'engagement du Conseil de l'Europe pour la protection des mineurs dans le cadre judiciaire, qui a enfin porté à l'adoption des Lignes directrices en 2010.

Dans le présent travail, on a analysé en profondeur soit les dispositions de l'UE en matière des mineurs délinquants soit les dispositions relatives aux mineurs victimes des crimes car il faut toujours considérer que « tout mineur délinquant est un enfant en danger ; tout enfant en danger est un potentiel mineur délinquant »¹⁴³. Pourtant, en ce qui concerne ces deux rôles, il est nécessaire d'assurer aux enfants, qui se trouvent impliqués dans un procès pénal, le droit de recevoir un traitement spécifique et différent par rapport aux adultes.

L'analyse menée commence par l'examen de la législation de l'UE à protection des droits des victimes des crimes car la « victime » a été le premier sujet processuel qui a mérité l'attention du législateur européen en matière pénale, en devenant ainsi la « *nouvelle étoile de la scène pénale* »¹⁴⁴.

Comme le Commissaire européen Anita Gradin l'a affirmé, l'avenir de ceux qui subissent un crime dans un État membre autre que l'État de résidence est très différent par rapport à ceux qui deviennent des victimes dans leur pays car, dans le premier cas, on ne connaît souvent ni la langue du pays en question, ni les règles qui gouvernent la procédure pénale de tel pays¹⁴⁵. Ignorer, par conséquent, le fait que les citoyens européens pouvaient devenir de plus en plus souvent des victimes *cross-border*, s'opposait à l'idée de réaliser

¹⁴² Voir Criminal Justice Newsroom, 27/11/2013 sur <http://ec.europa.eu>.

¹⁴³ G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZERGES, *Minorité à contresens. Enfants en danger, enfants délinquants*, Dalloz, 2014, p. 28.

¹⁴⁴ Pour un encadrement général voir S. ALLEGREZZA, *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea, Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Torino, 2012, p. 1; F. TULKENS, F. VAN DE KERCHÓVE, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, Bruxelles, 1999, p. 62.

¹⁴⁵ P. ROCK, *Constructing victim's rights; the Home Office, New Labour and victims*, Oxford, 2004, p. 513.

un espace de liberté, de sécurité et de justice où les citoyens européens peuvent se déplacer librement et en toute sécurité.

L'Union européenne a également décidé dès le début de s'occuper non seulement des victimes dites « transnationales », mais de toutes les victimes, sans tenir compte de leur nationalité et du territoire où elles acquièrent cette qualification subjective. La raison de ce choix dérive de la nécessité d'éviter la création de situations de discriminations à l'envers.

Le premier acte de droit dérivé de l'Union européenne qui a affecté les systèmes pénaux nationaux des États membres a été la Décision-cadre 2001/220/JAI relative au statut des victimes dans le cadre de la procédure pénale¹⁴⁶. Les étapes principales de ce parcours ont concerné la reconnaissance graduelle à la victime et des *service rights* et des *procedural rights*¹⁴⁷.

La protection des droits des victimes de la criminalité représente donc une thématique qui permet d'observer l'expansion du droit de l'Union européenne en matière pénale car, par rapport aux garanties réservées à l'accusé/imputé, trouver un accord parmi les États membres a été plus facile.

L'idée de renforcer le rôle et la participation de la victime dans les procédures pénales a suscité des désagréments depuis toujours, surtout de la part d'une doctrine convaincue qu'une vision des faits extrêmement subjective, ainsi qu'une double accusation¹⁴⁸ risquerait de ne pas respecter la présomption d'innocente¹⁴⁹ et de compromettre enfin la position de l'imputé et toutes ses garanties pendant le procès pénal¹⁵⁰.

À cause de ces raisons, la victime a depuis longtemps occupé une place secondaire dans les procédures pénales des États membres, voire négligée. Trouver un équilibre entre la tutelle des victimes et les garanties pour l'imputé représente même à présent le cœur des réflexions sur ce sujet. Cependant, il faut préciser qu'aujourd'hui on ne peut pas encore affirmer que la victime possède un véritable droit à un procès pénal équitable à la charge du présumé coupable¹⁵¹.

De plus, en observant toutes les directives adoptées par l'Union Européenne relatives aux victimes des crimes, on juge difficile d'atteindre l'objectif de rapprocher les réglementations nationales en la matière. La possibilité de bénéficier de nombreuses dérogations aux droits et aux garanties qu'elles

¹⁴⁶ Décision-Cadre du Conseil du 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales (2001/220/JAI).

¹⁴⁷ La célèbre distinction est attribuée à A. SANDERS, *Victim Participation in an Exclusionary Criminal Justice System*, C. HOYLE, R. YOUNG (edited by), *New visions of crime victims*, Oxford, 2001, p. 204.

¹⁴⁸ G. TRANCHINA, *La vittima del reato nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2010, 11, p. 4060 ne partage pas cet argument, parce que il ne croit pas que le principe de l'égalité des armes fasse référence au nombre de parties comparues dans le procès. La parité consiste dans la garantie que le procès se déroule de façon à assurer aux parties la même possibilité d'influer sur la conviction du juge, en attribuant à chacune d'entre elles parité des pouvoirs.

¹⁴⁹ D. KRAUSS, *La vittima del reato nel processo penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1983, 2, p. 295: en principe, on peut parler d'un rapport entre l'auteur du crime et la victime seulement quand la culpabilité de l'accusé ait été établie parce que avant la condamnation il n'existe pas aucune « victime innocente ».

¹⁵⁰ Comme affirme N. PARISI, *Una prospettiva nazionale, europea e internazionale per la tutela della vittima*, in *Processo penale e vittima di reato*, Università di Catania, 2010, n. 26, p. 12 « le procès pénal est essentiellement un contentieux entre l'accusé et l'État, lequel prend soin de la victime et agit aussi en son nom, métabolisant, pour ainsi dire, les aspirations vindicatives du sujet passif de l'infraction ».

¹⁵¹ M. SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale. Una lettura del sistema italiano alla luce del quadro europeo*, Milano, Wolters Kluwer - CEDAM, 2014, p. 3 et 17.

contiennent, d'exclure l'incrimination de certains comportements et la présence considérable de clauses de sauvegarde (demandant aux États membres de respecter certaines dispositions « dans la mesure du possible, conformément au droit national ») affranchit, de facto, les États membres de l'obligation de s'activer pour traduire en dispositions internes le droit européen¹⁵².

Sans aucune prétention d'arriver à l'adoption de directives « détaillées »¹⁵³, à présent encore inimaginables pour ce qui concerne la coopération judiciaire en matière pénale (vu que les articles 82 et 83 TFUE donnent la possibilité d'établir uniquement des « règles minimales » qui tiennent compte également des différentes traditions juridiques des États membres¹⁵⁴), on attendait que de l'analyse de ces instruments transparaît au moins la volonté commune d'atteindre des résultats déterminés, quoique minimales.

Il paraît plutôt que les objectifs, qu'on voudrait rejoindre petit à petit, ne soient pas clairs ou que, pire encore, manque la volonté d'avancer dans ce domaine.

Outre les dérogations et les clauses de sauvegarde, en effet, ces directives ont été formulées surtout à travers l'énumération de « principes »¹⁵⁵ sans porter à la réalisation d'un véritable système de règles. Les États membres donc, qui sont habitués à configurer les garanties procédurales comme des cas d'espèce rigides, devraient au contraire s'adapter à un dialogue constant entre leur jurisprudence nationale et la jurisprudence de la Cour de Justice, afin de transformer en prescriptions plus précises les normes des directives qui, autrement, seraient inapplicables¹⁵⁶.

Il s'agit donc de mener un examen spécifique cas par cas, où la jurisprudence de l'UE assume non seulement la tâche d'interpréter le droit, mais aussi de le créer¹⁵⁷. En effet, bien qu'aucune règle des Traités impose une obligation de *stare decisis* (au-delà du respect des dispositifs énoncés par la Cour de Justice en

¹⁵² Étant entendu que la Cour de Justice a clarifié que si les États membres estiment que leur ordre juridique national est déjà conforme à une directive ils doivent quand même communiquer à la Commission, avant l'expiration du délai pour la transposition, leurs raisons, afin que la Commission puisse s'exprimer à ce sujet (Cour de Justice, 13 décembre 1991, C-69/90, *Commission c. Italie* et Cour de Justice, 5 juillet 2007, C-321/05, *Kofoed*). Les dispositions internes, en outre, selon la Cour, doivent être en mesure de garantir que quand « la directive vise à créer des droits pour les particuliers, la situation juridique découlant de ces principes soit suffisamment précise et claire et que les bénéficiaires soient mis en mesure de connaître la plénitude de leurs droits et, le cas échéant, de s'en prévaloir devant les juridictions nationales. Cette dernière condition est particulièrement importante, lorsque la directive en cause vise à accorder des droits aux ressortissants d'autres États membres car ces ressortissants normalement ne sont pas au courant de ces principes » (arrêt du 23 mai 1985, C-29/84, *Commission c. Allemagne*, point 23 et arrêt du 20 novembre 2003, C-296/01, *Commission c. France*). Cela dit, comme on l'a déjà affirmé, les directives analysées laissent tellement de discrétion aux États membres qu'il apparaît difficile d'identifier des droits clairs, précis et inconditionnels.

¹⁵³ La Cour de Justice, d'ailleurs, n'a jamais jugé cette pratique contraire aux caractéristiques essentielles des directives, au sens de l'art. 288 TFUE, dans les cas où la directive détaillée était intervenue dans un domaine où la réalisation d'une stricte identité entre les dispositions nationales s'était révélée indispensable pour le résultat à atteindre (Cour de Justice, arrêt du 23 novembre 1977, 38/77, *Enka*, point 12). D'ailleurs, comme l'affirme la même Cour « la compétence laissée aux États membres en ce qui concerne la forme et les moyens des mesures à prendre par les instances nationales, est fonction du résultat que le Conseil ou la Commission entendent voir atteindre » (Cour de Justice, arrêt du 23 novembre 1977, 38/77, *Enka*, point 11).

¹⁵⁴ Les *standards* nationaux sont inextricablement liés aux expériences historiques et au contexte social, politique, culturel et économique de chaque État qui en reflète la majeure ou inférieure propension à renforcer les garanties procédurales.

¹⁵⁵ C'est-à-dire, en adoptant la célèbre distinction de R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, 2010, p. 48 s., « normes à structure ouverte qui se limitent à fixer des objectifs à poursuivre et des valeurs à préserver ».

¹⁵⁶ M. DANIELE, *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione europea, Cedu e sistemi nazionali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 6 aprile 2016.

¹⁵⁷ Sur ce point voir R.E. KOSTORIS, *Processo penale, diritto UE e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1182 et suiv., V. MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, in *Diritto Penale e Contemporaneo*, 2012 et V. M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza fonte*, Milano, 2011, p. 53 et suiv.

relation aux cas individuels), il est évident que les décisions interprétatives de la Cour ont une indéniable valeur d'orientation pour les États membres.

Il faut souligner, en outre, que dans ces directives manquent, en général, les définitions de certaines notions clé, sans lesquelles, loin de parvenir à une identité des législations nationales, on ne peut pas penser d'harmoniser les normes pénales des États membres.

On se réfère, par exemple, au manque d'un accord partagé sur l'âge de la majorité sexuelle qui devient essentielle pour l'application de diverses dispositions de la directive en matière d'abus sexuel et d'exploitation des enfants; ou encore, au manque de clarté à l'égard de la catégorie à laquelle les mineurs appartiennent: d'abord, classés comme des « victimes vulnérables », ensuite comme des « victimes particulièrement vulnérables », enfin comme des « victimes avec des besoins de protection spécifiques », en attribuant chaque fois un sens différent à cette catégorisation.

Autre fait remarquable est que le principe de subsidiarité n'a pas été respecté en adoptant la décevante directive sur l'ordre de protection européenne, qui, comme on l'a déjà observé, au-delà de son application très limitée qui est liée à la présence d'instruments pareils préexistants, ne présente aucune valeur ajoutée pour justifier l'intervention normative de l'Union européenne. Il s'agit, en effet, d'un instrument qui renforce la tutelle des victimes seulement de façon apparente et symbolique.

Cette vue d'ensemble rend impossible d'appliquer directement la majorité des dispositions de ces instruments devant les tribunaux nationaux au cas où ils n'ont pas été transposés ou seulement partiellement dans les systèmes des États membres, ou au cas où les mesures nationales d'exécution ne sont pas conformes aux objectifs des directives. La formulation de ces normes rend également difficile, pour le juge national, d'interpréter la réglementation nationale de manière conforme à ces directives et, par conséquent, de ne pas appliquer les dispositions nationales incompatibles avec ces instruments, si nécessaire¹⁵⁸.

Un autre aspect particulier qui a été souligné dans cette partie concernant les victimes est le souci du législateur européen de respecter les diversités des systèmes nationaux qui, comme on l'a déjà anticipé, est un devoir central dans l'espace de liberté, sécurité et justice¹⁵⁹.

En plus, les États membres peuvent toujours contrôler (*ex ante* et *ex post*¹⁶⁰) le respect du principe de subsidiarité et ils peuvent également bénéficier de la procédure dite du « frein d'urgence » qui est

¹⁵⁸ N. FENNELLY, *The National Judge as Judge of the European Union*, in *The Court of Justice and the Construction of Europe: analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law*, Asser, 2013, p. 61. Il y a quand même la possibilité que la Cour de Justice, comme dans l'arrêt *Becker* (Cour de Justice, arrêt du 19 janvier 1982, 8/81, point 30), conclut que « On ne saurait dès lors invoquer le caractère général de la directive en cause, ou la latitude qu'elle laisse par ailleurs aux États membres, pour dénier tout effet à celles des dispositions qui, compte tenu de leur objet, sont susceptibles d'être utilement invoquées en justice en dépit du fait que la directive n'a pas été exécutée dans son ensemble ».

¹⁵⁹ Cet aspect est déjà évident à niveau de principes, compte tenu qu'il est exprimé clairement dans l'art. 67, paragr. 1, TFUE et il est également rappelé par l'art. 82, paragr. 2, TFUE.

¹⁶⁰ En ce qui concerne le contrôle *ex post*, la Cour de justice, comme on le sait, est compétente sur les recours en annulation d'actes de l'Union pour violation du principe de subsidiarité (article 8 Protocole n° 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité), mais il va de soi que, puisque l'existence des conditions posées par le principe de subsidiarité ont déjà été objet d'une appréciation de la part de toutes les institutions responsables de l'adoption d'acte, l'espace pour une évaluation de la Cour, différente de celle sur laquelle les organes politiques ont convenu (et donc une grande majorité des États) apparaît réduit (ainsi R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, 2014, p. 447).

opérationnelle en relation à l'adoption de directives en matière de droit pénal matériel et procédural, au sens des articles 82 et 83 TFUE¹⁶¹.

On peut clairement remarquer le respect des différences nationales dans le Traité de Lisbonne, où le principe de la reconnaissance mutuelle est considéré comme l'instrument principal afin de parvenir à une intégration européenne en matière pénale. D'autre part, le respect du principe de la reconnaissance mutuelle ne requiert pas, en principe, l'adoption de *standards* européens harmonisés, ce qui le rend moins invasif pour les États membres qui ne sont pas obligés à modifier leur propre droit national¹⁶².

Enfin, la volonté de respecter les différences nationales se manifeste également dans le choix de l'instrument législatif par lequel on tente de rapprocher le droit pénal matériel et procédural à l'intérieur de l'Union européenne, c'est-à-dire la directive, dont on connaît les caractéristiques.

Malgré ce panorama normatif largement favorable au respect des intérêts et des valeurs nationales, les États membres ne montrent pas encore d'avoir l'esprit tranquille à l'égard d'une intervention de l'UE dans cette matière, ce qui est explicité clairement dans le contenu des directives qui ont été analysées.

Pour ce qui concerne la tutelle des victimes des crimes, en effet, l'application de la plus grande partie des droits de la directive 2012/29/UE est subordonnée au rôle que les victimes mêmes possèdent dans la procédure pénale et cet aspect varie énormément d'un État membre à l'autre.

En conséquence, parler de reconnaissance mutuelle en se référant à la tutelle de cette catégorie semble être un forçage car dans ce domaine la coopération exigée de la part des États membres devrait permettre de reconnaître à chaque victime le droit de recevoir la même (bien que minimale) protection dans tout le territoire de l'Union européenne. Un objectif qui n'a pas été atteint par la directive 2012/29/UE.

Comme la doctrine l'a noté, le principe de la reconnaissance mutuelle, transféré de la discipline relative au marché intérieur, a réussi à s'imposer positivement dans ce dernier domaine puisque la libre circulation des biens a été précédée et accompagnée dans le temps de l'imposition aux États membres de normes strictes en matière de qualité des produits afin de protéger le consommateur européen¹⁶³.

Diversement, en matière pénale pour ce qui concerne la protection des victimes, il est aussi difficile de penser que des niveaux de garanties minimaux ont été introduits¹⁶⁴.

¹⁶¹ En impliquant le Conseil européen, l'outil du « freinage d'urgence » représente, d'abord, un mécanisme politique de résolution des controverses entre les États membres qui met les gouvernements nationaux au centre du processus législatif européen (pour une discussion sur l'"*emergency brake*", voir House of Lords European Union Committee, *The Treaty of Lisbon: An Impact Assessment*, 10th report, session 2007–08).

¹⁶² V. MITSILEGAS, *European criminal law and resistance to communitarisation after Lisbon*, *New Journal of European Criminal law*, vol. 1, issue 4, 2010, p. 459 et pour des approfondissements ultérieurs voir toujours V. MITSILEGAS, *The Constitutional Implications of mutual recognition in Criminal matters in the Eu*, *Common Market Law Review*, vol. 43, 2006, p. 1277-1311.

¹⁶³ Comme O. MAZZA l'a correctement affirmé, *Investigazione prove e cooperazione giudiziaria*, in *Aa. Vv., Processo penale e giustizia europea. Omaggio a Giovanni Conso, Atti del convegno dell'Associazione fra gli studiosi del processo penale*, Torino, 26-27 settembre 2008, Milano, 2010, p. 155.

¹⁶⁴ Selon R. ADAM et A. TIZZANO (*Manuale di diritto dell'Unione europea*, 2014, p. 560) « *sebbene sul piano logico la creazione di un ambiente giuridico più omogeneo si presti ovviamente a facilitare il mutuo riconoscimento delle decisioni degli Stati membri, ed anzi ne sia teoricamente addirittura un presupposto, in realtà il Trattato non crea un simile collegamento temporale tra i due obiettivi, così come del resto fa per il riconoscimento delle decisioni in materia civile. E questo per ovvie ragioni, dato che il ravvicinamento delle decisioni in materia penale, molto più che per quelle in materia civile, è impresa assai ardua e di lunga lena e averne gli esiti avrebbe inevitabilmente ritardato la realizzazione dell'altro obiettivo* ». Dommage que faciliter la reconnaissance

La question à se poser est comment les mesures UE, qui réaffirment les obligations conventionnelles dérivant de la CEDH et d'autres conventions internationales, pourront faire la différence, c'est-à-dire comment elles réussiront à obtenir que les États membres se conforment aux obligations présentes dans le droit UE, en augmentant ainsi également la confiance mutuelle parmi eux¹⁶⁵.

Pour vérifier si les normes européennes vont effectivement ajouter de la valeur à l'intervention de l'Union européenne dans la protection des enfants victimes des crimes, il sera nécessaire d'observer comment les États membres seront sensibles, en tant que législateurs et juges nationaux, à appliquer les directives, les ressources spécifiques que l'Union européenne mettra à disposition pour soutenir telle mise en œuvre, si les phénomènes de criminalité à combattre seront-ils sensibles à une intervention normative et, enfin, on devra compter sur le bon travail de la Commission et de la Cour de Justice.

En ce qui concerne la Commission, qui sera tenue de surveiller l'application de ces directives, il est attendu qu'elle prendra sérieusement en considération l'utilisation de ses pouvoirs coercitifs afin de renforcer le système de la reconnaissance mutuelle dans le cadre de la coopération judiciaire en matière pénale¹⁶⁶.

Quant au rôle de la Cour de Justice¹⁶⁷, il faut souligner que le passage des Décisions-cadres aux directives dans le cadre de la coopération judiciaire en matière pénale, bien que représentant une amélioration, laisse quand même un grand pouvoir discrétionnaire aux États membres.

De plus, les directives adoptées dans ce domaine fonctionnent sur la base de la présomption qu'un système de protection des droits fondamentaux approprié existe déjà à niveau national dans les États membres et qu'il soit capable de donner effet aux prévisions du droit secondaire de l'UE.

L'Union européenne et, par conséquent, la Cour de Justice continuent, donc, en théorie, à ne pas avoir le pouvoir d'imposer aux États membres des concrètes modalités de gestion de leurs systèmes de protection nationaux.

Cependant, la Cour de Justice a démontré dans le passé qu'elle considère fondamentale la précision dans la réception du droit secondaire de la part des États membres, à l'égard de certains sujets jugés

mutuelle de cette manière est en train de se révéler une tâche également difficile, étant nécessaire un certain degré de compatibilité des cas d'espèces nationales pour pouvoir se déployer efficacement (G. Giudicelli-Delage, Manacorda S. (dir.), *L'intégration pénale indirecte. Interactions entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l'Union européenne*, Paris, 2005).

¹⁶⁵ Le fait même que les instruments internationaux (d'où les différentes directives, qui ont été analysées, s'inspirent) ont été largement ratifiés par les États membres, mais pas encore pleinement et efficacement intégrés dans leurs systèmes nationaux, rend très probable la prévision que les parallèles mesures européennes vont rencontrer une résistance similaire de la part des États membres.

¹⁶⁶ A. TINSLEY, *Protecting criminal defence rights through EU law: opportunities and challenges*, *New Journal of European Criminal law*, vol. 4, issue 4, 2013, p. 469.

¹⁶⁷ Contrairement au passé, en effet, maintenant les États membres peuvent bénéficier du renvoi préjudiciel afin de demander des éclaircissements sur l'interprétation de ces directives à la Cour de justice. À l'époque du troisième pilier, comme on le sait, les juridictions nationales ne pouvaient s'adresser à la Cour de justice à travers le renvoi préjudiciel (pour demander des éclaircissements sur l'interprétation des Décisions-cadres), que si les États membres avaient accepté la compétence de la Cour et seulement 18 États l'avaient fait (voir l'art. 35 du TUE dans sa version précédente au Traité de Lisbonne).

plus vulnérables. Il est possible, donc, qu'elle se soucie également de la bonne réception des dispositions des directives qui ont été analysées¹⁶⁸.

Si c'était le cas, la tutelle des droits des victimes dans l'Union européenne pourrait se conformer et porter à un *standard* de protection minimum partagé par tous les États membres. Ce système européen de protection consentirait à chaque individu impliqué de bénéficier de ses garanties pour toute la durée de la procédure pénale, sans attendre l'épuisement des voies de recours internes et une éventuelle décision favorable de la Cour européenne des droits de l'homme afin d'obtenir le respect de ses droits¹⁶⁹.

La Cour européenne des droits de l'homme, en effet, surveille *ex post* l'équité procédurale de chaque cas dans son ensemble et il n'y a aucun mécanisme qui assure le respect de ses arrêts dans les États, même pas si la Cour signale des défauts systémiques et structureaux dans leurs ordres juridiques¹⁷⁰.

Le droit de l'Union européenne, par contre, pourrait profiter de différents mécanismes largement plus efficaces comme, par exemple, l'activation d'une procédure d'infraction de la part la Commission européenne, le renvoi préjudiciel et la possibilité, d'un côté, pour les juges nationaux de bénéficier de l'instrument de l'interprétation conforme et, de l'autre côté, la possibilité pour les individus de demander directement aux tribunaux nationaux l'application des mesures contenues dans les directives (malgré, comme précisé plus haut, la formulation des normes de ces instruments rend ces dernières possibilités difficiles à se réaliser). En principe, définir dans une directive des règles minimales partagées, créées sur le modèle des dispositions de la CEDH ou des indications fournies par la Cour européenne des droits de l'homme, en renforce son caractère obligatoire par rapport à tout arrêt de la Cour européenne. En tout cas, il est nécessaire que la Cour de Justice intervienne pour clarifier quel niveau de protection l'Union européenne veut effectivement reconnaître aux victimes des crimes¹⁷¹.

L'analyse de la jurisprudence en matière de protection des mineurs victimes des crimes, élaborée par la Cour de Justice jusqu'à présent, montre plusieurs points critiques.

On commence par le célèbre arrêt *Pupino*, dans lequel la Cour, pour la première fois, a affirmé l'obligation d'interprétation conforme des Décisions-cadres même si dans le cas d'espèce une telle procédure n'était pas possible. Le résultat a été une sorte d'application directe de la Décision-cadre sur la position de la victime dans le cadre de la procédure pénale et une décision que, bien qu'apparemment favorable aux mineurs

¹⁶⁸ Ainsi, par exemple, la Cour de Justice a agi en relation aux directives en matière d'environnement (arrêt 20 octobre 2005, C-6/04, *Commission c. Royaume-Uni*).

¹⁶⁹ A. TINSLEY, *Protecting criminal defence rights through EU law: opportunities and challenges*, *New Journal of European Criminal law*, vol. 4, issue 4, 2013, p. 473.

Pour obtenir justice devant la Cour européenne des droits de l'homme il faut, en effet, épuiser toutes les voies de recours internes, saisir la Cour dans le délai prévu, attendre une première décision sur la recevabilité du recours, la décision finale et, en cas de condamnation de l'État, l'exécution de l'arrêt.

¹⁷⁰ Une large partie des recours devant la Cour européenne des droits de l'homme concerne, en effet, des « violations répétitives », c'est-à-dire des situations déjà discutées et décidées par la Cour européenne dans des cas précédents et qui restent, toutefois, problématiques car les États membres n'ont pas veillé à changer leurs lois en la matière. Il y a beaucoup de cas impliquant, par exemple, la France et l'Italie pour ne pas avoir assuré une durée des procès équitable.

¹⁷¹ R.E. KOSTORIS, *La tutela dei diritti fondamentali*, in ID. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2015, p. 77 et suiv.

impliqués, ne s'est jamais penchée sur l'importance de protéger leur intérêt supérieur en tant qu'enfants victimes d'abus, mais seulement sur la nécessité de renforcer l'instrument des Décisions-cadres.

Comme dans l'affaire *Pupino*, également dans le cas suivant *X c. V.* du 2011, l'instrument dit de l'incident probatoire, prévu par la procédure pénale italienne, ne pouvait pas être exploité dans le cas d'espèce. Différemment au cas *Pupino*, toutefois, dans ce dernier cas la Cour de Justice a estimé plus important de sauvegarder la spécificité de la réglementation italienne, sans imposer au moins une lecture de cette dernière plus *child-friendly*, malgré la grande vulnérabilité de l'enfant victime impliqué.

La Cour de Justice a donc perdu une opportunité fondamentale pour interpréter et appliquer l'art. 24 de la Charte des droits fondamentaux de façon vivante, à travers l'utilisation d'autres dispositions internationales qui finalement auraient pu rendre opérationnels ses principes abstraits. Par contre, ce qui résulte de cette décision démontre que la Cour de Justice considère satisfaisant qu'un ordre juridique national contienne des systèmes de protection pour les victimes vulnérables, mais chaque considération à l'égard de « comment », « quand » et même de « si » les utiliser est laissé au pouvoir discrétionnaire des États membres.

Dans l'affaire *Pupino*, la Cour avait affirmé que « *la décision-cadre exige qu'une juridiction nationale ait la possibilité, pour les victimes particulièrement vulnérables, d'utiliser une procédure spéciale, telle que la procédure incidente d'administration anticipée de la preuve prévue dans le droit d'un État membre, (...), si cette procédure répond le mieux à la situation de ces victimes* ». Dans le cas *X. c. V.*, même si l'incident probatoire était la mesure la plus appropriée à la situation personnelle de l'enfant victime, le juge italien ne possédait pas le pouvoir d'appliquer concrètement cet instrument, à cause de l'opposition infranchissable du procureur. Cependant, la Cour de Justice a évalué le système judiciaire italien suffisamment protecteur pour toute typologie de victime.

On a ensuite examiné le cas plus récent *P.I. c. Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid*, où la Cour de Justice a estimé que les crimes graves énumérés dans l'art. 83 TFUE, qui portent atteinte aux droits fondamentaux des individus, peuvent constituer des raisons impérieuses de sécurité publique en mesure de prévaloir sur la liberté de circulation des personnes.

Grâce à cet arrêt, le crime commis au détriment d'un seul mineur a mené à des mesures préventives de protection au profit de tous les enfants résidant sur le sol allemand.

Cependant, il faut s'interroger si la Cour de Justice avait réellement l'intention de protéger les mineurs résidents en Allemagne, en tant que victimes potentielles du citoyen italien impliqué dans le cas d'espèce, ou plutôt d'affirmer implicitement que aussi l'Union européenne elle-même pourra réduire les garanties des citoyens européens, à titre préventif, au cas où il faudra combattre des crimes graves comme, par exemple, le terrorisme international.

Ce qui apparaît à partir de ces arrêts et, en particulier, de la comparaison entre les deux premiers, est l'instrumentalisation des droits des enfants victimes des crimes par la Cour de Justice, laquelle les utilise pour atteindre des objectifs chers à l'Union Européenne. En effet, lorsque les intérêts principaux de

l'UE ne sont pas en jeu, l'intervention de la Cour de Justice résulte peu sensible aux besoins concrets des enfants impliqués.

Pour ce qui concerne la comparaison avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, bien que aussi cette dernière ne garantisse pas toujours une protection appropriée et significative aux victimes mineures, on peut quand même imaginer des conflits futurs entre les deux Cours, surtout parce qu'on sait que la Cour européenne n'aime pas particulièrement les « automatismes »¹⁷².

On a observé, en effet, que la Cour européenne des droits de l'homme fait preuve d'une grande attention à l'analyse des réglementations nationales en matière pénale dans le cadre de la protection des victimes des crimes. Son but est de vérifier si elles contiennent des mesures suffisamment appropriées et protectrices et en outre la Cour même insiste beaucoup sur les obligations positives de protection qui incombent sur les États membres, en vertu du respect de la CEDH.

Pour la Cour européenne des droits de l'homme, donc, il ne suffit pas de se contenter, comme le fait la Cour de Justice, de la présence de mesures de protection des victimes vulnérables dans le droit pénal national. Il faut aussi évaluer leur impact concret et établir si le « si », le « comment » et le « quand » ces mesures sont appliquées (et applicables) est suffisant pour assurer une protection efficace des victimes.

La Cour européenne des droits de l'homme accomplit cette vérification en rendant « vivantes » les dispositions de la CEDH à travers leur interprétation en harmonie avec d'autres dispositions internationales.

Comme l'a affirmé la Cour européenne même dans le célèbre cas *Bosphorus*¹⁷³, l'idée que, sous réserve des insuffisances manifestes d'un cas spécifique, un État membre de l'Union européenne ne peut pas violer les droits fondamentaux car le système juridique de l'Union assure la même protection des droits de l'homme que le système conventionnel, ne vaut qu'en absence de pouvoir discrétionnaire.

Si les États membres ont un pouvoir discrétionnaire et, surtout quand ce dernier est très large (précisément comme c'est le cas des directives analysées plus haut), la Cour européenne se considère libre de les juger et en conséquence la possibilité d'un conflit avec l'Union est élevée.

Comme indiqué ci-dessus, d'un autre point de vue, c'est-à-dire sur le plan judiciaire, la Cour européenne des droits de l'homme semble souvent réfractaire à protéger les mineurs victimes lorsque sont impliqués les droits de l'accusé. L'équilibrage effectué par la Cour européenne, en effet, penche constamment en faveur de ces derniers, sauf un seul cas qu'on a examiné¹⁷⁴.

L'approche de la Cour européenne, basée sur la règle du caractère non décisif des décisions prises en dehors du contradictoire avec l'accusé, sous-estime le rôle des victimes dans le procès pénal et défavorise surtout les victimes les plus vulnérables, comme par exemple les mineurs.

¹⁷² Sur ce point, voir V. MITSILEGAS, *The symbiotic relationship between mutual trust and fundamental rights in Europe's area of criminal justice*, *New Journal of European Criminal law*, vol. 6, issue 4, 2015, p. 472 et suiv.

¹⁷³ Cour européenne des droits de l'homme, *Bosphorus c. Irlande*, 30 juin 2005, recours n. 45036/98.

¹⁷⁴ Cour européenne des droits de l'homme, *S.N. c. Suède*, 2 juillet 2002, recours n. 34209/96.

La Cour européenne des droits de l'homme continue à suivre cette démarche, même si de cette façon elle semble surmonter ses compétences et aussi violer l'art. 8 de la CEDH, étant donné qu'elle admet des ingérences qui ne sont pas toujours nécessaires dans la vie privée des mineurs impliqués.

En général, en outre, il convient de rappeler que la Cour européenne des droits de l'homme tend toujours à adopter dans ses arrêts les modalités de protection des droits fondamentaux les plus partagées par les États parties, à travers la modulation des espaces du marge d'appréciation à leur accordé en fonction du consensus atteint sur le *standard* à chaque fois relevé¹⁷⁵. Par conséquent, le résultat de ses arrêts peut souvent aplanir la protection des droits vers le bas sans garantir une conciliation efficace des valeurs en jeu¹⁷⁶.

La Cour de Justice adopte une approche générale différente car, afin de renforcer l'action de l'Union européenne et d'en harmoniser la politique criminelle, elle préserve les droits fondamentaux des victimes sur la base de leur capacité à ne pas empêcher la réalisation des objectifs poursuivis par l'Union et non pas comme des valeurs considérées en elles-mêmes. Par conséquent, la Cour de Justice prend des décisions qui sont fonctionnelles afin de atteindre les objectifs de l'intégration économique et de l'efficacité poursuivis par l'Union¹⁷⁷.

Pour conclure, la comparaison entre les approches des deux Cours fait remarquer que la jurisprudence de la Cour de Justice semble montrer, jusqu'au présent, plus d'intérêt à protéger les droits des mineurs victimes des crimes pour des finalités instrumentales. Tandis que la Cour européenne des droits de l'homme, pour ce qui concerne les garanties opérant dans le procès pénal, procède à un équilibre entre les droits des victimes mineures et les droits des accusés qui est excessivement protecteur envers les exigences de ces derniers, en donnant des indications plutôt décevantes sur ce qui concerne la protection des victimes¹⁷⁸.

Même si les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme peuvent avoir influencé les États membres¹⁷⁹ à propos, en particulier, de l'obligation de prévenir les crimes et de mener des enquêtes efficaces, une fois avoir reçu les dénonciations concernant des cas de mineurs maltraités, l'approche de la Cour européenne, liée aux nombreuses variables du cas concret, ne peut pas assurer un soutien immédiat ou une confiance satisfaisante aux victimes.

¹⁷⁵ Sur ce point, voir G. UBERTIS, *Diritti fondamentali e dialogo tra le Corti: fantascienza giuridica?*, Riv. it. dir. proc. pen., 2014, p. 1726 et suiv.

¹⁷⁶ Sur ce point, voir D. AUGENSTEIN, *Engaging the Fundamentals: on the Autonomous Substance of EU Fundamental Rights Law*, *German Law Journ.*, 2013, p. 1928 et suiv.

¹⁷⁷ Sur ce point, voir R.E. KOSTORIS, *La tutela dei diritti fondamentali*, in ID. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, op. cit., p. 80 et S. ALLEGREZZA, *The Interaction between the ECJ and the ECtHR with Respect to the Protection of Procedural Safeguards after Lisbon: the Accession of the EU to the ECHR*, in K. LIGETI (a cura di), *Toward a Prosecutor for the European Union. A Comparative Analysis*, vol. I, Oxford-Portland, 2013, p. 908 et suiv.

¹⁷⁸ M. SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale. Una lettura del sistema italiano alla luce del quadro europeo*, op. cit., p. 54.

¹⁷⁹ Comme l'affirme J.R. SPENCER (J.R. SPENCER, *Why is the harmonisation of penal law necessary?*, Aa. Vv., *Harmonisation and harmonising measures in criminal law*, A. Klip and H. van der Wilt (edited by), Amsterdam, 2002, p. 44), la Cour européenne des droits de l'homme "was not intended, obviously, as an instrument of harmonisation. But some degree of harmonisation has resulted from it. If the criminal procedure of one State permits something to happen which in most other countries is not permitted to happen and that State suffers a condemnation, it will probably amend its criminal procedure code, which will resemble more closely that of other countries. More subtly, some reforms in penal law (...) are motivated by a positive desire to embrace the values of the Convention".

Comme indiqué ci-dessus, en effet, une législation de l'UE dans ce domaine pourrait posséder, en respectant certaines conditions, une valeur ajoutée potentielle par rapport à la législation conventionnelle. Cela dépend du fait que les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, bien que définitifs et contraignants, ont une valeur purement déclarative, ou bien elles se limitent à affirmer si la CEDH a été respectée ou pas, sans aucun effet exécutif.

Les États membres, donc, profitent d'un pouvoir discrétionnaire très large quant aux modalités à suivre pour mettre en œuvre un arrêt de la Cour européenne et parviennent rarement à modifier leur propre législation¹⁸⁰.

Cela dépend aussi du fait que les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, en tant que très liées aux variables spécifiques des cas à chaque fois traités, rendent souvent difficile l'élaboration de conclusions générales. Rarement, en effet, une partie de la législation nationale est déclarée incompatible in abstracto avec la CEDH car la Cour européenne vérifie l'adéquation de la procédure dans son ensemble¹⁸¹.

Tout cela, conjointement au fait que les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme sont rédigés lorsque les infractions des droits des victimes de crimes se sont désormais conclues depuis des années, baissent en partie l'autorité de la Cour européenne comme mécanisme capable d'en assurer une protection effective¹⁸².

Même s'il s'agit d'une règle générale de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que la CEDH agit pour assurer des droits qui ne sont pas seulement « *theoretical and illusionary* », mais au contraire « *practical and effective* », le système de protection proposé par Strasbourg ne semble pas être capable de rendre opérationnelle cette prévision dans les législations des États membres¹⁸³.

Au cours de ces dernières années la CEDH et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, malheureusement, n'ont pas réussi à réaliser un véritable *standard* minimum de protection des droits fondamentaux des victimes de crimes dans les États membres de l'Union européenne.

L'UE est en train d'accélérer son rôle moteur en faveur d'une majeure protection des victimes de crimes pendant le procès pénal, en possédant actuellement les instruments pour réussir là où la CEDH et la Cour européenne des droits de l'homme ont échoué.

Actuellement, toutefois, le droit de l'UE adopté jusqu'au présent ne semble pas être adéquat à atteindre l'objectif de créer un « système intégré » où l'espace de liberté, sécurité et justice soit totalement

¹⁸⁰ Sur ce point, voir P. VAN DIJK, G. J. H. VAN HOOFF, *Theory and practice of the European Convention of Human Rights*, The Hague: Kluwer Law International, 1998, p. 21, aussi R. BLACKBURN, J. POLAKIEWICZ, *Fundamental rights in Europe. The ECHR and its Member States, 1950-2000*, Oxford University Press 2001, p. 57-58 et L. VAN PUYENBROECK, G. VERMEULEN, *Towards minimum procedural guarantees for the defence in criminal proceedings in the EU*, *International and Comparative Law Quarterly*, 2011, p. 1018.

Bien que le Conseil de l'Europe, à travers le Comité des Ministres, soit tenu de superviser l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, ce sont seulement les États parties qui décident si et comment rendre leurs systèmes nationaux conformés à la jurisprudence de la Cour.

¹⁸¹ Voir, par exemple, l'arrêt du 10 mars 2009 dans l'affaire *Bykov c. Russie*, recours n. 4378/02.

¹⁸² T. SPRONKEN, D. DE VOCHT, *Eu policy to guarantee procedural rights in criminal proceedings: "step by step"*, Paper presented at the Conference "The future of the adversarial system", The University of North Carolina, April 2011.

¹⁸³ Cour européenne des droits de l'homme, 13 mai 1980, *Artico c. Italie*, recours n. 6694/74, point 33 "... particularly so of the rights of the defence in view of the prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial, from which they derive".

opérationnel, surtout si les nouvelles directives ne seront pas accompagnées des arrêts de clarification par la Cour de Justice.

Pour renforcer concrètement la protection des victimes à l'intérieur de l'Union européenne, il est important quand même de souligner que les développements législatifs et jurisprudentiels devraient représenter seulement une partie de la protection assurée par l'Union européenne.

Cet ensemble normatif spécifique nécessite, en effet, d'être supporté également de la part des dits « *alternative governance mechanisms* », basés sur la coopération, sur l'échange et la diffusion des « *best practices* » et encore sur la formulation de lignes directrices et de recommandations, sur des consultations avec la société civile, sur la promotion des réseaux d'académiciens et de spécialistes experts, surtout dans le cadre de la justice pénale des mineurs¹⁸⁴. Par contre, pour ce qui concerne la protection des mineurs victimes de crimes graves, comme la traite et l'exploitation sexuelle, il est nécessaire d'instaurer une infrastructure forte pour abattre les inefficacités organisationnelles et les murs qui empêchent une bonne coopération parmi les États membres.

Par exemple, il est fondamental que les États membres recueillent et s'échangent des informations concernant les données des victimes mineures et des auteurs des crimes¹⁸⁵. À cette tâche comblent certains organismes comme Eurojust, dont l'activité de coordinations des enquêtes se focalise sur les crimes transnationaux et, surtout, sur la traite d'êtres humains et Europol, spécialisé dans la prévention et la lutte contre les crimes graves organisés, y compris ceux qui affectent des mineurs.

Les deux organismes sont assistés par le SIS (le Système d'Information Schengen), un système d'archivage des données qui permet aux autorités compétentes de chaque État membre d'obtenir des informations concernant certaines catégories de personnes qui se déplacent d'un État membre à l'autre. Cet instrument est très utilisé pour identifier des mineurs qui ont disparus ou qui nécessitent de protection.

Un autre aspect fondamental concerne l'objectif de réussir à assurer que chaque condamné pour violences et abus au détriment des mineurs dans un État membre ne peut pas être recruté pour travailler en contact avec des enfants dans un autre État membre.

Après des années de campagnes pour activer un instrument d'alerte dans l'Union européenne, le problème a attiré de nouveau l'attention du législateur européen après le cas de Michel Fourinet, plus connu comme l'« Ogre des Ardennes », le tueur en série français qui a tué au moins neuf filles, parmi lesquelles des mineures, en Belgique et en France.

L'homme, qui se déclarait forestier de métier, travaillait et vivait en Belgique depuis plusieurs années et, au moment de son arrestation en Belgique, il résultait sans antécédents, à cause du manque de communication entre la France et la Belgique. Les autorités françaises, en effet, avaient déjà condamné

¹⁸⁴ N. FERREIRA, *The harmonisation of private law in Europe and children's tort liability: a case of fundamental and children's rights mainstreaming*, in *International Journal of Children's Rights*, 2011, p. 590-1. Comme l'affirment, en effet, K. Zweigert et H. Kötz (K. ZWIEGERT, H. KÖTZ *Introduction to Comparative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 28): "legislation is not necessarily the ideal way to unify the law (...). What we need is to "Europeanize" the way lawyers think, write and learn" et non seulement les avocats, mais tous ceux qui travaillent avec les mineurs.

¹⁸⁵ H. STALFORD, *Children and the European Union: rights, welfare and accountability*, Hart Publishing, 2012, p. 175.

Fourinet, lorsqu'il vivait en France, pour abus sexuels au détriment des mineurs par deux fois. Malheureusement, comme les autorités belges n'étaient pas au courant de ces condamnés, on avait confié à cet homme la garde d'une école municipale belge pour une certaine période.

Pour résoudre cette problématique, l'Union européenne a alors adopté, en 2009, la Décision-cadre n. 2009/315 relative aux échanges d'informations extraites du casier judiciaire entre les pays de l'UE. Cette Décision-cadre a été explicitement rappelée par l'art. 10 de la nouvelle Directive contre l'abus et l'exploitation sexuelle des mineurs et la pornographie juvénile. Ce dernier instrument impose aux États membres d'interdire, à titre provisoire ou définitif, aux condamnés pour des crimes qui sont énumérés dans la directive, de travailler directement et régulièrement avec des mineurs; en outre, elle prévoit également que les employeurs, lorsqu'ils veulent recruter du personnel pour un emploi en contact avec des enfants, ont le droit de vérifier si les candidats potentiels ont été condamnés pour un crime de ce genre. Malheureusement, la Commission européenne, dans son rapport concernant l'état de mise en œuvre de cette directive, a souligné que cet article est l'un des articles les moins respectés par les États membres.

Le cas de l'« Ogre des Ardennes » représente, donc, un exemple de comment l'Union européenne, ces dernières années, a tenté d'avancer dans le domaine de la protection des victimes de crimes particulièrement graves. On espère qu'il ne faudra pas attendre l'arrestation d'un autre tueur en série pour convaincre les États de respecter les obligations imposées par les directives UE et pour accélérer et renforcer la coopération entre les États membres dans ce domaine délicat.

Au-delà de ces observations, malgré la prolifération de mesures de protection, pas seulement normatives, en faveur des mineurs victimes des crimes, plusieurs facteurs font penser que ces mesures auront des répercussions limitées sur les systèmes juridiques nationaux des États membres.

On se réfère, en particulier, aux intérêts mercantilistes et politiques qui soutiennent l'Union européenne et qui surmontent aussi les valeurs communes, sur la base desquelles l'Union devrait être fondée et, par conséquent, agir. Il semble plutôt que ces intérêts peuvent toujours l'emporter sur les besoins des enfants¹⁸⁶.

Cette observation a déjà été formulée dans la partie relative à la protection des mineurs dans le cadre de l'asile et de l'immigration. Dans ces domaines, l'Union européenne semble s'éloigner progressivement de ses intentions primordiales de soutenir les *standards* internationaux en vigueur pour la protection des droits des migrants¹⁸⁷. L'exigence de protéger les frontières externes au nom de la sécurité des peuples mais, en réalité, surtout pour protéger les économies des États membres, semble, en effet, être le plus grand souci de l'Union.

Les migrants mineurs sont les premières victimes de ce retour rapide à une Europe qui éclipse les droits fondamentaux¹⁸⁸ mais, comme on l'a déjà noté, il s'agit d'une problématique plus générale. Les

¹⁸⁶ H. STALFORD, *Children and the European Union: rights, welfare and accountability*, cit., p. 177.

¹⁸⁷ La référence est, par exemple, aux *standards* contenus dans la Convention de Genève sur le statut de réfugié.

¹⁸⁸ FRA, *Child Trafficking in the European Union: challenges, Perspectives and Good Practices* (Luxembourg, office for Official Publications of the European Communities, 2009): "States have an important interest in processing child traffickers and in

droits fondamentaux des enfants, même si très vulnérables, sont quotidiennement instrumentalisés afin d'atteindre des objectifs qui n'ont aucun rapport avec la tutelle de leur intérêt supérieur.

On va analyser ci-dessous comment l'Union se rapporte, en revanche, aux droits des mineurs délinquants.

Quand on aborde cette thématique, il faut d'abord tenir en compte que « *quand un enfant vole un vélo, ce n'est pas au vélo qu'il faut s'intéresser mais à l'enfant* ». Ainsi Jean Chazal, juge français au tribunal des mineurs, s'exprimait pendant la Seconde Guerre mondiale: il était le pionnier d'une justice spécialisée, spécifique et protectrice à l'égard des soi-disant « adultes en devenir ».

Une étude récente effectuée par la Commission européenne a montré que les systèmes judiciaires nationaux des 28 États membres ne sont pas encore capables de s'adapter suffisamment à la vulnérabilité et aux besoins spécifiques des mineurs en conflit avec la loi¹⁸⁹. Les données indiquent que, chaque année, environ 1.086.000 mineurs subissent un procès pénal à l'intérieur de l'Union européenne, autrement dit 12% de l'ensemble de la population européenne qui entre dans le circuit pénal.

L'Union européenne a récemment examiné sérieusement le sujet de la protection des droits des délinquants mineurs à travers l'adoption de la directive UE 2016/800 du 11 Mai 2016.

Alors que, dans les États membres, le traitement juridique des mineurs en conflit avec la loi a été régi auparavant par rapport au traitement des victimes mineures de crime, le parcours de l'Union européenne a été opposé. Comme précisé plus haut, en effet, les droits de la victime ont été les premiers à attirer l'attention du législateur européen.

La raison qui explique pourquoi l'Union européenne a tardé à s'occuper des droits des suspectés/accusés dérive du fait que le droit pénal et, en particulier, la justice pénale des mineurs, représentent des domaines chers à la souveraineté nationale et dans lesquels l'Union a disposé pendant longtemps de compétences d'intervention très limitées. En outre, pour ce qui concerne les mineurs, des dispositions spécifiques n'ont pas été souvent intégrées dans les instruments juridiques car c'était difficile d'imaginer qu'un mineur pouvait être impliqué dans la plupart des infractions graves normalisées par les Décisions-cadres et par les directives adoptées en matière pénale¹⁹⁰.

On a déjà souligné que, avant le Traité de Lisbonne, la matière processuelle pénale, y comprise la protection des droits du suspecté, ne faisait pas partie des compétences spécifiques de l'Union européenne.

regulating immigration. However these policy goals should not be allowed to overshadow the best interests of child victims of trafficking”.

¹⁸⁹ Voir European Commission, Directorate-General for justice and consumers, *Summary of contextual overviews on children's involvement in criminal judicial proceedings in the 28 Member States of the European Union*, 2014 et *Children in criminal proceedings: European Commission proposal to increase protection makes a decisive step forward*, Press release, Brussels, 6 June 2014.

¹⁹⁰ La référence est, par exemple, aux Décisions-cadres sur la lutte contre la criminalité organisée (2008/841/JAI), contre le terrorisme (2008/919/JAI) et contre le racisme et la xénophobie (2008/913/JAI) et également aux directives sur les crimes environnementaux (2008/99/CE), sur l'utilisation d'employés ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (2009/52/CE), sur la traite des êtres humains (2011/36/UE) et sur les attaques contre les systèmes d'information (2013/40/UE).

Cependant, déjà pendant la période pré-Lisbonne, la Cour de Justice a eu la possibilité de mettre en relief l'importance du respect des droits et des garanties des auteurs présumés de crime¹⁹¹.

Aujourd'hui, outre l'article 82 TFUE, qui permet à l'Union européenne d'adopter des directives contenant des règles minimales de procédure sur les droits de la personne, il y a aussi plusieurs droits dans la Charte des droits fondamentaux de l'UE pertinents pour la protection des droits des suspects/accusés et qui s'inspirent à ceux de la CEDH¹⁹².

Dans la Charte des droits fondamentaux, en outre, il y a également le Titre VI, dédié spécifiquement à la « Justice » (articles 47-50) et qui contient donc les dispositions les plus saillantes en matière de protection des droits des suspects/accusés d'un crime sur le plan judiciaire.

Les *standards* du procès équitable contenus dans la CEDH se reflètent actuellement aussi dans la Charte des droits fondamentaux et donc, conformément à l'art. 52, paragr. 3 de la Charte, si une institution européenne ou un État membre, en appliquant le droit UE, ne respecte pas la CEDH, en même temps elle/il ne respectera pas également la Charte¹⁹³.

Cependant, le fait que tous les États membres sont tenus d'observer la CEDH et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme « *has not proved to be an effective means of ensuring that signatories comply with the Convention's standard* »¹⁹⁴.

Entre 2007 et 2011, par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme a souligné que les États membres de l'Union européenne avaient contrevenu à l'art. 6 de la CEDH dans 1.996 cas¹⁹⁵. Le nombre de violations, conjointement avec le nombreux chiffre de cas soumis à la Cour européenne confirme, d'un côté, que la Cour européenne ne peut pas représenter un instrument autonome et efficace pour le renforcement des droits du procès équitable à l'intérieur de l'Union européenne; de l'autre côté, que « *the mutual recognition is predicted on a fiction* »¹⁹⁶. En effet, les règles de procédure pénale dans les 28 États membres varient largement d'un État membre à l'autre et par conséquent, même la protection des droits des suspects/condamnés.

Ce bilan a été prouvé grâce aux statistiques fournies par la Cour européenne des droits de l'homme et également après plusieurs années de fonctionnement de la Décision-cadre qui a établi le Mandat

¹⁹¹ ¹⁹¹ Par exemple, dans l'affaire (C-49/88) *Al-Jubail Fertilizer Co. et Saudi Arabian Fertilizer Co. c. Conseil*, la Cour de Justice a souligné l'importance du droit à être entendu et dans les affaires jointes (46/87 et 227/88) *Hoechst AG c. Commission*, point 14, elle affirmait «...il convient de tenir compte notamment des exigences découlant du respect des droits de la défense, principe dont le caractère fondamental a été souligné à maintes reprises par la jurisprudence de la Cour...».

¹⁹² Par exemple, l'art. 4 de la Charte, qui interdit la torture, est l'exacte copie de l'art. 3 de la CEDH, l'article 8 de la CEDH, qui affirme le droit à la vie privée, correspond à l'article 7 de la Charte et l'article 10 de la CEDH, qui protège la liberté d'expression et d'information, correspond à l'article 11 de la Charte.

¹⁹³ Sur ce point, voir D. SAYERS, *Protecting fair trial rights in criminal cases in the European Union: where does the Roadmap take us?*, *Human Rights Law Review*, 2014, p. 734.

¹⁹⁴ Report from the Commission to the European Parliament and the Council On the implementation since 2007 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States, Brussels 11 April 2011, COM (2011) 175 final, p. 6 et, en outre, voir considérant n. 7 de la Directive sur le droit à l'information, le considérant n. 6 de la Directive sur le droit à l'interprétation et à la traduction et le considérant n. 5 de la Directive relative au droit d'accès à un avocat qui affirment que « *although all the Member States are party to the ECHR, experience has shown that that alone does not always provide a sufficient degree of trust in the criminal justice systems of other Member States* ».

¹⁹⁵ European Court of Human Rights: statistical information.

¹⁹⁶ N. MOLE, *Editorial*, *European Human Rights Law Review*, 2012, p. 363.

d'arrêt européen (MAE)¹⁹⁷. Ce dernier instrument a mis en évidence l'inégalité énorme dans le cadre de la protection des droits des suspects/condamnés dans les procédures pénales des différents États membres.

Même si la protection des droits des suspects/condamnés, à travers l'imposition de garanties procédurales *standards* dans tous les États membres est vue comme faisant partie intégrante du schéma de la reconnaissance mutuelle elle-même¹⁹⁸ (et ce dès la première conception de ce principe à partir des conclusions du Conseil de Tampere¹⁹⁹ et du programme de mesures destiné à le mettre en œuvre²⁰⁰), la majeure partie des instruments de reconnaissance mutuelle adoptés avant le traité de Lisbonne a montré une faible prise en compte des droits fondamentaux des présumés auteurs d'infraction²⁰¹.

Les principaux instruments normatifs adoptés en matière pénale avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne présentaient, en effet, une nette valorisation de l'aspect répressif dans l'utilisation de l'instrument pénal (et en particulier de procédure pénale) qui prévalait sur les exigences centrées sur le respect du statut et des prérogatives de l'accusé²⁰². Avant le Traité de Lisbonne, en effet, seule une décision-cadre portait sur la question des droits, mais elle concernait la protection des prérogatives des victimes d'infraction²⁰³.

En 2004, la Commission avait proposé une décision-cadre tendant à garantir, au sein de l'Union européenne, le respect de cinq garanties procédurales jugées fondamentales pour les personnes accusées ou condamnées dans un État membre différent de leur pays d'origine²⁰⁴.

¹⁹⁷ Décision-cadre 2002/584/GAI du conseil, du 13 juin 2002, relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres.

¹⁹⁸ C. MORGAN, *Le Rapprochement des procédures pénales - Procedural Safeguards*, *Revue internationale de droit pénal* (RIDP), 2007, p. 307.

¹⁹⁹ Conclusions, point 30: « Le Conseil européen invite le Conseil à établir, sur la base de propositions de la Commission, des normes minimales garantissant un niveau approprié d'aide juridique pour les affaires transfrontalières dans l'ensemble de l'Union ». Conclusions, point 31 : « Il faudrait fixer des normes communes minimales pour les formulaires ou les documents multilingues à utiliser dans les procédures judiciaires transfrontalières dans l'ensemble de l'Union. La validité de ces documents ou formulaires serait ensuite reconnue par les autres États membres dans toutes les procédures judiciaires se déroulant dans l'Union ». Conclusions, point 33: « Le renforcement de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et des jugements et le rapprochement nécessaire des législations faciliteraient la coopération entre autorités et la protection judiciaire des droits de la personne ».

Conclusions, point 35 : « Il convient également d'envisager des procédures accélérées d'extradition, sans préjudice du principe du droit à un procès équitable ».

Conclusions, point 40 : « Il faut parvenir à mettre en place de manière équilibrée à l'échelle de l'Union des mesures de lutte contre la criminalité tout en protégeant la liberté des particuliers et des opérateurs économiques et les droits que leur reconnaît la loi ».

²⁰⁰ Conseil de l'Union européenne, Programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales, (2001/C 12/02). Ce programme indique un certain nombre de paramètres pour déterminer l'efficacité de la reconnaissance mutuelle, dont le paramètre 3 qui inclut des mécanismes pour protéger les droits des suspects et le paramètre 4 qui mentionne la définition de standards communs minimaux nécessaires pour faciliter l'application du principe de la reconnaissance mutuelle.

²⁰¹ En 2000, S. PEERS critiquait ainsi « the negative legal integration in the [former] third pillar has been unaccompanied by any measure to ensure minimum standard for defence rights » (S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, Harlow : Pearson Education, 2000, p. 187).

²⁰² Sur ce point, voir M. CAIANIELLO, *Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, "road map" e l'impatto delle nuove direttive*, *Diritto penale contemporaneo*, 4 février 2015.

²⁰³ Nous nous référons à la décision-cadre 2001/220/JAI relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales. Selon M. CAIANIELLO (M. CAIANIELLO, *Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, "road map" e l'impatto delle nuove direttive*, op. cit.), « pour reprendre la répartition classique entre sécurité sociale et garanties (de l'accusé), on pourrait être tenté d'inclure cette source dans le cadre du premier ensemble, étant donné que, de fait, une protection plus efficace et approfondie de la victime ne peut qu'avoir des effets essentiellement négatifs pour la défense, provoqués concrètement par l'élargissement du front de l'accusation ».

²⁰⁴ Proposition de décision-cadre du Conseil relative à certains droits procéduraux accordés dans le cadre des procédures pénales dans l'Union européenne {SEC (2004) 491} COM/2004/0328 final. Les garanties étaient : le droit à l'information, à l'assistance

Confirmant l'absence de sensibilité, avant le Traité de Lisbonne, aux questions relatives à la défense, cette proposition a été abandonnée en 2007 à cause de l'opposition de nombreux États membres²⁰⁵, inquiets du fait qu'une source de ce genre pourrait porter atteinte à l'efficacité des politiques de défense et de sécurité nationales. Cette préoccupation a ensuite été masquée, pour des questions d'opportunité, derrière des raisons liées, d'une part, à l'absence de compétence de l'Union européenne et, d'autre part, au risque d'obtenir un simple doublon par rapport aux *standards* de protection existants, garantis par la CEDH et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui rendaient superflue une intervention de l'Union en la matière²⁰⁶.

Malgré l'échec de la proposition de la Commission, il était impossible de ne pas prendre acte du fait que les problèmes rencontrés dans l'exécution du mandat d'arrêt européen au sein de l'Union européenne démontraient continuellement la fragilité du principe de la reconnaissance mutuelle et l'importance de pouvoir compter sur un standard minimum de protection d'au moins certains droits procéduraux en matière pénale, en ce que la reconnaissance mutuelle ne peut être un instrument pour faire circuler la justice au sein de l'Union européenne si elle porte elle-même atteinte aux droits fondamentaux²⁰⁷.

C'est ainsi qu'est née l'idée d'abandonner le projet d'un seul instrument contraignant comprenant toutes les principales garanties procédurales pour les accusés et condamnés, en faveur de l'adoption d'une série de directives séparées, chacune étant consacrée à une garantie procédurale particulière.

L'objectif de l'Union était toujours celui de renforcer la reconnaissance mutuelle entre les États membres de manière à éviter des situations dans lesquelles les autorités judiciaires d'un État membre pourraient refuser de reconnaître les décisions prises par un autre État membre jugé moins vertueux dans la protection des droits fondamentaux des accusés.

Une approche *step-by-step* est donc à la base de la « feuille de route » adoptée par le Conseil en 2009 pour renforcer les droits procéduraux des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales, avec l'objectif ambitieux de vouloir apporter une valeur ajoutée par rapport au niveau de protection obtenu jusqu'alors par la CEDH et la jurisprudence y relative²⁰⁸.

d'un avocat, aux services d'un interprète et d'un traducteur, le droit de communiquer avec les autorités consulaires au moment de l'arrestation et, enfin, le droit à une attention particulière pour les suspects/condamnés vulnérables.

²⁰⁵ J.S. HODGSON, *Safeguarding suspects' rights in Europe: a comparative perspective*, *New Criminal Law Review*, 2011, p. 650.

²⁰⁶ À ce propos, voir G. VERMEULEN et L. VAN PUYENBROECK, *Towards minimum procedural guarantees for the defence in criminal proceedings in the EU*, *International and Comparative Law Quarterly*, 2011, p. 1017-1038 et C. MORGAN, *Where Are We Now With EU Procedural Rights?*, *European Human Rights Law Review*, 2012, p. 428.

²⁰⁷ E. SMITH, *Running before we can walk? Mutual recognition at the expense of fair trials in Europe's Area of freedom, justice and security*, in *New Journal of European Criminal Law*, vol. 4, issue 1-2, 2013, p. 98.

²⁰⁸ Conseil de l'Union européenne, *Feuille de route visant à renforcer les droits procéduraux des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales* (« feuille de route », Conseil, document 11457/09, 1^{er} juillet 2009, paragraphe 11 : « Compte tenu de l'importance et de la complexité de ces questions, il semble approprié de les aborder en procédant par étapes, tout en assurant la cohérence globale. En examinant les actions à mener à l'avenir domaine par domaine, une attention particulière peut être accordée à chaque mesure afin de répertorier et de traiter les différents problèmes d'une manière qui confèrera une valeur ajoutée à chaque mesure prise ». La feuille de route a été adoptée par le Conseil comme une partie explicite du programme de Stockholm (Conseil de l'Union européenne, Le programme de Stockholm — une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens, Journal Officiel 2010/C 115/01).

Avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la législation européenne est devenue plus sensible (ou, tout au moins, moins insensible) aux droits de la défense de l'accusé, l'Union européenne s'étant présentée comme étant une « Union de droits et de valeurs » dans ce domaine également²⁰⁹.

La feuille de route a ainsi guidé la Commission dans l'adoption de six types de mesures (énumérées de A à E) qui sont déjà toutes une réalité dans le cadre normatif actuel de l'Union européenne. Ces nouveaux instruments normatifs concernent les mêmes droits que ceux qui auraient dû être contenus dans la proposition de décision-cadre de 2004 qui a échoué, la seule nouveauté étant l'introduction de la mesure F²¹⁰.

Depuis le traité de Lisbonne, six directives ont donc été adoptées à ce jour en matière de garanties des droits de la défense des accusés/condamnés dans les procédures pénales²¹¹ et comme cela était prévisible, compte tenu des intérêts en jeu extrêmement délicats, le législateur européen est parti de l'adoption des instruments contenant les mesures les moins controversées²¹².

La décision de séparer dans différentes directives autonomes les diverses prérogatives que l'on avait cherché à garantir par le passé dans une seule décision-cadre, bien que positive en ce qu'elle a relancé le

²⁰⁹ Sur ce point, voir M. CAIANIELLO, *Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, "road map" e l'impatto delle nuove direttive*, in *Diritto penale contemporaneo*, op. cit.

²¹⁰ Concernant la « *Mesure A : traduction et interprétation* », la directive 2010/64/UE a été adoptée sur le droit à l'interprétation et à la traduction dans les procédures pénales.

Concernant la « *Mesure B : informations relatives aux droits et à l'accusation* », la directive 2012/13/UE a déjà été adoptée sur le droit à l'information dans les procédures pénales.

Concernant la « *Mesure C : assistance d'un conseiller juridique et à l'aide juridictionnelle* », la directive 2013/48/UE relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires a d'abord été adoptée, puis récemment la directive (UE) 2016/1919 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2016 concernant l'aide juridictionnelle pour les suspects et les personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales et pour les personnes dont la remise est demandée dans le cadre des procédures relatives au mandat d'arrêt européen.

En ce qui concerne la « *Mesure D : communication avec les proches, les employeurs et les autorités consulaires* », certaines dispositions sont contenues dans la directive sur le droit d'accès à un avocat.

Concernant la « *Mesure E : garanties particulières pour les suspects ou personnes poursuivies qui sont vulnérables* », la directive (UE) 2016/800 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative à la mise en place de garanties procédurales en faveur des enfants qui sont des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales a été récemment adoptée.

Enfin, en ce qui concerne la « *Mesure F* », la feuille de route demandait à la Commission de présenter un livre vert ouvrant le débat sur le recours excessif à la détention provisoire dans les États membres. Le Livre vert a été publié en 2011, ouvrant une consultation publique sur la question de savoir s'il était opportun que l'Union européenne détermine des durées maximales de détention provisoire et impose aux États membres un réexamen régulier des raisons qui justifient le maintien en détention provisoire. En outre, la Commission a ouvert un débat concernant le rôle que l'Union européenne devrait/pourrait jouer pour assurer certains standards dans les conditions de détention afin d'obtenir un meilleur fonctionnement des instruments de reconnaissance mutuelle.

La consultation a pris fin en novembre 2011 sans aboutir à une réelle convergence d'opinions entre les États membres et la société civile sur le rôle de l'Union européenne sur ces questions et la Commission n'a pour l'instant annoncé aucune autre initiative à ce sujet.

Il est enfin important de souligner qu'a récemment été adoptée la directive (UE) 2016/343 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales.

²¹¹ À savoir la directive sur le droit à l'interprétation et à la traduction, celle sur le droit à l'information, celle sur le droit d'accès à un avocat, celle sur l'aide juridictionnelle, celle sur les droits des mineurs qui sont des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales et celle sur la présomption d'innocence.

²¹² Proposition de décision-cadre du Conseil relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales (COM/2009/0338 final), paragraphe 1 : « La Commission a décidé d'axer la présente proposition sur le droit à l'interprétation et à la traduction : ce droit a été le moins controversé au cours des discussions relatives à la proposition de 2004 et un certain nombre d'informations et de travaux de recherche sont disponibles à son sujet. »

développement d'une politique pénale de l'Union européenne, a donné naissance à une série de problèmes, dont certains étaient déjà apparus à l'époque des décisions-cadres²¹³.

De manière générale, la préoccupation principale est que, de cette manière, l'Union européenne adopte une politique plus basée sur la simplification et l'accélération de la coopération judiciaire en matière pénale que sur l'imposition de *standards* de protection acceptables des droits fondamentaux des suspects/accusés dans les procédures pénales²¹⁴.

Le présent travail a abordé la question des mineurs auteurs d'infraction en vérifiant, tout d'abord, si l'Union européenne possède actuellement les instruments normatifs adaptés pour renforcer les droits à un procès équitable des mineurs dans les États membres, sans aller en-deçà du niveau de garanties actuellement offert par la CEDH et la Cour européenne des droits de l'homme.

En deuxième lieu, nous avons essayé de comprendre comment la nouvelle directive sur les garanties procédurales des mineurs en conflit avec la loi s'articulera avec les autres directives relatives aux droits des suspects/accusés qui ne concernent pas expressément les enfants.

Afin d'apprécier l'impact global que la directive (UE) 2016/800 relative à la mise en place de garanties procédurales en faveur des enfants qui sont des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales aura sur les droits des enfants, il convient avant tout de partir de son article 23, intitulé « Non-régression », qui affirme qu'aucune disposition de la directive ne devra être interprétée comme limitant les droits et les garanties procédurales qui sont accordés en vertu de la charte, de la CEDH ou d'autres dispositions pertinentes du droit international, notamment la convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant, ou du droit de tout État membre qui prévoient un niveau de protection plus élevé.

En effet, l'analyse menée a malheureusement mis en évidence que la directive offre, sur certains aspects, une protection inférieure par rapport aux *standards* internationaux et ne traite pas de manière complète certaines questions extrêmement importantes, comme la justice réparatrice, la réinsertion des enfants ou l'aspect de la formation des opérateurs.

En outre, il est également apparu que la promotion au niveau de l'Union européenne des lignes directrices du Conseil de l'Europe, indiquée comme une priorité en 2011 dans l'agenda de l'Union européenne pour les droits de l'enfant, a échoué en ce que le niveau de protection qui découle de la nouvelle directive est bien inférieur à celui souhaité par les lignes directrices susmentionnées.

Il est toutefois évident que la comparaison avec le panorama international ne peut que prendre en considération les compétences limitées de l'Union européenne en la matière et, de fait, ce qui semble le plus

²¹³ Comme l'affirme M. CAIANIELLO, *Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, "road map" e l'impatto delle nuove direttive*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4 février 2015.

²¹⁴ Sur ce point, voir entre autres : M. MEYSMAN, *Quo vadis with vulnerable defendants in the EU?*, in *European Criminal law review*, 2014, p. 179 suiv. ; K. AMBOS, *Mutual recognition versus procedural guarantees?*, in M. de Hoyos Sancho (Ed.), *Criminal proceedings in the European Union: essential safeguards*, 2008, p. 25-38 ; M. ANDERSON, *Law enforcement cooperation in the EU and fundamental rights protection*, in M. Martin (Ed.), *Crime, rights and the EU: the future of police and judicial cooperation*, 2008, p. 105-120 ; E. Cape, J. Hodgson, T. Prakken & T. Spronken (Eds), *Suspects in Europe, procedural rights at the investigative stage of the criminal process in the European Union*, Intersentia Antwerp-Oxford, 2007 et G. Vermeulen et L. van Puyenbroeck, *Towards minimum procedural guarantees for the defence in criminal proceedings in the EU*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2011, p. 1017-1038.

décevant en ce qui concerne l'adoption de la directive 2016/800/UE, c'est le fait que ce sont les propositions de modification du Conseil qui ont mené à un abaissement radical du niveau de protection observé dans la proposition de la Commission²¹⁵.

En outre, ce qui manque dans cette directive, c'est la cristallisation des principaux principes clés de la justice pénale des mineurs qui auraient dû ressortir avec force dans le texte comme des objectifs à atteindre par les États membres. En effet, ces derniers auraient dû être guidés par des règles de l'Union européenne, même à travers l'utilisation de leurs propres moyens, afin de rapprocher les législations nationales sur certains points procéduraux fondamentaux pour protéger les spécificités du statut des mineurs qui ne pouvaient, en tant que tels, être totalement laissés à la marge d'appréciation des États membres.

En revanche, dans la majeure partie des cas, en lisant le texte de la directive, on peut se demander si l'on se trouve face à de simples lignes directrices non contraignantes plutôt que face à de véritables prescriptions normatives, étant donné que différentes dispositions constituent plus une occasion de limiter la protection que d'élever le *standard*.

Ces faiblesses dans la formulation des dispositions de la directive 2016/800/UE ne découlent pas uniquement du fait que l'Union européenne n'est compétente que pour adopter des normes minimales puisque le concept de « normes minimales » a mené le législateur européen en d'autres occasions à adopter des règles ayant un contenu bien plus large et protecteur, par exemple en faveur des droits des mineurs victimes d'infraction dans la procédure pénale.

La directive protégeant les droits des mineurs auteurs d'infraction est donc un texte complexe, difficile à transposer et auquel on ne peut certes pas reconnaître le mérite de protéger les particularités du statut de cette catégorie d'enfants à travers la réduction des marges d'appréciation laissées à l'interprète.

Compte tenu des nombreuses exceptions et des marges d'appréciation importantes laissées aux États membres, il sera difficile d'arriver à une application homogène des dispositions de la directive 2016/800/UE dans les différents États membres et donc, encore moins, à une harmonisation minimale de leurs législations pénales, utile pour favoriser la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et renforcer la confiance réciproque entre les États membres par rapport à la situation actuelle²¹⁶.

Le seul principe clé de la justice pénale des mineurs qui ressort avec force et clarté dans la directive 2016/800/UE, grâce à l'introduction du droit à l'évaluation personnalisée, est celui de garantir aux mineurs un droit pénal basé sur la personnalité et non pas « sur le fait », dans lequel l'examen des caractéristiques subjectives de l'auteur mineur doit être absolument prioritaire. En effet, la justice pénale des mineurs ne doit

²¹⁵ Nous nous référons en particulier aux propositions du Conseil concernant les exceptions pour l'accès des mineurs à un avocat, aux restrictions au droit des mineurs en détention de bénéficier d'un examen médical, ainsi qu'à la proposition d'autoriser la détention des enfants avec de jeunes adultes et d'imputer dans certains cas aux mineurs les frais découlant de l'application de la directive Heureusement, elles n'ont pas toutes été adoptées dans le texte définitif.

²¹⁶ Par exemple, la recommandation (2008) 11: «Règles européennes pour les délinquants mineurs faisant l'objet de sanctions ou de mesures » exclut la possibilité qu'un mineur puisse être isolé en cellule de punition (art. 95/3).

pas être « *une justice d'exception, mais une justice de précision: adaptée à la situation de l'enfant, à son âge, à sa situation de famille* »²¹⁷.

Du point de vue du traitement procédural puis punitif, la différence entre adulte et mineur devrait toutefois ressortir également d'une différence qualitative de la réponse pénale à l'infraction et ne pas être réduite à une simple atténuation par défaut de certaines rigidités procédurales.

C'est précisément pour cette raison qu'il aurait été important de prendre en considération l'intérêt supérieur du mineur au regard d'un droit, d'un principe ou d'une règle de procédure, comme le souhaitait le Comité des droits de l'enfant, et non pas comme une simple règle restrictive et de style, introduite après avoir énuméré d'importantes exceptions aux droits fondamentaux des mineurs qui deviennent ainsi la règle si l'exception de l'intérêt supérieur du mineur n'entre pas en jeu.

En ce qui concerne les problèmes qui pourraient surgir concernant le respect de la CEDH, le principe d'équivalence (article 52, paragr. 3, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, lu en combinaison avec l'article 6, paragr. 2, TUE) interdit rigoureusement à l'Union européenne d'adopter des *standards* de protection plus bas que ceux prévus par la CEDH. Compte tenu du fait que ce principe est fréquemment ignoré par la Cour de justice, qui estime probablement qu'elle adopte des garanties suffisantes, il a été observé à plusieurs reprises que la probabilité qu'il y ait à l'avenir des oppositions avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est plutôt élevée.

Concernant la question de la primauté des dispositions nationales qui garantissent un niveau de protection des droits fondamentaux plus élevé, tant la présence de la clause de non-régression introduite dans la directive 2016/800/UE que la lecture des articles de la Charte des droits fondamentaux permettent de ne pas exclure *a priori* une valorisation plus importante des règles nationales plus protectrices (d'autant que l'implication de plusieurs États membres dans un procès pénal ne devrait jamais avoir un impact négatif sur les droits procéduraux de la personne concernée, surtout si elle est mineure), même s'il n'en découle bien évidemment pas une clause de primauté automatique des dispositions nationales sur celles de l'Union européenne.

On trouve par ailleurs des traces du principe de la *lex mitior* dans des actes normatifs de l'Union européenne déjà adoptés, comme la décision-cadre 2008/909/JAI relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements en matière pénale prononçant des peines ou des mesures privatives de liberté aux fins de leur exécution dans l'Union européenne²¹⁸.

Malgré de timides références au principe de la *lex mitior*, il est toutefois clair que l'Union européenne a évité jusqu'à présent toute réflexion sérieuse sur ce point, se limitant à ne pas reconnaître expressément, ni à admettre l'existence du critère du *standard maximum* de protection des droits fondamentaux, craignant que

²¹⁷ Y. FAVIER., F. RERRAND, *La justice des mineurs en Europe: une question de spécialité?*, Intersentia, 2011, p. 163.

²¹⁸ Dans cette décision-cadre, il est en effet prévu que l'État d'exécution peut adapter la peine si elle est incompatible avec sa législation en ce qui concerne sa durée ou sa nature, sans toutefois aggraver la condamnation à exécuter quant à la nature et à la durée de la détention.

s'il était intégralement adopté par les États membres, il pourrait mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union européenne, comme cela a par exemple été précisé dans l'arrêt *Melloni*.

Une application plus raisonnée de ce critère permettrait toutefois d'augmenter la confiance réciproque entre les États membres et constituerait également un saut de qualité notable dans la protection des droits procéduraux en matière pénale, « au-delà de la barrière de la politique des normes minimales »²¹⁹.

Les droits fondamentaux sont donc actuellement vus par l'Union européenne tant comme une limite aux objectifs de l'Union européenne et, dans un certain sens, à la confiance entre les États membres (comme le montrent, d'un côté, les arrêts de la Cour de justice en matière de mandat d'arrêt européen et, de l'autre, les législations nationales critiquées par l'UE qui ont introduit des causes de refus d'un mandat d'arrêt européen basé sur le respect des droits fondamentaux), que comme une source de la confiance réciproque entre les États membres elle-même (comme le montre, au contraire, l'adoption de directives contenant des standards minimaux pour la protection des principaux droits procéduraux des suspects/accusés dans les procédures pénales).

Vraisemblablement, des problèmes analogues à ceux de l'affaire *Melloni* pourraient se présenter à l'égard de mineurs recherchés pour l'exécution d'un mandat d'arrêt européen, avec des résultats similaires, nous le craignons, malgré l'adoption de la directive 2016/800/UE.

En effet, dans ces cas, l'objectif de la remise rapide, poursuivi par la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen, entre en ligne de compte et la Cour de justice, comme nous l'avons vu, insiste sur les finalités du mandat d'arrêt européen en termes d'efficacité, affirmant la primauté de ces dernières sur tout intérêt contraire susceptible d'empêcher, ou même de ralentir, le mécanisme de coopération. L'interprétation de la Cour n'a pratiquement pas changé, même après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, même si un effet contraignant a été attribué à la Charte des droits fondamentaux.

Toutefois, comme cela a été observé, les cas de mineurs recherchés dans l'Union européenne en vue de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen sont pour l'instant très limités, de même que ceux des mineurs impliqués dans des procédures pénales transfrontalières, même s'ils sont plus nombreux. La directive 2016/800/UE, s'appliquant surtout au niveau national, ne peut donc pas porter atteinte à l'objectif de circulation rapide et d'exécution des décisions en matière pénale poursuivi par l'Union européenne et la question de permettre ou non l'application de dispositions nationales contenant des garanties plus importantes à des situations purement internes ne se pose donc même pas.

En conclusion, les États membres ayant une législation suffisamment *child-friendly* seront peu influencés par l'entrée en vigueur de la directive 2016/800/UE, alors que les États membres les moins vertueux changeront leurs législations en s'adaptant seulement à ce que cette dernière requiert, tout en continuant à garantir, sur certains aspects, une protection inférieure à celle imposée par la CEDH et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ainsi que par la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant.

²¹⁹ T. RAFARACI, *Il diritto di difesa nelle procedure di cooperazione giudiziaria nel contesto dell'Unione europea*, T. Rafaraci (a cura di) *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, p. 131-2.

Enfin, un autre aspect ne simplifie pas la vie des autorités compétentes des États membres appelées à exécuter correctement la directive 2016/800/UE, à savoir, d'une part, l'utilisation du renvoi *per relationem* aux directives sur l'accès à un avocat et sur le droit à l'information et, d'autre part, l'absence inexplicable de référence à d'autres directives pertinentes, comme celles sur la présomption d'innocence et sur le droit à l'interprétation et à la traduction.

De manière générale, il semble évident que les différentes directives qui ont été analysées auraient pu mieux exploiter la possibilité de créer des liens avec les instruments normatifs adoptés précédemment, afin de les compléter et de les renforcer. Malgré les bonnes intentions à l'origine de leur adoption, les directives qui ne concernent pas directement les enfants ne garantissent souvent pas non plus les standards établis dans la Charte des droits fondamentaux et dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Dans la directive relative aux droits des mineurs auteurs d'infraction, il aurait pour le moins été préférable d'opter pour une transcription intégrale de tous les droits garantis par les différentes directives citées ci-dessus, en particulier pour mieux souligner les spécificités en matière de mineurs, un aspect qui n'est par ailleurs pas pris en considération par les deux directives qui n'ont pas été mentionnées dans la directive 2016/800/UE et qui abordent des questions non approfondies dans cette dernière.

Ce résultat reflète par ailleurs l'un des problèmes principaux du droit pénal européen, entendu comme système, auquel la directive sur les mineurs auteurs d'infraction ne fait qu'ajouter une autre pierre, à savoir l'absence d'une réflexion d'ensemble sérieuse sur les points essentiels de la théorie générale du droit pénal matériel et procédural qui rend, de fait, le droit pénal européen profondément fragmenté, basé sur de maladroits copier-coller d'un texte normatif à l'autre et sur des définitions de concepts (parfois fondamentaux) qui varient selon la question abordée.

Il est donc difficile d'imaginer des développements concrets et des améliorations dans le traitement des mineurs en conflit avec la loi sans un changement de base dans l'approche du droit pénal européen. En effet, on ne peut plus considérer ce dernier seulement comme un instrument de défense sociale ou une barrière à ériger face à la menace représentée par de graves formes de criminalité organisée et transnationale, mais il faut commencer à cultiver sérieusement l'idée, jusqu'à présent plutôt utopique, de la création d'un procès pénal équitable au niveau de l'Union européenne²²⁰.

En outre, un problème qui n'est pas souvent abordé est celui des coûts pour la mise en œuvre des droits contenus dans les différentes directives qui ont été adoptées en application de la feuille de route de 2009 et, en particulier, les coûts des traductions, pour les interprètes et pour l'aide juridictionnelle à la charge de l'État.

Le fait que le principe de la reconnaissance mutuelle impose essentiellement à l'État membre d'exécution de prendre en charge les demandes d'un autre État membre et, en particulier, les coûts nécessaires pour garantir le procès équitable sur son territoire, doit toujours être pris en considération puisqu'il est très probable que les États membres essaieront de réduire au minimum, dans les cas transfrontaliers, le niveau

²²⁰ Comme l'observe O. MAZZA, *Una deludente proposta in tema di presunzione d'innocenza*, *Arch. pen.*, 2014, n. 3, p. 1 suiv.

(déjà minimum) garanti par les directives de l'Union européenne, en utilisant les larges marges d'appréciation qui leur ont été laissées.

En pratique, même si le renforcement des droits procéduraux des suspects/accusés dans les procédures pénales tend à faciliter la reconnaissance mutuelle, l'application de ce dernier principe pourrait au final réduire le bénéfice des droits procéduraux les plus coûteux dans des contextes de coopération transnationale²²¹.

Pour en revenir à la directive 2016/800/UE, pour améliorer le cadre général décrit ci-dessus, il aurait indubitablement fallu imposer, en cas de renvoi à la législation nationale des États membres, l'application de la législation nationale spécifiquement relative aux mineurs auteurs d'infraction, de manière à éviter que le même traitement que celui réservé aux adultes soit appliqué aux enfants. En outre, en imposant un traitement normatif différencié pour les mineurs, les États membres qui ne se sont pas encore dotés d'une législation *ad hoc* pour protéger les mineurs auteurs d'infraction auraient été incités indirectement à le faire.

Au terme de ces observations, il convient donc de se demander, en premier lieu, si les standards contenus dans la directive 2016/800/UE pourront être rendus exécutoires dans la pratique judiciaire des États membres, en ayant le succès que d'autres standards (internationaux) n'ont pas eu, et, en deuxième lieu, si cet instrument a fourni un cadre général européen de protection des droits des enfants qui entrent dans le circuit pénal.

La réponse à la première question dépend de nombreux facteurs en ce que, comme nous l'avons déjà observé, l'impact de la directive sur les droits des États membres sera limité du fait de l'importante marge d'appréciation laissée aux États et donc la valeur ajoutée de sa transposition au niveau national est indéterminée et imprévisible, puisqu'elle est aux mains des législateurs nationaux puis des juridictions nationales et enfin de la Cour de justice et de la Commission européenne. Il ne fait aucun doute que de nombreuses dispositions de la directive ne reflètent pas les standards internationaux et une brève réflexion sur le respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité semble donc utile.

Le respect du principe de subsidiarité, au-delà de l'impact minimal de la directive sur des situations ayant une dimension transnationale, semble assuré en ce que cet instrument représente, pour différents États membres, l'occasion d'introduire certains droits et garanties dans le procès pénal des mineurs après des années de désintérêt à l'égard des obligations internationales prises en la matière. La valeur ajoutée de cette directive réside donc plus dans la force du droit de l'Union européenne pour s'imposer dans les droits nationaux, que dans son contenu.

En ce qui concerne le principe de proportionnalité, en revanche, les doutes sont plus importants en ce que la forme (directive) et le contenu (règles minimales, parfois minimales) de la directive 2016/800/UE ne se sont pas montrés de nature à atteindre les objectifs qui ont justifié l'adoption de cet instrument.

²²¹ L'Union européenne devrait donc réfléchir sérieusement aux modalités alternatives de répartition des coûts comme, par exemple, la création d'un fonds européen auquel tous les États membres devraient contribuer en fonction de leur situation économique et démographique. Pour un premier approfondissement du problème, voir J. OUWERKERK, *All 'bout the money? On the division of costs in the context of EU criminal justice cooperation and the potential impact on the safeguarding of EU defence rights*, *European Journal of crime, criminal law and criminal justice*, 2017, p. 7-8 et E. BAKER, *What process criminal justice in the EU?*, *European Journal of crime, criminal law and criminal justice*, 2016, p. 95 suiv.

Sous réserve du respect du traité, qui prévoit et autorise ce type de forme et de contenu, nous avons déjà eu l'occasion d'observer qu'en ce qui concerne la forme, la caractéristique principale, qui est d'imposer aux États membres des objectifs à atteindre à travers leurs propres moyens, a été sous-évaluée (et insuffisamment valorisée) ; alors qu'en ce qui concerne le contenu, le concept de « normes minimales » est resté à la merci des résistances du Conseil qui ont empêché d'obtenir un texte plus conforme aux décisions de la Cour européenne des droits de l'homme et à la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant. Il convient en effet de rappeler que tant le rôle de la Cour européenne que celui de la convention de New-York ont été largement critiqués par la Commission européenne pour justifier la nécessaire adoption d'une directive de l'Union européenne spécifique qui aurait dû faire la différence.

Pour répondre également à la deuxième question posée ci-dessus, on ne peut en définitive affirmer que la directive 2016/800/UE a introduit un cadre général clair dans l'Union européenne pour la protection des droits des mineurs suspects/accusés dans des procédures pénales.

Malgré ce qui vient d'être exposé, il convient de porter un regard positif sur la première décision de la Cour de justice qui a abordé la question des droits des suspects/accusés dans les procédures pénales.

En effet, par l'arrêt *Covaci*²²², la Cour a implicitement adopté un principe exprimé par l'avocat général Yves Bot dans ses conclusions précédentes²²³, en vertu duquel l'interprétation des droits établis dans les directives adoptées dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale, même si elles ne contiennent que des « normes minimales », ne peut comporter une réduction de leur portée.

En effet, dans cet arrêt, la Cour a fourni une interprétation très large des droits à l'assistance linguistique et à l'information, y incluant également des garanties qui, d'une part, semblent au-delà de la sphère d'applicabilité des deux directives et, d'autre part, sont de nature à paralyser le déroulement d'une procédure pénale.

Sans entrer dans une analyse approfondie de cet arrêt et des critiques qu'il a soulevées²²⁴, il est important que la Cour ait précisé, au niveau herméneutique, que la protection des droits de la défense doit garantir l'extension des garanties procédurales aux cas non expressément prévus lorsque cela apparaît nécessaire pour éviter que le procès puisse être jugé inique.

Compte tenu des lacunes observées dans la directive 2016/800/UE (mais pas seulement), nous jugeons donc réconfortante une telle prise de position de la Cour de justice en ce que c'est précisément à son rôle d'interprétation/création du droit de l'Union européenne qu'il convient de se fier, puisqu'il existe déjà une bonne base d'instruments normatifs pour la protection des droits des suspects/accusés, qui attend seulement d'être pleinement opérationnelle dans les États membres.

Comme cela est affirmé dans le neuvième considérant de la directive 2013/48/UE sur le droit d'accès à un avocat, « *la feuille de route étant conçue comme un tout, ce n'est qu'une fois que l'ensemble de ses*

²²² Cour de justice, arrêt du 15 octobre 2015, affaire C-216/14, *Covaci*.

²²³ Conclusions de l'avocat général Yves Bot du 7 mai 2015.

²²⁴ Sur ce point, voir V. LEGGIO, *Prima pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia sulle garanzie difensive di indagati e imputati nei procedimenti penali*, www.eurojus.it, article publié le 5 novembre 2015.

composantes aura été mis en œuvre qu'elle donnera toute sa mesure ». Compte tenu du délai de transposition prévu pour chaque directive analysée ci-dessus, il faudra attendre jusqu'au 11 juin 2019 pour que toutes les garanties qu'elles contiennent soient opérationnelles dans les États membres²²⁵.

La directive sur les droits des mineurs auteurs d'infraction sera précisément la dernière à devoir être transposée avant le 11 juin 2019. Au-delà des critiques, elle représente un instrument innovant dans son objectif et une étape d'une importance historique dans le panorama juridique de l'Union européenne.

En effet, on ne peut pas ne pas se réjouir de quelque chose qui n'existait pas auparavant et qui existe finalement, à savoir les bases du procès équitable des mineurs dans l'Union européenne (puisque'il ne s'agit que de bases !), sur lesquelles on pourra enfin discuter et travailler (pour les renforcer) dans un futur proche, en étant peut-être plus conscients du fait que « *le sens moral d'une société se mesure à ce qu'elle fait pour ses enfants* »²²⁶.

²²⁵ En effet, les États membres ont jusqu'au 1^{er} avril 2018 pour transposer la directive sur la présomption d'innocence, jusqu'au 25 mai 2019 pour celle sur le droit à l'aide juridictionnelle et jusqu'au 11 juin 2019 pour transposer la directive (UE) 2016/800 sur les droits des mineurs suspects/accusés dans des procédures pénales.

²²⁶ Phrase de Dietrich Bonhoeffer.

CONCLUSIONS

Au cours de la présente recherche, on a eu l'occasion d'analyser de plus en plus spécifiquement comment, de nos jours, les droits des enfants sont protégés au niveau international, régional et européen et quelles sont les spécificités respectives, les points forts et les faiblesses des différents systèmes de protection des mineurs mis en place.

On s'apprête, donc, à présenter les conclusions de ce travail qui a été mené principalement autour de deux grandes thématiques : la protection des mineurs et la justice pénale.

Tout d'abord, il faut répondre à la première question qui a été posée au début de cette thèse de recherche: est-ce qu'il y a besoin d'une action de l'UE à protection des droits des enfants?

La réponse est affirmative.

Les soucis liés, d'une côté, au fait que les actions et les politiques de l'UE sont dirigées de manière prépondérante à la maximisation de la capacité des adultes de contribuer au marché intérieur et, de l'autre côté, à la constatation que les mesures de l'Union qui accordent des droits aux mineurs finissent, très souvent, pour être des simples doublons des dispositions nationales et/ou internationales, sont certainement compréhensibles et non sans fondement; néanmoins, il y a plusieurs arguments qui militent en faveur d'une action de l'UE en matière de protection des enfants.

Le premier concerne le fait évident que même l'intervention de l'Union la plus inoffensive peut avoir des conséquences importantes pour les enfants. En outre, la libre circulation des personnes, la diminution des barrières entre les États membres, les contrôles réduits sur les travailleurs, les touristes et les citoyens européens qui traversent, chaque jour, les frontières intérieures de l'UE, ont rendu l'Union un endroit potentiellement dangereux pour les enfants qui peuvent se trouver facilement impliqués dans des situations telles que la traite des personnes.

Par conséquent, il ne faut pas se demander pourquoi l'Union devrait garantir une approche plus « *child-focused* » dans toutes ses politiques, mais plutôt ce que l'UE devrait faire pour réduire les effets néfastes de ses politiques / réglementations sur les mineurs²²⁷.

Le second argument en faveur d'une plus grande intervention de l'UE en matière de protection des mineurs concerne la réalité que l'Union dispose de la force politique adaptée, des instruments et des ressources nécessaires pour offrir une contribution unique à la protection des leurs droits, non seulement au niveau européen, mais aussi au niveau international.

Du point de vue politique, sûrement l'Union européenne pourrait contribuer plus activement aux campagnes de sensibilisation visant à renforcer les droits des enfants, en créant, ainsi, des nouvelles et plus strictes formes de coopération entre les États membres, les Pays tiers et d'autres organisations internationales.

²²⁷ H. STALFORD, E. DRYWOOD, *Coming of age? Children's rights in the European Union*, *Common Market Law Review*, 2009, p. 171.

Du point de vue institutionnel, puis, l'Union européenne dispose des moyens appropriés pour permettre une bonne diffusion et harmonisation des droits des mineurs dans les 28 États membres (on se réfère, notamment, au potentiel de la procédure d'infraction²²⁸ et au renvoi préjudiciel à la Cour de justice).

Le troisième argument en faveur d'un intérêt croissant de l'UE pour les droits des enfants concerne l'évidence que l'Union elle-même a besoin des mineurs ; ces derniers, en fait, représentent un investissement important pour la survie même d'une Europe où la dénatalité est en forte augmentation²²⁹. Comme le souligne brillamment le Professeur J. Hauser: « *l'enfant, sujet de droits, objet de droit et de jurisprudence, est devenu aussi présent dans cette avalanche normative qu'il est absent dans la démographie d'une Europe dramatiquement vieillissante. Aucun orateur n'a osé imaginer que la question du droit européen des mineurs pourrait bien être évacuée au profit du droit européen des seniors* »²³⁰.

Protéger les enfants comme un investissement et leur transmettre le sentiment d'identité européenne sera un bénéfice pour l'Union européenne parce que les mineurs contribueront à poursuivre son développement économique, social et politique²³¹.

Voilà pourquoi, quand on parle des enfants, il est erroné de baser toute considération sur leur « dépendance » par rapport aux adultes. Au contraire, il est plus correct de parler de « interdépendance » parce que les mineurs n'ont pas seulement besoin de soins, mais ils peuvent être aussi une source de droits importants (comme l'a démontré l'affaire *Zambrano*, analysé en profondeur dans la deuxième partie de ce travail) ou de possibilité d'emploi pour les adultes, comme, par exemple, pour les personnes qui travaillent pour des services adressés à l'enfance et pour les entreprises qui produisent et vendent des produits d'intérêt pour les enfants (comme, par exemple, les dessins animés du cas *Dynamic Medien*, cité ci-dessus).

L'apport de l'Union européenne est crucial pour soutenir les États membres dans la mise en œuvre des politiques de l'UE en faveur des enfants et aussi pour exhorter les autorités nationales à allouer un plus grand nombre de ressources à la protection des droits des enfants.

Les mesures d'austérité actuelles, en effet, peuvent compromettre aussi le maintien de bonnes pratiques existantes. Ce qui est bien démontré par le fait que la nouvelle directive 2016/800/UE, sur les garanties procédurales pour les mineurs suspectés ou poursuivis dans le cadre des procédures pénales, est basée sur l'innovant système italien de justice pénale des mineurs, opérationnel depuis 1988, c'est-à-dire une année

²²⁸ Il est intéressant de noter que, actuellement, la Commission européenne a activé la procédure précontentieuse, ex-art. 258 TFUE, à l'égard de 16 États membres par rapport à la mise en œuvre de la directive en matière de droits, soutien et protection des victimes de la criminalité, à l'égard de 9 États membres par rapport à la mise en œuvre de la directive relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales, à l'égard de 4 États membres par rapport à la mise en œuvre de la directive relative à la décision de protection européenne, à l'égard de 3 États membres par rapport à la mise en œuvre de la directive sur le droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales et, enfin, à l'égard d'un État membre par rapport à la mise en œuvre de la directive sur le droit à l'information dans le cadre des procédures pénales.

Voir aussi le paragr. 3 de l'art. 260 TFUE, importante nouveauté introduite par le Traité de Lisbonne.

²²⁹ Commission, « *Europe 2020: a strategy for smart, sustainable and inclusive growth* » (Communication) COM (2010) 2020 final, 7: « *Demographic ageing is accelerating. As the baby-boom generation retires, the EU's active population will start to shrink as from 2012/2014. The combination of a smaller working population and a higher share of retired people will place additional strains on our welfare systems* ».

²³⁰ J. HAUSER, *Rapport de synthèse*, in C. GAUTHIER, M. GAUTIER, A. GOUTTENOIRE, *Mineurs et droits européens*, Collection Droits Européens, Pédone, 2012, p. 137.

²³¹ C. PIPER, *Investing in a Child's future: too risk?*, *Child and Family Law Quarterly*, 2010, p. 1.

avant l'entrée en vigueur de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant. Maintenant ce système est l'objet d'une réforme qui veut abolir les tribunaux pour les mineurs en Italie, principalement pour des raisons d'économie des ressources²³².

Après avoir rapidement clarifié les motifs qui amènent à soutenir la nécessité d'une action de l'UE à protection des enfants, il est opportun de retracer brièvement quelles sont les insuffisantes majeures qui ont été constatées dans l'approche de l'Union européenne aux droits des enfants, de façon à fournir, par la suite, de possibles solutions pour rendre l'action de l'UE non seulement nécessaire, mais aussi adéquate et de valeur.

Comme il a été observé, en particulier, dans la première partie de ce travail, les mineurs bénéficient depuis longtemps d'une protection spécifique au niveau international, mais on peut encore noter des difficultés considérables à reconnaître aux enfants des droits qui soient aussi concrètement exerçables et invocables devant les tribunaux.

Dans le passage du « mineur objet de droits » à « mineur sujet des droits », l'Union européenne a quand même apporté sa contribution puisqu'elle a permis, par exemple, de changer le concept d'« autorité parentale », ancré à une conception de famille désormais distante, avec celui de « responsabilité parentale », grâce au règlement (CE) 2201/2003. Cela a permis de renforcer la prise de conscience des États membres que les enfants sont et doivent être traités comme des sujets de droit, même si particuliers.

Cependant, au niveau européen, on est passé d'une conception du mineur objet de protection et sans aucun droit à celle de mineur sujet de droits qu'il est peu probable qu'il pourra invoquer devant un tribunal.

Également paradoxal est le fait que les principales conquêtes en matière de protection des droits des enfants ont eu lieu, à ce jour, à travers l'interprétation évolutive, parfois créative, d'instruments internationaux généraux relatifs aux droits de l'homme, plutôt que par des conventions spécifiquement dédiés aux enfants.

Dans la première partie de ce travail on a mis en évidence, en effet, les énormes difficultés rencontrées par la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant à s'imposer sur les législations des États parties et le rôle révolutionnaire de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'interprétation de la CEDH d'une façon *child-friendly*.

La forte augmentation du nombre de recours fondés, dans lesquels sont impliqués des mineurs (citoyens européens ou étrangers résidents dans l'UE), devant la Cour européenne des droits de l'homme, appelée à jouer un rôle subsidiaire par rapport aux autorités nationales, est symptomatique d'un fonctionnement insatisfaisant des mécanismes pour la protection des droits des enfants dans l'Union européenne.

La responsabilité principale incombe aux juridictions nationales des États membres qui, avant même que l'Union européenne n'eut des instruments contraignants dans ce domaine, ont souvent ignoré le fait que leurs ordres juridiques étaient déjà liés au respect des instruments internationaux à protection des enfants. Voilà pourquoi on comprend la centralité absolue du rôle de la Cour de justice de guider et de stimuler les États membres dans la correcte application du droit de l'UE.

²³² On se réfère au «Disegno di Legge governativo per l'efficienza del processo civile» (dite «Riforma Orlando»).

Jusqu'à présent, toutefois, il semble que la Cour de Justice ne soit pas encore correctement entrée dans le rôle de responsable suprême de la protection judiciaire des droits des enfants dans l'Union européenne.

Cette attitude de la Cour de justice découle du rapide changement de direction de l'Union européenne qui, en quelques années, est passée de la presque ignorance de l'existence des droits des mineurs à proclamer leur défense comme l'une de ses principales priorités. Derrière cet excès de proclamations d'intentions et derrière l'augmentation d'élaboration des normes on cache, pourtant, fréquemment, une rhétorique vide de contenus concrets. Les compétences normatives de l'Union dans ce domaine restent limitées et, évidemment, il en découle aussi la préoccupation de la Cour de justice d'envahir les compétences des États membres à travers une utilisation trop large des droits des mineurs.

Puis, en général, la Cour de justice, contrairement à la Commission et au Parlement européen est une institution qui n'utilise pas la consultation d'experts en matière d'enfants avant d'émettre un arrêt et dont les juges ne doivent pas avoir une formation spécifique obligatoire pour traiter des affaires impliquant des mineurs, contrairement aux juges de la Cour pénale internationale.

L'absence d'une obligation de spécialisation pour les juges de la Cour de justice est aggravée par le fait que la principale préoccupation du juge européen s'est avérée être la protection de « l'essence de l'Union » comme système même dans les cas où cela s'est réalisé au détriment des intérêts des enfants concernés.

Comme il a été souligné dans le présent travail, quand « le noyau essentiel des droits » découlant d'être des citoyens européens n'est pas en danger, les mineurs paraissent totalement à la merci des intérêts de l'Union européenne (comme le démontrent les arrêts *Zambrano*, *Secretary of State for the Home Department c. CS*. et *Alfredo Rendón Marín c. Administración del Estado*).

Les problèmes qui ont parus devant la Cour de Justice contrastent avec la tentative du législateur européen d'obtenir une bonne synergie entre la protection offerte aux enfants par l'Union européenne et celle prévue au niveau international.

Tout cela se reflète clairement dans les récentes directives qui ont été adoptées dans le cadre de la coopération judiciaire en matière pénale. Par exemple, la directive relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie incorpore et élabore des aspects de la Convention du Conseil de l'Europe qui s'occupe des mêmes thématiques. À cet égard, la Commission européenne avait affirmé que la nouvelle directive aurait ajouté de la valeur au niveau de protection offert par la Convention du Conseil de l'Europe²³³.

Le même discours s'applique à la directive sur la prévention et la lutte contre la traite d'êtres humains et la protection des victimes, modélisée sur le Protocole de Palerme et sur la Convention de Varsovie du Conseil de l'Europe, avec la finalité d'ajouter un *quid pluris* à la protection offerte par les deux instruments internationaux. C'est le même objectif qui a guidé l'adoption de la plus récente directive sur les garanties procédurales pour les mineurs suspectés ou poursuivis dans le cadre des procédures pénales.

²³³ *Explanatory Memorandum accompanying proposal for a Directive on combating the sessuale abuse, sexual exploitation of children and child pornography*, repealing Framework Decision 2004/68 COM (2010) 94 final.

Toutefois, comme il a été souligné à plusieurs reprises, toutes les directives qui contiennent des droits et des garanties pour les enfants (victimes ou délinquants) prévoient un niveau d'harmonisation si bas qu'il rend très difficile d'affirmer que l'Union européenne a ajouté un *quid pluris* à la protection des mineurs par rapport aux instruments internationaux. La possibilité de pouvoir bénéficier de nombreuses dérogations et de nombreuses clauses de sauvegarde rendent, de facto, les États membres libres de ne pas s'activer pour traduire en normes internes nationales les dispositions de droit européen.

D'ailleurs, les articles 82 et 83 du TFUE ne permettent d'adopter que des « normes minimales », de droit pénal, matériel et procédural, dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale, ce qui peut facilement finir par créer des tensions avec le principe d'équivalence, consacré dans l'art. 52, paragr. 3 de la Charte des droits fondamentaux (lu conjointement à l'art. 6, paragr. 2, TUE).

Sur la base de cet article, en effet, l'Union européenne ne pourrait pas adopter un *standard* de protection inférieur à celui qui est prévu par la CEDH ; néanmoins, comme on l'a plusieurs fois observé, beaucoup de dispositions contenues dans les directives qui ont été analysées semblent se contenter d'établir des *standards* bien inférieurs à ceux de la Convention européenne des droits de l'homme.

En outre, l'Union européenne refuse d'approuver le critère du *maximum standard* de protection des droits fondamentaux et donc peut exiger l'application du droit européen au détriment des normes nationales plus favorables si ces dernières sont jugées dangereuses pour la réalisation des objectifs européens (comme le montre le cas *Melloni*).

Le risque est donc évident que le système des « normes minimales », combiné aux caractéristiques intrinsèques de l'instrument de la directive et aux priorités de l'Union européenne (qui, souvent, ne vont pas de pair avec la protection des droits humains), puisse ne pas être approprié pour assurer le respect des droits et des principes à protection des mineurs, consacrés au niveau international et dans la même Charte des droits fondamentaux de l'UE.

En définitive, l'objectif ambitieux de dépasser le niveau de protection accordé par les instruments internationaux, placé à la base de l'adoption de ces nouveaux outils de droit dérivé, ne s'est pas traduit dans des règles qui pourraient réellement le rendre réalisable.

En effet, ce n'est pas tant l'existence abstraite de droits et garanties écrites à faire la différence, mais plutôt la façon selon laquelle ces derniers pourront être appliqués dans la pratique au niveau national et c'est l'aspect auquel le législateur européen aurait dû accorder plus d'attention pour créer de véritables *standard* de protection au niveau de l'UE.

Peut-être, comme il a été observé par la doctrine faisant autorité²³⁴, les nouvelles directives sur les droits des victimes et sur les personnes soupçonnées ou accusées d'avoir commis un crime, doivent être appréciées non pas pour leur contenu, mais pour ce que ces instruments permettront de faire, c'est-à-dire d'invoquer, de la part de qui en exigera le respect, les solutions atteintes dans la protection d'un certain droit

²³⁴ En particulier voir M. CAIANIELLO, *Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, "road map" e l'impatto delle nuove direttive*, in *Diritto penale contemporaneo*, op. cit..

par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui pourra, ainsi, remédier aux insuffisances du droit européen.

En tous cas, pour déterminer si les règles de l'UE ajouteront effectivement de la valeur à l'intervention de l'Union européenne dans la protection des mineurs, il faut espérer un correct enchaînement de plusieurs facteurs et, en particulier, il sera nécessaire d'observer: comment les États membres seront réceptifs et disponibles, en tant que législateurs et juges, dans la mise en œuvre des directives; les ressources spécifiques que l'Union européenne mettra à la disposition pour soutenir leur mise en œuvre; comment les mêmes phénomènes criminels, qu'on tente de combattre, seront réactifs par rapport à une intervention normative et, enfin, il faudra compter sur le bon travail de la Commission dans le suivi de la mise en œuvre des directives et sur le rôle de la Cour de justice.

En général, jusqu'à ce que les droits fondamentaux des mineurs ne seront pas considérés comme des valeurs en elles-mêmes, c'est-à-dire à faire respecter indépendamment de leur capacité de ne pas entraver la réalisation des objectifs poursuivis par l'Union et les intérêts des 28 États membres, on ne pourra pas affirmer qu'il existe des droits fondamentaux des mineurs consolidés et pleinement opérationnels au niveau de l'UE, même si on peut affirmer que, dans l'Union européenne, le « mineur » n'est pas un citoyen comme les autres.

En effet, le seul point fixe de la législation européenne à protection des enfants est le droit de l'enfant à une protection spéciale qui, dans le domaine plus spécifique de la justice pénale des mineurs, se traduit dans la nécessité de créer un droit pénal de la personnalité et non « du fait », dans lequel l'examen des caractéristiques subjectives des mineurs impliqués (en qualité de victimes ou d'accusés d'un crime) doit avoir la priorité.

Tout ce qui a été observé représente le bref résumé d'un long processus d'analyse, méthodologiquement fondé sur la législation contraignante de l'Union européenne à protection des enfants et sur sa jurisprudence d'application, en comparaison constante avec celle de la Cour européenne des droits de l'homme.

Compte tenu de ce qui précède et afin de rendre plus réel et concret l'impact du droit de l'UE sur les droits des enfants, on propose maintenant des solutions réparties dans les deux domaines thématiques qui ont été l'objet de ce travail.

Dans le domaine plus général de la protection des mineurs, on considère les mesures suivantes fondamentales :

1. La création d'une véritable stratégie de l'UE à protection des droits des mineurs, dont la première étape doit être la cristallisation de la notion de « mineur ».

Dans l'Union européenne, en effet, cette conception varie en fonction des objectifs et des politiques européennes et elle est plus encore affaiblie par le défaut de condensation, dans les 28 États membres, d'autres notions clés, telles que l'âge du consentement sexuel et l'âge minimum de la responsabilité pénale. Ce qui finit par faire en sorte que les droits des mineurs soient abordés aujourd'hui encore, comme dans le passé, d'une façon fragmentée et déconnectée.

La seconde étape de l'Union européenne devrait être celle de donner vie à un statut juridique de l'enfant, différent de celui des adultes.

À l'heure actuelle, en effet, le droit européen ne semble pas classer les enfants dans une catégorie juridique spécifique, mais plutôt dans le groupe plus général des « personnes vulnérables » ou dans la catégorie plus restrictive des « personnes particulièrement vulnérables » qui englobent, par conséquent, aussi les adultes et leurs divers besoins.

2. Le chemin vers la construction d'un statut juridique de l'enfant doit comprendre une plus grande mise en valeur de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans les procès où sont impliqués des mineurs.

Un outil qui a été, jusqu'à présent, peu considéré par la Cour de justice est, en effet, l'art. 24 de la Charte des droits fondamentaux, consacré aux droits des enfants. Malgré son introduction, grâce au Traité de Lisbonne, il avait suscité de grandes attentes.

De l'analyse de la jurisprudence de la Cour de Justice, en effet, on s'étonne lorsqu'on constate que la Cour a rarement fait référence à l'art. 24 de la Charte pour défendre son propre raisonnement ou pour guider les États membres dans la correcte application du droit de l'UE. En outre, on a également vu que lorsque la Cour a mentionné le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans ses décisions, les résultats ont été presque toujours décevants.

On a pu donc affirmer que, malheureusement, l'introduction de l'art. 24 de la Charte n'a pas contribué, jusqu'à présent, à renforcer la protection des droits des enfants.

Outre l'art. 24 de la Charte, la Cour de justice n'a pas également l'habitude d'invoquer la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (dont les droits-clés ont été incorporés dans le même art. 24 de la Charte). Tout au long de ces années, en effet, la seule référence à la Convention de New York est contenue dans l'affaire *Dynamic Medien*.

Cette attitude de la Cour de Justice par rapport à la CIDE peut être en partie atténuée par la référence plus fréquente que la Cour fait à la CEDH et à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Comme il a été observé, en effet, au cours de ces années, la Cour européenne a élaboré une jurisprudence largement fondée sur les droits de la Convention de New York et donc représente un outil à travers lequel cette dernière Convention peut pénétrer indirectement le droit de l'UE.

Cela dit, jusqu'à présent, les arrêts de la Cour de Justice n'ont pas répondu aux attentes de ceux qui en attendaient son rôle de gardienne à protection des droits des enfants et donc on considère nécessaire que la Cour modifie rapidement son *modus operandi*, en valorisant pleinement la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et, en particulier, l'article 24.

3. Ce dernier objectif pourrait être atteint si on investit dans une composition de la Cour elle-même plus *child-friendly*, en créant, par exemple, une nouvelle figure d'Avocat général chargé du rôle d'expert et représentant des droits de l'enfant qui devrait obligatoirement présenter son propre avis dans tous les cas où un mineur est impliqué. Comme il a été indiqué à plusieurs reprises, la Cour de justice est, en effet, l'institution

clé pour renforcer les droits des mineurs et aussi celle qui, jusqu'à présent, a été la promotrice la plus faible des leurs droits.

4. A partir d'une correcte valorisation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, il descend également la nécessité d'une interprétation et d'une application différente du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, consacré par l'art. 24 de la Charte.

Le principe du *best interest of the child* représente, en effet, le principe clé et inspirateur de tous les droits des mineurs et donc il est évident que sa correcte application est essentielle afin de garantir que leurs droits soient effectivement pris en compte dans toutes les décisions qui les concernent.

Comme il a été souligné à plusieurs reprises, la plus grande difficulté dans l'application de ce principe réside dans l'absence d'une sa définition et donc il incombe à l'interprète d'en remplir le contenu.

Le contenu du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, en réalité, n'est pas soumis entièrement à la discrétion des interprètes parce qu'il a été possible d'en identifier, au niveau international, soit un objet minimum, universellement partagé, c'est-à-dire le droit à une protection spéciale, soit des lignes guide pour son concret fonctionnement.

En ce qui concerne son fonctionnement, on a pu observer, dans la première partie de ce travail, que dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant a connu une évolution importante, en passant de critère d'interprétation à principe général ayant une portée autonome et capable de mener à d'importants revirements de jurisprudence.

L'affaire *Neulinger e Shuruk c. Svizzera* représente l'exemple parfait du début de ce changement dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et il s'agit également d'une démonstration du grand potentiel de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant comme outil d'interprétation de la CEDH.

Si en ce qui concerne la consécration du droit des enfants à une protection spéciale l'Union européenne a démontré de se conformer aux instruments internationaux, en ce qui concerne, au contraire, les différentes modalités d'utilisation du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, jusqu'à présent, ce n'est que trois arrêts de la Cour de justice (*MA and Others v Secretary of State for the Home Department, Secretary of State for the Home Department c. CS.* et *Alfredo Rendón Marín c. Administración del Estado*) qui s'approchent, en importance, à l'affaire *Neulinger e Shuruk c. Svizzera* de la Cour européenne des droits de l'homme. Il s'agissait quand même de trois cas qui concernaient des situations exceptionnelles, c'est-à-dire d'extrême vulnérabilité des enfants concernés.

On a eu également l'occasion d'observer l'habitude de la Cour de justice de mentionner l'art. 24 de la Charte pour en limiter le champ d'application.

Le manque ou incorrecte application du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant porte préjudice à l'avance effective de l'Union européenne dans la protection des droits des enfants.

Le renforcement, la valorisation et la correcte application de ce principe sont nécessaires afin d'assurer le respect de l'obligation de l'Union européenne, consacré dans l'art. 3 TUE, de promouvoir la protection des droits des enfants et d'y contribuer.

5. Une application correcte du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le système institutionnel de l'Union européenne pourrait être l'imposition, comme règle générale, de la priorité des recours qui impliquent des enfants devant la Cour de justice et les juridictions nationales.

D'ailleurs, la Cour a utilisé l'art. 24 de la Charte des droits fondamentaux surtout pour critiquer la durée des procès nationaux qui concernaient des enfants.

Par exemple, on peut trouver une tentative de réduire le temps pour obtenir l'exécution d'une décision en matière matrimoniale, émise dans un État membre autre que celui de l'exécution, dans la proposition de modification du règlement (CE) 2201/2003.

Dans cette proposition, en effet, et pour la première fois, la Commission est en train d'essayer d'imposer aux États membres un certain nombre de nouveautés très importantes pour les enfants, parmi lesquelles on souligne, par exemple, l'obligation des autorités nationales d'indiquer les raisons du retard qui ont empêché la mise en œuvre de la décision en matière familiale dans le délai indiqué (six semaines), l'obligation de prévoir que les décisions concernant le retour d'un enfant illicitement déplacé par l'un des parents puissent être l'objet d'un unique recours et la création d'autorités juridictionnelles centralisées et spécialisées à propos de ce type de contentieux²³⁵.

Le processus pour l'approbation des amendements au règlement Bruxelles II *bis* est encore long et pourrait également conduire à l'exclusion de ces normes, mais le texte proposé par la Commission montre quand même une tentative importante de l'Union européenne d'avoir un impact concret sur les systèmes judiciaires des États membres afin qu'ils puissent protéger efficacement les enfants.

En ce qui concerne les procédures devant la Cour de justice, il y a plusieurs dispositions qui prévoient la possibilité de les rendre plus rapides, mais aucune d'entre elles ne mentionne spécifiquement la nécessité que cela soit fait lorsque des enfants sont impliqués.

Tout d'abord, l'article 267 TFUE établit que les renvois préjudiciels concernant les détenus doivent être traités aussitôt que possible.

Un premier outil pour la réalisation de cet objectif est représenté par la « procédure accélérée », ex-article 105 du règlement de procédure de la Cour de justice, qui est utilisée lorsque la nature de l'affaire exige un traitement rapide.

En dérogation à la discipline procédurale ordinaire devant la Cour de justice, il est également possible de recourir à la « procédure préjudicielle d'urgence » qui concerne spécifiquement les matières comprises dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice et qui est disciplinée par l'art. 107 du règlement de procédure de la Cour.

²³⁵ Pour un approfondissement sur les amendements au règlement Bruxelles II *bis* contenus dans la proposition présentée par la Commission voir M. MELLONE, *La proposta della Commissione di modifica del regolamento europeo sulla competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia familiare: verso il regolamento Bruxelles II ter*, www.eurojus.it.

Cette dernière a identifié, en particulier, deux catégories de controverses qui peuvent être traités par la procédure d'urgence, à savoir celles dans le domaine de la responsabilité parentale et celles qui concernent la liberté personnelle.

La plupart des arrêts analysés dans la deuxième partie de ce travail ont été traités avec la procédure d'urgence, puisqu'ils rentrent dans le cadre de la première catégorie²³⁶.

La procédure d'urgence, donc, est devenue un instrument d'une importance capitale pour l'exercice de la compétence préjudicielle de la Cour de justice dans l'espace de liberté, sécurité et justice et donc on espère que son utilisation pourra être étendue *a priori* à toutes les affaires dans lesquelles il y a des mineurs impliqués.

6. Un autre aspect qu'on doit considérer est que le seul mécanisme facilement accessible aux enfants et qui leur permet de dénoncer la violation de leurs droits, même en dehors de l'instauration d'un procès national, est la pétition au Parlement européen.

Comme il a été observé dans ce travail, il est en effet très difficile d'imaginer qu'un mineur ou son représentant légal puissent activer un recours en carence contre les institutions européennes ou un recours en annulation, compte tenu des strictes limites imposées aux requérants non-privilegiés.

En ce qui concerne, par contre, le renvoi préjudiciel, il suppose d'abord qu'une procédure judiciaire nationale soit déjà en cours. En second lieu, jusqu'à ce qu'on arrive devant la cour nationale de dernière instance, la possibilité de demander un avis à la Cour de justice demeure à la discrétion des tribunaux nationaux. Donc tout cela pourrait finir par prolonger inévitablement le temps pour obtenir une réponse rapide de l'Union européenne sur une question d'interprétation ou de validité d'un acte de l'UE significative pour les droits des mineurs.

Le seul instrument réellement accessible aux enfants reste donc la pétition au Parlement européen.

Le droit de pétition est un droit fondamental de tous les citoyens européens, y compris les enfants car, contrairement au droit d'initiative législative, il n'impose pas des limites d'âge pour son exercice²³⁷.

Il est donc essentiel d'informer les enfants, citoyens européens, de la possibilité d'utiliser cet instrument, individuellement ou en association avec d'autres personnes (adultes ou enfants), pour présenter des requêtes, des plaintes ou des observations concernant des questions d'intérêt public ou même privé qui les concernent directement (cette dernière condition a été toujours interprétée de manière large par la commission des pétitions) et qui relèvent de la compétence de l'UE.

²³⁶ La référence est surtout aux arrêts suivants: Cour de Justice, 11 juillet 2008, C- 195/08, *Rinau*; 23 décembre 2009, C-403/09, *Detiček*; 1^o juillet 2010, C-211/10, *Povse*; 5 octobre 2010, C-400/10, *McB.*; 22 décembre 2010, C-491/10, *Aguirre Zarraga*, analysés *infra*.

²³⁷ Le droit de pétition est consacré expressément par l'article 44 de la Charte des droits fondamentaux (ainsi que par les articles 20 et 227 du TFUE).

L'initiative législative représente quand même un instrument efficace pour la promotion des droits des enfants, en particulier grâce au travail des ONG et des groupes de pression. Il y a de nombreuses ONG et associations qui travaillent dans les États membres et qui reçoivent également des financements de la part de la Commission européenne, comme, par exemple, Eurochild, the European Foundation for Street Children (EFSC), Child Helpline International (CHI), the European Network for Ombudspersons for Children (ENOC). Le fait que l'initiative législative ne soit pas accessible aux mineurs a été critiqué par H. STALFORD et M. SCHUURMAN, *Are we yet? The impact of the Lisbon Treaty on the EU Children's Rights Agenda*, in *International Journal of Children's rights*, 2011, p. 382-383.

Les pétitions permettent au Parlement européen d'attirer l'attention sur les violations des droits des mineurs qui ont été commises par un État membre, les autorités locales ou une institution européenne et aussi sur le dysfonctionnement d'un acte de droit européen (comme il s'est passé avec le règlement (CE) 2201/2003 qui enfin, après de nombreuses pétitions²³⁸, est actuellement en cours de modification).

Cela ne supprime pas la considération que les mineurs, en général, n'ont pas facilement accès à la Cour de justice (aspect qui les relie aux adultes) et que le droit de pétition exclut une catégorie d'enfants particulièrement vulnérables, c'est-à-dire les mineurs étrangers qui sur le sol des États membres, comme on le sait, sont souvent les victimes de graves violations de leurs droits fondamentaux.

Il est également difficile pour les mineurs de contester une violation de leurs droits devant la Cour européenne des droits de l'homme.

Pour recourir devant la Cour européenne des droits de l'homme, des conditions de capacité spécifiques ne sont pas nécessaires et il n'y a pas des limites d'âge (comme, d'ailleurs, pour recourir devant la Cour de justice), mais ce qui rend difficile l'accès des mineurs à la Cour est la nécessité d'avoir préalablement épuisé toutes les voies de recours internes. Par conséquent, en tout cas, il faudrait attendre longtemps avant d'obtenir une réponse de la Cour européenne des droits de l'homme.

À cet égard, un débat doctrinal était né dans lequel on s'était demandé si les enfants ont l'obligation de n'épuiser que les recours internes qui leur sont personnellement accessibles (et qui généralement sont très rares dans les systèmes nationaux) ou tous ceux qui leur sont accessibles grâce à l'assistance d'un représentant légal²³⁹.

La Cour européenne des droits de l'homme, malheureusement, n'a jamais traité cette question sur le fond.

Donc malgré le fait que soit la Cour européenne des droits de l'homme, soit la Cour de Justice protègent le droit de chaque individu à un recours effectif au niveau national, on ne peut pas dire que ce droit est effectivement garanti aux enfants devant ces deux juridictions.

À cet égard, le Comité des droits de l'enfant, dans l'Observation générale n° 12, consacrée au droit de l'enfant d'être entendu, a affirmé que ce dernier droit exige la création d'espaces d'action pour les enfants, pour leur permettre de présenter des plaintes. Il est évident que cette exigence devrait être l'objet d'une plus grande attention, non seulement au niveau national, mais aussi au sein de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe.

L'élaboration de règles d'accès à la Cour de Justice (et aussi à la Cour européenne des droits de l'homme) plus *child-friendly* est nécessaire pour ne pas faire passer l'idée que la protection des enfants, considérés tout d'abord comme des sujets vulnérables, doit toujours prévaloir sur l'exigence de promouvoir leur autonomie et leur droit à la participation active.

²³⁸ European Parliament *Resolution of 28 April 2016 on safeguarding the best interests of the child across the EU on the basis of petitions addressed to the European Parliament* (2016/2575(RSP), Document date: 2016-04-28, P8_TA (2016)0142, Texts adopted (finalised edition).

²³⁹ H. SURREL, *L'enfant et la Cour européenne des droits de l'homme*, Dr. fam., Étude n. 39, 2006.

7. Pour renforcer la stratégie de l'UE à protection des droits des enfants et, en particulier, afin d'imposer un véritable « *children-rights approach* » à la charge de l'ensemble des institutions européennes, il est nécessaire de lier l'Union européenne au respect de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant.

La raison de cette exigence réside dans la définition du concept plus générale de « *rights-based approach* » que certains experts ont défini en ces termes: « *a rights-based approach is concerned with the application of human rights standards and principles to both the goal and the process of development, the means becoming as important as the end*²⁴⁰ ».

Garantir un « *Children-rights approach* », ne signifie donc pas qu'on se contente d'obtenir des résultats sporadiques qui sont compatibles avec les *standards* de protection des droits fondamentaux des mineurs au niveau international, mais il comporte, tout d'abord, l'engagement officiel de l'obligation d'adhérer à ces *standards*, dont l'application correcte portera, à long terme, à la réalisation des résultats souhaités.

Il s'agit, en pratique, de mettre en marche un processus, en ayant très clair le fait qu'on s'est lié au respect de certains objectifs et c'est exactement ce qui manque dans la stratégie de l'Union européenne pour la protection des droits des enfants.

Il est vrai que l'obligation de promouvoir les droits des enfants ne confère pas à l'Union une compétence générale à légiférer en la matière et que l'Union détient une marge de manœuvre très limitée pour l'adoption de mesures législatives pour la protection des droits des mineurs.

Cependant, de l'absence d'une stratégie globale et d'objectifs à long terme, il en dérive l'approche fragmentée et surtout incohérente qu'on a eu la possibilité d'observer dans les actes de l'UE visant à la protéger les droits des enfants et qui n'est pas à la hauteur de refléter les *standards* internationaux.

Dans ce travail, on a donc essayé d'expliquer comment l'Union européenne pourrait s'engager à respecter les dispositions de la Convention de New York qui relèvent de sa compétence, à savoir par une déclaration unilatérale d'adhésion à la CIDE (comme elle l'a fait avec la Convention des Nations Unies sur les droits des personnes handicapées) ou par la conclusion d'un protocole, conformément à l'art. 216 TFUE²⁴¹.

L'adhésion à la Convention relative aux droits de l'enfant permettrait à l'UE d'avoir une approche plus cohérente aux thématiques en la matière juvénile parce que la stratégie de l'Union pour promouvoir les droits des enfants serait soumise au monitoring du Comité des droits de l'enfant et la Cour de Justice se sentirait sûrement plus obligée à tenir compte de la CIDE dans ses décisions.

²⁴⁰ A. A TUN, G. CAVE, D. TROTTER, B. BELL, *The domestic fulfilment children's rights: save the children's experience in the use of rights-based approaches*, A. Alen, H. Bosely and M. De Bie (eds), *The UN Children's rights Convention: theory meets practice*, Intersentia, 2007, p. 33-34. Voir aussi J. TOBIN, *Understanding a human rights based approach to matters involving children: conceptual foundations and strategic considerations*, A. Inverezzi and J. Williams (eds), *The Human Rights of Children: from visions to implementation*, Ashgate, 2011.

²⁴¹ Cet article établit que: « *l'Union peut conclure un accord avec un ou plusieurs pays tiers ou organisations internationales lorsque les traités le prévoient ou lorsque la conclusion d'un accord, soit est nécessaire pour réaliser, dans le cadre des politiques de l'Union, l'un des objectifs visés par les traités...* », parmi lesquels il y a aussi l'objectif de la protection des droits de l'enfant, consacré par l'art. 3 TUE.

8. Il est également essentiel un renforcement des règles de l'UE sur l'obligation de formation, au niveau national, des juges, des avocats, de la police et de tout autre opérateur qui travaille dans le domaine de la justice pour mineurs.

En effet, on a pu observer que le respect du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant exige souvent l'utilisation de pouvoirs décisionnels créatifs et personnalisés en fonction des exigences spécifiques du mineur concerné.

Il en résulte la nécessité que quiconque est en mesure de faire des choix cruciaux pour la vie d'un enfant ait reçu une formation adéquate sur les droits de l'enfant (à l'échelon international, régional et national), sur les outils à leur protection et sur les solutions apportées par la jurisprudence internationale et de l'UE dans des cas similaires.

Exclusivement un niveau de formation adéquat permet de constituer un corps d'experts capables de prendre des décisions conformes aux bonnes pratiques existantes et de créer, ainsi, un véritable « système » de protection des enfants et de valorisation de leurs droits qui soit homogène dans les solutions, mais toujours ouvert à la mise en valeur des particularités de chaque cas concret²⁴².

Dans les institutions européennes également, les personnalités qui peuvent vanter une formation spécifique sur les droits des enfants sont extrêmement limitées.

Malheureusement, l'idée est encore très diffusée que quiconque pourrait avoir les compétences nécessaires pour prendre des décisions qui affectent la vie d'un enfant.

Toutefois, l'échec de l'UE en tant que réelle promotrice des droits des mineurs, qui est de plus en plus évident (et non seulement à ceux qui étudient ces questions en profondeur) et qui est également l'une des raisons qui ont fait perdre de crédibilité à l'Union devant ses propres citoyens, montre exactement le contraire.

9. Comme dernière solution souhaitable pour renforcer le cadre général européen de protection des droits des enfants, même si très utopique pour l'instant, on pense à l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH dont les négociations sont actuellement au point mort après l'avis négatif de la Cour de justice sur le projet d'adhésion.

Cette adhésion servirait à ne pas faire baisser le niveau européen de protection des droits des mineurs au-dessous du niveau minimum offert aux enfants par l'interprétation vivante de la CEDH qui, comme on l'a vu, est également un canal important pour rendre vivante la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant.

En ce qui concerne, en revanche, la deuxième thématique qui a été l'objet de ce travail, c'est-à-dire celle de la justice pénale, on propose, en complément, les solutions suivantes pour chercher de renforcer la protection des droits des enfants dans ce domaine plus spécifique :

²⁴² N. DI LORENZO, *Il principio del superiore interesse del minore nel sistema di protezione del fanciullo all'interno delle relazioni familiari*, <http://www.cde.unict.it>.

1) tout d'abord, il apparaît indispensable une réflexion majeure sur le rôle que l'Union européenne a l'intention d'attribuer au droit pénal de l'UE dans le projet d'intégration européenne²⁴³.

Jusqu'à présent, en effet, l'Union a essayé de développer une théorie générale de la criminalité à partir des formes de crime les plus graves qui, normalement, dans les États nationaux font l'objet de dispositions dérogatoires.

La création d'un droit pénal général de l'Union européenne (matériel et procédural) permettrait à l'actuel cadre réglementaire fragmenté d'acquérir une plus grande cohérence et d'être plus incisif dans les États membres.

Dans l'attente de changements à ce dernier sujet, le contrôle sur le respect des droits des enfants dans le cadre de l'espace de liberté, sécurité et justice, pourrait se baser sur l'article 70 TFUE.

Selon cet article, en effet, *« sans préjudice des articles 258, 259 et 260, le Conseil, sur proposition de la Commission, peut adopter des mesures établissant des modalités par lesquelles les États membres, en collaboration avec la Commission, procèdent à une évaluation objective et impartiale de la mise en œuvre, par les autorités des États membres, des politiques de l'Union visées au présent titre, en particulier afin de favoriser la pleine application du principe de reconnaissance mutuelle. Le Parlement européen et les parlements nationaux sont informés de la teneur et des résultats de cette évaluation »*.

De cette façon, donc, les mesures adoptées au niveau national pour mettre en œuvre les directives qui ont été analysées (et dans lesquelles ont été trouvées de nombreuses dispositions difficiles à transposer) pourraient être tenues davantage sous le contrôle de la Commission.

2) Dans le domaine de la justice pénale, il est également indispensable de réduire la discrimination entre les enfants victimes et les enfants délinquants.

Le principe de non-discrimination est une valeur de l'Union européenne (ex-art. 2 TUE) et un principe général protégé par les articles 18 et 19 du TFUE, ainsi que par l'art. 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

L'importance de ce principe dans les sources du droit international a été soulignée à plusieurs reprises dans la première partie de ce travail, surtout parce que il s'agit d'un des principes fondamentaux de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant.

Néanmoins, l'idée d'utiliser le principe de non-discrimination pour renforcer les droits des mineurs est absente dans les objectifs de l'agenda de l'UE pour les droits de l'enfant (à l'exception d'une brève mention quand on parle de mineurs appartenant à l'ethnie des Roms)²⁴⁴.

Pourtant, on sait que l'idée qu'un enfant est d'abord un sujet à protéger plutôt qu'un individu doté d'une autonomie croissante a conduit, dans le passé, à de nombreuses discriminations au détriment des enfants en

²⁴³ À cet égard, voir les réflexions de G. GIUDICELLI-DELAGE, "Introduction générale", G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZERGES (DIR.), *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, Société de législation comparée / Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris (Université de Paris I / CNRS UMR 8103), 2012, p. 18-19.

²⁴⁴ Comme le souligne H. STALFORD, *Children and the European Union: rights, welfare and accountability*, op. cit., p. 50 et suiv.

raison de leur minorité. Aujourd'hui encore, d'ailleurs, ce sont principalement les adultes qui continuent à établir ce qu'un enfant pourrait être ou ne pas être capable de faire²⁴⁵.

En outre, l'analyse de la législation européenne en matière de justice pénale juvénile, qui a été menée dans le présent travail, a permis d'identifier plusieurs discriminations injustifiées entre les enfants et les adultes, mais aussi entre les enfants victimes de crimes et les mineurs délinquants et, enfin, entre les mineurs détenus en prison et les enfants privés de la liberté dans d'autres contextes (par exemple, dans un centre de rééducation des mineurs en conflit avec la loi).

En ce qui concerne, en particulier, la différence de traitement entre les enfants auteurs de crimes et les enfants victimes d'actes criminels, on peut affirmer que cela découle d'une approche générale de l'UE à l'égard de la « vulnérabilité » qui change en fonction du rôle joué par un individu dans le procès pénal.

Les directives consacrées aux droits des suspectés/accusés d'un crime, en effet, semblent se concentrer davantage sur les vulnérabilités qui découlent de facteurs « internes /originaires » de ces sujets, tels que les problèmes cognitifs, physiques, sensoriels et d'apprentissage, qui peuvent les empêcher de comprendre de façon adéquate le procès qui les voit impliqués.

En revanche, les directives dédiées aux victimes mettent davantage l'accent sur les vulnérabilités qui résultent de facteurs externes qui peuvent causer le phénomène de la « victimisation secondaire »²⁴⁶.

La considération que le fait même d'être partie d'un procès pénal peut causer des répercussions négatives sur le plan psychologique également aux suspectés/accusés d'un crime ne transparaît pas dans la législation européenne qui, au contraire, est plus concentrée à garantir que cette catégorie comprend le procès pénal à leur charge. En effet, les suspectés/accusés d'un acte criminel ont, par exemple, plus de garanties en relation au droit à l'interprétation et à la traduction, alors que les victimes ont plus de protection sur les aspects relatifs à la *privacy* et aux modalités de leur traitement au cours des interrogatoires.

En réalité, l'aspect de la protection contre les conséquences négatives du procès pénal devrait être également garanti aux suspectés/accusés d'un crime, en particulier s'il s'agit de mineurs, parce que, jusqu'à la décision de condamnation définitive, ils restent à tous égards des innocents, conformément au principe de présomption d'innocence.

Par exemple, les meilleures garanties prévues pour la protection de la vie privée des enfants victimes d'actes criminels ne sont pas justifiées parce que l'attitude normalement hostile de la société envers les enfants en conflit avec la loi met également ces derniers dans une position de grande vulnérabilité, puisqu'ils sont au risque de stigmatisation et d'exclusion sociale.

En même temps, garantir, par exemple, également aux victimes, qui ne comprennent pas la langue du procès, la possibilité de recevoir rapidement, indépendamment de leur demande, des traductions ou des

²⁴⁵ Sur ce point voir C. BREEN, *Age discrimination and children's rights: ensuring equality and acknowledging difference*, Oxford, Hart, 2005 et S. FREDMAN, *The age of equality*, S. Fredman and S. Spencer (eds.), *Age as an equality issue: legal and policy perspectives*, Oxford, Hart, 2003.

²⁴⁶ S. VAN DER AA, *Variable Vulnerabilities? Comparing the Rights of Adult Vulnerable Suspects and Vulnerable Victims under EU Law*, *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 7, Issue 1, 2016, p. 39 et suiv.

interprétations de qualité, au-delà d'être utile aux victimes elles-mêmes pour se faire comprendre et pour se sentir comprises, pourrait également l'être pour l'exactitude de l'enquête.

L'Union européenne, donc, devrait toujours considérer que les vulnérabilités des victimes et des auteurs (présumés) de crimes peuvent être les mêmes et il ne devrait pas y avoir une discrimination *a priori*.

En ce qui concerne les mineurs délinquants, on a pu noter, quand même, une différence par rapport aux adultes parce que le droit à une évaluation individuelle, qui n'est prévu que pour les enfants, leur permet d'être évalués aussi en raison des leurs vulnérabilités découlant de « facteurs internes »; par contre, en ce qui concerne l'aspect de la « protection contre le procès », on n'a pas remarqué de grandes différences entre les adultes et les mineurs.

On considère, donc, que le domaine de la justice pénale juvénile pourrait utiliser le principe de non-discrimination pour obtenir des améliorations à l'égard des différents types de discrimination qui ont été soulignées.

Il ne faut pas oublier, en effet, que précisément le principe de non-discrimination en fonction de l'âge a été fait valoir de façon autonome afin d'imposer des obligations, non seulement à la charge des autorités nationales des États membres, mais aussi dans les controverses entre les particuliers, comme il a été affirmé, pour la première fois, dans la célèbre affaire *Mangold* et à suivre dans l'affaire *Küçükdeveci*²⁴⁷.

Le principe de non-discrimination, par conséquent, non seulement constitue l'un des principes clés de l'identité de l'Union européenne elle-même, représente également un critère important de légitimité des normes nationales.

Jusqu'à présent, l'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge a permis de protéger les adultes, dans une classe d'âge moyenne-supérieure, en relation à des controverses liées au rapport de travail. Une évolution de ce principe, à protection également des mineurs, pourrait conduire à des résultats très positifs pour les enfants dans le domaine de la justice pénale, même lorsqu'il n'y a pas un lien direct avec le droit européen (par exemple, parce qu'une directive n'est pas encore exécutable), conformément à la jurisprudence de la Cour de justice mentionnée ci-dessus.

Ce qui permettrait, par exemple, à un enfant particulièrement vulnérable, suspecté ou accusé d'avoir commis un crime, d'imposer au juge nationale d'obtenir les mêmes garanties en termes d'écoute sécurisée, prévues par le droit de l'UE pour les enfants victimes de crimes.

Cette dernière question, en effet, relève désormais pacifiquement parmi les matières couvertes par le droit européen, grâce à l'adoption de la directive 2016/800/UE qui les États membres sont tenus de transposer dans leur législation nationale avant le 11 mai 2019.

La différence dans le traitement des enfants particulièrement vulnérables, qu'il s'agissait de victimes ou de suspectés/accusés d'un crime, représente une discrimination directe fondée sur « le rôle » joué par le mineur à l'intérieur du procès pénal et elle est contraire également à l'article 24 de la Charte des droits

²⁴⁷ Cour de Justice, 22 novembre 2005, C-144/04, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm* et Cour de Justice, 19 janvier 2010, C-555/07, *Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG*.

fondamentaux qui affirme que les enfants ont droit à la protection nécessaire à leur bien-être (il est sous-entendu « tous » les enfants).

En outre, en vertu de l'art. 52, paragr. 1, de la Charte des droits fondamentaux « *toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés* ». Par ailleurs, on ne peut pas apporter des limitations que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et des libertés d'autrui.

La Charte, ayant la même valeur que les Traités, doit être respectée par tout le droit dérivé lois dérivées et les juges nationaux, comme il a été affirmé dans l'affaire *Kükükdeveci*, doivent interpréter les dispositions nationales conformément au principe de non-discrimination, consacré par l'article 21 de la Charte qui est, en lui-même, suffisant pour conférer aux particuliers un droit subjectif.

L'article 21, par conséquent, à lui seul ou conjointement aux articles 24 et 52 de la Charte, selon les circonstances, pourrait être invoqué dans les procédures nationales pour éliminer certaines pratiques discriminatoires à l'égard des enfants qui existent non seulement dans les normes internes, mais dans le droit de l'UE même.

En alternative, l'Union européenne pourrait également adopter, dans les matières de sa compétence, des actions spécifiques pour lutter contre la discrimination fondée sur l'âge, grâce à la compétence à légiférer qui lui est attribuée par l'art. 19 TFUE. Le fait que cette dernière possibilité exige une décision à l'unanimité du Conseil et l'approbation du Parlement européen la rend, toutefois, assez difficile à mettre en œuvre, mais certainement à ne pas sous-estimer.

Au terme de cette analyse sur les solutions possibles qui devraient être prises en compte pour améliorer la promotion des droits des mineurs dans l'Union européenne, on peut souligner ce qui, par contre, ne semble pas nécessaire à cet effet, c'est-à-dire la création d'un organisme de contrôle *ad hoc* des droits de l'enfant, comme il a été suggéré par certains en doctrine.

Comme il a été souligné à plusieurs reprises au cours des présentes conclusions, l'Union européenne possède déjà de bons mécanismes, qui peuvent être mis en pratique, ou simplement révisés pour en améliorer l'efficacité, afin d'assurer que les droits des mineurs soient correctement respectés dans les États membres.

Une fragmentation ultérieure des organismes supranationaux de contrôle, associée au travail des figures institutionnelles ou de la société civile qui ont pour mandat le contrôle du respect des droits des enfants, ne ferait que rendre le système actuel encore plus complexe et elle créerait également un autre fardeau financier et organisationnel à la charge de l'Union.

Une solution qu'on pourrait néanmoins évaluer pour l'avenir est celle de renforcer les pouvoirs d'enquête du Médiateur européen qui s'occupe déjà de la médiation dans les cas d'enlèvement international d'enfants.

Les réflexions développées à l'issue de ce travail et les solutions qui ont été proposées découlent de l'analyse de l'actuel cadre juridique, institutionnel et jurisprudentiel de l'Union européenne et de l'étude des

étapes d'un long parcours qui a permis à l'Union de se doter d'instruments juridiques contraignants toujours plus spécifiquement destinés aux enfants.

Un dernier aspect qu'il faut souligner ici et auquel, à tort, on a l'habitude d'accorder moins d'importance est lié au contenu et aux directs bénéficiaires de la majorité des actes de droit européen à protection des droits des enfants.

Toutes les politiques de l'UE et les principales discussions en la matière concernent, en effet, les mineurs qui se trouvent dans des situations d'extrême vulnérabilité (comme les enfants en conflit avec la loi ou les enfants victimes de la traite d'êtres humains ou de violence sexuelle), ce qui a limité, par conséquent, l'objectif initial de l'Union européenne de «*promoting, protecting and fulfilling the rights of the child in ALL relevant EU policies*»²⁴⁸.

L'Union européenne, donc, vise surtout à renforcer les mesures de protection des enfants les plus vulnérables. Il s'agit d'un aspect certainement admirable et positif, mais qui ne doit pas exclure l'opportunité que l'Union puisse intervenir pour protéger les droits des enfants également dans d'autres domaines de sa compétence.

On risque sinon de focaliser l'attention de l'Union européenne sur des objectifs extrêmement restreints et sur des groupes limités d'enfants.

S'occuper de la promotion des droits des enfants signifie, non seulement fournir à ces derniers des mesures de protection sur lesquelles ils pourront compter dans les situations de difficulté et d'urgence, mais également entamer un parcours qui mettra en évidence leur capacité croissante et leur volonté de participer dans le quotidien à la construction de la société européenne.

Ce dernier parcours devrait constituer le véritable défi de l'Union européenne parce qu'il permettrait effectivement aux mineurs de ne plus être considérés comme des «*mini-humans with mini-rights*»²⁴⁹.

Enfin, pour conclure, on ne peut pas ne pas faire mention, encore une fois, de la situation dramatique de milliers d'enfants migrants, pour la plupart non accompagnés, qui représentent les premières et les plus évidentes victimes innocentes d'un brusque retour à une Union européenne qui met le respect des droits fondamentaux au second plan.

Dans le passé, le renforcement de la protection des droits fondamentaux a représenté pour l'Union européenne un moyen pour chercher une nouvelle légitimité vis à vis des États membres; c'est-à-dire une façon de vaincre leur méfiance et pour les rassurer que le processus d'élargissement des compétences européennes, uni à la primauté du droit de l'UE, n'aurait pas eu des répercussions négatives sur la protection des droits fondamentaux²⁵⁰.

Aujourd'hui, il y a un besoin urgent de retrouver cette confiance et les enfants, à partir des petits migrants, pourraient, ou plutôt devraient, être juste au centre de la transformation de l'Union européenne dans

²⁴⁸ Comme l'affirme H. STALFORD, *Children and the European Union: rights, welfare and accountability*, op. cit., p. 224-5 et comme il est écrit textuellement dans l'Agenda de l'UE pour les droits de l'enfant du 2011.

²⁴⁹ Phrase célèbre de Maud de Boer Buquicchio, quand elle était secrétaire général adjoint du Conseil de l'Europe.

²⁵⁰ A. D'ALOIA, *Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione multilevel, Il diritto dell'Unione europea*, 2014, n.1, p. 7.

une communauté non seulement de droit, mais «de droits», puisque une administration de la justice «*that fails children ultimately fails society*»²⁵¹.

²⁵¹ Phrase célèbre du Rapporteur spécial de l'ONU sur l'indépendance des juges et des avocats, Gabriela Knaul, contenue dans le rapport présenté au Conseil des droits de l'homme le 1^o avril 2015 (A/HRC/29/26)

THÈSE

GIUSTIZIA PENALE E PROTEZIONE DEI MINORI NELL'UNIONE EUROPEA

Tre cose ci sono rimaste del paradiso: le stelle, i fiori e i bambini.
Dante Alighieri

INTRODUZIONE

1. Verso un'Unione europea sempre più *child-friendly*

L'ambito di indagine di questa ricerca richiede alcune osservazioni preliminari per chiarire quale sia stata sinora l'evoluzione del diritto minorile UE.

È noto a chiunque abbia una minima dimestichezza con la normativa di origine comunitaria che per lungo tempo e, più precisamente, dalle origini della Comunità europea fino agli anni '90, la "*persona*" (e, di conseguenza, il minore) non è stata oggetto di attenzione da parte del legislatore europeo, a causa dell'originario disinteresse della Comunità per le questioni di matrice non economica.

Nel momento in cui la Comunità europea iniziò ad occuparsi delle questioni minorili, l'intento principale era comunque sempre legato allo scopo di salvaguardare "*il buon funzionamento del mercato comune*", obiettivo sovrano dei primi cinquant'anni di vita degli atti comunitari.

In seguito, la normativa europea si è sviluppata, con ben poca originalità, traendo spunto da quello che potrebbe definirsi come l'"*acquis internazionale*" in materia minorile, formatosi secondo le linee d'azione individuate da importanti organismi internazionali, quali le Nazioni Unite ed il Consiglio d'Europa.

Recentemente, tuttavia, ovvero dopo il Trattato di Lisbona, il diritto minorile UE ha conosciuto un'evoluzione senza precedenti in quanto l'Unione europea ha fatto rientrare i diritti dell'uomo e, tra questi, anche quelli dei minori tra gli obiettivi primari della propria azione.

L'art. 3 del Trattato sull'Unione europea assegna, difatti, esplicitamente all'Unione la funzione di “*promuovere i diritti del minore*”; inoltre, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ora legalmente vincolante in quanto facente parte del diritto primario, nel suo articolo 24 definisce la protezione dei minori un diritto fondamentale.

La Carta, poi, stabilendo che in tutti gli atti relativi ai fanciulli l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente, introduce per la prima volta una specifica tutela dei diritti dei minori a livello UE.

Nonostante, quindi, in passato l'Unione europea potesse sembrare un insolito contesto per tutelare i diritti delle persone minori di età, attualmente la centralità dei loro diritti ha trovato un fondamento giuridico vincolante nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

Il crescente interesse dell'Unione europea per la tutela dei minori, sebbene tardivo, merita, pertanto, di essere approfondito, considerato che, al giorno d'oggi, i fanciulli rappresentano un terzo della popolazione europea e che potenzialmente ogni azione intrapresa dall'Unione può finire per influire sulla protezione dei loro diritti.

L'idea che il diritto UE potesse e dovesse fare di più per tutelare i diritti dei fanciulli era già emersa nel 2007 quando venne istituito il primo “*Forum europeo per i diritti dei minori*”, ovvero una conferenza organizzata dalla Commissione europea a cadenza annuale, alla quale partecipano interlocutori provenienti dalle istituzioni europee, dagli Stati membri e dalle organizzazioni internazionali che promuovono i diritti dei minori sul piano nazionale e internazionale. L'obiettivo di questi incontri, arrivati alla decima edizione, è quello di scambiarsi informazioni sulle buone pratiche in materia di tutela e protezione dei minori e, soprattutto, dar vita a nuove iniziative a loro favore nell'azione interna ed esterna dell'Unione.

Un'ulteriore conferma dell'attenzione dell'Unione europea verso il diritto minorile è data dalla pubblicazione, il 15 febbraio 2011, del “*Programma UE per i diritti dei minori*”, un documento programmatico elaborato dalla Commissione europea al dichiarato scopo di “*creare, nell'ambito dello spazio giudiziario europeo, una giustizia a misura del minore*”²⁵².

Un anno prima, ovvero nel novembre 2010, il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa aveva elaborato le “*Linee guida sulla giustizia minorile*” e nel Programma UE per i diritti dei minori la Commissione afferma espressamente che “*nel contesto delle sue politiche di giustizia civile e penale e conformemente alla sua strategia per un'attuazione effettiva della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la Commissione contribuirà a rendere i sistemi giuridici dell'UE più a misura di minore, segnatamente favorendo l'uso delle direttive del Consiglio d'Europa sulla giustizia adattata ai bambini del 17 novembre 2010, e integrandole nei futuri strumenti giuridici del settore della giustizia civile e penale*”.

Lo stesso Programma preannunciava lo specifico impegno dell'Unione affinché, in futuro, le politiche con ripercussioni, anche soltanto indirette, sui minori vengano “*elaborate, attuate e monitorate nel rispetto*”.

²⁵² Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Programma UE per i diritti dei minori*, COM/2011/0060 def.

del principio dell'interesse superiore del minore sancito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dalla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo”.

La Commissione europea ha, infine, affermato che la creazione di “*una giustizia a misura del minore*” deve diventare un obiettivo fondamentale a cui rivolgere l'azione dell'Unione europea e questo al fine di “*adeguare ai minori i sistemi giudiziari d'Europa*”.

In quest'ottica, ad esempio, è in fase di discussione la proposta di modifica del Regolamento europeo n. 2201 del 2003, prevista affinché il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale, di responsabilità genitoriale e di sottrazione internazionale di minori avvenga maggiormente nell'interesse superiore dei minori coinvolti e, soprattutto, con priorità e celerità rispetto ad altri tipi di procedimenti²⁵³.

Nell'ambito della giustizia penale, invece, è stata recentemente adottata la direttiva 2016/800/UE sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati in procedimenti penali grazie alla quale sono state poste le basi per la nascita del giusto processo penale minorile UE. Alla normativa UE precedente, infatti, adottata a tutela dei minori vittime di reato, si affianca ora anche questo nuovo strumento specificatamente dedicato ai minori in conflitto con la legge penale.

2. Quadro problematico dell'approccio UE ai diritti dei minori

L'approccio del diritto UE ai diritti dei fanciulli riguarda, in particolare, due settori ovvero quello della protezione dei minori e quello della giustizia minorile.

La tematica della “protezione dei minori” copre una moltitudine di questioni, ma più comunemente è riferita alla protezione dei fanciulli dalle peggiori forme di sfruttamento, abuso e violenza.

La libera circolazione dei beni, dei servizi e delle persone ha portato con sé risvolti infelici per i minori in quanto ha alimentato e facilitato i fenomeni del traffico di persone (soprattutto minori di età), della sottrazione di minori e del turismo sessuale. Questi gravi crimini sono aumentati a partire dal 2004 quando l'Unione europea ha incluso i Paesi dell'Europa centrale e dell'Est.

L'azione dell'Unione per combattere questi fenomeni è nata quindi dalla volontà di ridurre le conseguenze involontarie della sua espansione economica e geografica e riflette anche l'incapacità degli Stati membri nell'affrontare da soli queste odiose forme di sfruttamento e abuso minorile.

²⁵³ Proposta di Regolamento del Consiglio concernente la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale e la sottrazione internazionale di minori, Bruxelles, 30.6.2016 COM (2016) 411 final, 2016/0190 (CNS).

Sotto tale punto di vista si nota, pertanto, come il tema della protezione dei minori abbia attirato l'attenzione dell'Unione europea più di altri aspetti legati sempre ai diritti dei fanciulli e riguardo ai quali, tuttavia, l'Unione si è sempre mostrata riluttante ad intervenire, non solo per via delle sue limitate competenze, ma più che altro per la ferma opposizione degli Stati membri all'impegno dell'Unione in questioni che sono da sempre viste come più adatte ad essere trattate a livello nazionale e locale.

Per quanto riguarda la seconda tematica, ovvero quella della giustizia minorile, è evidente che le occasioni nelle quali i minori possono entrare in contatto con il sistema giudiziario sono molteplici; basti pensare, ad esempio, alle separazioni coniugali (spesso accompagnate da accesi disaccordi sull'affidamento dei figli), ai casi in cui i minori sono chiamati in tribunale in qualità di autori, testimoni e/o vittime di reati o ancora ai minori stranieri che devono affrontare le procedure per richiedere protezione e asilo.

Come si può ben immaginare, è necessario che la giustizia sia “a misura di minore” per evitare di correre il rischio che i diritti dei minori subiscano restrizioni o, ancora peggio, violazioni e che gli stessi fanciulli subiscano un disagio o addirittura un trauma nell'entrare a contatto con il sistema giudiziario.

Occorre ricordare a tal proposito che in tale ambito i minori possono riscontrare numerose difficoltà, ad esempio, a farsi rappresentare in giudizio, o, in generale, a ricevere le informazioni necessarie per l'esercizio e la difesa dei loro diritti e soprattutto non sempre hanno la garanzia di avere a che fare con operatori che sappiano tenere in dovuta considerazione le loro esigenze e la loro vulnerabilità, senza trattarli alla stregua degli adulti.

Un accesso effettivo alla giustizia e una reale partecipazione dei minori ai procedimenti civili, amministrativi e penali nei quali sono coinvolti sono condizioni necessarie per assicurare un adeguato livello di protezione dei loro diritti ed interessi.

È prevedibile che la creazione di “una giustizia a misura di minore” nell'UE, che sia in linea con gli elevati *standard* elaborati a livello internazionale, incontrerà non poche difficoltà.

Analizzando le sopra citate “*Linee guida sulla giustizia minorile*”, adottate dal Consiglio d'Europa e sponsorizzate dall'Unione europea, si nota, infatti, la sponsorizzazione di alcune iniziative la cui concreta attuazione, almeno nella realtà della maggior parte degli uffici giudiziari degli Stati membri, può sembrare a dir poco surrealistica: ad esempio, l'invito di trattare i procedimenti che riguardano i minori “*in ambienti non intimidatori e a misura del minore*” o quello di consentire ai fanciulli coinvolti, prima dell'inizio del procedimento, “*di acquisire familiarità*” con le strutture degli uffici giudiziari, consentendogli anche di conoscere “*l'identità e i ruoli dei soggetti coinvolti*”; ancora, le sedute dei tribunali che coinvolgono dei minori non dovrebbero durare troppo a lungo e dovrebbero svolgersi con ritmi adatti agli stessi, programmando opportune pause “*per evitare di incidere sulla loro capacità d'attenzione*”.

Ravvicinare le normative di 28 Stati membri con l'intento di garantire su tutto il territorio dell'Unione europea gli stessi diritti a tutti i minori appare già una sfida molto ambiziosa che si complica ulteriormente in virtù del normale approccio tenuto sinora dall'Unione per tutelare i loro diritti, non solo in ambito giudiziario.

Da un lato, infatti, il legislatore europeo tende ad incoraggiare l'intervento di una normativa UE *ad hoc* a tutela dei fanciulli, ma, dall'altro, salvaguarda quasi sempre la competenza degli Stati membri nel determinare sia la sostanza dei diritti dei minori che le modalità con cui gli stessi diritti devono essere concretamente garantiti a livello nazionale.

Per quanto riguarda, in particolare, il settore della giustizia penale, il rispetto delle diversità nazionali deriva dalla scelta operata dal Trattato di Lisbona di considerare il mutuo riconoscimento lo strumento principale per ottenere un'integrazione europea in materia penale.

In questo modo non si impone agli Stati membri l'adozione di *standard* UE armonizzati e i legislatori nazionali non sono tenuti a dover modificare drasticamente le proprie normative. Nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale, tra l'altro, agli Stati membri è richiesta solo una minima armonizzazione, come sancito dagli artt. 82 e 83 TFUE.

La volontà di rispettare le diversità nazionali si riflette, inoltre, anche nella scelta dello strumento legislativo attraverso il quale si punta a ravvicinare il diritto penale sostanziale e procedurale all'interno dell'Unione europea, ovvero la direttiva che, come è noto, può imporre agli Stati membri solamente degli obblighi di risultato.

Se a questo si aggiunge che l'Unione possiede oggettivamente ridotte competenze per legiferare a tutela dei diritti dei minori, in particolar modo nel settore penale, sorge spontaneo domandarsi se un'azione UE a tutela dei fanciulli potrà apportare un concreto valore aggiunto, in termini di contenuti ed effettività, rispetto alla tutela offerta a livello nazionale ed internazionale.

Se così non dovesse essere, infatti, da un lato, si offrirebbe ai minori unicamente una tutela al ribasso o una mera duplicazione delle tutele già garantite dagli Stati membri o dagli strumenti emanati dal Consiglio d'Europa e dalle Nazioni Unite e al cui rispetto gli Stati membri sono normalmente quasi tutti vincolati; dall'altro, si finirebbe per violare i principi di sussidiarietà e proporzionalità (art. 5 TUE) e lo stesso livello di protezione dei diritti fondamentali che dovrebbe essere garantito a livello UE (ex artt. 52 e 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea).

Per quanto riguarda il rispetto del principio di sussidiarietà, come è già stato sopra anticipato, la tendenza in materia minorile è sempre stata quella di ritenere che i bisogni dei fanciulli sono dettati dal luogo e dall'ambiente in cui risiedono e, pertanto, maggiormente tutelabili a livello locale/nazionale; ecco perché l'Unione europea possiede competenze esplicite per tutelare i diritti dei minori unicamente in situazioni con una connotazione transnazionale.

Per rispettare il principio di sussidiarietà, l'Unione deve dimostrare di poter raggiungere degli obiettivi necessari per la tutela dei diritti dei fanciulli che gli Stati membri non sono in grado di ottenere con le loro risorse, apportando, dunque, un valore aggiunto a quello che sarebbe stato possibile ottenere a livello nazionale.

In termini teorici, sembrerebbe abbastanza agevole soddisfare il test di sussidiarietà in riferimento ad alcune tematiche che coinvolgono i minori e che sono di crescente dimensione transnazionale, come i divorzi

di coppie miste, la protezione di nuclei familiari particolarmente vulnerabili che giungono in Europa a seguito di migrazione per conflitti, persecuzioni e così via e ancora le tante fattispecie penali che vedono coinvolti i minori, dalla tratta, alla sottrazione internazionale agli abusi sessuali per vari fini.

Per questi e per altri casi di reati transnazionali in cui le vittime sono prevalentemente minorenni, infatti, vi è una condivisa consapevolezza della necessità dell'adozione di norme e di misure UE di prevenzione, persecuzione e sanzione degli autori di tali reati e numerosi progressi sono stati raggiunti dall'Unione europea. Il riferimento è, ad esempio, all'adozione della direttiva 2011/92 relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile che si pone in termini di complementarietà rispetto alla direttiva 2011/36/UE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime.

Tuttavia, anche in merito a queste tematiche, si vedrà che non appare sufficiente il ruolo del legislatore europeo ove non accompagnato da una vera e propria strategia UE a livello istituzionale.

Per quanto riguarda, invece, il rispetto del principio di proporzionalità, l'Unione deve garantire che il contenuto e la forma della sua azione a tutela dei diritti dei minori siano in rapporto con la finalità perseguita ed un grande problema sorge quando tale finalità, posta dal legislatore UE a fondamento dell'adozione di certi atti normativi, concerne il superamento degli *standard* di tutela garantiti a livello non solo nazionale, ma anche internazionale.

Infine, preme sottolineare che nemmeno le esigenze di protezione dei diritti dei minori all'interno dell'Unione europea sembrano avere la priorità sugli obiettivi UE. Anche i diritti dei fanciulli, infatti, sembrano ancora operare nell'ambito e nei limiti, se non in funzione, dei principi fondamentali di funzionamento del mercato comune.

È, pertanto, alta la preoccupazione che l'integrazione dei diritti dei fanciulli all'interno del mandato dell'Unione possa finire per danneggiare, "corrompere" e strumentalizzare gli interessi dei minori al fine di tutelare quelli prettamente politici ed economici dell'Unione europea e che i primi non vengano tenuti in considerazione come valori in sé, ma sulla base della loro capacità di non ostacolare il raggiungimento delle finalità perseguite dall'Unione.

3. Piano della tesi

Dopo il Trattato di Lisbona, la promozione dei diritti dei fanciulli costituisce uno degli obiettivi primari dell'Unione europea.

Questa nuova prospettiva ha sollevato numerose ed interessanti questioni che nella presente ricerca verranno circoscritte a due principali aree tematiche ovvero quella della protezione dei minori e quella della giustizia penale.

Il tema della "protezione dei minori" verterà principalmente sulle questioni legate alla protezione dei

fanciulli dalle peggiori forme di sfruttamento, abuso e violenza, ma verranno affrontate anche tematiche legate alla loro tutela in ambito familiare, nel contesto della disciplina in materia di asilo e nel settore giudiziario in materia civile. Il settore della cooperazione giudiziaria in materia civile, infatti, è quello nel quale in questi anni l'Unione si è maggiormente cimentata a tutela dei fanciulli e, dunque, nel quale si riscontrano, ad oggi, i maggiori sviluppi anche a livello giurisprudenziale. Il presente lavoro cercherà di analizzare non solo l'aspetto della tutela del minore in quanto mero oggetto di protezione degli adulti, ma anche in termini di protezione dei diritti del fanciullo in quanto individuo titolare di propri diritti e garanzie.

La tematica della "giustizia penale", invece, affronterà le problematiche connesse alla protezione dei minori all'interno del procedimento penale, settore nel quale solo recentemente l'Unione europea è diventata pienamente operativa.

Nello specifico, la prima parte della tesi è dedicata al percorso storico che ha condotto ad una vera e propria globalizzazione dei diritti dei fanciulli a livello internazionale, creando le basi dell'attuale disciplina UE a tutela dei minori.

Vengono, pertanto, analizzate le fonti internazionali più significative, a livello internazionale generale (primo capitolo della prima parte) e a livello regionale (secondo capitolo della prima parte), cercando di metterne in luce i contenuti comuni, i tratti distintivi, le lacune e i limiti legati all'operatività pratica di questi strumenti internazionali.

La seconda parte della tesi, invece, è consacrata all'analisi dell'incorporazione dei principi e dei diritti di derivazione internazionale nelle fonti UE.

L'approccio dell'UE nei confronti della protezione dei diritti dei minori è evoluto in questi anni, influenzato dal ritmo dell'integrazione europea, dallo sviluppo del concetto di cittadinanza europea, dal cambiamento demografico e dall'allargamento dell'Unione. In particolare, la progressiva evoluzione dell'Unione verso una sempre maggiore tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, ha avuto come conseguenza quella di arricchire l'agenda UE anche di maggiori obiettivi di tutela dei diritti dei minori.

Dapprima, nel primo capitolo di questa seconda parte, viene analizzato il quadro normativo primario UE a protezione dei diritti dei minori e a seguire è approfondito il ruolo della Corte di Giustizia nel tutelarli.

Recentemente l'Unione europea si è dotata di una normativa penale attenta ai diritti dei minori coinvolti in procedimenti penali che rappresenta un'assoluta novità nel panorama normativo UE e che rientra nell'obiettivo generale di creare una giustizia UE "*child-friendly*".

Per tale ragione, da ultimo, ovvero nel secondo capitolo di questa seconda parte della tesi, l'analisi si sofferma sui principali atti normativi UE a tutela dei diritti dei fanciulli, in qualità di vittime o (presunti) autori di reato.

Nella presente ricerca viene analizzata la normativa UE e la giurisprudenza della Corte di Giustizia con uno sguardo *child-centered*, garantendo sempre un confronto critico con la corrispondente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e con la normativa internazionale in materia.

In particolare, si cercherà di rispondere ai seguenti quesiti e di chiarire le seguenti questioni:

- a) c'è bisogno di un'azione UE a protezione dei diritti dei minori e, se sì, in che termini? qual è il suo valore aggiunto?
- b) quali sono i principi internazionali a tutela dei minori che sono effettivamente operativi a livello UE?
- c) nel settore della neonata giustizia penale minorile UE, i minori autori di reato e i fanciulli vittime di reato godono delle medesime garanzie dell'equo processo?
- d) il sistema delle "norme minime", cristallizzato negli articoli 82 e 83 TFUE, consente di rispettare gli strumenti internazionali ai quali hanno aderito gli Stati Membri e che vincolano anche l'Unione europea in qualità di principi generali? Poter stabilire solo delle norme minime, cioè, rende possibile non violare i principi internazionali, la CEDU e la stessa Carta dei diritti fondamentali?

In conclusione, l'obiettivo finale del presente lavoro è quello di cercare di proporre nuove soluzioni per rendere più concreto l'impatto del diritto UE sui diritti dei fanciulli.

PARTE I: LA GLOBALIZZAZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI DEI MINORI

CAP. 1: IL QUADRO NORMATIVO INTERNAZIONALE UNIVERSALE A TUTELA DEI FANCIULLI

Prima sezione: Gli strumenti internazionali generali di protezione

1.1 L'evoluzione storica del concetto di "fanciullo" nelle fonti internazionali generali

Il termine "*fanciullo*" deriva dal latino "*Infans*", cioè "*colui che ancora non parla*"; si tratta, pertanto, di un'espressione che mette in luce l'incapacità del soggetto minore di età di esprimersi e di farsi capire.

Anche il termine "*minore*" deriva dal latino, ma questa espressione è invece connotata positivamente: "*minor*" era nella civiltà romana "*colui che viene temporalmente dopo*",²⁵⁴ successivamente, cioè, ai "*Majores*", ovvero ai depositari del sapere della società che lo tramandavano alle nuove generazioni, le quali dovevano assumersi il compito di proseguire il sentiero dei loro padri.

Sui "minori", dunque, i romani investivano molto affinché il presente non andasse perduto, ma si arricchisse nel futuro. La parola stessa, infatti, mette in luce l'importanza attribuita ai fanciulli nella società, i minori sono considerati come un bene prezioso e come "*il futuro che è già qui*"²⁵⁵.

Nei testi giuridici moderni viene normalmente attribuito lo stesso significato ai due termini, pur notandosi una preferenza nei testi di diritto UE per l'utilizzo del termine "*fanciullo*". In particolare, quest'ultimo termine viene utilizzato quando la norma UE ha come obiettivo la protezione di un individuo che reputa particolarmente vulnerabile in sé o in quanto vittima di un reato, mentre in relazione all'autore di un reato viene utilizzato più frequentemente il termine "*minore*".

Per lungo tempo, in ogni caso, la preferenza per il termine "*fanciullo*" è stata il riflesso della prassi di negare diritti ai fanciulli o di limitarne la portata semplicemente a causa del loro *status*.

L'organizzazione patriarcale della famiglia della maggior parte delle società ha condotto, infatti, per anni a classificare non solo le donne, ma anche i bambini come individui senza uno statuto legale e sociale indipendente²⁵⁶.

²⁵⁴ Per le definizioni, cfr.: G. DEVOTO, *Dizionario Etimologico*, Le Monnier, Firenze 1968.

²⁵⁵ Tratto da AMNESTY INTERNATIONAL, *Tutti i bambini del mondo*, 1998, Ed. Cultura della Pace, San Domenico di Fiesole (Fi), p. 21.

²⁵⁶ G. MEUNIER, *L'application de la Convention des nations unies relative aux droits de l'enfant dans le droit interne des états parties*, Harmattan, 2002, p. 15. In realtà, come fa notare E. GARZÓN VALDÉS (E. GARZÓN VALDÉS, *Dalla rivoluzione industriale alla modernizzazione selvaggia-Considerazioni sui Diritti dei bambini*, in *Violazioni dei diritti dei bambini- un metodo*

Di conseguenza, gli strumenti internazionali a tutela dei diritti della persona sono stati ritenuti applicabili anche ai minori, rivelandosi, tuttavia, in larga parte inadeguati a tutelare i loro bisogni specifici.

I minori, infatti, possono facilmente essere oggetto di una doppia discriminazione: da un lato, a causa della loro minore età, e, dall'altro, in qualità di membri di un altro gruppo di persone particolarmente vulnerabili (come ad esempio le vittime di reato o i disabili).

Per molto tempo, la peculiarità della condizione minorile, meramente definita "vulnerabilità", è stata il fondamento della teoria che sposava l'incapacità giuridica del minore al quale, pertanto, non erano riconosciuti dei veri e propri diritti; il minore, infatti, era visto unicamente come un oggetto di protezione.

In seguito, grazie allo sviluppo dell'opposta scuola di pensiero, basata sulla teorizzazione dei diritti del minore, si sono cominciati a valorizzare dei nuovi parametri come la capacità progressiva dei minori, la loro autonomia, il loro diritto di ascolto e di partecipazione.

Questa evoluzione ha condotto l'attenzione dei vari legislatori nazionali ad occuparsi, dapprima, delle problematiche riguardanti i minori autori di reato e, successivamente, ad una generale posizione di *favor* verso tutti i fanciulli, considerati ormai pacificamente soggetti di diritto²⁵⁷.

Al giorno d'oggi, quindi, il minore non è più un soggetto caratterizzato unicamente da debolezza ed incapacità, ma una persona con dei diritti specifici, una sorta di "*adulto in divenire che, soprattutto inizialmente, nei suoi primi anni di vita, esercita i propri diritti prevalentemente attraverso e con l'aiuto degli adulti che lo circondano*"²⁵⁸.

La problematica principale legata alla tutela dei diritti dei minori è la dualità del minore, il quale, finalmente riconosciuto soggetto di diritto, continua ad essere e, anzi, ha il diritto di essere, anche oggetto di protezione specifica.

Garantire il rispetto dei diritti dei fanciulli è fondamentale perché tali diritti rappresentano un corollario preliminare e preparatorio, necessario all'acquisizione di altri diritti, ovvero i diritti dell'uomo²⁵⁹. "Può, infatti, immaginarsi che un essere umano, privato della possibilità di godere dei suoi diritti di bambino, possa, una volta diventato adulto, beneficiare in modo pieno e completo dei suoi diritti in quanto uomo? Un bambino cui è stata negata la possibilità di accedere all'educazione diventerà mai un uomo realizzato? Un bambino privato persino delle cure sanitarie elementari, potrà anche solo sperare di diventare grande?"²⁶⁰.

di approccio, Fondazione Internazionale Lelio Basso per il Diritto e la Liberazione dei Popoli, Ed. Gruppo Abele, 1995, p.63), non regge l'analogia tra la situazione dei bambini e quella delle donne o dei popoli oppressi in quanto in questi due ultimi casi "si tratta di garantire le opportunità di autodeterminazione, quindi l'esercizio autonomo dei diritti per soggetti idonei". La situazione dei bambini è, invece, caratterizzata proprio dalla loro impossibilità ad esercitare i diritti che gli competono.

²⁵⁷ M. DOGLIOTTI, *I diritti del minore e la convenzione dell'ONU*, in *Dir. fam. pers.*, 1992, p. 301.

Come si vedrà nel prosieguo, l'Unione europea ha invece seguito un percorso diametralmente opposto, occupandosi, dapprima, dei minori vittime di reato o bisognosi di particolari tipi di protezione e solo recentemente dei diritti dei minori autori di reato.

²⁵⁸ F. DÉFOSSEZ-DEKEUWER, *Les Droits de l'Enfant*, collection «Que sais-je?», Presses Universitaires de France VIème Edition, Paris, Janvier 2001, p. 4 e G. MEUNIER, *L'application de la convention des nations unies relative aux droits de l'enfant dans le droit interne des états parties*, ibidem, p. 15.

²⁵⁹ M. MARCHEGANI, *La Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo: nascita, sviluppo e consacrazione dei diritti dell'infanzia*, online sul sito <http://garanteminori.regione.marche.it>, p. 7.

²⁶⁰ Questo si domandava MEOTTI P., A.T.E.R. à l'Université de Besançon, *La lutte contre l'exploitation des enfants*, tesi presentata e sostenuta nel mese di ottobre 1999, p. 24 e ss.

Attualmente non è troppo azzardato affermare che sia in atto una vera e propria “globalizzazione dei diritti dei minori”. Negli ultimi anni, infatti, si sono moltiplicate le interazioni tra i vari soggetti a livello internazionale, regionale e nazionale che si occupano dei fanciulli e che ne tutelano i diritti.

La tematica della protezione dei diritti dei minori comprende diverse tematiche (e connesse problematiche) di indubbio interesse e che proprio a causa della loro ampiezza non potranno essere tutte affrontate nel corso del presente lavoro.

Nel prosieguo, pertanto, verranno analizzate le fonti di diritto internazionale, maggiormente ratificate dagli Stati membri dell’Unione europea, che si occupano di offrire protezione e diritti ai minori contro le peggiori forme di sfruttamento, abuso e violenza e all’interno di un procedimento penale, al fine di estrapolarne i principi e i diritti chiave.

1.2 La Dichiarazione Universale dei diritti dell’uomo e i Patti internazionali relativi ai diritti economici, sociali e culturali e ai diritti civili e politici

Come sopra anticipato, in passato i minori erano considerati degli individui senza uno statuto legale e sociale indipendente e quindi nei primi testi internazionali di portata generale i loro diritti ed interessi erano tenuti in considerazione in quanto membri di un nucleo familiare o, ancora più genericamente, in quanto “persone”²⁶¹.

La Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo, adottata il 10 dicembre 1948 dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite, è stato il primo strumento generale di protezione dei diritti umani.

Essa non presta una specifica attenzione alla condizione dei fanciulli, destinatari dei principi in essa consacrati sono, infatti, tutti gli esseri umani in generale.

Ciò nonostante, nella Dichiarazione Universale dei diritti dell’Uomo, la necessità di garantire ai minori una protezione “speciale” è comunque evidente nella parte in cui si afferma che: “*la maternità e l’infanzia hanno diritto a speciali cure ed assistenza*”²⁶².

Il primo principio che se ne ricava, pertanto, è l’impossibilità di far convergere i diritti dei minori nel più ampio settore dei diritti umani, richiedendo i fanciulli, oltre ad un rafforzamento dei diritti umani “tradizionali”, anche diritti e tutele specifiche atte a soddisfare i loro bisogni²⁶³.

Inoltre, in maniera implicita emerge anche che tutti i minori hanno diritto alla protezione sociale, senza, pertanto, discriminazioni.

²⁶¹ Come affermato da E. DECAUX la questione dei diritti dei fanciulli era “*perçue sous l’angle de la famille*” (“*Universalité des droits de l’homme et pluralité interprétative: l’exemple des droits de l’enfant*”, in A. BERTHOZ, C. OSSOLA et B. STOCK (dir.), *La pluralité interprétative*, Paris, Collège de France, 2010, p. 6.

²⁶² Art. 25, 2° comma, della Dichiarazione Universale dei diritti dell’Uomo.

²⁶³ M. MARCHEGANI, *La Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo: nascita, sviluppo e consacrazione dei diritti dell’infanzia*, op. cit., p. 6.

Il secondo principio che emerge con forza in questo strumento internazionale, d'altronde, è proprio quello di uguaglianza in quanto la Dichiarazione veicola l'idea secondo la quale esiste una concezione universale dell'umanità di cui il primo valore comune è la non discriminazione.

Il principio d'uguaglianza, infatti, è enunciato espressamente nei primissimi articoli della Dichiarazione, ovvero negli articoli 1 e 2.

Com'è noto, la principale debolezza della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo risiede nel fatto che essa non è uno strumento vincolante per gli Stati, tuttavia, la grande autorità morale che la contraddistingue ha fatto sì che essa venisse richiamata da diversi strumenti internazionali di protezione dei diritti dell'uomo, come, ad esempio, nel preambolo della CEDU o della Convenzione sui diritti del fanciullo.

Altro aspetto che ha reso la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo un documento dal valore del tutto simbolico si rinviene nel suo carattere fortemente individualista, in quanto la Dichiarazione si rivolge agli individui destinatari dei diritti in essa contenuti e non agli Stati.

Bisognerà attendere l'entrata in vigore del Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali e del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, rispettivamente in data 3 gennaio 1976 e 23 marzo 1976, per ottenere due strumenti internazionali che si rivolgono agli Stati, vincolandoli, quindi, al rispetto dei diritti sanciti.

Per quanto riguarda nello specifico l'apporto del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici alla tutela dei diritti dei minori, è pacifico, innanzitutto, che tutti i diritti riconosciuti siano applicabili anche ai fanciulli, ma sono previsti anche dei diritti specifici a loro dedicati.

In primo luogo il diritto alla vita che prevede per i minori una garanzia aggiuntiva essendo vietato condannare un minore alla pena di morte, mentre comminare tale pena ad un adulto non è vietato dal Patto²⁶⁴. L'abolizione della pena di morte, infatti, è oggetto del secondo protocollo facoltativo annesso al Patto che è entrato in vigore nel 1991.

Grande attenzione, poi, viene posta ai diritti dei minori detenuti per i quali è enunciato il principio di separazione dagli adulti in carcere e il principio della rapidità delle cause (art. 10, par. 2b). Inoltre, viene richiesto agli Stati che in ambito processual penale si tenga conto dell'età dei minori e dell'importanza di una loro rieducazione (art. 14, par. 4).

L'art. 14, inoltre, sancisce il principio delle udienze a porte chiuse quando vi sono dei minori coinvolti salvo nei casi in cui il contrario sia nel loro interesse.

Inoltre, il Patto relativo ai diritti civili e politici contiene una disposizione generale di protezione dedicata ai minori, ovvero l'art. 24, che enuncia il diritto di tutti i minori, senza alcuna discriminazione, a ricevere la protezione della quale necessitano da parte della famiglia, della società e dello Stato. Oltre al principio di uguaglianza, l'art. 24 garantisce anche a tutti i minori il diritto al nome e ad acquisire una nazionalità, garanzie fondamentali a tutela dell'identità personale di ogni fanciullo.

²⁶⁴ Articolo 6, par. 5.

L'art. 24 è la traduzione in forma obbligatoria e vincolante dell'art. 25 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo che, come abbiamo visto, prevedeva già la necessità di offrire una protezione speciale all'infanzia ed è importante perché fissa tale obbligazione non solo nei riguardi degli Stati, ma anche delle famiglie dei minori e della società in generale.

Per quanto riguarda il Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali, bisogna premettere che i diritti in esso riconosciuti si differenziano da quelli civili e politici in quanto stabiliscono un onere di agire in capo agli Stati e non un semplice dovere di astensione da decisioni o azioni che potrebbero pregiudicare i diritti fondamentali dei loro cittadini; si tratta, pertanto di diritti più onerosi da rispettare anche se la differenza tra le due categorie di diritti non è sempre così agevole²⁶⁵. Inoltre, al riguardo è stato giustamente notato che tale differenza di tutela si rivela, di frequente, priva di fondamento in quanto i costi per assicurare un'adeguata tutela ai minori in sede processuale possono risultare onerosi quanto quelli occorrenti per il rispetto di un loro diritto economico, sociale e culturale²⁶⁶.

In ogni caso, a causa di tale differenza, il Patto relativo ai diritti economici, sociali e culturali vincola gli Stati al rispetto dei diritti in esso contenuti solamente nei limiti delle risorse nazionali disponibili, a differenza di quanto avviene per il Patto relativo ai diritti civili e politici.

Molti diritti riconosciuti nel Patto hanno una forte incidenza sullo sviluppo e il rispetto dei diritti dei minori e anche per questo strumento vale la considerazione per cui tutte le disposizioni si ritengono pacificamente a loro applicabili, visto che i destinatari dei diritti sono generalmente "tutti gli uomini e tutte le donne". Vi sono comunque anche dei diritti specifici dedicati ai fanciulli.

In particolare, per quanto riguarda il tema della presente ricerca, è importante far notare che il Patto sancisce il principio di non discriminazione nei confronti dei fanciulli, i quali devono tutti poter godere di specifiche misure di protezione, soprattutto in ambito lavorativo. I minori, infatti, devono essere protetti da ogni forma di sfruttamento economico e sociale che metta in pericolo la loro salute e il loro sviluppo e gli Stati devono assicurare sanzioni per i trasgressori e fissare dei limiti d'età per l'impiego lavorativo dei fanciulli.

Non si ritiene opportuno approfondire ulteriormente questi due strumenti in quanto a livello internazionale sono indubbiamente tra quelli che hanno avuto un impatto minore sullo sviluppo dei diritti dei fanciulli nel lungo periodo.

1.3 Il ruolo della Corte penale internazionale nella protezione dei diritti dei minori

²⁶⁵ Ad esempio, il diritto al lavoro è sicuramente un diritto culturale ed economico, ma considerato sotto la dimensione dell'associazionismo sindacale rientra tra i diritti civili.

²⁶⁶ G. VAN BUEREN, *The International law on the Rights of the Child*, coll. "International Studies in Human Rights", vol. 35, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 20.

In questo paragrafo, si cercherà di inquadrare il ruolo della Corte penale internazionale nell'ambito della tutela dei minori, autori e vittime di reato, nel campo della giustizia penale internazionale.

Preliminarmente, bisogna esaminare l'aspetto della punibilità dei minori che abbiano commesso i crimini elencati nello Statuto di Roma, firmato nel 1998, entrato in vigore nel 2002 (poi modificato nel 2010) e istitutivo della Corte penale internazionale. La tematica, infatti, fu molto dibattuta all'epoca dell'adozione dello Statuto.

Da un lato, infatti, si trattava di punire individui che si erano macchiati di crimini gravissimi e, dall'altro, di assicurare il rispetto dei diritti a loro garantiti, in particolare dalla Convenzione ONU sui diritti del fanciullo.

Ad esempio, alcune delegazioni fecero presente che per considerare punibili i minori nel sistema della Corte penale internazionale, sarebbe stato necessario prevedere nel suo Statuto anche un sistema di giustizia penale minorile separato da quello degli adulti, nel rispetto della Convenzione di New York e di altri strumenti internazionali che ciò prevedono, come il Patto internazionale sui diritti civili e politici. Inoltre, aspetto ancora più problematico, si poneva il problema di trovare un'età limite per escludere la responsabilità penale dei minori che fosse condivisa da tutta la Comunità internazionale²⁶⁷.

Alla fine del dibattito, com'era forse prevedibile, venne adottato l'art. 26 dello Statuto di Roma che esclude espressamente la giurisdizione della Corte penale internazionale su persone che, al momento della commissione di uno o più reati di competenza della Corte, avevano un'età inferiore ai 18 anni.

Esclusi, pertanto, i minori autori di reato, occorre verificare come la Corte penale internazionale e lo Statuto di Roma tutelano, invece, i minori vittime di reato.

Innanzitutto, bisogna premettere che lo Statuto di Roma elenca espressamente i crimini sui quali la Corte penale internazionale è competente, includendo tra questi i crimini contro l'umanità, i crimini di guerra, il genocidio e il crimine di aggressione.

La Corte Penale Internazionale ha inoltre introdotto, per la prima volta, il crimine di guerra relativo al reclutamento di fanciulli di età inferiore ai 15 anni nei conflitti armati²⁶⁸.

Nonostante, infatti, tale pratica fosse stata condannata sia da parte del diritto internazionale umanitario²⁶⁹ che dalla Convenzione sui diritti del fanciullo e dall'OIL, la Corte Penale Internazionale rappresenta la prima Corte internazionale con competenza sul crimine.

È, inoltre, stata la prima istituzione a definire, nel proprio Statuto²⁷⁰, come "crimini di guerra" sia gli atti di reclutamento o arruolamento di fanciulli di età inferiore a 15 anni che l'atto di farli partecipare

²⁶⁷ P. IORIO, *Processabilità e punibilità dei minori nel diritto internazionale: giurisdizione della Corte penale internazionale*, intervento durante l'incontro "Bambini soldato in Africa: un dramma nel dramma", in occasione della presentazione del Rapporto di Amnesty International "21.000 bambini soldato in Liberia", Roma – 8 novembre 2004.

²⁶⁸ Statuto di Roma, articolo 8(2)(b)(vi) rilevante per i conflitti armati a carattere internazionale ed articolo 8(2)(e)(vii) rilevante per i conflitti armati non internazionali.

²⁶⁹ Protocollo Aggiuntivo I, articolo 77(2) e Protocollo Aggiuntivo II, articolo 4(3)(c) alle Convenzioni di Ginevra del 1949, adottati l'8 giugno del 1977.

²⁷⁰ Art. 8, 2° comma, dello Statuto di Roma.

attivamente alle ostilità, attribuendo, così, un carattere di massima gravità anche a tale ultima pratica.

Già l'art. 38 della Convenzione sui diritti del fanciullo vietava l'arruolamento dei minori che non avessero compiuto 15 anni d'età. Successivamente, la Convenzione OIL n. 182 sull'eliminazione delle più gravi forme di lavoro minorile incluse tra queste ultime *“il reclutamento forzato o obbligatorio dei fanciulli per il loro impiego nei conflitti armati”*. Ai sensi di quest'ultima convenzione per “fanciullo” s'intende ogni minore di 18 anni e pertanto l'OIL offre protezione anche ai minori dai 15 ai 17 anni.

La tutela prevista per i minori coinvolti nei conflitti armati è dunque piuttosto limitata, poiché sia la Convenzione sui diritti del fanciullo che lo Statuto della Corte penale internazionale offrono protezione solo ai bambini fino ai 14 anni. Questo limite è stato superato, per quanto riguarda la Convenzione di New York, nel 2000 con l'adozione del Protocollo opzionale relativo alla partecipazione dei bambini nei conflitti armati. Quest'ultimo strumento, ratificato da tutti gli Stati membri dell'Unione europea, impone, infatti, agli Stati il divieto di arruolare o utilizzare minori di 18 anni nei conflitti armati²⁷¹.

Il limite dei 15 anni d'età non è previsto solo dallo Statuto di Roma, ma anche dallo Statuto del Tribunale Speciale per la Sierra Leone e dai Protocolli aggiuntivi alle Convenzioni di Ginevra sul diritto internazionale umanitario del 1977²⁷². Secondo la giurisprudenza del Tribunale Speciale per la Sierra Leone, il limite dei 15 anni di età trarrebbe, addirittura, origine da una norma del diritto internazionale consuetudinario²⁷³.

È evidente che la fissazione della soglia dei 15 anni di età abbia generato una chiara aporia nel campo del diritto penale internazionale, considerato che, da un lato, i minori di 18 anni, autori dei gravi crimini previsti dallo Statuto di Roma, non risultano perseguibili (ex art. 26 dello Statuto di Roma); dall'altro, l'utilizzo di bambini di età superiore ai 14 anni rende non perseguibile penalmente, sul piano internazionale, chi li recluta, arruola ed utilizza in operazioni belliche²⁷⁴. I minori autori di reati sono quindi “favoriti” in tale contesto rispetto ai minori vittime che abbiano dai 15 ai 18 anni.

Ciò premesso, dopo i primi 12 anni di attività della Corte gli unici due casi arrivati a sentenza di primo grado riguardavano proprio i reati di reclutamento, arruolamento e coinvolgimento dei minori in conflitti armati e quindi questo li rende indubbiamente interessanti casi di studio della “neonata” giurisprudenza della Corte²⁷⁵.

Si ritiene, pertanto, opportuno soffermarsi sull'analisi di tali fattispecie in quanto benché il territorio dell'Unione europea non sia, al momento, teatro di conflitti armati, la Corte penale internazionale è comunque

²⁷¹ Tale Protocollo opzionale ha introdotto importanti novità: oltre all'età minima per l'arruolamento obbligatorio nelle forze armate nazionali che è stata innalzata a 18 anni, esso introduce anche il divieto di arruolare soggetti minori per i gruppi armati non statali, con il correlato compito degli Stati di vegliare sul rispetto del divieto da parte di questi ultimi.

²⁷² Rispettivamente: art. 4 del Protocollo aggiuntivo relativo alla protezione delle vittime nei conflitti armati non internazionali e art. 77 del Protocollo aggiuntivo relativo alla protezione delle vittime nei conflitti armati internazionali.

²⁷³ P. FORGIONE, *Bambini e conflitti armati*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, p. 192.

²⁷⁴ D. M. ROSEN, *Who is a Child? The Legal Conundrum of Child Soldiers*, in the *Connecticut Journal of International Law*, 2009, p.p. 84-5.

²⁷⁵ Il riferimento è al caso *Procuratore c. Thomas Lubanga Dyilo* e al caso *Procuratore c. Germain Katanga e Mathieu Ngudjolo Chui*. Sul punto si veda S. GREIJER, *La Corte Penale Internazionale ed il Crimine di Guerra di Reclutamento di Minori*, in *Rivista di Diritto e Formazione (Review of the Italian Bar Association)*, 2010.

competente nel caso in cui l'autore sia un cittadino di uno Stato membro dell'Unione, avendo tutti gli Stati membri ratificato lo Statuto di Roma.

Va sottolineato che la condanna, ad opera della Corte penale internazionale, di Lubanga Dyilo, ritenuto colpevole di aver reclutato, arruolato ed utilizzato minori di 15 anni in un conflitto armato di natura non internazionale,²⁷⁶ non rappresenta la prima a livello internazionale per tale crimine, in quanto il primato in merito va al Tribunale Speciale per la Sierra Leone²⁷⁷ che aveva già emesso diversi verdetti di condanna contro l'arruolamento di bambini soldato²⁷⁸.

Per quanto riguarda gli elementi costitutivi del crimine di guerra consistente nell'utilizzo di bambini nei conflitti armati, occorre chiarire che l'arruolamento, il reclutamento e la partecipazione dei minori in guerra sono tre atti ben distinti, non cumulativi tra loro.

Per "reclutamento" s'intende, infatti, l'atto di forzare un fanciullo ad entrare nelle forze armate o in un gruppo armato; "arruolamento" è l'atto di iscrivere o lasciar entrare nelle forze armate (o in un gruppo armato) un minore (c.d. "reclutamento volontario"); per "partecipazione" s'intende, infine, il fatto di usare un fanciullo come combattente o in un altro ruolo che rientra nella nozione di "*partecipazione attiva*".

Tale ultima nozione ha creato problemi interpretativi, per quanto riguarda l'uso del termine "*attivamente*".

Innanzitutto, questa espressione si distingue dalla terminologia usata precedentemente nel diritto internazionale umanitario e nella Convenzione di New York che utilizzano l'espressione "*partecipazione diretta*". Sia la parola "attiva" che la parola "diretta" danno luogo ad uno spazio discrezionale riguardo al loro contenuto e né lo Statuto di Roma, né gli "*Elements of Crimes*"²⁷⁹ contengono dei chiarimenti in merito. Tuttavia, durante l'ultima sessione della Commissione preparatoria che precedette la Conferenza di Roma, fu inserita una nota riguardo ai concetti di "partecipazione" ed "uso"²⁸⁰. Tale nota chiarì che la nozione di "partecipazione attiva" include sia la partecipazione diretta (cioè l'attività di combattimento) che altre attività

²⁷⁶ Il 10 luglio 2012, la Camera di primo grado della Corte penale internazionale ha condannato Thomas Lubanga Dyilo, ex presidente dell'Unione dei patrioti congolese (UPC), nonché capo della relativa milizia, a 14 anni di reclusione. Lubanga è stato ritenuto colpevole di aver commesso crimini di guerra consistenti nell'aver reclutato, arruolato ed utilizzato minori di 15 anni in un conflitto armato di natura non internazionale nella regione dell'Ituri (in Congo), dal settembre 2002 all'agosto 2003. Si tratta del primo procedimento portato a termine dalla Corte penale internazionale. L'inizio del caso risale al 2006, quando fu emesso un mandato di arresto nei confronti del Sig. Lubanga. Nel 2004, il Presidente della Repubblica democratica del Congo, Joseph Kabila, aveva, infatti, portato all'attenzione della Corte penale internazionale le gravi violazioni del diritto umanitario avvenute nel corso della guerra civile congolese. Il processo nei confronti di Lubanga è iniziato il 26 gennaio 2009 e si è concluso con verdetto di colpevolezza di primo grado nel 2012. L'eccessiva durata del processo pone in dubbio la sua conformità al diritto dell'imputato ad essere giudicato entro un termine ragionevole (sul punto si veda G. DELLA MORTE, *Il caso Lubanga ed il diritto ad un equo processo: i primi passi (falsi) della Corte penale internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, p. 216 e ss).

²⁷⁷ Il Tribunale speciale per la Sierra Leone costituisce un organo giurisdizionale prevalentemente interno, benché rientrante tra gli organi speciali delle Nazioni Unite, in virtù di uno specifico accordo con il Governo della Sierra Leone. Fu creato per giudicare i responsabili di crimini di guerra e crimini contro l'umanità commessi in Sierra Leone dal novembre 1996 sino al termine della guerra civile, avvenuta nel 2002.

²⁷⁸ Per approfondimenti si veda www.sc-sl.org. Per lo stesso crimine, tra l'altro, il Tribunale speciale per la Sierra Leone ha condannato, nel 2012, a 50 anni di carcere (sentenza confermata anche in appello nel 2013), l'ex presidente liberiano Charles Taylor. Con quella sentenza, Taylor è diventato il primo ex Capo di Stato ad essere condannato da un tribunale internazionale dai tempi della Seconda Guerra Mondiale, ovvero dopo Karl Donitz, l'ammiraglio che prese il potere dopo il suicidio di Hitler e che venne processato a Norimberga.

²⁷⁹ Documento adottato per assistere la Corte penale internazionale nella sua interpretazione.

²⁸⁰ *Draft Statute for the International Criminal Court, Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, Addendum, Part One, UN Doc. A/CONF.183/2/Add.1, 14 April 1998, p. 21.

sempre legate al combattimento, come lo spionaggio, l'uso dal fanciullo come corriere o come esca o l'uso dei minori ai posti di guardia, mentre esclude gli atti che non riguardano chiaramente le ostilità.

Peraltro, la stessa Corte penale internazionale ha avuto l'occasione di formulare un'interpretazione di tale concetto nel caso contro Lubanga Dyilo dove ha confermato che nella nozione di "partecipazione attiva" non rientrano solamente le attività strettamente legate al combattimento²⁸¹.

In tale procedimento, la Corte penale internazionale, per l'interpretazione del concetto di "partecipazione attiva" dovette ricorrere a fonti diverse da quelle indicate nell'art. 21 dello Statuto di Roma²⁸². Infatti, nonostante tra queste non figurasse la giurisprudenza di altri tribunali, la Corte si basò, oltre che sui lavori preparatori dello Statuto di Roma, anche sulla giurisprudenza del Tribunale speciale della Sierra Leone per supportare un concetto molto ampio di "partecipazione attiva", in grado di includere ogni comportamento idoneo a far assumere al minore la condizione di potenziale *target* militare²⁸³.

Sollevò diverse critiche la decisione della Corte di affermare, sempre nella sentenza Lubanga, che la qualificazione della fattispecie in esame dovesse essere operata "*on a case by case basis*", da ciò derivandone la potenziale impossibilità di prevedere tutti gli elementi distintivi di tale condotta, a danno del principio di legalità.

La scelta della Corte penale internazionale di adottare un concetto molto ampio di "partecipazione attiva" pose, inoltre, problemi anche nei confronti delle Convenzioni di Ginevra del 1949 e dei loro Protocolli addizionali del 1977, ovvero con il cuore del diritto internazionale umanitario.

Questi strumenti prescrivono, da un lato, che i minori godono di una speciale tutela quando partecipano direttamente ai conflitti e, dall'altro, accordano una protezione molto più ampia alle persone che non prendono parte attiva nelle ostilità.

Tale ultima tutela sarebbe privata ai minori nel caso in cui si accogliesse una nozione molto ampia di "partecipazione attiva" ai conflitti, tale da includervi anche la semplice assistenza alle attività militari che potrebbero esporre un minore al rischio di diventare un *target* per l'esercito nemico. Secondo alcuni in dottrina²⁸⁴, questo creerebbe un contrasto con le norme di diritto internazionale umanitario.

Una possibile soluzione sarebbe quella di utilizzare le diverse interpretazioni a fini diversi, ovvero: quella restrittiva delle Convenzioni di Ginevra per valutare gli obblighi in capo agli Stati in materia di diritti umani; quella della Corte penale internazionale per valutare la responsabilità penale individuale²⁸⁵.

In questo modo, nel primo caso, l'adozione di una nozione restrittiva del concetto di "partecipazione attiva" nelle ostilità, impegnerebbe gli Stati parte delle Convenzioni di Ginevra ad una tutela maggiore verso

²⁸¹ *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Chambre Préliminaire I, Décision sur la confirmation des charges, 29 gennaio 2007, ICC-01/04-01/06-803.

²⁸² A. PELLET, *Applicable law*, in *The Rome Statute of the International Criminal Court*, A. CASSESE, P. GAETA, J. JONES (ed.), Oxford, 2002, p. 1051 e ss.

²⁸³ C. RAGNI, *La condanna di Lubanga Dyilo: la questione della caratterizzazione dei crimini*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, fasc. 3, p. 576.

²⁸⁴ N. URBAN, *Direct and active participation in hostilities: the unintended consequences of the ICC's decision in Lubanga*, in *EJIL Talk*, 11 aprile 2012.

²⁸⁵ C. RAGNI, *La condanna di Lubanga Dyilo: la questione della caratterizzazione dei crimini*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, op. cit., p. 578-9.

i minori, i quali verrebbero considerati soggetti non partecipanti al conflitto anche nel caso in cui fossero stati utilizzati a supporto delle attività dell'esercito; ad essi si applicherebbero, di conseguenza, le norme più favorevoli a favore dei civili (e non la protezione speciale, più ristretta, garantita ai c.d. "bambini soldato" dai Protocolli addizionali).

Nel campo, invece, del diritto penale internazionale, l'accoglimento di una nozione più ampia del concetto di "partecipazione attiva" nelle ostilità consentirebbe un'applicazione più estesa dell'art. 8, par. 2, dello Statuto di Roma, con la conseguenza che i minori, a qualunque titolo sfruttati nel corso delle ostilità, potrebbero godere di una maggiore protezione, potendo far valere, in quanto vittime, il loro diritto a partecipare al processo, ai sensi dell'art. 68 dello Statuto di Roma, e il diritto ad ottenere una riparazione in base all'art. 75 dello stesso Statuto.

La Corte penale internazionale, per verificare il fondamento delle accuse formulate nei confronti di Lubanga, affrontò un'altra questione fondamentale ovvero stabilire se l'arruolamento volontario dei minori costituisce anch'esso un crimine di guerra.

Per farlo, la Corte si basò ancora una volta sulla giurisprudenza del Tribunale speciale della Sierra Leone e, in particolare, sul caso *Prosecutor v. Samuel Hinga Norman*²⁸⁶, finendo per aderire a tale giurisprudenza nonostante la stessa fosse successiva rispetto ai fatti contestati all'imputato.

La Corte affermò, pertanto, che l'arruolamento volontario e quello coatto dei minori di 15 anni sono equiparati ai fini del diritto penale internazionale e che, quindi, il consenso prestato dal minore non rileva ai fini della determinazione dell'esistenza del crimine, ma può essere preso in considerazione solo in sede di quantificazione della pena e per l'ammontare della riparazione a danno delle vittime²⁸⁷.

Illustrati i principali accorgimenti elaborati sinora dalla Corte penale internazionale per estendere l'interpretazione degli elementi costitutivi del crimine di guerra di reclutamento di minori, è opportuno osservare ora quali diritti e garanzie sono previsti per i fanciulli vittime di reato all'interno del processo penale stesso davanti alla Corte e, al riguardo, non si esagera se si afferma che "*victim participation is the real novelty of the Rome Statute*"²⁸⁸.

Il sistema giudiziario creato attraverso lo Statuto di Roma riconosce, infatti, alle vittime dei crimini di competenza della Corte un insieme di diritti sostanziali e di poteri processuali senza precedenti nella storia del diritto penale internazionale.

Negli Statuti e nelle regole di procedura dei Tribunali internazionali penali *ad hoc*²⁸⁹, infatti, la vittima era considerata solo in qualità di testimone e le era, pertanto, attribuito un ruolo del tutto passivo. Il fulcro di tale cambio di prospettiva, per quanto riguarda la Corte penale internazionale, è l'art. 68 dello Statuto di Roma che riconosce alle vittime il diritto di essere sentite e di esprimere il loro punto di vista.

²⁸⁶ *Prosecutor v. Sam Hinga Norman - Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment)*, Case No.SCSL-2004-14-AR72(E), Special Court for Sierra Leone, 31 May 2004, available at: <http://www.refworld.org/docid/49abc0a22.html>.

²⁸⁷ C. RAGNI, *ibidem*, p. 575-6.

²⁸⁸ C. SAFFERLING, *International Criminal Procedure*, Oxford, 2012, p. 173.

²⁸⁹ Il riferimento è ai Tribunali *ad hoc* per l'Ex-Jugoslavia e il Ruanda e ai Tribunali militari di Norimberga e Tokyo.

Tali diritti sono, tuttavia, mitigati dal potere della Corte di scegliere quale sia il momento migliore per consentire la partecipazione delle vittime, bilanciando questo loro diritto con quelli dell'accusato in modo tale da non aggravarne eccessivamente la posizione processuale.

La vera rivoluzione risiede nel fatto che il ruolo delle vittime sembra avvicinarsi a quello di vere e proprie parti processuali come dimostra il caso *Lubanga* nel quale il Collegio ha accolto la richiesta delle vittime, che non erano state citate come testimoni dal pubblico ministero, di partecipare al dibattimento per deporre su alcuni fatti che non erano stati narrati dai testimoni regolarmente citati.

La Corte, in sostanza, ha ammesso una testimonianza delle vittime richiesta dalle vittime stesse, concedendo loro, in pratica, il diritto alla prova²⁹⁰.

La vittima non è valorizzata solo dal lato "attivo", ma anche "passivo" essendole riconosciuto un ampio diritto ad ottenere protezione.

La Corte, infatti, è tenuta ad adottare provvedimenti atti a proteggere la sicurezza, il benessere fisico e psicologico, la dignità e la riservatezza delle vittime e dei testimoni, soprattutto quando sono coinvolti minori che abbiano subito violenze, senza pregiudicare, tuttavia, i diritti di difesa e le esigenze di un processo equo e imparziale.

Innanzitutto, il già citato art. 68 dello Statuto di Roma richiede di adottare misure di protezione che siano appropriate all'età, al sesso, alla salute della vittima nonché alla natura del crimine. Una volta adottate tali provvedimenti è poi prevista esplicitamente la possibilità di derogare al principio della pubblicità delle udienze o, in alternativa, di ricorrere all'utilizzo di sistemi elettronici per ascoltare la vittima in sicurezza. La regola, nel caso in cui ci siano minori da sentire o vittime di violenza sessuale, è l'ascolto protetto, salvo che la Corte decida diversamente.

Anche le *Rules of Procedure and Evidence* della Corte penale internazionale si occupano della protezione delle vittime, alle quali è dedicata un'intera sezione.

La regola 86, innanzitutto, consacra a principio generale il dovere di tenere in considerazione le esigenze delle vittime, in particolare se bambini, anziani, disabili o vittime di reati sessuali o di violenza di genere.

La regola 87, più nello specifico, elenca varie misure di protezione, in maniera non esaustiva, come, ad esempio, limiti alla divulgazione al pubblico e alla stampa dell'identità della vittima imponendo l'uso di uno pseudonimo²⁹¹.

La regola 88 ammette la possibilità di prevedere misure speciali non tassative per rendere meno traumatica la testimonianza dei soggetti vulnerabili.

Di notevole rilevanza per la tutela dei minori vittime di reato, inoltre, risultano essere le regole di procedura n. 70 e 71 in quanto la Corte ha il divieto di ritenere prestato il consenso qualora, in presenza di una

²⁹⁰ M. SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale. Una lettura del sistema italiano alla luce del quadro europeo*, Cedam, 2014, p. 20.

²⁹¹ La vittima in questo caso non rimane anonima, in quanto la sua identità viene rivelata all'imputato per non comprometterne i diritti e le garanzie.

serie di circostanze (quali l'uso della forza, la minaccia e la presenza di un ambiente coercitivo), sia plausibile che lo stesso non fosse stato espresso in maniera volontaria e spontanea dalla vittima. Inoltre, il silenzio della vittima e la sua mancata resistenza alla violenza (soprattutto se di tipo sessuale) non sono prove che la Corte può ritenere ammissibili per dimostrare il suo consenso, nemmeno se la vittima ha tenuto una condotta sessuale "discutibile" in momenti precedenti alla violenza subita.

Infine, a testimonianza dell'affidamento che viene riposto sulle vittime in qualità di testimoni attendibili per la ricostruzione dei reati subiti, la regola 63 esclude la necessità di un riscontro esterno per l'accertamento dei reati di competenza della Corte e, in particolare, per quelli di violenza sessuale²⁹².

Da tale analisi emerge che le misure di protezione previste a tutela delle vittime nello Statuto di Roma e nelle Regole di procedura e prova sono molto avanzate e come vedremo nel prosieguo, non lo sono unicamente nel panorama della giustizia penale internazionale, ma anche rispetto a quanto previsto dalla legislazione UE in materia nella quale, infatti, non si può affermare che sia stato ancora sancito il diritto di tutte le vittime a partecipare al processo penale.

La certezza che le regole procedurali a tutela delle vittime, soprattutto se minori, vengano rispettate o, quantomeno, tenute in dovuta considerazione è fornita dal fatto che l'art. 36 dello Statuto di Roma richiede agli Stati parte, nel proporre i propri candidati alla carica di giudice della Corte penale internazionale, di tenere conto della necessità di assicurare la presenza di giudici specializzati in questioni relative ad abusi e violenze sui minori. Una formazione dei giudici anche su questioni di diritto minorile non è, ad esempio, richiesta tra i requisiti per la nomina dei giudici della Corte di Giustizia e a livello UE si fatica, in generale, anche ad imporre un obbligo di formazione ai giudici nazionali che si occupano di tali tematiche come vedremo nel prosieguo.

In ogni caso, bisogna sempre considerare che la Corte penale internazionale non dimentica la necessità del bilanciamento dei diritti delle vittime con quelli degli imputati ed anzi è vincolata, come sopra anticipato, ad adottare misure di protezione che non siano "*prejudicial to or inconsistent with the rights of the accused and a fair and impartial trial*"²⁹³.

Inoltre, nonostante siano stati previsti molti accorgimenti a tutela delle vittime, i minori vittime dei gravissimi crimini internazionali di competenza della Corte penale internazionale rimangono comunque in balia dei limiti funzionali della Corte.

Quest'ultima, infatti, necessita di agire mediante la collaborazione degli Stati nazionali coinvolti nella scelta delle indagini da avviare, nella successiva fase istruttoria e, infine, nella fase di attuazione delle decisioni assunte. In pratica, l'operato della Corte penale internazionale può essere efficace solo nei casi in cui gli imputati non godono più della protezione e dell'appoggio del proprio Stato di origine o di altri Stati nei quali avevano trovato rifugio²⁹⁴.

²⁹² M. SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale. Una lettura del sistema italiano alla luce del quadro europeo*, op. cit., p. 23.

²⁹³ Art. 68 dello Statuto di Roma.

²⁹⁴ Per fare degli esempi, nel famoso caso Lubanga la Corte ha potuto rendere giustizia proprio perché né il governo di Kinshasa, né i governi degli Stati vicini avevano alcun interesse a proteggere l'imputato. Mentre il Presidente del Sudan, Omar Hassan Al-Bashir, contro il quale la Corte penale internazionale ha emesso un mandato di cattura, viaggia ancora indisturbato in varie capitali

Ciò evidenzia i limiti di una giustizia internazionale pressoché impotente di fronte alla non collaborazione e all'ostruzionismo degli Stati nazionali, non potendo la Corte contare su proprie forze per eseguire i propri mandati d'arresto e condurre, quindi, dinanzi alla giustizia gli individui incriminati²⁹⁵.

Ciò non toglie che, in linea generale, alle vittime dei crimini di competenza della Corte penale internazionale sono riconosciuti tre tipologie di diritti: il diritto alla partecipazione, il diritto alla protezione e il diritto alla riparazione.

Riguardo quest'ultimo aspetto, è evidente che per i minori vittime di reato il diritto alla riparazione, inteso come la possibilità per le vittime di conseguire il ristoro del pregiudizio subito, sia alquanto significativo. I minori, infatti, al fine di non subire ulteriori pregiudizi, ovvero una "seconda vittimizzazione", necessitano di una giustizia penale che sia celere, così come di risarcimenti ed indennizzi che consentano loro di essere sostenuti a livello psicologico soprattutto dopo essere stati vittime di crimini ritenuti gravissimi da tutta la Comunità internazionale.

Sotto questo profilo, lo Statuto di Roma prevede, all'art. 75, comma 1, che la Corte possa, su richiesta o di sua spontanea volontà in circostanze eccezionali, determinare nella sua decisione l'entità e la portata di ogni danno, perdita o pregiudizio cagionato alle vittime.

La presenza dell'art. 75 dello Statuto di Roma rappresenta un'altra novità per il diritto penale internazionale in quanto, per la prima volta, un meccanismo di riparazione per le vittime è stato incorporato all'interno del sistema normativo e istituzionale di un tribunale penale internazionale.

Le vittime non sono dunque rinviate ad altri meccanismi, internazionali o domestici, per ottenere una riparazione del pregiudizio subito, ma possono ottenerla all'interno del medesimo processo svoltosi davanti alla Corte penale internazionale.

Nonostante, come vedremo, il meccanismo di riparazione non sia esente da criticità, ciò che risulta di notevole interesse è il fatto che tale diritto sia stato inserito grazie, da un lato, all'intensa attività di pressione di alcuni gruppi umanitari e ONG impegnati nella promozione dei diritti delle vittime e, dall'altro, al propositivo atteggiamento assunto da alcuni Stati, tra i quali spiccano Francia e Regno Unito²⁹⁶. Questo a dimostrazione dell'importanza del coinvolgimento delle organizzazioni della società civile nonché della necessaria collaborazione e concreta volontà degli Stati per raggiungere obiettivi che un tempo potevano apparire irraggiungibili.

arabe e africane e l'Unione africana ha dichiarato che non collaborerà con la Corte per la sua cattura. Anche Bosco Ntaganda, già vice comandante militare di Lubanga, accusato, tra i diversi crimini di guerra, anche di aver arruolato con la forza diversi minori tra il giugno 2002 e il dicembre 2003, nonostante i due mandati d'arresto emessi dalla Procura della Corte, nel 2006 e nel 2012, per lungo tempo non è stato consegnato alla giustizia internazionale, continuando ad occupare un ruolo di rilievo in seno all'esercito regolare congolese fino a quando si è consegnato spontaneamente, nel marzo 2013, alla Corte penale internazionale, dichiarandosi innocente.

²⁹⁵ Da ciò deriva l'indispensabile attività delle numerose ONG che, mediante la mobilitazione dell'opinione pubblica mondiale, premono sui governi degli Stati interessati, affinché gli accusati di gravi crimini siano, in primo luogo, perseguiti dalla giustizia nazionale e, in subordine, consegnati alla giustizia internazionale.

²⁹⁶ Tra i gruppi di maggiore influenza sul tema dei diritti delle vittime si ricordano il *Victims' Rights Working Group* e il *Women's Caucus for Gender Justice* (WCGJ). Per quanto riguarda Francia e Regno Unito, la delegazione francese e inglese avevano formulato le loro proposte nel 1997 (il Regno Unito in termini più restrittivi e limitativi rispetto alla proposta francese). I due Paesi hanno poi deciso di unire i propri sforzi diplomatici presentando una proposta congiunta il 10 febbraio 1998.

Come sopra anticipato, al sistema rimediabile della Corte penale internazionale è possibile operare alcune critiche innanzitutto poiché non è di immediato utilizzo; affinché si apra la fase riparatoria è necessaria, infatti, almeno una pronuncia di primo grado sulla responsabilità penale e l'attuazione concreta delle riparazioni presuppone sempre l'avvenuta emanazione di una decisione giudiziale qualificabile come ordine di riparazione. Inoltre, nessuna esecuzione dell'ordine di riparazione può aversi finché non si disponga, in caso di impugnazione della sentenza di condanna, di una pronuncia definitiva sulla responsabilità penale dell'imputato.

Per attivare l'art. 75 è, dunque, necessario che il responsabile del crimine sia stato processato e condannato in giudizio in via definitiva e le vittime potranno ottenere riparazione solo per i fatti che gli sono stati contestati.

Questo è un dato di non poco conto considerato che il *Prosecutor*, anche a causa della natura sussidiaria dell'intervento della Corte rispetto ai tribunali nazionali, è dotato di una grande discrezionalità rispetto all'esercizio dell'azione penale in grado di condizionare sia il diritto alla partecipazione che alla riparazione delle vittime²⁹⁷.

Un'ulteriore debolezza del sistema rimediabile della Corte penale internazionale deriva dal fatto che la concreta erogazione delle misure riparatorie è significativamente differita nel tempo, cioè cronologicamente molto lontana rispetto al momento del fatto criminoso e dal verificarsi del pregiudizio subito dalla vittima, la quale, soprattutto se minore, dovrebbe invece poter ricevere un trattamento riparativo e assistenziale nell'imminenza del fatto lesivo.

È da valutare positivamente, invece, il fatto che i giudici della Corte, per poter valutare adeguatamente le conseguenze dei reati prodotte sulle vittime, possono ricorrere all'assistenza di esperti in sede di riparazione, così come prevede la regola di procedura n. 97.

Il 24 marzo 2017, per la prima volta dalla sua costituzione, la Corte penale internazionale ha dato il via libera agli indennizzi non solo collettivi, ma anche individuali a favore delle vittime dei crimini di sua competenza²⁹⁸. Si tratta sinora della seconda ordinanza di riparazione emessa dalla Corte e per la cui concreta operatività sopperirà quasi sicuramente un fondo fiduciario apposito.

I magistrati della Corte penale internazionale, infatti, nella decisione del 7 agosto 2012, hanno ritenuto essenziale la creazione di un *team* multidisciplinare di esperti per chiarire alcuni aspetti rilevanti per la riparazione²⁹⁹. Il compito di nominare tali esperti è stato delegato al Fondo Fiduciario per le Vittime,

²⁹⁷ Si veda sul punto APTEL C., *Prosecutorial Discretion at the ICC and Victims' Right to Remedy: Narrowing the Impunity Gap*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2012, pp. 1357-1375.

²⁹⁸ Gli indennizzi sono stati previsti a favore delle vittime dei reati commessi da Germain Katanga nel 2003 durante l'assalto nel villaggio di Bogoco in Congo. Per questi fatti Katanga è stato condannato per crimini contro l'umanità e per crimini di guerra. Anche se gli indennizzi individuali hanno un valore meramente simbolico (250 euro per 297 vittime su 341), si tratta di un'importante applicazione dell'articolo 75 dello Statuto di Roma alla quale si aggiungono forme di riparazione di natura collettiva, funzionali alla realizzazione di alcuni progetti sempre a tutela delle vittime (ad esempio per aiutarle a sostenere il pagamento di un alloggio e per assisterle dal punto di vista educativo e psicologico). Tuttavia, a causa dello stato di indigenza di Katanga, l'effettivo pagamento potrebbe avvenire attraverso il Trust Fund for Victims.

²⁹⁹ ICC-01/04-01/06-2904, *Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations*, TC I, 7 agosto 2012, par. 265-266.

organismo creato per fornire supporto alle vittime indipendentemente dagli esiti del processo e da un apposito ordine di riparazione emesso dalla Corte e dotato di risorse proprie derivanti da contribuzioni volontarie.

Il Fondo interviene, pertanto, per soccorrere alle carenze del sistema rimediale della Corte e può adottare misure di tipo riabilitativo (sotto il profilo medico, psicologico, sociale) e di sostegno al reinserimento scolastico e lavorativo.

La Corte penale internazionale, oltre a delegare al Fondo il compito di individuare gli esperti del *team* multidisciplinare, può anche affidargli il compito di ideare e implementare le misure di riparazione.

Il sistema riparatorio della Corte è comunque totalmente sprovvisto di forme di responsabilità sussidiaria di tipo statale ed ogni tentativo di introdurre è sinora fallito nonostante il diritto alla riparazione sia uno dei diritti fondamentali garantiti alle vittime dallo Statuto di Roma; queste ultime, pertanto, possono contare solo sui contributi volontari che alimentano il Fondo Fiduciario quando l'autore del crimine, una volta condannato, non abbia la capacità economica sufficiente per riparare il danno.

In ogni caso, è evidente che i tempi estremamente lunghi della Corte penale internazionale, non solo per condannare i colpevoli, ma anche per risarcire le vittime, diminuiscono drasticamente l'efficacia delle importanti misure previste dallo Statuto di Roma e dalle Regole di procedura a loro favore.

In tal senso, l'utilizzo di tale istanza universale di giustizia deve continuare ad essere considerata in maniera del tutto residuale, a fronte di un sempre maggior recepimento, nelle legislazioni nazionali e in quella dell'UE, dei principi fondamentali delle vittime di reato dei quali la Corte penale internazionale si è fatta promotrice ovvero il diritto alla partecipazione, alla protezione e alla riparazione³⁰⁰.

La più grande debolezza degli strumenti generali di protezione dei diritti dell'uomo che sono stati sin qui brevemente analizzati è legata al fatto che essi non sono ispirati alla filosofia che ha garantito i migliori sviluppi nella protezione dei diritti dei fanciulli ovvero il c.d. "*child centered approach*"³⁰¹.

Tale approccio si è sviluppato proprio grazie all'apparizione dei primi strumenti internazionali specifici a protezione dei diritti dei fanciulli di cui ci occuperemo nella prossima sezione.

Seconda sezione: Gli strumenti internazionali specifici di protezione

La considerazione che un minore sia, a tutti gli effetti, un soggetto indipendente, possessore di propri diritti, non è recente nel diritto internazionale.

La problematica relativa alla tutela dei minori, infatti, è stata affrontata dal diritto internazionale a

³⁰⁰ O. TRIFFTERER, *The preventive and the repressive function of the International Criminal Court*, in *The Rome Statute of the International Criminal Court: a challenge to impunity* (a cura di Politi M., Nesi G.), Ashgate, 2001, p. 145.

³⁰¹ Sul punto si veda UNICEF, *Child-Centred development: the basis of sustainable human development*, disponibile su www.unicef.org.

partire dal periodo dell'industrializzazione, in quanto strettamente connessa al tema dello sfruttamento dei bambini nel mondo del lavoro, essendo in precedenza prerogativa esclusivamente statale³⁰².

In primis, come vedremo nello specifico più avanti, è stata l'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL) ad "internazionalizzare" nel 1919, all'atto della sua costituzione, la tematica del lavoro minorile, aprendo alla ratifica della Convenzione n. 5 sull'età minima per l'accesso al lavoro nell'industria³⁰³.

Tuttavia, per una tutela generalizzata del fanciullo, occorre, invece, attendere la Società delle Nazioni che, per prima, ha espressamente rivolto l'attenzione ai diritti del minore in quanto tale e non solo come lavoratore.

I minori sono, infatti, diventati un obiettivo degli Stati membri della Comunità internazionale a partire dal 1924 quando l'Assemblea della Società delle Nazioni adottò la "*Dichiarazione dei diritti dei minori*", comunemente conosciuta come "*Dichiarazione di Ginevra*", che rappresenta il primo strumento internazionale nel quale i fanciulli sono stati solennemente riconosciuti come titolari di diritti³⁰⁴.

In realtà, però, osservando le disposizioni della Dichiarazione si nota che le stesse non sono formulate in termini di veri e propri diritti riconosciuti ai minori, ma come misure di protezione che gli adulti ("uomini e donne" e dunque non gli Stati) sono tenuti a rendere operative³⁰⁵.

I fanciulli, in sostanza, erano protetti in quanto titolari di diritti, ma in un'ottica di totale dipendenza dagli adulti per poterli far valere³⁰⁶. Non vi era, infatti, nessuna consacrazione dell'idea che i minori devono godere dei medesimi diritti degli adulti ed avere il diritto di esercitare i loro diritti in base al loro grado di sviluppo e discernimento.

La Dichiarazione del 1924 non era nemmeno uno strumento vincolante e pochi Stati, infatti, la incorporarono nelle proprie leggi nazionali; di conseguenza, essa non ebbe un forte impatto negli ordinamenti degli Stati e nelle organizzazioni internazionali che si occupavano della tutela dei minori ed il suo significato, ad oggi, rimane di tipo puramente simbolico.

Ad essa seguì l'adozione, nel 1959, da parte dell'Assemblea Generale dell'ONU, di una nuova Dichiarazione dei diritti dei fanciulli. Finalmente, e per la prima volta, molte disposizioni in essa contenute erano formulate in termini di veri e propri diritti dei minori accanto ad altrettanti doveri a carico degli adulti responsabili³⁰⁷.

³⁰² M. R. SAULLE, *I diritti del minore nel diritto internazionale*, in *La Convenzione dei Diritti del Minore e l'Ordinamento Italiano* (a cura di M.R. Saulle), Ed. scientifiche italiane, 1994, p.12.

³⁰³ La Convenzione n. 5 dell'O.I.L. inerisce all'età minima di ammissione dei minori al lavoro nelle industrie, età che veniva inizialmente fissata a 14 anni e che venne innalzata a 15 con la Convenzione n. 59 del 1937. La tematica del lavoro minorile verrà approfondita nel prosieguo.

³⁰⁴ M. PERUCCI, *Bambini ed Adolescenti di fronte alla legge*, Casa Editrice Nuove Ricerche, 1994, Ancona, p.10. Il merito dell'adozione di tale dichiarazione è stato di *Save the Children* che, nel 1923, qualche anno dopo la sua costituzione, propose l'adozione di una dichiarazione in cinque punti sui diritti dei minori; un anno più tardi, l'Assemblea della Società delle Nazioni fece propria tale dichiarazione che divenne la celebre Dichiarazione di Ginevra.

³⁰⁵ G. MEUNIER, *L'application de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant dans le droit interne des états parties*, op. cit., p. 19.

³⁰⁶ G. MEUNIER, *L'application de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant dans le droit interne des états parties*, op. cit., p. 22.

³⁰⁷ S. DETRICK, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, p. 14.

In particolare, la Dichiarazione del 1959, riconoscendo che i minori devono godere di una protezione speciale, ha messo in luce non solo i bisogni materiali dei fanciulli (come il diritto all'istruzione, all'alimentazione e alle cure mediche), ma anche quelli immateriali (come il bisogno di amore e comprensione, il diritto di crescere in un'atmosfera di affetto e di sicurezza morale, oltre che materiale e il diritto di svagarsi e di giocare).

Di fondamentale importanza anche la consacrazione, per la prima volta a livello internazionale, del principio del superiore interesse del fanciullo come guida ineludibile di coloro che hanno la responsabilità dei minori e, quindi, *in primis*, delle figure genitoriali.

La Dichiarazione del 1959, assieme al suo innovativo approccio ai diritti dei minori, pur non essendo vincolante, è servita come base di partenza per l'adozione della Convenzione di New York sui diritti dei fanciulli.

2.1 Il sistema ONU e la Convenzione sui diritti del fanciullo

La Convenzione ONU del 1989 sui diritti del fanciullo è stata definita “*the milestone on children's rights*”³⁰⁸ (anche se “*a beginning, only a beginning*”³⁰⁹).

Detta Convenzione, infatti, essendo vincolante, ha dato il via ad un cambiamento epocale che ha permesso ai minori di essere considerati non più come meri beneficiari di misure di protezione, ma come soggetti di diritto in grado di partecipare alle decisioni che li riguardano e soprattutto da rispettare nella loro individualità. Essa rappresenta ancora oggi il più grande successo del diritto internazionale a tutela dei minori grazie anche all'alto numero di ratifiche e alla rapidità con la quale la Comunità internazionale ha deciso di aderire ai suoi principi.

Il percorso che ha portato all'adozione della Convenzione di New York nel 1989, ovvero esattamente 30 anni dopo l'adozione della Dichiarazione dei diritti dei minori, è stato lungo e tortuoso in quanto per anni la maggior parte degli Stati membri delle Nazioni Unite è stata contraria all'adozione di un trattato vincolante in materia.

Molti Paesi obiettavano, infatti, che i minori erano già protetti da diversi strumenti che tutelavano, in via generale, i diritti dell'uomo; altri ritenevano rischioso dedicare un trattato specifico ai diritti dei minori in

³⁰⁸ D. MCGOLDRICK, “*The United Nations Convention on the rights of the child*”, in *International Journal of law and the family*, 1991, p. 132.

³⁰⁹ M. FREEMAN, “*Taking children's rights more seriously*”, in *International Journal of law and the family*, 1992, p. 71.

quanto un trattamento particolare poteva condurre a delle discriminazioni³¹⁰ e, infine, vi erano quelli che affermavano che, anche se non aveva forza vincolante, esisteva già una Dichiarazione dedicata ai fanciulli³¹¹.

La Convenzione sui diritti dei fanciulli è entrata in vigore il 2 settembre 1990, tutti gli Stati del mondo, eccetto gli Stati Uniti³¹², l'hanno ratificata ed infatti essa rappresenta, ad oggi, il trattato internazionale sui diritti umani più ratificato al mondo³¹³.

Ad essa si affiancano attualmente tre Protocolli facoltativi, ovvero il Protocollo opzionale concernente il coinvolgimento dei bambini nei conflitti armati, il Protocollo sulla vendita, la prostituzione e la pornografia minorile e quello più recente sulla procedura di reclamo³¹⁴.

Come sopra anticipato, la Convenzione sui diritti del fanciullo racchiude in sé un significato di portata storica: per la prima volta, infatti, i diritti dei minori entrano a pieno titolo nel mondo giuridico internazionale tramite un trattato con forza vincolante e i fanciulli sono riconosciuti come individui e non come una proprietà dei loro genitori o come un prodotto dello Stato.

Da sottolineare anche il fatto che i Paesi in via di sviluppo hanno assunto un ruolo diverso rispetto al passato nell'elaborazione del testo finale di tale Convenzione. Mentre, infatti, i trattati precedenti e la stessa Dichiarazione dei diritti del bambino del 1959 erano espressione soprattutto della cultura giuridica dell'occidente industrializzato, la Convenzione di New York presta un'attenzione particolare anche ai diritti dei minori appartenenti a gruppi minoritari, grazie proprio alla grande partecipazione dei Paesi in via di sviluppo.

Una volta analizzato il percorso storico che ha portato all'adozione della Convenzione sui diritti dei fanciulli, risulta opportuno analizzarne il contenuto, soffermandosi sui suoi principi chiave e, in particolare, sui diritti sostanziali e procedurali inerenti al tema della giustizia penale minorile in modo tale da poterli poi confrontare con quelli riconosciuti a livello UE.

Prima di procedere in tal senso è necessario soffermarsi brevemente sulla definizione di “fanciullo” contenuta nell'art. 1 della Convenzione.

³¹⁰ G. MEUNIER, *L'application de la convention des nations unies relative aux droits de l'enfant dans le droit interne des états parties*, op. cit., p. 23.

³¹¹ Tale ultima considerazione, in particolare, fu largamente appoggiata, come se tutti i suoi sostenitori si fossero dimenticati che la Dichiarazione del 1959 restava comunque uno strumento valido (M. MARCHEGANI, *La Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo: nascita, sviluppo e consacrazione dei diritti dell'infanzia*, op. cit., p. 15).

³¹² Sui motivi della mancata ratifica degli Stati Uniti che hanno solo firmato la Convenzione si veda G. MEUNIER, *L'application de la convention des nations unies relative aux droits de l'enfant dans le droit interne des états parties*, ibidem, p. 27-30. La Somalia è stato l'ultimo Stato a ratificarla nel 2015 diventando, pertanto, il 194esimo Paese contraente.

³¹³ Attualmente, quindi, quasi il 99% degli Stati del mondo sono legalmente obbligati a tutelare i diritti dei minori.

³¹⁴ Tali protocolli opzionali sono stati approvati dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite rispettivamente nel 2000 (i primi due) e nel 2011 (il terzo). I primi due protocolli opzionali sono entrati in vigore nel 2002, mentre quello sulla procedura di reclamo il 14 aprile 2014. Il Protocollo opzionale sul coinvolgimento dei bambini nei conflitti armati è stato ratificato da tutti gli Stati membri dell'Unione europea, mentre il Protocollo opzionale sulla vendita, la prostituzione e la pornografia infantile che, tra l'altro, approfondisce quanto enunciato negli artt. 34-36 della Convenzione di New York, è stato ratificato da tutti gli stati membri dell'Unione europea, salvo l'Irlanda che l'ha solo firmato³¹⁴. È interessante anche notare che gli Stati Uniti, che non hanno ratificato la Convenzione di New York, hanno, tuttavia, ratificato i due Protocolli opzionali. L'ultimo protocollo sulla procedura di reclamo, ad oggi, è stato ratificato solo da 10 Stati membri dell'Unione europea, ovvero Italia, Belgio, Repubblica Ceca, Danimarca, Finlandia, Germania, Irlanda, Portogallo, Spagna e Slovacchia.

Per “fanciullo” s’intende “ogni essere umano in età inferiore ai diciotto anni, a meno che secondo le leggi del suo Stato, sia divenuto prima maggiorenne”.

Tale tipo di definizione si astiene quindi deliberatamente non solo dal fare ogni tipo di riferimento al momento della nascita e del concepimento, lasciando così ogni connessa questione alla discrezionalità degli Stati membri³¹⁵, ma anche dal fissare fermamente una definizione comune di “maggiore età” che, pertanto, può variare da Stato a Stato.

In merito, il Comitato per i diritti dei minori, ovvero l’organismo di monitoraggio della Convenzione, incoraggia da sempre gli Stati parte ad innalzare il limite della maggiore età³¹⁶ (in particolare in relazione al consenso alle relazioni sessuali, all’accesso all’impiego e all’imputabilità penale), rilevando, altresì, di non ritenere adeguato il criterio dello sviluppo fisico (ovvero la c.d. pubertà) per determinare il passaggio dall’infanzia all’età adulta, in quanto fondato su un concetto soggettivo e puramente fisico³¹⁷.

Per quanto concerne, in particolare, l’età minima per la responsabilità penale, quest’ultima varia moltissimo da un Paese all’altro, spaziando dai 7 ai 16 anni. L’art. 40, 3° comma, della Convenzione sui diritti del fanciullo prevede espressamente che gli Stati devono “fissare un’età minima al di sotto della quale i fanciulli devono essere considerati non capaci di infrangere la legge penale”. Il Comitato per i diritti dei minori si è raccomandato più volte con gli Stati di non prevedere eccezioni alla regola dell’età minima per la responsabilità penale, neanche se un minore dovesse commettere un’infrazione molto grave o presentare un grado di maturità sufficiente per essere considerato penalmente responsabile³¹⁸. Inoltre, il Comitato ha osservato che nei casi in cui non sia possibile stabilire in alcun modo l’età esatta di un minore deve valere il

³¹⁵ L’intenzione dei redattori era, ovviamente, quella di non compromettere l’accettazione universale della Convenzione, evitando di prendere una posizione in merito al tema dell’aborto, all’utilizzo degli strumenti di pianificazione familiare e alla questione della portata del diritto alla vita nei confronti dei feti gravemente malformati. Tutto ciò è emerso dai lavori preparatori, dove il Gruppo *ad hoc*, incaricato di redigere il testo della futura Convenzione, aveva proprio espresso l’intenzione di “non voler pregiudicare l’interpretazione dell’art. 1, né di alcuna altra disposizione della Convenzione, da parte degli Stati membri” (E/CN.4/1989/48,9). Nonostante la definizione di “fanciullo”, il Preambolo della Convenzione di New York, richiamando quello della Dichiarazione sui diritti del fanciullo del 1959, sottolinea che “il fanciullo, in ragione della sua immaturità fisica ed intellettuale, ha bisogno di una protezione e di cure speciali, in particolare di una protezione giuridica appropriata, prima come dopo la nascita” (Preambolo, nono considerando). Numerosi Stati hanno avanzato dichiarazioni o riserve in merito: ad esempio, il Regno Unito ha dichiarato che nel proprio ordinamento giuridico la Convenzione sui diritti del fanciullo è applicabile solo in caso di nascita vivente, mentre la Santa Sede ha auspicato che il 9° Considerando del Preambolo guidi l’interpretazione della Convenzione nel suo complesso, garantendo diritti ai fanciulli sia prima che dopo la nascita. Sul punto si veda G. MEUNIER, *L’application de la convention des nations unies relative aux droits de l’enfant dans le droit interne des états parties*, ibidem, p. 50-53 e M. MARCHEGIANI, *Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo*, in M. Sesta (a cura di), *Codice della Famiglia, Le fonti del Diritto italiano*, Casa Editrice Giuffrè, 2009, II edizione, Tomo I, p. 162.

³¹⁶ L’art. 24 del Patto internazionale sui diritti civili e politici lascia ancora più discrezionalità agli Stati in quanto riconosce il diritto di ogni fanciullo di ricevere dalla propria famiglia, dalla società e dallo Stato la protezione richiesta dal lo *status* di “minore”, senza, tuttavia, fornire una definizione di “fanciullo”, né indicare quando si raggiunge la maggiore età. Il Comitato per i diritti dell’uomo ha riferito, al riguardo, che la maggiore età deve essere determinata da ogni Stato parte alla luce delle relative condizioni sociali e culturali, ma che essa non deve essere troppo bassa e che, soprattutto, uno Stato non deve considerarsi libero dagli obblighi previsti dal Patto relativamente alle persone minori degli anni 18, sebbene le stesse siano divenute maggiorenni ai sensi del diritto interno (Comitato per i diritti dell’Uomo, Osservazione Generale 17, HRI/GEN/1Rev. 2, par. 4.). Purtroppo, quest’ultima e importante specificazione non la ritroviamo nella Convenzione di New York.

³¹⁷ *Directives générales concernant la forme et le contenu des rapports périodiques que les Etats parties doivent présenter conformément au paragraphe I b) de l’article 44 de la Convention*, 343e séance, 13e session, 11 octobre 1996, par. 24.

³¹⁸ Il Comitato ha anche riferito di ritenere inaccettabile la previsione di un’età minima inferiore ai 12 anni e congrua, invece, un’età pari ai 14-16 anni. Lo stesso Comitato ha osservato con soddisfazione che diversi Stati contraenti applicano, o in via generale o a titolo eccezionale, le regole della giustizia penale minorile anche a dei soggetti maggiorenni, spesso fino all’età di 21 anni.

principio del beneficio del dubbio e quindi il fanciullo interessato non deve essere ritenuto penalmente responsabile.

Su certi aspetti, comunque, la Convenzione sui diritti dei fanciulli ha fissato chiaramente l'età in cui i minori acquistano certi diritti: l'art. 37, ad esempio, vieta la pena di morte o l'ergastolo a vita per tutti i minori di 18 anni e l'art. 38, come abbiamo visto, vieta agli Stati di far partecipare i minori di 15 anni ai conflitti armati o di arruolarli.

Riguardo, invece, altre questioni, la Convenzione chiede direttamente agli Stati parte di fissare dei limiti d'età: ad esempio, l'art. 28 richiede di fissare una fascia d'età minima entro la quale garantire l'insegnamento primario obbligatorio, l'articolo 32 obbliga gli Stati a prevederne una per l'impiego lavorativo dei minori e l'art. 40 lo richiede appunto in materia di responsabilità penale.

È interessante anche notare che la Convenzione sui diritti del fanciullo incorpora nel medesimo testo diritti civili, economici, sociali e culturali, distinguendosi così da precedenti trattati internazionali sui diritti umani che operano invece, come è stato brevemente illustrato sopra, una netta distinzione tra diritti civili e politici, da un lato, e diritti economici e sociali, dall'altro³¹⁹. La Convenzione di New York, contenendo insieme questo vasto *range* di diritti, sembra caldeggiarne, pertanto, l'indivisibilità, la complementarità e l'interdipendenza degli stessi³²⁰.

In pratica, però, l'assenza di una distinzione tra i vari diritti garantiti nella Convenzione rende più difficile verificare se si tratti di diritti *self-executing* o meno.

Una possibile soluzione al problema consiste nel comparare tale Convenzione ad altri strumenti internazionali simili; è stato notato, infatti, che essa contiene un certo numero di disposizioni che ripetono i medesimi diritti fondamentali previsti, ad esempio, nel Patto internazionale sui diritti civili e politici e nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Visto che l'applicabilità diretta delle norme di tali strumenti è generalmente riconosciuta, in dottrina è stata avanzata l'idea che anche le disposizioni corrispondenti della Convenzione di New York siano ugualmente di applicabilità diretta per analogia³²¹.

Altra possibile modalità per individuare le obbligazioni che vincolano gli Stati ad una loro applicazione immediata è quella di verificare se gli articoli pongono dei limiti o attenuano certi obblighi; ad esempio, ciò avviene quando vi sono disposizioni che affermano l'opportunità di tenere in dovuta considerazione le condizioni nazionali e le risorse disponibili. In ogni caso, comunque, la maggiore o minore

³¹⁹ G. MEUNIER, *L'application de la convention des nations unies relative aux droits de l'enfant dans le droit interne des états parties*, op. cit., p. 38.

³²⁰ S. DETRICK, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, op. cit., p. 22.

³²¹ I diritti della Convenzione che ritroviamo anche negli altri due strumenti internazionali sono l'art. 6 (diritto alla vita), l'art. 37 (divieto di tortura, trattamenti crudeli, disumani o degradanti), l'art. 40 (diritto ad un equo processo), gli articoli 7, 8 e 16 (diritto al rispetto della vita privata), l'art. 14 (diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione), gli articoli 13 e 17 (diritto alla libertà d'espressione), l'art. 15 (diritto alla libertà d'associazione e di riunione pacifica) e l'art. 30 (protezione speciale per le persone appartenenti ad una minoranza). Vi sono anche altri articoli della Convenzione che sono stati ripresi dal Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, ad esempio: gli articoli 24 (diritto alla salute), l'art. 26 (diritto alla sicurezza sociale), l'art. 27 (diritto ad un livello di vita sufficiente) e gli articoli 28 e 29 (diritto all'educazione), ma queste disposizioni sono state considerate sprovviste di applicabilità diretta in ragione della natura progressiva e non immediata di tali diritti (al riguardo si veda G. MEUNIER, *L'application de la convention des nations unies relative aux droits de l'enfant dans le droit interne des états parties*, op. cit., p. 121-123).

rilevanza della Convenzione dipende dal valore che i vari Stati parte le hanno attribuito nei propri ordinamenti come verrà chiarito più avanti.

Nonostante il suo approccio olistico, la Convenzione si basa essenzialmente su quattro principi-chiave, guida e ispirazione dell'interpretazione di tutto il suo testo, nonché *esprit nouvel* della stessa.

Secondo il Comitato per i diritti dei minori questi quattro principi godono della medesima importanza e rappresentano i valori fondamentali per una corretta messa in opera di tutti i diritti riconosciuti ai fanciulli; di conseguenza si tratta di principi inderogabili anche in casi di urgenza come in presenza di conflitti armati o disastri ambientali³²².

Innanzitutto, l'art. 3 enuncia il principio generale del superiore interesse del minore, definito dal Comitato per i diritti dei fanciulli come “*un criterio, un obiettivo, una linea di condotta, una nozione-guida, che deve ispirare, improntare e permeare tutte le norme, le politiche e le decisioni interne, nonché gli stanziamenti di bilancio relativi ai minori*”³²³.

L'interesse superiore del minore deve guidare, quindi, tutte le azioni e le decisioni che coinvolgono dei minori, adottate da istituzioni pubbliche o private, come tribunali, autorità amministrative, organi legislativi e ovviamente deve guidare l'operato dei genitori³²⁴.

Tale principio è stato introdotto, per la prima volta con valore vincolante a livello internazionale, dalla Convenzione sulla tutela dei minori del 1902, adottata dalla Conferenza dell'Aja, e successivamente gli è stata attribuita una posizione di maggior rilievo proprio grazie all'art. 3 della Convenzione di New York³²⁵.

Il suo scopo è quello di garantire il rispetto della dignità del minore e il soddisfacimento dei suoi bisogni primari ed essenziali; il fanciullo, infatti, deve diventare la misura dell'ambiente che lo circonda e non deve, quindi, essere il minore ad adeguarsi ad esso³²⁶.

Ciò nonostante, definire che cosa sia “l'interesse superiore” di un minore, in mancanza di una definizione³²⁷, può portare ad un ampio ventaglio di possibili interpretazioni e, pertanto, questo concetto è

³²² R. HODGKIN, P. NEWELL, *Implementation Handbook for the Convention on the rights of the child*, UNICEF, United Nation Publication, 2007, p. 35.

³²³ P. ALSTON, B. GILMOUR-WALSH, *The best interest of the child: towards a synthesis of children's rights and cultural values*, UNICEF-ICDC, Firenze, 1996, p. 1 e S. DETRICK, *The United Nations Convention on the rights on the child: a guide to the “travaux préparatoires”*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p. 92. Numerosi altri articoli della Convenzione fanno esplicito riferimento al concetto di “interesse preminente del fanciullo”; quest'ultimo è, infatti, menzionato con riferimento ai legami familiari del fanciullo, alla continuità della sua educazione e alla sua origine etnica, religiosa, culturale o linguistica. In particolare, l'obbligo di agire nel rispetto e nel perseguimento di tale principio lo troviamo esplicitato nei seguenti articoli: art. 9 (separazione del minore dai genitori), art. 18 (responsabilità genitoriale comune dei due genitori), art. 20 (privazione del minore dal suo ambiente familiare), art. 21 (adozione), art. 37 (privazione della libertà del minore) e art. 40 (diritto dei minori a comparire di fronte a un organo giudiziario competente e indipendente).

³²⁴ Lo Stato ha, quindi, una responsabilità sussidiaria nel caso in cui i genitori si rivelassero non idonei.

³²⁵ D. FOTTRELL, *Revisiting Children's Rights: 10 Years of the UN Convention on the Rights of the Child*, Kluwer Law International, 2000, p. 5. Tale principio era già stato previsto nei seguenti testi internazionali: nel principio n. 2 della Dichiarazione dei diritti del fanciullo del 1959 che, tuttavia, non aveva alcun valore vincolante; nell'art. 5 della Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti delle donne (1979); in alcune osservazioni generali del Comitato per i diritti dell'uomo.

³²⁶ M. DOGLIOTTI, *I diritti del minore e la convenzione dell'ONU*, op. cit., p. 307.

³²⁷ Nessun tipo di chiarimento, circa l'esatta portata di tale nozione, è stato fornito dal Comitato per i diritti del fanciullo.

stato spesso criticato da una parte della dottrina³²⁸; secondo altri, invece, esso rappresenta, insieme alla propria flessibilità, un indubbio progresso nella tutela dei diritti dei fanciulli³²⁹.

Ai sensi dell'art. 3, l'interesse superiore del minore deve essere *una* considerazione primordiale in tutte le decisioni che lo riguardano e non *la* considerazione primordiale, abbandonando così l'espressione contenuta nella previgente Dichiarazione dei diritti del fanciullo del 1959 che sanciva, invece, che i "*best interests of the child*" dovevano essere "*the paramount consideration*"³³⁰.

All'epoca della redazione della Convenzione era stato proposto un emendamento al testo per far prevalere in ogni caso l'interesse superiore del minore, ma è stato poi rigettato dalla maggioranza³³¹.

Gli interpreti quindi concordano nell'affermare che questo principio non debba tradursi in una prevalenza *de facto* dei diritti del minore sulle situazioni di titolarità proprie di altri soggetti adulti, ma bisogna comunque sempre tenerne conto e deve potersi dimostrare in che modo, ovvero attraverso il bilanciamento di quali differenti interessi, sono state compiute tutte le scelte che hanno coinvolto dei minori.

Altro principio generale è contenuto nell'art. 12 della Convenzione sui diritti dei fanciulli, il quale richiede agli Stati parte di assicurare il giusto peso alle opinioni e ai desideri dei minori e di ascoltarli in ogni questione che li riguarda direttamente³³².

L'art. 12 è indubbiamente una disposizione centrale della Convenzione in quanto essa inquadra il nuovo modo di vedere i fanciulli come soggetti attivi, in grado di esercitare propri diritti e di relazionarsi con il mondo degli adulti. Questi ultimi non sono più considerati come dei meri "protettori/difensori" dei minori,

³²⁸ Come nota Y. BENHAMOU (Y. BENHAMOU, *La Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant, le droit international et le droit français, note sous l'arrêt de la Cour de cassation du 15 juillet 1993*, JCP, Ed. G, n. 9, 1994, p. 321). Ci si è domandati, altresì, in dottrina se l'interesse superiore del fanciullo non risieda semplicemente nel fatto di rispettare la Convenzione attribuendole il carattere di applicabilità diretta quando ciò sia ritenuto possibile.

³²⁹ Come sottolinea E. QUADRI (E. QUADRI, *L'interesse del minore nel sistema della legge civile*, FD, 1999, p. 94) "...non deve scoraggiare la spesso lamentata evanescenza della stessa nozione di "interesse del minore", dato che la sua vera forza è proprio la flessibilità, legata a quel carattere di relatività e di conformabilità in funzione delle esigenze di volta in volta concretamente da soddisfare, che pure la rende refrattaria ad ogni tentativo di astratta definizione. [...] Rappresentando il "favor minoris" un valore fondamentale per la nostra società, è necessario renderlo operante regola d'azione. E se l'"interesse del minore" è stato maliziosamente paragonato ad una "formula magica", il più straordinario prodigio che con essa potrebbe compiersi è forse quello di assicurare ad ogni minore la normalità di una vita serena e protesa verso quel futuro che gli appartiene...". Nello stesso senso si veda anche P. ALSTON, B. GILMOUR-WALSH, *The best interest of the child: towards a synthesis of children's rights and cultural values*, op. cit., p. 9.

³³⁰ La versione inglese della Convenzione sui diritti del fanciullo, a differenza di quella italiana e francese, parla di "best interests" al plurale, volendo probabilmente indicare che tra i vari possibili interessi/esigenze/bisogni che ogni bambino nutre solamente "i migliori", ovvero i più significativi, devono essere tenuti in considerazione da chi deve decidere (ipotizza così E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2016, p. 77-78 che nota anche che solo in relazione all'istituto dell'adozione la Convenzione di New York ritorna a parlare di assoluta prevalenza degli interessi del minore, affermando, all'art. 21, che: "States Parties that recognize and/or permit the system of adoption shall ensure that the best interests of the child shall be the paramount Consideration").

³³¹ Per un approfondimento si veda C. BREEN, *The standard of the best interest of the child. A western tradition in international and comparative law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 2002, pp. 29-42 e S. DETRICK, J. E. DOEK, N. CANTWELL, *The United Nations Convention on the Rights of the Child: A Guide to the "Travaux Préparatoires"*, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p. 137-8.

Secondo J. Eekelaar, studioso inglese, ritenere che il principio del superiore interesse del minore sia sempre prevalente, oltre che ingiustificabile, è fuorviante e dannoso perché incoraggia la pigrizia del giudice, scusa la sua riluttanza a esaminare con serietà tutti gli elementi che vengono in gioco ai fini di una determinata decisione e, in definitiva, gli consente di abdicare alle proprie responsabilità (J. EEKELAAR, *Beyond the Welfare Principle*, in *Child and Family Law Quarterly*, vol. 14, issue 3, 2002, p. 248).

³³² Il diritto del fanciullo di partecipare attivamente alle decisioni/questioni che lo riguardano è previsto anche in altri articoli della Convenzione, ad esempio negli articoli 5 (responsabilità dei genitori), 9, 2° comma (separazione del minore dai genitori), 14 (diritto del fanciullo alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione), art. 21 (consenso implicito del minore alla sua adozione), art. 37 (minore privato della libertà), art. 40 (minore sospettato, accusato o riconosciuto colpevole di reato penale).

ma come dei “negoziatori/facilitatori” in grado di mettere i fanciulli nelle condizioni idonee per esprimersi liberamente senza subire pressioni.

Rispettare l’opinione di un minore significa non trascurarla *a priori*, riconoscendo sempre al fanciullo la possibilità di influenzare una decisione che lo riguarda direttamente.

La Convenzione sui diritti dei fanciulli non fissa un’età minima a partire dalla quale i bambini possono cominciare ad esprimere liberamente le proprie opinioni, ovvero la c.d. “età del discernimento” che dovrà, quindi, essere determinata dalle norme nazionali. La Convenzione, inoltre, non prevede regole predeterminate o parametri precisi che gli Stati parte devono rispettare per attuare tale principio e non specifica neanche altri aspetti procedurali legati all’ascolto dei minori in termini, ad esempio, di valutazione delle testimonianze fornite da un minore e di utilizzo delle stesse, che sono lasciati anche questi alla discrezionalità dei tribunali incaricati di valutare la maturità del fanciullo e la sua attendibilità.

Una volta raggiunta l’età del discernimento, l’art. 12 impone che il diritto all’ascolto sia rispettato anche nei casi in cui il minore, benché in grado di farsi una sua opinione, risulti incapace di esprimerla correttamente non avendo ancora raggiunto un adeguato grado di maturità, poiché è espressamente previsto che le opinioni dei fanciulli devono essere sempre prese in considerazione seppur “*tenendo conto del loro grado di maturità*”.

L’applicazione dell’art. 12 è fortemente collegata al rispetto del diritto all’informazione senza il quale non si può parlare di una vera e consapevole partecipazione dei minori alle questioni che li riguardano; questi ultimi, infatti, ancora prima di poter esprimere la loro opinione, devono essere messi nella condizione di poter conoscere le diverse possibilità che gli si offrono e le relative conseguenze.

In generale, inoltre, i fanciulli devono essere informati riguardo ai soggetti cui poter riferire le eventuali violazioni dei loro diritti³³³.

Altro principio generale della Convenzione sui diritti del fanciullo è contenuto nell’art. 2 che enuncia il principio di non discriminazione³³⁴.

Tale principio si applica a tutti i minori che vivono sul territorio degli Stati parte, compresi i visitatori, i rifugiati e i minori stranieri irregolari, con particolare riferimento al diritto a ricevere assistenza sanitaria e un’educazione.

Il Comitato per i diritti dei fanciulli ha chiarito che il principio di non discriminazione non esclude, ma anzi richiede “differenziazioni legittime” tra i minori a seconda delle circostanze specifiche che li

³³³ Comitato sui diritti del fanciullo, *General Comment n. 12 – Article 12: The right of the child to be heard*, UN Doc. CRC/C/GC/12 del 20 luglio 2009.

³³⁴ Gli articoli 24, 25 e 26 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici hanno ispirato largamente la redazione dell’art. 2 della Convenzione. Il Comitato per i diritti dei fanciulli ha affermato l’importanza dell’art. 2 della Convenzione di New York nella sua Osservazione Generale del 2001 sul diritto all’istruzione, stabilendo che “*la discriminazione fondata sui motivi previsti dall’art. 2 della Convenzione, palese o dissimulata, offende la dignità umana del fanciullo*” (Osservazione Generale 1, 2001, HRI/GEN/1/Rev. 5, par. 257).

riguardano, nonché interventi mirati per le loro esigenze particolari purché i criteri siano ragionevoli, obiettivi e il fine perseguito sia legittimo e conforme alla Convenzione³³⁵.

Il principio di non discriminazione è una costante negli strumenti internazionali di protezione dei diritti dell'uomo. Come abbiamo visto, infatti, è elencato nell'art. 2 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, nell'art 2 dei due Patti internazionali relativi ai diritti civili e politici e ai diritti economici, sociali e culturali e anche nell'art. 14 della CEDU³³⁶.

Nonostante sia uno dei principi più richiamati a livello internazionale, i minori continuano ad essere discriminati in virtù della loro età o in qualità di membri di un altro gruppo vulnerabile (ad esempio nei casi di minori disabili o di etnia Rom) o ancora come vittime indirette di una discriminazione rivolta ai loro genitori o rappresentanti legali e ancora rispetto al trattamento riservato ad altri minori nelle medesime situazioni.

Rispetto ad altre convenzioni internazionali a carattere generale, la Convenzione di New York tutela espressamente sia i minori direttamente vittime di discriminazioni che i fanciulli discriminati indirettamente attraverso la discriminazione subita dalle figure genitoriali o da chi ne ha la responsabilità.

L'art. 6 racchiude infine il quarto ed ultimo principio generale che informa il contenuto di tutta la Convenzione sui diritti del fanciullo ovvero il diritto alla vita, alla sopravvivenza e allo sviluppo³³⁷. Gli Stati parte devono porre in essere tutte le misure idonee a salvaguardare la vita dei fanciulli presenti sul loro territorio, proibendo ed evitando qualsiasi azione suscettibile di metterla a repentaglio e offrendo condizioni ottimali affinché ogni minore, considerato nella sua specificità e peculiarità, possa vivere serenamente la propria infanzia³³⁸.

Al di là dei quattro principi-chiave sopra richiamati, la Convenzione sui diritti del fanciullo è stata innovativa anche per aver introdotto, da un lato, dei nuovi diritti dei minori nel panorama internazionale e, dall'altro, per aver adattato diritti già esistenti ai bisogni specifici dei fanciulli al fine di promuoverne “*a child-centered perspective*”³³⁹.

Ad esempio, la materia dell'adozione (art. 21) e il diritto all'identità (art. 8) non erano precedentemente protetti dal diritto internazionale³⁴⁰ e il diritto alla vita (art. 6), sebbene tutelato in tutti i trattati internazionali sui diritti umani, assume in questo contesto una formulazione più ampia che vi

³³⁵ Comitato sui diritti del fanciullo, *General Comment n. 6, Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin*, 2005, par. 18. La Convenzione sui diritti del fanciullo pone l'attenzione su diverse categorie di minori particolarmente vulnerabili e che necessitano di attenzioni particolari come i minori privati del loro ambiente familiare (art. 20), i rifugiati (art. 22), i minori disabili (art. 23), i bambini autoctoni o che appartengono a delle minoranze (art. 30), le vittime di sfruttamento economico o di altro tipo (artt. 32, 34, 36), i minori sospettati, accusati o giudicati di aver infranto la legge penale o detenuti (artt. 37 e 40) ed i fanciulli vittime di conflitti armati (art. 38). Si veda anche l'Osservazione Generale n. 18 del Comitato ONU sui diritti dell'uomo sul principio di non discriminazione, HRI/GEN/1/Rev. 2, par. da 7 a 13.

³³⁶ Il principio di non discriminazione è contenuto anche nell'art. 2 della Dichiarazione americana dei diritti dell'uomo e nell'art. 2 della Carta africana dei diritti dell'uomo.

³³⁷ Molti altri articoli della Convenzione si ispirano all'art. 6, ad esempio gli articoli 19, 24, 37 e 38. Il diritto alla vita è espresso anche nell'art. 3 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo e nell'art. 6 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966.

³³⁸ Comitato per i diritti dei fanciulli, CRC/C/58, 1996, par. 40.

³³⁹ D. FOTTRELL, *Revisiting Children's Rights: 10 Years of the UN Convention on the Rights of the Child*, op. cit., p. 5.

³⁴⁰ Riguardo ai nuovi diritti garantiti dalla Convenzione sui diritti del fanciullo si veda, J. S. CERDA, *The draft Convention on the rights of the child: new rights*, H. RTS. Q., 1990, p. 115-119 e G. A. STEWARD, *Implementing the child's right to identity in the United Nations Convention on the rights of the child*, FAM L. Q., 1992, p. 221.

comprende anche l'aspetto della qualità della vita, visto che sugli Stati parte incombono obblighi inerenti alla sopravvivenza e allo sviluppo del fanciullo.

Anche altre disposizioni della Convenzione, inoltre, pur essendo riprodotte in maniera sostanzialmente identica in altri trattati internazionali sui diritti umani, assumono contorni innovativi nella loro applicazione ai minori; in particolare, ci si riferisce agli artt. 12-17, ovvero ai c.d. "diritti partecipativi"³⁴¹.

L'inclusione di tali diritti ha provocato malumori in alcuni Stati, preoccupati dal fatto che i diritti dei fanciulli potessero essere tutelati a spese dei diritti dei genitori e della famiglia in generale³⁴². Tale preoccupazione, tuttavia, pare infondata visto che la stessa Convenzione riconosce espressamente, nel suo Preambolo, la "famiglia" come "*unità fondamentale della società e ambiente naturale per la crescita e il benessere di tutti i suoi membri e, in particolare, dei fanciulli*"³⁴³.

Ciò premesso, una parte specifica della Convenzione di New York si occupa della tutela dei c.d. "minori a rischio"³⁴⁴ ovvero dei fanciulli, vittime di sfruttamento e abusi, ai quali deve essere assicurato il recupero fisico e psicologico, nonché il reinserimento in un contesto familiare e sociale (art. 39)³⁴⁵.

Sempre nell'ambito dei "minori a rischio", la Convenzione sui diritti dei fanciulli si sofferma, negli artt. 37 e 40, sui diritti garantiti ai c.d. "minori in conflitto con la legge", ovvero soggetti sospettati o accusati di aver infranto la legge penale.

³⁴¹ Tali diritti sono il diritto alla libertà di espressione, di opinione, di coscienza, di religione, di associazione e quello alla privacy. Al riguardo si veda G. VAN BUEREN, *The struggle for empowerment: the emerging civil and political rights of children, in Selected essays on International children's rights*, 1993, p.p. 45-68 e R. HART, *Children's participation from tokenism to citizenship*, 1992, p.p. 3-38.

³⁴² D. FOTRELL, op. cit., p. 6. Questa è una delle ragioni che ha portato gli Stati Uniti a non ratificare la Convenzione sui diritti del fanciullo.

³⁴³ Inoltre, l'importanza dell'ambiente familiare per lo sviluppo del bambino e per la realizzazione dei diritti che gli sono riconosciuti è affermata non solo nel Preambolo, ma anche in numerose altre disposizioni della Convenzione. L'art. 9 della Convenzione, ad esempio, prescrive che i minori non devono essere separati dai loro genitori contro il loro volere; l'art. 16 proibisce interferenze arbitrarie nella vita della famiglia del minore e l'art. 18 riconosce lo stesso ruolo ad entrambi i genitori nella crescita del figlio.

³⁴⁴ Si parla, così, nello specifico, di protezione di ogni fanciullo da: a) ogni forma di violenza, oltraggio o brutalità fisiche e/o mentali, abbandono, negligenza, maltrattamenti, sfruttamento e violenza sessuale (art. 19); b) sfruttamento economico e qualsiasi lavoro rischioso, nocivo per la salute e per lo sviluppo (art. 32); c) forme di sfruttamento o abuso sessuale (art. 34); d) l'uso illecito di droghe e narcotici (art. 33); e) vendita e traffico di bambini (art. 35); f) qualsiasi forma di sfruttamento in generale (art. 36) e, infine, si tutelano i minori di 15 anni contro la partecipazione e il reclutamento nei conflitti armati (art. 38). Nel primo progetto di redazione della Convenzione, gli artt. 34, 35 e 36 formavano un'unica disposizione; successivamente, il Gruppo di lavoro ad *hoc* ha ritenuto preferibile distinguere le varie forme di sfruttamento: l'art. 35 ha, dunque, acquisito una portata più ampia rispetto all'art. 34 che riguarda, nello specifico, lo sfruttamento per fini sessuali e pedopornografici dei minori ed, inoltre, il tipo di sfruttamento disciplinato dall'art. 35 ha delle finalità prettamente economiche. L'articolo 36, invece, è stato interpretato come contenente un divieto di sfruttamento c.d. "sociale", indicandosi, con tale termine, forme di sfruttamento perpetuabili nei confronti dei c.d. "bambini prodigio", particolarmente dotati nello sport, nelle arti e nello spettacolo (si veda al riguardo M. MARCHEGANI, *Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo*, in M. Sesta (a cura di), op. cit., p. 253, E/CN.4/1987/25, p. 16-25 e HODGKIN-NEWELL, op. cit., p. 535).

³⁴⁵ Al fine di tutelare in maniera più specifica i minori vittime di sfruttamento, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, il 25 maggio 2000, ha adottato il Protocollo facoltativo alla Convenzione sui diritti del fanciullo sulla vendita di bambini, la prostituzione minorile e la pornografia infantile. Tale Protocollo impone agli Stati parte di considerare reati, indipendentemente dalla circostanza che siano stati commessi sul piano interno o internazionale, da individui o su base organizzata, una serie di comportamenti espressamente menzionati (ma comunque non tassativi) rientranti nell'ambito delle categorie della vendita, prostituzione e pornografia minorile. La vendita di minori rileva, ai sensi del Protocollo, non solo per finalità di sfruttamento sessuale, ma anche in quanto traffico di organi e vendita a scopo di adozione. In tal senso secondo M.C. MAFFEI, (M.C. MAFFEI, *La tutela internazionale dei diritti del bambino*, in PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani: norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, p. 264), il Protocollo ha portata più ampia rispetto alla Convenzione dell'OIL n. 182, limitata ai fenomeni finalizzati al lavoro minorile, con esclusione degli scopi di adozione e vendita di organi.

Il Comitato per i diritti dei minori, osservando che non esisteva (e non esiste tuttora) una politica globale uniforme nel campo della giustizia minorile, ha dedicato a tale tematica una specifica Osservazione Generale nel 2007³⁴⁶ allo scopo di guidare gli Stati verso l'istituzione di un sistema di amministrazione della giustizia minorile conforme ai principi della Convenzione.

A tale scopo, il Comitato ha esortato gli Stati parte ad incorporare nelle proprie normative nazionali in materia di giustizia minorile, non solo i principi riconosciuti nella Convenzione sui diritti del fanciullo, ma anche quelli contenuti in altre norme internazionali, alcune delle quali adottate prima dell'adozione della Convenzione di New York, come le Regole di Beijing³⁴⁷ ed altre, come le regole di Riyadh e dell'Avana³⁴⁸, adottate successivamente ad essa.

Nel prosieguo verranno analizzati i diritti e le garanzie speciali spettanti ai minori in conflitto con la legge, alla luce delle disposizioni-chiave della Convenzione sui diritti del fanciullo e della loro interpretazione ad opera del Comitato. Questa analisi verrà ripetuta nella seconda parte del presente lavoro utilizzando come base la normativa UE in materia.

Innanzitutto, in base all'art. 2 della Convenzione, che disciplina il principio di non discriminazione, è fondamentale che i minori ex-delinquenti non vengano discriminati in particolare per quanto riguarda l'accesso all'educazione e al mercato del lavoro, in vista di un loro reinserimento nella società.

Sempre in tema di discriminazione, il Comitato per i diritti dei minori ha criticato e chiesto di eliminare una pratica diffusa in molti Stati contraenti, ovvero quella di inserire nei codici penali delle disposizioni incriminanti alcuni comportamenti tipicamente adolescenziali, come il vagabondaggio, la fuga e l'assenteismo scolastico. Si parla, in questi casi, di "*delitti di stato*" in quanto gli stessi fatti non costituiscono un'infrazione quando sono commessi dagli adulti³⁴⁹.

Anche il principio della presunzione d'innocenza, disciplinato nell'art. 40, 2° comma della Convenzione, va applicato alla luce del principio di non discriminazione in quanto i minori, a causa

³⁴⁶ Comitato per i diritti dei minori, Osservazione generale n. 10, 25 avril 2007, CRC/C/GC/10.

³⁴⁷ Le "*Regole minime per l'amministrazione della giustizia minorile*", meglio note come "*Le regole di Pechino (o Beijing)*", adottate con la Risoluzione Onu n. 40/33 nel 1985, hanno rappresentato il primo manifesto programmatico dell'interesse internazionale al trattamento dei minori entrati nel circuito penale. Tali regole, che constano di soli 30 articoli, pongono l'accento sul fatto che il minore debba essere messo in grado di avere un ruolo costruttivo e produttivo nella società e sulla conseguente esigenza di assicurargli un trattamento specializzato volto al suo reinserimento sociale. Considerare per prima cosa il minore nella sua specificità è, infatti, il punto di partenza per la creazione di una giustizia minorile. Inoltre, secondo le Regole di Pechino, nel diritto penale minorile la mera pena detentiva, priva di contenuti rieducativi, deve lasciare spazio a nuove forme sanzionatorie, che siano sostitutive ed alternative alla detenzione.

³⁴⁸ Le "*Linee guida di Riyadh per la prevenzione della delinquenza minorile*" contengono poche norme concernenti la materia penale poiché si occupano soprattutto della fase che precede l'ingresso nel circuito penale dei minori in conflitto con la legge. L'orientamento di tale corpo normativo è, infatti, centrato sulla reazione dei minori a quelle condizioni che influiscono in modo negativo sul loro sviluppo. Le "*Regole dell'Avana*" (adottate con Risoluzione dell'Assemblea generale dell'ONU 45/113 del 14 dicembre 1990), invece, sono interamente dedicate ai minori privati della libertà. I principi stabiliti in questa carta internazionale sono validi per tutti i minori che si trovino in questa situazione, qualunque sia la forma di detenzione. Tra le disposizioni degne di nota vi sono quelle che stabiliscono una classificazione dei minori secondo il sesso, l'età, la personalità e il tipo di reato (al fine di proteggerli da influenze nocive o situazioni rischiose) ed altre norme disciplinanti vari aspetti della vita istituzionale, quali l'ambiente fisico, l'istruzione, la ricreazione, la religione, l'assistenza medica e i contatti con il mondo esterno, nonché il ritorno in società.

³⁴⁹ Al riguardo, il Comitato ha citato anche l'art. 56 delle Regole di Riyad il quale prevede che: "*Per prevenire ogni forma di stigmatizzazione, vittimizzazione e criminalizzazione ulteriore dei minori, bisognerà adottare dei testi che dispongano che gli atti non considerati come delittuosi o non penalizzati se sono commessi dagli adulti non dovranno essere sanzionati se sono commessi da un minore*".

dell'ignoranza delle procedure, della loro immaturità, per timore o per altri motivi, possono finire per comportarsi in maniera sospetta davanti alle autorità competenti; nonostante ciò, queste ultime sono tenute, come avviene per gli adulti, a presumere sempre la loro innocenza fino a quando la colpevolezza non verrà eventualmente provata al di là di ogni ragionevole dubbio.

Stesse considerazioni vanno fatte in merito al diritto dei minori di non essere obbligati a testimoniare o a confessarsi colpevoli, previsto sempre dall'art. 40, 2° comma, della Convenzione.

È evidente, infatti, che vi sarebbero numerosi mezzi, anche non violenti, in grado di costringere o di condurre un minore a fare una confessione o a dichiararsi colpevole (anche falsamente) e, pertanto, anche se una dichiarazione di un minore non è stata estorta con la forza dovrebbe poter essere dichiarata inutilizzabile come prova se le modalità dell'interrogatorio erano state inadeguate. Da ciò deriva anche che gli agenti di polizia e le altre persone incaricate di interrogare i minori devono necessariamente essere altamente preparati ed evitare tecniche e pratiche di interrogatorio utilizzate per gli adulti in quanto rischio di dar vita a delle testimonianze deboli e poco veritiere è molto alto³⁵⁰.

L'art. 3 della Convenzione sui diritti dei fanciulli, che tutela il superiore interesse del minore, va interpretato, in tale specifico contesto, in collegamento col concetto di "responsabilità attenuata e differenziata" che emerge anche dalla lettura dell'art. 40 della Convenzione³⁵¹. In tal senso, protezione dell'interesse superiore del minore significa che gli obiettivi tradizionali della giustizia penale, come la retribuzione e la repressione, qui devono cedere il posto alla giustizia riparativa e a degli obiettivi di reinserimento dei fanciulli in conflitto con la legge nella società.

Proprio a tal fine, è di vitale importanza che, come prevede l'art 40 della Convenzione, tutti i minori godano del diritto al pieno rispetto della loro vita privata durante tutti gli stadi del processo.

Con tale previsione, infatti, la Convenzione sui diritti del fanciullo ha voluto tutelare i minori implicati in vicende giudiziarie dai pregiudizi che potrebbero derivare da una pubblicizzazione della loro identità come, ad esempio, rovinargli l'accesso all'educazione e al mondo del lavoro oppure comprometterne, in gravi casi, l'incolumità.

Secondo il Comitato per i diritti dei minori, i giornalisti che violano il diritto alla vita privata dei fanciulli in conflitto con la legge devono essere sottoposti a sanzioni disciplinari e, in certi casi, anche penali (ad esempio, in caso di recidiva). Molti Stati, per proteggere la vita privata dei minori, impongono il processo o l'audizione degli stessi a porte chiuse, salvo la presenza di esperti o di altre persone autorizzate dal tribunale. Secondo il Comitato, questa modalità dovrebbe essere la regola nei processi minorili e le eccezioni alla stessa dovrebbero essere molto limitate e definite chiaramente dalla legge nazionale.

³⁵⁰ Ad esempio, bisogna evitare di fare promesse al minore sul fatto che rientrerà presto a casa se confesserà le sue azioni o che, ammettendole, otterrà pene più leggere. Per tali ragioni, ogni fanciullo che si trovi in una situazione simile deve avere un proprio rappresentante legale alla presenza del quale poter effettuare l'interrogatorio e sarebbe, inoltre, auspicabile, secondo il Comitato, che vi fosse sempre la possibilità di un controllo indipendente sulle modalità di esecuzione dell'interrogatorio stesso.

³⁵¹ La risposta statale ad un'infrazione commessa da un minore deve essere sempre proporzionata, non solo alle circostanze e alla gravità del fatto, ma anche all'età, alla maturità, alla storia personale e ai bisogni del fanciullo: un approccio esclusivamente repressivo non è conforme ai principi della giustizia minorile.

Inoltre, sempre il Comitato ha raccomandato agli Stati parte di istituire dei casellari giudiziari che cancellino automaticamente le notizie di reato riguardanti soggetti minorenni al raggiungimento della maggiore età, salvo per le infrazioni più gravi in cui è più appropriato che la soppressione di tali dati sensibili venga richiesta dallo stesso interessato maggiorenne, sottoponendo l'accoglimento dell'istanza ad alcune condizioni precise (come il non aver commesso delle infrazioni nei due anni successivi all'ultima o unica condanna).

Al fine di tutelare il superiore interesse dei minori privati della libertà, l'art. 37 della Convenzione prescrive che i fanciulli devono essere detenuti in strutture separate dagli adulti e governate da politiche e pratiche differenti da quelle delle carceri per i maggiorenni.

Numerose ricerche e statistiche hanno, infatti, dimostrato che la detenzione dei minori in una prigione per maggiorenni compromette la loro sicurezza psico-fisica e l'attitudine a non commettere più reati; ciò nonostante, il "superiore interesse del fanciullo" può dar vita a delle eccezioni a tale previsione, le quali, nell'opinione del Comitato, devono essere interpretate in maniera molto restrittiva e non possono essere applicate "per mera comodità" da parte degli Stati.

La regola enunciata nell'art. 37 non significa, comunque, che un minore detenuto debba essere immediatamente trasferito in un carcere per adulti al compimento della maggiore età; bisognerà, infatti, sempre guardare alla situazione particolare del caso concreto e al benessere non solo dell'interessato, ma anche degli altri minori detenuti nel medesimo carcere.

L'art. 6 della Convenzione sui diritti dei fanciulli, che prescrive il diritto dei minori alla vita, alla sopravvivenza e allo sviluppo, va letto, innanzitutto, alla luce dell'art. 37.

Dalla lettura combinata di tali disposizioni deriva il divieto assoluto di condannare un minore alla pena capitale (divieto esteso a chi era minorenne al momento della commissione del fatto delittuoso³⁵²), ma anche alla prigione a vita senza concessione della libertà condizionale e, in generale, vige il principio per cui un minore può essere privato della libertà solamente come misura di *extrema ratio* della durata più breve possibile³⁵³, in modo tale che il diritto allo sviluppo, garantito a tutti i fanciulli, venga rispettato.

³⁵² Si tratta di una previsione ormai accettata universalmente sul piano internazionale e, difatti, è ripresa anche dall'art. 6, 5° paragrafo, del Patto internazionale sui diritti civili e politici e una parte della giurisprudenza internazionale sostiene che tale divieto abbia acquisito, nel diritto internazionale, il rango di norma consuetudinaria di natura cogente. Tuttavia, nonostante l'interpretazione letterale della norma e l'interpretazione della stessa fornita dal Comitato (CRC/C/GC/10, par. 75), alcuni Stati propendono per una diversa lettura di questa parte dell'art. 37, secondo la quale quest'ultimo vieterebbe esclusivamente l'esecuzione della pena capitale in costanza di minore età. Questo è l'orientamento assunto, ad esempio, dalla Corte Suprema degli Stati Uniti che, si ricorda, rimangono l'unico Paese a non aver proceduto alla ratifica della Convenzione.

³⁵³ Il Comitato per i diritti dei minori ha notato che in diversi Paesi contraenti è ancora molto frequente mantenere i minori in carcere prima del giudizio, in funzione cautelare, per mesi, ma anche per anni; tale prassi costituisce indubbiamente una grave violazione dell'art. 37, nonché del principio della presunzione d'innocenza e di quello che considera la detenzione dei minori come una misura di *extrema ratio*. Agli Stati in questione è stato, quindi, raccomandato più volte dallo stesso Comitato di cercare delle soluzioni alternative al collocamento dei minori in carcere prima del giudizio e di indicare chiaramente nelle leggi nazionali le condizioni che giustificano il mantenimento di un minore in detenzione in via cautelare (come, ad esempio, il fatto che il soggetto rappresenti un pericolo per lui stesso e per gli altri) e la durata massima di tale tipo di incarcerazione preventiva che deve essere comunque oggetto di un riesame periodico (idealmente, secondo il Comitato, ogni due settimane).

La lettura combinata degli artt. 6 e 40, 1° comma, della Convenzione porta anche a considerare che il diritto allo sviluppo e alla sopravvivenza non possono essere scissi dal rispetto della dignità dei minori entrati nel circuito penale.

L'art. 40, 1° comma, infatti, richiede che il trattamento ad essi riservato promuova “*il senso di dignità e il valore personale del minore*”. Il rispetto della dignità vieta, ad esempio, ogni forma di violenza nel trattamento dei minori in conflitto con la legge.

Sempre secondo l'art. 40, 1° comma, poi, il trattamento riservato ai minori entrati nel circuito penale deve essere tale da rafforzare in loro “*il rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali altrui*”. A tal fine, i protagonisti della giustizia minorile (ovvero poliziotti, procuratori e giudici) dovrebbero essere i primi a “dare il buon esempio” ai fanciulli e per questo dovrebbero essere persone con una certa sensibilità e formazione sullo sviluppo dei minori, sulle problematiche adolescenziali più frequenti, nonché sulla psicologia minorile.

Sempre al fine di garantire il diritto allo sviluppo dei minori in conflitto con la legge, non vi è dubbio che il lasso di tempo tra la commissione dell'infrazione e la sanzione finale debba essere il più corto possibile, come stabilisce chiaramente l'art. 37 della Convenzione.

Più il tempo passa, infatti, più la sanzione perde il suo valore pedagogico e il minore rischia di essere stigmatizzato dalla società³⁵⁴. Al riguardo, il Comitato per i diritti dei minori ha richiesto numerose volte agli Stati contraenti di fissare un termine massimo (suggerito di sei mesi) tra l'infrazione commessa da un minore e la decisione finale, termine che dovrebbe essere in ogni caso sensibilmente più corto di quello previsto per gli adulti.

Ai minori, inoltre, ai sensi dell'art. 37 della Convenzione, deve essere garantito, in via di principio, il diritto di mantenere i contatti con la famiglia, attraverso la corrispondenza e le visite, al fine sempre di garantire il diritto al loro sviluppo.

Per facilitare tutto ciò, il minore privato della libertà dovrebbe essere collocato, ove possibile, in strutture il più vicino possibile alla residenza familiare. Secondo il Comitato, le eccezioni a tale regola devono essere chiaramente indicate dalle leggi nazionali e non lasciate alla discrezionalità delle autorità competenti (ad esempio, ci sono possono essere dei casi in cui il minore deve essere allontanato dal luogo in cui viveva per evitare di farsi coinvolgere nuovamente nell'ambiente delinquenziale che frequentava).

Sempre secondo il Comitato, nel contesto carcerario bisogna garantire ai minori tutta una serie di diritti e garanzie (di tipo ludico, formativo nonché legate alla loro salute), necessarie per assicurargli il più rapido reinserimento nella società civile³⁵⁵.

³⁵⁴ È interessante notare che il termine “rapido”, utilizzato nell'art. 37 della Convenzione, è più forte dell'espressione “senza ritardo” contenuta nell'art. 40 e di quella “senza ritardo eccessivo” presente nell'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici. Tale differenza è dovuta al fatto che l'art. 37 si riferisce espressamente ai minori privati della libertà, ovvero sottoposti a misure che, nella giustizia penale minorile, devono costituire sempre l'*extrema ratio*.

³⁵⁵ Innanzitutto, secondo il Comitato, bisogna garantire ai minori detenuti la possibilità di godere di momenti di associazione con i compagni e di effettuare attività sportive e di svago; inoltre, ogni minore in età scolare ha il diritto di ricevere un'educazione adatta alle sue esigenze, nonché una formazione professionale mentre si trova in carcere. Ogni fanciullo ha anche il diritto di essere visitato da un medico a sua richiesta e di ricevere le cure mediche necessarie per tutto il tempo del soggiorno in detenzione; i contatti con

Tra le garanzie di cui devono poter beneficiare i minori detenuti vi è anche quella di poter rivolgere una richiesta o di fare una denuncia all'amministrazione centrale del carcere minorile, al giudice o ad altre autorità competenti, nonché quello di essere informati immediatamente della loro risposta. In aggiunta a questo, il Comitato per i diritti dei minori ha sottolineato che gli Stati parte devono abilitare degli ispettori indipendenti e qualificati ad effettuare delle ispezioni regolari nelle carceri minorili (ovviamente non concordate con l'amministrazione carceraria) per poter verificare l'effettivo rispetto dei diritti dei minori detenuti e tali ispettori devono poter parlare liberamente e in tono confidenziale con i minori ospitati.

L'art. 12 della Convenzione, dedicato all'ascolto del minore, assume un'importanza basilare per un minore sospettato o accusato di aver infranto la legge penale e deve costituire un diritto imprescindibile nel quadro di un giusto processo minorile³⁵⁶. Sempre perché di minori, seppur delinquenti, si sta parlando, l'art. 40 della Convenzione prevede che i fanciulli abbiano il diritto di essere sentiti in presenza dei loro genitori in quanto questi ultimi possono fornire un'assistenza generale, psicologica e affettiva, importante, nonché contribuire a trovare una motivazione all'infrazione penale commessa dal proprio figlio e, di conseguenza, condurre ad una risposta giudiziaria più appropriata³⁵⁷.

Il diritto di essere ascoltato è connesso al diritto di essere informato, nel più breve lasso di tempo e in un linguaggio comprensibile, delle accuse formulate, come prescrive l'art. 40, 2° comma. Inoltre, secondo il Comitato, le autorità competenti (polizia, p.m. e giudici) non devono delegare a nessun altro (come parenti, tutori etc.) il compito di informare direttamente il minore e devono assicurarsi che lo stesso abbia compreso bene ogni accusa.

Per concludere questa parte sull'analisi della Convenzione sui diritti del fanciullo è opportuno operare alcune considerazioni finali.

Innanzitutto, secondo alcuni in dottrina, nonostante la Convenzione garantisca dei diritti nuovi ai minori, non sempre le sue disposizioni sono elaborate in modo tale da adattarsi alle loro specifiche esigenze³⁵⁸. In particolare, tale critica è rivolta ai diritti e alle libertà civili, come il diritto alla libertà di associazione e il

l'esterno devono essere incoraggiati e facilitati, non solo con la famiglia e gli amici, ma anche con dei rappresentanti di organizzazioni che si occupano delle problematiche minorili, o di altro tipo, purché formative.

³⁵⁶ Il Comitato per i diritti dei minori ha notato che in diversi Stati è previsto che i minori partecipino ai processi in qualità di testimoni, ma agli stessi viene raramente riconosciuta la possibilità di instaurare autonomamente un ricorso in qualità di vittime. Le leggi nazionali danno spesso ai genitori o ad altri rappresentanti legali la possibilità di instaurare un ricorso nell'interesse dei minori, ciò che naturalmente non li tutela da abusi subiti nel contesto familiare o nelle Comunità di recupero (G. MEUNIER, *L'application de la convention des nations unies relative aux droits de l'enfant dans le droit interne des états parties*, op. cit., p. 67-68).

³⁵⁷ Rimanendo in tema di rapporti genitori-figli minorenni delinquenti, il Comitato ha espresso più volte il suo parere negativo riguardo la tendenza di alcuni Stati parte di sanzionare i genitori per le infrazioni commesse dai loro figli. Infatti, secondo il Comitato, anche se in certi casi limite la responsabilità civile dei genitori può essere riconosciuta in ragione dei danni causati dagli stessi ai loro bambini, in particolare se infrasedicenni, non è affatto dimostrato che la criminalizzazione dei genitori, al posto dei minori, contribuisca a reinserire i loro figli nella società.

³⁵⁸ U. KILKELLY, L. LUNDY, "Children's rights in action: using the Convention on the rights of the child as an auditing tool", in "The UN Children's Rights Convention: Theory meets practice", A. Alen, H. Bosly, M. De Bie, J. Vande Lanotte, F. Ang, I. Delens-Ravier, M. Delplace, C. Herman, D. Reynaert, V. Staelens, R. Steel, M. Verheyde (a cura di), Interesentia, 2007, p. 64; M. FREEMAN, "The future of children's rights", op. cit., p. 282.

diritto alla *privacy*, che vengono per la prima volta riconosciuti ai soggetti minorenni, ma con gli stessi termini generali utilizzati per gli adulti³⁵⁹.

Queste ultime osservazioni, tuttavia, non tengono in considerazione il fatto che tutti i diritti della Convenzione sono correlati e dipendenti l'uno dall'altro. In poche parole, quindi, anche le previsioni della Convenzione che possono sembrare vaghe o poco focalizzate sui bisogni specifici dei minori possono assumere un significato diverso se il testo convenzionale viene analizzato nel suo complesso, avendo riguardo anche agli scopi perseguiti dalla stessa Convenzione³⁶⁰.

Un altro elemento che è stato criticato riguarda la mancanza di una specifica protezione dei diritti delle bambine³⁶¹. Alcuni in dottrina hanno addirittura accusato la Convenzione sui diritti del fanciullo di essere concentrata unicamente sul “*bambino bianco, maschio e relativamente privilegiato*”³⁶².

Nella Convenzione, in realtà, la protezione offerta alle bambine si può trovare nell'art. 2 che, come abbiamo visto, promuove l'uguaglianza e la non-discriminazione. Nel 1995, inoltre, il Comitato per i diritti dei minori ha dedicato una giornata di discussione ai diritti delle bambine, nel corso della quale è stato ancora una volta dimostrato che un'interpretazione dinamica e globale della Convenzione consente di individuare non solo l'art. 2, ma anche altre sue disposizioni come promotrici dei diritti specifici delle bambine³⁶³.

Un'altra questione rilevante riguarda l'attuazione dei diritti sanciti dalla Convenzione.

Sono stati, infatti, compiuti grandi sforzi per armonizzare i diritti dei minori, ma pur sussistendo al giorno d'oggi una sorta di base comune, l'approccio a tale tematica risente ancora molto delle concezioni politiche, sociali e delle tradizioni giuridiche, peculiari di ogni Stato.

Un'applicazione omogenea ed uniforme della Convenzione sui diritti del fanciullo è compromessa, poi, anche dal fatto che gli Stati sono lasciati al loro totale arbitrio nel decidere il posto accordato alla Convenzione nelle loro legislazioni e, di conseguenza, l'applicabilità diretta o meno della stessa³⁶⁴.

Nonostante il Comitato per i diritti dei minori, nel suo Commento Generale n. 5³⁶⁵, abbia espressamente sostenuto l'azionabilità diretta sia dei diritti civili e politici che di quelli economici, sociali e

³⁵⁹ Ad esempio, l'art. 15 della Convenzione, che garantisce il diritto alla libertà di associazione, è praticamente identico, nella sua formulazione, all'art. 21 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, mentre si sarebbe potuto formulare, secondo alcuni, in termini più focalizzati sui bisogni specifici dei minori.

³⁶⁰ Ad esempio, combinando la lettura dell'art. 15 con l'art. 31 della Convenzione, si potrebbe arrivare tranquillamente ad una interpretazione *child-centered* dell'art. 15.

³⁶¹ D. FOTTRELL, *op. cit.*, p. 10.

³⁶² Si veda sull'argomento F. OLSEN, *Children's rights: some feminist approaches to the United Nations Convention on the rights of the child*, in *International Journal of Law and the Family*, Vol.6, 1992.

³⁶³ La discussione generale del Comitato per i diritti del fanciullo in merito ai diritti delle bambine si tenne il 23 gennaio 1995 (si veda UN Doc. CRC/C/38 1995); per un commento al riguardo si veda R. HODGKIN, P. NEWELL, *Implementation Handbook for the Convention on the rights of the child*, UNICEF, 1998.

³⁶⁴ L'art. 4 della Convenzione sui diritti del fanciullo impone, infatti, agli Stati parte l'obbligo generale di provvedere all'attuazione di tutti i diritti proclamati dalla Convenzione, ma non determina precisi parametri cui i provvedimenti nazionali devono conformarsi per darne attuazione. Lo stesso Comitato per i diritti dei fanciulli ha chiarito che non esiste nessun modello legislativo o amministrativo univoco a cui fare riferimento, in quanto, tenuto conto dell'ampia gamma di sistemi amministrativi e legislativi in vigore negli ordinamenti giuridici degli Stati parte, non è possibile preconizzare soluzioni standardizzate (sul punto si veda H. BOKOR-SZEGO, *La protection internationale des droits de l'enfant*, in *La protezione internazionale dei diritti del fanciullo*, Trieste 1993, p. 84 e ss.). La Convenzione, quindi, lascia un ampio margine di discrezionalità agli Stati per quanto riguarda la sua concreta attuazione.

³⁶⁵ Commento Generale n. 5 – *Misure generali di attuazione della Convenzione sui diritti dell'infanzia* (artt. 4, 42 e 44, par. 6).

culturali, la prassi degli Stati non è per niente uniforme in merito. Certi tribunali nazionali riconoscono, infatti, l'utilità della Convenzione unicamente per interpretare il diritto nazionale³⁶⁶, altri ammettono l'applicabilità diretta di solo alcune delle sue disposizioni³⁶⁷, altri ancora di tutta la Convenzione³⁶⁸.

Secondo alcuni Paesi, infatti, la Convenzione non può essere applicata direttamente perché crea delle obbligazioni solo per gli Stati, ma non dei diritti invocabili da parte dei minori davanti alle giurisdizioni nazionali; secondo altri Stati, invece, la Convenzione contiene delle disposizioni *self-executing*, ovvero direttamente invocabili, secondo la tradizionale distinzione tra diritti civili e politici e diritti economici, sociali e culturali; secondo altri Stati ancora, tale considerazione andrebbe fatta articolo per articolo e vi sarebbero sia disposizioni redatte in uno stile "incitativo e programmatico" che si rivolgono unicamente agli Stati, sia altre che conferiscono direttamente posizioni giuridiche attive in capo ai fanciulli³⁶⁹.

Anche se il Comitato per i diritti dei minori si è espresso chiaramente al riguardo, il fatto che la Convenzione non faccia una distinzione in base alla natura dei diritti in essa enunciati continua a generare disarmonia nella sua applicazione, tant'è che da tutte queste teorie è nata una giurisprudenza altamente variabile e contraddittoria da uno Stato all'altro e anche all'interno di uno stesso Stato.

Altro aspetto da considerare è che l'incredibile e rapidissimo numero di ratifiche della Convenzione sui diritti del fanciullo è dovuto al fatto che essa rappresenta il frutto di molti compromessi, nel suo testo, infatti, si incontrano culture giuridiche e tradizioni socio-culturali molto diverse tra loro che sono state "smussate" solo in parte, o, in certi casi, solo in apparenza, visto l'elevato numero di riserve presentate.

Molti Stati si sono affrettati nel ratificare la Convenzione solamente perché non volevano apparire agli occhi del mondo come dei "trasgressori dei diritti dei minori"; tuttavia, alcuni di essi si godono i benefici morali derivanti dalla ratifica, ma non garantiscono, poi, il pieno effetto delle disposizioni ivi contenute³⁷⁰.

La nota giurista Isabella Barrière Brousse³⁷¹ ha affermato, al riguardo, che, pur infondendo la Convenzione sui diritti dei fanciulli un nuovo spirito all'"internazionalizzazione" del diritto dell'infanzia, non bisogna farsi illusioni sul successo reale di tale evento, nel senso che "*il gioco di riserve, i limiti giuridici, politici, economici o sociologici relativi al recepimento delle regole internazionali poste dalla Convenzione, escludono la possibilità di considerare come realizzati o in via di realizzazione, gli obiettivi proposti*". La Barrière Brousse critica il tentativo della Convenzione di conciliare, in modo arbitrario e ambiguo, tradizioni, culture e sistemi giuridici troppo diversi tra loro. Palese è, ad esempio, sempre secondo la giurista francese, il conflitto che oppone la filosofia della Convenzione di New York alla tradizione islamica, vincolata ai precetti contenuti nella *Charia* e che propone un modello di famiglia poligama, patriarcale e fondamentalmente

³⁶⁶ Ad esempio l'Irlanda.

³⁶⁷ I criteri per determinare la diretta applicazione di una disposizione sono generalmente la natura, lo scopo e la formulazione dell'articolo che deve essere sufficientemente chiaro per i giudici che lo andranno ad applicare. Seguendo tali criteri, le disposizioni della Convenzione che possono definirsi *self-executing*, secondo parte della dottrina, sono gli artt. 7 (paragrafo 1), 8 (paragrafo 1), 9 (paragrafi 2, 3 e 4), 10 (paragrafo 2), 12, 13, 14, 15, 16, 30, 37 (a) e 40 (paragrafo 2); su tale tema si veda A. ALLEN & W. PAS, *L'effet direct de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant*, in *Journal du droit des jeunes*, 1995, pp. 3-10

³⁶⁸ Ad esempio, il Cile, il Senegal, la Repubblica della Corea e l'Algeria.

³⁶⁹ OLINGA, *L'applicabilité directe de la Convention internationale de l'enfant devant le juge français*, RTDH, 1995, p. 702.

³⁷⁰ D. FOTTRELL, *op. cit.*, p. 14.

³⁷¹ I. BARRIÈRE BROUSSE, *L'Enfant et les Conventions Internationales*, *op. cit.*, p. 844 e ss.

ineguale, visione completamente opposta al principio di non discriminazione proclamato solennemente dall'art. 2 della Convenzione. Ciò porta alla fine, come sostengono anche altri in dottrina³⁷², a far prevalere il “giudiziario” sul “giuridico” ovvero a lasciare troppo spazio all'interpretazione dei giudici nazionali.

In conclusione, secondo la Barrière Brousse, la Comunità internazionale dovrebbe ormai aver acquisito la consapevolezza che la Convenzione sui diritti del fanciullo rappresenta un “conflitto di culture” che, in quanto tale, non potrà mai aspirare all'universalità³⁷³ e che il diritto convenzionale dell'infanzia deve affrontare tematiche più circoscritte, rendendosi più pragmatico e guadagnando, quindi, in efficacia e ciò potrà realizzarsi solamente lavorando in ambiti territoriali più ristretti e, dunque, più omogenei.

Come sottolineano poi i critici più scettici, alla fine la Convenzione resta un prodotto proposto, preparato, elaborato e ratificato dagli adulti³⁷⁴.

Nonostante il suo grande successo, pertanto, la Convenzione sui diritti del fanciullo continua ad alimentare il pensiero di J. J. Rousseau, il quale si domandava: “*C'è qualcosa di più debole e misero di un bambino, qualcosa di così dipendente dalla pietà, dalle cure e dall'affetto di chi lo circonda?*”³⁷⁵.

Infine, una delle critiche più frequenti alla Convenzione sui diritti del fanciullo riguarda la debolezza del suo sistema di controllo e di ciò si parlerà più approfonditamente nel prossimo paragrafo.

2.1.2 Mettere in pratica la Convenzione del 1989: il Comitato ONU per i diritti dell'infanzia

Una volta analizzati i principi chiave della Convenzione sui diritti del fanciullo e quelli relativi al modello ideale di giustizia penale minorile, occorre verificare che tipo di controllo sulla loro applicazione prevede il testo convenzionale.

La Convenzione, come sopra anticipato, prevede un sistema di controllo piuttosto debole sulla sua applicazione e sui progressi compiuti dagli Stati parte nell'adempiere alle sue obbligazioni (oltre a quelle dei due Protocolli opzionali sui conflitti armati e sulla vendita, la prostituzione e la pornografia minorile).

³⁷² Tra i quali Y. LEQUETTE (Y. LEQUETTE, *Le droit International privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales*, in *RCADI*, 1994, vol. 2, p. 246 e ss.) e P. CENDON (P. CENDON, “Introduzione” a *Il bambino e le cose. Diritti e doveri dei minori nella società dei consumi*, Franco Angeli, Milano, 1993), affermano che la Convenzione sui diritti del fanciullo è un documento troppo generico e poco incisivo, che getta in un unico contenitore troppe questioni diverse e non si occupa del problema principale, ovvero quello di impostare le linee fondamentali di un efficace sistema di rimedi contro gli illeciti commessi a danno dei bambini.

³⁷³ Sul punto I. BARRIÈRE BROUSSE, *L'Enfant et les Conventions Internationales*, op. cit., p. 844 e ss. e M. MARCHEGIANI, *La Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo: nascita, sviluppo e consacrazione dei diritti dell'infanzia*, op. cit., p. 17.

³⁷⁴ O. O'NEILL (O. O'NEILL, *Children's Rights and Children's Lives*, in “Ethics”, XCII aprile 1988, p.128), ad esempio, sostiene che: “*I bambini sono completamente e inevitabilmente dipendenti da coloro che detengono il potere sulle loro vite. La loro, non è una dipendenza che può essere creata artificialmente; né può essere risolta semplicemente attraverso cambiamenti politici o sociali...*”.

³⁷⁵ R. E. GOODING, *Protecting the Vulnerable. A Reanalysis of Our Social Responsibilities*, The University of Chicago Press, Chicago/London, 1985.

Gli Stati parte, infatti, sono chiamati ad “auto-valutarsi” tramite la presentazione di rapporti periodici³⁷⁶ al Comitato per i diritti dei minori³⁷⁷. Il Comitato, dopo un’approfondita analisi dei rapporti nazionali, invia allo Stato interessato osservazioni conclusive, consigli e raccomandazioni sui punti che possono essere migliorati (sottolineando, ad esempio, anche delle prassi positive diffuse in altri Stati) e ai quali lo Stato dovrà dare seguito e contezza in occasione della preparazione del successivo rapporto nazionale³⁷⁸.

Il Comitato, oltre alla documentazione presentata dai governi, analizza anche quella fornita dalle Organizzazioni Non Governative e intergovernative, le quali possono presentare rapporti supplementari o alternativi a quelli dei governi nelle materie di propria competenza e il cui apporto lavorativo è necessario affinché il Comitato possa desumere informazioni sulla veridicità di quanto scritto nei rapporti governativi.

La Convenzione sui diritti del fanciullo si è mostrata molto innovatrice proprio nel concretizzare la tendenza, all’epoca ancora poco diffusa, di associare l’opera delle Organizzazioni Non Governative all’applicazione delle convenzioni internazionali e si è del tutto superata, definendo, per la prima volta nel testo di una convenzione, quale debba essere in concreto il ruolo delle ONG ovvero controllare il rispetto delle disposizioni della Convenzione, ma anche impegnarsi a far conoscere ai minori di tutto il mondo quali sono i loro diritti³⁷⁹. Fin dall’inizio quindi la Convenzione sui diritti del fanciullo ha attirato e favorito il coinvolgimento di una fitta rete internazionale di ONG ed organizzazioni intergovernative.

Affinché i rapporti periodici possano svolgere un ruolo importante nel processo di attuazione, a livello nazionale, della Convenzione, gli stessi dovrebbero essere resi noti in ogni Stato parte, nonché dibattuti in maniera costruttiva insieme alle osservazioni conclusive del Comitato³⁸⁰.

³⁷⁶ I rapporti nazionali devono indicare, in maniera dettagliata, le misure che il singolo Stato ha adottato per dare attuazione, nel concreto, ai diritti dei minori tutelati nella Convenzione e nei due Protocolli opzionali e vanno presentati entro i primi due anni dalla ratifica della Convenzione, mentre i successivi ogni cinque anni (ex art. 44 della Convenzione sui diritti del fanciullo, ex art. 12 dell’OPSC e ex art. 8 dell’OPAC). Ogni due anni, il Comitato trasmette all’Assemblea Generale un rapporto relativo alla propria attività che tiene conto anche dei rapporti ricevuti dagli Stati.

³⁷⁷ Ex artt. 43 e 44 Convenzione di New York 1989. Il Comitato è composto da 18 esperti indipendenti “*di alta qualità morale e riconosciuta competenza nel campo disciplinato dalla presente Convenzione*”, nominati dagli Stati parte (in osservanza sia del principio dell’equa distribuzione geografica che del bilanciamento di genere) per un mandato di quattro anni. Il Comitato si riunisce a Ginevra tre volte l’anno e i suoi membri partecipano a titolo personale. Il ruolo del Comitato per i diritti dei minori è importante anche perché esso adotta i c.d. “Commenti generali” che servono per guidare gli Stati parte nel corretto adempimento della Convenzione e dei suoi articoli. I progetti dei “Commenti generali” sono fatti esaminare ad un numero selezionato di esperti in quanto sono atti aventi una portata quasi giurisdizionale e sono, infatti, considerati un po’ come la “giurisprudenza” del Comitato per i diritti dei minori.

³⁷⁸ In sostanza, attraverso i rapporti periodici, gli Stati riaffermano periodicamente il loro impegno internazionale nei confronti della tutela dei diritti dei minori.

³⁷⁹ M. MARCHEGIANI, *La Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo: nascita, sviluppo e consacrazione dei diritti dell’infanzia*, op. cit., p. 19-20. Fin dall’inizio, la Convenzione sui diritti del fanciullo ha, quindi, attirato e favorito il coinvolgimento di una fitta rete internazionale di ONG ed Organizzazioni intergovernative e il loro coinvolgimento è risultato necessario affinché il Comitato potesse desumere informazioni sulla veridicità di quanto scritto nei rapporti nazionali. Il Comitato per i diritti dei minori si adopera per ricevere informazioni dalle ONG che operano in un determinato Paese tramite i c.d. “*shadow report*”. Le ONG riporteranno le informazioni raccolte sul territorio in un’ottica sicuramente più oggettiva di quella dello Stato “sotto esame” chiamato ad autovalutarsi.

³⁸⁰ La Convenzione richiede, infatti, esplicitamente agli Stati, nel suo art. 44, par. 5, di rendere i loro rapporti nazionali ampiamente accessibili al pubblico. I rapporti dovrebbero essere resi accessibili a tutti, ad esempio attraverso la loro traduzione in tutte le lingue, sotto forme appropriate anche per i bambini (come hanno fatto l’UNICEF ed altre ONG, sviluppando versioni della Convenzione a misura d’infanzia). Inoltre, anche la stessa Convenzione e i suoi principi devono essere fatti conoscere, in maniera adeguata, sia agli adulti che ai minori di ogni Stato parte, come prevede l’art. 42. Sebbene tale ultima previsione possa sembrare una delle

Purtroppo, dall'adozione della Convenzione ad oggi, si è potuto notare che non sempre gli Stati “fanno tesoro” delle osservazioni finali del Comitato per suscitare dibattiti nazionali in grado di portare a dei seri cambiamenti nella tutela dei diritti dei minori nei propri Paesi. Lo strumento dei rapporti nazionali, infatti, continua ad essere gestito solamente dai governi senza alcun coinvolgimento della società civile³⁸¹. Pur avendo gli Stati parte la possibilità di essere controllati da diversi organismi (non solo, infatti, dal Comitato per i diritti dei minori, ma anche dalle ONG del settore, dal Relatore Speciale sulla vendita, la pedofilia, la prostituzione e la pornografia infantile, dal Rappresentante Speciale del Segretario Generale delle Nazioni Unite sui minori coinvolti nei conflitti armati e dal Rappresentante Speciale del Segretario Generale sulla violenza contro i minori), tale sistema di monitoraggio ha dimostrato, in questi anni, di essere insufficiente³⁸².

La principale criticità strutturale di questo sistema di controllo deriva, ovviamente, dal fatto che è lo stesso Stato che deve essere controllato ad autovalutarsi e a fare le vesti del giudice nella sua stessa causa. La Convenzione sui diritti del fanciullo, d'altronde, è nata caratterizzata proprio da un approccio “non polemico” e anche il Comitato per i diritti dei minori ha sempre messo l'accento sulla necessità di un dialogo con gli Stati improntato al confronto, anche nei casi più gravi di palese violazione della Convenzione³⁸³.

Questo approccio del Comitato, basato del tutto sulla diplomazia, ha ridotto la Convenzione sui diritti del fanciullo ad essere uno strumento fondato su obiettivi di lungo, anzi, lunghissimo termine, a detrimento dell'immediata protezione dei diritti dei fanciulli.

La mancata previsione di un sistema di monitoraggio più efficace era anche contraria ai *trends* internazionali del periodo in cui la Convenzione di New York è stata adottata.

Il Patto internazionale sui diritti civili e politici, la Convenzione contro la tortura e la Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne, ad esempio, prescrivevano già all'epoca un sistema di controllo attraverso non solo i rapporti periodici, ma anche tramite la possibilità di presentare reclami individuali ai vari comitati di competenza.

Inoltre, al di fuori del sistema delle Nazioni Unite, vi erano già illustri precedenti di trattati internazionali il cui mancato rispetto permetteva ai singoli di adire il corrispondente organo giurisdizionale di controllo: il caso esemplare è ovviamente quello della CEDU sulla quale vigila la Corte europea dei diritti dell'uomo.

obbligazioni meno rivoluzionarie a carico degli Stati parte, essa rappresenta, in realtà, una delle più rilevanti in quanto è fondamentale conoscere i propri diritti/doveri per poterli esercitare.

³⁸¹ I media, in particolare, sono molto poco coinvolti nel diffondere i principi ispiratori della Convenzione e anche le ONG spesso non approfittano del ruolo e dell'ascolto che il Comitato gli garantisce.

³⁸² Tale sistema di monitoraggio funziona in maniera discreta (ma comunque sempre non sufficiente) solamente nei confronti dei Paesi che hanno sempre presentato un alto livello di condiscendenza con i trattati internazionali sui diritti umani.

³⁸³ Vista l'intangibilità di alcuni diritti fondamentali, il Comitato per i diritti dell'uomo ha affermato la sua competenza nel pronunciarsi sulla validità di una riserva al Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, in quanto organo convenzionale incaricato del rispetto di tale strumento internazionale. Così facendo, il Comitato ha confermato l'opinione, largamente diffusa in dottrina, secondo la quale agli strumenti relativi ai diritti dell'uomo non si applicherebbero le regole della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati in materia di riserve e loro obiezioni (in tal senso si veda G. MEUNIER, *L'applicazione de la convention des nations unies relative aux droits de l'enfant dans le droit interne des états parties*, ibidem, p. 151). Il Comitato per i diritti dei minori, invece, non ha mai adottato una tale posizione, preferendo un dialogo aperto e “pacifista” con gli Stati parte e di conseguenza le rimostranze del Comitato nei confronti degli Stati parte sono sempre state presentate con molta prudenza.

Per anni, quindi, il Comitato per i diritti dei minori ha presentato un evidente limite funzionale, derivante dall'impossibilità di poter ricevere ricorsi individuali contro la violazione dei diritti sanciti nella Convenzione sui diritti del fanciullo.

Per sopperire a tale mancanza di competenza, il Comitato ha sempre raccomandato ai minori e ai loro rappresentanti di presentare ricorsi al Comitato per i diritti umani o al Comitato contro la Tortura o a quello per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale o ancora al Comitato per l'eliminazione delle discriminazioni contro le donne; in alternativa, i minori e i loro rappresentanti sono stati invitati ad avvalersi dei c.d. "appelli urgenti" alle procedure speciali create dal Consiglio per i Diritti Umani delle Nazioni Unite³⁸⁴.

In passato, quindi, altre convenzioni internazionali hanno sopperito, in parte³⁸⁵, alla mancanza di uno strumento normativo *ad hoc* che consentisse la presentazione di ricorsi individuali davanti al Comitato per i diritti dei minori finché, nel 2014, è entrato in vigore il tanto atteso Protocollo opzionale sulla procedura di reclamo.

Col passare del tempo, infatti, la Convenzione sui diritti del fanciullo era diventata l'unico trattato delle Nazioni Unite in materia di diritti umani, oltretutto quello più ratificato, a non avere un meccanismo internazionale di garanzia quasi-giurisdizionale. Ciò andava ovviamente a discapito dei diritti dei minori, in maniera discriminatoria, considerato anche che ben pochi diritti sanciti dalla Convenzione di New York trovano riscontro in altre convenzioni sui diritti umani e che le stesse, comunque, non sono *child-oriented*³⁸⁶.

A partire dagli anni '90, infatti, come sopra anticipato, tutte le maggiori convenzioni sui diritti umani delle Nazioni Unite hanno affiancato allo strumento del *reporting* (ovvero all'analisi dei rapporti periodici prodotti dagli Stati), quello della trattazione di reclami (presentati dagli individui o dagli Stati) ad opera dei rispettivi Comitati³⁸⁷ e la possibilità di questi ultimi di svolgere inchieste in caso di notizie attendibili di "gravi o sistemiche" violazioni dei diritti tutelati dalle stesse convenzioni³⁸⁸.

³⁸⁴ C. CARLETTI, A. FURIA, E. MARIA LE FEVRE CERVINI, V. ZAMBRANO, *Promozione, protezione ed attuazione dei diritti dei minori. Strumenti normativi, politiche e strategie a livello internazionale ed europeo*, Giappichelli, 2014.

³⁸⁵ Non tutti i diritti esistenti nella Convenzione di New York venivano, infatti, coperti dagli altri trattati.

³⁸⁶ Sul punto si veda il contributo portato alla prima sessione del Gruppo di lavoro da Jean Zermatten (doc A/HRC/WG.7/1/CRP.8) dove si evince che nella quasi-giurisprudenza degli altri Comitati, i casi che hanno riguardato situazioni in cui erano coinvolti dei minori costituiscono una percentuale molto bassa, compresa tra il 2% e il 2,5%, il che fa pensare ad una scarsa percezione di tali strumenti convenzionali come adatti a trattare casi che toccano i diritti dei minori.

³⁸⁷ Ad esempio è così per il Comitato sui diritti umani, il Comitato contro la tortura, il Comitato contro la discriminazione razziale sui diritti delle donne, il Comitato sulle sparizioni forzate e il Comitato sui diritti dei lavoratori migranti.

³⁸⁸ Lo strumento dell'inchiesta è utilizzabile dal Comitato contro la tortura, da quello contro la discriminazione nei confronti delle donne, dal Comitato sui diritti delle persone con disabilità, da quello sulle sparizioni forzate e infine dal Comitato per i diritti economici, sociali e culturali.

Per quanto riguarda quest'ultimo, la sua creazione è stata prevista nel Protocollo opzionale al Patto sui diritti economici, sociali e culturali adottato nel 2008 da parte dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite ed entrato in vigore, sul piano internazionale, nel 2013. Questo nuovo strumento permette ora anche agli individui o a gruppi di individui, sottoposti alla giurisdizione degli Stati che l'hanno ratificato, di presentare una comunicazione contro lo Stato per violazione dei diritti economici, sociali e culturali riconosciuti nel Patto. Questa novità ha permesso di completare uno dei pilastri fondamentali della Dichiarazione universale dei diritti umani ovvero il diritto a un rimedio efficace per le vittime delle violazioni di tutti i diritti fondamentali e anche di superare le obiezioni fondate sulla presunta ingiustiziabilità di molti diritti dei minori e in particolare di quelli sociali ed economici.

Grazie al nuovo Protocollo sulla procedura di reclamo, individui o gruppi di individui³⁸⁹ (o i loro rappresentanti), vittime di violazioni dei diritti sanciti sia dalla Convenzione sui diritti dei fanciulli che dagli altri due Protocolli opzionali, potranno quindi denunciare la violazione dei loro diritti direttamente al Comitato per i diritti dei minori; quest'ultimo analizzerà i loro ricorsi e potrà, alla fine, decidere di chiedere ai governi nazionali di prendere provvedimenti in merito³⁹⁰.

Purtroppo, nonostante le aspettative, il testo finale del Protocollo ha deluso chi sperava in un meccanismo di ricorso per i minori realmente *child-friendly*.

Molti degli elementi più innovativi contenuti nella bozza preparatoria alla fine sono stati, infatti, eliminati in favore di un testo che fa ben poche concessioni ai bisogni specifici dei minori, limitandosi a richiamare le procedure previste negli altri trattati sui diritti umani³⁹¹.

Tra gli aspetti più criticabili del Protocollo vi è, ad esempio, il mancato adattamento del criterio del previo esaurimento dei ricorsi interni, quale requisito di ammissibilità dei reclami³⁹², alle peculiarità proprie dei ricorrenti minorenni. Non si ritiene del tutto soddisfacente, infatti, rispetto all'iniziale proposta, che l'art. 7 del Protocollo ammetta anche i reclami presentati senza aver esaurito i rimedi presenti a livello nazionale ove questi ultimi eccedano una durata ragionevole e non siano realmente efficaci per il ricorrente in termini di benefici effettivi.

Altra scelta discutibile è stata quella di mantenere il termine di un anno dall'esaurimento dei ricorsi interni per proporre il reclamo al Comitato (art. 7), salvo nei casi in cui si dimostri di essere stati nell'impossibilità di poterlo fare. Tale norma non ha paralleli negli altri Comitati, salvo quanto previsto nell'art. 3, comma 2, del Protocollo opzionale al Patto sui diritti economici, sociali e culturali e nell'art. 35 della Corte europea dei diritti dell'uomo (dove però il termine è di sei mesi). Il termine annuale è stato introdotto nel Protocollo sulla procedura di reclamo per contenere il possibile afflusso di reclami da parte di individui adulti relativi a fatti in cui erano stati coinvolti in giovane età e per tale ragione appare contrario allo spirito della Convenzione sui diritti del fanciullo.

Da sottolineare sempre in senso negativo è il fatto che i reclami individuali saranno trattati attraverso una procedura scritta che non prevede l'ascolto del minore proprio come avviene per i reclami per la violazione degli altri trattati internazionali. Come questo possa conciliarsi con una procedura *child-sensitive* e con il principio stesso dell'ascolto del minore resta difficile da comprendere e da immaginare³⁹³. Al riguardo, il Comitato per i diritti dei minori, in una sua nota³⁹⁴, aveva sottolineato l'importanza di prevedere, come

³⁸⁹ Il riferimento al termine "individuo" nell'indicare il ricorrente piuttosto che a quello di "minore" è stato scelto deliberatamente per includere anche le vittime che erano minorenni al momento della violazione della Convenzione o degli altri due Protocolli e che nelle more dell'esaurimento dei ricorsi nazionali interni hanno raggiunto la maggiore età.

³⁹⁰ Riguardo al nuovo Protocollo, Navi Pillay (UN High Commissioner for Human Rights) ha affermato che: "*Children will now be able to join the ranks of other rights-holders who are empowered to bring their complaints about human rights violations before an international body*".

³⁹¹ S. EGAN, *The new complaints mechanism for the Convention on the rights of the child: a mini step forward for children*, in *International Journal of children's rights*, 2014, p. 206, 208 e 223.

³⁹² Tale criterio è previsto in tutte le procedure internazionali, giurisdizionali o quasi-giurisdizionali, per la garanzia dei diritti umani.

³⁹³ P. DE STEFANI, *Il terzo Protocollo opzionale alla Convenzione sui diritti del bambino*, in *Rivista Pace diritti umani*, 2012, p. 23.

³⁹⁴ A/HRC/WG.7/2/3, par. 20.

possibilità, l'ascolto diretto del minore che lamentasse una violazione dei suoi diritti, anche per accertare che la procedura intrapresa fosse nel suo superiore interesse, ma ciò non è servito.

Mentre il reclamo individuale deve essere trasmesso dal minore (o da chi per lui) "il prima possibile" allo Stato interessato, quest'ultimo ha a disposizione sei mesi per trasmettere le proprie considerazioni su ammissibilità e merito. Nemmeno il tentativo di ridurre questo termine (presente anche nella procedura degli altri Comitati), in ragione della particolare urgenza che va attribuita a tutti i casi che riguardano dei minori, è andato a buon fine. Ciò nonostante, l'art. 6 del Protocollo ha introdotto un meccanismo per permettere al Comitato di richiedere allo Stato interessato, in casi eccezionali, di prendere delle misure provvisorie per impedire danni irreparabili alla presunta vittima. Nonostante la formulazione restrittiva della norma ("*casi eccezionali*", "*danni irreparabili*") è comunque un tentativo di ridimensionare le tempistiche³⁹⁵.

Il Protocollo ha anche inserito una norma che, con il pretesto di adattare l'esame dei reclami alla realtà socio-economica dei diversi Stati membri, ha, in realtà, introdotto una discriminazione tra le varie categorie di diritti previsti dalla Convenzione sui diritti del fanciullo che almeno nell'ambito dei diritti dei fanciulli sembrava ormai abbandonata³⁹⁶.

L'art. 10, comma 4, del Protocollo prevede, infatti, che, quando si tratta di violazioni di diritti economici, sociali e culturali, il Comitato dovrà considerare che gli Stati possono adottare una serie di misure politiche per dar loro attuazione. Tale disposizione suggerisce, pertanto, un regime speciale (attenuato) per questa categoria di diritti e risponde chiaramente al desiderio degli Stati di non consentire al Comitato un'interferenza, ritenuta eccessiva *a priori* (anche quando si tratta di tutelare i diritti dei minori), nelle loro politiche economiche e sociali.

Per quanto riguarda, inoltre, il monitoraggio del *follow-up* delle decisioni del Comitato, ovvero un punto critico di tutti i trattati internazionali a tutela dei diritti umani, l'art. 11 del nuovo Protocollo, dopo aver stabilito che gli Stati devono "prestare debita considerazione alle opinioni e alle raccomandazioni del Comitato" (ribadendo, così, il carattere meramente raccomandatorio di queste ultime), precisa che devono anche fornire una risposta scritta ai rilievi del Comitato "il prima possibile" o comunque "entro sei mesi". Anche in questo caso, l'utilizzo della formula *child-sensitive* "*as soon as possible*" è stata alla fine temperata dal richiamo al consueto termine di sei mesi.

Da segnalare, ancora in senso negativo, è che nel Protocollo non compare, nonostante le raccomandazioni fatte in tal senso da varie ONG ed esperti, il divieto esplicito di apporre riserve. Trattandosi di uno strumento che non crea nuovi diritti sostanziali, ma istituisce solo una nuova procedura di monitoraggio, le riserve avrebbero dovuto essere escluse³⁹⁷.

³⁹⁵ Sul carattere vincolante delle misure cautelari richieste bisognerà rifarsi al diritto internazionale generale. Negli ultimi anni è cresciuto indubbiamente il consenso riguardo alla loro natura vincolante, alla luce dei principi di buona fede e *pacta sunt servanda*, specialmente quando sono in gioco diritti fondamentali (si veda al riguardo: Corte internazionale di giustizia, *LeGrand*, ICJ Rep. 2011, 466 (99) e il General Comment n. 33 del Comitato sui diritti umani del 5 novembre 2008).

³⁹⁶ P. DE STEFANI, *ibidem.*, p. 24.

³⁹⁷ Un'esplicita proibizione in tal senso è contenuta, d'altronde, in strumenti analoghi come il Protocollo alla Convenzione contro la discriminazione nei confronti delle donne e quello alla Convenzione contro la tortura e sarebbe, pertanto, stato opportuno inserirla anche in questo Protocollo visto che nella conclusione delle sessioni del Gruppo di lavoro, i delegati di alcuni Paesi (Federazione

Indubbiamente, però, la sconfitta più grande del nuovo Protocollo è stata quella di non ammettere la proposizione di reclami collettivi da parte di soggetti diversi dalle vittime dirette di una violazione della Convenzione sui diritti del fanciullo o dei suoi Protocolli, come, ad esempio, ONG, garanti dei diritti dei fanciulli o istituzioni nazionali per i diritti umani.

Consentirlo, come auspicava lo stesso Comitato per i diritti dei fanciulli, avrebbe garantito una voce ai minori più emarginati, la cui capacità di agire è limitata da caratteristiche personali, dalla legge o da tradizioni culturali che non ne riconoscono l'autonomia e avrebbe valorizzato ancora di più, su scala internazionale, le figure della società civile che si occupano della tutela dei diritti dei minori, continuando l'opera intrapresa in tal senso dalla Convenzione di New York³⁹⁸.

Secondo coloro che erano contrari all'introduzione dei reclami collettivi ammetterli avrebbe duplicato sia la procedura di inchiesta prevista nel nuovo Protocollo che quella dell'esame dei rapporti periodici in quanto le ONG possono, in entrambi i casi, inserirsi per segnalare al Comitato situazioni di violazioni estese dei diritti dei minori. Inoltre, i reclami collettivi avrebbero potuto creare problemi circa l'accertamento del requisito del previo esaurimento dei ricorsi interni, avrebbero esposto il Comitato al rischio di trattare casi soltanto teorici e soprattutto, motivo realmente determinante, avrebbero scoraggiato gli Stati a ratificare il Protocollo³⁹⁹.

Appare, pertanto, molto deludente dover ammettere che ragioni puramente processuali e politiche hanno prevalso sul considerare i reclami collettivi come nient'altro che uno strumento in più a tutela dei diritti dei minori più deboli, vittime di violazioni della Convenzione sui diritti del fanciullo.

Per quanto riguarda, invece, gli aspetti positivi del nuovo Protocollo si sottolinea l'articolo 3 che richiede espressamente al Comitato per i diritti dei minori di adottare delle norme procedurali per i suoi nuovi compiti che siano improntate al principio del superiore interesse del minore.

Inoltre, al fine di evitare che vengano tutelati solo gli interessi degli adulti che presentano i ricorsi per conto dei fanciulli, è stato inserito il par. 2 dell'art. 3. Quest'ultima previsione prevede che il Comitato possa adottare delle procedure per evitare la manipolazione del minore da parte di chi agisce in suo conto e possa, altresì, rifiutarsi di esaminare i ricorsi che non ritiene essere utili per tutelare il superiore interesse del minore interessato (in presenza, cioè, di un preciso "*fumus* di manipolazione").

Russa, Nigeria, Cina, Iran) hanno avanzato delle dichiarazioni in cui si prefigurava proprio la possibile presentazione di riserve. Ad esempio, per escludere uno o l'altro dei Protocolli opzionali dalla competenza per materia del Comitato, per introdurre limiti alla possibilità che un minore possa sottoporre direttamente reclami al Comitato senza l'intervento di un rappresentante legale o per escludere che al Comitato possano essere presentate reclami da parte di soggetti che agiscono senza il consenso della vittima (A/HRC/17/36, par. 101-106).

³⁹⁸ Un meccanismo di reclamo collettivo è previsto dalla Carta sociale europea (Protocollo opzionale alla Carta sociale europea del 1995 sui reclami collettivi) e dalla Carta africana sui diritti e il benessere dei bambini e procedure assimilabili sono previste dall'Unesco e dall'Organizzazione internazionale del lavoro.

³⁹⁹ A/HRC/17/36, par. 47-50.

Queste devono essere le regole generali quando il minore non agisce direttamente oltre al fatto che per rappresentare un minore è sempre necessario il suo consenso in quanto vittima, salva la possibilità di giustificarne l'assenza⁴⁰⁰.

Da segnalare sempre in positivo vi è il mancato inserimento, tra i criteri di ammissibilità dei ricorsi individuali (art. 7), del limite del "danno evidente" (*clear disadvantage*) subito dal minore come conseguenza della violazione di un diritto riconosciuto nella Convenzione di New York.

L'introduzione di tale limite era stato proposto per evitare che il Comitato venisse sommerso da reclami futili e anche perché una norma simile è presente sia nell'art. 4 del Protocollo opzionale al Patto sui diritti economici, sociali e culturali che nel Protocollo n. 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁴⁰¹. Alla fine tale proposta venne fortunatamente rigettata in nome del principio del superiore interesse del minore in quanto appare "*difficult to think of a situation where a child's right has been violated but the child had suffered no clear disadvantage*"⁴⁰².

È evidente che il testo finale del terzo Protocollo opzionale alla Convenzione sui diritti del fanciullo contenga vistosi punti deboli, adattandosi solo parzialmente ai caratteri di uno strumento effettivamente "a misura di minore", visto che sono molto poche le innovazioni *child-sensitive* rispetto alle procedure individuali di reclamo previste negli altri trattati sui diritti umani.

Quest'ultimo punto fu sottolineato dalla Dott.ssa Maud de Boer Buquicchio (Deputata presso l'ufficio del Segretario generale del Consiglio d'Europa) che affermò "*I am afraid that we have affirmed that children are mini-humans with mini-rights and the current draft fits this idea of children*"⁴⁰³.

Nonostante le critiche, l'entrata in vigore di questo strumento segna indubbiamente l'inizio di una nuova era per la tutela dei diritti dei minori a livello internazionale e ci si aspetta che il Comitato per i diritti dei minori farà il possibile, attraverso le proprie regole di procedura, per assicurare il funzionamento del Protocollo in linea con il principio del superiore interesse del minore.

In conclusione, non si può negare che la Convenzione sui diritti del fanciullo abbia esteso, in modo considerevole, la diffusione dei diritti dei minori a livello internazionale grazie soprattutto alla sua forza morale. Il fatto stesso che la Convenzione sia stata quasi universalmente ratificata in tempi *record* è infatti un

⁴⁰⁰ Significativo a questo proposito è stato un caso discusso dal Comitato sui diritti umani nel 2007. Lo Humanitarian Law Centre di Belgrado aveva portato davanti al Comitato, nel 2004, il caso di un bambino rom che aveva subito pesanti abusi da parte di alcuni adulti in Serbia. Le autorità giudiziarie avevano adottato misure di indagine e sanzionatorie del tutto inadeguate nei confronti degli autori di tali abusi e il Centro, dopo aver patrocinato per alcuni mesi il minore e la sua famiglia in Tribunale, aveva perso i contatti con la vittima a causa delle forti pressioni esercitate sul minore e sulla famiglia affinché ritirassero la denuncia. Visto che il Centro non possedeva un mandato o comunque la prova del consenso all'iniziativa giudiziaria intrapresa presso il Comitato e nonostante lo stesso Comitato riconoscesse come molto plausibile che la carenza del consenso del minore fosse imputabile proprio alle pressioni esercitate dagli autori degli abusi, la comunicazione è stata ritenuta inammissibile (doc. CCPR/C/89/D/1355/2005). Essendo inammissibile che ciò si verificasse anche davanti al Comitato per i diritti dei minori, l'art. 5 del Protocollo, che consente di giustificare l'assenza del consenso della vittima, serve proprio per scongiurare tale eventualità, ma la sua reale efficacia dovrà essere verificata nella prassi.

⁴⁰¹ Art. 12 del Protocollo n. 14 che modifica l'art. 35 della CEDU.

⁴⁰² A/HRC/17/36, par. 61.

⁴⁰³ Parte del discorso di Maud de Boer Buquicchio, Deputy Secretary General of the Council of Europe (http://www.coe.int/t/dc/press/news/20061216_disc_sga_EN.asp).

significativo indice della circostanza che vi fosse, già all'epoca, un forte consenso per quanto riguarda almeno lo spirito della Convenzione, se non proprio in merito al rispetto letterale delle sue disposizioni.

Positivo anche il fatto che i diritti dei minori non hanno finito per “ghettizzarsi” o “marginalizzarsi”, come è successo invece ai diritti riconosciuti alle donne; la filosofia che guida tutta la Convenzione, infatti, è quella di mettere i fanciulli al centro di ogni azione che li riguarda direttamente o indirettamente attraverso quindi un approccio *child-centered*⁴⁰⁴.

La Convenzione è stata anche d'ispirazione per moltissime iniziative nazionali a tutela dei minori, come la creazione di una vasta gamma di organi, strutture e attività incentrate sui bisogni dell'infanzia⁴⁰⁵ ed ha costituito anche la base per l'adozione di altri strumenti internazionali ed europei che, come vedremo, ne hanno aumentato la portata applicativa e sicuramente innalzato lo *standard* di protezione esistente all'epoca della sua adozione.

Inoltre, la Convenzione ha introdotto una nuova metodologia d'azione, ovvero ha messo in luce l'importanza di un approccio multidisciplinare e intersettoriale nella definizione di politiche e programmi d'azione in favore dei minori che devono quindi essere caratterizzati da una sinergia di interventi, più che da una frammentazione degli stessi, in modo tale da garantire l'indivisibilità e l'interdipendenza dei diritti che la stessa garantisce⁴⁰⁶.

Il Comitato per i diritti dei minori ha giocato anch'esso un ruolo importante nel far proliferare l'adozione di politiche *child-friendly* negli Stati contraenti, nonostante gli evidenti limiti del suo stesso mandato.

È di fondamentale importanza che gli Stati parte continuino ad agire, negli anni a venire, con la stessa “mentalità” del Comitato per i diritti dei minori, vedendo sempre la ratifica della Convenzione dei diritti del fanciullo come un mero punto di partenza verso una giustizia a misura di minore.

2.2 Le principali Convenzioni dell'Aja a tutela dei fanciulli

Al fine di presentare un quadro dei diritti garantiti ai minori a livello internazionale che sia il più completo possibile, si ritiene opportuno soffermarsi ora sulle due Convenzioni dell'Aja più significative per le tematiche della presente ricerca e che sono anche tra quelle che sono state oggetto di più larga ratifica da parte degli Stati membri dell'Unione europea.

⁴⁰⁴ D. FOTTRELL, op. cit., p. 13.

⁴⁰⁵ Ad esempio: unità per i diritti dell'infanzia in sede di Governo, ministri per l'infanzia, coalizioni di ONG per i diritti dei minori, ombudspersons, referendum aperti solo ai minori e così via. Indubbiamente, il fatto che si siano verificati questi progressi indica un cambiamento nella percezione del ruolo dei minori all'interno della società, la volontà di dare una maggiore priorità politica all'infanzia e una sensibilità in aumento per l'impatto dell'azione dei Governi nazionali sui fanciulli e sui loro diritti, così come ha rilevato lo stesso Comitato per i diritti dei minori (si veda al riguardo: Commento Generale n. 5 – *Misure di attuazione della Convenzione sui diritti dell'infanzia* (artt. 4, 42 e 44, par. 6), CRC/GC/2003/5).

⁴⁰⁶ G. MEUNIER, *L'application de la convention des nations unies relative aux droits de l'enfant dans le droit interne des états parties*, op. cit., p. 40.

Innanzitutto, però, bisogna premettere che della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato fa parte, dal 2007, anche l'Unione europea e che il tema della protezione dei minori è stato al centro dell'attenzione della Conferenza fin dall'inizio della sua esistenza⁴⁰⁷.

La Convenzione sulla tutela dei minori del 1902, adottata dalla Conferenza dell'Aja, rappresenta, infatti, uno dei primi strumenti multilaterali riguardante la posizione giuridica dei minori in un contesto internazionale e il primo ad aver affermato che l'interesse del minore è uno dei criteri fondamentali da tenere in considerazione.

Nel 1980, anche per far fronte alle crescenti problematiche delle "famiglie internazionali", la Conferenza dell'Aja adottò la Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori ovvero uno strumento di natura cautelare che mira, salvo casi eccezionali, ad assicurare l'immediato ritorno del fanciullo fino agli anni 15⁴⁰⁸ nello Stato in cui risiedeva abitualmente prima del trasferimento illecito in un altro Stato membro.

L'art. 11 della Convenzione sui diritti del fanciullo, dedicato agli spostamenti e ai non-ritorni illeciti di minori all'estero, prescrive, a tal fine, agli Stati parte di favorire la conclusione di accordi bilaterali o multilaterali oppure di aderire ad accordi esistenti. Il "sistema" della Convenzione di New York, infatti, non richiede agli Stati contraenti di onorare immediatamente i loro oneri sostanziali, ma piuttosto gradualmente e i loro progressi, come abbiamo visto, sono monitorati dal Comitato per i diritti dei minori.

Questa prassi si differenzia molto dal "sistema" delle Convenzioni dell'Aja, le quali, anche se contengono dichiarazioni di principio (in particolare nei loro Preamboli), non sono dei meri documenti politici⁴⁰⁹. Esse, infatti, stabiliscono regole di diritto internazionale privato e richiedono, pertanto, azioni concrete. In sostanza, le Convenzioni dell'Aja trasformano "*soft law rights into pragmatic mechanism (hard law)*"⁴¹⁰; esse hanno da tempo l'importante ruolo di eseguire le disposizioni della Convenzione sui diritti del fanciullo, senza riprodurle in maniera meccanica, ma prendendole in considerazione come punti di partenza per la migliore regolamentazione della tutela dei diritti dei minori.

In materia di sottrazione internazionale dei minori, la Convenzione dell'Aja del 1980 rappresenta il migliore veicolo, a livello internazionale, per realizzare quanto prescritto, nove anni dopo, dall'art. 11 della

⁴⁰⁷ La Conferenza dell'Aja, un tempo composta unicamente da Stati membri, ha, infatti, emendato il proprio Statuto al fine di consentire l'adesione anche ad organizzazioni regionali di integrazione economica, specificando che tale modifica era una conseguenza dell'espressa intenzione dell'allora Comunità europea di diventarne membro (Atto finale della XX sessione della Conferenza, adottato all'Aja il 30 giugno 2005, RDIPP, 2006, 282). Tale proposito divenne realtà il 3 aprile 2007 quando la Comunità europea aderì effettivamente alla Conferenza dell'Aja. L'Unione, attualmente, ha ratificato la Convenzione dell'Aja del 2007 sul recupero internazionale degli alimenti nei confronti dei figli minori e di altri membri della famiglia e il Protocollo dell'Aja del 23 novembre 2007 sulla legge regolatrice delle obbligazioni alimentari, nonché ha firmato la Convenzione dell'Aja del 20 giugno 2005 sugli accordi sulla scelta del foro.

⁴⁰⁸ Ai sensi dell'art. 4 della Convenzione, infatti, l'applicazione della stessa cessa quando il minore compie 16 anni.

A sostegno di ciò, bisogna rilevare come nella prassi della Conferenza dell'Aja le riserve siano state raramente ammesse e sempre, comunque, con molta riluttanza⁴⁰⁹, a differenza del sistema delle Nazioni Unite che le ammette ampiamente. Al riguardo si veda D. McCLEAN "*Perspectives on universal ratification*" in S. Detrick & P. Vlaardingerbroek (eds.), *Globalization of Child Law - the role of the Hague Conventions*, 1999, p. 84.

⁴¹⁰ A. MARAVEL, "*The U.N. Convention on the rights of the child and the Hague Conference on Private International Law: The dynamics of children's rights through legal strata*", in *Transnational law & contemporary problems*, 1996, p. 320.

Convenzione sui diritti del fanciullo e, non a caso, tutti gli Stati membri dell'Unione europea hanno provveduto a ratificarla⁴¹¹.

Ai sensi di detta Convenzione, il minore sottratto ha diritto a che il suo caso venga deciso nel merito dal Tribunale del luogo di residenza abituale, l'unico in grado di prendere misure a lungo termine per la sua protezione, avendo accesso diretto alle informazioni più rilevanti sulla sua storia familiare precedente alla sottrazione. Nonostante questa Convenzione non faccia esplicito riferimento al principio del superiore interesse del minore, come criterio guida per assicurare il ritorno del fanciullo illegittimamente portato all'estero, gli Stati firmatari ne hanno riconosciuto comunque l'importanza nel Preambolo della stessa⁴¹².

A livello di Unione europea esiste una grande disomogeneità nella tutela dei minori anche in settori oggetto di armonizzazione e l'ambito della sottrazione internazionale di minori, rientrando nella competenza del Reg. (CE) 2201/2003 (Bruxelles II *bis*), ha mostrato bene le difficoltà di conciliare prassi tanto diverse negli Stati membri.

Innanzitutto, non esisteva, infatti, fino a poco tempo fa, una nozione chiara e specifica di "residenza abituale del minore" benché dalla determinazione della stessa dipendesse l'applicazione, non solo delle norme introdotte dalla Convenzione dell'Aja del 1980 e dal Reg. (CE) 2201/2003, ma anche della stessa nozione di trasferimento illecito. Individuare, infatti, correttamente il luogo dal quale il minore è stato sottratto significa tutelare il superiore interesse dello stesso a non essere sradicato dal proprio ambiente di vita e di relazione, tutelando, così, il diritto del fanciullo al rispetto della vita privata e familiare, così come sancito dall'art. 8 della CEDU, nonché dall'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

La mancanza di una nozione condivisa, a livello internazionale e UE, del concetto di "residenza abituale del minore" ha fatto sì che, talvolta, i giudici nazionali per definirlo attribuissero troppa importanza, ad esempio, alle intenzioni dei genitori espresse in sede di separazione o alla durata del periodo trascorso illegittimamente all'estero, considerato, in alcuni casi, sufficiente a radicare una nuova residenza c.d. "affettiva del minore"; tale ultimo criterio di valutazione ha portato, e porta ancora, a conseguenze molto diverse, addirittura all'interno di uno stesso Stato⁴¹³. Altre volte si è dato ascolto al volere del minore troppo piccolo o è stato dato peso ad elementi formali, come la sussistenza di provvedimenti giudiziari o del certificato di nascita⁴¹⁴, sacrificando spesso, in tutti questi casi, la ricerca del superiore interesse del minore.

Inoltre, mancando una nozione di "residenza abituale", l'istituto della sottrazione internazionale si è piegato anche a facili strumentalizzazioni volte a consentire a certi giudici nazionali di addivenire a decisioni

⁴¹¹ C.S. BRUCH, *"The Hague child abduction convention: past accomplishments, future challenges"* in S. Detrick & P. Vlaardingerbroek (eds.), *Globalization of Child Law - the role of the Hague Conventions*, 1999, p. 37.

⁴¹² Il Preambolo della Convenzione testualmente afferma che *"Gli Stati firmatari della presente Convenzione, profondamente convinti che l'interesse del minore sia di rilevanza fondamentale in tutte le questioni pertinenti alla sua custodia..."*.

⁴¹³ Si veda, ad esempio, Corte di Cassazione, sentenza del 16 giugno 2009, n. 13936 in cui il termine di dieci mesi trascorso da un minore italiano nel Paese in cui era stato portato illegittimamente non è stato ritenuto idoneo a fondare un cambiamento della residenza abituale del bambino e Corte di Cassazione, sentenza n. 3798 del 2008 in cui, invece, un periodo addirittura inferiore è stato ritenuto sufficiente a radicare una nuova residenza affettiva del minore illegittimamente sottratto.

⁴¹⁴ Si veda, ad esempio, Corte di Cassazione, sentenza n. 6779 del 2000 in cui la residenza abituale del minore è stata individuata in un luogo formale, sulla scorta del certificato anagrafico, senza che venisse svolta un'analisi in fatto che tenesse conto dell'effettivo radicamento del minore in un particolare ambiente di vita, caratterizzato da relazioni, abitudini, interessi e una certa quotidianità.

favorevoli alla tutela del genitore connazionale anche se sottraente (c.d. “patriottismo delle decisioni di non ritorno del minore”).

Sul punto è intervenuta la Corte di Giustizia nel 2009⁴¹⁵ con un intervento chiarificatore che ha portato alla creazione di una nozione UE autonoma di “*residenza abituale*” quale “*quel luogo che denota una certa integrazione del minore in un ambiente sociale e familiare. A tal fine, si deve tener conto della durata, della regolarità, delle condizioni e delle ragioni del soggiorno nel territorio di uno Stato membro e del trasloco della famiglia in tale Stato, della cittadinanza del minore, del luogo e delle condizioni della frequenza scolastica, delle conoscenze linguistiche, nonché delle relazioni familiari e sociali del minore in detto Stato*”⁴¹⁶.

Rimangono, tuttavia, una serie di situazioni particolarmente complesse in cui l’individuazione della residenza abituale dei minori risulta particolarmente ardua: ad esempio, casi in cui la vita familiare è caratterizzata da un’elevata mobilità dei genitori da uno Stato all’altro, ovvero quelli in cui è individuabile una doppia residenza del minore che si verifica quando la prole viene affidata congiuntamente ai genitori ed è possibile individuare una residenza principale e una secondaria⁴¹⁷; oppure vi sono casi di doppia residenza del minore del tutto sovrapponibili in presenza di un affidamento congiunto alternato con collocamento del minore a settimane alterne presso entrambi i genitori⁴¹⁸.

Altro caso problematico riguarda la sottrazione di un minore neonato in quanto, vista la tenera età, esso appare difficilmente legato ad un Paese piuttosto che ad un altro. In questi ultimi casi, il luogo di residenza abituale del minore è stato individuato dalla Corte di Giustizia, la quale ha ritenuto che debba essere quello del genitore che principalmente provvede al neonato, ovvero, generalmente, la madre, superando, così, inevitabilmente i criteri, normalmente prevalenti, della stabilità e della durata della presenza del minore in un dato territorio⁴¹⁹.

Come vedremo nel prosieguo, la Corte europea dei diritti dell’uomo, al riguardo, ha tutelato diversamente il superiore interesse del minore.

A causa dell’insoddisfazione di alcuni Stati membri⁴²⁰ rispetto al funzionamento della Convenzione dell’Aja sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori, l’Unione europea ha adottato, come

⁴¹⁵ CGUE, 2 aprile 2009, Causa C- 523/07.

⁴¹⁶ Secondo la Corte di Giustizia, quindi, i giudici nazionali devono verificare se sussiste quel carattere di stabilità che distingue la residenza abituale dalla mera presenza sul territorio del minore e per farlo devono verificare se sussistono i requisiti indicati dalla Corte che non sono né tassativi né gerarchici e che sono da valutare secondo un criterio di prevalenza e non solo su quello della durata temporale della permanenza del fanciullo in un dato Stato. La giurisprudenza di legittimità italiana, al contrario, dà normalmente rilievo solo all’elemento della stabilità e della durata dei rapporti affettivi e parentali del minore creati in un determinato Paese.

⁴¹⁷ Ovvero il luogo in cui il minore trascorre i periodi con il genitore che vanta un diritto di visita.

⁴¹⁸ Tale forma di affidamento è ancora poco praticata in Italia, mentre trova spazio in diverse legislazioni europee come Francia, Germania e Olanda.

⁴¹⁹ In questi casi, infatti, la Corte di Giustizia ritiene fondamentali altri tipi di criteri quali le ragioni del trasferimento in un altro Stato membro della madre, le sue conoscenze linguistiche, le sue origini familiari e geografiche e i rapporti familiari o sociali che la madre e il minore intrattengono con lo Stato membro in cui si sono trasferiti contro il volere paterno.

⁴²⁰ Il riferimento è soprattutto alla Francia. Sul punto si veda “Documento di lavoro della Commissione. Riconoscimento reciproco delle decisioni relative alla potestà dei genitori, 27 marzo 2001, COM (2001) 166, p. 8 e in dottrina M. TENREIRO, *L’espace judiciaire européen en matière de droit de la famille, le nouveau règlement Bruxelles II*, in *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale* (sous la dir. de Hugues Fulchiron, Cyril Nourissat), Dalloz, 2005, p. 19.

abbiamo visto, il Reg. CE 2201/2003 (c.d. Bruxelles II *bis*) sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale.

In particolare, era stato fortemente criticato l'articolo 13, lett. b, della Convenzione dell'Aja che consente di bloccare il meccanismo di rimpatrio del minore allorché vi sia il timore che quest'ultimo rischi di venir esposto a seri pericoli fisici o psichici o, comunque, ad una situazione intollerabile nello Stato ove in precedenza risiedeva⁴²¹.

Il frequente ricorso a tale norma, infatti, ha impedito in molti casi il rimpatrio dei minori illecitamente trasferiti, determinando, altresì, l'acquisizione della competenza a decidere, in ordine alla responsabilità genitoriale, alle autorità dello Stato di destinazione dei minori, a tutto vantaggio del genitore sottraente⁴²².

Al fine di diminuire tale fenomeno, il regolamento europeo ha, in un certo senso, "comunitarizzato" il consolidato meccanismo della Convenzione dell'Aja, integrandone la disciplina con norme specificatamente applicabili nello spazio giuridico europeo, volte ad ovviare agli inconvenienti verificatisi nell'applicazione della disciplina convenzionale⁴²³.

Le sottrazioni di minori da uno Stato membro all'altro sono, pertanto, ormai regolamentate da "*un insieme di regole costituito dalle disposizioni della Convenzione dell'Aja del 1980 come completate da quelle del regolamento n. 2201/2003, fermo restando che, nell'ambito di applicazione di quest'ultimo, il primato spetta ad esso*"⁴²⁴.

Sulla base della disciplina dell'Aja, il rientro del minore può essere negato nel caso in cui lo stesso si sia già integrato nel nuovo ambiente dopo un anno dall'illecito trasferimento⁴²⁵ quando la persona o l'ente cui era affidato non esercitava effettivamente il diritto di affidamento al momento del trasferimento o del mancato rientro o nel caso in cui l'affidatario aveva consentito, anche successivamente, al trasferimento o al mancato ritorno⁴²⁶; infine, come sopra anticipato, il ritorno del minore può essere impedito nel caso di fondato rischio che lo stesso, ritornando nel Paese d'origine, si trovi esposto a pericoli fisici o psichici o in una situazione intollerabile⁴²⁷.

Proprio riguardo a quest'ultima ipotesi, il Regolamento Bruxelles II *bis* ha affermato l'importante principio secondo cui il minore, pur potenzialmente esposto a rischi per il fatto del suo ritorno, debba

⁴²¹ Sul punto si veda L. CARPANETO, *Reciproca fiducia e sottrazione internazionale di minori nello spazio giudiziario europeo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 2, 2011, p. 361 e ss.

⁴²² M. TENREIRO, *L'espace judiciaire européen en matière de droit de la famille, le nouveau règlement Bruxelles II*, op. cit., p. 27.

⁴²³ S. TONOLO, *La sottrazione dei minori nel diritto processuale civile europeo: il regolamento Bruxelles II-bis e la convenzione dell'Aja del 1980 a confronto*, in *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2011, p. 81 e ss. e P. McELEAVY, *Brussels II bis: Matrimonial Matters, Parental Responsibility, Child Abduction & Mutual Recognition*, in *International and Comparative Law Quarterly*, pp. 503-512.

⁴²⁴ Punto 36 della sentenza del 5 ottobre 2010, causa C-400/01 PPU, *J.McB. c. L.E.*, reperibile sul sito <http://curia.europa.eu/>. Esula dall'ambito di applicazione di entrambi il regime di affidamento che deve essere definito dal giudice nazionale sulla base del diritto interno. D'altronde, proprio dalla violazione di tale regime di affidamento scaturisce l'applicazione della disciplina sulla sottrazione internazionale.

⁴²⁵ Art. 12, par. 2, Convenzione dell'Aja del 1980 sulla sottrazione internazionale di minori.

⁴²⁶ Art. 13, lett. a Convenzione dell'Aja del 1980 sulla sottrazione internazionale di minori.

⁴²⁷ Art. 13, lett. b Convenzione dell'Aja del 1980 sulla sottrazione internazionale di minori.

comunque essere rimpatriato se sussiste la prova dell'esistenza, nello Stato d'origine, di misure adeguate a sua protezione (art. 11, par. 4)⁴²⁸.

La disposizione più significativa introdotta dal Regolamento Bruxelles II *bis* è contenuta nell'art. 11, par. 8, in virtù del quale il giudice dello Stato di residenza abituale del minore può emettere un ordine di rientro malgrado un precedente rifiuto dello Stato richiesto e così quest'ultimo verrà superato⁴²⁹. In conseguenza di ciò il genitore sottraente non potrà più opporsi al riconoscimento del provvedimento che prescrive il ritorno del minore sottratto.

La *ratio* sottesa all'introduzione di tali accorgimenti deriva dalla necessità di rendere concretamente operativo il principio di reciproca fiducia tra gli Stati membri nel delicato terreno della sottrazione internazionale di minori⁴³⁰. La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia, infatti, dimostra, come vedremo meglio nel prosieguo, che, mentre il principio della reciproca fiducia tra gli Stati membri in situazioni che coinvolgono dei minori sottratti fatica ancora ad essere applicato completamente, dall'altro, la Corte, una volta investita di tali questioni, tende a prevedere deroghe molto limitate al principio della reciproca fiducia tra gli Stati membri, tra le quali non viene nemmeno in rilievo il superiore interesse del minore nel caso concreto, dando, così, origine a decisioni ben poco tutelanti per i minori coinvolti⁴³¹.

Dopo l'adozione della Convenzione dell'Aja del 1980, i principi sanciti nella Convenzione sui diritti del fanciullo ebbero un forte impatto sulle successive Convenzioni dell'Aja in materia minorile⁴³².

La prima dimostrazione di ciò fu l'adozione della Convenzione dell'Aja del 1996, riguardante la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di potestà genitoriale e di misure di protezione dei minori, che nel suo Preambolo consacra, innanzitutto, il principio del superiore interesse del minore⁴³³.

⁴²⁸ La verifica circa la sussistenza delle misure di protezione nello Stato d'origine deve essere effettuata in concreto e sulla base delle circostanze di fatto, non rilevando l'esistenza in sé di procedure idonee a tutelare il minore.

⁴²⁹ Tutto ciò in quanto il giudice dello Stato d'origine del minore si trova nella posizione migliore per poter statuire nell'interesse del fanciullo. In tal senso cfr. i punti 96-97 della posizione dell'Avv. Generale Yves Bot del 7 dicembre 2010, causa C-491/10, *Joseba Andoni Aguirre Zarraga c. Simone Pelz*.

⁴³⁰ Sul punto si veda P. McELEVY (P. McELEVY, *Brussels II bis: Matrimonial Matters, Parental Responsibility, Child Abduction & Mutual Recognition*, in *International and Comparative Law Quarterly*, p. 510) e W. DUNCAN (W. DUNCAN, *Transfrontier protection of children. Administrative and judicial co-operation and the role of the Hague Conventions*, in *Commonwealth Judicial Journal*, 2001, p. 6) secondo i quali la reciproca fiducia tra le autorità giudiziarie degli Stati parte della Convenzione è il presupposto necessario per il buon funzionamento della stessa Convenzione e “*is not something that can be assumed or legislated into existence. It is a fragile plant that need to be nurtured*”.

⁴³¹ Al riguardo si rimanda alla seconda parte della tesi per l'analisi delle seguenti sentenze della Corte di Giustizia: C-403/09 *Detiček*, C-211/10 *Povse*, C-491/10 *Aguirre Zarraga*.

⁴³² La Convenzione sui diritti del fanciullo contiene un catalogo di principi e diritti generalissimi che necessitano di essere resi operativi tramite strumenti più concreti, tecnici e procedurali, così come prevede espressamente l'art. 4 della stessa Convenzione. Quest'ultimo, infatti, statuisce che “*Gli Stati parti si impegnano ad adottare ogni misura appropriata di natura legislativa, amministrativa e d'altro genere per dare attuazione ai diritti riconosciuti in questa Convenzione*”. Specifici riferimenti ai trattati internazionali, come modalità complementare per rendere operativa la Convenzione di New York, si trovano nelle disposizioni di quest'ultima in merito all'adozione (art. 21, lett. e), alla sottrazione internazionale dei minori (art. 11, 2° comma), all'obbligo di mantenimento dei minori (art. 27, 4° comma) e ai bambini rifugiati (art. 22).

⁴³³ Tale Convenzione prende in considerazione la posizione del minore in tutti gli ambiti del diritto privato, sia come membro della famiglia che come individuo oggetto dell'intervento delle pubbliche autorità. Rientrano nel campo di applicazione della Convenzione dell'Aja del 1996 i provvedimenti che regolano i rapporti tra genitori e figli e quelli che dispongono sulla protezione dei minori.

Questa Convenzione è stata ratificata da tutti gli Stati membri dell'Unione europea⁴³⁴ e non solo mette in pratica molte previsioni della Convenzione sui diritti del fanciullo, ma è anche un importante supplemento per le disposizioni della Convenzione dell'Aja del 1980 sulla sottrazione internazionale dei minori.

La Convenzione dell'Aja del 1996 si distingue, infatti, da quest'ultima in quanto ha l'obiettivo di prevenire i problemi e i conflitti riguardanti i fanciulli e non quello di intervenire, in via cautelare e urgente, a seguito di una sottrazione illecita già verificatasi per ristabilire la situazione precedente al trasferimento illecito. Inoltre, la Convenzione del 1996 ha un ambito di applicazione più vasto della Convenzione del 1980 in quanto si applica anche in situazioni di sottrazione di fanciulli, da uno Stato contraente all'altro, in cui la Convenzione sulla sottrazione internazionale non si applicherebbe (ad esempio, perché il minore non ha ancora acquisito una residenza abituale, oppure quando il fanciullo ha più di 16 anni o lo spostamento non si è tecnicamente verificato contro la legge).

Nel prosieguo si ritornerà, in particolare, sul tema della sottrazione internazionale dei fanciulli per valutare quali sono i diversi approcci tenuti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte di Giustizia nel rendere operative le pertinenti disposizioni delle Convenzioni dell'Aja.

2.3 Le Convenzioni dell'OIL

Il Comitato per i diritti dei minori, alla luce dei principi di indivisibilità e interdipendenza dei diritti contenuti nella Convenzione sui diritti del fanciullo, ha sollecitato costantemente⁴³⁵ gli Stati parte a ratificare, non solo i due Protocolli Opzionali alla Convenzione di New York, ma anche altri strumenti internazionali elencati in una lista tenuta periodicamente aggiornata dallo stesso Comitato.

In tale elenco vengono richiamati, in particolare, oltre allo Statuto della Corte penale internazionale e ad alcune Convenzioni dell'Aja dei quali si è già parlato, anche le principali Convenzioni dell'Organizzazione Internazionale del lavoro (OIL). Nel prosieguo, pertanto, ci si concentrerà su tali ultimi strumenti.

⁴³⁴ Al riguardo si sottolinea che la ratifica della Convenzione in esame era diventata obbligatoria per gli Stati europei in seguito alla decisione 2008/431/CE del Consiglio, del 5 giugno 2008, con la quale gli Stati membri sono stati "autorizzati" alla ratifica della stessa entro il 5 giugno 2010. L'Unione europea aveva interesse a che gli Stati membri ratificassero tale Convenzione in quanto si tratta di uno strumento di natura "mista" che per alcuni aspetti ricade sotto la competenza dei singoli Stati membri (per quanto riguarda, ad esempio, la legge applicabile alla custodia dei minori e alle altre misure di protezione dell'infanzia), mentre per altri ricade nella competenza esclusiva dell'Unione europea, volta alla creazione di uno spazio giuridico comune all'interno dell'Unione (per quanto concerne ovvero la giurisdizione, il riconoscimento e l'esecuzione dei provvedimenti tra i vari Stati membri dell'Unione europea).

⁴³⁵ Come viene indicato, ad esempio, nel paragrafo 17 del Commento Generale n. 5 – *Misure di attuazione della Convenzione sui diritti dell'infanzia (artt. 4, 42 e 44, par. 6)*, CRC/GC/2003/5.

Ancora prima, però, si deve ricordare che la Convenzione sui diritti dei fanciulli, all'art. 32, protegge i minori dallo sfruttamento economico e dai lavori pericolosi che impediscono loro di svilupparsi fisicamente e mentalmente nel delicato periodo della crescita.

Lo stesso articolo garantisce ai fanciulli il diritto a che gli orari e le condizioni di lavoro siano adeguatamente regolamentate e richiede agli Stati di fissare un'età minima (o delle età minime) di ammissione all'impiego, nonché di prevedere delle pene/sanzioni appropriate per garantire l'attuazione effettiva di tale articolo.

Se infatti, ad un minore, in quanto individuo, andrebbe, in astratto, riconosciuto il diritto al lavoro che, come si legge nell'art. 23 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, è un diritto fondamentale, bisogna tenere in considerazione che la tutela internazionale dei diritti dei fanciulli viene a configurarsi come una sorta di *ius speciale* e, dunque, prevalente, rispetto alle norme che disciplinano la protezione internazionale dei diritti umani⁴³⁶.

La particolare tutela accordata ai minori sul piano internazionale si fonda, infatti, sul principio di uguaglianza sostanziale, il quale esige che la particolare vulnerabilità dei fanciulli necessiti di un trattamento differenziato rispetto a quello degli adulti, anche quando ciò dovesse comportare una limitazione nell'esercizio dei diritti a loro garantiti, come nel caso del diritto al lavoro⁴³⁷.

Tali accorgimenti sono dettati dall'esigenza di salvaguardare la salute psicofisica dei minori e di assicurare agli stessi tanto l'istruzione scolastica quanto la formazione professionale⁴³⁸.

Questa premessa non vuole, ovviamente, portare alla conclusione che tutte le forme di lavoro minorile sono pregiudizievoli per i fanciulli, ma solo alla considerazione che sia opportuno fissare degli *standard* internazionali per regolamentare il fenomeno del lavoro minorile.

Di tutto ciò se ne occupa da anni l'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL/ILO)⁴³⁹ che è stata la prima organizzazione internazionale a tutelare i minori nel contesto lavorativo e le cui convenzioni consentono di specificare e rendere più efficaci i principi espressi in materia dalla Convenzione sui diritti del fanciullo.

Generalmente, le principali forme di sfruttamento dei minori in tale settore si manifestano negli Stati in via di sviluppo; tuttavia, anche negli Stati membri dell'UE ci sono molti casi di sfruttamento del lavoro

⁴³⁶ R. NUNIN, *Lavoro minorile*, in Sesta M. (a cura di), *Codice della famiglia*, Tomo II, Giuffrè, Milano, 2007, p. 4285.

⁴³⁷ BLENGINO, *Il lavoro infantile e la disciplina del commercio internazionale*, Milano, 2003, p. 14.

⁴³⁸ SPAGNUOLO VIGORITA L., *La tutela giuridica del lavoro minorile*, in *Riv. infort.*, 1971, p. 648.

⁴³⁹ L'OIL è stata istituita in seno alla Società delle Nazioni dal Trattato di Versailles nel 1919 ed associata alle Nazioni Unite dal 1946. Essa costituisce uno dei primi modelli di Organizzazione Internazionale a vocazione universale e competenza settoriale. Fin dalla sua nascita, nel 1919, l'OIL ha svolto un ruolo importantissimo nell'elaborazione di strumenti normativi per la lotta contro lo sfruttamento del lavoro minorile, quali Convenzioni e Raccomandazioni. Nel 1944, nella Dichiarazione riguardante gli scopi e gli obiettivi dell'Organizzazione internazionale del lavoro (detta "Convenzione di Philadelphia"), i membri dell'OIL hanno affermato solennemente l'impegno a proteggere l'infanzia, riconoscendo tale obiettivo come essenziale al perseguimento della giustizia sociale e della pace universale. Una caratteristica che rende unica l'OIL rispetto alle altre organizzazioni internazionali è la sua struttura tripartita: all'interno dei suoi organismi siedono, infatti, oltre ai membri dei governi degli Stati aderenti, anche i rappresentanti dei sindacati dei lavoratori e dei datori di lavoro.

minorile nell'ambito della c.d. "economia sommersa"⁴⁴⁰. Proprio per tale ragione, si ritiene importante delineare un quadro giuridico dei diritti garantiti ai minori a livello internazionale anche in tale ambito.

La prima forte mossa dell'OIL verso l'eliminazione del lavoro minorile, fu quella di decidere di fissare espressamente l'età minima per l'accesso al lavoro dei minorenni, introducendo un *quid pluris* rispetto a quanto previsto nella Convenzione sui diritti del fanciullo che si limita, come abbiamo visto, a lasciare che siano gli Stati parte a fissare un'età minima (o delle età minime) per l'ammissione al lavoro.

Già nel 1919 vennero approvate le Convenzioni OIL n. 5 e 6 concernenti, rispettivamente, l'età minima per l'ammissione al lavoro industriale (fissata a quattordici anni) e al lavoro notturno dei minori nell'industria⁴⁴¹.

Nel 1973 venne adottata la Convenzione n. 138 del 1973 sull'età minima di ammissione al lavoro che si applica, in generale, a tutti i settori dell'attività economica, retribuita o meno⁴⁴². Tale Convenzione, che è stata ratificata da tutti gli Stati membri dell'Unione europea, rivide, aggiornandole, le disposizioni di ben 10 convenzioni dell'OIL precedenti, sostituendo la maggior parte di esse.

La Convenzione n. 138, insieme alla connessa Raccomandazione n. 146, costituisce ancora oggi il riferimento fondamentale, a livello internazionale, in tema di età minima per l'ammissione al lavoro⁴⁴³.

Detta Convenzione stabilisce, innanzitutto, due regole generali: prima di tutto, stabilisce il principio per cui l'età minima per l'ammissione all'impiego non può essere inferiore all'età prevista per il completamento della scuola dell'obbligo e, in ogni caso, non deve essere inferiore ai 15 anni. Con tale regola l'OIL ha, quindi, operato una distinzione tra "bambini" (minori che sono ancora soggetti all'obbligo scolastico e/o che non hanno ancora compiuto i 15 anni di età) e "adolescenti" (minori di età compresa tra i 15 e i 18 anni, non più soggetti all'obbligo scolastico); in secondo luogo, la Convenzione stabilisce, come altra regola generale, che il limite di età dei 15 anni deve essere elevato a 18 anni per i lavori che, per loro natura o per le circostanze in cui sono svolti, possono danneggiare la salute, l'incolumità e la moralità dei bambini (c.d. "lavori a rischio").

Queste sono le due norme generali e fondamentali fissate dalla Convenzione n. 138, ma non sono affatto inderogabili.

È consentito, infatti, espressamente ai Paesi in cui le economie e le istituzioni non sono sufficientemente sviluppate di fissare l'età minima a 14 anni (invece che a 15), previa consultazione con le organizzazioni dei lavoratori e degli imprenditori. Il limite d'età previsto per i "lavori a rischio" è, invece, derogabile da tutti gli Stati, indipendentemente dalla situazione economica nazionale, fino ad arrivare a 16 anni (invece che 18), a condizione che i minori siano protetti da ogni pregiudizio.

⁴⁴⁰ Gli Stati membri dell'Unione europea sono tutti anche membri dell'OIL.

⁴⁴¹ Tale ultima Convenzione faceva divieto di impiegare coloro che non avessero compiuto 18 anni, per un periodo di almeno 11 ore consecutive, comprendente l'intervallo dalle 22 alle 5.

⁴⁴² ILO, *Child labour: Targeting the intolerable*, 1996, p. 26.

⁴⁴³ R. NUNIN, *Lavoro minorile*, op. cit., p. 4208.

Inoltre, agli Stati è consentito di non attuare la Convenzione n. 138 a determinate categorie di impiego o di lavoro alle quali la sua applicazione solleverebbe particolari e importanti difficoltà d'esecuzione, purché non si tratti dei c.d. "lavori a rischio".

I limiti d'età si possono poi ridurre ulteriormente in caso di "lavori leggeri" dove la soglia si può abbassare fino a 13 anni (invece che a 15), a condizione che tali occupazioni non arrechino alcun pregiudizio ai bambini, neanche in termini di frequenza scolastica o di partecipazione a corsi professionali⁴⁴⁴.

Il quadro che emerge, dunque, mette in evidenza una grande flessibilità, rispondente all'evidente obiettivo di attrarre nella sfera di applicazione della Convenzione n. 138 anche i Paesi dove il lavoro minorile è altamente diffuso e ai quali è stato, infatti, concesso maggiormente di derogare ai principi generali sull'età minima; le c.d. "clausole di *souplesse*" contenute nella Convenzione consentono, infatti, soprattutto ai Paesi in via di sviluppo, di assumere obblighi differenziati e di adattare l'applicazione della Convenzione alle proprie esigenze interne⁴⁴⁵.

A tali Paesi è anche consentita un'applicazione selettiva della Convenzione, limitata, cioè, solo ad alcuni ambiti economici o a certe tipologie di industrie in cui sono impiegati lavoratori minorenni, salvo alcuni specifici settori, indicati espressamente, ai quali la Convenzione deve essere, in maniera assoluta, applicata nella sua interezza⁴⁴⁶.

Nonostante questi tentativi di rendere la Convenzione n. 138 più "appetibile" per tutti, quest'ultima, per lungo tempo, ha raccolto pochissime ratifiche⁴⁴⁷. All'inizio, infatti, vi era un grande divario tra le ratifiche registrate da tale Convenzione e quelle della Convenzione sui diritti del fanciullo. Tutto ciò evidenzia anche la differenza tra questi due strumenti internazionali a tutela dei minori: la Convenzione di New York è caratterizzata da un'elencazione di principi etici poco connotati, come abbiamo visto, da una reale prospettiva di effettività (almeno sino a poco tempo fa quando non era nemmeno in vigore il Protocollo opzionale sulla procedura di reclamo), mentre le Convenzioni dell'OIL richiedono agli Stati parte un'azione concreta e incisiva per realizzare l'obiettivo dell'eliminazione del lavoro minorile che non rispetta determinati *standard*⁴⁴⁸.

Un esempio di come gli strumenti dell'OIL riescano ad essere più efficaci rispetto alla Convenzione sui diritti del fanciullo è dato dalla "Dichiarazione sui principi e i diritti fondamentali sul lavoro"⁴⁴⁹, in cui si afferma che gli Stati membri dell'OIL e le organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro hanno l'obbligo di promuovere e attuare alcuni diritti considerati come fondamentali, tra i quali figura anche l'eliminazione

⁴⁴⁴ Per tali tipi di impieghi, gli Stati in cui le economie e le istituzioni non sono sufficientemente sviluppate e che hanno fissato l'età minima generale a 14 anni, potranno fissare quella per i "lavori leggeri" anche a 12 anni.

⁴⁴⁵ Sul punto si vedano A. PERULLI, *Diritto del lavoro e globalizzazione. Clausole sociali, codici di comportamento e commercio internazionale*, Padova, 1999, p. 10 e R. ADAM, *Attività normativa e di controllo dell'OIL ed evoluzione della Comunità internazionale*, Milano, 1993, p. 63.

⁴⁴⁶ I settori sono: industrie estrattive e manifatturiere, edilizia e lavori pubblici, trasporti, elettricità, gas ed acqua, servizi sanitari, magazzini e comunicazioni, piantagioni ed altre aziende agricole sfruttate per scopi commerciali. Da tale elenco sono escluse le aziende familiari di piccole dimensioni che producono per il mercato locale e non impiegano regolarmente lavoratori salariati.

⁴⁴⁷ R. NUNIN, *Lavoro minorile*, op. cit., p. 4209 - 4210. Le difficoltà iniziali nel decollo di tale Convenzione sono dovute, principalmente, al suo approccio abolizionista del lavoro minorile, contestato dai Paesi in cui tale pratica è più diffusa.

⁴⁴⁸ LANSKY, *Le travail des enfants: un défi a relever*, RIT, 1997, p. 260.

⁴⁴⁹ La Conferenza internazionale del Lavoro adottò tale Dichiarazione durante la sua 86esima sessione, svoltasi nel 1998.

del lavoro minorile, per il solo fatto di aver aderito all'OIL e, quindi, anche in assenza di ratifica delle Convenzioni che sanciscono tali diritti fondamentali.

Indubbiamente, però, lo strumento più incisivo, in grado, cioè, di garantire l'applicazione concreta dei principi e dei diritti fondamentali dell'OIL, è la cooperazione tecnica ovvero la predisposizione di progetti specifici atti a mettere in pratica quanto prescritto nelle Convenzioni OIL.

Nonostante la "blanda" coercibilità degli strumenti normativi dell'OIL, infatti, i principi sanciti dall'Organizzazione Internazionale del lavoro vengono quasi sempre implementati negli Stati membri grazie alla composizione tripartita delle istituzioni che adottano tali Convenzioni internazionali. Potendo contare, infatti, sull'appoggio dei governi, dei lavoratori e dei datori di lavoro, gli strumenti normativi dell'OIL hanno maggiori possibilità di ricevere corretta attuazione nei vari Stati in quanto tali atti nascono già da un consenso anticipato che riduce, di per sé, le ipotesi di violazione.

Le maggiori conquiste dell'Organizzazione Internazionale del lavoro in merito all'eliminazione del lavoro minorile rimangono, principalmente, due: oltre alla Convenzione n. 138 del 1973 sull'età minima, di cui si è già parlato, vi è anche la Convenzione n. 182 contro le peggiori forme di lavoro minorile, entrata in vigore nel 2000.

Queste due Convenzioni, definite come le "linee guida" da seguire a livello internazionale (*core labour standards*) nella lotta contro il lavoro minorile, sono state ratificate da tutti gli Stati membri dell'Unione europea. Entrambe, tuttavia, e, in particolare, la Convenzione n. 182, più che porre l'accento sui diritti garantiti ai minori sul lavoro, impongono soprattutto degli obblighi agli Stati parte.

Una mancanza della Convenzione n. 182 è stata quella di non aver inserito espressamente tra le forme peggiori di sfruttamento dei minori anche il loro sfruttamento domestico, nonostante in dottrina si ritenga che lo stesso possa essere indirettamente inserito nell'articolo 3, lettera *a*, tra le forme assimilabili alla schiavitù⁴⁵⁰.

L'attività lavorativa domestica, infatti, prestata anche all'interno del proprio contesto familiare, non viene sempre percepita come rischiosa e pregiudizievole da un minore.

A seguito dell'aumento del fenomeno, l'OIL ha adottato nel 2011 la Convenzione n. 189 sulle lavoratrici e i lavoratori domestici, la quale focalizza l'attenzione anche sui bambini che lavorano in ambito domestico, lasciando, tuttavia, troppa discrezionalità agli Stati nel definire che tipo di lavoro domestico sia da definire "rischioso". Tra gli Stati membri dell'Unione europea, attualmente, hanno ratificato la Convenzione n. 189 solo Italia e Germania, mentre Finlandia e Irlanda l'hanno solo firmata.

Il tema della tutela dei diritti dei minori sul lavoro è di fondamentale importanza anche in strumenti che non sono specificatamente dedicati alla materia, come la Carta sociale europea, adottata dal Consiglio d'Europa nel 1961 e riveduta nel 1996, che è giuridicamente vincolante per gli Stati parte e vincola tutti gli Stati membri dell'Unione europea.

⁴⁵⁰ A livello internazionale è, infatti, recentemente emersa la consapevolezza dei tanti rischi connessi a tale tipologia di impiego in all'integrità psico-fisica dei bambini: in un recente rapporto, l'OIL ha sottolineato come il lavoro domestico veda in molti Paesi un ampio impiego di bambine di età inferiore ai 16 anni, costrette a svolgere lavori faticosi e pregiudizievole per la loro salute, in uno stato di isolamento spesso assimilabile ad una vera e propria condizione di schiavitù, che espone le piccole lavoratrici anche a un rischio di abusi sessuali e di violenze fisiche e morali (OIL, *IPEC Highlights 2000*, in www.ilo.org, p. 21).

Innanzitutto, è importante sottolineare che la Carta è il primo trattato internazionale che sancisce il diritto all'orientamento professionale che dev'essere fornito gratuitamente anche ai minori in età scolastica⁴⁵¹.

In secondo luogo, la principale particolarità della Carta sociale europea è che gli Stati si impegnano a considerarsi vincolati a tutte le disposizioni della parte I (c.d. "dichiarazione di obiettivi") e ad almeno 6 tra i 9 articoli selezionati nella parte II⁴⁵², tra i quali vi è l'art. 7 che prevede norme specifiche sull'età minima per intraprendere un'attività lavorativa. Premesso che la parte II specifica le azioni necessarie per rendere effettivi i diritti proclamati nella parte I, è evidente che la Carta nasce di per sé come uno strumento solo parzialmente vincolante⁴⁵³.

Per quanto riguarda il lavoro minorile, l'età minima per l'ammissione al lavoro è fissata a 15 anni, salvo per i lavori leggeri che non mettono a repentaglio la loro salute, moralità o istruzione e che quindi sono ammessi anche al di sotto dei 15 anni e per i lavori pericolosi, insalubri e notturni per i quali, invece, l'età minima è stabilita a 18 anni.

Per quest'ultima categoria di lavori, tuttavia, sono ammesse deroghe dell'età minima per "alcuni lavori" previsti dalla legislazione nazionale, affermazione che indubbiamente lascia spazio ad una eccessiva discrezionalità degli Stati parte.

Sono previste deroghe anche per i lavori leggeri che non mettono a repentaglio la salute, la moralità e l'istruzione dei bambini, ma la Carta Sociale europea, a differenza della Convenzione dell'OIL sull'età minima, non indica fino a quanto si possa abbassare l'età dei minori in questi casi.

Per quanto riguarda la tutela dei lavoratori minorenni nel contesto dell'Unione europea, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione vieta espressamente il lavoro minorile, prescrivendo che l'età minima per l'ammissione al lavoro non possa essere inferiore all'età in cui termina la scuola dell'obbligo.

La Carta garantisce ai minori il diritto di poter usufruire di condizioni di lavoro "*appropriate alla loro età*", nonché la protezione "*dallo sfruttamento economico o contro ogni lavoro che ne possa minare la sicurezza, la salute, lo sviluppo fisico, mentale, morale o sociale o che possa intralciare la loro istruzione*"⁴⁵⁴.

È evidente che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sia più incisiva della Convenzione sui diritti del fanciullo per quanto riguarda la fissazione dell'età minima, in quanto non si limita a chiedere generalmente agli Stati di fissarne una (o più di una), ma prescrive che la stessa non possa essere inferiore all'età in cui termina la scuola dell'obbligo.

⁴⁵¹ Art. 9 della Carta sociale europea.

⁴⁵² Oltre ad un numero supplementare di articoli o paragrafi della parte II a condizione che il numero totale delle disposizioni che li obbligano non sia inferiore a sedici articoli o a sessantatré paragrafi numerati.

⁴⁵³ Fortunatamente rimane imprescindibile il rispetto di altre importanti disposizioni, contenute nella Parte V, quali: la fissazione di un generale divieto di discriminazione nel godimento dei diritti (art. E), l'enunciazione della tassatività delle restrizioni e in ogni caso del rispetto della riserva di legge (art. G), l'individuazione degli strumenti con cui gli Stati devono dare attuazione alle disposizioni della Carta (leggi, regolamenti, accordi fra le categorie interessate, «altri mezzi appropriati»: art. I). Per un approfondimento sul punto si vedano A.M. ŚWIĄTKOWSKI, *The Charter of Social Rights of the Council of Europe*, Kluwer Law Intern., The Hague 2007, O. DE SCHUTTER (ed.), *The European Social Charter: a Social Constitution for Europe*, Bruylant, Bruxelles 2010 e B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Giuffrè, Milano, 2001.

⁴⁵⁴ Art. 32 Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea.

A differenza della Convenzione sui diritti del fanciullo, inoltre, la Carta prevede la possibilità che possano essere ammesse deroghe “limitate” per quanto riguarda l’età di ammissione al lavoro, ma non specifica in che casi e a quali limiti, lasciando quindi grande discrezionalità agli Stati membri su tale punto.

È anche evidente che i diritti dei minori in ambito lavorativo siano più precisi e, di conseguenza, maggiormente tutelanti, nelle Convenzioni dell’OIL che, d’altronde, sono dedicate espressamente a tale tematica; ad ogni modo, come si è anticipato, le convenzioni OIL c.d. “guida”, fondamentali nella lotta al lavoro minorile, ovvero la n. 138 e la n. 182, sono state ratificate da tutti gli Stati membri.

La reale situazione del lavoro minorile in Europa, purtroppo, non è in miglioramento, anzi, il fenomeno sta aumentando progressivamente negli ultimi tempi a causa della crisi economica. A sottolinearlo è stato il Commissario per i diritti umani del Consiglio d’Europa, Nils Muižnieks, nel suo “Human Rights Comment” del 20 agosto 2013.

Ciò che ha rilevato, in particolare, il Commissario è anche la mancanza di dati sul fenomeno a livello europeo, quasi come se si trattasse di un argomento *taboo* e, a livello UE, l’apparente scarso interesse delle istituzioni europee relativamente al fenomeno del lavoro minorile⁴⁵⁵.

È probabile che quest’ultimo stia venendo messo da parte rispetto al passato in quanto l’Unione europea è, al momento, maggiormente concentrata sulla diversa e opposta problematica dell’occupazione giovanile.

Ciò nonostante, sarebbe opportuno richiamare l’attenzione dell’Unione non solo sull’aumento dei casi di sfruttamento dei minori sul lavoro in Europa, ma anche sul fatto che il fenomeno stesso del lavoro minorile nei Paesi più industrializzati sta cambiando fisionomia: da un lato, non bisogna, infatti, più collegare a tale pratica unicamente l’immagine del bambino che lavora in miniera o nelle piantagioni di cacao e, dall’altro, non si deve neanche pensare che i minori che oggi lavorano illegalmente lo facciano per difficoltà economiche della famiglia, derivanti dal periodo di crisi economica.

Non sono, infatti, pochi i minori che si inseriscono precocemente nel mondo del lavoro, a prescindere da concrete situazioni di bisogno inerenti al loro contesto familiare, intravedendo semplicemente nell’attività lavorativa l’occasione per ottenere futili vantaggi immediati e un’autonomia economica preferibile alla frequenza scolastica⁴⁵⁶.

Occorre che l’Unione europea si rapporti anche a questo nuovo e preoccupante scenario, combattendo le due forme di povertà, quella materiale e quella culturale, che contribuiscono ad alimentare il fenomeno del lavoro minorile in Europa.

⁴⁵⁵ Stando ai dati riportati dal Commissario, molti dei bambini che lavorano in Europa svolgono mansioni estremamente pericolose nel settore agricolo, edile, in piccole fabbriche o sulla strada, correndo rischi incalcolabili per la propria salute ed integrità. Tra i minori maggiormente a rischio in questo senso figurano i bambini Rom ed i minori stranieri non accompagnati.

⁴⁵⁶ R. NUNIN, *Lavoro minorile*, op. cit., p. 4283. “Da un lato è la mancanza di risorse, il bisogno che porta le famiglie a mandare i bambini al lavoro; dall’altro, è la povertà culturale che spinge i genitori a considerare come naturale il lavoro dei figli. Si tratta di modelli culturali: l’autonomia economica della famiglia estesa anche ai bambini, l’idea che il lavoro sia meglio della scuola”: così G. PAONE, A. TESELLI (a cura di), op. cit., p. 437.

CAP. 2: LA NORMATIVA REGIONALE A TUTELA DEI MINORI

Prima sezione: il ruolo del Consiglio d'Europa nella protezione dei diritti dei minori

1.1 Il Consiglio d'Europa e la CEDU

Il Consiglio d'Europa, di cui fanno parte i 28 Stati membri dell'Unione europea, nella sua azione decennale a tutela dei diritti dell'uomo ha rivolto un'attenzione specifica anche alla protezione dei diritti dei minori⁴⁵⁷, sia in quanto componenti del nucleo familiare che in quanto singoli individui caratterizzati da una particolare fragilità⁴⁵⁸.

Gli strumenti dei quali il Consiglio d'Europa ha usufruito per poter contribuire attivamente alla tutela dei diritti dei fanciulli sono, in particolare, il suo più rinomato strumento convenzionale ovvero la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e la giurisprudenza evolutiva delle sue disposizioni elaborata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo⁴⁵⁹.

La CEDU, di per sé, non ha certo l'aspetto di un trattato *child-friendly*, visto che si riferisce espressamente ai minori solamente negli articoli 5 e 6, e, pertanto, le sue potenzialità nella tutela dei diritti dei fanciulli non sono a prima vista evidenti.

L'art. 5, tra l'altro, non sancisce nemmeno un diritto, ma un'eccezione al diritto alla libertà personale dei minori in quanto tale articolo stabilisce proprio i casi nei quali un minore può essere legittimamente privato della libertà ovvero quando è stata presa una decisione regolare allo scopo di sorvegliare la sua educazione oppure al fine di tradurlo dinanzi all'autorità competente⁴⁶⁰.

⁴⁵⁷ Nei casi trattati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la nozione di "minore" si rivolge normalmente a soggetti che non abbiano ancora compiuto 18 anni (Corte europea dei diritti dell'uomo, 12.10.2000, *Koniarska v UK*, n. 33670/96). Ugualmente alla Convenzione di New York, la CEDU non affronta la questione dell'inizio della vita. La Corte europea, infatti, ha lasciato esplicitamente la questione senza risposta in tale caso: Corte europea dei diritti dell'uomo, 8/7/2004 (GC), *Vo c. FRA*, n. 53924/00, p. 79 e ss.).

⁴⁵⁸ V. ZAMBRANO, "Consiglio d'europa" in C. CARLETTI (a cura di), *Promozione, protezione ed attuazione dei diritti dei minori. Strumenti normativi, politiche e strategie a livello internazionale ed europeo*, Giappichelli, 2009 p. 91.

⁴⁵⁹ Sul punto si veda U. KILKELLY, "Best of both worlds for children's rights? Interpreting the European Convention on human rights in light of the Convention on the rights of the child", in *Human rights quarterly*, 2001, pp. 308-326).

⁴⁶⁰ Sebbene il diritto alla libertà, previsto dall'art. 5 della CEDU, a differenza di molte altre disposizioni dello stesso tenore contenute in altri strumenti internazionali (come, ad esempio, l'Art. 10 (2) (b), Art 14 (4) del Patto Internazionale sui diritti civili e politici e gli Artt. 37 e 40 della Convenzione sui diritti del fanciullo), non faccia alcun riferimento al trattamento dei minori in caso di privazione della loro libertà, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha, comunque, sottolineato il bisogno di protezione dei minori specialmente per quanto riguarda le loro condizioni di imprigionamento (si vedano, ad esempio, le seguenti pronunce: Corte europea dei diritti dell'uomo, 28/10/1998, *Assenov c. BUL*, n. 24760/94, §137; Corte europea dei diritti dell'uomo, 29/2/1988, *Bouamar c. BEL*, n. 9106/80; Corte europea dei diritti dell'uomo, 21/2/1996, *Hussain c. UK*, n. 21928/93, §52-54; Corte europea dei diritti dell'uomo, 2/3/1987, *Weeks c. UK*, n. 9787/82; Corte europea dei diritti dell'uomo, 21/2/1996, *Singh c. UK*, n. 23389/94). Sul punto

L'art. 6, dedicato al diritto ad un equo processo, stabilisce invece che l'accesso alla sala d'udienza possa essere vietato alla stampa e al pubblico, durante tutto o parte del procedimento, quando lo esigono "gli interessi dei minori", dunque anche in questa disposizione non si parla espressamente di diritti dei fanciulli.

Inoltre, i minori sono citati anche nel Primo Protocollo allegato alla CEDU nel quale viene attribuito ai genitori il diritto di educare i loro figli secondo le proprie convinzioni e, pertanto, non può dirsi nemmeno sancito un vero e proprio diritto all'educazione in capo ai minori.

Nonostante i pochi riferimenti espliciti ai fanciulli e ancora meno ai loro diritti, è sempre stato pacifico che tutte le disposizioni della CEDU sono applicabili anche ai minori in quanto, innanzitutto, l'art. 1 afferma che gli Stati parte devono riconoscere a *ogni persona* sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nella Convenzione.

In secondo luogo, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che la discriminazione basata sull'età ricade nell'ambito dell'art. 14 della CEDU, che sancisce il principio di non discriminazione, nonostante in tale articolo non risulti espressamente menzionata.

In terzo luogo, l'art. 34 della CEDU conferisce ad ogni persona fisica la possibilità di investire la Corte dei diritti dell'uomo di un ricorso in quanto vittima della violazione da parte di uno Stato parte dei diritti riconosciuti nella CEDU o nei suoi protocolli.

Infine, prima la Commissione e a seguire la Corte europea dei diritti dell'uomo hanno costantemente esaminato ricorsi promossi in difesa dei diritti dei fanciulli, a partire dal noto caso *Marckx* del 1979⁴⁶¹, nei quali, di frequente, figurava come ricorrente anche il fanciullo interessato assieme all'adulto (o agli adulti) di riferimento⁴⁶². Proprio la possibilità di poter chiedere ed ottenere una tutela giurisdizionale davanti alla Corte europea evidenzia che le disposizioni della CEDU sono dei veri e propri diritti garantiti anche ai fanciulli e non dei semplici doveri morali a carico dei pubblici poteri statali⁴⁶³.

Nel corso di questi anni la Corte europea dei diritti dell'uomo ha tutelato i diritti dei minori interpretando in maniera estensiva alcuni articoli della CEDU⁴⁶⁴, tra i quali, in particolare, figurano gli articoli

si veda G. VAN BUEREN, *Children's Rights in Europe: Convergence and Divergence in Judicial Protection* (Strasbourg: Council of Europe, 2007), p. 17.

⁴⁶¹ In questo primo caso storico la Corte europea ha affermato innanzitutto che il combinato disposto degli artt. 8 (diritto alla vita privata e familiare del figlio, anche minore) e 14 CEDU (principio di non discriminazione) impone di eliminare ogni residua differenza tra figli nati all'interno e fuori dal matrimonio nei loro rapporti personali, patrimoniali e successori con i genitori e con i parenti dei genitori. Il ricorso era stato presentato da una madre e da sua figlia.

⁴⁶² Come sottolinea E. LAMARQUE (E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, op. cit., nota 6, p. 88), la Corte europea dei diritti dell'uomo ha sempre cercato di allargare il numero dei ricorrenti che potevano legittimamente presentare un ricorso a nome del minore. La Corte europea, ad esempio, ha consentito al genitore naturale che nel diritto nazionale era stato privato dei diritti parentali, e quindi della rappresentanza legale del minore, di presentare ricorso anche in nome del figlio (così ad esempio nella nota sentenza del 2000, *Scozzari e Giunta c. Italia*, ricorsi n. 39221/98 e n. 41963/98, par. 138) e anche alla zia materna di tre nipoti orfani di madre e in conflitto con il padre di ricorrere in rappresentanza dei tre nipoti (Corte europea dei diritti dell'uomo, 2016, *N. Ts. c. Georgia*, n. 71776/12, par. 52-59). Inoltre esistono casi nei quali, a seguito di un ricorso presentato insieme dai genitori e dal figlio o dai figli minori, la Corte europea ha tenuto distinte le due posizioni ai fini della decisione sul merito, riconoscendo la fondatezza del solo diritto vantato dal figlio o dai figli e non di quello vantato dai genitori (ad esempio si vedano le sentenze del 2014, *Labassee c. Francia*, n. 65941/11 e *Menesson c. Francia*, n. 65192/11).

⁴⁶³ U. KILKELLY, *The Child and the European Convention on Human Rights*, Ashgate, 1999.

⁴⁶⁴ Sul punto si veda U. KILKELLY, *The Child and the ECHR*, Dartmouth: Ashgate, 1999 e G. VAN BUEREN, *Children's Rights in Europe: Convergence and Divergence in Judicial Protection*, Strasbourg: Council of Europe Pub., 2007.

2 (diritto alla vita), 3 (proibizione della tortura), 4 (divieto di schiavitù e lavoro forzato) ed 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare)⁴⁶⁵.

Ad esempio, visto che a differenza della Convenzione sui diritti del fanciullo⁴⁶⁶, la CEDU non prescrive espressamente che gli Stati parte sono tenuti a proteggere i minori da ogni forma di violenza in ogni tipo di ambiente, compresa la famiglia, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha utilizzato la sua interpretazione estensiva per ipotizzare una violazione, in queste circostanze, degli articoli 3 o 8 della CEDU, a seconda dei casi⁴⁶⁷. L'art. 3 della CEDU (che proibisce la tortura e i trattamenti o le punizioni inumani o degradanti) non contiene eccezioni o deroghe e, pertanto, si poteva essere spinti ad interpretarlo nel senso di considerare tutti i tipi di ingerenza come una sua violazione; ciò nonostante, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto necessario, per aversi una violazione di tale articolo, che le violenze fisiche o psichiche su un minore raggiungano un minimo livello di severità ed irriverenza della dignità umana, altrimenti la questione potrà, semmai, rientrare in una violazione dell'art. 8 della CEDU⁴⁶⁸.

Quest'ultimo articolo, che tutela il diritto al rispetto della vita privata e familiare, è indubbiamente il più utilizzato nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo per tutelare i diritti dei minori in quanto viene richiamato per risolvere svariate questioni familiari in generale, casi di adozione⁴⁶⁹, sottrazioni internazionali di minori, controversie sul diritto di visita dei genitori o sul diritto all'identità dei fanciulli.

La Corte europea ha utilizzato diversi approcci per tutelare i diritti dei minori: innanzitutto, è stato di frequente utilizzato un approccio c.d. "procedurale" consistente nell'imporre agli Stati una serie di doveri procedurali appunto, necessari per garantire la concreta protezione dei diritti sostanziali contenuti nella CEDU.

Ad esempio, le decisioni amministrative o giudiziarie nazionali che possono interferire con il diritto al rispetto della vita privata e familiare del minore e dei suoi genitori (come, ad esempio, quella di affidare il minore ad una comunità), devono essere eque e rispettose degli interessi protetti dall'art. 8 della CEDU e, quindi, ad esempio, dal punto di vista processuale va garantito il diritto dei genitori di partecipare alle varie fasi precedenti alla decisione finale che coinvolge il figlio oltre al diritto di quest'ultimo di essere ascoltato⁴⁷⁰.

⁴⁶⁵ I diritti dei minori sono entrati all'interno della CEDU grazie al fatto che le sue disposizioni sono formulate in modo tale da consentire una loro interpretazione estensiva e dinamica (U. KILKELLY, *The impact of the Convention on the case-law of the European Court of Human Rights*, op. cit., p. 90). Questo approccio interpretativo è compatibile con il carattere evolutivo della Convenzione che fu riconosciuto dalla stessa Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Tyrrer*, del 1978, nel quale la Corte stabilì, per la prima volta, che la CEDU è uno strumento vivente che tiene conto delle influenze della società nell'applicazione dei propri *standard* (Corte europea dei diritti dell'uomo, *Tyrrer c. UK*, 1978).

⁴⁶⁶ Art. 19 della Convenzione Onu sui diritti dei fanciulli.

⁴⁶⁷ Si veda sul punto, ad esempio, Corte europea dei diritti dell'uomo, 28/1/2014, *O'Keefe c. IRL*.

⁴⁶⁸ Sul punto: Corte europea dei diritti dell'uomo, 13/5/2000, *Juhnke c. TUR*, n. 52515/99, §69 e ss.

⁴⁶⁹ In merito alla tematica dell'adozione, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha statuito che l'obiettivo principale di questo istituto è "to provide a child with a family and not a family with a child" (Corte europea dei diritti dell'uomo, 26/2/2002, *Fretté c. FRA*, n. 36515/97, §42); pertanto, il *focus* deve sempre essere il minore, la cui opinione, anche riguardo alla sua adozione, deve essere tenuta in considerazione nel caso in cui lo stesso abbia la maturità necessaria per esprimersi in merito (nello specifico su tale argomento si veda: Corte europea dei diritti dell'uomo, 22/6/2004, *Pini a. o. c. ROM*, n. 78028/01, §164 e ss; Corte europea dei diritti dell'uomo, 25/11/2008, *Juciuciené c. LTU*, n. 14414/03, §31. Sul punto si veda anche BERRO-LEFÈVRE, *Adoption et filiation. Droit à l'enfant ou droits de l'enfant?*, *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, 2011, p. 25 e ss.).

⁴⁷⁰ Ad esempio si vedano le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, *W c. UK*, n. 9749/82 e *McMichael c. UK*, n. 16424/90, para. 87.

Il secondo approccio utilizzato per tutelare i diritti dei fanciulli è stato quello di creare nuove obbligazioni positive in capo agli Stati parte. Questa tecnica è stata molto utile in materia di sottrazione internazionale di minori, diritti di custodia e abusi sui minori, dunque fattispecie rientranti tutte sotto la copertura degli articoli 8 e 3 della CEDU. La creazione di obbligazioni positive rappresenta la vera peculiarità del contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo all'avanzamento dei diritti dei minori.

Un primo esempio di come la Corte europea abbia iniziato a dar vita a delle obbligazioni positive a carico degli Stati parte a protezione dei diritti dei fanciulli lo offre una sentenza del 2001, *Z e altri c. Regno Unito*⁴⁷¹. In tale pronuncia, la Corte, combinando gli articoli 3 e 1 della CEDU, ha imposto agli Stati di prendere misure adeguate per impedire che le persone, soprattutto se minori, vengano sottoposte a torture o a trattamenti inumani o degradanti, anche in contesti amministrati da privati.

Entrambi questi meccanismi utilizzati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo possono, tuttavia, condurre a risultati difficilmente prevedibili allo stesso modo, come si vedrà nel prosieguo, dell'utilizzo del principio del superiore interesse del minore, non affermato nella CEDU e che ha cominciato ad affermarsi sempre più nella sua giurisprudenza a seguito dell'entrata in vigore, nel 2000, della Convenzione sull'esercizio dei diritti dei minori che enuncia espressamente tale principio.

Sempre al fine di tutelare i minori, la Corte europea dei diritti dell'uomo, nelle proprie decisioni, tiene spesso in considerazione anche le disposizioni contenute in altri strumenti internazionali ed europei per rinforzare i propri ragionamenti o per riempire delle lacune della CEDU (ad esempio sono numerosissimi i riferimenti che la Corte europea fa alla Convenzione ONU sui diritti del fanciullo). L'integrazione della CEDU tramite il riferimento a norme internazionali (vincolanti o non e ratificate o meno dallo Stato convenuto) è infatti un'operazione necessaria per garantire l'aderenza della CEDU, in qualità di testo "vivente", al grado di consenso raggiunto dagli Stati parte nella protezione di determinati diritti⁴⁷².

Per quanto riguarda i rapporti con l'Unione europea, fino alla fine degli anni '90, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha mostrato un'apparente indifferenza nei confronti del diritto comunitario come parametro da utilizzare nella costruzione dei propri percorsi argomentativi.

Se infatti il riferimento alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo da parte della Corte di Giustizia ha rappresentato il principale strumento di costruzione del sistema comunitario di protezione dei diritti, costituendo la CEDU lo *standard* minimo di protezione dei diritti umani nell'UE (essendo tutti gli Stati membri vincolati dalla CEDU), solo quando l'Unione ha emanato la Carta di Nizza la Corte europea dei diritti dell'uomo ha superato la propria tradizionale indifferenza nei confronti dell'ordinamento comunitario, ritenuto finalmente un interlocutore adeguato.

Al giorno d'oggi è assai frequente che la Corte europea dei diritti dell'uomo consideri la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea come una fonte di integrazione del proprio parametro di giudizio nell'interpretazione della CEDU, essendo la Carta uno strumento per certi aspetti più evoluto di

⁴⁷¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Z e altri c. Regno Unito* [GC], n. 29392/95, 10 maggio 2001.

⁴⁷² Come chiarito dalla nota sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo *Demir and Baykara c. Turchia* del 12 novembre 2008.

quest'ultima⁴⁷³.

Il rapporto tra le due organizzazioni ha cominciato a consolidarsi a partire dalla celebre sentenza *Bosphorus*⁴⁷⁴ nella quale la Corte europea ha chiarito di voler attribuire il massimo rilievo all'adempimento dell'obbligo internazionale "concorrente", riservandosi sempre, tuttavia, l'onere di verificare che l'ordinamento da cui tale obbligo promana, nel caso di specie, quello dell'Unione europea, assicuri un'equivalente protezione dei diritti e delle libertà fondamentali, per ciò che riguarda tanto gli strumenti di tutela quanto il livello di protezione in concreto assicurato alla posizione giuridica invocata.

Nonostante la Corte europea dei diritti dell'uomo sia stata sinora piuttosto prudente nel permettersi di giudicare la compatibilità del diritto UE con la CEDU, la presunzione di equivalenza del sistema UE di protezione dei diritti fondamentali rispetto alle garanzie apprestate dalla CEDU risulta assai precaria, potendo essere sempre superata in considerazione di ogni eventuale mutamento delle circostanze, così come delle concrete caratteristiche del caso e considerato anche il periodo particolarmente delicato dei rapporti tra le due organizzazioni.

D'altronde, non è sempre agevole trovare un punto di equilibrio non conflittuale quando si tratta di proteggere dei diritti fondamentali e per quanto riguarda la tutela dei diritti dei minori, come si vedrà nel prosieguo, con l'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea si sta assistendo, paradossalmente, ad un impoverimento delle decisioni della Corte di Giustizia che tengono in dovuta considerazione i diritti dei fanciulli coinvolti.

Si fanno sempre più rari, inoltre, gli esempi di motivazioni della Corte di Giustizia sostenute dal riferimento alle diverse fonti, CEDU *in primis*, ricavabili dal catalogo contemplato dall'art. 6 TUE e si assiste normalmente alla tendenza verso un richiamo esclusivo alle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali in modalità autoreferenziale. Tutto ciò sta complicando, come vedremo, il rapporto tra le due corti.

Per quanto riguarda la Convenzione sui diritti del fanciullo, tale strumento, come è stato sopra anticipato, ha influenzato (ed influenza tuttora) enormemente il ragionamento della Corte europea dei diritti dell'uomo⁴⁷⁵ e ciò ha permesso di massimizzare il potenziale di entrambe le Convenzioni a vantaggio della promozione dei diritti dei fanciulli⁴⁷⁶.

Una delle aree in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo è stata maggiormente influenzata dalla Convenzione di New York riguarda i casi di abusi e punizioni corporali nei confronti dei minori.

⁴⁷³ A. SCHILLACI, *La cooperazione nelle relazioni tra Corte di Giustizia dell'Unione europea e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *AIC*, 2012, n. 4, p. 12.

⁴⁷⁴ Corte EDU, *Bosphorus c. Ireland*, 30 giugno 2005.

⁴⁷⁵ Già in una sentenza molto risalente, del 22 febbraio 1994 (caso *Burghartz c. Suisse*), la Corte europea dei diritti dell'uomo, per rimediare all'assenza, nell'art. 8 della CEDU, di una prescrizione esplicita relativa alla protezione del diritto al nome, ha fatto appello all'art. 8 della Convenzione sui diritti del fanciullo che assicura una tale garanzia ai minori di 18 anni (al riguardo si veda: G. MEUNIER, *L'application de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant dans le droit interne des états parties*, L'Harmattan, 2002, p. 171). Anche di recente la Corte europea dei diritti dell'uomo ha richiamato la Convenzione sui diritti del fanciullo, si segnala, ad esempio, la causa *Söderman v. Sweden*, Grande Camera, del 12.11.2013.

⁴⁷⁶ U. KILKELLY, *The impact of the Convention on the case-law of the European Court of Human Rights* in D. FOTTRELL (edited by), *Revisiting children's rights, 10 years of the UN Convention on the rights of the child*, Kluwer Law International, 2000, p. 88.

Uno dei primi richiami alla Convenzione sui diritti del fanciullo venne fatto nel caso *Costello-Roberts* che riguardava proprio le punizioni corporali subite da un minore in una scuola privata nel Regno Unito⁴⁷⁷. Sebbene la lamentata violazione, nel caso di specie, degli artt. 3 e 8 della CEDU non trovò conferma da parte della Corte europea, il caso rappresentò la prima occasione utile per chiarire che gli Stati parte sono responsabili anche per le violazioni della CEDU che avvengono nella sfera privata dei propri cittadini quando non dispongono di un'adeguata legislazione a tutela dei soggetti più deboli. Visto il contesto scolastico della vicenda, la Corte affermò, più nello specifico, che gli Stati devono assicurarsi che la disciplina scolastica sia conforme alla CEDU e soprattutto con la dignità degli alunni minori di età.

Il caso *Costello-Roberts* è rilevante anche perché mostra che non sempre la volontà della Corte europea dei diritti dell'uomo di ispirarsi alla Convenzione di New York si traduce in un pieno rispetto delle opinioni del Comitato per i diritti dei fanciulli⁴⁷⁸. In tale pronuncia, infatti, la Corte europea ha stabilito che gli Stati parte hanno il diritto di distinguere le forme legittime di violenza sui minori da altre forme non ammissibili, mentre il Comitato ONU ha sempre ritenuto tutte le forme di violenza sui minori inammissibili ai sensi della Convenzione sui diritti del fanciullo, sia all'interno degli istituti educativi che in famiglia. Opinione condivisa anche dal Comitato europeo dei diritti sociali, organo di monitoraggio del rispetto della Carta sociale europea (altro strumento del Consiglio d'Europa che verrà analizzato nel prossimo paragrafo), il quale ha affermato che le punizioni corporali sono contrarie all'art. 17 della Carta sociale europea in quanto “*il ne peut être accepté qu'une société qui interdit toute forme de violence entre adultes tolère que les adultes infligent des violences physiques aux enfants*”⁴⁷⁹. Queste differenze nell'interpretare i diritti dei fanciulli, come vedremo, non sono purtroppo rare e contribuiscono a ridimensionare il godimento effettivo dei loro diritti.

Ciò premesso, nel prosieguo, dopo aver chiarito quali sono gli altri strumenti a disposizione del Consiglio d'Europa a tutela dei diritti dei minori, ci si concentrerà più approfonditamente sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nelle principali aree tematiche nelle quali la Corte ha apportato sinora il suo maggior contributo al rafforzamento dei diritti dei fanciulli, adottando decisioni sempre più *child-friendly*.

1.2 Gli altri strumenti del Consiglio d'Europa a protezione dei minori

Altro importante strumento adottato dal Consiglio d'Europa è la Carta Sociale europea, trattato generale sui diritti umani che a differenza della CEDU, che è focalizzata soprattutto sui diritti civili e politici, tutela in particolare i diritti di stampo economico, sociale e culturale⁴⁸⁰.

⁴⁷⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Costello-Roberts c. UK*, 1993.

⁴⁷⁸ G. VAN BUEREN, *Les droits de l'enfant en Europe. Convergence et divergence dans la protection judiciaire*. Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2008, nota 105, p. 23.

⁴⁷⁹ C. LAVALLÉE, *La protection internationale des droits de l'enfant entre idéalisme et pragmatisme*, Bruylant, 2015.

⁴⁸⁰ La Carta sociale europea è stata adottata nel 1961 e rivista nel 1996.

La Carta sociale europea completa, pertanto, la CEDU, ma conferma la discussa distinzione tra la protezione garantita ai diritti civili e politici, da un lato, e ai diritti economici e sociali dall'altro⁴⁸¹.

Difficilmente un individuo trascorre la propria vita senza esercitare uno dei diritti garantiti dalla Carta (come il diritto all'educazione, al lavoro e alla salute) e conseguentemente è alta la probabilità che nel quotidiano scaturiscano dei problemi nel godimento effettivo di questi diritti; al contrario, invece, può succedere che non ci si trovi mai in una situazione tale da condurre a un ricorso davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Ciò nonostante, a causa del diverso tipo di diritti contenuti, le differenze tra la CEDU e la Carta sociale europea sono notevoli e il minor peso riconosciuto a quest'ultima a livello UE si nota anche dal fatto che l'Unione si sia impegnata ad aderire unicamente alla CEDU⁴⁸².

Tuttavia, le disposizioni in materia sociale della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea traggono ispirazione dalla Carta sociale europea, come risulta sia dal Preambolo che dalle Spiegazioni della prima⁴⁸³, e, quindi, attraverso tali disposizioni della Carta dei diritti fondamentali, unitamente alle clausole di interpretazione ex artt. 52 e 53, la Carta sociale europea potrebbe finire per imporre obbligazioni anche agli Stati membri che non vi hanno aderito⁴⁸⁴.

La Carta sociale europea è poi richiamata anche nel Preambolo del TUE e nell'art. 151 del TFUE dedicato alla "politica sociale"⁴⁸⁵.

⁴⁸¹ Come sottolinea C. PANZERA (nel suo intervento dal titolo "Per i cinquant'anni della Carta sociale europea" nell'ambito del convegno "I diritti sociali dopo Lisbona. Il ruolo delle Corti. Il caso italiano. Il diritto del lavoro fra riforme delle regole e vincoli di sistema", Reggio Calabria, 5 novembre 2011) sono, infatti, pienamente giuridiche e precettive le disposizioni della CEDU in materia di diritti civili e politici, mentre meramente politiche e programmatiche quelle concernenti i diritti sociali contenute nella Carta sociale. Nonostante il richiamo al principio di indivisibilità dei diritti fondamentali, contenuto nel Preambolo della Carta, pertanto, si è deciso di confermare la scelta operata da altri documenti internazionali dell'epoca, come i due patti internazionali dell'ONU del 1966 e che non si ritrova, invece, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

⁴⁸² O. DE SCHUTTER, *L'adhésion de l'Union européenne à la Charte Sociale européenne révisée*, EUI WPL, 2004/11. È interessante notare che il Preambolo dell'Atto Unico Europeo del 1986 riconosceva alla CEDU e alla Carta sociale europea pari importanza, mentre nei successivi Trattati è stato valorizzato sempre di più il ruolo della CEDU.

⁴⁸³ Il Preambolo della Carta dei diritti fondamentali fa riferimento, infatti, ai "diritti derivanti (...) dalle carte sociali adottate (...) dal Consiglio d'Europa".

⁴⁸⁴ Al riguardo è importante ricordare le note sentenze della Corte di giustizia nei casi *Viking Lane* e *Laval* del 2007, C-438/05 e C-341/05 (nonché le successive *Rüffert* e *Commissione/Lussemburgo* del 2008, C-346/06 e C-319/06 e *Commissione c. Germania* del 2010, C-271/08), ove per la prima volta si è affermato che la dimensione "economica" e la dimensione "sociale" coesistono nelle finalità dell'Unione. Normalmente, tuttavia, a livello UE si assiste ad una sostanziale "ignoranza" delle connessioni, ad esempio, fra le politiche socio-sanitarie dell'Unione e la giurisprudenza del Comitato europeo dei diritti sociali in materia, come evidenziato da T.K. HERVEY, *We Don't See a Connection: The Right to Health" in the EU Charter and European Social Charter*, in G. DE BÚRCA-B. DE WITTE (eds.), *Social Rights in Europe*, Oxford Univ. Press, Oxford-New York 2005, p. 305 e ss. Il rischio, pertanto, è che la Carta dei diritti fondamentali finisca per emarginare la Carta sociale europea dalla quale trae ispirazione, senza che venga fatto tesoro dell'importante contributo, unico a livello europeo, offerto in questi anni dal Comitato europeo dei diritti sociali in materia di tutela dei diritti sociali.

⁴⁸⁵ Art. 151 TFUE: "L'Unione e gli Stati membri, tenuti presenti i diritti sociali fondamentali, quali quelli definiti nella Carta sociale europea firmata a Torino il 18 ottobre 1961 e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989, hanno come obiettivi la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta contro l'emarginazione. A tal fine, l'Unione e gli Stati membri mettono in atto misure che tengono conto della diversità delle prassi nazionali, in particolare nelle relazioni contrattuali, e della necessità di mantenere la competitività dell'economia dell'Unione. Essi ritengono che una tale evoluzione risulterà sia dal funzionamento del mercato interno, che favorirà l'armonizzarsi dei sistemi sociali, sia dalle procedure previste dai trattati e dal ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative".

Oltre alle differenze in merito ai meccanismi di tutela del rispetto dei diritti garantiti rispettivamente dalla CEDU e dalla Carta sociale europea, come si vedrà meglio nel prosieguo, quest'ultima si distingue dalla CEDU anche perché gli stranieri, salvo i rifugiati e gli apolidi, sono protetti dalle sue disposizioni “*solo nella misura in cui si tratta di cittadini di altre Parti che risiedono legalmente o lavorano regolarmente sul territorio della Parte interessata*”, fatta salva la possibilità degli Stati di elargire diritti anche ad altre persone⁴⁸⁶. La CEDU, invece, obbliga gli Stati al rispetto dei suoi diritti nei confronti di “tutte le persone residenti sul loro territorio”⁴⁸⁷.

Ciò premesso, per quanto riguarda i minori, la protezione che la Carta sociale europea offre ai loro diritti non è vista tanto come un *quid pluris* che deve essere garantito a questa categoria particolarmente vulnerabile, ma piuttosto come una tutela necessaria e basilare di cui tutti gli individui, in quanto tali, hanno diritto nella prima parte della loro vita.

L'art. 8, in particolare, è dedicato alla protezione sul lavoro delle donne incinte o che hanno appena partorito⁴⁸⁸. Dopo aver tutelato il momento della nascita, la Carta sociale europea contiene unicamente altri due riferimenti ai fanciulli negli articoli 7 e 17 e si tratta, in entrambi i casi, di disposizioni di natura protettiva.

L'art. 7 enuncia, infatti, il diritto dei minori ad essere protetti sul lavoro (disposizione della quale si è già avuto modo di parlare nel paragrafo dedicato alle Convenzioni dell'OIL, osservando anche che essa rientra tra le disposizioni fondamentali della Carta); l'art. 17, invece, introdotto per la prima volta nella versione della Carta sociale europea riveduta, afferma il diritto dei minori a ricevere cure, assistenza e protezione in caso di violenza e trascuratezza e, in generale, sancisce il diritto dei bambini ad una tutela sociale, giuridica ed economica⁴⁸⁹. Il Comitato europeo dei diritti sociali, ovvero l'organo di controllo del rispetto

⁴⁸⁶ Annesso alla Carta sociale europea (riveduta) - “Portata della Carta sociale europea per quanto concerne le persone protette”. Il Comitato europeo dei diritti sociali è intervenuto più volte su questi limiti, cercando di circoscriverne la portata. È il caso del reclamo collettivo n° 14/2003, *Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme (FIDH) c. Francia*, in cui si contestava la nuova legislazione in materia di cure mediche in quanto lesiva dei diritti fondamentali dei migranti in situazione irregolare e dei loro figli. Il Comitato ha affermato che essendo il diritto all'assistenza medica strettamente legato al diritto alla vita ed alla dignità, il fatto che la Carta sociale europea non includa i migranti irregolari tra i propri titolari, non implica che tale diritto possa semplicemente essere negato. Il caso specifico è interessante per la presente ricerca poiché il Comitato ha considerato che la legislazione francese violasse la Carta non in quanto limitava il diritto alle cure degli irregolari in genere, dal momento che non privava questi ultimi di ogni titolo d'accesso, ma in quanto limitava ai soli casi gravi le cure mediche per i minori e le subordinava ad un certo periodo di residenza.

⁴⁸⁷ Art. 1 CEDU.

⁴⁸⁸ Art. 8 Carta sociale europea “*Diritto delle lavoratrici madri ad una tutela*”: Per garantire l'effettivo esercizio del diritto delle lavoratrici madri ad una tutela, le Parti s'impegnano: 1) a garantire alle lavoratrici prima e dopo il parto, un periodo di riposo di una durata totale come minimo di quattordici settimane, sia con un congedo retribuito sia mediante adeguate prestazioni di sicurezza sociale o con fondi pubblici; 2) a considerare illegale la notifica di licenziamento ad una donna da parte di un datore di lavoro nel periodo compreso tra il momento in cui la donna comunica la sua gravidanza al datore di lavoro e la fine del suo congedo di maternità, o ad una data tale che il termine di preavviso scada in detto periodo; 3) a garantire che le madri che allattano i figli possano usufruire a tal fine di pause sufficienti; 4) a regolamentare il lavoro notturno delle donne incinte, di quelle che hanno recentemente partorito o che allattano i figli; 5) a vietare l'impiego di donne incinte o che hanno recentemente partorito o che allattano i loro figli, in lavori sotterranei nelle miniere ed in ogni altro lavoro a carattere pericoloso, insalubre o faticoso, ed a prendere adeguate misure per proteggere i diritti di queste donne in materia di lavoro.

⁴⁸⁹ Articolo 17 della Carta sociale europea “*Diritto dei bambini e degli adolescenti ad una tutela sociale, giuridica ed economica*”: Per assicurare ai bambini ed agli adolescenti l'effettivo esercizio del diritto di crescere in un ambiente favorevole allo sviluppo della loro personalità e delle loro attitudini fisiche e mentali, le Parti s'impegnano a prendere sia direttamente sia in cooperazione con le organizzazioni pubbliche o private tutte le misure necessarie e appropriate miranti: 1) a) a garantire ai bambini ed agli adolescenti, in considerazione dei diritti e doveri dei genitori, le cure, l'assistenza, l'istruzione e la formazione di cui necessitano, in particolare prevedendo la creazione o il mantenimento di istituzioni o di servizi adeguati e sufficienti a tal fine; b) a proteggere i bambini e gli adolescenti dalla negligenza, dalla violenza o dallo sfruttamento; c) ad assicurare una speciale protezione e l'aiuto dello Stato nei confronti del bambino o dell'adolescente, temporaneamente o definitivamente privato del suo sostegno familiare; 2) ad assicurare

della Carta, ha affermato che l'art. 17 è la disposizione che integra nella Carta sociale europea i diritti garantiti dalla Convenzione ONU sui diritti del fanciullo.

Quello che non è stato sottolineato nel paragrafo dedicato alle Convenzioni dell'OIL, è che l'Annesso alla Carta sociale europea riveduta chiarisce che il paragrafo 8 dell'art. 7, che vieta i lavori notturni per i minori, si intende rispettato se uno Stato parte *“si conforma al tenore di detto impegno disponendo nella sua legislazione che la grande maggioranza delle persone di età inferiore a diciotto anni non sia impiegata in lavori notturni”*. Inoltre nel medesimo Annesso è anche chiarito che l'art. 17 non implica l'obbligo di provvedere all'insegnamento obbligatorio dei minori fino al raggiungimento dei 18 anni.

Tutti limiti, pertanto, che ridimensionano i già circoscritti diritti garantiti ai fanciulli in questo strumento, ma che in parte sono stati aboliti da un'interpretazione evolutiva del Comitato europeo dei diritti sociali. Ad esempio, infatti, in materia di diritto all'educazione, il Comitato ha affermato che garantire tale diritto a tutti i minori è necessario affinché questi ultimi possano godere dei loro diritti civili.

È già stato sopra chiarito che gli Stati parte hanno il diritto di vincolarsi solo parzialmente al rispetto delle disposizioni della Carta sociale europea, aspetto che rappresenta la sua prima peculiarità, la seconda, invece, riguarda la possibilità di presentare al Comitato europeo dei diritti sociali dei reclami collettivi per segnalare che la legislazione di uno Stato non è conforme alla Carta, ai sensi del Protocollo addizionale entrato in vigore nel 1998⁴⁹⁰.

Sono esclusi, pertanto, i reclami individuali dei singoli, veri titolari dei diritti riconosciuti nella Carta, essendo l'azionabilità di questi ultimi rimessa alle associazioni di tipo prevalentemente sindacale, ma anche a certe ONG internazionali accreditate e anche a ONG nazionali riconosciute particolarmente qualificate in certi settori, se gli Stati hanno deciso di ammettere tale possibilità⁴⁹¹.

Quest'ultima previsione dà vita a un meccanismo unico a livello internazionale che trae ispirazione dai reclami collettivi previsti dall'OIL, superando, tuttavia, la classica rappresentanza tripartita stato-lavoratori-imprenditori attraverso l'inclusione di altre organizzazioni non governative⁴⁹². Questo

ai bambini ed agli adolescenti un insegnamento primario e secondario gratuito, favorendo una regolare frequentazione scolastica.

⁴⁹⁰ Protocollo addizionale alla Carta sociale europea su un sistema di reclamo collettivo, adottato il 9 novembre 1995 ed entrato in vigore l'1 luglio 1998. I reclami possono provenire, nel caso degli Stati che hanno adottato la procedura, da parte delle seguenti organizzazioni: la Confederazione dei sindacati europei (ETUC), Business Europe (e UNICE) e l'Organizzazione internazionale dei datori di lavoro (IOE); di organizzazioni non governative con status consultivo presso il Consiglio d'Europa che fanno parte di una lista preparata a questo fine da un comitato intergovernativo ad hoc; da organizzazioni di datori di lavoro e da sindacati nel Paese interessato e, da organizzazioni non governative nazionali, nel caso gli Stati abbiano esplicitamente accettato la relativa disposizione. Il Comitato esamina il reclamo e, se i requisiti fondamentali sono stati raggiunti, lo dichiara ammissibile. In seguito, mette in moto una procedura di dialogo con il Paese interessato basata su uno scambio di documentazione scritta tra le parti e può decidere di tenere un'udienza pubblica. Il Comitato prende quindi una decisione sul merito del reclamo, che invia alle parti interessate e al Comitato dei Ministri in un rapporto, reso successivamente pubblico entro quattro mesi dall'invio.

Il Comitato dei Ministri adotta quindi una risoluzione, in cui, se lo ritiene appropriato, può raccomandare allo stato di prendere specifiche misure per portare la situazione in linea con la Carta sociale europea.

⁴⁹¹ Tutte le decisioni sono reperibili sul sito www.coe.int/socialcharter.

⁴⁹² Come sottolinea F. OLIVERI, *La lunga marcia verso l'effettività. La Carta sociale europea tra enunciazione dei diritti, meccanismi di controllo e applicazione nelle Corti nazionali*, www.europeanrights.eu. I criteri cui una ONG deve sottostare per ricevere lo statuto consultivo presso il Consiglio d'Europa sono gli stessi previsti dalla Convenzione europea sulla personalità giuridica delle organizzazioni non governative del 1986.

consente, pertanto, anche alle numerose ONG attive nella protezione dei diritti dei fanciulli di fare ricorso al Comitato.

Ad oggi, tuttavia, gli Stati che hanno ratificato il Protocollo addizionale ed hanno accettato il sistema dei reclami collettivi sono solamente tredici di cui dodici sono Stati membri dell'Unione europea e quindi è evidente che il grado di protezione dei diritti sociali nella "grande Europa" del Consiglio d'Europa sia tuttora insoddisfacente⁴⁹³.

In virtù del Protocollo del 1991, poi, gli Stati che l'hanno ratificato sono tenuti ad inviare dei rapporti periodici al Comitato per mostrare come hanno implementato le disposizioni della Carta sociale europea alle quali hanno dichiarato di vincolarsi.

Per entrambi i meccanismi di controllo, tuttavia, il Comitato non dispone di poteri giurisdizionali e può unicamente usufruire di strumenti esortativi (come raccomandazioni e risoluzioni) per cercare di convincere lo Stato inadempiente a modificare la propria normativa⁴⁹⁴.

Nonostante sia consapevole dei suoi limitati poteri, il Comitato ha sempre posto grande attenzione al grado di effettività dei diritti cui gli Stati parte si sono vincolati, accertandone puntualmente le violazioni e contribuendo al rafforzamento del controllo delle legislazioni nazionali in uno spazio giuridico sempre più globalizzato e comune⁴⁹⁵.

Inoltre, è meritevole anche la determinazione con cui il Comitato insiste da anni sulla necessità di non lasciare senza protezione le categorie più deboli e a rischio discriminazione ed emarginazione, invitando gli Stati a farsene carico con interventi supportati dalla fiscalità generale, quale massima espressione di solidarietà umana⁴⁹⁶. Tra le categorie più deboli ci sono ovviamente anche i minori ed è importante sottolineare che la prima decisione del Comitato su un reclamo collettivo riguardava proprio la tutela dei minori lavoratori⁴⁹⁷. In generale, poi, si segnalano numerose decisioni del Comitato riguardanti la violazione degli art. 7 e 17, come ad esempio in merito alla protezione dei fanciulli con disabilità⁴⁹⁸, in materia di non

⁴⁹³ Ovvero Belgio, Croazia, Cipro, Repubblica Ceca, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Paesi Bassi, Portogallo e Svezia. Come sottolinea C. PANZERA nel suo intervento dal titolo "*Per i cinquant'anni della Carta sociale europea*" nell'ambito del convegno "*I diritti sociali dopo Lisbona. Il ruolo delle Corti. Il caso italiano. Il diritto del lavoro fra riforme delle regole e vincoli di sistema*", op. cit.

⁴⁹⁴ Tali strumenti sono le conclusioni e le risoluzioni del Comitato. Inoltre, a seguito di una decisione del CM (decisione 821/4.1c/ del 13 dicembre 2002) gli Stati che hanno ratificato la Carta sociale europea (riveduta) sono invitati a redigere un rapporto ogni cinque anni sulle disposizioni della Carta non accettate.

⁴⁹⁵ C. PANZERA, intervento in un convegno dal titolo "*Per i cinquant'anni della Carta sociale europea*", *ibidem*. La prassi ha dimostrato che gli Stati cui viene contestata una violazione tendono a mettersi in linea con la Carta sociale europea soprattutto quando il sistema dei rapporti compara le leggi dei diversi Stati contraenti, sottraendo così legittimazione politica ad un governo che non riconosce certi diritti ai suoi cittadini (come sottolinea F. OLIVERI, *ibidem*). Il Comitato europeo dei diritti sociali, inoltre, ha sempre affermato che "*la Carta è uno strumento vivo, che ha per obiettivo di proteggere dei diritti effettivi e non teorici*" (si vedano ad esempio il reclamo n°1/1998, par. 32 e il reclamo n° 6/1999, *Syndicat national des professions du tourisme c. Francia*, par. 26).

⁴⁹⁶ C. PANZERA, "*Per i cinquant'anni della Carta sociale europea*", *ibidem*.

⁴⁹⁷ Comitato europeo dei diritti sociali, 10 marzo 1999, caso *Commission internationale des juristes c. Portugal*, reclamo collettivo n. 1/1998.

⁴⁹⁸ Reclamo collettivo n. 13/2002 - *Autism-Europe c. France*, reclamo collettivo n. 41/2007 - *Mental Disability Advocacy Center (MDAC) c. Bulgaria*.

discriminazione per quanto concerne il diritto all'educazione⁴⁹⁹ e anche diverse in materia di punizioni corporali sui fanciulli⁵⁰⁰.

Sebbene il Comitato europeo dei diritti sociali sia indubbiamente uno fra gli organi più attivi nel sistema del Consiglio d'Europa⁵⁰¹, il sistema dei ricorsi individuali davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo rimane quello che ha offerto il maggiore contributo sostanziale all'avanzamento dei diritti dei minori nell'ambito del Consiglio d'Europa.

Quest'ultimo ha anche adottato alcune convenzioni per tutelare in maniera più specifica alcuni diritti dei minori. Tra le più recenti e le più ratificate dagli Stati membri dell'Unione europea vi è la Convenzione di Varsavia del 2005 sulla lotta contro la tratta degli esseri umani, entrata in vigore nel 2008 e ratificata da tutti gli Stati membri dell'Unione europea, tranne la Repubblica Ceca.

Tale Convenzione è ispirata a tutelare uno dei principi basilari dell'azione del Consiglio d'Europa, ovvero il rispetto della dignità e dell'integrità dell'uomo quale diritto umano fondamentale e, inoltre, è in linea sia con gli artt. 20, 27 e 35 della Convenzione sui diritti del fanciullo⁵⁰² che con l'art. 7, comma 2, lett. c), dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale che prevede la tratta di esseri umani, in particolare di donne e minori, tra le forme di riduzione in schiavitù, riconoscendola come un vero e proprio crimine contro l'umanità⁵⁰³.

⁴⁹⁹ Reclamo collettivo n. 45/2007 - *INTERRIGHTS c. Croatia*.

⁵⁰⁰ Reclamo collettivo n. 17/2003 - *World Organisation against Torture (OMCT) c. Greece*, reclamo collettivo n. 18/2003 - *World Organisation against Torture (OMCT) c. Ireland*, reclamo collettivo n. 19/2003 - *World Organisation against Torture (OMCT) c. Italy*, reclamo collettivo n. 20/2003 - *World Organisation against Torture (OMCT) c. Portugal*, reclamo collettivo n. 21/2003 - *World Organisation Against Torture (OMCT) c. Belgium*.

⁵⁰¹ Il ruolo del Comitato, poi, è di fondamentale importanza se si considera che in Europa non vi sono altre sedi di tutela "specializzata" dei diritti sociali. Il Comitato, tra l'altro, ha sempre dimostrato di aver preso sul serio il suo compito in quanto si è attivamente speso nel monitoraggio delle legislazioni nazionali e nell'accertamento delle violazioni da parte degli Stati contraenti e anche se la sua opera non è certamente paragonabile, per efficacia ed incisività, a quella della Corte europea dei diritti dell'uomo o della Corte di giustizia, rappresenta comunque un apprezzabile tentativo di assicurare il riconoscimento dei diritti sociali in Europa. Le decisioni del Comitato, poi, sono di frequente arricchite dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo. Quest'ultima, con la sentenza del 9 ottobre 1979, ric. 6289/73, *Airey*, ha espressamente negato l'esistenza di una "barriera ermeneutica" fra la CEDU e Carta sociale, poiché molti dei diritti protetti dalla prima hanno un «prolungamento di ordine economico e sociale» (punto 26). Anche la Corte di Giustizia ha fatto riferimento alla Carta sociale europea, addirittura prima dell'inserimento nei Trattati di un formale rinvio alla stessa che è avvenuto con l'Atto Unico Europeo del 1986, come è stato sottolineato anche in una precedente nota (si veda Corte di giustizia, 15 giugno 1978, C-149/77, *Defrenne III*, punto 28). Si segnala, inoltre, il parere dell'Avvocato Generale Jacobs del 21 settembre 1999, nel caso *Albany International BV*, in cui ha affermato che, per la loro stessa "struttura", i diritti di cui la Carta sociale europea fa menzione "rappresentano più degli obiettivi politici che dei diritti stringenti", tanto più che "gli stati firmatari sono tenuti a scegliere, tra i diritti enunciati, quelli che decidono di proteggere", confermando così che le disposizioni della Carta sociale europea hanno carattere meramente programmatico.

⁵⁰² L'art. 20, dispone che: "1. Ogni fanciullo il quale è temporaneamente o definitivamente privato del suo ambiente familiare oppure che non può essere lasciato in tale ambiente nel suo proprio interesse, ha diritto ad una protezione e ad aiuti speciali dallo Stato. 2. Gli Stati prevedono per questo fanciullo una protezione sostitutiva, in conformità con la loro legislazione nazionale"; l'art. 27 riconosce il diritto del bambino ad uno *standard* di vita adeguato al suo sviluppo fisico, mentale, spirituale, morale e sociale; l'art. 35, infine, richiede espressamente agli Stati parti di adottare ogni adeguato provvedimento a livello nazionale, bilaterale e multilaterale per impedire il rapimento, la vendita o la tratta di fanciulli per qualunque fine e sotto qualsiasi forma.

⁵⁰³ L'obbligo di reprimere penalmente la tratta sembra aver ormai assunto valore consuetudinario. Al suo rispetto sono dunque tenuti anche gli Stati che non hanno ratificato alcun accordo internazionale specifico (su tale punto si veda F. SALERNO, *Evoluzione e determinatezza del divieto di tratta nel diritto penale internazionale ed italiano*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Edizioni scientifiche, Napoli 2004, p. 2131). Inoltre, valorizzando il criterio ermeneutico previsto dall'art. 31, par. 3, lett. c), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, la mancata adozione delle misure previste dal Protocollo di Palermo del 2000 e dagli altri strumenti internazionali sulla tratta può essere considerata un indice della negligenza degli Stati nell'adempiere agli obblighi "positivi" previsti dalle convenzioni sulla tutela dei diritti umani come afferma A. ANNONI, *La tratta di donne e bambine nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *DEP* n. 16/2011, p. 97.

Il Consiglio d'Europa ha deciso di adottare questa Convenzione, nonostante esistessero già altri strumenti internazionali in materia (come il Protocollo di Palermo⁵⁰⁴ e il Protocollo facoltativo alla Convenzione di New York sulla vendita di bambini, la prostituzione infantile e la pornografia infantile⁵⁰⁵) poiché, agendo in un contesto regionale e, di conseguenza, più ristretto, era possibile adottare norme più precise che andassero al di là degli *standard* minimi sanciti a livello internazionale.

Al riguardo è importante sottolineare che sul piano internazionale, l'aspetto repressivo e quello della protezione dei diritti umani delle vittime, soprattutto delle più vulnerabili, sono sempre apparsi come momenti inscindibili di un'unica strategia repressiva della tratta. Lo stesso Protocollo di Palermo, al quale si ispira la Convenzione di Varsavia anche per la stessa definizione del reato di tratta⁵⁰⁶, possedeva già, infatti, una triplice finalità: 1) prevenire e combattere la tratta; 2) proteggere e assistere le vittime; 3) promuovere la cooperazione tra gli Stati contraenti che ritroviamo non solo nella Convenzione del Consiglio d'Europa, ma anche nella normativa UE in materia come vedremo nel prosieguo.

Per quanto riguarda l'aspetto della protezione delle vittime, particolare attenzione è stata data proprio ai minori vittime di tratta per i quali la Convenzione di Varsavia prevede una serie di misure protettive *ad hoc*.

Al fine di garantire il loro superiore interesse, la Convenzione impegna, infatti, gli Stati contraenti ad assicurare ai minori la concessione di permessi di soggiorno⁵⁰⁷, in quanto trattasi di individui spesso privati del passaporto da parte di chi li ha sfruttati.

In caso di dubbio sull'età della vittima, la Convenzione obbliga gli Stati a presumere, in presenza di ragioni che non lo escludano del tutto, la minore età. In questi casi dubbi, in attesa di stabilire l'età, l'identità e la nazionalità della vittima, devono essere accordati al presunto minorenne diversi diritti (come l'assistenza psicologica e materiale, un luogo di residenza dignitoso rispondente ai suoi bisogni specifici, l'accesso alle cure mediche e all'istruzione, il versamento di un indennizzo, un interprete, informazioni sui diritti e sui servizi messi a sua disposizione), dispiegando, altresì, ogni sforzo per ritrovare la famiglia, nel caso in cui il minore

⁵⁰⁴ Protocollo addizionale delle Nazioni Unite sulla prevenzione, la soppressione e la persecuzione del traffico di esseri umani, in particolar modo donne e bambini (noto anche come il protocollo sulla tratta degli esseri umani o Protocollo di Palermo), allegato alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, adottata dalla Conferenza delle Nazioni Unite di Palermo il 12 dicembre 2000. Per approfondire si veda M. GAMBINI, *I diritti del minore vittima di tratta e gli strumenti di tutela della persona*, fascicolo 1, 2014, su costituzionalismo.it e A. ANNONI, *La tratta di donne e bambine nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *DEP* n. 16/2011, p. 87 e ss.

⁵⁰⁵ Tale Protocollo vieta la vendita di minori a scopo di sfruttamento sessuale anche senza definirla come "tratta".

⁵⁰⁶ Il Protocollo di Palermo definisce la tratta come "il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, l'alloggio o l'accoglimento di persone a fini di sfruttamento, tramite la minaccia o l'uso della forza o di altre forme di coercizione, di rapimento, frode, inganno, abuso di potere o di una posizione di vulnerabilità o tramite il dare o ricevere somme di danaro o vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra a scopo di sfruttamento".

In base a tale definizione, ora accolta anche dall'UE, la tratta è dunque composta da tre elementi: gli atti, i mezzi e gli scopi. Gli atti comprendono il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, l'alloggio o l'accoglimento di persone vittime di tratta. Tra i mezzi atti a estorcere il consenso della vittima è previsto anche l'abuso di "una posizione di vulnerabilità", intendendosi con tale espressione ogni situazione nella quale la persona non ha "nessun'altra scelta reale o accettabile che non quella di sottomettersi", indipendentemente dall'uso della violenza e/o del sequestro. In merito agli scopi, il Protocollo di Palermo elenca, a titolo esemplificativo, varie tipologie di sfruttamento, comprendenti "come minimo, lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro o i servizi forzati, la schiavitù o pratiche analoghe, l'asservimento o il prelievo di organi", stabilendo, in tal modo, il "livello minimo" al quale gli Stati devono conformare le proprie legislazioni interne, rimanendo liberi di individuare altre forme di sfruttamento.

⁵⁰⁷ La Convenzione richiede che il permesso di soggiorno per i minori vittime, quando giuridicamente necessario, venga rilasciato in funzione dell'interesse superiore del minore e, se opportuno, rinnovato alle stesse condizioni (art. 14).

risultati non accompagnato; inoltre, in tale ultimo caso, è necessario fornire al minore un tutore che lo rappresenti legalmente, agendo nel suo superiore interesse.

Ai minori vittime va, inoltre, garantito il diritto ad un rimpatrio assistito nel Paese d'origine che assicuri loro sia un'adeguata reintegrazione nel sistema scolastico che una presa in carico idonea.

Ai sensi della Convenzione, la tratta costituisce un reato e pertanto i trafficanti e i loro complici sono perseguibili penalmente. La Convenzione obbliga poi, in particolare, gli Stati a prevedere tra le aggravanti del reato di tratta di essere umani quella di aver commesso un reato a danno di un minore e prescrive, altresì, di ritenere irrilevante l'eventuale consenso della vittima al suo sfruttamento. Quest'ultima previsione è molto importante vista la facilità con cui i minori, in condizioni di particolare sofferenza psicofisica, riescono ad essere manipolati.

Per concludere, rimandando ad un successivo approfondimento del fenomeno della tratta a livello UE, è interessante notare che l'art. 36 della Convenzione del Consiglio d'Europa ha previsto l'istituzione di un Gruppo di esperti sull'azione contro la tratta di esseri umani (c.d. GRETA), chiamato a monitorare periodicamente lo stato di attuazione degli obblighi convenzionali da parte di ciascuno Stato parte.

Il gruppo di esperti, avvalendosi della collaborazione dello stesso Stato parte e di membri della società civile ed eventualmente organizzando apposite visite sul campo, acquisisce le informazioni necessarie ad effettuare la propria valutazione. Successivamente, il GRETA redige un rapporto pubblico, nel quale dà conto degli sforzi compiuti dallo Stato per contrastare il fenomeno della tratta, evidenziando eventuali criticità e suggerendo le misure più idonee per risolverle. Sulla base di tale rapporto, poi, il Comitato degli Stati contraenti potrà adottare raccomandazioni nei confronti dello Stato che risulti inadempiente. In ogni caso, né il Comitato né il GRETA, hanno il potere di adottare sanzioni⁵⁰⁸.

Nonostante, infatti, le convenzioni internazionali in materia di tratta degli esseri umani siano ormai piuttosto numerose, tanto sul piano regionale che su quello universale, il loro principale problema rimane la mancanza di adeguati meccanismi di controllo che permettano, non solo di monitorare la condotta degli Stati parti nell'attuazione dei loro obblighi convenzionali, ma anche di sanzionarli in caso di una loro inottemperanza. Ecco la ragione per cui si confida tanto nella normativa UE in materia che verrà analizzata nella seconda parte del presente lavoro.

Altro importante e più recente strumento adottato dal Consiglio d'Europa è la Convenzione di Lanzarote sulla protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi sessuali, entrata in vigore nel 2010 e ratificata da 20 Stati membri dell'Unione europea⁵⁰⁹, che ha ispirato l'adozione della direttiva 2011/92/UE, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile.

Tale Convenzione si rivolge a tutti i fanciulli che non abbiano l'età legale, in base al diritto nazionale, per avere rapporti sessuali e enuncia, innanzitutto, un concetto molto ampio di "sfruttamento e abusi sessuali sui minori" per offrire la massima protezione ai fanciulli, nonché per cercare di arginare i reati sessuali contro

⁵⁰⁸ Come illustra A. ANNONI, *La tratta di donne e bambine nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, op. cit. p. 90.

⁵⁰⁹ Germania, Estonia, Ungheria, Irlanda, Norvegia, Repubblica Ceca, Regno Unito e Slovacchia l'hanno solamente firmata.

i minori, incluso il turismo sessuale.

In materia di giurisdizione, per favorire la vittima minorenni, la Convenzione di Lanzarote obbliga gli Stati parte a tenere un “atteggiamento protettivo” nei confronti di queste vittime particolarmente vulnerabili a partire dal momento delle indagini preliminari e prevede anche tutta una serie di accortezze procedurali tese a garantire una tutela giuridico-processuale mirata per tutti i fanciulli che siano stati vittime di abusi.

Ad esempio, la Convenzione richiede che le indagini penali non aggravino il trauma subito dai minori, che queste ultime vengano svolte in maniera prioritaria e senza ritardi ingiustificati, che la risposta penale sia seguita da un’assistenza psicologica ai fanciulli coinvolti e che quest’ultimi vengano ascoltati da un professionista immediatamente dopo la denuncia dei fatti alle autorità con le modalità più opportune (ad esempio, udienza a porte chiuse, ascolto del minore a distanza e, possibilmente, sempre da parte delle stesse persone, locali adeguati ad un minore).

Inoltre, l’inizio delle indagini e delle azioni penali per i reati enunciati nella Convenzione non deve essere subordinato alla denuncia della vittima e il procedimento deve proseguire anche se il minore ritira la sua denuncia.

Ancora, la Convenzione richiede agli Stati parte che il termine di prescrizione dei reati elencati si protragga per un periodo di tempo sufficiente a consentire l’avvio delle azioni penali dopo che la vittima sia divenuta maggiorenne e lo stesso periodo deve essere anche proporzionato alla gravità del reato contestato.

Inoltre, la Convenzione di Lanzarote rappresenta una novità importante perché prevede il reato di “grooming”, vale a dire l’adescamento di un minore per fini sessuali attraverso l’utilizzo di strumenti e tecnologie informatiche.

Per quanto riguarda il coordinamento con gli altri numerosi strumenti internazionali, la Convenzione di Lanzarote ha cura di garantire la prevalenza della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo e del suo Protocollo opzionale sulla vendita dei bambini, la prostituzione minorile e la pedopornografia.

Inoltre, è fatta salva la prevalenza delle convenzioni che contengono norme più protettive per la vittima minore di età.

Per quanto concerne i rapporti con la normativa UE, l’articolo 43, par. 3, della Convenzione garantisce, tra gli Stati membri dell’Unione europea, il primato del diritto UE, ma “*senza pregiudizio per l’oggetto e lo scopo della Convenzione*”. Come sopra anticipato, è stata adottata nel 2011 una direttiva che si occupa nello specifico di tali tematiche e che sostituisce la precedente Decisione quadro sempre in materia, pertanto, anche in riferimento a tali fenomeni criminosi, si rimanda ad una loro analisi più approfondita nella seconda parte del presente lavoro.

Oltre a delle Convenzioni vincolanti, il Consiglio d’Europa ha emanato anche diversi strumenti raccomandatori a tutela dei minori, come le Risoluzioni approvate dall’Assemblea parlamentare e dal Comitato dei Ministri o l’importante Programma “*Building a Europe for and with Children*”⁵¹⁰.

⁵¹⁰ Le risoluzioni approvate dall’Assemblea del Consiglio d’Europa hanno una particolare importanza perché orientano le scelte politiche del Comitato dei Ministri, dei governi e dei parlamenti nazionali, tanto che i principi in esse affermati sono, in genere, sempre ripresi all’interno degli strumenti convenzionali che vengono adottati. Tra le risoluzioni più significative vi è stata

Tra questi, quello maggiormente rilevante per il tema della presente ricerca sono le c.d. “*Linee guida sulla giustizia minorile*”, di cui si parlerà nel prossimo paragrafo.

1.3 Le Linee guida sulla giustizia Child-friendly del Consiglio d’Europa

L’obiettivo delle Linee guida, adottate nel 2010 dal Comitato dei Ministri⁵¹¹, è quello di offrire uno strumento pratico per adattare gli ordinamenti degli Stati membri agli interessi e alle necessità dei minori che entrano in contatto con il sistema giudiziario penale, civile e amministrativo.

Esse sono prive di valore precettivo, ma hanno un importante valore interpretativo-orientativo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e hanno assunto una grande importanza anche per l’Unione europea visto che la stessa Commissione ha auspicato un loro recepimento da parte degli Stati membri⁵¹².

Oltre a far espresso riferimento, come fonte ispiratrice, alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’Uomo⁵¹³, le Linee guida si basano anche su altre norme UE e internazionali, in particolare sulla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo e sulle “*Guidelines for action on children in the criminal justice system*” del Consiglio economico e sociale dell’ONU⁵¹⁴; pertanto, il contenuto delle Linee guida sviluppa molti temi già riscontrati in altri documenti internazionali.

In particolare, le Linee guida si basano su cinque principi fondamentali, espressamente richiamati e regolamentati al Capo III delle stesse, ovvero: a) partecipazione; b) interesse superiore del bambino; c) dignità; d) tutela contro la discriminazione; e) tutela giurisdizionale. Al riguardo, verranno di seguito messi in evidenza

indubbiamente la Raccomandazione n. 874/1979 per l’adozione di una Carta europea sui diritti dei fanciulli nella quale viene espresso il concetto che il minore non è una proprietà dei propri genitori e il termine “autorità genitoriale” è sostituito con quello di “responsabilità genitoriale”. Tale documento condannava, altresì, gli abusi sui minori, la prostituzione e la pornografia minorile, richiamando l’attenzione sulla necessità di educare fin da piccoli gli individui al rispetto dei diritti dei minori. Vi sono poi Risoluzioni dell’Assemblea dedicate, nello specifico, alla lotta contro la tratta e lo sfruttamento dei bambini, all’eliminazione di ogni forma di punizione corporale, alla lotta all’HIV, ai matrimoni forzati, al problema dei minori migranti e richiedenti asilo. Altrettanto numerose sono le Risoluzioni in materia adottate dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa che affrontano temi come la delinquenza giovanile e il collocamento dei minori al di fuori della famiglia naturale nei casi di *extrema ratio*.

Si veda qui <http://www.coe.int/children> per il programma per i minori “*Building a Europe for and with Children*”.

⁵¹¹ Council of Europe (2010), *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on Child Friendly Justice*, 17 November 2010, 1098th meeting. Le Linee Guida sono state redatte in stretta collaborazione con il programma “Costruire un’Europa per e con i bambini”, che ha fatto della giustizia a misura di minore uno dei pilastri più importanti della strategia del Consiglio d’Europa sui diritti dei minori per il periodo 2009-2011; inoltre, il Consiglio d’Europa ha organizzato una consultazione diretta di bambini e ragazzi sul tema della giustizia al fine di stendere il contenuto delle Linee Guida. Tale consultazione ha rappresentato il primo tentativo del Consiglio d’Europa di coinvolgere direttamente i minori nella predisposizione di uno strumento legale.

⁵¹² *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social committee and the Committee of the Regions. An EU agenda for the Rights of the Child*, Brussels, 15 febbraio 2011. La Commissione ha qui ricordato, nella sua introduzione, che la promozione e la tutela dei diritti delle persone minori di età è uno degli obiettivi dell’UE e i diritti dei minori sono parte integrante della politica dei diritti fondamentali dell’Unione. Tra le azioni concrete da intraprendere la Commissione indica proprio la promozione delle *Linee guida* del Consiglio d’Europa sulla *Child-friendly justice* e la loro considerazione nelle riforme penali e civili.

⁵¹³ Linee guida, cit., *Preambolo*, I e II Considerando.

⁵¹⁴ Tali Guidelines sono state deliberate con risoluzione 1997/30 il 21 luglio 1997 e sono disponibili sul sito www.un.org.

unicamente gli spunti innovativi offerti dalle Linee guida nella tutela dei suddetti cinque diritti fondamentali dei minori⁵¹⁵.

Interessante, ad esempio, è l'approccio delle Linee guida in merito al diritto di partecipazione dei minori capaci di discernimento.

Queste ultime, infatti, ritengono che il rinvio all'espressione "capace di discernimento" non dovrebbe essere considerato alla stregua di una restrizione, ma piuttosto come un dovere in capo alle autorità di non pervenire troppo rapidamente alla conclusione che un minore sia incapace di discernere.

Gli Stati dovrebbero, infatti, sempre presumere che un minore disponga di tale capacità e, in ogni caso, non deve mai spettare al fanciullo dimostrare di essere capace di discernimento.

Il concetto di "discernimento", facendo parte del diritto di partecipazione, non può essere, dunque, utilizzato come un "pretesto" per minimizzare o negare ai minori di usufruire di istituti processuali di garanzia come il diritto all'equo processo o lo stesso diritto di accesso alla giustizia.

Le Linee Guida mettono così in guardia da un uso distorsivo di tale nozione, in una dimensione protezionistica, ma, in definitiva, negatoria della dignità della persona minore di età come parte e dei suoi diritti processuali⁵¹⁶.

In aggiunta, secondo le Linee Guida, per garantire il pieno rispetto del diritto di partecipazione, tutte le misure volte a garantire che i minori siano coinvolti nei procedimenti giudiziari dovrebbero rientrare nella responsabilità del giudice, il quale dovrebbe essere tenuto a verificare che i minori siano effettivamente coinvolti nel processo e che siano assenti solo quando hanno rifiutato di prendervi parte o possiedono un livello di maturità e di comprensione tale da renderne impossibile la partecipazione.

A detta delle Linee guida, poi, il diritto di partecipazione si articola in due diversi aspetti, ossia il diritto all'informazione e il diritto all'ascolto⁵¹⁷.

In merito a quest'ultimo aspetto, le Linee guida ritengono che le persone minori di età debbano essere rassicurate sul fatto che le loro opinioni non determineranno necessariamente la decisione finale in modo tale da non caricarle di eccessive responsabilità. Inoltre, al di sotto dell'età nella quale si presume che un minore sia capace di discernimento, quest'ultimo non dovrebbe essere sentito poiché non potrebbe effettivamente esercitare tale suo diritto completamente, non potendo comprendere appieno le informazioni preliminari e non potendo nemmeno scegliere le modalità del suo ascolto, come invece è suo diritto⁵¹⁸.

⁵¹⁵ Ad esempio, per quanto riguarda il diritto alla dignità e la tutela contro ogni discriminazione, le Linee guida riprendono quanto già affermato in altri documenti internazionali. In tema di dignità, il bambino deve essere trattato con rispetto, cura e sensibilità nel corso di qualsiasi procedura e con particolare attenzione circa la sua situazione personale e le sue esigenze specifiche, nel pieno rispetto della sua integrità fisica e psicologica. Tutto ciò, inoltre, a prescindere dallo *status* giuridico dei minori e quindi tale principio è valevole anche e soprattutto per i minori che si sono macchiati di un reato. Per quanto riguarda la tutela contro le discriminazioni, tale principio non esclude una protezione particolare nei confronti dei minori più vulnerabili come i bambini migranti, richiedenti asilo, non accompagnati, disabili o bambini di strada.

⁵¹⁶ *Linee guida*, cit., III. Principi fondamentali, E. La tutela giurisdizionale.

⁵¹⁷ *Linee guida*, cit., III. Principi fondamentali, A. Partecipazione.

⁵¹⁸ M. C. RUO, *Giusto processo civile minorile e spazio giuridico europeo: indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e Linee guida del Consiglio d'Europa per una giustizia childfriendly*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, fasc.1, 2013, pag. 338.

Per quanto riguarda l'altro aspetto del diritto di partecipazione, ovvero il diritto del minore ad essere informato, le Linee guida ritengono fondamentale che il fanciullo venga messo direttamente a conoscenza dei meccanismi giudiziari alternativi al processo (in particolare mediazione e *diversion*)⁵¹⁹, i quali, tuttavia, devono garantire un livello di tutela equivalente a quello dei procedimenti giudiziari. Questi ultimi, infatti, non sono necessariamente peggiori di un'alternativa stragiudiziale, fintanto che sono in linea con i principi di una giustizia a misura di minore; le alternative stragiudiziali potrebbero implicare dei pericoli con riferimento ai diritti dei minori (come, ad esempio, il rischio di un calo di rispetto dei principi fondamentali, quali la presunzione d'innocenza e il diritto all'assistenza legale) e potrebbero rappresentare un ulteriore ostacolo all'accesso alla giustizia per i fanciulli.

Inoltre, i minori vanno, in generale, informati direttamente, in quanto le comunicazioni indirizzate ai genitori non dovrebbero rappresentare un'alternativa.

Le Linee guida si occupano anche del sistema probatorio per quanto concerne l'audizione e la testimonianza del minore in una prospettiva più penalistica che civilistica.

In merito alle modalità di audizione dei minori viene consigliato, oltre all'ascolto protetto, che i colloqui vengano svolti sempre dalle stesse persone specializzate e che la loro durata sia congrua all'età del minore.

In merito al diritto alla protezione della vita privata e familiare, nonostante l'anonimato e la protezione dei dati personali con riferimento ai mass media siano fondamentali per il minore coinvolto in un procedimento giudiziario (così come riconosciuto e sancito da svariati strumenti internazionali⁵²⁰), le Linee guida osservano che potrebbe anche accadere che, in via del tutto eccezionale, il minore tragga vantaggio proprio dalla divulgazione o persino dall'ampia pubblicizzazione del suo caso (ad esempio, in caso di sottrazione di minore).

Per quanto riguarda l'aspetto dell'accesso alla giustizia, la Linea guida 35 raccomanda che gli Stati membri rimuovano tutti gli ostacoli esistenti e rilevanti per i minori come, ad esempio, le spese processuali, la mancanza di assistenza legale, il requisito del consenso genitoriale in casi di conflitto di interesse tra genitori e figli o di rifiuto ingiustificato del consenso, l'accesso al gratuito patrocinio alle stesse condizioni previste

⁵¹⁹ Linea Guida n. 25.

⁵²⁰ A titolo esemplificativo, l'articolo 11, paragrafo 3, della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta degli esseri umani (serie dei trattati europei n. 197) si occupa della vita privata e protegge i dati personali invitando gli Stati a istituire misure di regolazione per i mass media. Inoltre, le Linee guida sulla giustizia nelle questioni che coinvolgono minori vittime e testimoni di reato (risoluzione 2005/20 del Consiglio economico e sociale del 22 luglio 2005, paragrafo X, punto 27) affermano espressamente che: "*Le informazioni relative alla partecipazione di un minore a un procedimento giudiziario dovrebbero essere protette. Ciò può essere conseguito mantenendo riservate le informazioni che possono portare a identificare un minore vittima o testimone in un procedimento giudiziario e limitando la divulgazione delle stesse*". Ciò è descritto anche nelle Regole Pechino (articolo 8), in base alle quali il diritto del minore alla vita privata deve essere rispettato in ogni fase al fine di evitare che gli venga arrecato pregiudizio mediante un eccesso di pubblicità o un processo di etichettamento. In linea di principio, non deve essere pubblicata alcuna informazione che possa comportare l'identificazione di un reo minore. Sul punto si era espresso anche il Comitato per i diritti dei minori nel suo commento generale n. 10 sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza in materia di giustizia minorile, nel quale si raccomandava, tra le varie cose, che i procedimenti riguardanti i minori avvenissero a porte chiuse, di mantenere la riservatezza delle informazioni e che la sentenza non rivelasse l'identità del minore.

per gli adulti o a condizioni meno restrittive (ad esempio, indipendenti dal reddito di chi detiene la responsabilità genitoriale)⁵²¹. I requisiti processuali dovrebbero, quindi, essere limitati il più possibile⁵²².

Le Linee Guida rappresentano un altro passo significativo verso una giustizia a misura di fanciullo in cui l'aspetto più rimarcato è quello riguardante la necessità di coinvolgere i minori nei procedimenti che li riguardano attraverso strumenti di partecipazione sempre più ampi a seconda del loro grado di maturazione.

Seconda sezione: La prassi della CEDU in materia di diritti dei minori

Per il Consiglio d'Europa, dunque, la tutela dei diritti dei minori e la promozione di una giustizia "child-friendly" costituiscono, da tempo, una priorità e purtroppo anche una necessità.

Proprio la necessità di un intervento maggiore a tutela dei fanciulli era emersa già nel piano d'azione del terzo vertice dei capi di Stato e di governo del Consiglio d'Europa, tenutosi a Varsavia nel 2005, nel quale, fin d'allora, era stato rilevato che, nonostante l'esistenza di diversi strumenti giuridici (a livello internazionale, europeo e nazionale) che si occupano di tutelare i diritti dei minori, continuano a permanere, nelle decisioni nazionali, grandi vuoti di tutela tra il diritto e la prassi giudiziaria.

Nel prosieguo, pertanto, verranno analizzate alcune delle pronunce più significative della Corte europea dei diritti dell'uomo che aiuteranno a comprendere ancora di più come sinora la Corte abbia cercato, in concreto, di tutelare i diritti dei fanciulli alla luce dei principi contenuti nella CEDU.

2.1 Gli articoli 5 e 6 della CEDU: la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di equo processo penale minorile, detenzione minorile e detenzione amministrativa di minori stranieri accompagnati o non dai propri familiari

La giustizia minorile è un settore di cui la Corte europea dei diritti dell'uomo si è occupata grazie alla presenza dell'art. 6 della CEDU che, come sopra anticipato, è una delle due uniche disposizioni della Convenzione che menziona espressamente i minori, statuendo che l'accesso alla sala d'udienza può essere

⁵²¹ Ad esempio, in Georgia, il diritto al gratuito patrocinio per i minori di 18 anni nei procedimenti penali è garantito *ex officio*, in quanto essi sono considerati "socialmente vulnerabili". Nessun'altra condizione è imposta ai minori per fruire di questo servizio.

⁵²² Si dovrebbe evitare un approccio alla rappresentanza troppo restrittivo o meramente tecnico. Al riguardo si veda I. BERRO-LEFÈVRE, "Improving children's access to the European Court of Human Rights", Giustizia minorile internazionale, monografia n. 3, Strasburgo, Edizioni del Consiglio d'Europa, 2008, p. 69-78.

vietato alla stampa e al pubblico, durante tutto o parte del processo, quando lo esigono i loro interessi. Nella Convenzione sui diritti del fanciullo troviamo, come abbiamo visto, una disposizione corrispondente, ovvero l'art. 40, che ha, comunque, un contenuto diverso e più ampio dell'art. 6 della CEDU, pur non menzionando la necessità che le udienze con i minori si tengano a porte chiuse.

Nonostante l'esistenza dell'art. 6 della CEDU, la Corte europea dei diritti dell'uomo si è pronunciata raramente sull'applicazione di questo articolo ai fanciulli e molto spesso ha preferito prendere spunto dagli *standard* di tutela derivanti dalla Convenzione sui diritti del fanciullo o da altri strumenti internazionali.

Il primo e il più noto caso trattato dalla Corte europea in materia di giustizia penale minorile risale al 1999 ed è il caso *V. e T. c. Regno Unito*⁵²³.

La vicenda ha visto coinvolti come protagonisti due ragazzini di dieci anni che si erano resi colpevoli di aver rapito e percosso a morte un bambino di due anni ed erano stati poi sottoposti ad un processo alla stregua degli adulti e con un massiccio intervento dei mass media.

La Corte, pertanto, ritenne che il procedimento fosse stato incomprensibile per gli imputati e tale da incutere timore negli stessi al punto che i minori non erano stati in grado di partecipare effettivamente al processo determinando, così, una grave violazione dell'articolo 6 della CEDU.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, nelle cause *V. e T. c. Regno Unito*, ha fatto espressamente riferimento alla Convenzione sui diritti del fanciullo e ad altri importanti strumenti internazionali a tutela dei diritti dei minori per motivare la propria decisione⁵²⁴.

Tuttavia, in queste due sentenze, la Corte europea ha perso purtroppo l'occasione per criticare il fatto che due minori di undici anni erano stati ritenuti penalmente responsabili per i reati commessi, non chiedendosi, ad esempio, se ciò non fosse contrario alle regole di Beijin (le quali invitano gli Stati a non fissare un'età minima per la responsabilità penale troppo bassa), più che contro la Convenzione sui diritti del fanciullo (visto che l'art 40, par. 4, si limita a chiedere che gli Stati parte fissino un'età minima per la responsabilità penale).

La Corte europea dei diritti dell'uomo si è pronunciata in merito al rispetto del diritto di effettiva partecipazione dei minori al processo penale nei quali sono coinvolti anche nel caso *SC c. UK* che vedeva coinvolto sempre un minore di 11 anni⁵²⁵.

In tale vicenda la Corte europea ebbe modo di chiarire che l'art. 6 della CEDU non richiede che un minore accusato di un reato debba capire o essere capace di comprendere ogni singola questione di diritto o probatoria, ma è almeno obbligatorio garantirgli la presenza di un legale rappresentante⁵²⁶. Nel caso di specie erano stati fatti degli sforzi per facilitare l'effettiva partecipazione del minore, ma non erano stati sufficienti, a parere della Corte, per far comprendere al minore la situazione in cui si trovava e i rischi che correva per il

⁵²³ Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande sezione), sentenza del 16 dicembre 1999, *T. c. Regno Unito*, n. 24724/94, punto 88 e sentenza del 16 dicembre 1999, *V. c. Regno Unito*, n. 24888/94, punto 90.

⁵²⁴ *T. c. UK*, para 74 -75 e para 43-47 per i riferimenti ad altri documenti internazionali rilevanti per i fanciulli.

⁵²⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, *SC c. UK*, no. 60958/00, 15 giugno 2004.

⁵²⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, *SC c. UK*, cit., para. 29.

reato commesso, non essendo stata prestata la dovuta attenzione alla sua personale capacità di discernimento.

Il principio che emerge da questa rilevante pronuncia è quindi che incombe sugli Stati l'onere di accertarsi che i processi in cui vengono coinvolti dei minori siano a loro sufficientemente comprensibili e corollario ineludibile è la necessità della presenza di un avvocato.

Nei procedimenti penali che coinvolgono dei minori, più che nelle cause civili, è di fondamentale importanza anche evitare ritardi ingiustificati nei tempi del processo, in particolare quando è in essere la detenzione di un minore.

I dispendi ingiustificati di tempo non sono, infatti, compatibili con la velocità imposta dall'articolo 5, paragrafo 4, della CEDU che tutela il diritto alla libertà e alla sicurezza⁵²⁷. L'art. 5 della CEDU stabilisce espressamente i casi in cui un soggetto può essere privato della sua libertà e per quanto riguarda nello specifico i minori, come sopra anticipato, questi ultimi possono essere detenuti allo scopo di sorvegliare la loro educazione oppure quando è necessario per condurli innanzi all'autorità competente.

Nel recente caso *Ichin e altri c. Ucraina*⁵²⁸ la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto violato l'art. 5 della CEDU in quanto la detenzione di due minorenni, rei confessi, non poteva essere considerata funzionale alla loro traduzione dinanzi all'autorità giudiziaria dal momento che il procedimento penale nei loro confronti si era aperto ben venti giorni dopo il loro rilascio; né poteva essere finalizzata a sorvegliare la loro educazione, dal momento che non risultava che presso quella determinata struttura venisse svolta qualche tipo di attività educativa, dovendo la stessa piuttosto considerarsi come un mero luogo di contenimento.

Secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, la detenzione finalizzata all'"educazione sorvegliata" deve limitarsi al tempo strettamente necessario all'applicazione di un regime adatto al minore⁵²⁹ e un centro di detenzione per minori non può essere considerato come un centro di "educazione sorvegliata" ove lo stesso preveda servizi ricreativi solo su base volontaria⁵³⁰ o non preveda proprio alcuna attività pedagogica (come, appunto, nel caso *Ichin e altri c. Ucraina*).

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha affrontato anche la tematica della detenzione amministrativa di minori accompagnati o non dai propri genitori.

Al riguardo è possibile operare un confronto tra due casi di detenzione che hanno riguardato entrambi il Belgio.

⁵²⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 29 febbraio 1988, *Bouamar c. Belgio*, n. 9106/80, punto 63.

⁵²⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 21 dicembre 2010, *Ichin e altri c. Ucraina*. Due ragazzi ucraini, di dodici e tredici anni, si erano introdotti nella mensa scolastica, dove avevano rubato cibo e stoviglie. Interrogati dalla polizia, avevano confessato e restituito parte della refurtiva. Subito dopo erano stati rinchiusi per trenta giorni in un centro correzionale per minori, in quanto ritenuti socialmente pericolosi, anche alla luce dei loro notori contatti col mondo della piccola criminalità. Solo venti giorni dopo il loro rilascio si era aperto un procedimento penale a loro carico, che era stato però archiviato in ragione della minore età degli accusati.

⁵²⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 29 febbraio 1988, *Bouamar c. Belgio*, n. 9106/80, punto 50.

⁵³⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 16 maggio 2001, *D.G. c. Irlanda*.

Il primo caso, *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Belgio*⁵³¹, riguardava la detenzione di un minore non accompagnato, mentre il secondo, *Muskhadzhiyeva e al. c. Belgio*⁵³² riguardava la detenzione di quattro minori accompagnati dalla madre.

Nel primo si trattava della detenzione di una bambina congolese di cinque anni che aveva tentato assieme allo zio di raggiungere la madre in Canada dove quest'ultima aveva richiesto asilo. Data l'assenza di documenti comprovanti l'identità e la relazione di parentela della bambina con lo zio, la minore era stata fermata all'aeroporto di Bruxelles e, in seguito, trattenuta per più di due mesi in una struttura detentiva per adulti, ove manteneva quotidiani contatti telefonici con la madre. Le autorità belghe avevano successivamente fatto un tentativo di *refoulement* della minore verso il Congo che era fallito in quanto la bambina, non avendo trovato nessun familiare ad accoglierla a Kinshasa, era stata, pertanto, fatta tornare in Belgio.

Secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, nonostante gli operatori del centro belga avessero dedicato delle attenzioni particolari alla bambina, la struttura era comunque inadatta a ospitare dei minori, in particolare se non accompagnati, in quanto il centro di detenzione era per adulti.

Inoltre, la condotta delle autorità, anche in relazione al tentato *refoulement*, costituiva un trattamento inumano e degradante sia per la bambina, sia per la madre, vittima indiretta della violazione dei diritti umani subita dalla figlia. Oltretutto, la detenzione della minore e la sua separazione dalla madre avevano costituito un'illegittima interferenza nel diritto alla vita familiare della bambina, dando origine alla violazione dell'art. 8 della CEDU anche perché la detenzione della minore non rispondeva ad alcuna necessità apprezzabile in una società democratica ai sensi dell'art. 8, par. 2, della CEDU.

In questa pronuncia desta, tuttavia, qualche perplessità, la scelta della Corte di qualificare la violazione dell'art. 3 (proibizione della tortura) come una violazione di un obbligo positivo di fare e non come un inadempimento di un obbligo di astensione. Secondo la Corte, infatti, dal momento in cui l'avvocato della bambina aveva denunciato all'ufficio per gli stranieri la situazione di detenzione della sua assistita, le autorità belghe sarebbero state messe "*en position d'éviter ou de redresser le manquements allégués*"⁵³³. È quindi necessaria una segnalazione perché sorga in capo alle autorità competenti la responsabilità per una situazione di detenzione di un minore non accompagnato che si trovi sotto la loro piena responsabilità? Le autorità statali dovrebbero essere sempre direttamente responsabili delle persone detenute.

Nel secondo caso, i ricorrenti erano la Sig.ra Muskhadzhiyeva e i suoi quattro figli minori, cittadini russi di origine cecena, richiedenti asilo in Belgio. Dopo la notifica del diniego della richiesta di permesso di soggiorno, la famiglia era stata ristretta in una struttura detentiva simile a quella del caso *Mubilanzila* dove le famiglie con i bambini erano ospitate nel settore femminile. Il centro era dotato di operatori sociali, strutture ricreative ed educative, ma c'erano però anche delle sbarre alle finestre, delle recinzioni con il filo spinato, del personale in uniforme, condizioni igieniche precarie e una generale mancanza d'intimità. La permanenza in questa struttura detentiva aveva generato nei minori, soprattutto in una di loro, uno stato di stress post-

⁵³¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 12 ottobre 2006, *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Belgio*.

⁵³² Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 19 gennaio 2010, *Muskhadzhiyeva e al. c. Belgio*.

⁵³³ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 12 ottobre 2006, *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Belgio*, par. 57.

traumatico. La madre era caduta, invece, in una forma di stress emotivo generata dal dover assistere, impotente, alle sofferenze dei figli. La sofferenza dei minori e della madre era stata attestata da due rapporti medici che, avendo rilevato che lo stato d'ansia della madre si stava riversando sui figli, consigliavano di interrompere la detenzione della famiglia per limitare i danni psicologici. Nonostante il ricorso contro la detenzione, proposto in prima istanza, in appello e presso la Corte di Cassazione, la permanenza forzata nel centro si era protratta per più di un mese fino all'esecuzione dell'espulsione.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha qualificato come trattamenti inumani e degradanti le condizioni detentive nel caso di specie per quanto riguardava i figli minori (anche se accompagnati dalla madre), mentre non ritenne che la sofferenza della madre avesse raggiunto la soglia del trattamento inumano e degradante⁵³⁴.

Secondo la Corte, infatti, mentre nel primo caso analizzato la madre era assente e distante dalla figlia, qui la donna era in costante contatto con i figli trovandosi nella stessa struttura detentiva. Questa circostanza, sostiene la Corte, ha attenuato la sua sofferenza non raggiungendosi, così, la soglia minima per integrare un trattamento inumano e degradante⁵³⁵.

L'argomento sostenuto dalla Corte appare abbastanza debole proprio perché confronta due situazioni diverse e difficilmente paragonabili. Non è, infatti, ben chiaro il motivo per cui sia giunta a ritenere che la sofferenza di una madre che si trova lontana dalla figlia detenuta debba essere superiore, per intensità, rispetto alla sofferenza di una madre, ristretta assieme ai figli, che li vede costantemente in uno stato di prostrazione psicologica senza avere la possibilità di alleviarne le sofferenze.

Ad ogni modo, in questo secondo caso, le condizioni detentive della famiglia hanno integrato, altresì, una violazione dell'art. 5, mentre la doglianza concernente la violazione del diritto alla vita privata e familiare è stata ritenuta manifestamente infondata⁵³⁶. Anche quest'ultimo punto sembra discutibile e frutto di un'applicazione inappropriata del precedente caso *Mubilanzila*.

Secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, la differenza tra i due casi era giustificata ancora una volta dal fatto che in questo non c'era stata separazione fisica tra i componenti del nucleo familiare. La Corte, in altre parole, esclude la possibilità che la vita privata, intesa come personale ed intimo equilibrio dell'individuo, e la vita familiare, ovvero l'insieme delle relazioni intercorrenti tra i membri familiari, possano essere messe a dura prova dalla detenzione di una famiglia (con minori) in una struttura inadatta. La Corte ha perso, quindi, l'opportunità di compiere un'analisi degli effetti delle sofferenze psicologiche sull'equilibrio delle relazioni familiari vissute all'interno di una struttura detentiva. Più che affrontare in questo caso la questione della tutela dell'integrità familiare sarebbe, infatti, stato opportuno riflettere sulla qualità della vita familiare nelle strutture detentive, soprattutto quando vi sono dei minori coinvolti.

Sempre a proposito delle condizioni di detenzione, è criticabile l'approccio della Corte che, nuovamente, ha fatto riferimento alla violazione di un obbligo positivo compreso nell'art. 3 della CEDU,

⁵³⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 19 gennaio 2010, *Muskhadzhiyeva e al. c. Belgio*, par. 66.

⁵³⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 19 gennaio 2010, *Muskhadzhiyeva e al. c. Belgio*, par. 65-66.

⁵³⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 19 gennaio 2010, *Muskhadzhiyeva e al. c. Belgio*, par. 97-99.

trascurando il fatto che le autorità statali sono tenute ad un ruolo attivo di grande responsabilità nelle strutture detentive che gestiscono⁵³⁷.

In ogni caso, sia che si tratti di custodia cautelare, che di detenzione provvisoria o delle condizioni di detenzione, la Corte europea tiene in debito conto l'età del ricorrente al momento dell'arresto o della detenzione, riunendo in sé un approccio protezionista e garantista⁵³⁸.

Approccio protezionista che ha come sua maggiore caratteristica l'ambizione alla reintegrazione del minore nella società che si nota bene in una pronuncia del 2008 che ha portato la Corte ad affermare la violazione dell'art. 8 della CEDU in quanto a un minore di 11, arrestato e rilasciato poco dopo, erano state raccolte e conservate le impronte digitali⁵³⁹.

Al riguardo la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che la conservazione dei dati relativi alle persone non condannate può essere particolarmente pregiudizievole nel caso in cui si tratti di minori, in ragione della loro situazione speciale e dell'importanza che riveste il loro sviluppo e la loro reintegrazione nella società.

Come è già stato in parte osservato, non è sempre tutto chiaro e limpido nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e lo dimostra bene la giurisprudenza sull'imparzialità dei giudici minorili. In merito ci si era chiesti se, alla luce del principio del superiore interesse del minore, si potesse derogare alla garanzia dell'imparzialità del giudice e due celebri sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo sono intervenute proprio su questo punto.

Innanzitutto, la sentenza *Nortier c. Paesi Bassi* nel quale la Corte ha operato, dapprima, una distinzione tra parzialità oggettiva e soggettiva per poi affermare che non vi è nessuna violazione del principio della separazione delle funzioni del giudice se la parzialità soggettiva del giudice minorile, che prima di pronunciare la sentenza aveva svolto anche qualche atto d'istruzione, non è dimostrata⁵⁴⁰. In questo modo la Corte ha voluto far prevalere il beneficio della continuità della presa in carico di un minore da parte dello stesso giudice su un'interpretazione troppo dogmatica del concetto di imparzialità.

Tale sentenza è stata seguita dalla pronuncia nel caso *Adamkiewick c. Polonia* nel 2010 dove la Corte europea dei diritti dell'uomo si è, invece, mostrata molto più prudente⁵⁴¹.

Questo modo di procedere della Corte europea dei diritti dell'uomo, a volte ambiguo e poco chiaro, che lascia spesso spazio a delle interpretazioni totalmente divergenti, ha portato il Consiglio costituzionale francese ad approfittarne (nonostante il decimo principio fondamentale riconosciuto dalle leggi della Repubblica relativo alla giustizia minorile) e ad imporre una concezione del tutto teorica del principio

⁵³⁷ A conclusioni analoghe giunse la Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Kanagaratnam e altri c. Belgio* (sentenza del 13 dicembre 2011) ove, sempre in tema di detenzione di minori insieme alla madre in un centro di accoglienza temporanea per clandestini, la Corte ritenne necessario tenere in considerazione la specifica situazione personale ed emotiva dei bambini, la quale determinò la condanna del Belgio per aver violato sia l'articolo 3 della CEDU (unicamente nei confronti dei minori e non della loro madre), sia l'art. 5 della CEDU. L'art. 8 della CEDU, invece, non venne in rilievo.

⁵³⁸ C. LAZERGES, *Typologie des modèles: la mosaïque du droit*, en *La minorité à contresens*, op. cit., p. 82.

⁵³⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 4 dicembre 2008, n. 30562/04 e 30566/04, *S e Marper c. Regno unito*.

⁵⁴⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, 24 agosto 1993, *Nortier c. Paesi Bassi*.

⁵⁴¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 2 marzo 2010, *Adamkiewick c. Polonia*.

dell'imparzialità. È stata messa fine, così, alla possibilità che un giudice minorile che aveva già proceduto a degli atti d'istruzione possa poi presiedere il tribunale per i minori o il tribunale correzionale, nonostante sia colui che maggiormente conosce il minore e i suoi bisogni. Alla decisione del Consiglio Costituzionale francese è poi seguita una modifica legislativa che ha modificato l'articolo L.251-7 del codice dell'organizzazione giudiziaria⁵⁴².

Il rischio che si annida dietro alle ambiguità della Corte può dunque essere quello di condurre gli Stati membri a togliere specialità alla giustizia penale minorile⁵⁴³.

2.2 L'applicazione dell'art. 8 della CEDU in tema di ricongiungimenti familiari, rapporti genitori/figli e maternità surrogata

Per quanto riguarda l'applicazione dell'art. 8 della CEDU in tema di ricongiungimento familiare è interessante paragonare tre casi, ovvero *Sen c. Paesi Bassi* del 2001⁵⁴⁴, *Tubaquo-Teckle c. Paesi Bassi*⁵⁴⁵ del 2005 e *Berisha c. Svizzera* del 2013⁵⁴⁶ al fine di comprendere come la Corte europea dei diritti dell'uomo affronti tale tematica⁵⁴⁷.

Prima di addentrarci nell'analisi delle sopracitate pronunce, bisogna sottolineare che la CEDU non prevede alcun diritto d'ingresso e di soggiorno nel territorio di uno Stato parte a favore degli stranieri e, pertanto, la Corte europea dei diritti dell'uomo, per tutelare la famiglia migrante, ha fatto leva sul principio del superiore interesse del minore e sulla necessità di tutelare il diritto al rispetto della vita privata e familiare. Quest'ultimo, in particolare, ha costituito, in maniera preponderante, la base giuridica utilizzata dalla Corte per valutare la legittimità o meno dei provvedimenti nazionali di diniego di soggiorno o di espulsione.

Il primo caso sopra menzionato riguardava la famiglia del Sig. Sen che abitava in Olanda sin dal 1977. La moglie, pur essendo sposata con il Sig. Sen sin dal 1982, aveva continuato a vivere in Turchia, dove, nel 1983, aveva dato alla luce la figlia Sinem. Nel 1986, la Sig.ra Sen si ricongiungeva al marito in Olanda, mentre la figlia veniva affidata alle cure di una zia in Turchia. Nel frattempo la donna partoriva altri due figli in Olanda, nel 1990 e nel 1994. Solamente nel 1992 i Sig.ri Sen presentavano richiesta di autorizzazione di soggiorno per la minore Sinem, in quanto la zia aveva riferito di non potersene più occupare. Detta richiesta venne rigettata dalle autorità olandesi per motivi di pubblico interesse legati alla politica nazionale in materia di immigrazione che prevedeva la concessione del permesso di soggiorno nei soli casi di un interesse dello

⁵⁴² Il riferimento è alla Decisione del Consiglio Costituzionale n. 2011-147 QPC dell'8 luglio 2011 e alla legge del 26 dicembre 2011.

⁵⁴³ C. LAZERGES, *Typologie des modèles: la mosaïque du droit, en La minorité à contresens*, op. cit., p. 84.

⁵⁴⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 21 dicembre 2001, *Sen c. Paesi Bassi*.

⁵⁴⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 1° dicembre 2005, *Tuquabo-Tekle c. Paesi bassi*.

⁵⁴⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 30 luglio 2013, *Berisha c. Svizzera*

⁵⁴⁷ Al riguardo gli spunti principali derivano dal contributo di A. VETTOREL, *L'incidenza del Judicial activism della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di Giustizia sugli ordinamenti statali: i nuovi diritti delle famiglie migranti*, in *Forum di quaderni costituzionali*, n. 5, 2013, p. 1-13.

Stato o per giustificati motivi di carattere umanitario. I Paesi Bassi sostenevano, inoltre, che Sinem non facesse parte della famiglia dei Sig.ri Sen, giacché cresciuta, curata ed educata dalla zia in Turchia e, pertanto, che non vi fosse stata alcuna interferenza del potere pubblico nella vita familiare della minore, in quanto questa non si era mai svolta in Olanda.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, adita dai Sig.ri Sen, ha verificato, innanzitutto l'esistenza, nel caso in esame, di una situazione qualificabile come "vita familiare". Al riguardo, la Corte ha chiarito che un bambino nato da un'unione matrimoniale è *ipso iure* parte di quella relazione, sicché il solo fatto della nascita crea un legame di "vita familiare" che solo circostanze eccezionali possono far venire meno⁵⁴⁸.

Chiarito ciò, la Corte ha evidenziato che la corretta applicazione dell'art. 8 della CEDU richiede che sia garantito un giusto equilibrio tra gli interessi del singolo individuo e quelli della società nel suo complesso e che il rispetto di tale equilibrio deve essere valutato sulla base degli elementi che emergono dalla fattispecie che di volta in volta viene sottoposta all'attenzione della Corte. Nel caso di specie, la Corte europea dei diritti dell'uomo rilevò che, nonostante i genitori di Sinem avessero deliberatamente scelto di lasciare in Turchia la figlia, affidandola alle cure della zia, il ricongiungimento in Olanda con la propria famiglia costituiva la soluzione migliore sia per la minore sia per il resto della famiglia che lì si era stabilita. Imporre ai genitori la scelta di rinunciare a ricostituire il nucleo familiare o di rientrare in Turchia, sradicando i due figli più piccoli dall'ambiente nel quale erano nati, cresciuti e regolarmente scolarizzati, costituiva, infatti, secondo la Corte, un'ingerenza nella vita privata e familiare dei soggetti coinvolti del tutto sproporzionata allo scopo di tutela del benessere economico perseguito dall'Olanda. Secondo la Corte, pertanto, vi era stata una violazione dell'articolo 8 della CEDU anche se Sinem aveva vissuto tutta la sua vita in Turchia e non aveva alcun legame con l'Olanda, né poteva dirsi ivi integrata o radicata.

Nella successiva sentenza *Tubaquo-Teckle*, che vedeva coinvolta una bambina di quindici anni, cresciuta in Eritrea con la nonna e la zia, per la quale era stata presentata una richiesta di ricongiungimento con la madre e la sua nuova famiglia nei Paesi Bassi, la Corte europea ha ritenuto sempre contrario all'art. 8 della CEDU il divieto opposto al ricongiungimento familiare da parte delle autorità olandesi. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha rilevato, infatti, che non era stato fatto alcun equo bilanciamento tra gli interessi dei singoli coinvolti e quelli dello Stato e non ritenne rilevante l'assenza dei requisiti d'integrazione della minore nello Stato ospitante.

In tali sentenze, dunque, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha mostrato una grande attenzione per le particolarità del caso concreto e, soprattutto, una grande sensibilità verso i minori coinvolti. Tali decisioni, definitive "quasi umanitarie", sono state criticate da una parte della dottrina utilizzando l'espressione "*judicial lottery*", per evidenziare, cioè, la mancanza in esse di chiari criteri interpretativi⁵⁴⁹.

⁵⁴⁸ In merito la Corte riprese un proprio precedente ovvero il caso *Gul c. Svizzera*, deciso il 19 febbraio 1996.

⁵⁴⁹ D. THYM, *Respect for Private and Family Life under article 8 ECHR in immigration cases: a human right to regularize illegal stay?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2008, nota 8, p. 15, nota 25 e A. VETTOREL, *L'incidenza del Judicial activism della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di Giustizia sugli ordinamenti statali: i nuovi diritti delle famiglie migranti*, in www.forumcostituzionale.it.

Tale osservazione sembra del tutto pertinente soprattutto dopo la decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo nel più recente caso *Berisha c. Svizzera*, in cui la Corte è arrivata, inspiegabilmente, ad una conclusione diametralmente opposta ai due casi precedenti, nonostante la situazione fosse molto simile.

Il caso riguardava, infatti, il rifiuto delle autorità svizzere di concedere un permesso di soggiorno ai tre figli minorenni dei ricorrenti (di rispettivamente 15, 13 e 6 anni), nati in Kosovo e fatti entrare illegalmente dai genitori (i quali, invece, erano regolari) in Svizzera.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, in tale situazione, diede molto peso alla decisione dei genitori che avevano deliberatamente scelto di vivere in Svizzera anziché in Kosovo, mentendo in varie circostanze alle autorità svizzere, e al fatto che i loro tre figli non avevano vissuto in Svizzera un tempo sufficiente a perdere qualsiasi contatto con il loro Paese d'origine nel quale erano cresciuti e, pertanto, un loro ritorno in Kosovo non sarebbe stato traumatico.

La Corte ha pure considerato che i genitori sarebbero stati in grado di sopperire a distanza ai bisogni dei due figli maggiori (seppur sempre minorenni) e che nulla impediva loro di recarsi in Kosovo o di rimanervi con la figlia più giovane.

In considerazione di tutto ciò, la Corte è giunta alla conclusione che le autorità svizzere non avevano oltrepassato il loro margine di apprezzamento e, pertanto, non era ravvisabile alcuna violazione dell'articolo 8 della CEDU.

Tale conclusione appare davvero molto discutibile, soprattutto se paragonata ai casi *Sen e Tubaqu-Teckle*. La Corte europea ha, infatti, sostanzialmente ratificato la decisione svizzera di espellere i figli minorenni della coppia, emigrati clandestini, facendo pendere l'angolo della bilancia del suo ragionamento/bilanciamento degli interessi coinvolti dalla parte del peso rappresentato dallo comportamento scorretto dei genitori.

La valutazione di situazioni anche molto simili, pertanto, può condurre la Corte europea dei diritti dell'uomo a conclusioni anche diametralmente opposte, contraddittorie e anche poco attente alle esigenze dei minori coinvolti, dando vita ad una giurisprudenza spesso imprevedibile e, di conseguenza, contraria al principio della certezza del diritto.

Nella seconda parte del presente lavoro si avrà modo di osservare anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia su tematiche simili, ma riguardanti, tuttavia, solo dei casi di minori di età cittadini UE con genitori di cittadinanza extra UE.

Per quanto riguarda la tematica dei rapporti genitori-figli, secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, pur godendo gli Stati parte di un certo margine di discrezionalità nella valutazione degli interessi in gioco, nel loro bilanciamento il principio del superiore interesse del minore deve prevalere sempre sui diritti dei genitori quando le figure genitoriali pregiudicano lo sviluppo e la salute dei loro figli. A imporlo è proprio l'art. 8, par. 2, della CEDU, ai sensi del quale non può esservi ingerenza di un'autorità pubblica nell'esercizio del diritto alla vita privata e familiare di un individuo "a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e

costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria”, tra le altre cose, “alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui”.

Interessante al riguardo è il caso *Eski c. Austria*⁵⁵⁰ che riguardava l’adozione di una minore da parte del nuovo marito della madre senza il consenso del padre naturale. Quest’ultimo fece poi ricorso alla Corte europea dei diritti dell’uomo ritenendo la decisione contraria al rispetto del suo diritto alla vita privata e familiare sancito. La Corte europea, basandosi sul fatto che le visite padre-figlia avevano avuto esiti negativi sul benessere psico-fisico della bambina, non ritenne che vi fosse stata alcuna violazione dell’art. 8 della CEDU in quanto nei procedimenti di adottabilità, l’interesse del minore prevale su quello dei genitori biologici⁵⁵¹. Al riguardo si sottolinea che anche la Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, pur definendo nell’art. 3 il superiore interesse del minore come una delle priorità da tenere in considerazione, nell’art. 21, in materia di adozioni lo definisce, invece, come sempre prioritario.

Un altro caso interessante è *P.V. c. Spagna*⁵⁵² ove gli incontri tra il figlio minore e il padre erano stati modificati in incontri protetti in quanto l’uomo si stava sottoponendo ad un mutamento di sesso. Secondo la Corte, per via della disforia di genere e della sua derivata instabilità emotiva, era adeguata e non contraria agli art. 8 e 14 della CEDU la decisione delle autorità spagnole in quanto diretta a tutelare nell’immediato il minore dal rischio di un danno allo sviluppo della sua personalità e nel lungo periodo questa scelta avrebbe consentito al bambino di abituarsi gradualmente al mutamento di sesso del padre.

In generale, la Corte europea dei diritti dell’uomo ritiene legittimo l’allontanamento di un minore dalla propria famiglia quando i genitori si rivelano incapaci di prendersene cura, per motivi psichici o fisici o perché mettono in atto condotte abusanti e violente, mentre non ritiene legittimo un provvedimento di allontanamento basato unicamente sulla possibilità di ottenere una migliore educazione presso un’altra famiglia⁵⁵³ o sulla mancanza di una situazione abitativa appropriata derivante da problematiche economiche o di residenza dei genitori.

Quest’ultima condizione, tuttavia, è stata ritenuta fondamentale dalla Corte europea dei diritti dell’uomo per non autorizzare il ritorno di un bambino illegittimamente sottratto. Il riferimento è al caso

⁵⁵⁰ Corte europea dei diritti dell’uomo, sent. 25 gennaio 2007, *Eski c. Austria*.

⁵⁵¹ Altro esempio è il caso *Aune c. Norvegia* (CEDU, sentenza del 28 ottobre 2010) in cui, sempre in un procedimento di adottabilità, si fece prevalere l’interesse del minore su quello della madre biologica.

⁵⁵² Corte europea dei diritti dell’uomo, sent. 30 novembre 2010, *P.V. c. Spagna*.

⁵⁵³ Corte europea dei diritti dell’uomo, sent. del 16 luglio 2015, *Akinnibosun c. Italia*: “*Va poi ricordato – osserva la Corte – che la possibilità per un bambino di ottenere, presso un’altra famiglia, una migliore educazione, certo non può giustificare l’allontanamento*”. Nel caso di specie, secondo la Corte, era mancata, prima della decisione sulla dichiarazione di adottabilità della minore, una valutazione seria e attenta anche perché non era stato sentito uno psicologo e non si era fatto alcun tentativo di salvaguardare il legame padre e figlia. Le autorità italiane avevano disposto una sostanziale soppressione del legame tra genitore e figlia basandosi, quasi esclusivamente, sui rapporti dei servizi sociali e sulle dichiarazioni della famiglia di accoglienza. Eppure, scrive la Corte, l’uomo non era mai stato accusato di violenza, maltrattamento o abusi sessuali, né aveva manifestato disturbi psichici. Il distacco dalla figlia era stato imposto dalla misura detentiva che aveva subito e per la quale aveva ottenuto un indennizzo per ingiusta detenzione. Pertanto, all’uomo non poteva certo essere addossata alcuna forma di disinteresse ed era normale che, dopo tre anni di separazione, l’incontro padre-figlia fosse stato difficile. Di qui la violazione dell’articolo 8 della CEDU e l’attribuzione al padre di 32mila euro a titolo di danno morale. La Corte, però, considerando che la minore era stata già adottata, proprio per tutelarla, non ha disposto il ricongiungimento con il padre.

*Neulinger*⁵⁵⁴, che verrà approfondito nel prosieguo, il quale è degno di nota anche perché la Corte europea richiama l'art. 24, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali per supportare il proprio percorso argomentativo, sottolineando, così, che, nonostante in Europa sia ancora forte il tasso di conflittualità attorno a certe questioni, è comunque possibile individuare un certo grado di consenso sulla considerazione del principio del superiore interesse del minore come un fattore ineludibile di giudizio nelle decisioni relative ai diritti dei fanciulli.

Nei provvedimenti in tema di rapporto genitori-figli minori, le autorità competenti dei vari Stati membri non solo non devono porre in essere arbitrari comportamenti intrusivi nella sfera di libertà dei nuclei familiari che non siano necessari per salvaguardare lo sviluppo psicofisico dei minori, ma devono anche attivarsi per sviluppare e recuperare il legame genitori-figli quando quest'ultimo sia stato temporaneamente interrotto a causa di un provvedimento pubblico (ad esempio, dopo un affidamento temporaneo del minore ad una famiglia affidataria o ad una comunità), oppure per via della separazione dei genitori. Anche questo aspetto, infatti, secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, fa parte del principio del superiore interesse del minore in quanto un fanciullo ha sempre il diritto di preservare i rapporti con i propri genitori in assenza di condizioni per lo stesso pregiudizievoli.

Un esempio di quanto appena affermato è il caso *Scozzari e Giunta c. Italia*⁵⁵⁵ nel quale la Corte europea ha criticato l'eccessiva discrezionalità, senza alcun controllo, lasciata ai Servizi Sociali nel fissare il calendario degli incontri madre-figli. Gli incontri stabiliti, da un lato, non erano idonei a consentire la ripresa dei loro rapporti e, dall'altro, non rispettavano nemmeno la portata della decisione del giudice.

La Corte europea dei diritti dell'uomo si è pronunciata anche in tema di Sindrome da Alienazione parentale o *mobbing* familiare, ad esempio nei casi *Bove c. Italia* e *Piazzi c. Italia* dove è stata ribadita l'importanza che i Servizi Sociali agiscano tempestivamente per ripristinare gli incontri genitori-figli quando ciò è stato stabilito da un giudice nell'interesse dei bambini coinvolti, soprattutto quando erano stati messi in atto dal genitore affidatario dei comportamenti ostili al genitore non affidatario, idonei a consolidare nel tempo situazioni distanti dalla decisione assunta con provvedimento giudiziario in merito all'idoneità anche del secondo genitore, quello non affidatario, ad occuparsi del minore⁵⁵⁶. La Corte europea dei diritti dell'uomo, al fine di non incorrere nella violazione dell'art. 8 della CEDU, aveva inizialmente ammesso, in questi casi particolari, anche l'utilizzo di rimedi coercitivi nei confronti del minore che si rifiutava di rapportarsi con il genitore non affidatario, ove la ripresa dei rapporti con la figura genitoriale alienata fosse stata considerata nel

⁵⁵⁴ Nel caso *Neulinger e Shuruk c. Svizzera* la madre aveva sottratto il minore al padre in Israele. I due genitori erano separati, la madre aveva la custodia del figlio, l'affidamento era congiunto ed era stato imposto un divieto di espatrio per il minore fino alla maggiore età. La madre, nonostante il divieto, portò il figlio in Svizzera. La Corte ritenne rilevante sia il fatto che la madre non potesse rientrare in Israele dato che sarebbe potuta finire in carcere in ragione della sottrazione di minore sia che il minore, già integrato in Svizzera, una volta tornato in Israele non poteva contare sulle risorse limitate del padre.

⁵⁵⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 13 luglio 2000, n. 41963/98, *Scozzari e Giunta c. Italia*.

⁵⁵⁶ L'esistenza della Sindrome da Alienazione Parentale è esposta a varie critiche a livello scientifico. Dal punto di vista giuridico si tende a definirla piuttosto come "mobbing familiare" e comprende le manovre pressorie e manipolatorie sul figlio minore da parte di uno dei genitori dirette ad escludere l'altro genitore dalla vita del bambino che fa proprio il rifiuto del genitore alienato (Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 30 giugno 2005, n. 30595/02, *Bove c. Italia* e sent. del 2 novembre 2010, n. 36168/09, *Piazzi c. Italia*).

suo interesse⁵⁵⁷. Più recentemente, in casi analoghi, la Corte ha ritenuto più che sufficiente, come modalità di convincimento, l'adozione di misure pedagogiche o terapeutiche rispetto a quelle coercitive⁵⁵⁸.

L'interesse superiore del minore nei rapporti genitori/figli è un criterio che deve guidare il giudice anche nelle scelte processuali e, ad esempio, è di fondamentale importanza la celerità dei tempi del processo. Bisogna, infatti, sempre partire dalla considerazione che il fanciullo è una persona in età evolutiva e, pertanto, la prognosi sul suo sviluppo psico-fisico (e quindi del suo superiore interesse) deve essere operata in una prospettiva di maturazione complessiva nel lungo periodo⁵⁵⁹.

Utilizzando la considerazione che un illustre giurista ha svolto per il diritto finanziario, si può affermare, infatti, che il tempo del diritto civile è l'anno, quello del diritto di famiglia il mese, quello del diritto minorile la settimana, se non il giorno⁵⁶⁰.

In due cause contro la Germania del 2000 e 2003, la Corte europea dei diritti dell'uomo si è pronunciata proprio in merito all'elemento temporale dei processi, rilevando che nei casi vertenti sui rapporti genitore-figli vige l'obbligo, sui giudici nazionali, di dimostrare una diligenza eccezionale nella loro trattazione in vista del fatto che il rischio del passaggio del tempo potrebbe comportare una determinazione *de facto* della questione, compromettendo irrimediabilmente il rapporto familiare e violando, così, l'art. 6 della CEDU⁵⁶¹.

Persino quando i magistrati avevano adottato provvedimenti astrattamente corretti, ma che non erano poi stati fatti eseguire nei tempi necessari, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto sussistente una violazione dei diritti tutelati dagli articoli 6 e 8 della CEDU poiché l'inutile decorso del tempo è, di per sé, strutturalmente contrario al superiore interesse dei fanciulli⁵⁶². Le procedure relative alla relazione genitori-figli esigono, quindi, un trattamento di urgenza ("*must be fair*" dice la Corte⁵⁶³).

Vi sono casi, tuttavia, nei quali i tempi processuali lunghi sono da considerare legittimi ai sensi dell'art. 8 della CEDU. Tempi lunghi sono giustificati, ad esempio, se le scelte in ordine alle modalità di

⁵⁵⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. del 27 giugno 2000, *Nuutinen c. Finlandia*. Oltre ai rimedi coercitivi nei confronti dei minori che rifiutano il genitore che non ne ha la custodia, la Corte ha affermato anche che non possa essere escluso l'uso di sanzioni nei confronti del genitore convivente che, con il suo illegittimo comportamento, ostacoli il rapporto con l'altro genitore; tali misure sanzionatorie devono essere adeguate e tali da stimolare effettivamente la ripresa degli incontri e, pertanto, le sole sanzioni pecuniarie non sono state ritenute sufficienti (Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *V.A.M. c. Serbia*, cit., e sent. 11 gennaio 2011, *Bordeianu c. Moldavia*).

⁵⁵⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Bordeianu c. Moldavia*, cit. e caso *V.A.M. c. Serbia*, sent. del 13 marzo 2007.

⁵⁵⁹ M. C. RUO, "*The best interest of the child*" nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in *Minori giustizia*, fasc. 3, 2011, p. 50.

⁵⁶⁰ Così M. C. RUO, *Giusto processo civile minorile e spazio giuridico europeo: indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e Linee guida del Consiglio d'Europa per una giustizia Child Friendly*, op. cit., p. 320 che richiama P. FERRO-LUZZI, *Il tempo nel diritto degli affari*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2003, 407 ss.

⁵⁶¹ Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande sezione) sentenza del 13 luglio 2000, *Elsholz c. Germania*, n. 25735/94, punto 49 e sentenza dell'8 luglio 2003, *Sommerfeld c. Germania*, n. 31871/96, punto 63.

⁵⁶² Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *Mincheva c. Bulgaria*, del 2 settembre 2010.

⁵⁶³ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 31 maggio 2011, *R. e H. c. Regno Unito*: "*Anche se l'art. 8 non esplicita particolari requisiti procedurali, il processo nel quale vengono assunte misure intrusive in relazione agli interessi coinvolti nel medesimo art. 8, "must be fair". Questo principio deve essere applicato con maggiore rigore nei procedimenti che coinvolgono i minori*".

affidamento sono particolarmente complesse⁵⁶⁴ o se deve essere ricostruita la relazione tra i genitori e il minore⁵⁶⁵ o ancora se, in situazioni di rilevante conflittualità, vi sono comportamenti non collaborativi del genitore non convivente⁵⁶⁶.

L'importante è che tutta l'attività giudiziaria sia stata diretta alla costruzione o alla ricostruzione della relazione genitori-figli senza inerzie processuali ed extraprocessuali. In caso contrario, la Corte europea dei diritti dell'uomo avverte gli Stati che l'inutile trascorrere del tempo non può essere successivamente considerato dalle autorità nazionali come un motivo ostativo per non attuare il ricongiungimento familiare.

Ad esempio il caso *Görgülü c. Germany*⁵⁶⁷ è interessante al riguardo anche se non proprio recente.

Il ricorrente aveva avuto un figlio naturale da una relazione con una donna che gli aveva fatto perdere le tracce di sé prima del parto. Alla nascita del bambino, la madre aveva dato l'assenso per la sua adozione e il piccolo era stato affidato dal curatore ad una coppia. Quando il padre apprese della nascita del figlio riuscì ad ottenere il riconoscimento ufficiale della propria paternità e sposatosi, nel frattempo, con una cittadina tedesca, iniziò il procedimento per ottenere l'affidamento del minore essendo stato ritenuto idoneo a svolgere il proprio ruolo genitoriale. A causa del comportamento ostativo della coppia affidataria, che impediva al padre di incontrare il figlio, si formò un contrasto tra i giudici nazionali di I e II istanza in merito a quale fosse la soluzione migliore per il minore interessato.

Secondo il giudice di I istanza, infatti, tale interesse veniva tutelato e garantito tramite la relazione con il padre, in funzione del successivo e già programmato affidamento del minore allo stesso. Secondo il giudice di II grado, invece, pur ritenendo il padre idoneo, era da ritenersi contrario all'interesse del minore separarlo dagli affidatari, dopo che il minore aveva vissuto con loro un anno e dieci mesi (ovvero, secondo tale giudice, un "tempo infinito" per un bambino di quell'età), mentre il padre era comunque una sorta di estraneo e, dunque, la separazione dal genitore avrebbe procurato un danno inferiore alla salute psicofisica del bambino.

Ribadito che la realizzazione del superiore interesse del minore coincide, in primo luogo, con la tutela della sua salute psicofisica, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha chiarito che ogni considerazione in merito non deve mai essere fatta sul breve periodo, in relazione, cioè, all'immediata traumaticità derivante dal distacco dalla famiglia affidataria; la realizzazione del miglior interesse del minore deve, infatti, essere valutata "a lungo termine", avuto riguardo ai possibili successivi sviluppi. In ragione di quanto sopra, la Corte ha stabilito che il giudice nazionale di II grado, non essendosi soffermato sugli effetti a lungo termine, ben più

⁵⁶⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 30 novembre 2010, *Z. c. Slovenia*. Il processo, durato tre anni e cinque mesi per due gradi di giudizio, riguardava una madre affetta da disturbi di personalità e un padre con a carico una denuncia per sospetti abusi sessuali. Fu necessaria la nomina di tre esperti per l'accertamento dell'idoneità genitoriale, nonché 8 audizioni.

⁵⁶⁵ Così, ad esempio, nella sentenza *Serghides c. Polonia* (Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 2 novembre 2010), la considerevole durata di un procedimento contenzioso (che seguiva un procedimento attivato ai sensi della Convenzione dell'Aja del 1980) non è stata considerata rilevante ai fini della violazione dell'art. 8 della CEDU in quanto l'autorità giudiziaria non era rimasta inattiva, ma aveva disposto le attività processuali da svolgersi entro termini congrui all'uopo fissati per ricostituire la relazione tra il figlio e il genitore non collocatario che si era degradata a causa dell'accesa conflittualità tra i due ex coniugi.

⁵⁶⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 17 aprile 2012, *Pascal c. Romania*.

⁵⁶⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 26 maggio 2004, *Görgülü c. Germany*.

devastanti, che la separazione dal padre naturale avrebbe potuto comportare per il minore, non aveva applicato correttamente l'art. 8 della CEDU⁵⁶⁸.

Mentre queste ultime sentenze che sono state analizzate mostrano indubbiamente una buona coerenza tra di loro, per quanto riguarda il diritto dei minori di essere ascoltati e di vedere le loro opinioni prese in considerazione, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo rende difficile prevedere con certezza quando i giudici nazionali verranno censurati per aver dato troppo peso alle opinioni dei minori e quando per non avergliene dato a sufficienza⁵⁶⁹.

Ad esempio, nel caso *C. c. Finlandia* (sentenza del 9 maggio 2006) la Corte europea ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 8 della CEDU perché la decisione si era basata essenzialmente sulla volontà dei due figli minori di non voler vedere il padre senza tenere in considerazione altri fattori che facevano propendere, invece, per una scelta opposta, maggiormente rispondente al loro superiore interesse. Nel precedente caso *Elsholz c. Germania*, invece, la Corte ha ritenuto mancante un requisito procedurale fondamentale ovvero il fatto che il minore, che non voleva più incontrare il padre e aveva già espresso questo suo desiderio, non era stato sentito da degli esperti per verificare se era stato influenzato dall'altro genitore (sentenza del 13 luglio 2000). Nella causa *Pini e altri c. Romania*, (sentenza del 22 giugno 2004), invece, la Corte ha tenuto in considerazione il rifiuto di due bambine di lasciare il proprio istituto per andare a vivere con le famiglie che avevano ottenuto un provvedimento per la loro adozione in quanto le minori desideravano ricongiungersi un giorno con la loro madre naturale.

La sentenza *Elsholz c. Germania*, in particolare, ha sollevato dubbi circa la libertà dei minori di esprimersi liberamente. Non era chiaro, infatti, se la Corte europea volesse, in tale pronuncia, cercare di affermare generalmente il principio per cui il punto di vista dei fanciulli dovrebbe sempre essere accertato da degli adulti esperti in psicologia minorile oppure solamente in situazioni peculiari, come in presenza della presunta Sindrome di alienazione parentale.

⁵⁶⁸ In linea con quest'ultima affermazione della Corte europea, ma molto più discutibile in termini di rispetto del diritto alla vita privata e familiare e del principio del superiore interesse del minore è il recentissimo caso *Mandet c. Francia* (Corte europea dei diritti dell'uomo, 2016, n. 30955/12).

In tale vicenda la Corte europea dei diritti dell'uomo si è espressa su un caso riguardante un presunto padre biologico che voleva vedere riconosciuta in giudizio la propria paternità, nonostante l'opposizione del figlio, della madre e del padre naturale. Il bambino era nato in un momento di separazione tra la madre e il marito ed era stato da questo riconosciuto dopo che i due si erano risposati. Nonostante il figlio avesse implorato il tribunale di non modificare i suoi rapporti familiari, i giudici francesi, dopo aver accertato la paternità biologica in capo al ricorrente, avevano deciso che fosse nel miglior interesse del bambino conoscere le proprie origini, riconosciuto diritti di visita al padre naturale, senza togliere la potestà genitoriale al marito della madre e imposto che il bambino tornasse ad usare il cognome della madre con il quale era stato registrato alla nascita. La Corte europea riconosce che sia intervenuta una violazione del diritto alla vita familiare del bambino, ma ritiene che questa sia giustificata dall'esigenza di vedere tutelati anche i diritti del padre biologico. Secondo la Corte, poi, l'interesse del minore non sarebbe da ricostruirsi nei termini proposti dai ricorrenti (mantenimento della stabilità familiare acquisita), ma dovrebbe essere identificabile nel conoscere la verità circa le sue origini biologiche.

In senso critico si veda E. MERCKX, *Mandet v. France: child's "duty" to know its origins prevails over its wish to remain in the dark*, in www.strasbourgobservers.com, 4 febbraio 2016.

⁵⁶⁹ Sul punto si veda M. C. RUO, *Giusto processo civile minorile e spazio giuridico europeo: indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e Linee guida del Consiglio d'Europa per una giustizia Child Friendly*, op. cit., p. 334-5.

Per rispondere a tale domanda si può osservare che, a parere del Comitato per i diritti dei fanciulli, per “liberamente” deve intendersi solo che i minori devono potersi esprimere senza pressioni di alcun tipo⁵⁷⁰. Sempre il Comitato afferma anche l’importanza di tenere sempre in considerazione l’età e la maturità dei minori che devono essere sentiti, non potendosi fissare regole generali che valgono a priori per tutti i fanciulli. A parere del Comitato, pertanto, l’approccio più adatto in materia di ascolto dei fanciulli sembrerebbe essere quello *case-by-case*, molto flessibile⁵⁷¹.

Al di là di questo, l’art. 12 della Convenzione sui diritti del fanciullo non impone di certo agli Stati parte di considerare sempre come decisivo il punto di vista dei minori anche perché è evidente che ciò potrebbe non essere nel loro superiore interesse. Il vero obiettivo rimane quello di individuare quale sia il superiore interesse del minore coinvolto e ascoltare il suo punto di vista rappresenta solo una parte di questo processo.

La Corte europea dei diritti dell’uomo, nella sua giurisprudenza, mostra pertanto di essere in linea con il senso dell’art. 12 della Convenzione di New York, pur non avendone fatto espresso riferimento, e l’unico problema al riguardo rimane la difficoltà di riuscire a prevedere quando e perché la Corte europea riterrà certe decisioni nell’interesse superiore o meno dei fanciulli interessati.

Per quanto riguarda la tematica della maternità surrogata, sempre rilevante per l’applicazione dell’art. 8 della CEDU⁵⁷², la sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia* rappresenta un caso di specie interessante a causa del recente *revirement* della Corte europea.

Dopo una prima sentenza, infatti, nella quale la Corte aveva ritenuto che violava l’art. 8 della CEDU una misura di allontanamento e affidamento ai Servizi Sociali di un minore nato da una coppia che aveva fatto ricorso alla maternità surrogata all’estero ed era poi tornata in Italia (Paese d’origine), in cui tale pratica era vietata⁵⁷³, la Grande Camera ha ora escluso la presenza di detta violazione⁵⁷⁴.

Nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, le autorità italiane si erano rifiutate di trascrivere l’atto di nascita del bambino nato in Russia da madre surrogata (e che non aveva nessun legame biologico con i genitori italiani) e avevano anche disposto il suo collocamento presso i Servizi Sociali dopo che il neonato aveva trascorso i primi sei mesi di vita con la coppia. Il bimbo, per un certo periodo, era stato privato dell’identità e

⁵⁷⁰ UN Committee on the Rights of the Child (2009), General Comment No. 12, *The Right of the Child to be Heard*, UN Doc. CRC/C/GC/12, para. 22.

⁵⁷¹ UN Committee on the Rights of the Child (2009) General Comment No. 12, *The Right of the Child to be Heard*, UN Doc. CRC/C/GC/12, para. 29.

⁵⁷² La Corte europea dei diritti dell’uomo aveva già affrontato il delicato argomento della maternità surrogata in due sentenze precedenti al caso *Paradiso e Campanelli*, ovvero nei casi *Menesson c. Francia* (sentenza del 26 giugno 2014) e *Labassee c. Francia* (sentenza del 26 giugno 2014), che hanno costituito il primo intervento della Corte europea dei diritti dell’uomo in materia di procreazione assistita mediante surrogazione di maternità. A rivolgersi alla Corte erano state due coppie francesi che avevano fatto ricorso negli Stati Uniti ad una tecnica di procreazione medicalmente assistita che non poteva essere praticata in Francia. In tali casi, la Corte europea ritenne che, sebbene non vi fosse stata una violazione del diritto alla vita familiare dei genitori (in entrambi i casi il padre era l’unico ad avere legami biologici con i minori nati dalla surrogazione di maternità), la Francia aveva oltrepassato il margine di apprezzamento consentito per quanto riguardava il diritto alla vita privata dei figli delle due coppie. Gli Stati, infatti, anche quando stabiliscono legittimamente norme interne che vietano forme di maternità surrogata, non possono mai trascurare, come nei due casi di specie, l’interesse superiore dei minori coinvolti.

⁵⁷³ Corte europea dei diritti dell’uomo, seconda sezione, sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia*, 27.01.2015.

⁵⁷⁴ Corte europea dei diritti dell’uomo, Grande sezione, sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia*, 24.01.2017.

della cittadinanza, ovvero di due suoi diritti fondamentali e, di conseguenza, in assenza di documenti, non aveva potuto frequentare una scuola. Alla fine il minore è stato adottato da un'altra famiglia.

Nel 2015, la II sezione della Corte europea aveva ritenuto le autorità italiane colpevoli di non aver effettuato un corretto bilanciamento tra i diversi interessi in gioco e alla fine aveva dato maggior peso al concetto esteso di "vita familiare" in quanto, pur in assenza di legami biologici con i coniugi Campanelli, il minore avevano trascorso con questi ultimi un periodo di tempo significativo nelle sue prime fondamentali tappe di vita.

La preoccupazione quindi del Governo italiano di salvaguardare l'ordine pubblico, minacciato da una condotta contraria alla normativa in materia di adozione internazionale e dal divieto, sussistente all'epoca, di fecondazione eterologa, venne ritenuta secondaria rispetto alla tutela della vita privata e familiare.

La Grande Camera, invece, parte dall'assunto per cui in questioni ancora così dibattute negli Stati parte⁵⁷⁵, come proprio in materia di maternità surrogata nella quale il nato finisce per non avere nessun legame biologico con i genitori⁵⁷⁶, gli Stati membri mantengono un ampio margine di discrezionalità che impedisce alla Corte di prendere una decisione definitiva a favore o meno di questo istituto.

Successivamente la Corte europea ha ricordato che l'art. 8 della CEDU, pur potendo arrivare a tutelare un concetto di vita familiare molto esteso, non garantisce comunque il diritto di adottare, né tantomeno tutela il desiderio di creare una famiglia soprattutto quando sono gli stessi genitori ad agire *contra legem* e quindi a compromettere le prospettive di instaurare un rapporto dotato di stabilità, attuale o quanto meno potenziale, con il minore.

Anche dal punto di vista del principio del superiore interesse del minore, a parere della Grande Camera, è proprio nell'interesse del minore consolidare un rapporto familiare con i propri genitori basato sulla legalità.

In ogni caso, poi, secondo la Corte, ed è questo il punto più discutibile, il lasso di tempo trascorso insieme ai coniugi Campanelli (sei mesi di permanenza del minore con la coppia in Italia, preceduti da un periodo di circa due mesi in cui la Sig.ra Paradiso era stata con il bambino in Russia) era troppo breve per consolidare qualsiasi tipo di relazione familiare⁵⁷⁷.

Per tutte queste ragioni, la Grande camera, ribaltando la precedente pronuncia della II sezione della Corte, ha ritenuto giustificate le ragioni del Governo italiano e le misure adottate nel caso di specie, in

⁵⁷⁵ Si veda, ad esempio, il caso *Harroudj contro Francia* (sentenza del 4 ottobre 2012), nel quale la Corte europea dei diritti dell'uomo, basandosi sulla considerazione che non esiste, in base alla CEDU, un obbligo per gli Stati di equiparare l'istituto della *kafala* all'adozione, ritenne che lo Stato francese potesse rifiutare l'adozione di un minore da parte di una donna che, in Algeria, aveva ottenuto un provvedimento di affidamento del fanciullo tramite *kafala*. La Corte prese la decisione nel rispetto della legge francese che stabilisce che un minore, il cui Paese di origine vieta l'adozione, non possa essere adottato (come accade in numerosi Paesi islamici, inclusa l'Algeria). In quel caso, quindi, la Corte europea dei diritti dell'uomo, pur riconoscendo che il fanciullo, non potendo ottenere l'adozione, non potesse poi rivendicare diritti successori e non potesse ottenere la cittadinanza francese, concluse che la Francia aveva rispettato la CEDU in virtù dell'ampio margine di discrezionalità nell'applicazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare quando entra in gioco l'istituto della *kafala*.

⁵⁷⁶ In tutte le altre sentenze decise sinora dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di maternità surrogata vi era almeno un legame biologico del minore con uno dei due genitori.

⁵⁷⁷ Si condividono al riguardo le perplessità espresse da L. POLI, *La Grande Camera e l'ultima parola sul caso Paradiso e Campanelli*, 21 febbraio 2017, su www.sidiblog.org.

particolare perché consentono di tutelare non solo il minore coinvolto, ma più in generale tutti i bambini rispetto a pratiche illecite, come la tratta di minori.

Precedente al caso *Campanelli*, ma sempre in materia di maternità surrogata, è la sentenza *D. e altri c. Belgio*⁵⁷⁸ nella quale la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che non sussiste alcuna violazione della CEDU nei casi in cui le autorità nazionali di uno Stato parte impediscono l'accesso sul loro territorio a un bambino, nato da una maternità surrogata in un altro Stato, separandolo dai genitori il tempo necessario ad accertarne la filiazione, purché le verifiche vengano fatte in un tempo ragionevole.

L'importanza di ottenere prove adeguate in questi casi deriva sempre dalla necessità di combattere la tratta degli esseri umani e nel bilanciamento degli interessi coinvolti questo fine deve prevalere sulla temporanea ingerenza statale nel diritto al rispetto della vita privata e familiare dei genitori e del minore. Alla luce del *revirement* della Corte nel caso *Campanelli* queste due sentenze ora appaiono assolutamente in armonia.

Questa sentenza è stata importante anche perché la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto di poter valutare in questi casi il rispetto dell'art. 8 della CEDU nonostante i genitori avessero avuto solo sporadici contatti con il minore nato dalla maternità surrogata. Secondo la Corte, infatti, l'art. 8 viene in rilievo tutte le volte in cui ci sia il potenziale, per una vita familiare, di svilupparsi in un momento futuro. Potenziale che, invece, non c'era nella sentenza *Campanelli* per le ragioni che sono state sopra evidenziate.

L'analisi di queste sentenze dimostra che nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo il principio del superiore interesse del minore rappresenta sicuramente un criterio in grado di sacrificare sia i diritti dei genitori che le pretese degli Stati nazionali quando si tratta di tutelare lo sviluppo psico-fisico del minore interessato. In questi casi d'altronde, tutti gli altri diritti dei minori devono essere tutelati solo se e in quanto coincidenti con il miglior sviluppo del fanciullo interessato⁵⁷⁹.

Pertanto, nei casi in cui la Corte è stata chiamata ad intervenire per proteggere un minore particolarmente vulnerabile è possibile individuare un filone giurisprudenziale abbastanza logico e coerente. Non altrettanto, invece, si può dire in merito a quelle vicende in cui i minori coinvolti dovevano essere tutelati in qualità di soggetti di diritti e non solo come oggetto di protezione⁵⁸⁰.

Ed è proprio l'utilizzo del principio del superiore interesse del minore, come ausilio per rafforzare altri diritti garantiti ai fanciulli dalla CEDU, che, di frequente, dà vita a questa ambivalenza, finendo per

⁵⁷⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 luglio 2014, *D. e altri c. Belgio*, ric. n. 29176/13. Questo il caso: una coppia belga aveva stipulato un accordo di maternità surrogata con una donna in Ucraina. Alla nascita del neonato, la coppia aveva ottenuto il certificato di nascita a Kiev nel quale i due coniugi risultavano i genitori. Avevano chiesto all'ambasciata belga in Ucraina il passaporto per il neonato per rientrare in patria, ma la richiesta era stata respinta. Anche il Tribunale di Bruxelles aveva rigettato l'istanza e aveva negato il riconoscimento del provvedimento ucraino perché non risultava provato il rapporto di filiazione con i due ricorrenti e, in base alla legge di diritto internazionale privato belga (art. 27), la filiazione non poteva essere stabilita sulla base dell'atto di nascita ucraino. La coppia era così rientrata in Belgio senza il neonato. Una volta ottenute le prove del rapporto di filiazione, il Belgio ha dato il via libera all'emissione del documento d'identità e all'ingresso in Belgio del bambino.

⁵⁷⁹ M. C. RUO, "The best interest of the child" nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, op. cit., p. 54.

⁵⁸⁰ M. C. RUO, *ibidem*, p. 54.

funzionare come una vera e propria “formula magica” in grado di condurre ad ogni possibile soluzione del caso⁵⁸¹.

Per concludere, sembra che il principio del superiore interesse del minore abbia un ruolo autonomo solo in veste di clausola a protezione dei minori, mentre non sempre la Corte europea dei diritti dell’uomo lo sfrutta a tutela dell’autonomia dei minori nell’esercizio dei loro diritti.

2.3 La prassi della Corte europea dei diritti dell’uomo a confronto con le disposizioni delle Convenzioni dell’Aja e con il diritto dell’Unione europea

A questo punto, rimanendo sempre nell’ottica di analizzare la prassi della Corte europea dei diritti dell’uomo, occorre tornare al tema della sottrazione internazionale di minori, analizzando le pronunce della Corte europea che mettono in luce il rapporto tra la Convenzione dell’Aja del 1980 e la normativa UE sulla sottrazione internazionale di fanciulli.

Il tema della sottrazione internazionale dei minori è rilevante anche perché è proprio in questa materia che vi è stata un’importante evoluzione del principio del superiore interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo.

In via preliminare bisogna chiarire che la Corte europea dei diritti dell’uomo adotta un concetto di “sottrazione di minore” molto ampio.

Ad esempio, nella sentenza *Rouiller c. Svizzera*, del 22 luglio 2014⁵⁸², la Corte ha stabilito che un trasferimento di un minore, seppure di pochi chilometri, ma comunque oltre confine (in Svizzera) rispetto alla residenza abituale (in Francia), costituisca un caso di sottrazione internazionale con gravi conseguenze sui bambini, oltre che su uno dei genitori.

Ciò premesso, dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo in questo ambito particolare emerge ancora una volta il fatto che è sempre stato il benessere psico-fisico del minore, inteso come tutela delle migliori condizioni del suo sviluppo psico-fisico, il motivo conduttore delle sue pronunce.

Il superiore interesse del minore, tuttavia, da mero criterio interpretativo è diventato nel tempo principio generale autonomo e questa evoluzione è avvenuta proprio nel settore della sottrazione

⁵⁸¹ Come nota E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, op. cit., p. 100. La definizione del superiore interesse del minore come “formula magica” si deve invece a J. CARBONNIER, *Droit Civil, I.2. La famille, les incapacités*, Presses Universitaires de France, 1969.

⁵⁸² Corte eur. dir. Uomo, *Rouiller c. Svizzera*, ricorso n. 3592/08, sentenza del 22 luglio 2014. Il ricorso contro la Svizzera era stato presentato da una cittadina elvetica che, accusata di sottrazione internazionale di minori, contestava la decisione dei tribunali nazionali che, in appello e in ultimo grado, avevano ordinato alla donna di far rientrare i minori in Francia. La donna era stata sposata con un cittadino francese dal quale aveva avuto due figli. La coppia viveva in Francia, a sette chilometri dal confine svizzero. Con la decisione che sanciva il divorzio, i giudici avevano deciso l’affido condiviso, affidando i minori alla madre e consentendo il diritto di visita al padre. La donna si era poi trasferita in Svizzera con i figli. Di qui la denuncia dell’ex marito ai quali, in ultimo, i giudici nazionali avevano dato ragione. La donna si è così rivolta a Strasburgo, sostenendo che vi fosse stata una violazione dell’articolo 8 della CEDU. La Corte europea non ha ritenuto fondato il suo ricorso.

internazionale di minori a partire dalla seguente osservazione: se normalmente si deve ritenere che il rimpatrio del fanciullo nel Paese dal quale è stato sottratto coincide con l'attuazione del suo superiore interesse, così non è nei casi in cui ciò pone a rischio il suo sviluppo psico-fisico.

In linea di massima, quindi, le decisioni aderenti ai principi della Convenzione dell'Aja del 1980 e al Regolamento europeo n. 2201/2003, che dispongono il rientro del minore illegittimamente sottratto, non determinano una violazione dell'art. 8 della CEDU che tutela il diritto del minore sottratto al rispetto della sua vita privata e familiare, ma sono in linea con la sua corretta applicazione.

In una prima serie di pronunce la Corte europea ha, infatti, statuito, in maniera presuntiva, che il ritorno immediato e automatico del minore illegittimamente sottratto fosse in linea con il principio del superiore interesse del minore e con l'art. 8 della CEDU e quindi le cause ostative al suo rientro, sancite dagli articoli 12 e 13 della Convenzione dell'Aja, venivano interpretate in maniera restrittiva⁵⁸³. Il principio del superiore interesse del minore è stato, pertanto, utilizzato in queste pronunce come criterio interpretativo della Convenzione dell'Aja al fine di limitare la discrezionalità degli Stati nel limitare l'applicazione della normativa di derivazione internazionale.

Tuttavia, la Corte europea dei diritti dell'uomo, come sopra anticipato, ha mutato il suo orientamento nel 2010, nella celebre causa *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, quando ha affermato che la Convenzione dell'Aja rappresenta uno strumento essenzialmente procedurale che si occupa di cooperazione tra gli Stati parte e non un trattato che protegge i diritti dei minori e, pertanto, le sue disposizioni vanno interpretate alla luce dei principi e dei diritti garantiti ai fanciulli⁵⁸⁴.

Ribaltando la prima pronuncia sul caso che era in linea con l'orientamento interpretativo tradizionale⁵⁸⁵, la Grande Camera della Corte europea ha quindi riconosciuto una violazione dell'art. 8 della CEDU, tenendo in considerazione una serie di fattori che nel caso di specie rendevano complessivamente pregiudizievole il ritorno del minore e violavano anche il diritto al rispetto della sua vita privata e familiare

⁵⁸³ Tra le altre si vedano: Corte eur. dir. uomo, 13 settembre 2005, n. 77710/01, *H.N. c. Polonia*; Corte eur. dir. uomo, 15 dicembre 2005, *Karadzic c. Croazia*; Corte eur. dir. uomo, 22 giugno 2006, n. 35030/04, *Bianchi c. Svizzera*. Per un commento di queste sentenze si vedano G. WILL, *Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2005-2008)*, in *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, 799 ss. Sempre in tema si veda D. DELVAX, *L'intérêt supérieur de l'enfant et son déplacement illicite*, in *Jour. dr. jeun.*, 2006, 18 e ss., N. DEFFAINS, *Enlèvement International d'enfants et obligations positives des autorités nationales*, in *Europe*, 2003, 33 e ss.

⁵⁸⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. del 6 luglio 2010, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*. Il caso riguardava la sottrazione internazionale del piccolo *Noam Shuruk* perpetrata dalla madre, la signora *Neulinger* di nazionalità svizzera, ai danni del padre, il signor *Shuruk*, cittadino israeliano. La signora *Neulinger*, prima che la sentenza venisse eseguita, si rivolgeva alla Corte europea dei diritti dell'uomo, a nome proprio e come tutore del piccolo *Noam*, ritenendo violato il loro diritto al rispetto della vita privata e familiare, stante l'eccessiva ingerenza delle autorità elvetiche nel disporre il ritorno del bambino in Israele senza tenere in dovuta considerazione le circostanze del caso di specie che imponevano di ritenere integrata la causa ostativa di cui all'art. 13, lett. b), della Convenzione dell'Aja del 1980. Secondo la madre, infatti, il ritorno del bambino in Israele appariva controproducente per il suo benessere psicofisico stante i trascorsi violenti del padre, considerate l'inadempimento dell'obbligo di mantenimento nei confronti della prole e considerato come, nelle more del giudizio, il signor *Shuruk* aveva contratto un nuovo matrimonio, salvo poi separarsi avuta notizia della gravidanza della nuova moglie e il successivo inadempimento dell'onere di mantenere il neonato. Inoltre, il piccolo *Noam* rischiava la separazione dalla madre una volta rientrati in Israele considerato come la stessa poteva essere sottoposta all'esercizio dell'azione penale, in ragione della sottrazione del figlio in violazione del divieto di espatrio, fattispecie per la quale in Israele è prevista anche una pena detentiva.

⁵⁸⁵ Corte eur. dir. uomo, 8 gennaio 2009, n. 41615/07, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera* (*Neulinger I*).

che si era ormai consolidata in Svizzera, luogo in cui era stato condotto dalla madre, e quindi il ritorno in sé era contrario al suo superiore interesse⁵⁸⁶.

Questa sentenza è molto importante perché la Corte europea dei diritti dell'uomo ha costruito il suo ragionamento basandosi sulla Convenzione ONU sui diritti del fanciullo con effetti dirompenti: grazie al suo richiamo, infatti, la Corte europea ha potuto affermare la prevalenza della CEDU, letta alla luce della Convenzione sui diritti del fanciullo, sulla Convenzione dell'Aja e porre fine alla prassi di applicare quest'ultima in maniera automatica senza effettuare una completa analisi del caso concreto e del superiore interesse dei minori coinvolti⁵⁸⁷.

Anche la giurisprudenza successiva della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di sottrazione internazionale di minori è in linea con il caso *Neulinger*, consacrando, così, la portata autonoma del principio del superiore interesse del minore in questo delicato settore, nonché la necessità di operare un approccio *case by case*.

Sebbene ciò possa apparire poco deterrente per le condotte di sottrazione illecita, questa evoluzione del principio non impedisce comunque alla Corte europea dei diritti dell'uomo di operare sempre un bilanciamento tra gli interessi in gioco e di valutare quale sia la soluzione migliore per il fanciullo nel lungo periodo.

Ad esempio, riguardo al peso conferito alla volontà espressa dai minori sottratti, si nota come la Corte europea dei diritti dell'uomo, ultimamente, e a differenza del passato, sia più portata a condannare le decisioni delle autorità nazionali che abbiano dato esclusivo rilievo alla loro volontà.

Dando importanza unicamente alle dichiarazioni dei minori, infatti, secondo la Corte europea si compie un'indiscussa violazione dell'art. 8 della CEDU in quanto simili decisioni sono indice di un mancato bilanciamento tra i diversi diritti ed interessi in gioco.

Per tale ragione, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha, ad esempio, condannato la Romania, nel caso *Blaga c. Romania*⁵⁸⁸, per violazione dell'art. 8 della CEDU⁵⁸⁹. I giudici rumeni, infatti, pur riconoscendo la giovane età dei minori coinvolti, avevano dato ascolto solo al loro volere, seguendo alla lettera l'art. 13 della Convenzione dell'Aja del 1980⁵⁹⁰.

⁵⁸⁶ Bisogna sottolineare che il bambino era stato sottratto dalla madre e portato in Svizzera all'età di 2 anni e alla fine dei vari procedimenti giudiziari aveva già 7 anni e quindi era perfettamente inserito in Svizzera.

⁵⁸⁷ N. DI LORENZO, *Il principio del superiore interesse del minore nel sistema di protezione del fanciullo all'interno delle relazioni familiari*, disponibile al seguente indirizzo <http://www.cde.unict.it>.

⁵⁸⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Blaga v. Romania*, decisione del 1° luglio 2014. Il padre di tre bambini, con cittadinanza rumena e statunitense, si era rivolto a Strasburgo perché la moglie (di identica doppia cittadinanza), dopo aver ottenuto l'autorizzazione del marito a una breve vacanza in Romania, aveva lasciato gli Stati Uniti, luogo dove la ex coppia risiedeva, senza fare più rientro in patria. L'uomo aveva così avviato le azioni giurisdizionali chiedendo l'applicazione della Convenzione dell'Aja sulla sottrazione internazionale di minori. I giudici rumeni avevano deciso il mantenimento in patria dei minori, fondandosi esclusivamente sulla volontà e sulle dichiarazioni rese nel corso del procedimento dai bambini.

⁵⁸⁹ La Romania è stata condannata non solo per la violazione dell'art. 8 della CEDU, ma anche per la violazione dell'articolo 6 della Convenzione a causa dei tempi lunghi dei procedimenti interni.

⁵⁹⁰ In base a tale articolo "L'Autorità giudiziaria o amministrativa può rifiutarsi di ordinare il ritorno del minore qualora essa accerti che il minore si oppone al ritorno e che ha raggiunto un'età ed un grado di maturità tali che sia opportuno tener conto del suo parere".

Come sopra anticipato, la successiva giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di sottrazione internazionale di minori è conforme alle conclusioni sviluppate nella causa *Neulinger*. Risulta ora interessante verificare come si comporta la Corte europea dei diritti dell'uomo quando, oltre alla Convenzione dell'Aja del 1980, entra in gioco anche la normativa UE e, in particolare, le disposizioni del Regolamento n. 2201/2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale.

Nel caso *Sneersone e Kampanella c. Italia*⁵⁹¹, la Corte europea, dopo aver chiarito che nell'applicazione sia della Convenzione dell'Aja che del Regolamento UE le autorità nazionali sono obbligate a tenere conto anche delle norme della CEDU, ha affermato che, prima di decidere in merito al ritorno di un minore illegittimamente sottratto da un genitore, le autorità statali devono accertare, in dettaglio, tutti i motivi di rischio per il minore, anche quando è stato applicato l'articolo 11 del Regolamento n. 2201/2003; in base a tale ultimo articolo, il ritorno del minore può essere disposto anche in caso di rischio grave per lo stesso nello Stato d'origine purché quest'ultimo sia in grado di adottare misure protettive per tutelare il minore interessato.

Secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, tuttavia, nel caso di specie i giudici italiani non avevano valutato attentamente i danni psicologici che il bambino, portato dalla madre in Lettonia, poteva subire a causa del rientro in Italia, tenendo conto che non parlava la lingua italiana e che aveva scarsi legami con il padre. Inoltre, sempre secondo la Corte, le autorità italiane non avevano in alcun modo preso in considerazione delle alternative al rientro del minore in Italia che avrebbero potuto comunque assicurargli dei contatti con il padre.

Per tali ragioni, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha accertato una violazione da parte dell'Italia dell'articolo 8 della CEDU e dell'art. 13 della Convenzione dell'Aja del 1980⁵⁹² in quanto, nel caso di specie, il ritorno del minore era idoneo a produrgli un pregiudizio psico-fisico.

La decisione sul ritorno, secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, era stata presa in modo troppo automatico, senza tenere conto della situazione del bambino nel momento in cui era stato adottato il provvedimento.

Con questa sentenza, dunque, nel nome dell'interesse superiore del minore, la Corte europea dei diritti dell'uomo sembra vanificare gli sforzi del Regolamento n. 2201/2003 nel cercare di arginare, per il tramite dell'art. 11, le problematiche, di cui si è già parlato, in merito all'applicazione fin troppo discrezionale dell'art. 13 della Convenzione dell'Aja del 1980.

⁵⁹¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Sneersone e Kampanella c. Italia* ricorso n. 14737/09, sentenza del 12 luglio 2011. Dopo la separazione di una coppia costituita da un italiano e da una lettone, residenti in Italia, il bambino, affidato alla madre, era stato condotto dalla donna in Lettonia perché il padre del bimbo non contribuiva al sostegno economico del minore, situazione che le impediva di vivere in Italia. Di qui il ricorso del padre al Tribunale per i minorenni di Roma con la richiesta di affidamento esclusivo, accolta dai giudici italiani. Le autorità interne, poi, avevano anche disposto il ritorno del minore in Italia: il provvedimento, però, non era stato riconosciuto ed eseguito dal tribunale lettone in quanto ritenuto contrario all'interesse superiore del minore.

⁵⁹² Tale articolo consente di non far rientrare un minore, illegittimamente sottratto da un genitore, nel caso in cui sussista un fondato rischio per lo stesso di essere esposto, per il fatto del suo ritorno, a pericoli fisici e psichici, o comunque di trovarsi in una situazione intollerabile nel Paese d'origine.

Un altro orientamento in materia di sottrazione internazionale di minori sostenuto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo si scontra con le pronunce della Corte di Giustizia riguardanti casi analoghi.

Secondo la Corte di Strasburgo, infatti, il giudice nazionale non può adottare una soluzione tenendo conto unicamente dell'età del minore, ma deve procedere ad un esame approfondito della situazione familiare per assicurare che i rapporti con il genitore non convivente siano garantiti.

Questa è la conclusione raggiunta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Uyanik c. Turchia*⁵⁹³, nel quale la Corte ha accertato la violazione dell'articolo 8 della CEDU da parte della Turchia in quanto i giudici turchi avevano deciso di lasciare la bambina con la madre in ragione unicamente dell'età della piccola, nonostante la donna avesse sottratto la minore al padre.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che i giudici nazionali avevano errato nel dare per scontata la circostanza che la minore, essendo molto piccola, dovesse essere lasciata *a priori* alla madre senza approfondire la situazione familiare e valutarla nel suo complesso.

Come sopra anticipato, invece, la Corte di Giustizia, nel decidere casi simili, era arrivata ad una soluzione opposta, dando grande rilievo all'età del minore, se neonato, per derogare alle disposizioni dell'Aja che avrebbero imposto un suo ritorno nello Stato d'origine, individuato, invece, dalla Corte di Giustizia in quello del genitore che principalmente provvede al neonato, ovvero, generalmente, la madre.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, quindi, ammette che il principio del superiore interesse del minore possa avere un suo ruolo autonomo decisivo quando si tratta di proteggere un minore in una situazione particolarmente vulnerabile, ma non ammette automatismi di nessun genere, richiedendo sempre agli Stati, come condizione imprescindibile di ogni loro valutazione, di compiere un adeguato bilanciamento degli interessi coinvolti.

2.4 Riflessioni conclusive

Arrivati al termine di questa prima parte, dedicata all'analisi del quadro delle principali fonti internazionali a protezione dei fanciulli e dei loro diritti, è opportuno compiere alcune osservazioni.

Innanzitutto è emerso che, nonostante siano stati compiuti grandi sforzi per cercare di garantire una minima protezione universale dei diritti dei minori, l'approccio ai diritti dei fanciulli nelle fonti di diritto internazionale risente ancora enormemente delle concezioni politiche e sociali nazionali, nonché delle tradizioni giuridiche, peculiari e proprie di ogni Stato.

⁵⁹³ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Uyanik c. Turchia*, ricorso n. 60328/09, sentenza del 3 maggio 2012. Una coppia turca residente negli Stati Uniti era tornata in patria, per una vacanza, con la figlia di 2 anni. Il padre era poi rientrato negli Stati Uniti, mentre la madre era rimasta con la bimba in Turchia, non volendo tornare negli Usa. Di qui l'azione del padre dinanzi ai tribunali turchi in forza della Convenzione dell'Aja sulla sottrazione internazionale.

La dimostrazione più evidente di ciò è data dall'incredibile e rapidissimo numero di ratifiche della Convenzione sui diritti del fanciullo, alle quali, tuttavia, si accompagnano altrettante numerose riserve visto che il suo contenuto rappresenta il frutto di molteplici compromessi ovvero degli ultimi tentativi degli Stati parte di continuare a salvaguardare le proprie tradizioni socio-culturali.

Inoltre, l'enorme proliferazione di strumenti a tutela dei diritti umani a livello internazionale può finire per creare confusione nell'interprete.

Ad esempio, l'art. 2 del primo Protocollo addizionale alla CEDU stabilisce che gli Stati parte devono rispettare il diritto dei genitori di provvedere all'educazione e all'insegnamento (sottinteso "dei figli") secondo le loro convinzioni religiose e filosofiche. Ugualmente l'art. 18, par. 4, del Patto internazionale sui diritti civili e politici afferma che gli Stati parte si impegnano a rispettare la libertà dei genitori di curare l'educazione religiosa e morale dei figli in conformità alle proprie convinzioni e l'art. 13, par. 3, del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali garantisce il medesimo diritto ai titolari della responsabilità genitoriale.

Mentre, pertanto, in questi ultimi strumenti gli Stati sono autorizzati espressamente a far prevalere le convinzioni dei genitori su quelle dei figli, l'art. 14 della Convenzione sui diritti del fanciullo cambia radicalmente approccio affermando che gli Stati parte devono rispettare il diritto del fanciullo alla libertà di pensiero, coscienza e religione e i genitori hanno unicamente il diritto e il dovere di guidare i loro figli nel modo migliore per sviluppare le loro capacità.

Questo è solo un esempio che dimostra come uno Stato possa trovarsi vincolato contemporaneamente a più strumenti internazionali che promuovono concezioni radicalmente diverse del fanciullo, riconoscendolo titolare o meno di certi diritti.

Se, pertanto, è molto apprezzabile lo spirito all'"internazionalizzazione" dei diritti dell'infanzia che ha diffuso la Convenzione di New York, non bisogna farsi illusioni che ciò sia sufficiente per tutelare in concreto i diritti dei fanciulli.

Le tante riserve, la troppa discrezionalità lasciata agli Stati, la presenza di un sistema di monitoraggio "non polemico" e l'inesistenza, fino a poco tempo fa, di un meccanismo di reclamo quasi-giurisdizionale, hanno reso la Convenzione sui diritti del fanciullo uno strumento adeguato a proteggere i minori solo a parole e "sulla carta".

La reale importanza della Convenzione sui diritti dei fanciulli è stata quella di consacrare a livello internazionale l'idea che i minori sono soggetti di diritto al pari degli adulti. Il tentativo della Convenzione di conciliare il diritto dei fanciulli a ricevere protezione con quello di essere considerati titolari di propri diritti ed interessi è stato d'ispirazione per altri strumenti adottati a livello internazionale, regionale ed europeo che ne hanno aumentato la portata applicativa e sicuramente innalzato lo *standard* di protezione.

In particolare, il richiamo piuttosto frequente della Convenzione di New York ad opera della Corte europea dei diritti dell'uomo ha consentito alla CEDU di evolvere insieme al crescente riconoscimento dei diritti dei minori e di diventare un importante punto di riferimento per una loro concreta tutela; dall'altro, ha

permesso alla Convenzione sui diritti del fanciullo di non rimanere unicamente uno strumento di tipo ideologico e programmatico.

Rimanendo sul piano internazionale e spostandoci sul tema del lavoro minorile, si è osservato che anche nell'ambito delle Convenzioni dell'OIL la costante presenza delle c.d. "clausole di *souplesse*" consente agli Stati di assumere obblighi differenziati e di adattare l'applicazione delle Convenzioni alle proprie esigenze interne o, ancora, di applicare in maniera selettiva le disposizioni.

Si è anche potuta constatare la difficoltà della Corte penale internazionale a tutelare, in tempi congrui, i minori vittime dei gravissimi crimini internazionali di sua competenza, a causa dei limiti funzionali della stessa Corte che mettono in secondo piano il ruolo che lo Statuto di Roma attribuisce alle vittime nel procedimento giudiziario davanti alla Corte penale internazionale e che non ha eguali sul piano internazionale.

Il "sistema" delle Convenzioni dell'Aja, invece, caratterizzato da poche dichiarazioni di principio e da tante regole pratiche di diritto internazionale privato, si scontra, di frequente, con la prevalenza delle disposizioni della CEDU e della normativa UE, nonché con i continui tentativi degli Stati parte di far prevalere gli interessi dei propri connazionali nel terreno delicato della sottrazione internazionale di minori, così come in altre situazioni che coinvolgono i fanciulli e le loro famiglie.

La consapevolezza che il diritto minorile in generale debba affrontare tematiche più circoscritte, rendendosi più pragmatico e guadagnando, quindi, in efficacia ha portato, da un lato, ad adottare atti vincolanti a protezione dei minori in ambiti territoriali più ristretti e, dunque, più omogenei e, dall'altro, allo sviluppo di un'importante giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, basata sull'analisi del caso concreto, che ha avuto un grande impatto sull'evoluzione dei diritti dei minori all'interno dell'Unione europea.

Dal punto di vista degli strumenti attualmente mobilizzati a livello internazionale a tutela dei diritti dei minori, infatti, la protezione che si prefigge di assicurare ai fanciulli il Consiglio d'Europa con la CEDU, la Carta sociale europea e le varie convenzioni dedicate ad aspetti specifici della tutela dei diritti dei minori e l'operato della Corte europea dei diritti dell'uomo è indubbiamente la più ricca ed efficace e sopperisce alla mancanza di un testo di protezione generale dei diritti del minore a livello regionale.

In questo articolato sistema, tuttavia, solo la CEDU consente agli individui di presentare dei ricorsi individuali per la violazione dei loro diritti.

La CEDU, infatti, rimane il vero "gioiello" del sistema del Consiglio d'Europa a protezione dei minori, le altre Convenzioni, infatti, scontano i limiti tipici di questi strumenti internazionali che le rendono ben poco efficaci. Molte, ad esempio, hanno ricevuto poche ratifiche (come, ad esempio, la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo che sinora ne ha 20) oppure sono state sottoposte a molte riserve e dichiarazioni interpretative. Inoltre, la formulazione delle loro disposizioni impedisce di frequente di considerarle degli strumenti direttamente applicabili e, pertanto, esse necessitano di essere incorporate nel diritto nazionale o in quello UE per poter essere realmente applicate (così come è avvenuto, ad esempio, per la Convenzione di Varsavia e per quella di Lanzarote che hanno ispirato le due direttive UE in materia rispettivamente di tratta di esseri umani e di sfruttamento sessuale dei minori). Un'altra possibilità da valutare

in futuro sarebbe quella di inserire alcune disposizioni a tutela dei diritti dei fanciulli in un protocollo addizionale alla CEDU per far sì che il loro rispetto sia sottoposto al controllo della Corte europea dei diritti dell'uomo⁵⁹⁴.

Purtroppo la prevalenza dell'approccio "classico" ai diritti dei minori, nel quale l'obiettivo prioritario è la protezione dei fanciulli e non la valorizzazione dei loro diritti in quanto individui, è stato notato nella maggior parte degli strumenti che sono stati qui sopra analizzati e anche nell'utilizzo del principio del superiore interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

L'analisi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, infatti, ha mostrato che il principio del superiore interesse del minore rappresenta per la Corte un criterio in grado di sacrificare sia i diritti dei genitori che le pretese degli Stati nazionali quando si tratta di tutelare lo sviluppo psico-fisico del minore interessato. Di conseguenza, nei casi in cui la Corte europea è stata chiamata ad intervenire per proteggere un minore particolarmente vulnerabile è possibile individuare un filone giurisprudenziale abbastanza logico e coerente. Non altrettanto, invece, può dirsi in merito a quelle vicende in cui i minori coinvolti dovevano essere tutelati in qualità di soggetti di diritti e non solo come degli oggetti di protezione.

È stato osservato, poi, come il principio del superiore interesse del minore, da mero criterio interpretativo è diventato nel tempo principio generale autonomo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, a partire dalla celebre causa *Neulinger e Shuruk c. Svizzera* in materia di sottrazione internazionale di minori.

Oltre alla costante battaglia della Corte europea contro gli automatismi, che non permettono di compiere un adeguato bilanciamento degli interessi in gioco, un altro elemento caratteristico della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo a tutela dei diritti dei fanciulli è stato quello di aver esteso il concetto di "vita privata e familiare" e, di conseguenza, anche la nozione di "famiglia".

Attraverso ciò, rappresentando la famiglia il fondamento della società e il primo luogo in cui i minori devono sentirsi ed essere protetti, la Corte europea dei diritti dell'uomo, con la sua copiosa giurisprudenza d'interpretazione dell'art. 8 della CEDU, è riuscita a circondare di precise garanzie il diritto dei fanciulli di vivere in un ambiente familiare idoneo al loro sviluppo.

Alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e alla sua giurisprudenza interpretativa è attribuito un rilievo giuridico che non spetta alle altre convenzioni internazionali, in quanto unicamente la CEDU ha rappresentato, soprattutto in passato, un punto di riferimento significativo per l'Unione europea nel determinare il contenuto e il livello di tutela dei diritti fondamentali a livello UE.

Si è già avuto modo di notare, tuttavia, che in alcuni casi le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo si pongono in contrasto con le decisioni, adottate in casi simili, della Corte di Giustizia.

Come vedremo meglio nella seconda parte del presente lavoro, queste incompatibilità stanno rendendo difficile il dialogo fra le due Corti, aprendo la strada ad una tutela differenziata dei diritti dei minori.

⁵⁹⁴ Possibilità ritenuta meritevole di considerazione da molti in dottrina, tra i quali, ad esempio si veda E. VERHELEN, *Monitoring children's rights*, in E. VERHELEN (dir.), *Monitoring children's rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 18-19.

PARTE II: LA TUTELA DEI MINORI NELL'UNIONE EUROPEA

CAP. 1: I DIRITTI FONDAMENTALI DEI MINORI

Premessa

Le iniziative nel settore dell'infanzia e dell'adolescenza promosse dall'Unione europea rappresentano un *continuum* di quelle adottate dalle Nazioni Unite e dal Consiglio d'Europa.

Il quadro normativo UE presenta, dunque, maggiori complessità e occasionali sovrapposizioni operative, giacché in esso agiscono gli Stati in quanto membri delle tre organizzazioni.

L'approccio dell'Unione europea nei confronti della protezione dei diritti dei minori è evoluto in questi anni, influenzato dal ritmo dell'integrazione europea, dallo sviluppo del concetto di cittadinanza europea, dal cambiamento demografico e dall'allargamento dell'Unione⁵⁹⁵.

Fino agli anni '90, le questioni riguardanti i diritti dei minori sono state poco rilevanti per l'agenda UE in quanto la stessa Unione aveva limitate competenze nel campo dei diritti fondamentali. Col tempo, l'Unione ha acquisito nuove competenze in questo campo e si è impegnata a promuovere la tutela dei diritti degli individui.

Il silenzio dei Trattati istitutivi in materia di garanzie dei diritti fondamentali è stato colmato, inizialmente, dall'attività giurisprudenziale della Corte di Giustizia che si è basata sul richiamo alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, ai trattati internazionali a cui gli stessi Stati membri avevano aderito, alla CEDU e alla relativa giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

E' stato il Trattato di Maastricht, nel 1992, ad introdurre l'obbligo dell'Unione di rispettare i diritti fondamentali in tutte le sue azioni e politiche⁵⁹⁶. Questo impegno è stato da molti interpretato come il segno più evidente di un mutamento nel senso e nella direzione dell'integrazione europea, verso cioè un'Unione sempre più emancipata dall'originaria dimensione economica e in grado di porsi sempre più come una "*global or postnational human rights organisation*"⁵⁹⁷.

⁵⁹⁵ European Parliament, Directorate General for Internal Policies, *Eu Framework of law for children's rights*, PE462.445, Bruxelles, April 2012.

⁵⁹⁶ Articolo F, par. 2 del Trattato di Maastricht.

⁵⁹⁷ S. BESSON, *The European Union and Human Rights: Towards a post-national human rights institution?* in *Human Rights Law Review*, 2006, n. 6, p. 325.

Successivamente, nel 2000, è avvenuta la codificazione dei diritti fondamentali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea alla quale il Trattato di Lisbona ha poi riconosciuto *“lo stesso valore giuridico dei Trattati”*⁵⁹⁸.

Inoltre, il Trattato di Lisbona ha reso obbligatoria l'adesione dell'Unione europea alla CEDU (art. 6, par. 2 del TUE) e ha attribuito ai diritti fondamentali, garantiti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, il valore di principi generali dell'Unione⁵⁹⁹.

Questa progressiva evoluzione verso una sempre maggiore tutela dei diritti fondamentali ha avuto come conseguenza quella di arricchire l'agenda UE anche di crescenti obiettivi di tutela dei diritti dei minori.

Ad oggi, infatti, l'Unione conta numerose misure legislative, politiche e iniziative di ricerca di vario tipo dirette a rafforzare i diritti dei fanciulli e a trovare delle soluzioni al potenziale impatto delle politiche UE sui loro diritti.

La proliferazione di questi strumenti è dovuta anche all'adozione, nel 2011, da parte della Commissione europea, dell'*“Agenda UE per i diritti dei minori”* che ha fissato una serie di priorità per le future azioni dell'Unione in questioni di interesse per i fanciulli⁶⁰⁰.

In tale importante documento, la Commissione ha indicato, per la prima volta, la Convenzione ONU sui diritti del fanciullo come il punto di riferimento fondamentale per formulare e mettere in pratica la strategia UE sui diritti dei minori:

*“The EU Agenda for the Rights of the Child presents general principles that should ensure that EU action is exemplary in ensuring the respect of the provisions of the ... UNCRC with regard to the rights of children”*⁶⁰¹.

Il richiamo alla Convenzione di New York è ormai una costante anche di tutte le misure legislative UE che riguardano i fanciulli, specialmente in materia di libera circolazione delle persone nell'Unione⁶⁰², immigrazione e asilo⁶⁰³, famiglia⁶⁰⁴, povertà ed esclusione sociale⁶⁰⁵ e giustizia penale⁶⁰⁶.

⁵⁹⁸ Art. 6, par. 1, TUE. Pertanto, dal 1° dicembre 2009, la Carta dei diritti fondamentali è diventata vincolante per tutte le istituzioni europee e per gli Stati membri. La Carta si applica in egual misura a tutti gli Stati membri dell'Unione europea. Infatti, benché sia stato adottato un protocollo per chiarire la sua applicazione al Regno Unito e alla Polonia, questo non limita o esclude il suo impatto sugli ordinamenti giuridici di questi due Stati membri, come espressamente riconosciuto dalla Corte di giustizia [N.S., causa C-411/10].

⁵⁹⁹ Art. 6, par. 3, TUE.

⁶⁰⁰ Alcuni in dottrina hanno criticato l'Agenda UE per i diritti dei minori perché considererebbe questi ultimi più come vittime bisognose di protezione che come attori economici, politici e sociali da rafforzare nei loro diritti (H. STALFORD, N. THOMAS, E. DRYWOOD, *The European Union and Children's Rights: Editorial*, in *International Journal of Children's Rights*, 2011, p. 379).

⁶⁰¹ Commission, *An EU Agenda for the Rights of the Child*, Communication COM (2011) 60 final, at p. 3.

⁶⁰² Si veda, ad esempio, l'Art. 28(3) della Direttiva 2004/38 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

⁶⁰³ Si veda, ad esempio, l'Art 25(6) della Direttiva 2013/32/EU recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale, gli articoli 13 e 16 della Direttiva 2011/36/EU sulla prevenzione e la lotta contro il traffico degli esseri umani.

⁶⁰⁴ Si vedano, ad esempio, gli articoli 11(2), 23(b) e 41(2)(c) del Regolamento 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale.

⁶⁰⁵ Si veda la Raccomandazione della Commissione del 20 febbraio 2013 *“Investire nell'infanzia per spezzare il circolo vizioso dello svantaggio sociale”* (2013/112/UE).

⁶⁰⁶ Si vedano, in particolare i riferimenti alla Convenzione ONU sui diritti del Fanciullo nella Direttiva 2011/36/EU sulla prevenzione e la lotta contro il traffico degli esseri umani, nella Direttiva 2011/93/EU per combattere gli abusi sessuali e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia e nella recente Direttiva (UE) 2016/800 sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali, nella quale, oltre a vari richiami della Convenzione di New York nel Preambolo, vi è

Prima sezione: il quadro normativo primario a protezione dei minori

La gerarchia delle norme impone di cominciare l'analisi del diritto dell'Unione europea in materia di diritti dei minori a partire dal diritto primario in modo tale da individuare chiaramente quali sono i diritti e i principi fondamentali riconosciuti ai fanciulli, il campo di competenza dell'Unione in merito e gli strumenti di cui l'Unione può disporre per agire a loro tutela.

Il primo capitolo di questa seconda parte è rivolto ad analizzare quale sia stata, sinora, l'evoluzione del diritto minorile UE, ovvero i traguardi raggiunti e le difficoltà riscontrate nei primi settori che sono stati oggetto di interventi legislativi del legislatore europeo e, di conseguenza, anche di pronunce della Corte di Giustizia.

Nel secondo capitolo di questa seconda parte, invece, ci si addenterà nello specifico campo della giustizia penale. Essendo, infatti, la normativa UE dedicata all'individuo minore di età, vittima e autore di reato, estremamente nuova nel panorama normativo UE, si ritiene opportuno analizzarla dopo avere chiarito quali sono stati gli sviluppi nella tutela dei fanciulli in altri settori ormai consolidati per capire poi quali sono le reali possibilità e potenzialità dell'Unione di avanzare nella tutela dei diritti dei minori anche in ambito penale.

1.1 La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è parte del diritto primario fondamentale dell'Unione e, pertanto, prevale sulle leggi nazionali degli Stati membri⁶⁰⁷.

Insieme ai principi generali e alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, essa è diventata il principale parametro di validità per le istituzioni⁶⁰⁸ e rappresenta la premessa necessaria per tutti gli sviluppi futuri dell'Unione anche in materia di protezione dei minori⁶⁰⁹.

anche l'art. 23 che afferma testualmente: "Nessuna disposizione della presente direttiva deve essere interpretata in modo tale da limitare o derogare ai diritti e alle garanzie procedurali garantiti dalla Carta, dalla CEDU, da altre pertinenti disposizioni di diritto internazionale, in particolare la Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, o dal diritto degli Stati membri che assicurano un livello di protezione più elevato". Altri riferimenti si trovano nella Direttiva 2012/29/EU che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato.

⁶⁰⁷ Nell'ottica della Corte di Giustizia, la Carta prevarrebbe anche sulle costituzioni nazionali degli Stati membri, ma su tale punto, alcuni Stati hanno la tendenza a rigettare l'applicazione del diritto europeo quando potrebbe violare la loro "identità costituzionale".

⁶⁰⁸ Si v. in generale, Di Federico, G., a cura di, *The EU Charter of Fundamental Rights. From Declaration to Binding Instrument*, Dordrecht-Heidelberg-London-New York, 2011.

⁶⁰⁹ Al riguardo si vedano ROSSI L.S., *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2002 e CARTABIA M., *I diritti in azione: universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, Bologna, 2007.

Per quanto la Carta non abbia volutamente un contenuto che si possa definire rivoluzionario⁶¹⁰, attingendo ampiamente a strumenti nazionali (le costituzioni nazionali), comunitari (i trattati e la giurisprudenza della Corte di Giustizia) ed internazionali (la CEDU e gli altri strumenti elaborati nell'ambito del Consiglio d'Europa), essa contiene, comunque, alcuni rilevanti elementi di novità.

In primo luogo, come la Convenzione dei diritti del fanciullo, consacra il principio dell'indivisibilità dei diritti umani, includendo nel suo testo sia i diritti civili e politici che i diritti economici, sociali e culturali.

In secondo luogo, è innovativa poiché opera una classificazione "per valori", generali e indivisibili, ai quali si intitolano i primi sei dei sette capi che la compongono ovvero dignità umana, libertà, uguaglianza, solidarietà, cittadinanza e giustizia.

In terzo luogo, è da sottolineare l'impronta fortemente individualistica che la caratterizza, in virtù della quale, ad esempio, i diritti della famiglia e delle varie associazioni (culturali, religiose, sindacali, politiche, ambientaliste, civiche) sono "tradotte" in diritti dell'individuo.

Ancora, la Carta è innovativa poiché riconosce i c.d. "nuovi diritti" (o diritti sociali di quarta generazione), tra i quali vi è, per quel che qui ci interessa maggiormente, l'art. 24 dedicato ai diritti dei fanciulli⁶¹¹.

Al giorno d'oggi, i minori rappresentano un terzo della popolazione europea e la centralità dei loro diritti ha quindi finalmente trovato un riconoscimento importante nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Oltre all'art. 24, specificatamente dedicato ai fanciulli, la Carta stabilisce anche altri diritti rilevanti per i minori, come l'art. 7 (rispetto della vita privata e familiare), l'14 (diritto di accesso gratuito all'istruzione obbligatoria), l'art. 21 (divieto di ogni discriminazione sulla base dell'età), l'art. 32 (divieto del lavoro minorile e protezione dei giovani sul luogo di lavoro) e l'art. 33 (protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale). In particolare gli articoli 24, 14 e 32 sono stati definiti come la "carta europea del fanciullo"⁶¹².

Dalla lettura congiunta degli artt. 20 e 21 della Carta, comunque, emerge che anche tutti gli altri diritti in essa sanciti sono da intendersi come riconosciuti anche ai fanciulli, per quanto le relative disposizioni non siano sempre adeguate a tutelarli in maniera efficace, non essendo rivolte a valorizzare i loro specifici bisogni.

Nella prospettiva della futura adesione dell'Unione alla CEDU, poi, gli articoli 52 e 53 della Carta dei diritti fondamentali garantiscono omogeneità interpretativa tra le disposizioni di quest'ultima e quelle corrispondenti della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, chiarendo che, in caso di contrasto, prevalgono le norme della Carta solo se volte a riconoscere una tutela più estesa.

⁶¹⁰ Secondo il mandato del Consiglio di Colonia non si trattava di creare nuovi diritti, ma semplicemente di positivizzare quelli già esistenti illustrando le rilevanti fonti normative e giurisprudenziali (v. Dichiarazione n. 1 allegata al Trattato di Lisbona).

⁶¹¹ A. FURIA, "L'Unione europea", in C. CARLETTI (a cura di), *Promozione, protezione ed attuazione dei diritti dei minori. Strumenti normativi, politiche e strategie a livello internazionale ed europeo*, op. cit., p. 113-114.

⁶¹² Tale definizione si deve a A. GOUTTENOIRE, *Article II-84: Droit de l'enfant*, in Ls. Burgorgue-Larsen, Levade A., Picod F. (eds.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Brussels, Bruylant, 2005.

Da quanto precede discende che un innalzamento del livello di protezione offerto dalla CEDU, a seguito di un intervento chiarificatore della Corte europea dei diritti dell'uomo, dovrebbe determinare un obbligo di adeguamento nell'interpretazione e nell'applicazione delle corrispondenti disposizioni della Carta. Di contro, un eventuale abbassamento dello *standard* in ambito convenzionale non solleverebbe le istituzioni e gli Stati membri, quando si tratta di dare attuazione al diritto dell'Unione, dall'obbligo di assicurare il pieno rispetto delle disposizioni Carta.

Gli articoli 52 e 53 della Carta, pertanto, sono da tenere in grande considerazione nella tutela dei diritti dei minori a livello UE perché, come è stato osservato nella prima parte del presente lavoro, l'interpretazione evolutiva della CEDU ad opera della Corte europea dei diritti dell'uomo ha consentito alla CEDU di diventare un importante strumento a disposizione dei diritti dei fanciulli.

Come si vedrà meglio nel prosieguo, in alcuni casi è stata proprio la Corte di Giustizia ad affermare o rimarcare l'esistenza di una piena coincidenza tra le disposizioni della Carta e quelle della CEDU (come è avvenuto, ad esempio, in merito all'art. 7 della Carta e all'art. 8 della CEDU⁶¹³); tuttavia, nella maggior parte dei casi, la Corte di Giustizia sembra piuttosto reticente ad ammettere che ci sia una reale e piena coincidenza di tutela tra i due strumenti a protezione dei diritti umani.

1.2 La tutela dei diritti dei minori come obiettivo dell'Unione europea: gli articoli 24 della Carta dei diritti fondamentali e l'art. 3 del TUE

L'inserimento nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dell'art. 24, ovvero di un'esplicita disposizione dedicata alla tutela dei diritti dei minori costituisce un'importante innovazione rispetto all'*acquis* comunitario⁶¹⁴ in quanto, prima del Trattato di Lisbona, la tutela dei fanciulli ricadeva generalmente nell'ambito del principio del rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali dell'individuo.

Vista la portata rivoluzionaria di tale articolo per l'Unione europea, è importante approfondirne il contenuto che, tra l'altro, trae ispirazione, in particolare, dalla Convenzione ONU sui diritti del fanciullo. Di conseguenza, l'art. 24 dovrebbe rappresentare la sintesi dei principi e dei diritti fondamentali dei minori affermati e riconosciuti a livello internazionale e di cui l'Unione europea vuole farsi promotrice e anche il mezzo attraverso cui la Convenzione di New York assume maggiore forza cogente per gli Stati membri che pur essendone tutti vincolati, per anni si sono limitati ad invocarne le disposizioni solo in via di principio⁶¹⁵.

⁶¹³ Corte di Giustizia, 5.10.2010, C-400/10, caso *McB*.

⁶¹⁴ A. FURIA, "L'Unione europea", in C. CARLETTI (a cura di), *Promozione, protezione ed attuazione dei diritti dei minori. Strumenti normativi, politiche e strategie a livello internazionale ed europeo*, op. cit., p. 114.

⁶¹⁵ Come esplicitato anche nelle spiegazioni relative alla Carta che affermano espressamente che "questo articolo si basa" sulla Convenzione Onu del 1989 "e, in particolare, sugli articoli 3, 9, 12, e 13 di detta Convenzione" (2007/C 303/02 del 14 febbraio 2007) e per analogia si può far riferimento alla sentenza della Corte di Giustizia del 23 ottobre 2001 nel caso *Tridon* (C-510/99). Sul punto si veda F. CASOLARI, *Commento agli artt. 20, 21, 22, 23, 24, 25 e 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Titolo III - Uguaglianza)*, in F. Pocar e M.C. Baruffi (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, II

Innanzitutto, bisogna chiarire che non esiste una definizione “ufficiale” e comune a livello UE della parola “minore” nei Trattati, nella Carta e in nessuna pronuncia della Corte di Giustizia.

In difetto di indicazioni sulla definizione di “minore” e tenuto conto del richiamo effettuato nel preambolo della Carta ai “*diritti derivanti (...) dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri*”, sarebbe pacifico ritenersi che, avendo tutti gli Stati membri ratificato la Convenzione di New York, per “bambino o fanciullo” debba intendersi “*ogni essere umano avente un’età inferiore a diciotto anni, salvo se abbia raggiunto prima la maturità in virtù della legislazione applicabile*”, così come sancito dall’art. 1 della Convenzione delle Nazioni Unite; in realtà, nel diritto UE derivato, il concetto di “minore” può variare considerevolmente a seconda del contesto di riferimento⁶¹⁶.

Tutto ciò risulta sorprendente visto che la Commissione europea, nell’Agenda UE per i diritti del minore, si era promessa l’obiettivo di sviluppare “*a coherent approach to the rights of the child across all relevant EU actions*” e una definizione univoca di “minore” a livello di Unione europea sembrava proprio il primo passo per raggiungere tale scopo⁶¹⁷.

Ciò premesso, stante la formulazione generale dell’art. 24, tale disposizione risulta applicabile nei confronti di tutti i minori, qualunque sia la loro nazionalità, una volta entrati in contatto col diritto UE.

In secondo luogo, è importante la collocazione dell’art. 24 nel capo III della Carta dedicato al principio dell’Uguaglianza.

La scelta di collocare la norma relativa ai diritti dei minori in tale capo è meritevole e va letta a completamento del principio generale di non discriminazione sancito nell’art. 21 della stessa Carta.

Viene espresso, così, esplicitamente, un concetto già ampiamente diffuso in ambito internazionale, ovvero che tutti i minori hanno una legittimazione soggettiva propria, sono individui con specifici diritti e non devono essere discriminati soprattutto in virtù della loro età.

Il “fanciullo”⁶¹⁸ è, quindi, un individuo che gode sia dei diritti tradizionalmente riconosciuti agli adulti sia, in virtù della sua particolare condizione, di ulteriori e specifici diritti, riconosciutigli in via esclusiva.

ed., CEDAM, Padova, 2014, p. 1735.

Alcuni in dottrina hanno criticato il fatto che l’articolo 24 della Carta racchiuda in sé sia la visione del fanciullo bisognoso di protezione che quella di minore soggetto autonomo di diritti propri. Tali autori si chiedono, in particolare, che cosa avrebbero in comune queste due visioni del minore da potere essere messe una di seguito all’altra all’interno del medesimo paragrafo dell’art. 24, nonché il motivo di tale accostamento visto che la stessa Convenzione di New York dedica a ciascuno di esse degli articoli ben distinti. Così C. MCGLYNN, *Rights for Children? the potential impact of the European Union Charter of Fundamental Rights*, in *European Public Law*, 2002, pp. 387-400. Sono molto critici riguardo la struttura dell’art. 24 della Carta anche H. CULLEN, *Children’s Rights, in The European Union Charter of Fundamental Rights*, (a cura di) S. Peers e A. Ward, Hart Publishing, 2004, p. 330, e R. LAMONT, *Article 24, in The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, S. Peers, T. Hervey, J. Kenner e A. Ward (a cura di), Hart Publishing, 2014, pp. 678-679.

⁶¹⁶ Si veda, ad esempio, quanto prevedono la Direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri e la Direttiva 94/33/CE relativa alla protezione dei giovani sul lavoro. Nella prima Direttiva si attribuiscono diritti, in qualità di “familiari”, ai discendenti di età inferiore a 21 anni; nella seconda, invece, si parla di a) “giovane”, ogni persona di età inferiore a 18 anni come definita all’articolo 2, paragrafo 1; b) “bambino”, ogni giovane che non ha ancora compiuto 15 anni o che ha ancora obblighi scolastici a tempo pieno imposti dalla legislazione nazionale; c) “adolescente”, ogni giovane di almeno 15 anni che non ha ancora compiuto 18 anni e che non ha più obblighi scolastici a tempo pieno imposti dalla legislazione nazionale.

⁶¹⁷ European Commission, *An EU Agenda for the Rights of the Child*, p. 4, COM (2011) 60 final Brussels, 15/02/2011.

⁶¹⁸ Nell’art. 24 della Carta manca qualsiasi riferimento alla fase anteriore alla nascita che è invece presente, come abbiamo visto, nel Preambolo alla Convenzione sui diritti del fanciullo.

La Carta e, in particolare, l'art. 24 indica chiaramente quali sono questi "diritti speciali", riconosciuti in via esclusiva ai minori.

In primis, i minori hanno il diritto "al benessere". Tale diritto, che richiama l'art. 3, par. 2, della Convenzione di New York, si rapporta ad un concetto di "benessere" molto ampio, ovvero ad una condizione positiva complessiva riguardante la sfera sociale, economica e morale del minore e dà vita ad obblighi negativi e positivi di protezione⁶¹⁹.

In definitiva, i minori hanno il diritto di vivere in una condizione che garantisca loro il benessere e la serenità che l'infanzia e l'adolescenza meriterebbero. In sede processuale ciò si traduce, nel dovere delle autorità giudiziarie di rispettare la dignità e l'integrità psicofisica del fanciullo nel corso del processo⁶²⁰.

Rispetto alla Convenzione sui diritti del fanciullo, che prevede un obbligo in capo agli Stati parte di assicurare la protezione ai minori, l'art. 24 sancisce un vero e proprio diritto dei fanciulli a ricevere la protezione e le cure necessarie al loro benessere. Inoltre, l'art. 3, par. 2, della Convenzione di New York afferma che gli Stati devono assicurare la protezione ai minori tenendo in considerazione i diritti e i doveri dei genitori, dei tutori o delle altre persone che hanno la loro responsabilità legale, specificazione che non si ritrova, invece, nell'art. 24 della Carta che quindi sembra offrire, in generale, una tutela maggiore a questo diritto⁶²¹.

Il secondo diritto che viene garantito ai minori dall'art. 24 è la libertà di esprimere le proprie opinioni, le quali devono essere prese in considerazione nelle questioni che li riguardano direttamente in funzione della loro età e maturità.

Tale disposizione evidenzia la specialità di un diritto che pone obblighi in capo, specialmente, alle autorità giudiziarie alle quali è rimessa la valutazione sull'opportunità di sentire il minore in virtù della sua capacità di discernimento.

L'ascolto dei minori viene qualificato come un diritto dei fanciulli nell'art. 12 della Convenzione di New York che afferma che "States Parties shall assure to the child who is capable of forming his or her own views *the right to express those views* freely in all matters affecting the child"; invece, stando alla lettera dell'articolo 24 ("They *may express* their views freely"), l'ascolto del minore viene qui sancito in termini meno vincolanti, come una mera "possibilità", condizionata dalla volontà dello stesso minore interessato di esprimere il proprio pensiero⁶²².

⁶¹⁹ A. FURIA, "L'Unione europea", in C. CARLETTI (a cura di), *Promozione, protezione ed attuazione dei diritti dei minori. Strumenti normativi, politiche e strategie a livello internazionale ed europeo*, op. cit., p. 115.

⁶²⁰ Nonostante alcuni in dottrina ammirino la potenziale ampiezza di tale disposizione, si ritiene che essa non sia sufficiente per garantire la tutela di specifici diritti dei minori che avrebbero richiesto una menzione a parte. Per quanto attiene, ad esempio, il diritto all'educazione e all'istruzione, ovvero diritti esclusivamente applicabili alla categoria dei minori in quanto fondamentali per il raggiungimento del loro benessere, si ritiene che un esplicito riferimento ad essi nell'art. 24 della Carta sarebbe stato più incisivo, piuttosto che ritenerli estensibili anche ai fanciulli dalla lettura dell'art. 14 della Carta che si riferisce al diritto all'istruzione di ogni individuo in via generale. Sul punto si veda A. FURIA, "L'Unione europea", in C. CARLETTI (a cura di), *Promozione, protezione ed attuazione dei diritti dei minori. Strumenti normativi, politiche e strategie a livello internazionale ed europeo*, op. cit., p. 116.

⁶²¹ C. LAVALLÉE, *La protection internationale des droits de l'enfant entre idéalisme et pragmatisme*, Bruylant, 2015, p. 136.

⁶²² A. GOUTTENOIRE, *Article II-84: Droit de l'enfant*, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe: pt. II: La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, sous la dir. de Laurence Burgorgue-Larsen, Anne Levade, Fabrice Picod, Bruylant, 2005, p. 335.

Ancora, nel secondo paragrafo dell'art. 24, viene sancito il principio del superiore interesse del minore che “*must be a primary consideration*”.

Questo principio afferma, dunque, un obbligo di metodo e di risultato da osservare in ogni atto relativo a un minore, adottato da un'autorità pubblica o da un'istituzione privata, e presuppone un equo bilanciamento di tutti i diritti e gli interessi in gioco⁶²³.

Questa formulazione del principio del superiore interesse del minore è in linea con l'art. 3 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, il quale, come si è avuto modo di vedere nella prima parte del presente lavoro, ha abbandonato l'espressione contenuta nella previgente Dichiarazione dei diritti del fanciullo del 1959 che sanciva, invece, che i “*best interests of the child*” dovevano essere “*the paramount consideration*”.

È interessante anche notare che l'art. 24 della Carta afferma che l'interesse superiore del minore deve essere tenuto in considerazione in tutti gli “atti” relativi ai minori, mentre l'art. 3 della Convenzione di New York parla di “decisioni” che riguardano i fanciulli. La formulazione dell'art. 24 sembra pertanto più restrittiva nel senso che una misura che non è relativa direttamente a un minore, ma che ha comunque un impatto sulla sua situazione potrebbe, a priori, rientrare solamente sotto la protezione della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo⁶²⁴.

Infine, l'art. 24 della Carta fa riferimento al “diritto ai genitori” ovvero al diritto dei minori di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con entrambe le figure genitoriali. Anche in questo caso, la formulazione di tale diritto riprende quasi alla lettera l'art. 9, par. 3, della Convenzione sui diritti del fanciullo che, tuttavia, si riferisce più nello specifico alla situazione di un “*fanciullo separato da entrambi i genitori o da uno di essi*”. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea generalizza, quindi, un diritto che nella Convenzione di New York era stato circoscritto a due ipotesi ben precise.

Il “diritto ai genitori” costituisce, dunque, un diritto speciale dei minori, non riconosciuto in forma equivalente a nessun altro soggetto di diritto, che va interpretato in maniera estensiva, pur trovando, in genere, applicazione soprattutto in ipotesi particolarmente delicate (come nei casi di sottrazione internazionale di minori e di ricongiungimento familiare in materia di immigrazione).

Tale diritto può essere limitato solo qualora sia contrario all'interesse del minore intrattenere rapporti con entrambi o con uno solo dei suoi genitori. Questa previsione si traduce sia nel dovere di privilegiare l'affidamento congiunto del minore a scapito di quello esclusivo in caso di separazione della coppia genitoriale⁶²⁵, sia nel diritto di consentire al minore di essere accompagnato dai propri genitori nelle fasi più importanti della sua vita, come ad esempio durante un processo, in funzione di sostegno morale.

⁶²³ LOTITO P.F., *Art. 24 – Diritti del bambino*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, il Mulino, 2001, p. 185.

⁶²⁴ Così C. MCGLYNN, *Rights for Children? the potential impact of the European Union Charter of Fundamental Rights*, in *European Public Law*, 2002, p. 396.

⁶²⁵ Secondo alcuni in dottrina, il diritto del bambino al mantenimento delle relazioni personali con entrambi i genitori, contenuto nell'art. 24 della Carta, farebbe parte di quella categoria di diritti che, spettando al contempo anche ai genitori del minore, sono stati definiti “diritti relazionali”. Quando non ci sono problemi in famiglia, infatti, tale diritto tutela tutti i componenti del nucleo, ma in circostanze critiche esso rischia di essere agito contro i minori stessi che pure ne sono contitolari e, pertanto, secondo tali autori,

È interessante, poi, notare che nell'art. 24 non viene fatto nessun riferimento diretto alla famiglia, ambito nel quale, di solito, viene ricondotta la tutela dei minori. La motivazione di tale scelta deriva dall'idea della Carta dei diritti fondamentali di tutelare prima di tutto l'individuo minorenni e solo in via indiretta e secondaria la famiglia, mettendo, così, ulteriormente in risalto l'impronta individualistica che caratterizza tutte le disposizioni della Carta⁶²⁶.

Il contenuto dell'art. 24 si rivolge, prima di tutto, alle istituzioni europee, ma anche agli Stati membri quando danno attuazione al diritto UE.

In particolare, per quanto riguarda le prime si tratta di garantire che tutte le politiche interne ed esterne dell'Unione siano rispettose del principio del superiore interesse del minore e a tal fine la Commissione, nell'ambito del suo potere di iniziativa legislativa, dovrà sempre verificare che ogni proposta di atto normativo sia in linea con l'art. 24 della Carta⁶²⁷. Inoltre, l'art. 24 deve essere tenuto in dovuta considerazione anche dalla Corte di Giustizia sia per quanto riguarda l'interpretazione del diritto derivato emanato successivamente al Trattato di Lisbona, che per quello preesistente⁶²⁸ e deve orientare il ragionamento della Corte anche per l'applicazione e l'interpretazione delle disposizioni del diritto primario che entrano in gioco in vicende che coinvolgono dei minori.

Ci si è chiesti spesso, invece, se le disposizioni dell'art. 24 vincolano anche i privati, creando direttamente degli obblighi a loro carico⁶²⁹. Tale questione ha avuto origine dalle espressioni utilizzate proprio nell'art. 24 che menziona sia le istituzioni private che i genitori dei minori.

Nella Carta, infatti, sussistono delle norme idonee ad essere applicate direttamente ed orizzontalmente nei rapporti tra privati, come insegna la sentenza della Corte di Giustizia nel caso *Küçükdeveci*, riguardante l'applicazione del principio di non discriminazione in base all'età sancito dall'art. 21 della Carta⁶³⁰.

L'opinione ancora dominante in dottrina, tuttavia, è quella che l'art. 24 non crea direttamente degli obblighi in capo ai privati, ma che lo stesso possa comunque avere un effetto indiretto nei loro confronti in quanto impegna le istituzioni pubbliche ad adottare leggi e misure che, in definitiva, portano gli stessi soggetti privati ad attenersi ai loro parametri⁶³¹.

bisognerebbe essere prudenti nel definire il "diritto ai genitori" come un diritto generalmente a tutela dei minori. Sul punto si veda G. TURRI, *I grandi principi europei di tutela dei minori*, in *Minori e giustizia*, n. 2, 2008, p. 8.

⁶²⁶ A. FURIA, "L'Unione europea", in C. CARLETTI (a cura di), *Promozione, protezione ed attuazione dei diritti dei minori. Strumenti normativi, politiche e strategie a livello internazionale ed europeo*, op. cit., p. 116.

⁶²⁷ Sono utili al riguardo gli indicatori per l'attuazione dei diritti dei minori elaborati dall'Agenzia UE dei diritti fondamentali (si veda al riguardo il documento del 2010 "Developing indicators for the protection, respect and promotion of the rights of the child in the European Union" dal sito www.fra.europa.eu).

⁶²⁸ Nell'ambito del diritto derivato preesistente al Trattato di Lisbona assume particolare importanza, come si vedrà meglio nel prosieguo, il Reg. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale.

⁶²⁹ Questa è, ad esempio, l'opinione di A. GOUTTENNOIRE, *Article II-84: Droit de l'enfant*, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe: pt. II: La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, cit., p. 335

⁶³⁰ Corte di Giustizia, 19 gennaio 2010, C-555/07.

⁶³¹ European Commission for democracy through law (Venice Commission), *Report on the protection of children's rights: International standards and domestic constitutions*, adopted by the Venice Commission at its 98th Plenary Session (Venice, 21-22 March 2014), CDL-AD (2014) 005 p. 10.

Il Trattato di Lisbona ha incorporato i diritti dei minori anche nel Trattato sull'Unione europea (TUE) e, nello specifico, nell'art. 3, dove è stabilito espressamente, in maniera addirittura un po' ridondante, che tra gli obiettivi generali dell'Unione vi è la promozione della “*tutela dei diritti dei fanciulli*” e che l'Unione si impegna nella tutela dei diritti umani e, in particolare, nella tutela dei diritti dei minori⁶³². Questo impegno è rafforzato dal paragrafo 5 dell'art. 3 TUE che identifica la protezione dei diritti dei minori come un importante aspetto della politica estera europea.

Al giorno d'oggi, dunque, tutte le politiche UE che, direttamente o indirettamente, riguardano i minori dovrebbero essere adottate in linea con il principio del superiore interesse del minore.

Il Trattato di Lisbona, pertanto, includendo la tutela dei diritti dei minori tra gli obiettivi dell'Unione, ha sicuramente contribuito a convogliare l'attenzione del legislatore europeo su queste tematiche.

1.3 Le basi giuridiche a tutela dei diritti dei fanciulli

Sebbene l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali stabilisca degli importanti diritti a tutela dei minori, questo articolo non costituisce una base giuridica.

Né la Carta con l'art. 24, né il TUE con l'art. 3 hanno, infatti, conferito all'Unione europea una competenza generale per legiferare in materia di diritti dei minori, ma hanno unicamente fissato degli obiettivi e dei principi “guida” per l'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni di diritto primario e derivato, nonché per l'adozione di politiche che non siano di per sé pregiudizievoli per i minori.

Non essendoci una base giuridica generale, quindi, i provvedimenti a tutela dei minori continuano ad essere fondati sul titolo V del TFUE, dedicato allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia e a riguardare i settori della cooperazione giudiziaria in materia civile e penale.

Oltre a dover rispettare i generali principi di sussidiarietà e proporzionalità, nel complesso dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia l'Unione europea è tenuta a tutelare anche i diversi ordinamenti giuridici e le tradizioni giuridiche degli Stati membri e questo rappresenta, pertanto, il primo ostacolo nella costruzione di politiche unitarie UE in un settore caratterizzato, per sua natura, da una “geometria variabile”⁶³³.

Tale dovere, infatti, è espressamente imposto all'Unione dall'art. 67 TFUE, disposizione inaugurale del titolo V.

Gli artt. 82, par. 2, e 83 TFUE, par. 1, sono le due disposizioni che sono state utilizzate maggiormente come basi giuridiche per emanare direttive a tutela dei diritti dei fanciulli nel settore della cooperazione

⁶³² Art. 3, par. 3, TUE: *L'Unione combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore.* Art. 3, par. 5, TUE: *Nelle relazioni con il resto del mondo l'Unione afferma e promuove i suoi valori e interessi, contribuendo alla protezione dei suoi cittadini. Contribuisce alla pace, alla sicurezza, allo sviluppo sostenibile della Terra, alla solidarietà e al rispetto reciproco tra i popoli, al commercio libero ed equo, all'eliminazione della povertà e alla tutela dei diritti umani, in particolare dei diritti del minore, e alla rigorosa osservanza e allo sviluppo del diritto internazionale, in particolare al rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite.*

⁶³³ S. MONTALDO, *I limiti della cooperazione in materia penale nell'Unione europea*, Editoriale scientifica, 2015, p. 535.

giudiziaria in materia penale (come vedremo più approfonditamente nel prosieguo), anche se le uniche due norme che richiamano espressamente i minori sono l'art. 83 TFUE e l'art. 79 TFUE, dedicato alla politica comune in materia di immigrazione, nel quale viene fatto un riferimento al contrasto della tratta di esseri umani, soprattutto di minori.

Gli articoli 82 ed 83 TFUE disciplinano, rispettivamente, l'adozione di direttive volte a fissare norme comuni minime di diritto processuale penale e di diritto penale sostanziale.

Da una prima lettura congiunta di questi due articoli emerge che l'Unione europea può agire solamente in materie con una connotazione transnazionale e senza imporre agli Stati membri delle modifiche drastiche delle loro normative nazionali, essendo richiesta solo una minima armonizzazione. D'altronde, lo scopo dell'armonizzazione è quello di eliminare le differenze tra gli Stati, mentre queste ultime, come sopra anticipato, sono da salvaguardare nel settore dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, non essendo un ostacolo per il rispetto del principio del mutuo riconoscimento⁶³⁴.

Nello specifico, l'art. 82, par. 2, consente al Parlamento europeo e al Consiglio, laddove necessario per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale, di stabilire norme minime deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria, tenendo conto delle differenze tra le tradizioni giuridiche e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri.

Tra le materie in cui l'art. 82, par. 2, può operare come base giuridica vi sono, ad esempio, i diritti della persona nella procedura penale e i diritti delle vittime della criminalità, ma altri elementi specifici della procedura penale possono essere individuati dal Consiglio mediante una decisione deliberata all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo.

L'art. 82, par. 2, chiarisce, inoltre, un importante principio ovvero che l'adozione delle norme minime non impedisce agli Stati membri di mantenere o introdurre un livello più elevato di tutela delle persone. Come vedremo nella parte del presente lavoro dedicata alla "giustizia penale" quest'ultima previsione può rivelarsi difficile da mettere in pratica per gli Stati membri.

L'art. 83, par. 1, TFUE, invece, investe il Consiglio e il Parlamento europeo del potere di stabilire, mediante la procedura legislativa ordinaria, norme minime sulla definizione dei reati e delle sanzioni rispetto a fenomeni criminali che rispondono a due criteri: un'accentuata gravità e una portata transfrontaliera dei reati derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni.

I reati da combattere sono elencati in maniera tassativa e, ad esempio, è citata la tratta di esseri umani (fenomeno che vede coinvolte soprattutto delle vittime minori di età) e il reato di sfruttamento sessuale di donne e minori, crimini dei quali, come vedremo nel prosieguo, il legislatore europeo si è già occupato. Questo elenco di fattispecie criminose è poi estensibile a seguito di una decisione del Consiglio deliberata

⁶³⁴ M. FICHERA, *The European Arrest Warrant and the Sovereign State: A Marriage of Convenience?*, in *European Law Journal*, 2009, p. 74.

all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo.

Nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile, invece, la base giuridica fondamentale per i minori è l'articolo 81 del TFUE, il cui paragrafo 3 richiede l'unanimità da parte del Consiglio, previa consultazione del Parlamento europeo, per emanare degli strumenti di cooperazione giudiziaria in materia di famiglia (ovvero quelli che normalmente vedono coinvolti anche dei minori),⁶³⁵. Unanimità che, visti i delicati interessi in gioco, non sempre viene raggiunta, potendo finire per attivare il meccanismo della cooperazione rafforzata, come è avvenuto, ad esempio, per il Regolamento Roma III, in materia di divorzio e separazione personale, e per i due Regolamenti, in vigore dal 29 gennaio 2019, in materia di regimi patrimoniali tra coniugi e di effetti patrimoniali delle unioni registrate.

Se si osserva l'art. 81 TFUE si nota che quest'ultimo, nel primo paragrafo, fa riferimento alle “*materie civili con implicazioni transnazionali*”, mentre l'art. 82, par. 2, TFUE utilizza l'espressione “*materie penali aventi dimensione transnazionale*”, come a voler suggerire una portata più ampia di quest'ultima norma che sarebbe in grado di conferire all'Unione il potere di ravvicinare gli ordinamenti interni su certi aspetti della procedura penale non solo quando si è in presenza di procedimenti che coinvolgono più Stati membri, dovendosi intendere la dimensione transfrontaliera come una caratteristica che potrebbe o meno riguardare un processo penale. Questa interpretazione sembra essere stata accolta anche dal legislatore europeo se si osservano le direttive che sono state adottate sinora in relazione ai diritti processuali delle vittime di reato e degli indagati/imputati in un procedimento penale. Tali strumenti, infatti, adottati ai sensi dell'art. 82, par. 2, TFUE, non operano alcuna distinzione tra procedimenti nazionali o transnazionali, garantendo la loro applicazione anche a dei procedimenti nazionali puramente interni⁶³⁶.

Al di là di tale ultima considerazione, appare evidente che l'Unione europea possiede limitati poteri legislativi per adottare atti normativi a tutela dei diritti dei minori e quindi, nonostante le ambizioni racchiuse in alcuni strumenti programmatici importanti, come l'Agenda UE per i diritti dei minori, non sembra possibile sviluppare un approccio ai diritti dei fanciulli più strategico e omnicomprensivo basandosi unicamente sulla presenza di tali basi giuridiche.

A questo si aggiunge la considerazione che una delle novità introdotte dal Trattato di Lisbona è stata quella di riconoscere il Consiglio europeo come una delle istituzioni europee e lo stesso Consiglio europeo ha il compito di definire “*gli orientamenti strategici della programmazione legislativa e operativa nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*”⁶³⁷. In pratica, quindi, sono gli Stati membri che continuano a stabilire, anche dopo Lisbona, le linee generali degli sviluppi in questo settore e ciò potrebbe creare problemi soprattutto nella creazione di un diritto penale UE in generale, vista la particolare delicatezza degli interessi coinvolti, con

⁶³⁵ È ammessa la possibilità che il Consiglio, su proposta della Commissione, possa adottare una decisione che determina gli aspetti del diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali e che potrebbero formare oggetto di atti adottati secondo la procedura legislativa ordinaria. Il Consiglio deve comunque deliberare all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo (art. 81, par. 3, TFUE).

⁶³⁶ C. AMALFITANO, *Le prime direttive europee sul ravvicinamento "processuale": il diritto all'interpretazione, alla traduzione e all'informazione nei procedimenti penali*, in R. DEL COCO, E. PISTOIA (a cura di), *Stranieri e giustizia penale. Problemi di perseguibilità e di garanzie nella normativa nazionale ed europea*, Cacucci Editore, Bari, 2014, p. 1.

⁶³⁷ Art. 68 TFUE.

risvolti negativi anche per il diritto penale minorile UE che è in fase di costruzione come si vedrà nel prosieguo⁶³⁸.

Fortunatamente, in linea generale il Trattato di Lisbona ha esteso alle materie rientranti nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia la regola della procedura legislativa ordinaria, eliminando la precedente distinzione tra materie “comunitarizzate”, tra le quali vi era la cooperazione giudiziaria in materia civile, e materie “intergovernative”, nelle quali, invece, vi era la cooperazione giudiziaria in materia penale e di polizia, ambito caratterizzato pertanto da decisioni prese all’unanimità dal Consiglio.

Pur rimanendo lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia un settore peculiare, caratterizzato ancora da aspetti nei quali è stata mantenuta la regola dell’unanimità o ai quali si adotta una procedura legislativa speciale⁶³⁹, questo cambiamento generale, che ha portato allo smantellamento dei tre pilastri, ha avvantaggiato i fanciulli, soprattutto in ambito penale, poiché il Parlamento europeo è sempre stato un grande sostenitore dell’Agenda UE sui diritti dei minori, in prima linea nelle iniziative *child-friendly* e un fermo sostenitore di una maggiore partecipazione dei minori al processo decisionale europeo e quindi rappresenta un degno “avversario” del Consiglio che, invece, punta a far valere gli interessi statali dei vari Stati membri.

In tal senso si può comunque già comprendere il motivo dell’elaborazione di strumenti normativi UE spesso criticati poiché poco incisivi, in quanto frutto, da un lato, degli interessi nazionali di 28 Stati membri difficili da sradicare/conciliare e, dall’altro, di successive prassi di adattamento degli ordinamenti nazionali che in virtù del maggiore o minore grado di ottemperanza alle norme UE hanno dato vita ad un’attuazione di queste ultime “a macchia di leopardo”.

Risultano, pertanto, indispensabili l’opera di vigilanza della Commissione europea assieme al ruolo della Corte di Giustizia nel guidare gli Stati membri verso la corretta interpretazione e applicazione del diritto UE al fine di ottenere quella (anche minima) armonizzazione che da soli gli strumenti normativi UE spesso non riescono a stabilire con chiarezza e, di conseguenza, nemmeno ad imporre agli Stati membri.

L’importante ruolo della Corte di Giustizia nella protezione dei diritti dei minori sarà oggetto di analisi e approfondimento nella prossima sezione.

⁶³⁸ Sul punto si veda V. MITSILEGAS, *European criminal law and resistance to communitarisation after Lisbon*, in *New Journal of European Criminal law*, vol. 1, issue 4, 2010, p. 458 e ss.

⁶³⁹ In materia di cooperazione giudiziaria civile, l’unica eccezione alla “procedura legislativa” ordinaria riguarda, come abbiamo visto, il diritto di famiglia, per il quale rimane in vigore l’unanimità in Consiglio, peraltro superabile con apposita disposizione “passerella”. Gli Stati membri possono poi sempre attivare il c.d. “freno di emergenza” per portare all’attenzione del Consiglio europeo le proposte di direttive che influenzano aspetti fondamentali del loro ordinamento giuridico penale, come prevedono gli articoli 82, par. 3, TFUE e l’art. 83, par. 3, TFUE, aprendo la strada alla possibilità di attivare una cooperazione rafforzata tra gli altri Stati membri interessati ad adottare l’atto in questione.

Seconda sezione: Il ruolo della giurisprudenza della Corte di Giustizia nella tutela dei diritti dei minori

La Corte di Giustizia, da quando la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è diventata giuridicamente vincolante, si è rapportata a quest'ultima in maniera diversa nelle proprie pronunce e, in particolare, si possono individuare tre tipi di atteggiamenti.

In alcuni di essi, la Carta ha rappresentato la principale fonte di interpretazione dei diritti fondamentali fino a portare la Corte di Giustizia ad invalidare disposizioni considerate ad essa contrarie (ad esempio, ciò è avvenuto nei casi *Test-Achats* e *Volker*⁶⁴⁰).

In altri, la Carta dei diritti fondamentali è stata tenuta in considerazione come fonte complementare per confermare l'esistenza di un principio generale nel diritto UE, ad esempio contenuto in una direttiva, e, quindi, il suo richiamo è stato limitato alla fase finale del ragionamento della Corte per supportare quanto dalla stessa Corte affermato in precedenza (ad esempio, nel caso *Danosa*⁶⁴¹).

Infine, ci sono casi in cui la Corte di Giustizia non si è riferita in alcun modo alla Carta dei diritti fondamentali, anche quando il giudice nazionale remittente le aveva chiesto esplicitamente di interpretare il diritto nazionale alla luce di essa (come nel caso *Ruiz Zambrano*), ignorando la potenzialità dei diritti in essa riconosciuti per risolvere i casi che le venivano sottoposti (come dimostrano le sentenze *Bavarian Lager* e *Brustle*⁶⁴²).

Stringendo l'ottica di tale analisi alla tutela dei diritti dei minori, si può notare come la Corte di Giustizia, negli ultimi 10-15 anni, si sia occupata di pochi casi direttamente o indirettamente rilevanti per i diritti dei fanciulli (per l'esattezza meno di una dozzina), dei quali la maggioranza riguardava aspetti legati ai diritti connessi alla cittadinanza europea e al diritto al rispetto della vita privata e familiare. Per fare un paragone, la Corte europea dei diritti dell'uomo, nel medesimo arco temporale, si è occupata invece di più di mille casi riguardanti i diritti dei fanciulli⁶⁴³.

Ciò premesso, è opportuno sottolineare che la Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, sebbene l'Unione europea non ne sia parte, possiede comunque una certa forza vincolante a livello UE.

In base all'art. 6, par. 3, del TUE, infatti, “*i diritti fondamentali (...) risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali*”. Essendo tutti gli Stati membri vincolati al rispetto della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, si ritiene,

⁶⁴⁰ Sentenza CG del 1° marzo 2011, caso *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL e altri c. Conseil des ministres* (C-236/09). Si vedano anche le pronunce CG del 9 novembre 2010, caso *Volker und Markus Schecke GbR* (C-92/09) e *Hartmut Eifert* (C-93/09) c. *Land Hessen*.

⁶⁴¹ Sentenza CG dell'11 novembre 2010, causa C-232/09, *Danosa*.

⁶⁴² Sentenza del 29 giugno 2010 caso *Commissione europea c. The Bavarian Lager Co. Ltd.* e sentenza del 18 ottobre 2011 caso *Oliver Brüstle c. Greenpeace e V.*

⁶⁴³ Basti pensare che il primo caso in cui era coinvolto un minore di cui si è occupata la Corte europea dei diritti dell'uomo risale al 1978 (caso *Tyrer c. Regno Unito*, sentenza del 25 aprile 1978).

pertanto, che anche l'Unione debba aderire ai suoi principi e rispettare e garantire i suoi diritti nelle materie che ricadono nella sua competenza e che possono riguardare direttamente o indirettamente i fanciulli.

La Corte di Giustizia nel 2006 ha dichiarato espressamente che la Convenzione sui diritti del fanciullo rappresenta il principale punto di riferimento per verificare la compatibilità del diritto UE con i diritti fondamentali dei minori⁶⁴⁴ ed è sempre del 2006 l'unico caso in cui la Corte ha deciso una causa attribuendo un peso decisivo alla Convenzione di New York nel suo percorso decisionale.

Il riferimento è al caso *Dynamic Medien*⁶⁴⁵ che verteva sull'importazione dal Regno Unito di cartoni animati giapponesi da parte della società tedesca Avides Media.

Questi cartoni venivano sottoposti, prima di essere importati, a dei controlli inglesi. In applicazione delle disposizioni sulla tutela dei minori in vigore nel Regno Unito, essi erano stati classificati nella categoria "vietato ai minori di anni quindici" e provvisti di uno specifico adesivo che indicava l'età minima per la loro visualizzazione.

A parere di un'altra società tedesca, la Dynamic Medien, concorrente dell'Avides Media, la legge tedesca sulla tutela dei minori vietava la vendita per corrispondenza dei supporti video che non erano stati oggetto di controllo in Germania e che erano sprovvisti dell'indicazione relativa all'età a partire dalla quale ne era consentita la visione.

Il tribunale tedesco aveva dato ragione alla Dynamic Medien, ritenendo che la vendita di quei cartoni provvisti solo dell'indicazione dell'età minima fosse contraria alla legge tedesca. La questione arrivò davanti alla Corte di Giustizia che dovette chiarire se le restrizioni della normativa tedesca erano conformi con quella UE in materia di libera circolazione delle merci.

La Corte di Giustizia ritenne del tutto legittima la normativa tedesca proprio perché diretta a proteggere il benessere dei minori e quindi conforme con l'art. 17 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo che afferma che gli Stati devono promuovere l'elaborazione di principi direttivi appropriati destinati a proteggere i minori dalle informazioni e dai materiali che nuocciono al loro benessere.

A parte l'isolato caso *Dynamic Medien*, la Corte di Giustizia si è mostrata sinora riluttante nel vincolarsi al rispetto della Convenzione di New York quando sono in gioco i diritti fondamentali dei minori. Questo atteggiamento contrasta con la prassi del legislatore europeo di richiamare la Convenzione sui diritti

⁶⁴⁴ Caso C-540/03 *European Parliament v. Council* [2006]. In questa pronuncia, tra l'altro, la Corte di Giustizia, dopo aver richiamato simbolicamente la Convenzione ONU sui diritti dei fanciulli, nella sua decisione finale non ha accolto la visione del Parlamento europeo che riteneva (giustamente) illegittime alcune disposizioni contenute nella direttiva 2003/86/CE, relativa al diritto al ricongiungimento familiare, per violazione del principio del superiore interesse del minore e del diritto alla vita privata e familiare. Come sottolineato da E. DRYWOOD, *Giving with one hand, taking with the other: Fundamental rights, children and the family reunification decision*, in *European Law Review*, 2007, p. 396 "...practical application of relevant international legal standards to the Directive raises doubts as to the Court's capacity and expertise in pursuing a children's rights agenda....The Court never asks itself the question whether the disputed provisions ensure that the child's best interests are a primary consideration, as a faithful interpretation of the provision would require. This approach is indicative of a frequently cited problem with the best interests principle: that although the question is posed from the child's perspective it is often answered from that of the adult". Prima di questa pronuncia l'unico riferimento alla Convenzione sui diritti del fanciullo era stato fatto nelle opinioni dell'Avvocato Generale Jacob in merito alla causa C-148/02, *Garcia Avello v. Belgium* [2003], ma la Corte di Giustizia non aveva poi richiamato la Convenzione nella sua decisione.

⁶⁴⁵ Case C-244/06 *Dynamic Medien Vertriebs GmbH v. Avides Media AG* [2008] ECR I-505.

del fanciullo in tutti gli strumenti legislativi UE rilevanti per i minori, a dimostrazione del fatto che a tale Convenzione è attribuito un ruolo-guida importante nella politica UE a tutela dei fanciulli.

Inglobare nel diritto UE i diritti della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo offre a quest'ultima un nuovo canale per la sua concreta operatività, ma è evidente che nel processo di avanzamento dell'Unione europea nella tutela dei diritti dei fanciulli è essenziale ed imprescindibile il ruolo della Corte di Giustizia.

Nei prossimi paragrafi verrà chiarito, in primo luogo, quali sono le reali possibilità di lamentare una violazione dei diritti dei fanciulli davanti alla Corte di Giustizia.

In secondo luogo, verranno analizzate le sentenze più rilevanti della Corte per comprendere quale sia stato, sinora, il suo ruolo nella protezione dei loro diritti.

Le pronunce verranno esaminate seguendo un ordine di trattazione tematico, prestando particolare attenzione a quando la Corte di Giustizia abbia fatto o meno riferimento all'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali e ad altri strumenti rilevanti per i diritti dei minori.

Alla fine di questa analisi giurisprudenziale, le domande alle quali si vorrebbe riuscire a rispondere sono le seguenti: ha giovato l'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali alla protezione dei diritti dei minori? La Carta ha introdotto qualche tipo di tutela maggiore rispetto a quella offerta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per il tramite della CEDU? Vi è interazione ed influenza reciproca tra la Corte di Giustizia e la Corte europea dei diritti dell'uomo o sono ravvisabili consistenti differenze di tutela in casi simili coinvolgenti minori?

2.1. I ricorsi davanti alla Corte di Giustizia: quale protezione per i diritti dei fanciulli?

Per gli individui in generale ricorrere davanti alla Corte di Giustizia non è semplice e quindi ancora più complicato risulta esserlo per i minori.

I ricorsi per annullamento, ad esempio, prevedono limiti molto ristretti per l'accesso dei privati alla Corte, definiti, non a caso, "ricorrenti non privilegiati".

A differenza dei "ricorrenti privilegiati" (ovvero Stati membri, Commissione, Parlamento europeo e Consiglio), infatti, essi devono dimostrare l'interesse ad agire per chiedere l'annullamento di un atto UE che ritengono violare i loro diritti. Ciò significa che l'atto contestato deve essere rivolto direttamente al ricorrente oppure riguardarlo direttamente ed individualmente a causa delle sue specifiche caratteristiche personali⁶⁴⁶.

Sino ad oggi non vi sono norme UE riguardanti i minori inserite all'interno di decisioni ovvero atti normativi vincolanti che, oltre a poter avere un'applicazione generale, possono rivolgersi anche ad un destinatario specifico; la maggior parte delle disposizioni che si rivolgono ai fanciulli, infatti, sono contenute in direttive e, in casi più rari, in alcuni regolamenti.

⁶⁴⁶ Artt. 263-266 del TFUE.

Per quanto riguarda le direttive, si tratta di strumenti che contengono raramente norme chiare, precise e non condizionate a causa del fatto che vincolano gli Stati membri unicamente in merito agli obiettivi da raggiungere e non ai mezzi da adoperare allo scopo; per quanto riguarda i regolamenti, invece, di solito le disposizioni che si rivolgono ai fanciulli sono abbastanza astratte, non impongono obblighi precisi e specifici e comunque sono secondarie rispetto all'obiettivo principale perseguito dallo strumento normativo, lasciando quindi liberi gli Stati membri di renderle operative in linea con i propri sistemi normativi nazionali⁶⁴⁷.

Ciò rende praticamente impossibile, per le ragioni sopra elencate, l'utilizzo del ricorso per annullamento da parte dei fanciulli o dei loro rappresentanti legali.

Si considera altrettanto improbabile la possibilità di ricorrere alla Corte di Giustizia per un ricorso in carenza a tutela dei diritti dei minori.

I casi che sono arrivati davanti alla Corte e nei quali erano coinvolti dei minori derivavano tutti da un ricorso pregiudiziale instaurato da uno Stato membro.

Perché ciò possa accadere è necessario, non solo l'instaurazione di un procedimento giurisdizionale a livello nazionale, ma anche che le disposizioni rilevanti di diritto UE a tutela dei fanciulli (normalmente contenute in direttive), siano state recepite a livello nazionale oppure, una volta scaduto il termine per farlo, è necessario che le disposizioni UE (non recepite o recepite in maniera scorretta o incompleta dagli Stati membri) contengano norme chiare, precise e non condizionate a tutela dei minori⁶⁴⁸.

I tribunali nazionali non di ultima istanza non sono poi obbligati a rimettere una questione alla Corte di Giustizia circa la corretta interpretazione e applicazione del diritto UE e ciò li rende i principali guardiani del diritto di accesso degli individui, minori compresi, alla Corte di Giustizia.

Ciò premesso, considerato che le decisioni della Corte in materia di corretta interpretazione e applicazione del diritto UE finiscono per vincolare tutti gli Stati membri, è evidente che il rinvio pregiudiziale rappresenti l'unico strumento in grado di imporre degli *standard child-friendly* uniformi nei 28 Stati membri.

La Corte di Giustizia è stata spesso accusata di oltrepassare i propri limiti funzionali attraverso la creazione di nuovi diritti e principi che ne hanno esteso le competenze e questo è successo in particolare nel campo della tutela dei diritti fondamentali.

Vi era dunque la speranza che la Corte potesse utilizzare questo suo attivismo anche per potenziare e diffondere nell'Unione europea i diritti fondamentali dei minori, ma come si vedrà nel prosieguo, sinora la Corte ha deluso le aspettative.

⁶⁴⁷ Un esempio di ciò sono gli articoli 23 e 41 del Regolamento 2201/2003 interpretati dalla Corte di Giustizia nel caso *Zarraga (Joseba Andoni Aguirre Zarraga v. Simone Pelz, C-491/10 PPU)* che verrà analizzato nel prosieguo. Si può comunque anticipare che sebbene il Regolamento Bruxelles II bis abbia rafforzato il diritto dei minori di esseri ascoltati, soprattutto nei casi transnazionali, nessuna specifica obbligazione riguardo alle modalità dell'ascolto è stata imposta agli Stati e, in generale, la Corte di Giustizia ha chiarito che l'importante è solo che gli Stati membri prevedano nei propri ordinamenti delle procedure che consentano un'effettiva opportunità ai minori di esseri sentiti.

⁶⁴⁸ T. LIEFAARD, J. E. DOEK, *Litigating the Rights of the Child. The UN Convention on the Rights of the Child in Domestic and International Jurisprudence*, Springer-Verlag, 2015, pp. 216 e ss.

2.2 L'interesse superiore del minore nell'applicazione del reg. 2201/2003 sulla competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale

Il principio del “superiore interesse del minore” è stato utilizzato, in particolare, in riferimento all'interpretazione del Regolamento 2201/2003 (c.d. Bruxelles II bis) sulla competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale. Questo regolamento, infatti, per le tematiche che affronta, rappresenta indubbiamente lo strumento che sinora ha inciso maggiormente sull'evoluzione giurisprudenziale in materia di diritti dei minori nel campo della cooperazione giudiziaria in materia civile ed è anche attualmente oggetto di un importante progetto di revisione che renderà le sue disposizioni ancora più *child-friendly*.

Inoltre, si deve proprio al Regolamento Bruxelles II bis il passaggio dal concetto di “potestà familiare” (ancorato ad una ormai remota concezione di famiglia) a quello di “potestà genitoriale” che ha consentito di rafforzare negli Stati membri la consapevolezza che i minori sono e devono essere trattati come soggetti di diritto (e non più come meri oggetti di diritti e protezione).

Il Consiglio d'Europa era stato il primo ad affermare la necessità di operare una sostituzione del termine “potestà genitoriale” in una Raccomandazione del 1979, seguita da una Risoluzione del Parlamento europeo del 1992, nessuna delle due aveva però valore vincolante⁶⁴⁹.

Nel prosieguo verranno analizzate alcune importanti pronunce della Corte di Giustizia, adottate successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che hanno affrontato aspetti legati all'applicazione del Regolamento Bruxelles II bis e si verificherà se il valore vincolante della Carta dei diritti fondamentali abbia inciso nel processo decisionale della Corte.

La prima sentenza rilevante riguarda il caso *A*⁶⁵⁰ nel quale era stato chiesto alla Corte di Giustizia di chiarire a quali condizioni è subordinata l'adozione di un provvedimento cautelare, come la presa in carico di minori, ai sensi dell'art. 20, comma 1, del Regolamento 2201/2003.

La Corte statui, innanzitutto, che i provvedimenti provvisori e cautelari sono applicabili ai minori che hanno la residenza abituale in uno Stato membro, ma soggiornano temporaneamente o occasionalmente in un altro Stato membro nel quale si trovano in una situazione atta a nuocere gravemente al loro benessere al punto tale da giustificare l'adozione immediata di provvedimenti di tutela⁶⁵¹.

A detta della Corte, il Regolamento 2201/2003, di per sé, non impone ai giudici nazionali che adottano provvedimenti provvisori o cautelari di deferire il caso al giudice competente a conoscerne il merito

⁶⁴⁹ Consiglio d'Europa, Raccomandazione 874 del 1979 relativa a una *Charte européenne des droits de l'enfant*, adottata il 4 ottobre 1979; Parlamento europeo, Risoluzione A3- 0172/1992 relativa alla *Charte européenne des droits de l'enfant* adottata l'8 luglio 1992.

⁶⁵⁰ Corte di Giustizia, caso *A*, C-523/07, sentenza del 2 aprile 2009.

⁶⁵¹ Nel caso di specie, i minori erano stati affidati ad una famiglia affidataria in quanto considerati in stato d'abbandono. La madre dei bambini aveva poi chiesto l'annullamento di tale decisione e il riaffido dei figli a sé.

e appartenente ad un altro Stato membro⁶⁵². Tuttavia, visto che i provvedimenti provvisori o cautelari hanno carattere temporaneo, la Corte ha sottolineato l'importanza di considerare che le circostanze legate all'evoluzione fisica, psicologica e intellettuale dei minori coinvolti rendono necessario l'intervento precoce del giudice competente affinché siano adottate misure definitive.

Ciò considerato, la Corte di Giustizia ha affermato che, se lo rende necessario la tutela dell'interesse superiore del minore, il giudice nazionale che ha attuato provvedimenti provvisori o cautelari a tutela del minore deve informarne (direttamente o tramite l'autorità centrale designata ai sensi dell'art. 53 del Regolamento), il giudice competente di un altro Stato membro.

La necessità di affrontare e definire con rapidità i procedimenti che coinvolgono i minori è stata affermata dalla Corte di Giustizia anche in una recente sentenza in cui l'interesse superiore del minore è stato considerato sempre nell'ambito di applicazione del Regolamento 2201/2003.

Nel caso *Bradbrooke*, infatti, deciso il 9 gennaio 2015, la Corte ha fatto proprio riferimento all'importanza che i procedimenti riguardanti i minori si concludano con rapidità al fine di rispettare l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali⁶⁵³.

Nei casi vertenti sull'applicazione del Reg. 2201/2003 si è anche formata una prassi molto positiva, ovvero quella di accogliere, nei procedimenti pregiudiziali, le richieste dei giudici nazionali di utilizzare il procedimento d'urgenza previsto dal Regolamento di procedura della Corte di Giustizia⁶⁵⁴, al fine di evitare ai minori coinvolti i pregiudizi derivanti da un eccessivo prolungamento delle procedure giudiziarie⁶⁵⁵.

Le esigenze di celerità nei procedimenti volti all'adozione e all'esecuzione di provvedimenti che concernono i fanciulli sono state più volte sottolineate anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, soprattutto nei casi di sottrazione internazionale di minore, come si è avuto modo di vedere nella prima parte della tesi. In questi ultimi casi l'urgenza è stata sempre motivata dall'intento di evitare che i rapporti tra il minore e il genitore che subisce la sottrazione si deteriorino in maniera irreparabile⁶⁵⁶.

Vediamo ora come la Corte di Giustizia ha affrontato la tematica della sottrazione internazionale di minore anche al fine di confrontare la sua linea di pensiero con quella della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Una prima sentenza rilevante in materia riguarda il caso *Detiček*, deciso dalla Corte di Giustizia il 23

⁶⁵² Ai sensi del Regolamento, i provvedimenti provvisori o cautelari cessano di essere applicabili quando il giudice dello Stato membro competente a conoscere del merito ha adottato i provvedimenti che ritiene appropriati (art. 20, 2° comma).

⁶⁵³ Punti 51 e 52 della Sentenza della Corte nel caso *Bradbrooke* (C-498/14): “il fatto che uno Stato membro attribuisca a un'autorità giurisdizionale specializzata la competenza a esaminare le questioni relative al ritorno o all'affidamento del minore nel contesto della procedura prevista all'articolo 11, paragrafi 7 e 8, del regolamento, anche qualora una corte o un tribunale siano, peraltro, già investiti di un procedimento di merito relativo alla responsabilità genitoriale nei confronti del minore, non può, di per sé, pregiudicare l'effetto utile del regolamento. Tuttavia, occorre garantire che, in un'ipotesi come quella di cui al procedimento principale, una siffatta attribuzione di competenza sia rispettosa dei diritti fondamentali del minore quali enunciati all'articolo 24 della Carta e, in particolare, dell'obiettivo relativo alla rapidità di tali procedimenti”

⁶⁵⁴ Artt. 107 ss. del regolamento di procedura della Corte di Giustizia.

⁶⁵⁵ Ad esempio, ciò è successo nelle seguenti sentenze: Corte di Giustizia, sentenza del 23-12-09, C-403/09, *Detiček*; Corte di Giustizia, sentenza del 1°-7-10, C-211/10, *Povse*; Corte di Giustizia, sentenza del 5-10-10, C-400/10, *McB.*; Corte di Giustizia, sentenza del 22-12-10, C-491/10, *Aguirre Zarraga* e Corte di Giustizia, sentenza del C-497/10, *Mercredi*.

⁶⁵⁶ Al riguardo è importante sottolineare che l'Unione europea, grazie alla direttiva 2002/22/CE, così come modificata nel 2009 dalla direttiva 2009/136/CE, ha introdotto l'obbligo per gli Stati membri di riservare il numero 116000 ad una hotline per denunciare casi di minori scomparsi.

dicembre del 2009⁶⁵⁷.

La vicenda riguardava il procedimento di separazione tra la Sig.ra Detiček ed il Sig. Sgueglia, genitori di una minore di nome Antonella. Il 25 luglio 2007, il giudice competente italiano, adito dai coniugi con una domanda di separazione, aveva provvisoriamente concesso l'affido esclusivo della figlia al padre, disponendo il provvisorio collocamento della minore nell'istituto di accoglienza delle suore Calasanziane di Roma.

Sempre in quella data, la Sig.ra Detiček aveva deciso di lasciare l'Italia con la figlia per recarsi in Slovenia, suo Paese d'origine.

Il 28 novembre 2008, la Sig.ra Detiček aveva adito il Tribunale sloveno al fine di ottenere, mediante una misura provvisoria cautelare, l'affidamento della figlia (nel frattempo, l'ordinanza del Tribunale italiano era stata dichiarata esecutiva nel territorio della Repubblica di Slovenia).

La domanda della donna era stata accolta in via provvisoria e il Tribunale sloveno aveva fondato la propria decisione sul combinato disposto dell'art. 20 del Regolamento n. 2201/2003 e dell'art. 13 della Convenzione dell'Aja del 1980, adducendo come motivazione il mutamento delle circostanze e l'interesse superiore della minore.

Secondo il Tribunale, infatti, la piccola Antonella si era già integrata in Slovenia e un suo ritorno in Italia, con collocamento forzato in un istituto di accoglienza, sarebbe stato contrario al suo benessere, provocandole traumi fisici e psichici irreversibili. Inoltre, nel corso del procedimento giudiziario svoltosi in Slovenia, la minore aveva espresso il desiderio di restare con la madre.

Secondo la Corte di Giustizia, adita con rinvio pregiudiziale, ammettere l'esistenza di una situazione d'urgenza in questo caso era in contrasto con il principio del riconoscimento reciproco delle decisioni, stabilito dal Regolamento n. 2201/2003 e fondato sul più generale principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri⁶⁵⁸.

A parere della Corte, se un mutamento di circostanze derivante da un processo graduale, quale l'integrazione della minore in un nuovo ambiente, dovesse essere sufficiente a conferire ad un giudice, non competente a conoscere del merito, il potere di adottare un provvedimento provvisorio per la modifica della misura in materia di responsabilità genitoriale, adottata dal giudice competente nel merito, si pregiudicherebbe lo scopo del regolamento n. 2201/2003 che è proprio quello di ostacolare gli illeciti trasferimenti o i mancati rientri di minori da uno Stato membro all'altro; riconoscendo la possibilità di consolidare una situazione di fatto derivante da una condotta illecita, si rafforzerebbe, secondo la Corte, la posizione del genitore responsabile del trasferimento illecito.

Nel caso di specie la madre sottraente aveva già pregiudicato il diritto fondamentale della figlia di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con il padre e, dunque, tale comportamento non poteva essere avallato.

⁶⁵⁷ Corte di Giustizia, sentenza del 23-12-09, C-403/09, *Detiček*.

⁶⁵⁸ La Corte richiamò, in particolare, l'art. 28, n. 1, del regolamento n. 2201/2003, ai sensi del quale le decisioni relative all'esercizio della responsabilità genitoriale, emesse ed esecutive nello Stato membro di origine, devono, in linea di principio, essere eseguite nello Stato membro richiesto e l'art. 31, n. 3, del medesimo regolamento, che vieta qualsiasi riesame del merito di una decisione della quale venga chiesta l'esecuzione.

Infine, la Corte stabilì che il compito di valutare se, ai sensi dell'art. 24, 3° comma, della Carta dei diritti fondamentali, era nell'interesse superiore della minore non avere contatti diretti con il padre, spettava unicamente al giudice competente a conoscerne del merito, in forza delle disposizioni del Regolamento n. 2201/2003, a seguito di una valutazione equilibrata e ragionevole di tutti gli interessi in gioco, sulla base di considerazioni oggettive riguardanti la persona stessa della minore e il suo ambiente sociale.

Questa pronuncia dimostra chiaramente che la reale priorità della Corte di Giustizia era quella di tutelare il rispetto del principio del mutuo riconoscimento a prescindere dalla valutazione del superiore interesse della minore nel caso concreto. Nessuna rilevanza, infatti, è stata data alla volontà della bambina di restare con la madre o al suo nuovo radicamento in Slovenia e soprattutto al trauma che la minore avrebbe subito nel tornare in Italia dove sarebbe stata collocata presso un istituto religioso.

Quando avviene un trasferimento illecito di un minore, invece, occorre sempre bilanciare due diversi interessi contrapposti: da un lato, la preferenza per il giudice che si trovi attualmente in maggiore prossimità con il minore, valorizzando, così, il criterio generale che ispira lo stesso Regolamento Bruxelles II bis, ai sensi del suo Considerando n. 12⁶⁵⁹; dall'altro, la preferenza per il giudice dello Stato membro in cui risiedeva il minore immediatamente prima del trasferimento illecito, in modo tale da evitare che il genitore sottraente si avvantaggi della situazione illegittima dallo stesso creata per ottenere un trasferimento di competenza.

Il regolamento Bruxelles II bis, come si è già avuto modo di osservare, nel suo art. 10 dà la precedenza a quest'ultimo criterio, almeno fino a quando il minore non abbia acquisito una nuova residenza in un altro Stato membro, aspetto quest'ultimo che la Corte interpreta in maniera molto restrittiva, non ammettendo, in pratica, trasferimenti di competenza a seguito di acquisto della nuova residenza da parte del minore coinvolto in una sottrazione internazionale.

Trovare un limite al ritorno del minore illegittimamente sottratto nel perseguimento dell'interesse superiore dello stesso fanciullo ad una certa stabilità e continuità nelle relazioni non è, tuttavia, pura fantascienza. Infatti, limiti ad ogni automatismo nel disporre il rientro di un minore in questi casi, sono emersi nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di sottrazione internazionale, a partire dalle sentenze del 6 luglio 2010, *Neulinger and Shuruk c. Svizzera*⁶⁶⁰ e del 12 luglio 2010 nel caso *Sneersone and Campanella c. Italia*⁶⁶¹, nelle quali il superiore interesse del minore coinvolto è stato analizzato, come abbiamo visto, nel caso concreto.

La Corte di Giustizia, purtroppo, ha mantenuto fermo il suo *modus operandi*, confermando i principi espressi nel caso *Detiček* in una successiva sentenza del 2010, ovvero nel caso *Doris Povse c. Mauro Alpago*, riguardante sempre una sottrazione di minore⁶⁶².

La Corte, infatti, in tale occasione precisò che l'esecuzione di una decisione certificata, emanata dallo Stato membro in cui il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima del trasferimento illecito,

⁶⁵⁹ A i sensi del quale: "È opportuno che le regole di competenza in materia di responsabilità genitoriale accolte nel presente regolamento si informino all'interesse superiore del minore e in particolare al criterio di vicinanza".

⁶⁶⁰ Si vedano, in particolare, i paragrafi 135 e ss. della sentenza.

⁶⁶¹ Si vedano, in particolare, i paragrafi 85 e ss. della pronuncia.

⁶⁶² Corte di Giustizia, sentenza del 1° luglio 2010, C-211/10, *Doris Povse c. Mauro Alpago*.

non può essere negata nello Stato membro di esecuzione in cui il minore è stato condotto adducendo un mutamento delle circostanze, sopravvenuto dopo l'emanazione della stessa decisione certificata, tale per cui l'esecuzione di quest'ultima potrebbe ledere gravemente il superiore interesse del minore; a detta della Corte ciò non può avvenire nemmeno nell'ipotesi in cui, a seguito del trasferimento, il minore abbia acquisito la residenza abituale nello Stato membro in cui è stato illecitamente condotto.

Il mutamento delle circostanze, infatti, secondo la Corte, deve essere dedotto dinanzi al giudice competente dello Stato membro di origine, al quale deve essere presentata anche l'eventuale domanda di sospensione dell'esecuzione della sua precedente decisione che si ritiene in contrasto con l'interesse superiore del minore.

Nessun trasferimento di competenza, dunque, è ammissibile per la Corte di Giustizia, neanche quando il minore potrebbe essere inutilmente esposto a pregiudizievoli spostamenti da uno Stato membro all'altro poiché si può già ragionevolmente prevedere che il giudice dello Stato membro d'origine deciderà di attribuire l'affidamento del minore al genitore residente nello Stato membro del trasferimento illecito.

Secondo la Corte, infatti, l'interesse a che sull'affidamento definitivo del minore sia resa una decisione giudiziaria giusta e fondata assieme alla necessità di scoraggiare le sottrazioni di minori, nonché al diritto del minore di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi i genitori, sono tutti elementi che devono prevalere sugli eventuali inconvenienti causati dallo spostamento del minore.

Anche in questo caso, dunque, la Corte di Giustizia ha utilizzato il superiore interesse del minore come un principio astratto e in maniera strumentale alla tutela del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni.

Altra celebre sentenza riguarda il caso *Aguirre Zarraga*, deciso dalla Corte di Giustizia sempre nel 2010⁶⁶³.

In tale vicenda, il giudice del rinvio aveva chiesto alla Corte se il giudice dello Stato membro competente per l'esecuzione, ai sensi del Regolamento 2201/2003, può, in via eccezionale, opporsi all'esecuzione di una decisione che prescrive il ritorno di un minore e che è stata oggetto di un certificato rilasciato dal giudice dello Stato membro d'origine, in base all'art. 42 del Regolamento Bruxelles II bis. Nello specifico, secondo il giudice del rinvio, il giudice dello Stato membro d'origine aveva attestato, nel suddetto certificato, di aver ottemperato all'obbligo di sentire la minore interessata prima di emettere la propria decisione quando, invece, tale audizione non sembrava aver avuto luogo.

A detta del giudice del rinvio, tale mancanza dava origine ad una violazione dell'art. 42 del Regolamento Bruxelles II bis, interpretato conformemente all'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali.

A giudizio della Corte di Giustizia, il Regolamento n. 2201/2003 si basa già sull'assunto che il trasferimento (o il trattenimento) illecito di un minore, in violazione di una decisione giurisdizionale emanata in un altro Stato membro, lede, di per sé, gravemente gli interessi del minore.

⁶⁶³ Corte di Giustizia, sentenza del 22 dicembre 2010, C-491/10, *Aguirre Zarraga*.

Proprio per tale ragione, il Regolamento in parola contiene provvedimenti per permettere quanto prima il ritorno del minore nel luogo di residenza abituale. Detto regolamento ha, infatti, istituito un sistema in forza del quale, in caso di valutazioni divergenti tra il giudice della residenza abituale del minore e quello del luogo in cui lo stesso minore si trova illegalmente, la competenza esclusiva a decidere sul ritorno del minore rimane in capo al primo.

Da ciò deriva, secondo la Corte, che una decisione che prescrive il ritorno di un minore, emanata dal giudice competente ai sensi del predetto Regolamento, qualora sia esecutiva e abbia dato luogo al rilascio di un certificato ex art. 42, deve essere riconosciuta e automaticamente dotata di efficacia esecutiva in un altro Stato membro senza che sia possibile opporsi al suo riconoscimento⁶⁶⁴.

Di conseguenza, il giudice dello Stato membro di esecuzione non può che constatare l'efficacia esecutiva di una decisione così certificata⁶⁶⁵.

Secondo la Corte, inoltre, l'art. 42, non autorizza affatto il giudice dello Stato membro di esecuzione ad esercitare un controllo sulle condizioni di rilascio del predetto certificato che vi sono indicate⁶⁶⁶.

Inoltre, a detta sempre della Corte, interpretando le disposizioni dell'art. 42 che stabiliscono il diritto del minore di essere sentito alla luce dell'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali, si evince che entrambe fanno riferimento alla possibilità per il minore di essere sentito se ciò non risulta inopportuno alla luce della sua età o del suo grado di maturità. Pertanto, pur rimanendo un diritto del minore, l'audizione non rappresenta un obbligo assoluto in capo alle autorità giudiziarie nazionali.

Ne consegue, secondo la Corte di Giustizia, che il giudice dello Stato membro d'origine può emettere un certificato conforme ai requisiti di cui all'art. 42 del Regolamento n. 2201/2003 soltanto dopo aver verificato che, in funzione dell'interesse superiore del minore e tenuto conto di tutte le circostanze del caso di specie, la decisione sulla quale verte tale certificato è stata adottata nel rispetto del diritto del minore di esprimersi liberamente. Ciò significa che al minore deve essere stata offerta una possibilità concreta ed effettiva di esprimersi, tenuto conto dei mezzi procedurali nazionali e degli strumenti della cooperazione giudiziaria internazionale.

Ad ogni modo, secondo la Corte, spetta ai soli giudici nazionali dello Stato membro d'origine esaminare la legittimità di detta decisione alla luce dei requisiti imposti, segnatamente, dall'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali e dall'art. 42 del Regolamento n. 2201/2003.

⁶⁶⁴ Si vedano, in tal senso, la sentenza *Rinau* (C-195/08) dell'11 luglio 2008, punto 84, e la sentenza *Povse* (C-211/10) del 1° luglio 2010, punto 70.

⁶⁶⁵ Inoltre, può essere presentata una domanda di rettifica del certificato rilasciato dal giudice di origine, o possono essere sollevati dubbi in ordine alla sua autenticità, soltanto conformemente alle norme giuridiche dello Stato membro di origine (v., in tal senso, sentenza *Povse*, cit., punto 73).

⁶⁶⁶ Tale interpretazione è confortata dal fatto che le cause di non riconoscimento o di non dichiarazione di esecutività, da parte del giudice dello Stato membro dell'esecuzione, di una decisione in materia di responsabilità genitoriale, previste dagli artt. 23 e 31 del regolamento n. 2201/2003, tra cui la manifesta contrarietà all'ordine pubblico di tale Stato membro e la violazione dei principi fondamentali di procedura di quest'ultimo (che impongono di dare al minore la possibilità di essere ascoltato), non sono state riprese come motivi che possono giustificare l'opposizione del giudice di detto Stato membro nell'ambito dei procedimenti previsti dal capo III, sezione 4, del regolamento in esame (si veda, in tal senso, sentenza *Rinau*, cit., punti 91, 97 e 99).

A parere della Corte di Giustizia, infatti, i sistemi di riconoscimento e di esecuzione delle decisioni emanate in uno Stato membro ed istituiti da detto Regolamento si basano sul principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri in virtù del quale tutti gli ordinamenti giuridici nazionali sono ritenuti in grado di fornire una tutela equivalente ed effettiva dei diritti fondamentali riconosciuti a livello UE e, in particolare, nella Carta dei diritti fondamentali.

Premesso che la Corte di Giustizia ha poi finito per ammettere che la presunzione di uguale protezione dei diritti fondamentali negli Stati membri non è assoluta, nella parte dedicata alla giustizia penale si vedrà che il legislatore europeo ha ormai fissato dei chiari *standard* in materia di modalità di ascolto dei minori vittime di reato, a differenza di quanto risulta nella sentenza *Zarraga* dove l'ascolto del minore, oltre ad essere una mera possibilità, non è nemmeno assistito da specifiche garanzie.

Al riguardo, si ritiene che ammettere la possibilità di un controllo diffuso del rispetto del principio del superiore interesse del minore, in capo a qualsiasi giudice che sia investito del potere di prendere decisioni riguardanti la medesima vicenda, sarebbe maggiormente tutelante per i diritti dei minori, benché di difficile coordinamento.

Proprio quest'ultima difficoltà potrebbe, in realtà, essere d'impulso per la creazione di un quadro di norme minime in materia in quanto gli Stati membri, spinti dal non doversi più rapportare con svariate normative nazionali differenti, potrebbero diventare più disponibili ad accettare delle regole comuni.

Una vicenda interessante, sempre in materia di sottrazione internazionale di minori, nella quale sono entrati in gioco non solo il Reg. 2201/2003 e la Carta dei diritti fondamentali, ma anche la CEDU, è il caso *J. McB c. L. E*⁶⁶⁷, deciso dalla Corte di Giustizia sempre nel 2010.

La questione riguardava una coppia non sposata, McB, cittadino irlandese e Ms. E., cittadina inglese, che viveva in Irlanda con i tre figli.

Nel luglio del 2009, la madre dei minori si recò in Inghilterra con i bambini e il padre lamentò che i figli erano stati portati via illegittimamente.

Il caso arrivò alla Suprema Corte irlandese che sospese il procedimento per porre una questione preliminare alla Corte di Giustizia, ovvero se il Regolamento europeo n. 2201/2003 vieta alle leggi nazionali di prevedere che l'acquisizione dei diritti di custodia sui figli, da parte di un padre non sposato con la madre dei minori, possa dipendere dal fatto che la figura paterna abbia ottenuto tali diritti in seguito ad una sentenza nazionale.

Secondo la legge irlandese, infatti, il padre naturale non ha diritti di custodia verso i figli, a meno che non vi sia stato un accordo in tal senso tra i genitori o una sentenza che lo preveda; in assenza di tali condizioni, i diritti di custodia dei minori appartengono, pertanto, automaticamente ed esclusivamente alla madre.

La Corte di Giustizia ha chiarito, innanzitutto, che il Regolamento Bruxelles II bis non determina chi detiene i diritti di custodia, ma lascia tale competenza alla legge dello Stato membro in cui il minore era abitualmente residente immediatamente prima della sottrazione.

⁶⁶⁷ Corte di Giustizia, sentenza del 5-10-2010, C-400/10, *McB c. L.E.*

La vera questione da affrontare era verificare se la legge irlandese fosse contraria all'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (che tutela il diritto al rispetto della vita privata e familiare), interpretato in accordo con l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali (che tutela il diritto del minore a mantenere regolari relazioni personali e contatti diretti con entrambi i genitori).

La Corte di Giustizia stabilì al riguardo che, siccome l'art. 7 della Carta contiene diritti corrispondenti a quelli garantiti dall'art. 8 della CEDU, all'art. 7 deve essere attribuito il medesimo significato e la stessa portata dell'art. 8 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo, così come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

La Corte di Giustizia si riportò, quindi, ad un precedente caso della Corte europea dei diritti dell'uomo nel quale quest'ultima aveva ritenuto che una legge nazionale che garantisce la responsabilità genitoriale di un minore unicamente alla madre non è contraria all'art. 8 della CEDU, interpretato alla luce della Convenzione dell'Aja del 1980, se permette, comunque, al padre del minore di chiedere ad un tribunale nazionale di modificare tale regime di responsabilità.

Secondo la Corte di Giustizia, dunque, anche il combinato disposto degli articoli 7 e 24 della Carta dei diritti fondamentali non vieta che una legge nazionale garantisca diritti di custodia, come regola generale, esclusivamente alle madri e che i padri naturali possano ottenerli solo in seguito alla decisione di una corte nazionale.

A parere di chi scrive la conclusione raggiunta dalla Corte è alquanto discutibile, in quanto se è vero che l'Unione europea non ha competenza in materia di diritti di custodia dei minori, tuttavia, attraverso le disposizioni della Carta e, in particolare, tramite gli articoli 24 e 21 (che contiene il principio di non discriminazione), si sarebbe potuto richiamare l'attenzione sul diritto dei minori a mantenere regolari relazioni personali e contatti diretti con entrambi i genitori, anche se non sposati.

In tal modo, la Corte di Giustizia ha, di fatto, autorizzato una sottrazione internazionale di minore a tutti gli effetti, a scapito dei diritti dei minori che sono stati privati del loro padre naturale e che lo saranno finché lo stesso non otterrà, eventualmente, una sentenza che gli attribuisca il diritto di vederli e tenerli con sé; nel frattempo, inutile dire che il fattore tempo non potrà non incidere negativamente sulla solidità del rapporto padre-figli.

È evidente che la decisione della Corte in questo caso sia stata dettata, a differenza delle precedenti, dalla mancanza di un diretto pregiudizio al rispetto del principio del mutuo riconoscimento che, ove presente, avrebbe probabilmente condotto la Corte a sostenere una soluzione diversa.

Il principio del superiore interesse del minore è stato utilizzato recentemente anche come criterio guida per la ripartizione della giurisdizione in una controversia transfrontaliera in materia di obbligazioni alimentari a favore dei figli minori. Stiamo parlando del caso *A c. B*⁶⁶⁸ che vedeva contrapposti due coniugi, intenzionati a separarsi.

⁶⁶⁸ Corte di Giustizia, sentenza del 16 luglio 2015, C-184/14. Il rinvio pregiudiziale era stato formulato dalla Cassazione italiana alle prese con una controversia tra due coniugi, cittadini italiani residenti a Londra. Il marito si era rivolto al Tribunale di Milano per la separazione con addebito alla moglie, proponendo la somma mensile di 4mila euro per il mantenimento dei figli. La moglie

La controversia in oggetto finiva davanti alla Corte di Giustizia, tramite rinvio pregiudiziale, in quanto il marito, A, aveva intrapreso, da un lato, un procedimento volto a definire le modalità di esercizio della responsabilità genitoriale sui tre figli minori in Inghilterra (Paese nel quale la famiglia aveva sempre risieduto) e, dall'altro, aveva chiesto in Italia (Paese di cui entrambi i genitori erano cittadini) la separazione dalla moglie, l'addebito nei suoi confronti e l'affido condiviso dei figli con collocamento presso la madre, offrendosi di versare una certa cifra per il loro mantenimento.

Su quest'ultimo punto, in particolare, la moglie, B, si era opposta affermando l'incompetenza dei giudici italiani a decidere sul mantenimento dei minori, in quanto i bambini avevano sempre risieduto in Inghilterra. Anche i giudici italiani le avevano dato ragione, ritenendo la domanda sul mantenimento dei minori accessoria non all'azione relativa allo stato delle persone, bensì a quella attinente alla responsabilità genitoriale, per la quale erano competenti i giudici inglesi.

Il problema posto dalla Corte di Cassazione italiana alla Corte di Giustizia sorgeva in quanto, in materia di domanda relativa alle obbligazioni alimentari nei confronti dei figli, il Reg. europeo 4/2009 (relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni sulle obbligazioni alimentari) non era sufficientemente chiaro nello stabilire se tale domanda può essere accessoria sia ad un'azione relativa al divorzio e alla separazione che ad un'azione relativa alla responsabilità genitoriale, oppure solamente a quest'ultima⁶⁶⁹.

Tale controversia ha offerto alla Corte di Giustizia l'occasione per chiarire il rapporto sussistente tra il Regolamento n. 2201/2003 e il Regolamento n. 4/2009.

Secondo la Corte, infatti, era necessario, per definire la nozione di "domanda accessoria", impiegata dal Regolamento n. 4/2009, rifarsi alle disposizioni del Reg. n. 2201/2003; queste ultime, difatti, separano nettamente tutte le decisioni in materia di responsabilità genitoriale da quelle riguardanti il contenzioso relativo al divorzio, alla separazione personale e all'annullamento del matrimonio e ciò si riverbera anche sui rispettivi e differenziati criteri di competenza giurisdizionale: i primi, difatti, basati sul principio dell'interesse superiore del minore, utilizzano, in particolare, il criterio di vicinanza⁶⁷⁰; i secondi, invece, tengono principalmente conto della residenza attuale o precedente dei coniugi o di uno dei due.⁶⁷¹

Da questa netta suddivisione, la Corte di Giustizia ha dedotto tre tipi di osservazioni.

In primo luogo, la Corte ha stabilito che gli obblighi alimentari nei confronti dei figli rientrano tra i doveri dei genitori verso i figli e non riguardano, pertanto, i rapporti tra i coniugi in procinto di separarsi.

si era opposta e aveva eccepito l'incompetenza, ritenendo che sulle questioni sull'affidamento e sul mantenimento dei figli dovesse pronunciarsi il giudice inglese competente in quanto i bambini erano residenti, con l'intera famiglia, a Londra. Il Tribunale di Milano si era dichiarato competente sulla separazione e sulla domanda di assegno alla moglie (accessoria rispetto al procedimento di separazione), ma non sulle questioni del mantenimento dei minori.

⁶⁶⁹ I criteri di attribuzione della competenza previsti dall'articolo 3, lettere c) e d), del regolamento n. 4/2009 sono legati dalla congiunzione "o" e ciò rendeva la loro interpretazione equivocabile. Tale disposizione prevede, infatti, che è competente a pronunciarsi in materia di obbligazioni alimentari negli Stati membri l'autorità giurisdizionale competente secondo la legge del foro a conoscere di un'azione relativa allo stato delle persone, qualora la domanda relativa a un'obbligazione alimentare sia accessoria a detta azione, oppure l'autorità giurisdizionale competente secondo la legge del foro a conoscere di un'azione relativa alla responsabilità genitoriale, qualora la domanda relativa a un'obbligazione alimentare sia accessoria a detta azione.

⁶⁷⁰ Art. 8 del reg. 2201/2003.

⁶⁷¹ Art. 3 del reg. 2201/2003.

In secondo luogo, la Corte ha rilevato che tra gli obiettivi principali perseguiti dal Regolamento n. 4/2009, ai sensi del suo considerando n. 15, vi è quello di preservare gli interessi dei creditori di alimenti ovvero, nel caso di specie, i figli minorenni.

Da ciò la Corte di Giustizia ne ha dedotto, in terzo ed ultimo luogo, la necessità di scegliere, tra i due giudici (ovvero tra quello competente per la separazione dei coniugi e quello competente sulla responsabilità genitoriale) quello che si trova “nella posizione migliore” per tutelare il superiore interesse dei minori nella valutazione di una domanda relativa ad un’obbligazione alimentare a loro favore.

Detto giudice, a parere della Corte, non può che essere quello competente in materia di responsabilità genitoriale in quanto è l’unico ad aver presente la situazione familiare in causa e, ad esempio, i motivi che hanno condotto ad un certo tipo di affidamento (condiviso o esclusivo dei figli) o a un certo regime di visita. Tale soluzione, quindi, appare la migliore per i minori interessati in quanto il giudice competente in materia di responsabilità genitoriale viene designato dal Reg. 2201/2003, come si è detto, in base a regole incentrate sul rispetto del principio di vicinanza. È, quindi, maggiormente probabile, secondo la Corte, che tale giudice deciderà mettendo in primo piano l’interesse superiore dei minori, in linea con la Carta dei diritti fondamentali.

A parere della Corte di Giustizia, in conclusione, possono sussistere in due Stati membri diversi due tipi di procedimenti differenti, ovvero uno relativo alla separazione o allo scioglimento del vincolo coniugale e l’altro in materia di responsabilità genitoriale, ma la domanda relativa ad un’obbligazione alimentare nei confronti dei figli può essere unicamente accessoria all’azione relativa alla responsabilità genitoriale.

Ciò che rende il caso *A. c. B.* ancora più interessante è il modo differente in cui la Corte di Giustizia e l’Avvocato Generale Yves Bot, che ha espresso la propria opinione sulla causa, mirano a tutelare il principio del superiore interesse del minore.

Entrambi, infatti, sono giunti alla conclusione che la competenza a decidere sulle obbligazioni alimentari a favore dei figli minori apparteneva ai giudici inglesi, ma per ragioni molto diverse.

Secondo l’Avvocato Generale Bot, infatti, il giudice competente per la separazione dei coniugi davanti al quale è stata presentata anche una domanda relativa alle obbligazioni alimentari nei confronti dei figli minori, è, in linea di principio, competente a conoscere di tale ultima domanda. Tuttavia, al fine di tutelare il principio del superiore interesse del minore, se la competenza territoriale di tale giudice non è determinata sulla base del criterio di vicinanza (come nel caso di specie), non spetterà ad esso decidere sulle obbligazioni alimentari, ma a quello dello Stato di residenza abituale dei minori.

Bot arriva a tale conclusione osservando che l’interpretazione dei due regolamenti UE rilevanti nel caso in oggetto (ovvero il Regolamento n. 2201/2003 e il Regolamento n. 4/2009), alla luce del principio del superiore interesse del minore, porta a ritenere che la domanda sul mantenimento dei figli va considerata come naturalmente accessoria al giudizio di separazione, a differenza di quanto affermato dalla Corte di Giustizia.

Secondo Bot, infatti, non si può accogliere una soluzione che porta ad attribuire la competenza sulla separazione dei coniugi al giudice di uno Stato membro e la giurisdizione sull’assegno mensile dei figli in capo a un altro giudice. Tale suddivisione, difatti, creerebbe sicuramente dei ritardi e dei tempi di latenza

pregiudizievoli per i minori visto che la loro sorte, in merito al mantenimento, rimarrebbe indefinita a lungo, nell'attesa che si concluda il giudizio sulla separazione⁶⁷². Secondo Bot, inoltre, tale situazione pregiudizievole si verificherebbe unicamente per i minori i cui genitori divorziati non risiedono nello Stato membro di cui sono cittadini, dando origine, quindi, ad una discriminazione tra fanciulli dovuta all'esercizio, o meno, delle libertà di circolazione e stabilimento ad opera dei loro genitori.

L'esigenza di accentrare in un unico giudice, ovvero quello della separazione, la competenza a conoscere di quest'ultima e anche dell'azione accessoria riguardante il mantenimento dei minori, ha condotto l'Avvocato Generale ad utilizzare il principio dell'interesse superiore del minore come un criterio per limitare la libertà di scelta del giudice competente per la separazione, lasciata, invece, ai genitori dal Reg. 2201/2003.

Quest'ultimo, infatti, consente alle figure genitoriali di adire non solo il giudice della residenza attuale o precedente dei coniugi o di uno di loro, ma anche quello competente in base alla cittadinanza comune dei coniugi⁶⁷³, come si è poi verificato nel caso di specie. Tale criterio non si trova, invece, nel Regolamento n. 4/2009⁶⁷⁴.

A parere dell'Avvocato Generale, quindi, la soluzione per rendere compatibili i due regolamenti non va trovata nel separare le azioni di separazione e di responsabilità genitoriale, bensì nell'utilizzare il principio del superiore interesse del minore, criterio-guida di entrambi, per imporre ai genitori di scegliere unicamente, quale giudice competente per la loro separazione, quello del luogo di residenza abituale dei genitori e dunque dell'intera famiglia, minori compresi. Solo in questo modo, secondo Bot, si possono tutelare i minori coinvolti grazie all'accelerazione dei tempi processuali, garantita dal giudice unico, e ai benefici connessi all'applicazione del criterio di vicinanza, in virtù del quale, al contempo, si rendono compatibili i due regolamenti.

Limitare la libertà di scelta del giudice competente ad opera dei genitori, non dovrebbe apparire sorprendente né in contrasto con i principi fondamentali che regolano la materia, in quanto tale limitazione è loro imposta unicamente in nome dell'interesse superiore dei loro figli.

L'avvocato Generale e la Corte di Giustizia concordano unicamente sull'importanza da attribuire al principio della vicinanza in materia giurisdizionale per garantire il superiore interesse del minore coinvolto, ma del resto Bot è andato oltre nel suggerire alla Corte anche come proteggere i fanciulli dagli effetti pregiudizievole derivanti dalle lungaggini processuali legate alla separazione delle due azioni.

La Corte di Giustizia, tuttavia, ha deciso di continuare a mostrarsi restia, come nelle precedenti pronunce (*Deticek, Povse, Aguirre Zarraga*) nel derogare a regole di competenza o semplicemente a limitare, come nel caso di specie, la libertà di scelta del giudice competente, anche quando la sua decisione avrebbe fatto la differenza per i coinvolti.

⁶⁷² Secondo Bot, infatti, il giudice competente per la questione dell'assegno mensile dovrebbe attendere, prima di decidere, l'esito definitivo del giudizio di separazione o divorzio. Inoltre, quand'anche il giudice investito della questione relativa al vincolo matrimoniale adottasse al riguardo misure provvisorie, la soluzione di continuità tra le diverse fasi del procedimento produrrebbe comunque ritardi inaccettabili in violazione del principio dell'interesse superiore del minore.

⁶⁷³ Art 3, paragrafo 1, lettera b) del regolamento 2201/2003.

⁶⁷⁴ Ovvero nell'articolo 3, lettere c) e d) di suddetto regolamento.

2.3 L'interesse superiore del minore cittadino europeo con familiari cittadini di Stati terzi

In materia di diritti d'ingresso e di soggiorno nell'Unione europea dei cittadini di Stati terzi, familiari di cittadini europei minori di età, una sentenza che ha fatto molto discutere è stata emessa dalla Corte di Giustizia nel celebre caso *Zambrano*⁶⁷⁵.

Questi erano i fatti: il Sig. Ruiz Zambrano e sua moglie, entrambi cittadini colombiani in attesa di regolarizzazione in Belgio, dopo la nascita di due figli (di nazionalità belga per nascita) si erano visti respingere l'istanza di soggiorno.

Nelle sue conclusioni la Corte ha sancito il principio per cui *“la cittadinanza dell'Unione impone che uno Stato membro autorizzi i cittadini di uno Stato terzo, genitori di un bambino in possesso della cittadinanza di detto Stato, a soggiornare e lavorare nella misura in cui un diniego priverebbe il figlio del godimento dei diritti connessi allo status di cittadino dell'Unione”*.

La Corte di Giustizia, quindi, ha deciso di concedere ai due genitori la possibilità di ottenere un permesso di soggiorno poiché la loro presenza sul territorio belga era essenziale per consentire ai due figli di rimanere nell'Unione europea. Al riguardo, la Corte ha anche statuito espressamente che: *“questa regola opera anche quando il figlio non ha mai esercitato il suo diritto alla libera circolazione nel territorio degli Stati membri”*.

La portata rivoluzionaria di queste affermazioni è evidente poiché la Corte di Giustizia ha dettato dei principi UE in situazioni puramente nazionali addentrandosi in un campo riservato alla competenza degli Stati Membri, in quanto la disciplina d'ingresso e soggiorno dei cittadini di Paesi terzi è al di fuori dal campo applicativo delle direttive 2003/86/CE e 2004/38/CE⁶⁷⁶.

Quello che ha permesso alla Corte di spingersi così tanto oltre è stato l'aver esteso la portata dell'art. 20 TFUE, in quanto lo *status* di cittadino europeo è stato elevato da “complementare” alla cittadinanza

⁶⁷⁵ Corte di Giustizia, 8 marzo 2011, caso *Zambrano*, C-34/09.

⁶⁷⁶ Lo scopo della direttiva 2003/86 è, infatti, quello di stabilire i requisiti in presenza dei quali può essere esercitato il diritto al ricongiungimento familiare a favore dei cittadini di Stati terzi che risiedono legalmente nel territorio degli Stati membri. Tuttavia, ai sensi dell'art. 3, n. 3, della direttiva 2003/86, quest'ultima non si applica ai familiari di un cittadino dell'Unione". Per quanto riguarda, invece, la direttiva 2004/38/CE, "ai sensi dell'art. 3, n. 1, della medesima, si applica a qualsiasi cittadino dell'Unione che si rechi o soggiorni in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza, nonché ai suoi familiari, secondo la definizione datane dall'art. 2, punto 2, della medesima direttiva, che lo accompagnino o lo raggiungano, purché questi ultimi rispettino le prescritte formalità amministrative e a meno che non sussistano giustificati e proporzionati motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza o sanità pubblica. La Corte ha già avuto occasione di constatare che, conformemente a un'interpretazione letterale, teologica e sistematica di questa disposizione, un cittadino dell'Unione, che non abbia mai fatto uso del suo diritto alla libera circolazione e che abbia sempre soggiornato in uno Stato membro di cui possiede la cittadinanza, non rientra nella nozione di 'avente diritto', ai sensi dell'art. 3, n. 1, della direttiva 2004/38, per cui quest'ultima non gli è applicabile. È stato parimenti constatato che, qualora un cittadino dell'Unione non ricada sotto la nozione di 'avente diritto' ai sensi dell'art. 3, n. 1, della direttiva 2004/38, neppure il suo familiare può ritenersi incluso in tale nozione, dato che i diritti conferiti dalla citata direttiva ai familiari di un avente diritto non sono diritti originari spettanti a tali familiari, bensì diritti derivati, da essi acquisiti nella loro qualità di familiari dell'avente diritto.

nazionale (come prevede testualmente l'art. 20 TFUE) a "fondamentale" e questo le ha poi permesso di sviluppare i principi sopra citati⁶⁷⁷.

La motivazione che ha spinto la Corte di Giustizia a concedere il permesso di soggiorno al Sig. Zambrano e a sua moglie (nonostante gli stessi avessero risieduto e lavorato illegalmente nello Stato membro ospitante), ovvero il fatto che i loro bambini, cittadini europei, sarebbero stati privati del "nucleo essenziale" dei diritti connessi alla cittadinanza europea, ha aperto il varco, com'era prevedibile ad una cascata di rinvii pregiudiziali volti ad ottenere una pronuncia della portata analoga a quella del caso *Zambrano*.

A tal ultimo riguardo, bisogna sottolineare che nonostante, ad un primo sguardo, le conseguenze di una pronuncia come questa possano sembrare solo di tipo positivo per i minori coinvolti, in realtà, se gli Stati membri non valutano con uno sguardo realmente *child-centered* le richieste di permesso di soggiorno in vicende simili a quella dei coniugi Zambrano potrebbero verificarsi gravi violazioni dei diritti dei figli minori. Questi ultimi, infatti, potrebbero essere utilizzati dai genitori come dei meri strumenti per regolarizzare la loro posizione nell'Unione europea attraverso una vera e propria manipolazione della legge⁶⁷⁸.

La Corte di Giustizia, nelle sue successive pronunce, ha comunque precisato i contorni dei principi espressi nella sentenza *Zambrano*, chiarendo che questi ultimi hanno una natura del tutto eccezionale e andando, così, sostanzialmente a circoscriverne la portata applicativa.

Un primo esempio di ciò si è avuto nel successivo caso *McCarthy*.

Tale pronuncia ha anche offerto un'occasione di riflessione in merito ad uno degli aspetti più problematici che derivano dalla scelta della Corte di Giustizia di incentrare le proprie valutazioni in merito ai casi concernenti l'unità familiare solo sui diritti connessi alla cittadinanza europea, ovvero il problema delle c.d. "discriminazioni a rovescio".

Nel caso di specie, la Corte di Giustizia ha statuito che "*i cittadini dell'UE che non abbiano mai esercitato il loro diritto di libera circolazione, non possono invocare la Cittadinanza dell'Unione per regolarizzare il soggiorno del loro coniuge proveniente da un paese terzo*".

La vicenda riguardava la Sig.ra Shirley McCarthy, cittadina del Regno Unito che possedeva anche la cittadinanza irlandese. La donna, nata nel Regno Unito, aveva sempre soggiornato in tale ultimo Paese, senza aver mai esercitato il suo diritto di circolare nel territorio di altri Stati membri.

⁶⁷⁷ L. MONTANARI, *Una nuova tappa nella definizione della portata della cittadinanza europea: alcune riflessioni sulle sentenze Ruiz Zambrano e McCarthy*, in *La Comunità internazionale*, 3, 2001, p. 440 e si vedano anche le *Conclusioni* dell'Avvocato generale Sharpston, par. 80.

⁶⁷⁸ T. LIEFAARD, J. E. DOEK, *Litigating the Rights of the Child. The UN Convention on the Rights of the Child in Domestic and International Jurisprudence*, cit., p. 225 e ss. Come dimostra, ad esempio, il caso *Bent* arrivato davanti all'Alta Corte inglese nel quale una minore era stata sradicata dalle proprie abitudini e dai propri affetti che aveva a Londra per andare a vivere da sola con il padre nel Nord dell'Inghilterra in modo tale che l'uomo, di origini jamaicane, risultando l'unica figura genitoriale che se ne occupava, potesse ottenere un permesso di soggiorno nel Regno Unito. Fortunatamente la Suprema Corte inglese ha rigettato il suo ricorso proprio perchè come afferma il giudice Robert Owen: "*the obvious concern is that this change in Moesha's living, education and care arrangements may have been influenced by the issues affecting the claimant's long term desire to remain in residence in this country... My concern is that the welfare of Moesha does not appear at least to have been made known to, let alone considered...*" (The Queen on the Application of *Bent v. Secretary of State for Home Department* CO/2703/2012 ([2012] EWHC 4036 Admin, per Robert Owen HHJ, paragraph 123).

A seguito del matrimonio con un cittadino giamaicano, la Sig.ra McCarthy aveva chiesto, per la prima volta, un passaporto irlandese e lo aveva ottenuto. Successivamente, in qualità di cittadina irlandese intenzionata a soggiornare nel Regno Unito ai sensi del diritto UE, aveva chiesto alle autorità britanniche un titolo di soggiorno. Suo marito, invece, aveva chiesto un'autorizzazione di soggiorno in qualità di coniuge di una cittadina dell'Unione. Entrambe le domande erano state respinte a motivo del fatto che la Sig.ra McCarthy non poteva fondare il suo soggiorno sul diritto UE, né invocare quest'ultimo per regolarizzare il soggiorno del coniuge, in quanto la stessa non aveva mai esercitato il suo diritto di circolare e soggiornare in Stati membri diversi dal Regno Unito.

Come nella sentenza *Zambrano*, la Corte di Giustizia ha rilevato che la signora McCarthy non aveva mai esercitato il suo diritto alla libera circolazione, avendo sempre risieduto nello Stato membro di cui aveva la cittadinanza e, quindi, la Direttiva 2004/38 non era applicabile; a differenza, invece, che nel caso *Zambrano*, la Corte ha chiarito che le misure nazionali prese non avevano l'effetto di obbligare la Sig.ra McCarthy a lasciare il territorio europeo, privandola dei diritti derivanti dal suo *status* di cittadina dell'Unione e, quindi, la sua situazione ricadeva esclusivamente nella sfera di competenza nazionale.

In altre parole, anche se il marito fosse stato espulso, la signora McCarthy avrebbe potuto rimanere in Inghilterra e, pertanto, non sarebbero stati pregiudicati i diritti connessi al suo *status* di cittadina europea.

Un cittadino adulto dell'Unione europea, pertanto, che non abbia mai esercitato il suo diritto alla libera circolazione nel territorio degli Stati membri, non può, a differenza di un cittadino europeo minorenni, invocare il diritto al ricongiungimento familiare e questo deriva dal fatto che, ad avviso della Corte, le persone adulte sono in grado di esercitare il loro diritto alla libera circolazione dentro l'Unione europea in maniera indipendente.

Se dal punto di vista formale è evidente che nessun cittadino adulto di uno Stato membro possa essere costretto a lasciare il proprio Paese di origine e, di conseguenza, il territorio dell'Unione, dal punto di vista sostanziale, tuttavia, l'impossibilità di garantire il diritto di soggiorno al coniuge, cittadino di un Paese terzo, avrà condizionato sicuramente la libertà di scelta della signora McCarthy di godere del proprio diritto di soggiornare nell'Unione, essendo stato pregiudicato il suo diritto fondamentale alla vita privata e familiare.

La soluzione accolta dalla Corte di Giustizia nel caso *McCarthy* sembra, dunque, riproporre una lettura dei contenuti della cittadinanza europea incentrata unicamente sui diritti originariamente previsti dai Trattati, *in primis* la libertà di circolazione e soggiorno, senza che vengano valorizzate le potenzialità insite nella Carta dei diritti fondamentali nella quale trovano riconoscimento diversi principi fondamentali, tra i quali anche il diritto alla tutela della vita privata e familiare (art. 7).

La Corte di Giustizia, infatti, non ha accordato alcun rilievo alla tutela del diritto fondamentale alla vita privata e familiare della Sig.ra McCarthy, ma ha fondato la sua decisione, come nel caso *Zambrano* d'altronde, unicamente sulla valorizzazione della cittadinanza europea, quale "*status* fondamentale" dei cittadini dell'Unione, e sul "nucleo essenziale dei diritti" ad essa ricollegabili, portando a conclusioni diametralmente opposte nei due casi.

Da ciò se ne deduce che, evidentemente, il diritto fondamentale di cui all'articolo 7 della Carta dei diritti fondamentali non rientra nel “nucleo essenziale dei diritti connessi alla cittadina europea” a meno che il mantenimento della vita privata e familiare non sia assolutamente necessario per far rimanere il cittadino europeo a vivere nello Stato membro in cui è nato e di cui ha la cittadinanza. E ciò avviene, secondo la Corte di Giustizia, unicamente quando i cittadini europei coinvolti sono minori in tenera età.

Dalla decisione della Corte nel caso *Zambrano*, letta in combinato disposto con quella presa successivamente nel caso *McCarthy*, si evidenzia, quindi, una tutela differenziata, e a tratti discriminatoria, dei diritti connessi allo *status* di cittadino europeo, variabile a seconda che il protagonista della vicenda sia un cittadino minore di età o un adulto.

Bisogna sottolineare, infine, che, né nel caso *Zambrano* né nel caso *McCarthy*, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è stata menzionata e anzi, in *Zambrano*, il giudice nazionale che rimise la questione alla Corte di Giustizia aveva espressamente chiesto l'interpretazione della vicenda anche alla luce dell'articolo 24 della Carta (che tutela i diritti dei minori), ma la Corte non lo fece e non citò mai il principio del superiore interesse del minore.

Altra sentenza molto famosa della Corte di Giustizia, sempre connessa alle tematiche affrontate nei casi *Zambrano* e *McCarthy*, è quella relativa al caso *Dereci e altri*⁶⁷⁹.

Tutti i ricorrenti dinanzi al giudice nazionale erano cittadini di Stati terzi che presentavano legami familiari con cittadini austriaci e che non avevano diritto, sulla base della legislazione nazionale, a rimanere in Austria. Tra questi vi era il Sig. Murat Dereci, cittadino turco, entrato in Austria illegalmente nel novembre 2001, che nel luglio 2003 aveva sposato una cittadina austriaca con la quale aveva avuto tre figli, cittadini austriaci, tutti ancora minorenni.

Riguardo alla situazione della famiglia Dereci non esisteva alcun rischio che il diniego del permesso di soggiorno opposto al padre dalle autorità austriache potesse privare la moglie e i tre figli in tenera età del godimento di uno dei diritti enumerati all'art. 20, n. 2, del TFUE⁶⁸⁰. Inoltre, e contrariamente alla situazione all'origine della causa *Ruiz Zambrano*, dalla domanda di pronuncia pregiudiziale emergeva che né la moglie, né i figli erano a carico del Sig. Dereci.

Pertanto, se quest'ultimo non avesse ottenuto un permesso di soggiorno e fosse stato espulso verso la Turchia, né sua moglie né i suoi figli, contrariamente ai figli del Sig. Zambrano, avrebbero, in teoria, rischiato di vedersi costretti a lasciare il territorio dell'Unione.

Come nel caso *Zambrano*, invece, nessuno dei cittadini dell'Unione in questione aveva (ancora) esercitato il proprio diritto alla libera circolazione e, di conseguenza, non potevano avvalersi dei diritti alla stessa connessi, come quello al ricongiungimento familiare.

⁶⁷⁹ Causa C-256/11, sentenza del 15 novembre 2011.

⁶⁸⁰ Segnatamente, quanto al diritto di circolare e di soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri, menzionato all'art. 20, n. 2, lett. a), TFUE, la Sig.ra Dereci, in quanto cittadina austriaca, poteva continuare a godere del diritto di soggiorno in Austria e poteva validamente avvalersi del suo diritto di libera circolazione tra gli Stati membri. La stessa cosa valeva per i figli che, tuttavia, a causa della loro giovane età, non potevano esercitare detto diritto indipendentemente dalla madre.

Veniva chiesto, pertanto, alla Corte di Giustizia di chiarire se il diniego di concedere un diritto di soggiorno ad un cittadino di uno Stato terzo alle predette condizioni poteva dar vita ad una privazione del godimento effettivo e sostanziale dei diritti conferiti dallo *status* di cittadino dell'Unione ai cittadini europei coinvolti.

La Corte di Giustizia ha ribadito, al riguardo, quanto affermato nella sentenza *Zambrano* ovvero che, “l’art. 20 TFUE osta a provvedimenti nazionali che abbiano l’effetto di privare i cittadini dell’Unione del godimento reale ed effettivo del nucleo essenziale dei diritti conferiti dallo *status* suddetto”. Ciò nonostante, la Corte ha precisato che il criterio relativo alla privazione del contenuto sostanziale dei diritti attribuiti dallo *status* di cittadino dell’Unione ha “un carattere molto particolare” e trova applicazione solo “in via eccezionale”, ovvero in quelle ipotesi in cui “*malgrado la circostanza che il diritto derivato relativo al diritto di soggiorno dei cittadini di Stati terzi non sia applicabile, un diritto di soggiorno non può essere negato*”, poiché, se così non fosse, il cittadino dell’Unione si troverebbe “*obbligato, di fatto, ad abbandonare il territorio non solo dello Stato membro di cui è cittadino, ma anche dell’Unione considerata nel suo complesso*”.

La Corte di Giustizia, in tale pronuncia, ha, quindi, circoscritto ancora di più i principi enunciati nella sentenza *Zambrano*, dimostrando anche di non considerare i legami familiari come un fattore determinante nella scelta di lasciare il territorio dell’Unione.

La Corte, infatti, ha affermato espressamente che “*la mera circostanza che possa apparire auspicabile al cittadino di uno Stato membro, per ragioni economiche o per mantenere l’unità familiare del territorio dell’Unione, che i suoi familiari, che non possiedono la cittadinanza di uno Stato membro, possano soggiornare con lui nel territorio dell’Unione, non basta di per sé a far ritenere che il cittadino dell’Unione sia costretto ad abbandonare il territorio dell’Unione qualora un tale diritto non gli venga concesso*”. Pertanto, secondo la Corte di Giustizia, non costituendo il diritto al rispetto della via privata e familiare parte integrante del nucleo essenziale dei diritti connessi allo *status* di cittadino dell’Unione, non vi era stata, nel caso *Dereci*, alcuna violazione delle rispettive norme del Trattato in quanto i principi enunciati in *Zambrano* non vanno utilizzati in funzione strumentale alla tutela dell’unità familiare.

Questa posizione della Corte di Giustizia non si spiega tanto con il dichiarato desiderio della Corte di voler rispettare il disposto dell’art. 20, n. 2, TFUE, nel quale l’enumerazione dei diritti di cui dispongono i cittadini dell’Unione non è di certo tassativa⁶⁸¹, quanto con la preoccupazione che le competenze dell’Unione non sconfinino in quelle degli Stati membri in materia di immigrazione.

Proprio per non sconfinare in competenze di appartenenza degli Stati membri, la Corte, dopo aver suggerito al giudice del rinvio di non ritenere i motivi di tipo economico e familiare idonei a costringere un cittadino europeo a lasciare il territorio dell’Unione, lascia allo stesso giudice nazionale l’onere di valutare in

⁶⁸¹La seconda frase dell’art. 20, n. 2, TFUE ricorda, infatti, che i cittadini dell’Unione godono “tra l’altro” dei diritti elencati alle lett. a)-d) di questa stessa disposizione. Si osserva, tuttavia, che, in virtù dell’art. 25, secondo comma, TFUE, solo il Consiglio, all’unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo, può disporre della facoltà di emanare disposizioni “volte a completare i diritti elencati” all’art. 20, n. 2, TFUE.

quali altri casi il diniego del permesso di soggiorno ad un cittadino di un Paese terzo possa comportare, per il cittadino dell'Unione europea interessato, la privazione del godimento effettivo e sostanziale dei diritti che gli sono attribuiti dallo *status* di cittadino dell'Unione.

Successivamente, la Corte di Giustizia ha valutato se nel caso *Dereci* poteva esserci stata, invece, una violazione di ciò che è alla base dell'istituto del ricongiungimento familiare, ovvero il diritto alla protezione della vita privata e familiare, tutelato dall'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali.

La Corte ha operato, quindi, una distinzione, lasciando separate le due prospettive di analisi fondate l'una, sulle norme del Trattato in materia di cittadinanza dell'Unione, l'altra, sul diritto al rispetto della vita privata e familiare, tutelato dalla Carta dei diritti fondamentali⁶⁸².

Innanzitutto, secondo la Corte di Giustizia, la tutela della vita privata e familiare, offerta, dall'ordinamento giuridico nazionale, da quello dell'Unione europea e dalla CEDU è da ritenersi complementare: infatti, nell'ipotesi di un cittadino dell'Unione che abbia esercitato una delle libertà di cui al TFUE, il diritto al rispetto della vita familiare è tutelato a livello nazionale e a livello UE; mentre riguardo ad un cittadino dell'Unione che non si sia avvalso di una di dette libertà, tale tutela è garantita a livello nazionale ed internazionale (grazie alla CEDU), ma non a livello UE.

Non si può non notare, tuttavia, che le conseguenze dell'applicazione pura e semplice della giurisprudenza *Ruiz Zambrano* e *McCarthy* al caso *Dereci* sollevi taluni paradossi, come sottolineato anche dall'Avvocato Generale Paolo Mengozzi nelle sue Conclusioni⁶⁸³.

Una di queste riguarda il fatto che per poter effettivamente godere di una vita familiare sul territorio dell'Unione i cittadini europei si vedono in pratica "costretti" ad esercitare una delle libertà di circolazione previste dal TFUE. Infatti, se la Sig.ra Dereci e i suoi figli si trasferissero, ad esempio, in Germania o fornissero alcuni servizi verso un altro Stato membro, la loro situazione rientrerebbe nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione e, pertanto, essi potrebbero verosimilmente avvalersi del ricongiungimento familiare con il Sig. Dereci.

Il caso della famiglia Dereci, come la situazione all'origine della causa *Ruiz Zambrano*, riguarda bambini in tenera età, cittadini dell'Unione, ma la cittadinanza europea della madre, paradossalmente, rappresenta una circostanza che impedisce o comunque rinvia il ricongiungimento familiare con il padre, dando vita ad una discriminazione a rovescio.

Infatti, da un lato, a seguito della sentenza *Ruiz Zambrano*, i figli, cittadini europei, dei coniugi Zambrano, entrambi cittadini di Paesi terzi, possono subito continuare ad avere relazioni con i loro genitori nello Stato membro di cui possiedono la cittadinanza e nel quale risiedono; dall'altro, il rispetto della vita familiare dei tre figli, cittadini europei in tenera età, dei coniugi Dereci è, invece, subordinata all'esercizio, da parte della madre, cittadina europea anch'essa, di una delle libertà di circolazione previste dal TFUE e,

⁶⁸² Trattasi di un tipo di valutazione innovativa in quanto non affrontata in *Zambrano* e mancante, come abbiamo visto, anche nella sentenza *McCarthy*.

⁶⁸³ Presa di posizione dell'Avvocato Generale Mengozzi, presentata il 29 settembre 2011, causa C-256/11, *Dereci*, *Raccolta*, punti 37-43.

dunque, verosimilmente, al trasferimento della medesima con i figli in uno Stato membro diverso dall’Austria, Paese in cui la donna risiede assieme ai bambini e di cui hanno tutti la cittadinanza.

La Corte di Giustizia, in merito all’applicazione dell’art. 7 della Carta dei diritti fondamentali al caso della famiglia Dereci, ha, comunque, deciso di lasciare “carta bianca” al giudice nazionale competente nello stabilire se la predetta situazione potesse essere soggetta al diritto dell’Unione (e conseguentemente giudicabile alla luce dell’art. 7 della Carta) e, in caso negativo, delegando allo stesso giudice del rinvio il compito di controllare il rispetto delle norme della CEDU nel caso di specie.

L’alto coinvolgimento dei giudici nazionali ai quali, di fatto, è stata lasciata l’ultima parola nel definire una materia di interesse centrale nel processo di integrazione europea, qual è, appunto, la tutela giurisdizionale dei diritti connessi alla cittadinanza europea, potrebbero essere letto come un modo per favorire l’accettazione da parte degli Stati membri della progressiva costruzione di un nucleo forte di diritti connessi allo *status* di cittadino europeo; una sorta, cioè, di richiesta di legittimazione a livello nazionale che passa attraverso l’operato dei giudici nazionali.

Tuttavia, in questo modo, la Corte di giustizia sembra piuttosto ridimensionare il proprio ruolo nell’evoluzione del processo di integrazione europea, confidando su di una presa di responsabilità e su di una “apertura europea” dei giudici nazionali che non è affatto scontata.

Inoltre, si può cogliere in questo atteggiamento una riduzione, se non una rinuncia, da parte della Corte di giustizia ad esercitare il ruolo di “Corte dei diritti” che la Carta dei diritti fondamentali avrebbe, invece, dovuto rafforzare.

La Corte di Giustizia, infatti, lascia alla discrezionalità dei giudici nazionali anche la decisione di ritenere applicabile o meno la Carta dei diritti fondamentali a situazioni molto delicate coinvolgenti famiglie con dei minori. A supporto di ciò, non si può non notare che la Corte di Giustizia abbia del tutto “dimenticato” di affrontare la questione della famiglia Dereci alla luce dell’art. 24 della Carta dei diritti fondamentali, nonostante il caso vedesse coinvolte le vite di ben tre minori. Stessa mancanza vi era stata nel caso *Zambrano* dove, tuttavia, come abbiamo visto, si è comunque arrivati ad una pronuncia tutelante per i minori coinvolti.

Stupisce, pertanto, la “leggerezza” della Corte di Giustizia nell’affrontare il caso *Dereci* senza operare alcuna verifica in merito a quale tipo di decisione potesse essere maggiormente tutelante per il superiore interesse dei bambini coinvolti e senza nemmeno fare un bilanciamento con gli interessi statali rilevanti in tali tipi di situazioni.

È interessante anche notare che la Corte di Giustizia, nel caso *Dereci*, ha rammentato, ancora una volta, che il diritto contenuto nell’art. 7 della Carta dei diritti fondamentali, ove quest’ultima risulti applicabile (a discrezione del giudice del rinvio), corrisponde al diritto garantito dall’art. 8 della CEDU.

Affermando ciò, si ritiene che la Corte fosse ben consapevole dell’ampiezza della tutela offerta dalla Corte europea dei diritti dell’uomo per il tramite dell’articolo 8 della CEDU e forse, proprio per tale ragione, non volendo apparire troppo “invadente” in questioni ancora così gelosamente di interesse nazionale, ha preferito lasciare agli Stati membri la decisione di applicare correttamente non solo la CEDU, ma anche la

stessa Carta dei diritti fondamentali.

L'art. 8 della CEDU si applica, infatti, come abbiamo visto, anche “*whenever there was the potential for family life to develop at a future stage*”⁶⁸⁴ ovvero anche quando la vita familiare è stata semplicemente “progettata” e al momento esiste solamente un legame familiare di fatto.

Inoltre, sempre in tema di violazione dell'art. 8 della CEDU, la Corte europea dei diritti dell'uomo, nella sentenza *Jeunesse v. the Netherlands*, del 3 Ottobre 2014, ha richiamato la propria giurisprudenza⁶⁸⁵ in virtù della quale, qualora una situazione familiare è stata creata in un momento in cui i soggetti coinvolti conoscevano la precarietà del loro *status* in conseguenza dell'immigrazione, la rimozione del soggetto illegalmente presente sul territorio di uno Stato membro costituisce una violazione dell'art. 8 della CEDU solo in casi eccezionali.

Nel caso *Jeunesse v. the Netherlands*, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto integrate tali situazioni eccezionali in ragione del fatto che: 1) tutti i membri della famiglia, marito e i 3 figli minori, erano olandesi, salvo la moglie, madre dei tre minori, che era originaria del Suriname⁶⁸⁶; 2) la situazione era stata tollerata per anni (ben 16) dalle autorità olandesi nel corso dei quali la ricorrente aveva costruito propri legami familiari, affettivi e culturali in Olanda; 3) la ricorrente non aveva precedenti penali; 4) non si era tenuto conto del superiore interesse dei minori coinvolti.

Riguardo quest'ultimo punto, la Corte europea dei diritti dell'uomo, ha precisato, infatti, che “*national decision-making bodies should, in principle, advert to and assess evidence in respect of the practicality, feasibility and proportionality of any removal of a non-national parent in order to give effective protection and sufficient weight to the best interests of the children directly affected by it*”.

La Corte europea ha ritenuto, quindi, che nel caso *Jeunesse v. the Netherlands* non vi fosse stato un adeguato bilanciamento tra gli interessi della ricorrente (tutelati dall'art. 8 della CEDU), quelli dei minori coinvolti e quelli di ordine pubblico dell'Olanda nel controllare l'immigrazione irregolare, con conseguente violazione dell'art. 8 della CEDU.

Si ritiene che i quattro criteri presi in considerazione dalla Corte europea dei diritti dell'uomo potrebbero essere utilizzati anche dalla Corte di Giustizia per analizzare casi simili.

Ad esempio, la pronuncia della Corte di Giustizia nel caso del Sig. Dereci, che presentava molte somiglianze con la storia familiare della Sig.ra Jeunesse, avrebbe potuto avere un esito diverso se la Corte avesse tenuto conto, sin dall'inizio, del principio del superiore interesse del minore e se si fosse operato

⁶⁸⁴ Principio enunciato nella recente sentenza *D. and Others v. Belgium* dell'8 luglio 2014 e anche nelle più risalenti sentenze *Pini and Others v. Romania* del 22 giugno 2004 e *Nylund v. Finland* del 29 giugno 1999.

⁶⁸⁵ Ad esempio il caso *Rodrigues da Silva e Hoogkamer c. Paesi Bassi*, deciso il 31 gennaio 2006, nel quale la Corte ritenne sussistente una violazione dell'art. 8 della CEDU nel rifiuto delle autorità olandesi di concedere un permesso di soggiorno ad una donna brasiliana, madre di una bambina nata in Olanda da padre olandese e legalmente affidata a quest'ultimo, con il quale, tuttavia, non aveva lo stesso rapporto stretto sussistente con la madre che, di fatto, se ne occupava in maniera prevalente. Alla luce delle gravi conseguenze che l'espulsione e la conseguente separazione avrebbero comportato tanto per la madre quanto per la figlia, la Corte europea dei diritti dell'uomo considerò che il benessere economico del Paese non potesse prevalere sui diritti derivanti per i ricorrenti dall'art. 8 della CEDU e ciò nonostante il fatto che la ricorrente risiedesse illegalmente nei Paesi Bassi sin dall'epoca della nascita della figlia senza aver mai cercato di regolarizzare la sua posizione, pur potendolo fare.

⁶⁸⁶ La donna, ricorrente nel caso di specie, era stata anch'essa, tra l'altro, cittadina olandese sino al 1975, anno in cui il Suriname aveva ottenuto l'indipendenza, causandole la perdita involontaria della cittadinanza olandese.

quantomeno un equo bilanciamento degli interessi in gioco.

La pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Jeunesse v. the Netherlands* è, quindi, molto importante poiché chiarisce, da un lato, quali sono gli obblighi positivi degli Stati membri in merito all'applicazione dell'art. 8 della CEDU quando si tratta di tutelare il rispetto della vita privata e familiare in casi di immigrazione irregolare; dall'altro, qual è il margine di apprezzamento che hanno gli Stati quando si tratta di incidere su una vita familiare che si è già stabilita durante un soggiorno illegale e, infine, quali sono i criteri ai quali gli Stati devono far riferimento per assicurare l'effettiva protezione del principio del superiore interesse del minore.

La Corte di Giustizia ha recentemente emanato un'importante pronuncia che richiama proprio la sentenza *Jeunesse v. the Netherlands* della Corte europea dei diritti dell'uomo e che verrà analizzata nel prosieguo ritenendosi più opportuno procedere con ordine e quindi soffermarsi ora sulle interessanti questioni che sono emerse nelle cause *O. e S. c. Maahanmuuttovirasto* e *Maahanmuuttovirasto c. L.*, decise entrambe dalla Corte di Giustizia in una sentenza del 2012⁶⁸⁷.

I casi riguardavano la situazione di due donne, entrambe cittadine di Stati terzi, residenti legalmente in Finlandia e madri di due minori in tenera età: il primo bambino di tutte e due era nato da un precedente matrimonio con un cittadino finlandese ed era, pertanto, in possesso della cittadinanza europea come il padre; il secondo bambino di entrambe, invece, era nato dall'unione con il secondo marito, cittadino di un Paese terzo, ed era, quindi, in possesso della medesima cittadinanza extraeuropea del padre. Ambedue le donne avevano l'affidamento esclusivo del figlio, cittadino europeo, nato dal primo matrimonio e desideravano ottenere un permesso di soggiorno per il nuovo marito, convivente nel nuovo nucleo familiare ricostituito, nonché padre del secondo minore. Entrambe le domande di permesso di soggiorno per ricongiungimento familiare erano state, però, respinte.

Il giudice finlandese competente ha, pertanto, deciso di sottoporre una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia poiché l'aver rigettato la domanda di permesso di soggiorno ai nuovi mariti delle due signore poteva comportare che le due donne e i figli a loro affidati, compresi quelli aventi lo *status* di cittadini dell'Unione, fossero costretti a lasciare il territorio dell'Unione europea per poter tenere unita la famiglia.

A tal riguardo, il giudice del rinvio si interrogava sull'applicabilità dei principi enunciati dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Ruiz Zambrano* nei casi di specie in cui i richiedenti il permesso di soggiorno non erano i padri biologici dei minori cittadini europei, sui quali non esercitavano nemmeno alcun diritto di affidamento.

La Corte di giustizia ha affermato in merito che, avendo le madri dei minori un permesso di soggiorno permanente, non esisteva alcun obbligo giuridico, per esse e per i figli cittadini europei, di lasciare il territorio dell'Unione, ma sussisteva effettivamente la possibilità che le due donne, al fine di mantenere l'unità familiare, decidessero di lasciare il territorio dello Stato membro del quale i bambini più grandi possedevano la cittadinanza, privandoli, così, di qualsivoglia contatto con i loro padri biologici (nell'ipotesi in cui un tale

⁶⁸⁷ Corte di Giustizia, 6 dicembre 2012, *O. e S. c. Maahanmuuttovirasto* (causa C-356/11) e *Maahanmuuttovirasto c. L.* (C-357/11).

contatto fosse stato mantenuto sino ad allora). In alternativa, decidere di restare nel territorio dell'Unione avrebbe prodotto l'effetto di pregiudicare la relazione degli altri figli, cittadini di Paesi terzi, con i loro padri biologici.

La Corte, al riguardo, ha ribadito, come già nel caso *Dereci*, che, non costituendo il diritto al rispetto della via privata e familiare parte integrante del nucleo essenziale dei diritti connessi allo *status* di cittadino dell'Unione, non vi era stata alcuna violazione delle rispettive norme del Trattato, ma che era comunque compito dei giudici nazionali esaminare tutte le circostanze dei due casi al fine di stabilire se le decisioni di diniego dei permessi di soggiorno potevano minare concretamente i diritti dei figli cittadini europei.

La Corte in questo caso ha anche sancito un principio molto importante ovvero che i principi enunciati nella sentenza *Ruiz Zambrano* non sono riservati a situazioni in cui esiste un legame biologico tra il cittadino di un Paese terzo per il quale si richiede un diritto di soggiorno e il cittadino dell'Unione, minore in tenera età, dal quale deriverebbe, eventualmente, il diritto di soggiorno del richiedente⁶⁸⁸.

Secondo la Corte, infatti, “è la relazione di dipendenza tra il cittadino dell'Unione in tenera età e il cittadino di un Paese terzo al quale è negato un diritto di soggiorno che può mettere in discussione l'efficacia pratica della cittadinanza dell'Unione”.

In pratica, quindi, l'esistenza di una relazione di dipendenza è necessaria e sufficiente per pregiudicare l'efficacia pratica della cittadinanza dell'Unione per un minore in tenera età, mentre invece non lo è il rischio di non poter preservare l'unità familiare che si traduce, poi, nel diritto di ogni bambino di intrattenere regolari relazioni personali con i propri genitori (salvo che ciò sia contrario al suo interesse), come prevede l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Ma che cosa si intende per “relazione di dipendenza”? Secondo la Corte di Giustizia, il giudice del rinvio deve verificare se il cittadino del Paese terzo è responsabile dal punto di vista legale, finanziario o affettivo del minore cittadino europeo, lasciando intendere che sia sufficiente l'esistenza di una di queste tre condizioni.

Per la prima volta la Corte di Giustizia ha utilizzato l'espressione “responsabilità affettiva del minore” che lascia intravedere uno spiraglio nel valutare tali generi di questioni alla luce di criteri non meramente astratti, privi di affettività, legati unicamente a concezioni mercantilistiche e a precisi intenti politici.

Nonostante l'introduzione di questa nuova espressione sia da segnalare positivamente, la Corte di Giustizia si è comunque astenuta anche in questa sentenza dal prescrivere (o meglio dal ricordare) ai giudici nazionali che l'art. 24 della Carta impone loro di prendere ogni decisione che coinvolga un minore considerando sempre preminente il suo superiore interesse. Così facendo la Corte tralascia sempre dietro le righe il suo stesso dovere di prendere decisioni nell'ottica di tutelare *in primis* il benessere dei minori. Tra l'altro, oltre all'art. 24 della Carta, rilevante in questo caso soprattutto per garantire a tutti i minori interessati,

⁶⁸⁸ La Corte risponde così alle osservazioni del governo tedesco ed italiano che sottolineavano la necessità della sussistenza di legami di sangue al fine di poter conseguire il diritto di soggiorno derivato di specie.

senza discriminazioni, di mantenere rapporti regolari con i rispettivi padri, in questa vicenda la Corte di Giustizia si sarebbe potuta anche appellare al diritto di ogni persona di accedere gratuitamente all'istruzione obbligatoria, sancito dall'art. 14 della Carta, in quanto se le due madri avessero deciso di lasciare l'Unione europea vi sarebbe stata una chiara violazione di tale diritto a danno dei minori coinvolti. Al fine di supportare il proprio ragionamento la Corte avrebbe potuto richiamare anche le corrispondenti disposizioni della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo visto che tutti gli Stati membri ne sono vincolati⁶⁸⁹.

Un altro aspetto di questa sentenza che merita attenzione è che la Corte di Giustizia sembra collegare la famosa "relazione di dipendenza" tra il cittadino europeo minorenni e il cittadino di uno Stato terzo (necessaria al riconoscimento dei principi enunciati nella sentenza *Zambrano*), al fatto che il minore sia in "tenera età".

Viene, quindi, lecito chiedersi se i principi enunciati in *Zambrano* siano da considerarsi limitati ai neonati o, comunque ai bambini che si trovano nella c.d. prima infanzia⁶⁹⁰.

Un'idea potrebbe essere che proprio perché la Corte di Giustizia si è sempre riferita (indirettamente) a bambini molto piccoli spiega il fatto che non abbia mai previsto la necessità che i minori coinvolti in queste situazioni venissero ascoltati. Si ritiene, infatti, che sarebbe utile sentirli anche per verificare la loro "dipendenza affettiva" dal soggetto richiedente il permesso di soggiorno in quanto la Corte non ha specificato in base a quali criteri o procedure il giudice del rinvio dovrebbe valutare l'esistenza di tale rapporto.

Anzi, nei casi *O. e S. c. Maahanmuuttovirasto* e *Maahanmuuttovirasto c. L*, la Corte di Giustizia ha addirittura fatto intendere al giudice del rinvio di non ravvisare alcuna dipendenza tra i cittadini europei minori di età coinvolti e i cittadini degli Stati terzi, pur non dando spiegazioni particolari su come sia giunta a tale valutazione.

La Corte, alla fine, ha concluso queste due vicende come nel caso *Dereci*, rimettendo, cioè, al giudice del rinvio ogni valutazione circa la sussistenza, da un lato, di una concreta privazione del godimento effettivo del nucleo essenziale dei diritti connessi allo *status* di cittadino dell'Unione e, dall'altro, della violazione di altri diritti fondamentali che potevano non consentire il diniego di un permesso di soggiorno ai nuovi mariti delle signore coinvolte.

Sotto questo profilo, pertanto, anche questa pronuncia si colloca nel solco della solita reticenza della Corte di Giustizia ad assumere il ruolo di garante dei diritti dei minori, lasciato agli Stati membri tramite una sorta di "rinvio guidato" al giudice nazionale.

La Corte di giustizia, tuttavia, sempre nell'analisi delle vicende familiari dei casi *O. e S. c. Maahanmuuttovirasto* e *Maahanmuuttovirasto c. L*, ha riconquistato, sotto un altro aspetto, un po' di credibilità nella tutela dei diritti dei minori, quando ha sottolineato che le domande di permesso di soggiorno per ricongiungimento familiare, oggetto dei due procedimenti, rientravano nell'ambito di applicazione della

⁶⁸⁹ In particolare gli articoli 5, 9, 10, 18 e 28 della Convenzione ONU sui diritti dei fanciulli.

⁶⁹⁰ Ai sensi della definizione contenuta nel Commento Generale n. 7 del Comitato ONU per i diritti dei minori, intitolato "Implementing child rights in early childhood", "early childhood" è considerato il periodo di età che va dagli 8 anni in giù ("is the period below the age of 8 years", par. 4, Definition of early childhood).

direttiva 2003/86 che stabilisce le condizioni alle quali può essere esercitato il diritto al ricongiungimento familiare per i cittadini dei Paesi terzi legittimamente residenti nell'Unione⁶⁹¹.

Secondo la Corte, l'articolo 7, paragrafo 1, lettera c), di quest'ultima direttiva deve essere interpretato nel senso che, se è pur vero che gli Stati membri possono chiedere che il soggiornante dimostri di disporre di risorse stabili e regolari sufficienti per mantenere se stesso e i suoi familiari, tale facoltà deve comunque essere esercitata alla luce dell'articolo 7 della Carta dei diritti fondamentali, letto in combinato disposto con l'articolo 24 della stessa Carta.

La Corte obbliga, quindi, gli Stati membri ad esaminare le domande di ricongiungimento familiare nell'ottica di tutelare il superiore interesse dei minori interessati, oltre che in quella di favorire la vita familiare⁶⁹².

In conclusione, la Corte di Giustizia ha chiarito che, mentre la tutela dell'articolo 7 della Carta dei diritti fondamentali, letto in combinato disposto con l'art. 24 della Carta, non rientra nel nucleo forte dei diritti connessi allo *status* di cittadino europeo, la tutela della vita privata e familiare rientrerebbe, invece, nell'essenza del concetto stesso di "ricongiungimento familiare".

E' opportuno utilizzare il condizionale per tale ultima affermazione in quanto la Corte di Giustizia, subito dopo aver affermato che gli Stati "devono" interpretare le domande di ricongiungimento familiare nell'interesse dei minori interessati, ha immediatamente precisato che, nonostante la vita familiare sia un aspetto importante per i minori, gli articoli 7 e 24 della Carta dei diritti fondamentali non possono essere interpretati nel senso che gli stessi privano gli Stati membri del potere discrezionale di cui dispongono nell'esaminare le domande di ricongiungimento familiare⁶⁹³. Dunque ancora una volta, non sembra che al principio del superiore interesse del minore sia stato affidato un ruolo di correttivo delle normative nazionali e neanche in questa pronuncia viene prescritto al giudice del rinvio l'obbligo di effettuare, quantomeno, un bilanciamento tra gli interessi in gioco.

Il fatto che i principi espressi nel caso *Zambrano* vadano applicati solo in situazioni eccezionali è stato confermato anche nel caso *Alokpa e Moudoulou*⁶⁹⁴, deciso dalla Corte di Giustizia nel 2013.

La vicenda riguardava i due figli in tenera età della Sig.ra Alokpa, cittadina di uno Stato terzo, che si era sempre occupata da sola e in maniera esclusiva dei due minori, i quali erano cittadini francesi come il padre con il quale non avevano più alcun rapporto. La Sig.ra Alokpa risiedeva sin dalla nascita dei bambini in Lussemburgo, Stato del quale nessuno in famiglia aveva la cittadinanza.

La questione posta dal giudice del rinvio alla Corte di Giustizia era intesa a determinare se gli articoli

⁶⁹¹ Tale direttiva, che non si applica all'Irlanda, alla Danimarca e al Regno Unito, ha l'obiettivo di tutelare l'unità familiare e di facilitare l'integrazione dei cittadini dei Paesi terzi. Tra i soggetti che possono beneficiare del ricongiungimento familiare vi sono i figli minorenni della coppia (ovvero i figli non sposati che abbiano un'età inferiore a quella in cui si diventa legalmente maggiorenni nello Stato membro interessato), o di uno dei componenti della coppia qualora abbia il diritto di tutela e siano a suo carico, compresi i figli adottivi.

⁶⁹² Considerazione già espressa nella sentenza *Parlamento/Consiglio*, C- 540/03 del 27 giugno 2006, punto 58, e nella sentenza del 23 dicembre 2009, *Detiček*, C-403/09, punto 54.

⁶⁹³ Punto 79 della sentenza in commento. Si veda, in tal senso, anche *sentenza Parlamento/Consiglio*, cit., punto 59.

⁶⁹⁴ Corte di Giustizia, 10 ottobre 2013, caso *Alokpa e Moudoulou*, C-86/12.

20 TFUE e 21 TFUE devono (o meno) essere interpretati nel senso che ostano a che uno Stato membro neghi, a un cittadino di un Paese terzo, un diritto di soggiorno sul suo territorio quando tale cittadino abbia a proprio carico esclusivo figli in tenera età, cittadini dell'Unione, che sin dalla nascita soggiornano con lui in tale Stato membro senza possederne la cittadinanza e senza aver esercitato il proprio diritto alla libera circolazione.

Nel caso di specie, erano i titolari del diritto di soggiorno, ossia i due figli della Sig.ra Alokpa, ad essere effettivamente a carico di quest'ultima, sicché l'interessata non poteva invocare lo *status* di ascendente a loro carico ai sensi della direttiva 2004/38.

Secondo la Corte, spetta, innanzitutto, al giudice del rinvio verificare se i figli della ricorrente soddisfano le condizioni fissate dall'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 2004/38 e godono, di conseguenza, di un diritto di soggiorno nello Stato membro ospitante (ovvero il Lussemburgo), in base all'articolo 21 TFUE. In particolare, il giudice del rinvio doveva verificare se i minori disponevano, da soli o grazie alla madre, di risorse sufficienti e di un'assicurazione malattia completa.

Qualora non fossero state soddisfatte le condizioni fissate dall'articolo 7, paragrafo 1, della citata direttiva, l'articolo 21 TFUE deve essere interpretato, secondo la Corte di Giustizia, nel senso che esso non osta a che alla Sig.ra Alokpa venga negato un diritto di soggiorno sul territorio lussemburghese.

In caso di diniego del permesso, tuttavia, la Corte ha tenuto a precisare che il giudice del rinvio è comunque tenuto a verificare se un siffatto diritto di soggiorno non possa essere concesso alla ricorrente in via eccezionale, a pena di pregiudicare l'effetto utile della cittadinanza dell'Unione di cui godono i figli.

Subito dopo aver affermato ciò, la Corte di Giustizia ha chiarito che, sebbene non fosse un suo compito verificare tale circostanza, la Sig.ra Alokpa, nella sua qualità di madre dei due minori e di persona che, sin dalla loro nascita, ne aveva da sola la custodia effettiva, poteva godere di un diritto derivato ad accompagnare e a soggiornare con i figli sul territorio francese di cui i minori avevano la cittadinanza; pertanto, secondo la Corte, in linea di principio, il diniego, da parte delle autorità lussemburghesi, di concedere un diritto di soggiorno alla Sig.ra Alokpa non poteva avere come conseguenza quella di obbligare i suoi figli a lasciare il territorio dell'Unione nel suo insieme.⁶⁹⁵

In conclusione, anche questa pronuncia, come la precedente, dimostra che quando si tratta di guidare il giudice del rinvio verso una decisione potenzialmente pregiudizievole per i minori coinvolti (in quanto diretta a costringerli sostanzialmente a lasciare il Paese nel quale hanno sempre vissuto) la Corte di Giustizia è sempre in prima linea, mentre il suo apporto diventa totalmente inesistente quando si tratterebbe di imporre al giudice del rinvio l'adozione di una decisione che sia il frutto di un equo bilanciamento dei diversi interessi in gioco e che tenga in considerazione, in via prioritaria, il superiore interesse dei minori coinvolti.

D'altronde, la Corte di Giustizia, anche in quest'ultimo caso, ha ommesso di pronunciarsi sulle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali richiamate dal giudice del rinvio, tra le quali figurava proprio l'art. 24 della Carta.

⁶⁹⁵ Punti 34 e 35 della sentenza in commento.

Infine, due nuove pronunce della Corte di Giustizia si sottolineano positivamente non solo per aver richiamato molti passaggi della sentenza *Zambrano*, ma anche la sopra citata sentenza *Jeunesse v. the Netherlands* della Corte europea dei diritti dell'uomo (sebbene in uno solo dei due casi).

La Grande Camera della Corte di Giustizia ha, infatti, emanato, nel medesimo giorno, due sentenze molto simili in quanto riguardanti entrambe casi che vedevano coinvolti due cittadini extra UE, che avevano l'affidamento esclusivo di un figlio minore di età cittadino europeo, e ai quali era stato negato il permesso di soggiorno a causa dei loro precedenti penali⁶⁹⁶.

In queste pronunce la Corte ha chiarito che il diritto UE non consente né di rifiutare in modo automatico un permesso di soggiorno a un cittadino di un Paese terzo che abbia l'affidamento esclusivo di un cittadino minore dell'UE, né di espellerlo dal territorio dell'Unione per il solo motivo che lo stesso ha dei precedenti penali.

A parere della Corte, per poter essere valida ai sensi del diritto UE, una misura di espulsione o di diniego del permesso di soggiorno, in questi casi specifici, deve essere sempre proporzionata e basata su una valutazione specifica e concreta del livello di pericolosità sociale del soggetto interessato che deve rappresentare una minaccia effettiva, attuale e sufficientemente grave per un interesse fondamentale della società dello Stato membro ospitante, non essendo ammissibili motivi di mera prevenzione generale.

Queste pronunce sono realmente innovative poiché la Corte di Giustizia, finalmente, ha imposto agli Stati membri di ponderare equamente gli interessi coinvolti e soprattutto di tenere sempre conto del principio del superiore interesse del minore, dovendo a tal fine gli stessi prestare una particolare attenzione all'età del minore coinvolto, alla sua situazione personale/economica e di salute e al suo grado di dipendenza rispetto al genitore.

È altrettanto rilevante il fatto che la Corte, per la prima volta in casi simili, abbia invocato il rispetto non solo del principio di proporzionalità, ma anche del diritto alla tutela della vita privata e familiare, sancito dall'art. 7 della Carta. A differenza, ad esempio, del caso *Dereci*, infatti, in queste due pronunce la Corte richiama la Carta dei diritti fondamentali (in particolare gli art. 7 e 24), ritenendo che entrambi i casi rientrino nel campo di applicazione del diritto UE, mentre nel caso *Dereci*, come era stato sopra evidenziato, tale ultima valutazione era stata lasciata incredibilmente agli Stati membri.

La Corte ha motivato i limiti imposti agli Stati richiamando la sentenza *Zambrano* e quindi l'alta protezione che va garantita ai diritti essenziali che discendono dallo status di cittadino UE che possono essere derogati solo in situazioni eccezionali.

In entrambi i casi di specie la tutela dello status di cittadini UE dei minori coinvolti è stata ritenuta così prioritaria al punto da spingere la Corte di Giustizia a richiedere agli Stati membri di ponderare attentamente sull'espulsione dei genitori, cittadini extra UE, anche se questi ultimi avevano dei precedenti penali. A differenza del caso *Zambrano*, tuttavia, qui viene anche sottolineata l'importanza, ugualmente

⁶⁹⁶ Corte giustizia, Grande Sez., 13/09/2016, *Secretary of State for the Home Department c. CS. (C-304/14)* e *Alfredo Rendón Marín c. Administración del Estado (C-165/14)*.

prioritaria, di tutelare il principio del superiore interesse del minore.

Dunque queste due pronunce sembrano destinate a limitare fortemente gli automatismi nelle espulsioni dei cittadini dei Paesi terzi e nei dinieghi dei permessi di soggiorno in casi simili anche perché la Corte, dopo aver precisato che i motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza possono essere invocati solo in casi eccezionali per bloccare il soggiorno, ha chiarito che, in ogni caso, “quanto più forte è l’integrazione dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari nello Stato membro ospitante, tanto più elevata dovrebbe essere la protezione contro l’allontanamento”.

Queste sentenze segnano forse una nuova era nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, basata sull’imporre agli Stati membri un’analisi dell’interesse superiore dei minori coinvolti nel caso concreto e non più in astratto, sull’obbligare gli stessi Stati ad operare un equo bilanciamento degli interessi coinvolti e sul richiamo della Carta dei diritti fondamentali a fondamento del proprio ragionamento.

Si sottolinea comunque che anche queste due pronunce limitano ancora i principi emanati nel caso *Zambrano* poiché è chiaro, leggendole, che solo i minori, cittadini UE, che si trovano in situazioni simili a quelle di questi due casi, ovvero che sono accuditi unicamente da un genitore originario di un Paese terzo, possono godere di queste importanti garanzie a favore della figura genitoriale di riferimento.

2.4 Interesse superiore del minore e diritto alle prestazioni sociali

Come dimostrano le sentenze sopra analizzate (ad eccezione delle ultime due più recenti), dopo la sentenza *Zambrano*, che aveva apparentemente aperto la strada ad una giurisprudenza attenta alla tutela del principio del superiore interesse del minore, si sono susseguite una serie di pronunce nelle quali l’attenzione verso i minori è stata messa in secondo piano oppure neanche presa in considerazione dalla Corte di Giustizia.

Non ha stupito, di conseguenza, l’atteggiamento tenuto dalla Corte nel caso *Dano* in materia di diritto di accesso alle prestazioni sociali in uno Stato membro ospitante⁶⁹⁷.

La questione riguardava due cittadini europei non economicamente attivi, la Sig.ra Dano e il figlio minore Florin, entrambi cittadini rumeni, che avvalendosi del loro diritto alla libera circolazione erano soliti

⁶⁹⁷ Caso C-333/13, sentenza dell’11 novembre 2014, *Elisabetta Dano, Florin Dano c. Jobcenter Leipzig*. La protagonista della vicenda, la Sig.ra Dano, era una cittadina rumena, come il figlio Florin, che non aveva mai esercitato alcuna attività lavorativa né in Germania, né in Romania, né aveva mai cercato un impiego. Stabilitasi a Lipsia con il figlio Florin, la Sig.ra Dano si era vista riconoscere prestazioni per il figlio a carico e, sempre per il figlio, un anticipo sulla pensione alimentare versato dal servizio di assistenza sociale alla gioventù e all’infanzia della città di Lipsia. La donna aveva deciso di richiedere per sé anche delle prestazioni assicurative di base previste dalla legislazione tedesca al fine di assicurare una vita dignitosa a persone indigenti aventi la residenza abituale in Germania. La richiesta, presentata prima nel 2011 e poi nel 2012, era stata respinta in entrambe le occasioni dal Jobcenter Leipzig, non avendo la Sig.ra Dano un diritto di soggiorno in Germania. La donna, insieme con il figlio, aveva proposto, quindi, ricorso contro la decisione del 2012 e il giudice adito aveva ritenuto necessario rivolgersi alla Corte di Giustizia in via pregiudiziale. Uno dei motivi di rinvio riguardava la questione se il diritto dell’Unione in materia di libera circolazione e soggiorno dei cittadini europei consentisse agli Stati membri di escludere un cittadino di un altro Paese membro dal godimento di talune prestazioni sociali (aventi carattere non contributivo) che sono garantite ai cittadini dello Stato membro ospitante. Tale esclusione, infatti, poteva essere potenzialmente in contrasto con il principio di non discriminazione sancito, in termini generali, negli articoli 18 e 20 TFUE e disciplinato in termini più specifici nell’articolo 24 della Direttiva 2004/38/CE.

spostarsi negli Stati membri con il solo obiettivo di beneficiare dell'aiuto sociale da questi offerto ai propri cittadini in condizioni simili.

In questo caso la Corte di Giustizia ha stabilito che, in queste situazioni, uno Stato membro non è tenuto ad erogare una prestazione sociale ad un cittadino di un altro Paese dell'Unione europea qualora quest'ultimo, residente sul suo territorio da più di tre mesi, ma da meno di cinque anni, è economicamente inattivo e non dispone di risorse sufficienti al proprio mantenimento.

Questa pronuncia si sottolinea, per quel che qui ci interessa, poiché la Corte di Giustizia non ha speso due parole per accennare che la vicenda coinvolgeva un minore, tra l'altro cittadino europeo, che oggettivamente stava vivendo in una situazione pregiudizievole, anche a causa del comportamento della madre che, non solo non aveva mai lavorato nello Stato membro ospitante, ma dichiaratamente non voleva nemmeno cercare un'occupazione.

Ancora una volta, pertanto, la Corte di Giustizia ha rinunciato a dare qualsiasi tipo di impulso al giudice del rinvio per cercare di tutelare il minore coinvolto; ad esempio, si poteva imporre al giudice nazionale di tenere in dovuta considerazione la delicata situazione familiare del minore ai sensi dell'art. 24 e 32 della Carta. Quest'ultimo articolo tutela, infatti, i fanciulli contro lo sfruttamento economico o contro ogni lavoro che possa minarne la sicurezza, la salute, lo sviluppo fisico, psichico, morale o sociale o che possa mettere a rischio la loro istruzione. Era, infatti, altamente probabile che la Sig.ra Dano avesse sempre sfruttato la minore età del figlio per mantenersi.

Successiva al caso *Dano* e sempre in materia di diritto alle prestazioni sociali in uno Stato membro ospitante è il caso *Alimanovic* del 15 settembre 2015⁶⁹⁸ nel quale la Corte di Giustizia ha perso nuovamente una buona occasione per tutelare i diritti dei fanciulli coinvolti.

La vicenda presentava una situazione familiare migliore rispetto al caso *Dano* in quanto la Sig.ra Alimanovic, madre di tre figli, tutti di cittadinanza svedese come lei, aveva lavorato nello Stato membro ospitante (ovvero la Germania) insieme alla figlia più grande per un periodo inferiore ad un anno ed entrambe stavano cercando lavoro.

Nonostante ciò, la Corte di Giustizia ha ritenuto giusta la decisione tedesca di non fornire più alla famiglia Alimanovic né i contributi di sussistenza per i disoccupati, concessi in precedenza alla madre e alla figlia maggiore, né le prestazioni sociali per beneficiari inabili al lavoro, rilasciate precedentemente ai due figli più piccoli.

La Corte, infatti, e a differenza di quanto affermato nel precedente caso *Brey*⁶⁹⁹, ha dichiarato espressamente che, in una situazione come quella del caso di specie, non era necessario tenere in considerazione la situazione personale (e, dunque, familiare) dei richiedenti assistenza sociale, come aveva fatto, del resto, seppur implicitamente anche nel caso *Dano*.

⁶⁹⁸ Corte di Giustizia, C-67/14, *Alimanovic*.

⁶⁹⁹ Corte di Giustizia, C-140/12, *Brey*. In tale caso la Corte di Giustizia aveva ritenuto illegittima la decisione di uno Stato membro di rifiutare in maniera automatica l'assistenza sociale ai cittadini di un altro Stato membro senza tenere in considerazione la situazione personale dei richiedenti.

Secondo la Corte, infatti, lo Stato membro ospitante è tenuto a garantire il diritto di soggiorno⁷⁰⁰ e, di conseguenza, l'assistenza sociale ad un cittadino di un altro Stato membro solo nei sei mesi successivi alla perdita involontaria del lavoro avvenuta al termine di un contratto di durata inferiore ad un anno.

Successivamente a tale periodo, lo Stato membro ospitante può rifiutarsi di fornire prestazioni di assistenza sociale ai cittadini di un altro Stato membro, in particolare ove ciò diventi un onere eccessivo per il proprio sistema di assistenza.

Per verificare se un cittadino di un altro Stato membro in cerca di lavoro rappresenta o meno un onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale dello Stato membro ospitante, la Corte ha chiarito, nonostante non fosse stata investita di tale questione, che occorre verificare la sommatoria delle domande di assistenza presentate.

Nessun riferimento e nessuna attenzione, dunque, viene fatta alla situazione familiare del richiedente. Nella famiglia Alimanovic, ad esempio, erano presenti tre minori, di cui due abbastanza piccoli, ma la Corte non ha tenuto in alcun modo in considerazione le loro necessità che potevano quantomeno indurla a richiedere alla Germania di mantenere, alla luce dell'art. 24 della Carta, almeno i sussidi per il loro mantenimento se dopo un equo bilanciamento degli interessi in gioco ciò risultava opportuno. Si ricorda, infatti, che la Carta dei diritti fondamentali, nell'art. 34, afferma che "al fine di lottare contro l'esclusione sociale e la povertà, l'Unione riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti".

Inoltre, anche in questa pronuncia la Corte non ha tenuto in considerazione che la Sig.ra Alimanovic era la principale figura di accudimento dei minori.

Tale aspetto è stato, invece, affrontato dall'Avvocato Generale Melchior Wathelet, il quale, facendo riferimento a pronunce più risalenti della Corte di Giustizia⁷⁰¹, ha sottolineato che i figli del cittadino di uno Stato membro che lavora o abbia lavorato nello Stato membro ospitante e il genitore che abbia l'effettivo affidamento dei minori possono avvalersi, in quest'ultimo Stato, di un diritto di soggiorno sul solo fondamento dell'articolo 10 del Reg. 492/2011.

Secondo Wathelet, infatti, il diritto di soggiorno deriverebbe dal diritto dei minori di accedere all'educazione, senza che il godimento di quest'ultimo diritto sia soggetto alla condizione che i minori dispongano di risorse sufficienti e di un'assicurazione malattia che copra tutti i rischi nello Stato ospitante.

Nonostante il suggerimento dell'Avvocato Generale, la Corte di Giustizia ha deciso di affrontare questo aspetto, nonostante anche la Carta dei diritti fondamentali sancisca, all'art. 14, il diritto di ogni persona di accedere gratuitamente all'istruzione obbligatoria.

⁷⁰⁰ La Corte di Giustizia ribadisce (come già aveva affermato nella sentenza *Dano*) che l'accesso a prestazioni di assistenza sociale da parte di un cittadino europeo in cerca di lavoro nello Stato membro ospitante, in condizione di parità con i cittadini di detto Stato ospitante che si trovino nella medesima situazione, è consentito solo se il suo soggiorno rispetti i requisiti di cui alla direttiva 2004/38. Questo perché, in caso contrario, questi cittadini di altri Stati membri potrebbero diventare un onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale dello Stato membro ospitante.

⁷⁰¹ Il riferimento è ai casi C-310/08 *Ibrahim* e C-480/08 *Teixeira*.

Così facendo, la Corte ha probabilmente condannato i minori, insieme alla loro madre, a dover lasciare la Germania, non soddisfacendo più la famiglia i requisiti per il soggiorno nello Stato membro ospitante.

Tale sentenza, in contrasto con precedenti della stessa Corte, è stata emessa indubbiamente in un periodo storico in cui la tematica dell'immigrazione è all'ordine del giorno, ma non per questo si ritiene giustificabile tale marcia di arresto, di disinteresse e di involuzione nella tutela dei diritti fondamentali e, in particolare, di quelli dei minori.

2.5 L'interesse superiore dei minori stranieri richiedenti asilo

A questo punto, si ritiene opportuno analizzare alcune recenti sentenze in materia di minori stranieri richiedenti asilo⁷⁰², ovvero una categoria particolarmente vulnerabile e meritevole di protezione, soprattutto quando i minori non sono accompagnati da adulti o familiari di riferimento.

L'aumento esponenziale del numero dei minori richiedenti asilo, soprattutto non accompagnati, ha portato in questi ultimi anni ad importanti modifiche nella normativa UE, tese a considerare maggiormente i loro diritti.

Nel prosieguo, si valuterà, pertanto, se tali modifiche, unitamente alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, siano sufficientemente tutelanti, facendo un paragone anche con la corrispondente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Nella celebre sentenza del 2013, *MA and Others c. Secretary of State for the Home Department*, la Corte di Giustizia ha ritenuto necessario, per tutelare al meglio i minori non accompagnati, non prolungare inutilmente la procedura di determinazione dello Stato membro competente per l'esame della domanda di asilo dagli stessi presentata, in modo tale da assicurare loro un rapido accesso alle procedure volte al riconoscimento dello *status* di rifugiato⁷⁰³.

Per questi motivi, la Corte ha dichiarato che l'articolo 6, 2° comma, del Regolamento (CE) n. 343/2003 (c.d. Regolamento Dublino II⁷⁰⁴) doveva essere interpretato nel senso che, ove un minore non accompagnato, sprovvisto di familiari, ha presentato domanda di asilo in più di uno Stato membro, lo "Stato membro competente" deve essere lo Stato nel quale si trova tale minore dopo aver presentato l'ultima domanda di asilo⁷⁰⁵.

⁷⁰² Il diritto di asilo è riconosciuto dall'art. 18 della Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea.

⁷⁰³ Corte di Giustizia, 6 giugno 2013, caso *MA and Others c. Secretary of State for the Home Department*, C-648/11.

⁷⁰⁴ Il regolamento Dublino II stabilisce un meccanismo di determinazione dello Stato membro competente all'esame della domanda di asilo basato su alcuni criteri oggettivi e gerarchici, il primo dei quali è rappresentato dalla tutela dell'unità familiare. Nondimeno, nella prassi ha trovato principalmente attuazione un altro criterio, quello del primo ingresso nel territorio di uno Stato membro. Il regolamento prevede, tra le altre cose, il trasferimento del richiedente asilo dallo Stato membro nel quale si trova a quello individuato come competente alla valutazione della domanda.

⁷⁰⁵ E ciò, pertanto, anche qualora il minore abbia fatto precedentemente ingresso in altri Stati membri.

La problematica era sorta in quanto il Regolamento 343/2003 stabiliva dei criteri specifici relativamente all'esame della domanda di asilo presentata da un minore non accompagnato che avevano sollevato dei dubbi interpretativi.

Ai sensi dell'art. 6, par. 1, infatti, lo Stato membro competente era quello nel quale risiedeva legalmente un familiare del minore, purché ciò fosse nel suo superiore interesse⁷⁰⁶ e qualora l'ipotesi di cui al primo paragrafo non fosse concretizzabile, per l'assenza di familiari legalmente residenti, diventava competente lo Stato membro "*in cui il minore aveva presentato la domanda di asilo*" (par. 2).

Quest'ultima affermazione era alquanto equivoca visto che non consentiva di trarre delle indicazioni certe sullo Stato competente qualora il minore non accompagnato avesse presentato domanda di asilo in più Stati membri. La poca chiarezza della norma aveva, pertanto, prodotto prassi divergenti, causando molto spesso il trasferimento dei minori non accompagnati dallo Stato membro nel cui territorio si trovavano a quello nel quale avevano presentato per la prima volta domanda di asilo⁷⁰⁷.

La Corte di Giustizia ha argomentato la sua decisione nel caso *MA and Others c. Secretary of State for the Home Department* basandosi sul considerando n. 15 del Regolamento n. 343/2003, ai sensi del quale quest'ultimo strumento si impegnava a rispettare i diritti fondamentali e ad osservare i principi riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In particolare, secondo la Corte, l'art. 6, secondo comma, del Regolamento non poteva essere interpretato in modo tale da violare l'articolo 24 della Carta.

La sentenza in questione riveste una fondamentale importanza in quanto ha ridefinito i criteri di competenza, di cui al Regolamento Dublino II, alla luce del principio del superiore interesse del fanciullo.

In primo luogo, infatti, la priorità deve essere sempre data alla tutela dell'unità familiare.

Quando, però, non sono presenti dei familiari in un altro Stato membro e il minore ha presentato diverse domande d'asilo, ad essere competente sarà lo Stato nel quale il minore si trova dopo aver presentato l'ultima di esse.

Pertanto, tale pronuncia rappresenta un importante freno alla diffusa prassi di "sballottolare" i minori non accompagnati da uno Stato membro all'altro e l'indirizzo fornito dalla Corte di Giustizia è tanto più rilevante se si considera che la norma tanto criticata per la sua ambiguità ha mantenuto la stessa formulazione⁷⁰⁸ anche nel nuovo regolamento Dublino III⁷⁰⁹.

⁷⁰⁶ I familiari che venivano in rilievo erano il padre, la madre o il tutore (ai sensi del nuovo regolamento Dublino III ora anche il fratello, gli zii e i nonni del minore).

⁷⁰⁷ Come evidenziato dalla Commissione europea nella Relazione sulla valutazione del sistema di Dublino (COM (2007) 299 def. del 6 giugno 2007), alcuni Stati membri attuavano il trasferimento, incuranti dell'età e della condizione di non accompagnato del minore; altri, in assenza di espresse indicazioni da parte del diritto dell'UE, si astenevano dal farlo.

⁷⁰⁸ La proposta di modifica del regolamento Dublino II (COM (2008) 820 definitivo del 3 dicembre 2008), nella sua versione originaria, riscriveva la disposizione in questione in modo da chiarire che, in assenza di familiari, ad essere competente all'esame della domanda fosse lo Stato membro nel quale il minore aveva presentato la domanda d'asilo più recente. Tuttavia, tale formulazione non è stata ripresa nella versione del regolamento Dublino III.

⁷⁰⁹ Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (entrato in vigore il 1° gennaio 2014). Si sottolinea positivamente il fatto che le garanzie per i minori richiedenti asilo meritino ora un articolo a parte nel nuovo regolamento Dublino III essendo previste dall'art. 6 in cui viene ricordato, innanzitutto, che "*L'interesse superiore del minore deve costituire un criterio fondamentale nell'attuazione, da parte degli Stati membri, di tutte le procedure previste dal presente regolamento*". È stato introdotto, inoltre,

In questo caso, pertanto, laddove il legislatore europeo ha preferito (ancora) non intervenire, è stata la Corte di Giustizia a bloccare la troppa discrezionalità lasciata agli Stati membri e a rendere più efficaci le procedure in materia di asilo quando ad essere coinvolti sono dei minori non accompagnati⁷¹⁰.

La Commissione europea ha annunciato l'intenzione di chiarire definitivamente, nel corpo normativo di un nuovo regolamento in materia di asilo, l'ambiguità della discussa disposizione sui minori non accompagnati, ora confluita nell'art. 8, paragrafo 4, del regolamento Dublino III, tenendo conto della pertinente giurisprudenza della Corte di Giustizia. Questa volontà si è poi tradotta in una proposta di modifica dell'art. 8 del regolamento Dublino III, attualmente in negoziazione⁷¹¹.

Altra sentenza importante in materia di asilo è il caso *Saciri e altri* del 2014⁷¹².

In questa pronuncia la Corte di Giustizia ha stabilito che anche qualora le condizioni materiali di accoglienza ai rifugiati sono fornite esclusivamente in forma di sussidi economici⁷¹³, gli Stati membri, come prevede l'articolo 13, paragrafo 2, secondo comma, della direttiva 2003/09/CE⁷¹⁴, hanno l'obbligo di adattare tali condizioni di accoglienza alla situazione delle persone portatrici di particolari esigenze, elencate all'articolo 17 della medesima direttiva, tra le quali figurano i minori in generale e i minori non accompagnati.

In particolare, secondo la Corte, i sussidi economici devono essere sufficienti a preservare l'unità familiare e l'interesse superiore dei figli minori dei richiedenti asilo, il cui interesse, ai sensi dell'articolo 18, paragrafo 1, costituisce un criterio fondamentale.

Infatti, nonostante le condizioni materiali di accoglienza (previste all'14, paragrafi 1, 3, 5 e 8, della citata direttiva) non sono imposte agli Stati membri qualora i sussidi sono forniti esclusivamente in forma economica (riguardando solo i sussidi in natura), resta il fatto che i sussidi economici devono garantire ai figli minori di convivere con i propri genitori in modo tale da poter mantenere l'unità familiare.

Pertanto, nel determinare l'importo del contributo da fornire ai richiedenti asilo, che sia in natura o tramite sussidi economici, bisogna sempre tenere conto del superiore interesse dei minori coinvolti e, in particolare, del loro diritto a restare uniti alla propria famiglia.

La sentenza *Saciri*, pertanto, si sottolinea positivamente per come la Corte ha tenuto in considerazione il principio del superiore interesse del minore.

l'obbligo di nominare un rappresentante del minore non accompagnato che avrà accesso a tutti i documenti riguardanti la pratica del minore ed è sottolineata l'importanza di effettuare, quanto prima, un tentativo di rintraccio dei familiari del minore, di tenere in considerazione l'unità familiare, il benessere del minore, il suo sviluppo sociale, la sua sicurezza e il suo parere, nell'ottica di considerare sempre preminente il suo superiore interesse. Sono state anche ampliate le figure alle quali il minore può, se vuole, essere ricongiunto, che non saranno più solo i genitori, ma anche un fratello o un parente (zio, zia, nonno o nonna) o un altro adulto responsabile per lo stesso in base alla legge o alla prassi dello Stato membro in cui si trova l'adulto.

⁷¹⁰ A. DEL GUERCIO, *Superiore interesse del minore e determinazione dello Stato competente all'esame della domanda di asilo nel diritto dell'Unione europea*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1/2014, p. 247.

⁷¹¹ *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) No 604/2013 as regards determining the Member State responsible for examining the application for international protection of unaccompanied minors with no family member, sibling or relative legally present in a Member State* of 26.6.2014, (COM (2014) 382 final).

⁷¹² Corte di Giustizia, 27 febbraio 2014, caso *Saciri e altri*, C-79/13.

⁷¹³ Da fornirsi, precisa la Corte, sin dal momento della presentazione della domanda di asilo.

⁷¹⁴ C.d "Direttiva Accoglienza" che sarà abrogata dalla nuova Direttiva Accoglienza (Direttiva 2013/33/UE), a partire dal 21 luglio 2015.

Sempre in tema di asilo è interessante citare qui una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 2014, ovvero il caso *Tarakhel v. Switzerland*⁷¹⁵ nel quale la Corte europea ha dichiarato che il rinvio verso l'Italia di richiedenti asilo particolarmente vulnerabili, come un nucleo familiare con minori, è suscettibile, in mancanza di adeguate garanzie, di violare il divieto di trattamenti inumani o degradanti, sancito dall'art. 3 della CEDU.

In questa pronuncia, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha sottolineato che la decisione di trasferire uno o più richiedenti asilo verso lo Stato membro competente in base ai criteri del Regolamento Dublino deve sempre essere assunta nel rispetto dei diritti umani e che per derogare alle norme UE non è necessaria una *défaillance* sistemica, ma è sufficiente l'esistenza di “*serious doubts as to the current capacities of the system*”.

Nello specifico, la Corte europea ha affermato che la Svizzera⁷¹⁶, Paese nel quale il nucleo familiare afgano con i sei figli minori si era rifugiato dopo essere stato accolto in Italia, sarebbe incorsa in una violazione dell'art. 3 della CEDU se i ricorrenti fossero stati rinviiati in Italia (ai sensi del Regolamento di Dublino) senza che le autorità svizzere competenti avessero ottenuto preliminarmente, da parte di quelle italiane, garanzie certe sull'adeguatezza delle condizioni di accoglienza rispetto all'età dei minori e sul mantenimento dell'unità familiare nel centro d'accoglienza italiano⁷¹⁷.

Tale sentenza è estremamente innovativa in quanto la Corte europea dei diritti dell'uomo era arrivata tempo prima ad una conclusione diversa nel caso *Mohammed Hussein c. Paesi Bassi e Italia*, del 2 aprile 2013. La vicenda riguardava sempre un nucleo familiare con due minori e proprio questa condizione aveva fatto ritenere alla Corte europea che la madre avrebbe trovato sicuramente accoglienza con priorità in Italia e,

⁷¹⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 novembre 2014, caso *Tarakhel v. Switzerland*. Il 16 luglio 2011, i ricorrenti, una famiglia afgana formata da padre, madre e sei figli minori, erano arrivati in Italia ed erano stati ospitati per dieci giorni in una struttura di accoglienza temporanea, per essere in seguito trasferiti nel CARA di Bari. Il 28 luglio 2011, senza aver ottenuto alcuna autorizzazione in tal senso, il nucleo familiare aveva abbandonato l'Italia per trasferirsi in Austria, dove aveva presentato immediatamente domanda di asilo. Accertata la provenienza dall'Italia, le autorità austriache avevano rigettato la domanda e presentato una richiesta di presa in carico del nucleo familiare da parte dell'Italia, che l'aveva accettata. I ricorrenti si erano poi nuovamente trasferiti dall'Austria alla Svizzera, dove il 3 novembre 2011 aveva presentato un'ulteriore domanda di asilo. Tuttavia, anche la Svizzera aveva rigettato la domanda e inoltrato una richiesta di presa in carico all'Italia, che (tacitamente) l'aveva accettata. Conseguentemente, il 24 gennaio 2012, l'ufficio federale per la migrazione svizzero aveva emesso un ordine di espulsione verso l'Italia dei ricorrenti che questi avevano impugnato davanti alla Corte amministrativa federale. Entrambi i ricorsi erano stati respinti. Esaurite le vie di ricorso interne, i ricorrenti si erano rivolti alla Corte di Strasburgo, invocando a carico della Confederazione svizzera la violazione degli articoli 3 (divieto di trattamenti inumani o degradanti), 8 (diritto al rispetto della vita familiare) e 13 (diritto ad un ricorso effettivo).

⁷¹⁶ La Corte, preliminarmente, precisò che la responsabilità della Svizzera riguardo l'applicazione dell'art. 3 della CEDU non era in discussione. Sebbene, infatti, la Confederazione svizzera non sia uno Stato membro dell'UE, la Svizzera si è impegnata a rispettare le disposizioni del Regolamento Dublino, inclusa la cosiddetta “clausola di sovranità”, contemplata dall'art. 3, par. 2, del Regolamento Dublino 2 (oggi art. 17 par. 1 del Regolamento Dublino III). Ed è proprio in virtù di questa possibilità offerta agli Stati, vale a dire la facoltà di esaminare una domanda di asilo introdotta sul loro territorio anche quando lo Stato competente ai sensi del Regolamento Dublino sarebbe un altro, che la Corte europea dei diritti dell'uomo ritenne che la decisione della Svizzera di rinviare i ricorrenti in Italia si configurasse come l'esercizio di un potere discrezionale, suscettibile, quindi, di essere sottoposto al controllo di compatibilità con la CEDU.

⁷¹⁷ La Corte europea dei diritti dell'uomo ricordò che i richiedenti asilo costituiscono una categoria di soggetti particolarmente vulnerabile, avente diritto ad una tutela speciale, a maggior ragione quando si tratta di minori, accompagnati o non. Se da una parte la situazione generale del sistema di accoglienza italiano non è tale da impedire qualsiasi rinvio di richiedenti asilo verso l'Italia, d'altra parte, i dati e le informazioni disponibili insinuano dubbi sulle capacità del sistema e non consentono di considerare manifestamente infondato il rischio che soprattutto i minori possano trovarsi in una situazione di accoglienza pregiudizievole per il loro benessere psicofisico.

di conseguenza, ogni considerazione circa la necessità di ottenere garanzie in proposito da parte delle autorità italiane era stata tralasciata.

Nel caso *Tarakhel v. Switzerland*, invece, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha attribuito un'importanza fondamentale alla presenza dei minori, valutando negativamente la mancanza di dettagliate e affidabili informazioni da parte del governo italiano sul centro di accoglienza dove gli stessi sarebbero stati ospitati.

Oltre al caso *Mohammed Hussein c. Paesi Bassi e Italia*, in passato, la Corte europea dei diritti dell'uomo si era già espressa in merito ad una situazione simile, che non coinvolgeva minori, nel caso *M.S.S. c. Belgio e Grecia*⁷¹⁸ nel quale la Grecia e il Belgio erano stati condannati per il rinvio in Grecia di un richiedente asilo afgano, in applicazione dei criteri previsti dal Regolamento Dublino II, eseguito nonostante gli inviti pubblici di UNHCR e di altri organismi internazionali a non effettuare trasferimenti in Grecia, viste le gravi carenze sistemiche di quel Paese e il rischio per i rifugiati di subire trattamenti inumani e degradanti.

La Corte europea aveva già smantellato, quindi, nel 2011 il presupposto inaccettabile secondo il quale un Paese europeo è, per definizione, sicuro e rispettoso dei diritti umani⁷¹⁹.

Nel nuovo art. 3 del Regolamento Dublino III è stata esplicitamente prevista l'impossibilità di trasferire un richiedente asilo verso uno Stato membro nel quale vi sia il serio rischio di subire un trattamento inumano o degradante (ai sensi dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea), dovuto alle carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza.

Il nuovo regolamento UE, quindi, ha fatto proprio il principio espresso dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che è stato poi enunciato anche dalla stessa Corte di Giustizia nella sentenza *N.S. e altri*⁷²⁰, pur se con delle sfumature diverse⁷²¹.

Secondo la Corte di Giustizia, infatti, non tutte le violazioni di un diritto fondamentale da parte dello Stato membro competente si riverberano sugli obblighi degli altri Stati membri di rispettare le disposizioni del Regolamento Dublino e, pertanto, le violazioni inferiori al limite dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non possono avere la conseguenza di bloccare i trasferimenti⁷²².

La Corte ha rilevato, in particolare, che gli interessi in gioco, che si scontravano con i diritti dei richiedenti asilo, fossero “*la ragion d'essere dell'Unione e la stessa realizzazione dello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia, e più in particolare, del sistema europeo comune di asilo*”⁷²³.

⁷¹⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 gennaio 2011, caso *M.S.S. c. Belgio e Grecia*.

⁷¹⁹ Tale credenza si reggeva sul principio di reciproca fiducia tra gli Stati membri in base al quale questi ultimi si considerano ugualmente rispettosi dei diritti umani.

⁷²⁰ Corte di Giustizia, 21 dicembre 2011, caso *N.S. e altri*, procedimenti riuniti C-411/10 e C-493/10.

⁷²¹ Secondo la Corte di Giustizia, infatti, è contraria al diritto dell'Unione europea la presunzione assoluta che lo Stato membro individuato come competente a seguito dell'applicazione dei criteri del Regolamento Dublino II rispetti i diritti fondamentali dell'Unione. Tale presunzione deve essere relativa, cioè ammettere prova contraria (par. 103 e ss.).

⁷²² Sentenza CG *N.S.*, *cit.* par. 82.

⁷²³ Sentenza CG *N.S.*, *cit.* par. 83.

La preoccupazione della Corte era, dunque, quella di tamponare gli effetti negativi di un rispetto generalizzato dei diritti fondamentali (valore sul quale l'Unione europea dovrebbe essere fondata!) in grado di riverberarsi negativamente sull'efficienza del sistema europeo comune di asilo⁷²⁴.

La sentenza *N.S. e altri* rappresenta, pertanto, una ratifica molto circoscritta da parte della Corte di Giustizia della censura al sistema di Dublino operata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Secondo la Corte di Giustizia, infatti, è evidente che la disapplicazione delle norme sulla competenza del Regolamento Dublino possa avvenire solo in casi estremi, di nota carenza sistemico-strutturale della procedura di asilo e delle condizioni di accoglienza dello Stato membro che sarebbe competente.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, invece, ritiene che anche in assenza di gravi carenze sistemiche non si possa scongiurare la violazione dei diritti fondamentali dei rifugiati, soprattutto di quelli più vulnerabili che necessitano di maggiori assistenze⁷²⁵.

Nel caso *Tarakhel v. Switzerland*, infatti, la Corte europea dei diritti dell'uomo, non ha fatto tanto riferimento alla necessità dell'esistenza di fondate e gravi carenze sistemiche per giustificare il divieto di rinvio dei richiedenti asilo e dei loro sei figli minori in Italia, ma piuttosto alla situazione generale dell'Italia (Paese di rinvio) e alla condizione particolarmente vulnerabile dei ricorrenti, tra i quali vi erano appunto sei minori.

Secondo la Corte europea, la presenza di minori richiede obbligatoriamente di ottenere informazioni certe sull'assenza di rischi per gli stessi nel Paese di rinvio.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha, quindi, aggiunto un *quid pluris* nella protezione dei richiedenti asilo rispetto a quanto prevede attualmente la normativa UE perché non solo ha esteso l'ambito di derogabilità della presunzione di adeguatezza (in termini di sicurezza) degli Stati membri nell'accogliere i richiedenti asilo, ma ha anche previsto l'obbligo degli Stati di procedere con particolare cautela quando sono coinvolte categorie di richiedenti asilo particolarmente vulnerabili, come i minori di età⁷²⁶.

Un ulteriore elemento di diversità nel ragionamento delle due Corti, rispettivamente nei casi *Tarakhel v. Switzerland* e *N.S. e altri*, è riscontrabile in merito alla difforme valorizzazione della c.d. "clausola di

⁷²⁴ Se ogni minima violazione dei diritti dei richiedenti asilo (in particolare in conformità a quanto disposto nelle direttive Procedure, Accoglienza e Qualifiche) conducesse al necessario esito della disapplicazione del regolamento Dublino, il risultato sarebbe quello di introdurre, secondo la Corte, "un criterio supplementare di esclusione [della competenza] in base al quale violazioni minime dei diritti, commesse in un determinato Stato membro, potrebbero avere l'effetto di esonerare quest'ultimo dagli obblighi che derivano da detto regolamento". Risulta evidente per la Corte di Giustizia che "una tale conseguenza svuoterebbe detti obblighi del loro contenuto e comprometterebbe la realizzazione dell'obiettivo di designare rapidamente lo Stato membro competente ad esaminare una domanda di asilo presentata nell'Unione" (Sentenza CG *N.S.*, cit. par. 85).

⁷²⁵ Secondo parte della dottrina, invece, non è chiaro "whether *Tarakhel* abandons the CJEU's assumption that only 'systemic deficiencies' in the asylum system of a responsible State can justify a challenge to a Dublin transfer, or whether the judgment merely modifies the notion of 'systemic deficiencies' considerably, lowering the threshold for its application" (si veda al riguardo S. PEERS, *Tarakhel v. Switzerland: Another Nail in the Coffin of the Dublin System?*, 5 novembre 2014, consultabile online al sito www.eulawanalysis.blogspot.de).

⁷²⁶ Per approfondire si vedano C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea*, in *Riv. dir. int.*, pp. 701-747; R. PALLADINO, *La 'derogabilità' del 'sistema Dublino' dell'UE nella sentenza Tarakhel della Corte europea: dalle 'deficienze sistemiche' ai 'seri dubbi sulle attuali capacità del sistema' italiano di accoglienza*, in *Dir. um. dir. int.*, 2015, pp. 226-232; M. MARCHEGIANI, *Il sistema di Dublino ancora al centro del confronto tra Corti in Europa: carenze sistemiche, problemi connessi alle «capacità attuali del sistema di accoglienza» e rilievo delle garanzie individuali nella sentenza Tarakhel c. Svizzera*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014, 1107 e ss.

sovranità”, prevista nel Regolamento Dublino, in virtù della quale ogni Stato membro può decidere di assumersi la responsabilità di esaminare una domanda di protezione internazionale anche se tale esame non gli compete in base ai criteri stabiliti dal Regolamento Dublino⁷²⁷.

La Corte europea dei diritti dell’uomo interpreta questa clausola come una possibilità lasciata totalmente alla discrezionalità degli Stati membri e quindi, non trattandosi di una disposizione che contiene specifici oneri imposti dall’Unione e ai quali gli Stati non possono in alcun modo discostarsi, legittima la Corte europea a sindacare l’atteggiamento degli stessi Stati membri nella scelta di utilizzare o meno la clausola in questione.

Nella sentenza *N.S.* della Corte di Giustizia dell’Unione europea, invece, gli Stati membri non sono invitati ad utilizzare questa clausola nemmeno nei casi più delicati che coinvolgono richiedenti asilo particolarmente vulnerabili.

Anzi, quest’ultima, nella successiva sentenza *Puid*⁷²⁸, ha affermato che non esiste alcun obbligo per gli Stati membri di esercitare la propria sovranità avocando a sé l’esame di una domanda di asilo che, in applicazione dei criteri di competenza ordinari, spetterebbe ad un diverso Stato membro, anche quando quest’ultimo versa in una situazione di violazione dell’articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea⁷²⁹.

Specularmente, secondo la Corte di Giustizia, non esiste alcun diritto soggettivo del richiedente asilo ad esigere che uno Stato membro eserciti la clausola di sovranità, esaminando la sua domanda di protezione internazionale⁷³⁰.

Ancora una volta, pertanto, si nota come la tutela offerta dalla Corte europea dei diritti dell’uomo ai rifugiati sia maggiore rispetto a quella garantita dalla Corte di Giustizia.

2.6 Riflessioni conclusive

Dopo aver analizzato il quadro normativo primario UE a tutela dei fanciulli e le più significative pronunce della Corte di Giustizia in materia, è ora possibile compiere alcune osservazioni finali.

Si ritiene opportuno trarre le prime riflessioni dal confronto del diverso approccio tenuto dalla Corte di Giustizia e dalla Corte europea dei diritti dell’uomo in materia di protezione dei minori richiedenti asilo, ovvero una categoria che, a causa della sua particolare vulnerabilità, necessiterebbe di un occhio di riguardo particolare.

⁷²⁷ In particolare, si trattava dell’art. 3, par. 2, del Regolamento Dublino II (attuale art. 17, par. 1, del Regolamento Dublino III).

⁷²⁸ Sentenza Corte di Giustizia *Bundesrepublik Deutschland contro Kaveh Puid* (C-4/11), del 14 novembre 2013.

⁷²⁹ Punti 29 e 37 della citata sentenza *Puid*.

⁷³⁰ Secondo la Corte, in questi casi, l’impossibilità di trasferire il richiedente verso lo Stato membro individuato come competente impone allo Stato membro che doveva effettuare il trasferimento di proseguire l’esame dei criteri per verificare se uno di essi consente di identificare un altro Stato membro come competente a esaminare la domanda di asilo, fino all’ultimo criterio residuale alla cui stregua lo Stato competente è quello in cui per primo il richiedente ha presentato la domanda (punto 33 Sentenza *Puid*, cit.).

Nel sistema della CEDU il diritto di asilo non è garantito in sé poiché né la CEDU né i suoi Protocolli contengono previsioni in merito ai rifugiati e ai richiedenti asilo; nonostante ciò e malgrado la “vetustà” e l'esiguità del catalogo dei diritti contenuti nella CEDU, la Corte europea dei diritti dell'uomo, al fine di rendere “vivente” la CEDU, ha ricavato, in via giurisprudenziale, dei limiti al potere degli Stati parte di allontanare gli stranieri verso Paesi “a rischio”, richiedendo particolari cautele aggiuntive quando sono presenti dei minori.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, per contro, prevede sia il diritto di asilo (art. 18), sia un dovere generale di protezione in caso di allontanamento, espulsione ed estradizione (art. 19)⁷³¹, sia un diritto dedicato alla tutela dei diritti dei minori (art. 24) che dovrebbe essere letto in combinato disposto con i precedenti.

Eppure, nonostante l'abbondanza di fonti UE anche di diritto derivato, secondo la Corte di Giustizia, nel bilanciamento tra i diritti dei richiedenti asilo (nei quali entra in gioco anche il valore della dignità umana) e la “*raison d'être dell'Unione*” (comprendente le garanzie offerte dallo spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia), la tutela dei diritti fondamentali può prevalere, come si è visto, solo eccezionalmente e cioè quando sussiste un serio timore di carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza nello Stato Membro di destinazione del richiedente.

Per la Corte di Giustizia la priorità rimane quella di conservare il “sistema europeo” (in questo caso in merito all'asilo, ma ciò vale in generale), che si fonda sulle quattro libertà fondamentali e sulla reciproca fiducia tra gli Stati Membri.

Analizzando la giurisprudenza della Corte di Giustizia, pertanto, il suo ruolo di “garante dei diritti” non esce particolarmente enfatizzato, anzi sembra proprio latitare la volontà della Corte di tutelare diritti e libertà che non sono direttamente collegati agli obiettivi primari dell'Unione.

Dall'esame, in particolare, della giurisprudenza successiva al caso *Zambrano* emerge che i diritti del cittadino UE minore di età che non devono essere pregiudicati, per nessuna ragione, dalle misure nazionali sono essenzialmente le quattro libertà fondamentali che storicamente hanno concorso alla creazione della Comunità europea.

Appare evidente, pertanto, come la preoccupazione principale della Corte di Giustizia non sia tanto quella di garantire i diritti dei minori, ma di tutelare l'essenza stessa dell'Unione.

Difatti, anche nei casi in cui era emersa la consapevolezza della Corte di Giustizia in merito alla necessità di garantire il rispetto anche di altri diritti fondamentali per i minori, come il diritto al rispetto della vita privata e familiare, alla fine è sempre predominato un atteggiamento incentrato sul *self-restraint*.

La Corte, infatti, anche in questi casi si è limitata a rilevare la necessità che il diritto all'unità familiare venisse preso in considerazione dal giudice nazionale, affidando addirittura a quest'ultimo il compito di provvedere ad una “interpretazione adeguatrice” del diritto derivato, alla luce delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali.

⁷³¹ L'art. 19 della Carta dei diritti fondamentali rappresenta una politicizzazione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, come illustrato nella stessa spiegazione della disposizione.

In tal modo, la Corte di Giustizia pregiudica la possibilità di raggiungere un'armonizzazione, sia pur minima, dei diritti a tutela dei minori e riduce il ruolo dello stesso legislatore europeo nell'assicurare il rispetto dei diritti dei fanciulli giacché, in definitiva, la Corte interpreta la normativa UE come se non precludesse (quasi mai) agli Stati membri la possibilità di una sua interpretazione non conforme ai diritti dei minori, non condannando praticamente mai tale atteggiamento come illegittimo⁷³².

Sembra, paradossalmente, che quanto più solennemente i diritti dei minori sono riconosciuti e proclamati dalle fonti primarie e secondarie UE, tanto più gli stessi possono essere messi in discussione nei fatti o essere oggetto di processi che ne riducono o ignorano di frequente la portata e la Corte di Giustizia, quale garante supremo del rispetto dei diritti fondamentali, appare impotente a tutelarli adeguatamente pur avendone gli strumenti.

Dall'analisi della giurisprudenza della Corte di Giustizia, è emerso, infatti, che, nella maggior parte dei casi, la Corte non ha fatto alcun riferimento all'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali per supportare il proprio ragionamento.

Di frequente, la Corte parla del superiore interesse del minore senza citare la Carta oppure evita del tutto di considerare che il caso vede coinvolti dei minori, adottando decisioni che non tengono, quindi, in considerazione le loro specifiche esigenze.

Addirittura, in altri casi, la Corte ha deciso in maniera ancora più evidente di non prendere in considerazione l'art. 24 in quanto il giudice remittente gliel'aveva espressamente richiesto (ad esempio nel caso *Alokpa*).

Nei rari casi in cui la Corte di Giustizia ha citato l'art. 24, l'interesse superiore del minore è stato valutato sempre in astratto (ad eccezione di 3 pronunce), portando, di conseguenza, a decisioni deludenti oppure è stato utilizzato come una sorta di "clausola di stile", cioè al solo fine di confermare quanto la Corte aveva già deciso prima di farvi riferimento.

L'art. 24 è stato, poi, utilizzato sia in maniera strumentale all'esigenza di non scardinare il principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri che regola il funzionamento di molti istituti relativi alla circolazione delle decisioni nell'Unione europea, sia in maniera subordinata alla tutela delle quattro libertà fondamentali e alla conservazione del "sistema UE" in generale⁷³³. In pratica, cioè, nelle pronunce in cui erano in gioco degli interessi primari dell'Unione, la Corte ha sponsorizzato la preminenza del superiore interesse del minore "*per nascondere sotto il velo di un nobile e unico obiettivo valutazioni o operazioni di bilanciamento delle quali preferiva non rendere conto*"⁷³⁴.

Inoltre, la Corte quando nomina l'art. 24 lo fa spesso per limitarne la portata. Ad esempio, come abbiamo visto, la Corte ha affermato che la sua applicazione non può portare a deroghe di competenza o di

⁷³² A. ADINOLFI, *Il ricongiungimento familiare nel diritto dell'UE*, in R. Pisillo Mazzeschi, P. Pustorino, A. Viviani, *Diritti umani e degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, p. 132.

⁷³³ C. HONORATI, *Sottrazione internazionale dei minori e diritti fondamentali*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2013, pp. 33 e ss. sottolinea come la giurisprudenza della Corte di Giustizia sia "granitica" nella difesa del principio di mutuo riconoscimento "anche a costo di apparire poco sensibile ai diritti fondamentali".

⁷³⁴ E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, op. cit., p. 86.

altre norme contenute nei regolamenti UE (Casi *Detiček* e *Povse*), né aumentare il controllo sul rispetto dell'art. 24 ad opera del giudice di esecuzione (caso *Zarraga*) o limitare la libertà di scelta del giudice ad opera dei genitori (caso *A c. B*) o ancora la discrezionalità degli Stati membri nell'esaminare le domande di ricongiungimento familiare (caso *O. e S*).

La Corte di Giustizia ha utilizzato soprattutto l'art. 24 della Carta per condannare la pregiudizievole lunghezza processuale dei processi in cui erano coinvolti dei minori (aspetto nel quale si nota una perfetta consonanza con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo), ma del resto non ha mai mostrato grandi picchi di flessibilità nella tutela dei loro diritti. Anzi, nelle sue decisioni la Corte è apparsa poco ancorata alla realtà sociale e/o giudiziaria nella quale si incardinavano i casi dei quali si è occupata e, di conseguenza, molto distante ai minori coinvolti rispetto alla corrispondente tutela offerta loro, in concreto, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

L'unico caso in cui la Corte di Giustizia ha valutato in concreto l'interesse superiore dei minori coinvolti è il caso *MA and Others v Secretary of State for the Home Department*, in materia di minori non accompagnati richiedenti asilo e poi ci sono i due casi più recenti, *Secretary of State for the Home Department c. CS.* e *Alfredo Rendón Marín c. Administración del Estado*, in materia di permessi di soggiorno per cittadini extra UE con figli minori di età cittadini UE, nei quali la Corte ha guidato il giudice del rinvio a valutare in concreto il superiore interesse dei minori interessati, a seguito di un equo bilanciamento degli interessi coinvolti.

Al di là di questi casi isolati, che riguardavano comunque situazioni di estrema vulnerabilità dei fanciulli o comunque situazioni eccezionali, l'analisi giurisprudenziale condotta ha fatto emergere la necessità che il perseguimento del superiore interesse del minore rappresenti sempre un elemento in grado anche di introdurre flessibilità al normale funzionamento degli istituti europei, in funzione del raggiungimento del risultato materiale che possa essere il migliore per i minori coinvolti, dopo aver effettuato ogni opportuno bilanciamento degli ulteriori interessi in gioco.

Nella sua funzione di “*correttivo eccezionale*”⁷³⁵ che introduce flessibilità nel sistema, il principio del superiore interesse del minore potrebbe consentire, così, di derogare ai criteri di competenza giurisdizionale previsti, finendo per costituire anche un possibile limite alla rilevanza della volontà delle parti nella determinazione del giudice competente. Esso poi dovrebbe rappresentare un parametro, ma anche un controlimito rispetto al limite dell'ordine pubblico.

Anche a discapito dell'uniformità delle soluzioni e, dunque, della certezza del diritto, la ricerca della giustizia materiale del caso concreto dovrebbe, infatti, sempre potersi esprimere quando si tratta di tutelare il benessere dei minori e, in ogni caso, sussiste ormai, soprattutto a livello internazionale, un tale substrato di buone prassi, dottrina e giurisprudenza che delinea le linee guida della tutela dei diritti dei fanciulli, che appare sempre più difficile poter sconfinare nella totale incertezza giuridica.

⁷³⁵ P. HAMMJE, *L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales du droit international privé*, in *Le droit International privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, p. 376.

La Corte di Giustizia, invece, non pone mai il principio del superiore interesse del minore in una posizione di superiorità su altri diritti, né gli assegna un valore assoluto e incompressibile e quindi non si può ancora parlare di un suo ruolo autonomo nel diritto UE⁷³⁶.

In conclusione, alla luce di quanto sopra, sembra doversi concludere che l'inserimento dell'art. 24 nella Carta dei diritti fondamentali non ha apportato alcun particolare valore aggiunto alla tutela dei diritti dei minori nell'Unione. Come giustamente afferma Helen Stalford: "*As things stand, children's rights measures enshrined in EU legislation are worth little more than the paper they are written on until the Court offers fuller, more informed guidance on how they might be interpreted and applied in practice*"⁷³⁷.

Per quanto riguarda, invece, la giurisprudenza prodotta dalla Corte di Strasburgo alcune decisioni sono state segnalate per la tutela accordata alla vita familiare e al superiore interesse del minore anche a fronte di rilevanti interessi statali, quali il controllo dei flussi migratori e la repressione dell'immigrazione irregolare.

Ad esempio, nel caso *Nunez c. Norvegia*, deciso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo il 28 giugno 2011, la ricorrente, cittadina della Repubblica dominicana, era rientrata in Norvegia sotto falso nome in violazione di un divieto di reingresso che le era stato comminato in quanto la donna aveva precedentemente commesso un reato sul territorio norvegese.

La ricorrente, successivamente, aveva sposato un cittadino norvegese, ottenuto un permesso di soggiorno per lavoro che le era stato rinnovato diverse volte ed infine un permesso definitivo. La donna, inoltre, aveva avviato le pratiche per ottenere la cittadinanza norvegese che erano state interrotte poiché il marito aveva iniziato le procedure per la separazione personale.

Successivamente la donna aveva intrecciato una relazione con un connazionale dalla quale erano nate due figlie. Le autorità norvegesi, resesi nel frattempo conto della violazione del divieto di reingresso posta in essere dalla ricorrente, le hanno revocato il permesso di soggiorno notificandole l'ordine di espulsione con divieto di reingresso per almeno due anni.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto, nel caso di specie, la sussistenza della "*family life*" ai sensi dell'articolo 8 della CEDU nel rapporto tra la ricorrente e le due figlie.

La Corte europea ha affermato, infatti, che nel valutare la violazione dell'articolo 8 della CEDU si deve avere riguardo non solo della vita della madre, ma anche della prospettiva dei minori coinvolti. Le figlie della ricorrente erano state affidate alla madre ed erano nate e cresciute in Norvegia (dove risiedeva anche il padre immigrato regolare), per cui un eventuale distacco forzato dalla madre avrebbe costituito una violazione dell'articolo 8 avuto riguardo all'interesse delle bambine⁷³⁸.

Se si pensa anche alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che è stata analizzata anche nella prima parte del presente lavoro non si fa fatica a notare che quest'ultima, in generale e a differenza della Corte di Giustizia, attinge al principio del superiore interesse del minore con grande libertà.

⁷³⁶ F. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, op. cit., p. 126.

⁷³⁷ T. LIEFAARD, J. E. DOEK, *Litigating the Rights of the Child. The UN Convention on the Rights of the Child in Domestic and International Jurisprudence*, op. cit., p. 228.

⁷³⁸ Si vedano i paragrafi 81-84 della citata sentenza.

Tutto ciò appare paradossale, se si pensa che la Corte di Giustizia ha sancito il principio dell'interesse superiore del minore nel diritto primario, al contrario della CEDU che non lo prevede espressamente, eppure fatica ad utilizzarlo sia come strumento interpretativo, sia come vero e proprio limite agli atti normativi dell'Unione e degli Stati membri quando agiscono in esecuzione del diritto dell'Unione⁷³⁹.

La Corte di Giustizia sembra forse non voler capire che l'aumento vertiginoso del numero di ricorsi fondati contro degli Stati membri davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo, di cui molti riguardano dei minori, rappresenta la spia del funzionamento insoddisfacente dei meccanismi di tutela dei diritti fondamentali a livello non solo nazionale, ma anche UE.

Sembra proprio che le visioni della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo siano sempre più distanti (se non addirittura incompatibili) e alcune delle sentenze analizzate, a parere di scrive, l'hanno messo in luce.

Questa "incompatibilità" può essere letta anche in un passaggio del parere 2/13 della Corte di Giustizia, con cui la stessa Corte ha bloccato il processo di adesione dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Infatti, tra i numerosi motivi che hanno reso incompatibile l'accordo di adesione con il TUE, alcuni passaggi sono la perfetta sintesi del contrasto sopra rilevato.

Afferma, ad esempio, la Corte di Giustizia che *"occorre ricordare che il principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri riveste, nel diritto dell'Unione, un'importanza fondamentale, dato che consente la creazione e il mantenimento di uno spazio senza frontiere interne. Orbene, tale principio impone a ciascuno di detti Stati, segnatamente per quanto riguarda lo spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia, di ritenere, tranne in circostanze eccezionali, che tutti gli altri Stati membri rispettano il diritto dell'Unione e, più in particolare, i diritti fondamentali riconosciuti da quest'ultimo"*⁷⁴⁰.

La Corte di Giustizia insiste poi sul fatto che gli Stati Membri sono *"tenuti a presumere il rispetto dei diritti fondamentali da parte degli altri Stati membri, sicché risulta ad essi precluso, salvo casi eccezionali, verificare se tale altro Stato membro abbia effettivamente rispettato, in un caso concreto, i diritti fondamentali garantiti dall'Unione"*.

L'approccio della Corte europea dei diritti dell'uomo nei casi *M.S.S.* e *Tarakhel*, teso a far sempre prevalere sul principio della fiducia reciproca il rispetto dei diritti fondamentali, non è, quindi, per niente ammissibile per la Corte di Giustizia in quanto, a suo dire, esso finirebbe per compromettere non solo l'autonomia del diritto dell'Unione, ma anche le fondamenta stessa dell'Unione, ovvero il suo equilibrio, non potendo l'Unione essere considerata come uno Stato parte qualsiasi della CEDU.

Leggendo il parere della Corte di Giustizia sembra proprio che il timore del controllo esterno della Corte europea dei diritti dell'uomo (che discenderebbe dall'adesione alla CEDU⁷⁴¹) sia tale da far perdere

⁷³⁹ Come nota E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, op. cit., p. 127.

⁷⁴⁰ Parere della Corte di Giustizia n. 2/13 del 18 dicembre 2014 sul progetto di accordo presentato a Strasburgo il 10 giugno 2013, par. 191 e ss, disponibile sul sito internet www.curia.europa.eu.

⁷⁴¹ Come sottolinea Zagrebelsky, infatti, in caso di adesione dell'Unione alla CEDU è difficilmente ipotizzabile che la sopra citata giurisprudenza *Bosphorus* possa essere mantenuta poiché ciò comporterebbe garantire all'Unione e agli Stati membri una

all'Unione europea, per i prossimi anni a venire, la sua credibilità nell'ambito della promozione dei diritti umani.

Dal parere 2/13, infatti, non emerge un atteggiamento della Corte di Giustizia volto a collaborare nella predisposizione di un progetto di accordo che possa essere condiviso da entrambe le parti (ovvero Unione europea e Consiglio d'Europa), ma unicamente l'intenzione di sottolineare, in maniera ridondante, le specifiche caratteristiche dell'Unione e del diritto UE da preservare (a tutti i costi!), finendo per sminuire il ruolo della Corte europea dei diritti dell'uomo e della CEDU.

Seguendo il ragionamento della Corte di Giustizia, infatti, i due sistemi giudiziari, allo stato, sono incompatibili, nonostante sia stato lo stesso Trattato di Lisbona a prevedere l'adesione dell'Unione alla CEDU⁷⁴² e, dunque, a sottolineare una sorta di compatibilità, quantomeno di intenti, nella promozione dei diritti umani.

Evidentemente, secondo la Corte di Giustizia, il tanto proclamato principio della fiducia reciproca non può operare tra due organizzazioni internazionali.

Il percorso verso l'adesione dell'Unione alla CEDU appare, pertanto, ancora molto tortuoso e, apparentemente, non più così desiderato dall'Unione europea⁷⁴³. Inutile dire che tale adesione aggiungerebbe maggiore forza giuridica alle politiche e alle iniziative UE in materia di diritti umani e il controllo giurisdizionale esterno della Corte europea dei diritti dell'uomo servirebbe da sprone affinché l'Unione europea porti avanti una politica davvero ambiziosa in materia di diritti umani, evitando, così, l'intervento e la censura della Corte europea dei diritti dell'uomo. In tale quadro, indubbiamente, ne trarrebbero vantaggio anche i diritti dei minori.

Per quanto riguarda, pertanto, gli impegni internazionali dell'Unione in materia di protezione dei diritti umani in generale, abbiamo visto come e perché siano attualmente in stallo i negoziati per l'adesione dell'Unione alla CEDU.

Per quanto riguarda, invece, più nello specifico, quello che potrebbe fare l'Unione, sempre a livello internazionale, per tutelare maggiormente i diritti dei fanciulli e dare una svolta alle proprie politiche in materia, bisogna partire, innanzitutto, dalla considerazione che tutti gli Stati membri dell'Unione europea

posizione di privilegio rispetto alle altre parti contraenti della CEDU (V. ZAGREBELSKY, *Sussidiarietà e vie interne da esaurire: a proposito dell'adesione della UE alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in L. S. Rossi (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali: carta dei diritti UE e standard internazionali*, Editoriale scientifica, Napoli, 2011, p. 313).

⁷⁴² Il Trattato di Lisbona, infatti, è stato di grande importanza anche perché ha previsto per la prima volta, grazie all'art. 6, par. 2 del Trattato sull'Unione europea, l'adesione dell'Unione europea alla CEDU, creando la base giuridica che mancava in passato. Inizialmente, tra l'altro, non era nemmeno consentito alle organizzazioni regionali di diventare parte della Convenzione europea dei diritti dell'uomo; nel 2004 venne introdotto l'art. 59 della CEDU che offre ora all'Unione europea proprio tale possibilità (*modification introduced by the Protocol n. 14 to the Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms, amending the control system of the Convention, 13 May 2004*). L'accordo di adesione dell'Unione alla CEDU, i cui negoziati sono iniziati nel 2010, entrerà in vigore solo con la ratifica di esso da parte di tutti gli Stati parte del Consiglio d'Europa e dell'Unione europea, nel rispetto della procedura prevista dall'art. 218, par. 6 del TFUE.

⁷⁴³ Tra l'altro, vi è chi ha sempre avuto l'impressione "*that creators of the Treaty of Lisbon took into consideration the possibility of the EU non-accession to the ECHR and gave such wording to the 'new' Article 6(3) TEU which makes sense only when the ECHR does not become a part of the Union legal order*" (così A. Wröbel, *Part II. The Consequences of the EU Accession to the ECHR for Strengthening of Individual's Protection in the EU and for Strengthening of the European Human Rights Protection System, Introduction*, in *Fundamental Rights Protection in the European Union*, J. Barcz (editor), Warszawa, 2009, p. 197).

hanno ratificato la Convenzione ONU sui diritti del fanciullo e due dei tre Protocolli opzionali (quello sulla vendita dei minori, la prostituzione minorile e la pornografia minorile e quello sul coinvolgimento dei minori nei conflitti armati), mentre l'Unione non ne è parte.

È vero che la Convenzione sui diritti del fanciullo è aperta alla firma e all'adesione solo degli Stati, ma l'Unione potrebbe vincolarsi al rispetto delle sue previsioni tramite una dichiarazione unilaterale di adesione, come fece, tra l'altro, con la Convenzione ONU sui diritti dei disabili⁷⁴⁴; in alternativa, siccome l'Unione europea ha il potere di concludere accordi internazionali, potrebbe negoziare e concludere un Protocollo di adesione, nel quale dichiarare il suo impegno al rispetto della Convenzione sui diritti del fanciullo e dei suoi principi, ai sensi dell'art. 216 TFUE.

Quest'ultima disposizione offre, infatti, all'Unione la possibilità di concludere un accordo internazionale con un'organizzazione internazionale qualora la sua conclusione sia necessaria per realizzare, nell'ambito delle politiche UE, uno degli obiettivi fissati dai trattati, come, ad esempio, proprio quello di tutelare i diritti dei minori, ai sensi dell'art. 3 TUE.

È chiaro, infatti, che solamente l'Unione europea può auto-vincolarsi alle disposizioni della Convenzione sui diritti dei fanciulli che rientrano nelle sue competenze⁷⁴⁵.

Negli ambiti di sua competenza, l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione sui diritti del fanciullo consentirebbe di riempire in concreto, e non solo tramite dichiarazioni di intenti⁷⁴⁶, i vuoti di tutela tra la normativa UE e gli *standard* esistenti a livello internazionale per la promozione dei diritti dei minori.

Nonostante, infatti, alcune disposizioni specifiche del TUE e della Carta dei diritti fondamentali evidenzino la necessità di proteggere i diritti dei minori, è stato chiarito che la loro portata non crea specifici e concreti obblighi giuridici in capo all'Unione europea, ma unicamente un dovere/impegno/obiettivo politico per l'Unione di promuovere i diritti dei minori nelle sue politiche.

L'obbligo di rispettare i diritti dei minori non conferisce, infatti, all'Unione una corrispondente competenza generale a legiferare in merito.

Il TFUE, da parte sua, prevede uno stretto margine di manovra per l'adozione di misure legislative a protezione dei diritti dei minori.

⁷⁴⁴ La firma fu resa possibile dal fatto che gli Stati membri diedero mandato alla Commissione europea di negoziare e firmare, nell'interesse della Comunità, tale Convenzione che rientrava nelle competenze comunitarie. Uno dei problemi connessi all'adesione dell'Unione europea alla Convenzione sui diritti del fanciullo è che molti articoli della Convenzione trattano tematiche che non rientrano nelle competenze esclusive dell'Unione. L'adesione dovrebbe, quindi, essere limitata alle disposizioni che non trattano materie di competenza esclusiva degli Stati membri e ai Protocolli ratificati da tutti gli Stati membri dell'Unione (si veda al riguardo: Save the children (2011), *Governance fit for children, to what extent have the general measures of implementation of the UNCRC been realized in the EU Institutions?*, p.p. 14-19, available at <http://www.savethechildren.net/eu-office>).

⁷⁴⁵ Save the children (2011), *Governance fit for children, to what extent have the general measures of implementation of the UNCRC been realized in the EU Institutions?*, cit., p. 14.

⁷⁴⁶ La Commissione europea, infatti, ha espresso in più occasioni la necessità che gli *standards* e i principi della Convenzione dell'ONU guidino le politiche e le azioni europee che hanno un impatto sui diritti dei minori (European Commission (2011), *Communication from the Commission to European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: an EU agenda for the rights of the child*, COM (2011) 60, 3). Inoltre, la stessa Corte di Giustizia ha espressamente riconosciuto la necessità del rispetto dei diritti dei minori e ha richiesto di prendere in dovuta considerazione la Convenzione sui diritti del fanciullo (si veda, ad esempio, la sentenza C-540/03, *European Parliament Vs Council of the European Union*, p. 37).

Il risultato è che l'Unione europea presenta attualmente un approccio molto frammentato alla tutela dei diritti dei minori che spesso manca anche di coerenza. Le disposizioni contenute nei Trattati, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nel diritto derivato finiscono, pertanto, per non essere all'altezza dei corrispondenti *standard* internazionali racchiusi nella Convenzione ONU sui diritti del fanciullo e in altri strumenti internazionali e regionali.

L'adesione dell'Unione europea alla Convenzione sui diritti del fanciullo contribuirebbe a dar vita ad un approccio quantomeno più coerente dell'Unione ai diritti dei fanciulli e sarebbe un importante segnale politico in grado di rafforzare il ruolo e la credibilità dell'Unione come vera promotrice dei diritti dei fanciulli.

Il valore aggiunto che ne deriverebbe sarebbe che l'Unione europea verrebbe sottoposta al monitoraggio del Comitato per i diritti dei minori e, di conseguenza, dovrebbe sottostare all'obbligo di sottoporre allo stesso Comitato dei rapporti periodici sull'andamento dei progressi in merito alla protezione dei diritti dei minori (dati che attualmente scarseggiano); inoltre, l'Unione sarebbe tenuta a considerare i minori come una reale priorità e la Corte di Giustizia sarebbe costretta ad iniziare a utilizzare i principi sanciti nella Convenzione sui diritti del fanciullo nelle proprie pronunce, guidando gli Stati membri nella loro corretta osservanza.

Allo stato attuale, infatti, che esistano grandi principi e diritti UE a tutela dei minori non appare per niente pacifico, sicuramente esistono grandi principi universali grazie, in particolare, all'esistenza della Convenzione sui diritti del fanciullo e all'interpretazione evolutiva della Corte europea dei diritti dell'uomo⁷⁴⁷.

Finora non vi è stato nessuno specifico contributo prettamente europeo nell'evoluzione della tutela dei diritti dei fanciulli. Lo stesso articolo 24 della Carta dei diritti fondamentali non contiene nessuna previsione innovativa.

Continua, inoltre, come abbiamo visto, il dualismo tra l'Unione europea e il Consiglio d'Europa ad onta delle proclamazioni di unità d'intenti⁷⁴⁸.

Le esigenze di protezione e tutela dei diritti dei minori operano ancora nell'ambito e nei limiti, se non addirittura in funzione, dei principi fondamentali di funzionamento del mercato unico europeo⁷⁴⁹.

L'Unione europea dovrebbe, pertanto, valutare l'opportunità di smettere di auto-proclamarsi paladina dei diritti dei minori e dei diritti fondamentali connessi, continuando coerentemente a disinteressarsi delle questioni di matrice non economica o mercantile, oppure iniziare ad avere il coraggio di dare una netta svolta al proprio approccio alla tutela dei diritti dei fanciulli.

Ciò che sembra muoversi nella giusta direzione al giorno d'oggi nell'Unione europea, infatti, non è tanto l'apparato normativo o la giurisprudenza della Corte di Giustizia a tutela dei diritti dei minori, ma l'azione di reti di confronto quali la Rete europea degli Osservatori nazionali sull'infanzia (ChildONEurope), la Rete europea degli Ombudsman per l'infanzia (ENOC), i vari coordinamenti tra le ONG del settore ed il Forum europeo sui diritti dei minori.

⁷⁴⁷ G. TURRI, *I gradi principi europei di tutela dei minori*, in *Minori e giustizia*, n. 2, 2008, p. 7.

⁷⁴⁸ G. TURRI, *ibidem*, p. 8.

⁷⁴⁹ G. TURRI, *ibidem*, p. 9.

CAP. 2: LA GIUSTIZIA PENALE UE A PROTEZIONE DEI FANCIULLI

Premessa

In questi ultimi anni, la creazione di una giustizia europea “*child-friendly*” è diventato un aspetto fondamentale dell’agenda sociale Europea. Tre eventi hanno rinforzato tale obiettivo: la pubblicazione nel luglio 2006 della Comunicazione della Commissione “*Verso una strategia sui diritti del minore*”⁷⁵⁰, l’entrata in vigore del trattato di Lisbona nel dicembre del 2009 e il lancio dell’“*Agenda europea per i diritti dei minori*” nel febbraio 2011.

Indubbiamente, la “comunitarizzazione” del settore della cooperazione giudiziaria in materia penale, retaggio della precedente disciplina intergovernativa, rappresenta uno dei risultati più significativi raggiunti dal Trattato di Lisbona, capace di dar vita a prospettive interessanti e un tempo impensabili, nonostante tale ambito resti caratterizzato tuttora da profili istituzionali peculiari motivati dall’estrema sensibilità delle questioni sottese⁷⁵¹.

È proprio grazie al nuovo quadro giuridico, creato dal Trattato di Lisbona, che la Commissione europea ha presentato, nel 2011, il “*Programma dell’Unione europea per i diritti del minore*”⁷⁵² che esprime la volontà e l’impegno dell’Unione nel rafforzamento dei diritti dei fanciulli in tutte le sue politiche e, quindi, non solo nell’ambito civile e amministrativo, ma anche in quello penale.

Il documento, a carattere prettamente programmatico e politico, desidera puntare l’attenzione del legislatore europeo verso l’importanza di costruire una giustizia a misura di minore, in grado di proteggere i fanciulli particolarmente vulnerabili.

Nell’ambito della giustizia penale, come vedremo nel prosieguo, sono state recentemente adottate diverse direttive che, pur non essendo dedicate espressamente ai minori, hanno un impatto anche sui loro diritti.

Specificatamente rivolta ai minori vittime di reato è, invece, la direttiva 2011/93/UE contro l’abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile.

⁷⁵⁰ Tale Comunicazione riconosce che i diritti dei minori sono parte integrante dei diritti dell’uomo (che l’Unione europea è tenuta a rispettare in virtù dei trattati internazionali ed europei in vigore), riconosciuti anche dalla stessa Unione nella Carta dei diritti fondamentali e, in particolare, nell’art. 24. La predetta Comunicazione individuava quattro problemi da affrontare: l’esclusione sociale dei bambini Rom, il traffico di minori, la pedopornografia su internet e la somministrazione ai minori di farmaci non sperimentali ad uso pediatrico. La sua importanza deriva anche dall’aver inaugurato, il 4 giugno 2007, il primo *Forum europeo per i diritti dei minori*, che ha visto la partecipazione diretta di bambini e di interlocutori esperti di tematiche minorili per uno scambio di informazioni e buone pratiche allo scopo di stimolare l’emanazione di iniziative efficaci in favore dei minori.

⁷⁵¹ R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell’Unione europea*, Giappichelli, 2014, p. 558-9.

⁷⁵² Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni del 15 febbraio 2011, dal titolo “*Programma dell’Unione europea per i diritti dei minori*” [COM(2011) 60 def. – Non pubblicata nella Gazzetta ufficiale].

Inoltre, dopo che la Commissione europea ha affermato di volere “*more safeguards for citizens in criminal proceedings*”⁷⁵³, è stata recentemente adottata la direttiva 2016/800/UE in materia di diritti procedurali dei minori indagati o imputati nell'ambito di procedimenti penali.

Questi strumenti rappresentano indubbiamente, almeno “sulla carta”, un passo fondamentale verso una giustizia UE a misura di minore.

La Commissione europea si è anche ufficialmente impegnata, come è stato anticipato nella prima parte del presente lavoro, a favorire l'uso delle direttive del Consiglio d'Europa sulla giustizia *Child-friendly*, tramite la loro integrazione nei futuri strumenti giuridici del settore della giustizia civile e penale.

È quindi la stessa Unione europea a riconoscere l'importanza del lavoro svolto in questi anni dal Consiglio d'Europa a tutela dei minori e culminato nell'adozione delle Linee Guida nel 2010.

Nella prima sezione di questo secondo capitolo si analizzerà, innanzitutto, la definizione del concetto di “vittima di reato” e le sue connesse potenzialità di tutela nell'ambito dei procedimenti penali. Verranno poi evidenziati i principali atti vincolanti dell'UE a protezione delle vittime di reato, concentrandosi su quelli maggiormente significativi per le vittime minori di età. Successivamente verrà operato un confronto tra i diversi approcci seguiti dall'Unione europea e dal Consiglio d'Europa in materia di tutela della vittima di reato.

Nella seconda sezione si proseguirà l'analisi con lo studio delle norme UE a garanzia del minore autore di reato nei procedimenti penali.

Si è ritenuto di analizzare sia le disposizioni UE a tutela dei minori autori che quelle a tutela dei minori vittime di reato poiché si crede fortemente che “*tout mineur délinquant est un enfant en danger; tout enfant en danger est un potenziale mineur délinquant*” e si desidera, pertanto, porre l'attenzione sul fatto che questa comune vulnerabilità dovrebbe garantire il diritto, per entrambi i ruoli rivestiti dai fanciulli nel processo penale, ad un trattamento specifico e differenziato rispetto a quello riservato agli adulti⁷⁵⁴.

Prima sezione: La tutela dei minori vittime di reato

1.1 L'approdo del diritto penale europeo e del concetto di “vittima”

Non essendosi occupata direttamente, fino agli anni '90, della materia penale, che era di competenza esclusiva degli Stati membri, l'Unione europea sino allora non si era nemmeno interessata della sorte delle vittime di reato. Nonostante ciò, era chiaro che ignorare il fatto che sempre più frequentemente i cittadini

⁷⁵³ Si veda Criminal Justice Newsroom, 27/11/2013 su <http://ec.europa.eu>.

⁷⁵⁴ Introduzione di Geneviève Giudicelli-Delage al libro la “*Minorité à contresens. Enfants en danger, enfants délinquants*” di G. GIUDICELLI-DELAGE e C. LAZERGES, Dalloz, 2014, p. 28.

europei possono diventare vittime *cross-border* e, di conseguenza, andare incontro a molteplici difficoltà per far valere i propri diritti all'interno di un processo sorto in uno Stato membro diverso da quello di cittadinanza o di residenza, contrastasse con l'idea di creare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia in cui tutti i cittadini europei possono muoversi liberamente e in sicurezza.

Come affermato dal Commissario europeo Anita Gradin, il destino di chi subisce un reato in uno Stato membro diverso da quello di residenza è molto diverso da quello di chi diventa vittima nel proprio Paese in quanto, nel primo caso, non sempre si conosce perfettamente la lingua dello Stato in cui ci si trova, né le regole che governano il processo penale di quel dato Paese⁷⁵⁵.

Al riguardo la Corte di Giustizia, nel caso *Cowan*⁷⁵⁶, fece un primo passo avanti, nonostante il diritto processuale penale fosse ancora di competenza esclusiva degli Stati membri, sottolineando che le disposizioni nazionali che prevedono un indennizzo per le vittime di un reato subito nel loro territorio non devono subordinare la sua concessione alla nazionalità dell'offeso e questo poichè quando “*the Community law guarantees a natural person the freedom to go to another Member State, the protection of that person from harm in the Member State in question, on the same basis as that of nationals and persona residing there, is a corollary of that freedom of movement*”⁷⁵⁷.

Con tale pronuncia, tuttavia, non si è affermato nessun principio in base al quale tutti gli Stati membri debbano risarcire le vittime di reato per le conseguenze subite nei loro territori.

Successivamente, il Consiglio europeo di Tampere, del 16 ottobre 1999, sollecitò esplicitamente l'adozione di norme minime sulla tutela delle vittime della criminalità, in particolare riguardo l'accesso alla giustizia e al risarcimento dei danni subiti⁷⁵⁸.

A quest'ultima sollecitazione ha risposto la direttiva 2004/80/CE del 29 aprile 2004 relativa all'indennizzo delle vittime di reato che è stata emanata nell'ambito del primo pilastro e, di conseguenza, non si è addentrata nel campo penale. Tale atto è, comunque, rilevante in quanto esprime espressamente, nel *considerando* n. 6, che “*le vittime di reato nell'Unione europea dovrebbero avere il diritto di ottenere un indennizzo equo ed adeguato per le lesioni subite, indipendentemente dal luogo della Comunità europea in cui il reato è stato commesso*”.

Inoltre, nel *considerando* n. 12, la direttiva richiede a ciascuno Stato membro di istituire dei meccanismi di indennizzo per le vittime di reati intenzionali e violenti commessi nei propri territori e di cooperare tra loro in modo da “*consentire alle vittime di reato di rivolgersi sempre ad un'autorità del proprio Stato membro di residenza*” per ottenere l'indennizzo nello Stato membro in cui sono state vittime di un reato, ovviando, così, “*alle eventuali difficoltà pratiche e linguistiche connesse alle situazioni transfrontaliere*”.

⁷⁵⁵ P. ROCK, *Constructing victim's rights; the Home Office, New Labour and victims*, Oxford, 2004, p. 513.

⁷⁵⁶ Corte di Giustizia, 2 febbraio 1989, *Cowan c. Trèsor public*, C- 186/87. In tale caso, la Corte di Giustizia venne adita in via pregiudiziale per fornire un'interpretazione di una normativa penale francese che concedeva un indennizzo statale alle vittime solo nel caso in cui fossero cittadini francesi o di uno Stato con il quale la Francia aveva concluso un accordo in tal senso oppure persone residenti in Francia.

⁷⁵⁷ Corte di Giustizia, 2 febbraio 1989, *Cowan c. Trèsor public*, C- 186/87, punto 17.

⁷⁵⁸ Il Consiglio europeo di Tampere è stata la prima riunione dei capi di Stato e di Governo degli Stati membri dell'Unione dedicata specificatamente alle tematiche degli affari interni della giustizia.

Un mero risarcimento economico, tuttavia, non è di certo in grado di assicurare una completa tutela alle vittime di reato, le quali necessitano soprattutto di protezione nel processo, dal processo e *post* processo penale.

A tal ultimo riguardo, bisogna sottolineare che il primo atto di diritto derivato dell'Unione europea ad avere inciso sui sistemi penali nazionali è stata la Decisione quadro del 2001/220/GAI sulla posizione della vittima nel procedimento penale⁷⁵⁹ che dunque precede anche la sopra citata direttiva 2004/80/CE relativa all'indennizzo delle vittime di reato.

La “vittima”, pertanto, è stato il primo soggetto processuale degno di tutela in ambito penale a livello UE, trasformandosi nella “*nouvelle étoile de la scène pénale*”⁷⁶⁰.

Come si vedrà nel prosieguo, le tappe fondamentali di questo percorso sono passate tramite il riconoscimento graduale alla vittima tanto dei *service rights*, quanto dei *procedural rights*⁷⁶¹.

Ciò premesso, bisogna ammettere che l'adozione della Decisione quadro sopra citata è stata alquanto contestata.

Dalla lettura del combinato disposto degli articoli 29⁷⁶² e 31, lettera e) dell'allora Trattato UE, non era chiaro, infatti, se vi fosse una base giuridica che assegnava all'Unione la competenza ad armonizzare le norme processuali penali⁷⁶³.

Non essendoci nei Trattati alcun riferimento alla procedura penale, né ai diritti delle vittime⁷⁶⁴, la Decisione quadro è stata quindi emanata in un contesto giuridico incerto che ha influenzato negativamente la sua stessa attuazione.

Come è già stato anticipato, il Trattato di Lisbona ha finalmente attribuito all'Unione europea una base giuridica esplicita tanto in materia processuale penale (art. 82, par. 2, TFUE), quanto in quella penale sostanziale (art. 83 TFUE) e, pertanto, attualmente, su entrambi i fronti, il legislatore europeo può adottare “norme minime”.

⁷⁵⁹ Decisione quadro del Consiglio del 15 marzo 2001 relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, pubblicata in GUCE L 82 del 22 marzo 2001.

⁷⁶⁰ Per un inquadramento generale si veda S. ALLEGREZZA, *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, in *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Torino, 2012, p. 1; F. TULKENS - F. VAN DE KERCHÔVE, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, Bruxelles, 1999, p. 62.

⁷⁶¹ La nota distinzione si deve a A. SANDERS, *Victim Participation in an Exclusionary Criminal Justice System*, in C. HOYLE - R. YOUNG (a cura di), *New visions of crime victims*, Oxford, 2001, p. 204.

⁷⁶² Tale articolo, modificato dal Trattato di Amsterdam, assegnava all'Unione l'obiettivo di “fornire ai cittadini un livello elevato di sicurezza in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, sviluppando tra gli Stati membri un'azione in comune nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale” (...) e tale obiettivo doveva essere raggiunto mediante “il ravvicinamento, ove necessario, delle normative degli Stati membri in materia penale, a norma dell'art. 31, lett. e)”.

⁷⁶³ In particolare non era chiaro se l'Unione europea aveva la competenza ad emanare atti normativi aventi un impatto su aspetti diversi da quelli di diritto penale sostanziale esplicitamente elencati.

⁷⁶⁴ Lo stesso nesso tra cooperazione giudiziaria e regole comuni sulla posizione della vittima non risultava subito evidente. Sul punto si veda V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, Oxford and Portland, 2009, p. 90 e ss. e R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Milano, 2005, p. 94 e ss.

Per quanto riguarda, in particolare, il ravvicinamento delle legislazioni nazionali in materia processuale penale, l'art. 82 TFUE include ora la "tutela dei diritti delle vittime della criminalità" tra gli ambiti in cui è esplicitamente ammessa l'emanazione di norme minime UE⁷⁶⁵.

Nessun riferimento ai diritti delle vittime è presente, invece, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

La protezione dei diritti delle vittime di reato rappresenta una tematica nella quale è possibile osservare l'espansione del diritto dell'Unione europea nel settore penale in quanto, rispetto alle garanzie da riservare all'imputato, come vedremo nel prosieguo, è stato più facile raggiungere un consenso tra gli Stati membri.

Come sopra anticipato, infatti, le vittime di reato hanno rappresentato i primi individui oggetto di attenzione da parte del legislatore europeo in campo penale e ciò anche prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona quando la materia penale veniva disciplinata attraverso lo strumento delle Decisioni quadro, oggi in gran parte sostituite, come vedremo, da direttive adottate nel periodo *post*-Lisbona⁷⁶⁶.

L'idea di rafforzare il ruolo e la partecipazione della vittima nei procedimenti penali ha sempre creato malumori in una parte della dottrina, convinta che una visione estremamente soggettiva dei fatti, nonché una sorta di duplicazione dell'accusa⁷⁶⁷ potrebbe finire per violare il principio di non colpevolezza⁷⁶⁸, mettendo così a rischio la posizione dell'imputato e tutte le garanzie ad esso riservate all'interno del processo penale⁷⁶⁹.

Per tali ragioni, per lungo tempo, la vittima è stata lasciata in seconda fila nei processi penali degli Stati membri, addirittura quasi trascurata, finché l'attenzione nei suoi riguardi è stata consacrata, sul piano internazionale, dalla Risoluzione 40/34, adottata dall'Assemblea Generale dell'ONU, il 29 novembre 1985⁷⁷⁰

⁷⁶⁵ Art. 82, par. 2, del TFUE: "*Laddove necessario per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale, il Parlamento europeo e il Consiglio possono stabilire norme minime deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria. Queste tengono conto delle differenze tra le tradizioni giuridiche e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri. Esse riguardano: a) l'ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri; b) i diritti della persona nella procedura penale; c) i diritti delle vittime della criminalità; d) altri elementi specifici della procedura penale, individuati dal Consiglio in via preliminare mediante una decisione*".

⁷⁶⁶ Il riferimento è alla Decisione quadro 2001/220/GAI sulla posizione della vittima (oggi sostituita dalla direttiva 2012/29/UE che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato), alla Decisione quadro 2002/629/GAI del Consiglio, del 19 luglio 2002, sulla lotta alla tratta degli esseri umani (oggi sostituita dalla direttiva 2011/36/UE del 5 aprile 2011) e alla Decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio, del 22 dicembre 2003, relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile (oggi sostituita dalla direttiva 2011/93/UE del 13 dicembre 2011). L'abolizione dell'ex "terzo pilastro" ha portato anche alla comunitarizzazione degli strumenti legislativi.

⁷⁶⁷-G. TRANCHINA, *La vittima del reato nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2010, 11, p. 4060 non condivide questo argomento, non ritenendo che "*il principio di parità delle parti nel processo si riferisca al numero delle parti costituite in giudizio*". *La parità consiste nella garanzia che il processo si svolga in modo tale da assicurare alle parti l'uguale possibilità di incidere sul convincimento del giudice, attribuendo a ciascuna di esse parità di poteri*".

⁷⁶⁸-D. KRAUSS, *La vittima del reato nel processo penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1983, 2, p. 295: in via di principio, si può parlare di un rapporto tra il reo e la vittima solo quando sia stata accertata la colpevolezza dell'imputato perché prima della condanna non esiste nessuna "vittima innocente".

⁷⁶⁹-Come affermato da N. PARISI, *Una prospettiva nazionale, europea e internazionale per la tutela della vittima*, in *Processo penale e vittima di reato*, Università di Catania, 2010, n. 26, p. 12, il processo penale è essenzialmente una contesa tra l'accusato e lo Stato, il quale si prende cura della vittima ed agisce anche in sua vece, metabolizzando, per così dire, le aspirazioni vendicative del soggetto passivo del reato.

⁷⁷⁰ General Assembly, *UN Declaration of basic principles of justice for victims of crime and abuse of power*, 29 November, 1985, A/RES/40/34.

che ne ha fornito una prima definizione⁷⁷¹ assieme all'attribuzione esplicita dei diritti di informazione, risarcimento e assistenza.

Trovare un bilanciamento tra la tutela delle vittime e le garanzie per l'imputato rappresenta ancora oggi il cuore delle riflessioni in materia, fermo restando che neppure attualmente può affermarsi che esista di un vero e proprio diritto della vittima ad un processo penale giusto a carico dell'asserito colpevole⁷⁷².

La definizione del termine "vittima di reato" merita ora qualche osservazione in quanto, analizzando la normativa europea essa sembra, innanzitutto, ricomprendere sia il significato di "persona offesa"⁷⁷³ che quello di "danneggiato del reato"⁷⁷⁴, concetti che, ad esempio come nell'ordinamento italiano, possono anche non coincidere.

In passato tale conclusione derivava dai combinati disposti del *considerando* n. 6 e dell'art. 9 della Decisione quadro 2001/220/GAI sulla posizione della vittima nel procedimento penale mentre attualmente discende dalla lettura del *considerando* n. 37 e dell'art. 16 della direttiva 2012/29/UE in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato che ha sostituito la Decisione quadro sulla posizione della vittima⁷⁷⁵. Tutte queste disposizioni, infatti, prevedono la presenza della vittima già dall'inizio del procedimento penale (posizione della c.d. "persona offesa"), ma contemplano anche il diritto delle vittime ad ottenere una decisione del giudice in materia di risarcimento del danno (figura del c.d. "danneggiato parte civile").

Dal 2001, poi, il concetto di "vulnerabilità" della vittima ha fatto ingresso nel dibattito dottrinale grazie alla già più volte richiamata Decisione quadro 2001/220/GAI che nel suo art. 2, par. 2, prevedeva l'obbligo di ciascuno Stato membro di assicurare che le "vittime particolarmente vulnerabili beneficino di un trattamento specifico che risponda in modo ottimale alla loro situazione".

Il concetto di "vulnerabilità" non è stato definito dalla Decisione quadro in parola e quindi in dottrina si è cercato di individuare chi potesse rivestire tale *status*⁷⁷⁶.

Una vittima vulnerabile è sicuramente un soggetto che, oltre ad aver patito le conseguenze negative di un reato, rimane particolarmente esposto anche ad ulteriori cause di sofferenza ed è quindi un individuo con una particolare predisposizione ad essere ferito⁷⁷⁷.

⁷⁷¹ Secondo tale Risoluzione le vittime sono "persons who, individually or collectively, have suffered harm, including physical or mental injury, emotional suffering, economic loss or substantial impairment of their fundamental rights, through acts or omission that are in violation of criminal laws operative within Member states, including those laws proscribing criminal abuse of power".

⁷⁷² M. SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale. Una lettura del sistema italiano alla luce del quadro europeo*, Milano, Wolters Kluwer - CEDAM, 2014, p. 3 e 17.

⁷⁷³ Colui che subisce la lesione del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice violata e che può esercitare alcuni diritti anche a prescindere dalla costituzione come parte civile.

⁷⁷⁴ Colui che ha subito le conseguenze patrimoniali o non di un reato e che assume la veste di parte processuale solo quando si costituisce parte civile all'interno del processo penale. Spesso, ma non sempre, coincide con la persona offesa.

⁷⁷⁵ Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di un reato e che sostituisce la Decisione quadro 2001/220/GAI, pubblicata in GUUE L 315 del 14 novembre 2012 di cui si parlerà nel prosieguo.

⁷⁷⁶ S. BUZZELLI, *Il panorama delle garanzie a protezione della "fonte fragile": il contesto europeo*, in Aa. V.v., *Il minorente fonte di prova nel processo penale*, a cura di C. Cesari, Milano, 2008, p. 10: "La vulnerabilità è di gran lunga la parola più familiare al linguaggio europeo che ne fa amplissimo uso (...), senza però circoscriverne in maniera esatta il significato".

⁷⁷⁷ M. SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale. Una lettura del sistema italiano alla luce del quadro europeo*, op. cit., p. 82 e 83.

Spesso si è parlato anche di “supervittima”⁷⁷⁸ ovvero di una categoria per la quale non viene attribuito uno specifico e diverso ruolo all’interno del processo penale, bensì un’attenzione particolare in materia di diritti di assistenza e protezione sia all’interno del processo che al di fuori di esso⁷⁷⁹.

Nel contesto giuridico europeo vi sono diverse fonti che si riferiscono al concetto di “vulnerabilità”, ma esse, come vedremo, non aiutano a far chiarezza.

Basti pensare che, addirittura, in uno stesso strumento normativo si parla sia di vittima vulnerabile che di vittima particolarmente vulnerabile senza chiarire la differenza tra le due situazioni⁷⁸⁰ oppure vi sono altri strumenti che rinviando alla Decisione quadro 2001/220/GAI sulla posizione della vittima, stabilendo che le vittime debbano essere considerate vulnerabili ai sensi di quest’ultima che, come abbiamo visto, non contiene nessuna definizione del concetto di “vulnerabilità”.

La Decisione quadro, infatti, lasciava gli Stati membri liberi di accogliere una nozione di vulnerabilità oggettiva (correlata, cioè, al tipo di reato commesso) o soggettiva (relazionata alle peculiari caratteristiche personali della vittima) oppure una combinazione di entrambe⁷⁸¹.

In passato, quindi, per cercare di chiarire il concetto di vulnerabilità si faceva riferimento ad una Raccomandazione del 2006 del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa, relativa all’assistenza delle vittime di reato, nella quale, ai sensi del punto 3.4, la “vulnerabilità” poteva risultare “*either through their personal characteristics or through the circumstances of the crime*”.

Recentemente, la direttiva 2012/29/UE ha compiuto una scelta esplicita a favore della combinazione delle due nozioni⁷⁸².

Normalmente, dunque, possono essere prese in considerazione, per definire una vittima “vulnerabile”, sia le sue condizioni soggettive che le specifiche circostanze del caso, in maniera alternativa. Da ciò deriva che la “vittima particolarmente vulnerabile” sarà, invece, quella che possiede entrambi i requisiti⁷⁸³.

⁷⁷⁸ M. GIALUZ, *Lo statuto europeo delle vittime vulnerabili*, in Aa. Vv., *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, a cura di S. Allegrezza, H. Belluta, M. Gialuz, L. Luparia, Torino, 2010, p. 59 e ss.

⁷⁷⁹ Tra le misure di sostegno extra-processuali vi sono, ad esempio, i percorsi di sostegno psicologico.

⁷⁸⁰ Il riferimento è alla direttiva 2011/36/UE del 5 aprile 2011 concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime che ha sostituito la Decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI e di cui si parlerà nel prosieguo. Si veda M. SIMONATO, *ibidem*, p. 83.

⁷⁸¹ P. GAETA, *La tutela delle vittime del reato nel diritto dell’Unione europea: spunti per una ricostruzione storico-sistematica*, in *Cassazione penale*, 2012, pp. 2704-2705, illustra le differenti conseguenze pratiche che implicano i due concetti: la vulnerabilità soggettiva richiede l’utilizzo di strumenti processuali quali la registrazione sonora o audiovisiva dell’audizione del minore in un contesto protetto, mentre quella oggettiva può limitarsi ad aiuti finanziari per la vittima.

⁷⁸² L’art. 22 della direttiva, nel richiedere che le vittime siano tempestivamente oggetto di una valutazione individuale per determinare “le specifiche esigenze di protezione”, dispone che la predetta valutazione debba tener conto delle caratteristiche personali della vittima, del tipo o della natura del reato e delle circostanze del reato. Sono prese in debita considerazione anche le vittime di specifici gravi reati, indicati al par. 3 del medesimo articolo, rafforzando in tal modo la nozione oggettiva di “vulnerabilità”. Il concetto soggettivo, invece, viene evidenziato nel successivo par. 4 in cui si dispone che, ferma restando la necessità di una valutazione individuale per determinare l’an, il quantum e il quomodo della fruizione delle misure speciali previste dagli articoli seguenti, “*ai fini della presente direttiva si presume che i minori vittime di reato abbiano specifiche esigenze di protezione essendo particolarmente esposti al rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni*”. La valorizzazione di ambedue i significati di “vulnerabilità” è affermata anche nei considerando n. 55, 56 e 57 della direttiva.

⁷⁸³ M. SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale. Una lettura del sistema italiano alla luce del quadro europeo*, op. cit., p. 84.

Il Programma di Stoccolma, che ha delineato le priorità dell'Unione europea per lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia per il periodo 2010-2014 e che è stato adottato dal Consiglio europeo⁷⁸⁴, ha chiarito che per l'Unione europea, tra le vittime vulnerabili, ci sono senza dubbio i minori, specie se non accompagnati.

I minori, infatti, sono sicuramente soggettivamente vulnerabili e, quindi, tutelabili in maniera rafforzata e specifica, a prescindere dal reato subito⁷⁸⁵; ove quest'ultimo sia poi particolarmente deplorabile (ad esempio in caso di minori vittime di abuso e sfruttamento sessuale o di tratta) essi dovrebbero essere automaticamente considerati "vittime particolarmente vulnerabili" in virtù di una sorta di presunzione assoluta⁷⁸⁶.

Ciò premesso, bisogna aggiungere che l'Unione europea ha deciso di non occuparsi solamente delle vittime c.d. "transnazionali", ma di tutte le vittime, a prescindere dalla loro nazionalità e dal territorio in cui assumono tale qualifica soggettiva. La motivazione di questa scelta deriva dalla necessità di evitare che si creino situazioni di discriminazioni a rovescio.

Di conseguenza, tutte le *policies* dell'Unione che riguardano la vittima di reato hanno l'obiettivo di dar vita a degli *standard* minimi di tutela delle vittime all'interno di tutti gli Stati membri.

1.2 Gli strumenti normativi dell'Unione europea a tutela delle vittime:

1.2.1 La Decisione quadro del 2001 sulla posizione della vittima nel procedimento penale

Come sopra anticipato, la Decisione quadro 2001/220/GAI, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, ha rappresentato il primo strumento normativo vincolante in materia di vittime di reato e, pertanto, nonostante sia ormai superata, appare opportuno chiarirne i pro e i contro.

Tuttavia, prima di analizzare il contenuto della Decisione quadro in parola, si ritiene opportuno soffermarsi sulla celebre sentenza *Pupino*⁷⁸⁷ che ha visto proprio tale strumento al centro di una pronuncia in cui la Corte di Giustizia, per la prima volta, ha preso posizione sulla portata delle Decisioni quadro e sugli effetti che tali tipi di atti sono idonei a produrre nell'ordinamento giuridico degli Stati membri.

È risaputo, infatti, che le Decisioni quadro sono atti del Consiglio, introdotti con il Trattato di Amsterdam per il conseguimento degli obiettivi del Titolo VI dell'allora Trattato dell'Unione europea, relativo alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale. A norma dell'ormai abrogato art. 34, par. 2, lett.

⁷⁸⁴ *Programma di Stoccolma - Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, Doc. 17024/09, 2 dicembre 2009, in particolare i punti 2.3.3 e 2.3.4.

⁷⁸⁵ La considerazione che i minori dovessero ricevere un'adeguata e specifica tutela, a prescindere dal reato subito, era emerso anche nel caso *Pupino* (Corte di Giustizia, 16 giugno 2005, *Pupino*, C-105/03).

⁷⁸⁶ M. SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale. Una lettura del sistema italiano alla luce del quadro europeo*, op. cit., p. 85.

⁷⁸⁷ Corte di Giustizia, 16 giugno 2005, *Pupino*, C-105/03.

b) del Trattato, tali strumenti normativi sono vincolanti per gli Stati membri quanto al risultato da ottenere, salva restando la competenza delle autorità nazionali in merito alla forma e ai mezzi.

L'efficacia diretta delle Decisioni quadro era esclusa espressamente dall'art. 34 TUE⁷⁸⁸ in quanto sarebbe stata incompatibile con il carattere intergovernativo del terzo pilastro al quale, infatti, mal si addicevano provvedimenti dal contenuto precettivo specifico.

La sentenza *Pupino* ha segnato una vera e propria svolta in tema di efficacia delle fonti comunitarie e di armonizzazione dei sistemi processuali penali degli Stati membri e merita, pertanto, alcune osservazioni anche perché la vicenda vedeva coinvolte vittime minorenni.

Il caso derivava da un procedimento penale pendente davanti a un giudice italiano nei confronti di una maestra elementare accusata di maltrattamenti e percosse nei confronti dei suoi alunni, tutti minori di cinque anni.

La disciplina codicistica italiana elencava tassativamente i casi in cui l'indagato o il pubblico ministero potevano chiedere l'incidente probatorio nella fase pre-dibattimentale e, in particolare, l'art. 398, comma 5 bis, c.p.p. prevedeva la possibilità di assunzione anticipata della testimonianza dei minori, secondo particolari modalità a tutela degli stessi, nei soli casi in cui fossero stati vittime di delitti sessuali o a sfondo sessuale.

Il dato normativo aveva, quindi, posto il giudice delle indagini preliminari nell'impossibilità di disporre che, come richiesto dal pubblico ministero, i bambini coinvolti dai sopracitati fatti venissero ascoltati tempestivamente tramite incidente probatorio, nonostante da ciò derivasse il rischio di un danno significativo ai fini dell'accertamento della verità. Rimandare l'ascolto dei piccoli alunni testimoni al dibattimento, considerata la loro tenera età e la connessa condizione psicologica, avrebbe, infatti, significato sentirli dopo l'inizio del processo di rimozione psicologica del trauma, col rischio, peraltro, di produrre l'unico risultato di turbare nuovamente la serenità dei minori coinvolti⁷⁸⁹.

Il giudice italiano aveva, quindi, chiesto alla Corte di Giustizia se, nel caso di specie, la mancata previsione, nel codice di procedura penale, della possibilità di acquisire la testimonianza di tali minori tramite incidente probatorio potesse essere in contrasto con alcune disposizioni della Decisione quadro sulla posizione della vittima nel processo penale.

La Corte di Giustizia, sulla scorta di un parallelismo tra le Decisioni quadro e le direttive, è finita per affermare l'esistenza, a carico dei giudici nazionali, di un pregnante obbligo di esegesi del diritto interno in chiave di fedeltà alla lettera e allo scopo della Decisione quadro in questione⁷⁹⁰. L'obbligo di interpretazione

⁷⁸⁸ A differenza dell'art. 249 TCE relativo alle direttive comunitarie che non si esprimeva al riguardo.

⁷⁸⁹ R. CALVANO: *Il Caso Pupino: ovvero dell'alterazione per via giudiziaria dei rapporti tra diritto interno (processuale penale), diritto UE e diritto comunitario*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2005, p. 4027.

⁷⁹⁰ L. LUPARIA, *Una recente decisione della Corte di Giustizia sull'allargamento delle ipotesi di audizione del minore in incidente probatorio*, in *Cassazione penale*, 2005, p. 3543.

conforme delle Decisioni quadro, sancito a partire da questa sentenza, discenderebbe, secondo la Corte, dall'estensione del principio della leale cooperazione anche al terzo pilastro⁷⁹¹.

Una volta chiarito ciò, la Corte di Giustizia, esaminando l'inidoneità delle disposizioni italiane a salvaguardare adeguatamente le esigenze di tutela del minore vittima di reato, così come prescritto dalla Decisione quadro del 2001, e derivandone un giudizio sostanzialmente negativo⁷⁹², ha affermato che la “Decisione quadro impone che un giudice nazionale abbia la possibilità, per le vittime particolarmente vulnerabili, di utilizzare una procedura speciale, come l'incidente probatorio (...), se tale procedura risponde in modo ottimale alla situazione di tali vittime”⁷⁹³.

Secondo la Corte, quindi, spetta ai giudici nazionali, interpretare le norme italiane in modo tale da conformarle alla Decisione quadro, sempre che questa operazione sia praticamente possibile, ovvero che sia *secundum legem* e sempre che non ne derivi una violazione dei diritti inviolabili dell'imputato o una lesione delle fondamentali garanzie dell'equo processo.

Il caso di specie si caratterizzava, indubbiamente, per l'impossibilità di fatto⁷⁹⁴ per il giudice italiano a *quo* di dare attuazione alle prescrizioni della Corte di Giustizia dal momento che l'unica operazione effettuabile da parte del magistrato nazionale sarebbe potuta essere quella di escludere la normativa italiana in contrasto con il diritto europeo. Quest'ultima possibilità, tuttavia, non era oggettivamente praticabile nel caso *Pupino* in quanto non si discuteva sull'interpretazione di una norma incompatibile con la Decisione quadro, ma sull'assenza di una disposizione e, quindi, su una lacuna del diritto italiano che non poteva di certo essere colmata dal giudice comune⁷⁹⁵.

Proprio l'impossibilità di applicare il principio dell'interpretazione conforme nel caso di specie ha spinto alcuni in dottrina⁷⁹⁶ a ritenere che l'intenzione della Corte di Giustizia fosse in realtà quella di estendere l'effetto della Decisione quadro ben oltre un mero effetto interpretativo, finendo per imporre al giudice

⁷⁹¹ Riguardo alle critiche su questo punto della sentenza *Pupino* si veda R. CALVANO, *Il Caso Pupino: ovvero dell'alterazione per via giudiziaria dei rapporti tra diritto interno (processuale penale), diritto UE e diritto comunitario*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2005, p. 4027-4034.

⁷⁹² Secondo alcuni in dottrina, alla base della sentenza in questione vi sarebbe stato un esame della Corte eccessivamente superficiale dell'apparato garantistico posto dalle norme nazionali processuali a protezione dei minori vittime di reati che avrebbe poi condotto ad una sottovalutazione del sistema italiano. Sul punto si veda L. LUPARIA, *Una recente decisione della Corte di Giustizia sull'allargamento delle ipotesi di audizione del minore in incidente probatorio*, in *Cassazione penale*, 2005, p. 3544.

⁷⁹³ Punto 56 della sentenza *Pupino*.

⁷⁹⁴ Data l'evidente incompatibilità delle norme interne ed europee raffrontate, la Corte di Giustizia è stata costretta ad ammettere che l'obbligo di interpretazione conforme che ricade sul giudice nazionale non può essere inteso al punto di trasformarsi in un obbligo di interpretazione *contra legem*.

⁷⁹⁵ Proprio per tale ragione, il governo francese aveva sollevato un'eccezione tesa a sostenere la non pertinenza del rinvio pregiudiziale per l'assoluta impossibilità di procedere successivamente ad un'interpretazione del diritto nazionale conforme alla Decisione quadro (punto 24 della sentenza *Pupino*). La Corte di Giustizia, tuttavia, applicò il principio della c.d. “presunzione di pertinenza” delle questioni proposte in via pregiudiziale dai giudizi nazionali per superare le argomentazioni francesi (punto 30 della sentenza).

⁷⁹⁶ Le conclusioni della Corte nel caso *Pupino*, nelle quali è stato usato per ben due volte il verbo “dovere” nei confronti dei giudici degli Stati membri, sembrano dimostrare che la Corte sia voluta andare contro la mera interpretazione conforme nel caso di specie, sottolineando, così, l'obbligatorietà del contenuto degli articoli della Decisione quadro presi in esame (sul punto si veda B. SARDELLA, *Gli effetti "quasi diretti" delle Decisioni quadro*, in *Giustizia civile*, 2006, p.749).

nazionale di interpretare in maniera sin troppo creativa il diritto interno per “colorare di luce europea il diritto nazionale”⁷⁹⁷.

In pratica, secondo quest’ultima tesi, la sentenza in commento, tramite l’affermazione dell’obbligo di interpretazione conforme delle Decisioni quadro, giungeva, in realtà, all’attribuzione di una non dichiarata efficacia diretta delle stesse. Infatti, considerato che la differenza tra efficacia diretta ed interpretazione conforme consiste nel fatto che, in base alla prima, il giudice applica direttamente la norma comunitaria, disapplicando quella nazionale con essa configgente, mentre con la seconda applica la norma interna interpretandola in modo aderente a quella comunitaria, nel caso *Pupino*, l’impossibilità di interpretare le norme nazionali in modo conforme alla Decisione quadro spinge sostanzialmente la Corte di Giustizia a suggerire al giudice nazionale di disapplicare le disposizioni del codice di procedura penale⁷⁹⁸, attribuendo così un’eccessiva importanza all’opera “ermeneutica” del giudice nazionale⁷⁹⁹.

La portata dirompente della sentenza *Pupino*, letta in quest’ottica, appare ancora più evidente se si considera che con essa si è aperta la porta alla possibilità di aggravare la posizione dell’imputata.

Nel caso di specie, infatti, le norme in questione, erano quelle che regolano la formazione e l’ammissibilità della prova nell’ambito del processo penale e non si condivide quanto espresso dalla Corte di Giustizia, secondo la quale tali tipi di norme non sarebbero suscettibili di incidere sulla responsabilità penale dell’imputata⁸⁰⁰ in quanto la disciplina processuale può indubbiamente incidere, a volte ben più del diritto penale sostanziale, sulla responsabilità penale dell’imputato⁸⁰¹.

Sicuramente, una grave mancanza della sentenza in esame è rappresentata dal mancato bilanciamento delle esigenze dei minori coinvolti con le garanzie dell’accusato. La Corte di giustizia, infatti, pur avendo richiamato più volte la CEDU, non sembra aver dato il giusto peso alle possibili lesioni dei diritti fondamentali dell’imputata che potevano discendere da un allargamento delle ipotesi di incidente probatorio. Il riferimento è, in particolare, ai principi di pubblicità, oralità e immediatezza, così come al diritto a confrontarsi con il proprio accusatore.

La salvaguardia del testimone minore è certamente un’importante priorità che, ad avviso di chi scrive, è giusto che prevalga su alcune delle garanzie previste per l’imputato in casi come quello di specie dove gli accusatori sono minori in tenerissima età; si ritiene, comunque, imprescindibile, in ambito penale, effettuare sempre un bilanciamento tra gli interessi coinvolti o quantomeno chiarire nella sentenza il motivo

⁷⁹⁷ M. SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale. Una lettura del sistema italiano alla luce del quadro europeo*, op. cit., p. 75.

⁷⁹⁸ R. CALVANO, *Il Caso Pupino: ovvero dell’alterazione per via giudiziaria dei rapporti tra diritto interno (processuale penale), diritto UE e diritto comunitario*, op. cit., p. 4033. Dopo la sentenza della Corte di Giustizia, il giudice del rinvio di Firenze ha effettivamente disposto l’incidente probatorio (si veda l’ordinanza del Gip Mori del 18 novembre 2005).

⁷⁹⁹ M. CAIANIELLO, *Il caso “Pupino”: riflessioni sul nuovo ruolo riconosciuto al giudice alla luce del metodo adottato dalla Corte di giustizia*, in Aa. Vv., *L’interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, a cura di F. Sgubbi e V. Manes, Bologna, 2007, p. 89 e ss.

⁸⁰⁰ “Le disposizioni che formano oggetto della presente domanda di pronuncia pregiudiziale non vertono sulla portata della responsabilità penale dell’interessata, ma sullo svolgimento del procedimento e sulle modalità di assunzione della prova” (Punto 46 della sentenza *Pupino*).

⁸⁰¹ R. CALVANO, *ibidem*, p. 4029.

per cui un certo interesse, come appunto il superiore interesse dei minori coinvolti, si debba ritenere prevalente in certe situazioni.

La decisione della Corte di Giustizia, infatti, potrebbe anche essere stata determinata dall'importanza dell'interesse sottostante, ovvero la tutela del benessere delle vittime minori di età, gravante su tutti gli Stati membri a seguito della loro adesione alla Convenzione sui diritti del fanciullo, tuttavia la Corte non fa nessun riferimento a ciò e, quindi, pur essendo ammirevole l'intento di valorizzare la personalità dei minori in quanto soggetti particolarmente vulnerabili, il vero intento della Corte sembra piuttosto quello di imporre il rispetto del diritto europeo tramite l'estensione anche alle Decisioni quadro del principio di interpretazione conforme. In sostanza, la protezione dei diritti delle vittime minori di età, appare in questa pronuncia più come il mezzo per valorizzare le potenzialità del diritto europeo che come un valore in sé.

Ritornando ora all'analisi della Decisione quadro sulla posizione della vittima nel processo penale, in termini di contenuto essa non rappresentava di certo uno strumento da segnalare per la sua innovatività in quanto, per molti aspetti, ricalcava concetti e principi di consolidata derivazione internazionale⁸⁰². Per di più, la formulazione dei vari diritti delle vittime e degli obblighi di tutela per gli Stati era molto generica, simile allo stile di una raccomandazione e, quindi, appariva più che altro come un atto di *soft law* che lasciava agli Stati un ampio margine di discrezionalità⁸⁰³. Poche le disposizioni, invece, che indicavano agli Stati, in maniera precisa, le misure da intraprendere, tra l'altro in tempi brevi⁸⁰⁴.

Un esempio della grande discrezionalità lasciata agli Stati membri si notava, ad esempio, in materia probatoria ove la Decisione quadro obbligava gli Stati ad adottare “*le misure necessarie affinché le autorità competenti interrogino la vittima soltanto per quanto è necessario al procedimento penale*” (art. 3, par. 2). Tale disposizione poteva essere letta in due modi ovvero poteva significare che nell'esame della vittima bisogna sempre evitare domande non necessarie, estranee all'oggetto della prova, al fine di non ferirne inutilmente la sensibilità oppure che bisogna evitare di ascoltare ripetutamente la vittima quando non è strettamente necessario ai fini processuali⁸⁰⁵.

Un altro esempio riguardava la protezione delle vittime e, in particolare di quelle più vulnerabili, dalle conseguenze della loro deposizione in un'udienza pubblica. Al riguardo la Decisione quadro richiedeva agli Stati di garantire alla vittima la facoltà di essere protetta “*in condizioni che siano compatibili con i principi fondamentali del proprio ordinamento*” (art. 8, par. 4). Tale ultima formulazione lasciava, pertanto, il compito di effettuare il bilanciamento tra le varie esigenze contrapposte alla sensibilità del giudice nazionale e, *in primis*, alla prassi di ogni Stato membro.

⁸⁰² Ad esempio, il diritto di essere sentita durante il procedimento e di fornire elementi di prova (art. 3).

⁸⁰³ M. SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale. Una lettura del sistema italiano alla luce del quadro europeo*, op. cit., p. 75.

⁸⁰⁴ Ai sensi dell'art. 17, il termine per molte disposizioni è stato fissato a distanza di un anno dall'entrata in vigore della Decisione quadro.

⁸⁰⁵ M. SIMONATO, *ibidem*, p. 78.

Alla vittima di reato, secondo la Decisione quadro, andava poi riconosciuto un ruolo “*effettivo ed appropriato*” (art. 2), pur senza la necessità che esso si traducesse per gli Stati membri in un “*obbligo di garantire alle vittime un trattamento equivalente a quello delle parti del procedimento*” (considerando n. 9).

Anche l’aspetto della sicurezza e della tutela dell’intimità della vita privata della vittima e dei familiari veniva affrontato in maniera particolare dalla Decisione quadro. Quest’ultima, infatti, subordinava il dovere degli Stati membri di garantire un livello adeguato della *privacy* della vittima (inclusa la possibilità di proteggere la sua immagine fotografica e quella dei suoi familiari) al fatto che le autorità competenti ritenessero esistente una seria minaccia di atti di ritorsione o un serio intento di intromissione nella sua sfera di vita privata (art. 8, par. 1 e 2).

La Decisione quadro, quindi, più che offrire alla vittima una generale protezione dal processo, intesa come tutela dai pregiudizi che il procedimento penale può causare, in particolare, alle vittime più vulnerabili, sembrava tutelarla da atti altrui che potevano verificarsi soprattutto al di fuori del processo penale. Come giustamente osservato dal giurista Wieczorek “*one gets the impressions that the Council was much keener on what the victims could do for the system, than on what the system could do for the victims*”⁸⁰⁶ e questo concetto è forse insito nello stesso titolo della Decisione quadro, la quale è relativa alla “posizione” e non alla “protezione” della vittima nel processo penale.

Un aspetto importante messo in luce dalla Decisione quadro e che lascia meno discrezionalità agli Stati membri concerne il dovere di munire i tribunali nazionali di luoghi d’attesa riservati alle vittime, in modo tale da evitare i contatti tra queste ultime e i presunti autori dei reati, “*a meno che lo imponga il procedimento penale*” (art. 8, par. 3).

In generale, si può affermare che la Decisione quadro sulla posizione della vittima non imponeva agli Stati alcun limite al diritto alla prova né deviazioni procedurali del loro diritto processuale penale allo scopo di garantire una maggiore e più effettiva tutela della vittima⁸⁰⁷. Tuttavia, grazie all’art. 2, par. 2 che, come abbiamo visto, ha introdotto il concetto di “vulnerabilità” della vittima nel diritto penale europeo, ciascuno Stato membro era, in teoria, già all’epoca obbligato ad assicurare che le “*vittime particolarmente vulnerabili beneficino di un trattamento specifico che risponda in modo ottimale alla loro situazione*”.

La direttiva 2012/29/UE, che verrà analizzata nel prossimo paragrafo, ha definitivamente sostituito la Decisione quadro 2001/220/GAI migliorandone diversi aspetti.

⁸⁰⁶ I. WIECZOREK, *The new proposal on victims’ rights: law enforcement or safeguard for the rights of the individual?*, in *new Journal of european criminal law*, 2011, vol. 2, n. 3, p. 344.

⁸⁰⁷ M. SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale. Una lettura del sistema italiano alla luce del quadro europeo*, op. cit., p. 80.

1.2.2 La direttiva 2012/29/UE in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato

La direttiva 2012/29/UE ha sostituito la Decisione quadro 2001/220 GAI i cui risultati concreti sono stati deludenti sia per il cronico ritardo degli Stati membri nel recepire l'atto, sia per alcuni limiti contenutistici dello stesso che in parte sono già stati individuati⁸⁰⁸.

La nuova direttiva è stata adottata sulla base dell'art. 82 TFUE che, come come sopra precisato, prevede la possibilità di stabilire, nelle materie penali aventi dimensione transnazionale, norme minime mediante direttive che, tenendo conto delle differenze tra le tradizioni giuridiche e degli ordinamenti degli Stati membri, riguardino i diritti delle vittime della criminalità⁸⁰⁹.

Per quanto riguarda la protezione offerta da tale strumento alle vittime minori d'età bisogna premettere che la direttiva in esame, come prevede il considerando n. 69, si applica in generale a tutte le vittime della criminalità, salvo nel caso in cui vi siano disposizioni più specifiche come avviene, ad esempio, per le vittime della tratta e i minori vittime di abuso, sfruttamento sessuale e pedopornografia per le quali, come vedremo meglio nel prosieguo, sono stati previsti degli strumenti di tutela specifici.

Pertanto, tale direttiva rappresenta uno strumento soprattutto per altre categorie di vittime minori di età, come i minori vittime di terrorismo, di violenza domestica e così via.

Il primo importante riferimento ai minori⁸¹⁰ è contenuto nel *considerando* n. 14 che richiama il principio del superiore interesse del minore, poi ribadito a seguire anche nell'art. 1, par. 2, il quale sottolinea altresì la necessità che la direttiva venga letta con un approccio *child-sensitive*⁸¹¹.

Sempre il *considerando* n. 14 statuisce, inoltre, che “*le vittime minorenni dovrebbero essere considerate e trattate quali detentori a pieno titolo dei diritti previsti dalla direttiva*⁸¹² *e dovrebbero poter esercitare i loro diritti in un modo che tenga conto della loro capacità di formarsi opinioni proprie*”. Nel *considerando* n. 42, inoltre, è previsto che i fanciulli dovrebbero poter essere sentiti in un procedimento penale e al riguardo l'art. 10 si raccomanda di tenere in considerazione l'età e la maturità dei minori.

⁸⁰⁸ L'obiettivo della nuova direttiva è proprio quello di rivedere, integrandoli, i principi enunciati dalla precedente Decisione quadro (*considerando* n. 4 del Preambolo).

⁸⁰⁹ Sul punto si veda R. LETSCHERT, C. RIJKEN, *Rights of victims of crime: tensions between and integrated approach and a limited legal basis for harmonisation*, in *New journal of european criminal law*, 2013, vol. 4, n. 3, p. 234 e ss.

⁸¹⁰ Ai sensi dell'art. 2 della direttiva per “minore” s'intende un fanciullo minore degli anni diciotto. Tale precisazione è tutt'altro che superflua considerando la varietà delle soluzioni adottate a livello nazionale (sul punto si veda M. PANZAVOLTA, *Humanitarian concerns within the EAW*, in N. KEIJSER - E. VAN SLIEDREGT, *The European Arrest Warrant in Practice*, L'Aia, 2009, p. 179).

⁸¹¹ Art. 1, par. 2, della direttiva: “*Gli Stati membri assicurano che nell'applicazione della presente direttiva, se la vittima è un minore, sia innanzitutto considerato l'interesse superiore del minore e si proceda a una valutazione individuale. Si privilegia un approccio rispettoso delle esigenze del minore, che ne tenga in considerazione età, maturità, opinioni, necessità e preoccupazioni. Il minore e il titolare della potestà genitoriale o altro eventuale rappresentante legale sono informati in merito a eventuali misure o diritti specificatamente vertenti sui minori*”.

⁸¹² Concetto ribadito anche nel *considerando* n. 19.

L'utilizzo del tempo condizionale deriva dal fatto che il ruolo della vittima all'interno del processo penale varia molto da uno Stato membro all'altro e ciò, di conseguenza, si riverbera anche sulla posizione attribuita ai minori in tale sede. Ci sono Stati, infatti, in cui la vittima gioca un ruolo importante nel processo, finendo per possedere uno *status* quasi uguale a quello del presunto autore del reato. Ci sono, invece, altri Stati in cui la funzione della vittima è limitata solo a quella di testimone o dove le è consentito di partecipare al processo senza poter assumere una vera e propria posizione di parte processuale. Al fine di inquadrare i diritti garantiti ai minori vittime di reato è opportuno, dunque, analizzare come tale strumento abbia fronteggiato le innumerevoli divergenze esistenti al riguardo a livello nazionale.

Innanzitutto, nell'ambito della direttiva in esame è stato possibile raggiungere un compromesso sulla definizione del ruolo della vittima unicamente riguardo ad alcuni diritti imprescindibili che vanno garantiti a tutte le vittime all'interno dell'Unione europea.

Tra questi diritti vi è quello di comprendere e di essere comprese (art. 3)⁸¹³, il diritto di ottenere informazioni (artt. 4 e 6), il diritto di ricevere assistenza (artt. 8 e 9) e il diritto alla protezione (artt. 18, 19 e 21), anche durante le indagini penali (art. 20)⁸¹⁴.

In particolare, per quanto riguarda i minori, l'art. 21 vieta la diffusione pubblica di qualsiasi informazione che permetta l'identificazione della vittima minorenni e richiede agli Stati membri di adottare misure legali per impedirne la diffusione; l'art. 20, invece, estende a tutte le vittime molte previsioni già contenute nell'art. 35 della Convenzione di Lanzarote, ove erano riservate solamente ai minori vittime di abusi⁸¹⁵.

⁸¹³ Ai sensi dell'art. 3 della direttiva, il diritto delle vittime, in generale, di comprendere e di essere comprese viene enunciato come essenziale in quanto nessuna specifica garanzia può in concreto operare se la vittima non è messa in condizione di conoscerne l'esistenza e di capirne il contenuto. La direttiva precisa che il contenuto minimo dell'informazione che gli Stati membri devono offrire alla vittima, fin dal primo contatto con un'autorità competente nell'ambito di un procedimento penale, include "il tipo di assistenza che può ricevere e da chi, nonché, se del caso, informazioni di base sull'accesso all'assistenza sanitaria, ad un'eventuale assistenza specialistica, anche psicologica, e su una sistemazione alternativa", oltre ad una serie di altre informazioni circa le modalità di accesso alla giustizia, la possibilità di avere un legale, di ottenere un risarcimento e così via. Come chiarito nel Preambolo, nulla ovviamente vieta agli Stati membri di arricchire ulteriormente il catalogo delle informazioni da fornire alla vittima. L'importante è che l'esigenza di personalizzazione sia costantemente rispettata, valorizzando le circostanze personali della vittima nonché il tipo o la natura del reato (Articolo 6 e *considerando* n. 26).

⁸¹⁴ L'articolo 18 stabilisce l'obbligo per gli Stati membri di adottare misure che assicurino la protezione della vittima e dei suoi familiari. In particolare tali misure sono dirette ad evitare la vittimizzazione secondaria e ripetuta, eventuali intimidazioni o ritorsioni, il rischio di danni emotivi o psicologici e a salvaguardare la dignità della vittima durante gli interrogatori o le testimonianze. Tali misure non devono però incidere negativamente sui diritti della difesa dell'imputato e il delicato bilanciamento è lasciato alle valutazioni degli organi nazionali. La protezione fisica della vittima è, poi, assicurata da diverse misure, tutte obbligatorie per gli Stati membri. In primo luogo, si afferma il diritto all'assenza di contatti fra questa e l'autore del reato nei locali in cui si svolge il procedimento penale, a meno che la compresenza non sia imposta dal procedimento penale stesso. In ogni caso è richiesta la creazione di zone di attesa riservate alle vittime nei palazzi di giustizia (art. 19). In secondo luogo, la direttiva si preoccupa di proteggere la vittima durante la sua deposizione nella fase delle indagini preliminari (art. 20). A tal fine, si prevede che l'audizione della vittima si svolga "senza indebito ritardo" dopo la presentazione della denuncia e che il numero delle audizioni della vittima "sia limitato al minimo" e le audizioni abbiano luogo "solo se strettamente necessarie ai fini dell'indagine penale". Vi è poi il diritto della vittima ad essere accompagnata, "se del caso", da un rappresentante legale o da una persona a scelta, "salvo motivata decisione contraria". Inoltre, anche le visite mediche, spesso necessarie nella fase delle indagini relative a reati di natura sessuale, devono essere "limitate al minimo" e svolte "solo se strettamente necessarie ai fini del procedimento penale". Come si può osservare, tuttavia, tali disposizioni non presentano parametri univocamente interpretabili. Sul punto si veda S. ALLEGREZZA, *Il ruolo della vittima nella direttiva 2012/29/UE*, in *Lo statuto europeo delle vittime di reato: modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali* (a cura di L. Lupària), Cedam, 2015, p. 3 e ss.).

⁸¹⁵ Ci si riferisce alle disposizioni che prevedono che la vittima minorenni sia sentita il prima possibile dopo la denuncia e il minor numero di volte possibile, nonché al diritto di essere accompagnata dal proprio legale rappresentante e da una persona di fiducia.

L'accesso, invece, agli altri diritti della direttiva dipende, in primo luogo, dal ruolo dedicato alla vittima nel processo penale dello Stato membro interessato. Di conseguenza, ciò vale soprattutto per il diritto alla partecipazione della vittima al processo che racchiude in sé tutta una serie di altri diritti come quello ad essere sentiti, di opporsi alla decisione di non esercitare l'azione penale, di esercitare alcune prerogative di carattere economico tra le quali la richiesta di risarcimento del danno, la restituzione dei beni, il gratuito patrocinio ed il rimborso delle spese sostenute in occasione del processo. L'esercizio di tutti questi diritti è, dunque, legato alle peculiarità delle norme nazionali⁸¹⁶.

In secondo luogo, l'attribuzione di certi diritti previsti nella direttiva è legata alle specifiche caratteristiche delle vittime. Così, ad esempio, l'accesso gratuito ai servizi di interpretazione e traduzione è ovviamente garantito solamente per le persone offese che non comprendono o non parlano la lingua del processo e che non potrebbero esercitare il loro diritto di comprendere e di essere comprese⁸¹⁷.

È evidente che riconoscere espressamente tale diritto sia fondamentale all'interno di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, nel quale circa 12 milioni di cittadini europei vivono in uno Stato diverso da quello di origine, senza contare quelli che viaggiano quotidianamente all'interno dell'Unione. In questi casi, pertanto, la vittima avrà diritto all'interpretazione gratuita durante le audizioni, gli interrogatori e, in generale, quando necessario per consentirle una partecipazione attiva alle udienze, negli Stati membri in cui ciò è consentito.

Per quanto riguarda la traduzione, essa è gratuita solo per i documenti ritenuti fondamentali per consentire alle vittime di partecipare attivamente al procedimento penale e, quindi, anche l'ampiezza di tale diritto varierà da uno Stato membro all'altro.

Inoltre, alcuni diritti espressi nella direttiva sono garantiti solo alle vittime che risiedono in uno Stato membro diverso da quello in cui hanno subito un reato. Queste persone, infatti, hanno il diritto di adire le autorità dello Stato di residenza per sporgere denuncia nel caso in cui non l'abbiano fatto nello Stato in cui si è verificato il danno⁸¹⁸.

Infine, vi sono le “*vittime con specifici bisogni di protezione*” che potranno godere di speciali misure come previsto dagli articoli 22, 23 e 24 della direttiva. Tale definizione ha sostituito quella di “vittime vulnerabili”, richiamata solamente una volta nel considerando n. 38, e anche se la differenza giuridica tra le due nozioni non è chiarita nel testo della direttiva, in dottrina alcuni considerano che il concetto di “vittime

L'art. 20, a differenza della Convenzione di Lanzarote, richiede anche che le visite mediche alle vittime vengano ridotte al minimo ed effettuate solo se strettamente necessarie.

⁸¹⁶ Ad esempio, il diritto di accedere al patrocinio a spese dello Stato è circoscritto alle vittime che hanno lo *status* di parte in un processo penale secondo la legge nazionale (art. 13) e anche la possibilità di ottenere il rimborso delle spese sostenute è limitato alle vittime che abbiano avuto un ruolo attivo nel processo, escluso il rimborso delle spese legali, non ritenute necessarie per poter partecipare attivamente ad un processo penale (Art. 14 e *considerando* n. 47). Affermazione quest'ultima piuttosto discutibile. Inoltre, sempre per quanto riguarda le spese, gli Stati membri possono dar vita ad ulteriori differenziazioni imponendo particolari condizioni per il rimborso delle stesse, dei termini limitati per richiederlo, tariffe *standard* di rimborso e costi massimi giornalieri e, in generale, secondo la direttiva, gli obblighi di rimborso incombono sugli Stati solamente quando la vittima è obbligata o invitata ad essere presente e a partecipare e non quindi nei casi in cui decida spontaneamente di rendere dichiarazioni (*considerando* n. 47).

⁸¹⁷ L'art. 7 della direttiva prevede che tali persone debbano fare richiesta per ricevere tali servizi.

⁸¹⁸ Art. 17 della direttiva.

con specifici bisogni di protezione” sia più adatto ad essere utilizzato a fini processuali, mentre quello di “vittime vulnerabili” più per fini sostanziali.

In ogni caso, dopo un lungo dibattito circa l’opportunità o meno di stabilire una lista delle persone rientranti, in via presuntiva, in tale categoria⁸¹⁹, è prevalsa la scelta di effettuare una valutazione caso per caso, basandosi sulle caratteristiche personali della vittima, il tipo, la natura e le circostanze del reato⁸²⁰.

Interessante, al riguardo, è che subito dopo aver richiesto agli Stati di compiere una valutazione individuale delle vittime caso per caso per stabilire se le stesse necessitino di misure di protezione speciali, la direttiva, per quanto riguarda i minori, presume che gli stessi abbiano specifiche esigenze di protezione, essendo maggiormente esposti al rischio di subire una vittimizzazione secondaria o delle intimidazioni durante il corso del processo. Nonostante questo inciso, da sottolineare positivamente, la direttiva richiede successivamente di compiere comunque una valutazione individuale dei minori, non solo per stabilire il tipo di misure speciali di cui necessitino (il che è più che ragionevole), ma anche per accertare se abbiano la necessità di usufruire delle misure elencate negli articoli 23 e 24⁸²¹. Affermazione, dunque, che sembra stridere con quanto sopra affermato, circa la presunzione di protezione di cui ogni minore, vittima di reato, dovrebbe godere.

La direttiva si basa sull’idea di non voler stigmatizzare le vittime, la cui vulnerabilità deve essere valutata *ex post* al fatto di reato, proprio per non tutelare una persona offesa qualsiasi, standardizzata, bensì un individuo specifico, con le sue precise esigenze. La *ratio*, pertanto, è quella di fornire una tutela più concreta ed efficace, rendendo più flessibile il processo penale, anche se indubbiamente ciò comporta un rischio di frammentazione della normativa UE in una materia che non necessitava di ulteriori discrepanze tra gli Stati membri, soprattutto se le vittime sono dei minori. Alla fine, infatti, sia la scelta delle “misure speciali” da adottare che l’eventuale estensione del concetto di “vittime con specifici bisogni di protezione” sono rimessi ad una valutazione da effettuarsi conformemente alle procedure nazionali.

Ciò premesso, le “speciali protezioni” a cui i minori e le altre vittime possono accedere, unicamente in seguito all’esito positivo della valutazione individuale, sono elencate negli articoli 23 e 24.

L’art. 23 consente alle vittime con specifiche esigenze la possibilità di essere ascoltate in locali appositi, sempre dagli stessi soggetti qualificati, i quali dovrebbero essere, per i reati di stampo sessuale, dello stesso sesso della vittima, se richiesto da quest’ultima. Fin qui tali misure appaiono “neutre”, nel senso che

⁸¹⁹ La maggior parte degli Stati membri preferiva tale ultima soluzione sulla base della considerazione che ogni vittima potrebbe diventare, oltre che essere, vulnerabile, mentre la Commissione europea era favorevole all’inserimento di una lista specifica di vittime vulnerabili.

⁸²⁰ Art. 22 della direttiva.

⁸²¹ Art. 22, par. 4, della direttiva: “*Ai fini della presente direttiva SI PRESUME che i minori vittime di reato abbiano specifiche esigenze di protezione essendo particolarmente esposti al rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni. PER DETERMINARE SE e in quale misura DEBBANO AVVALERSI DELLE MISURE SPECIALI di cui agli articoli 23 e 24, i minori vittime di reato sono oggetto di una valutazione individuale come previsto nel paragrafo 1 del presente articolo*”.

non vanno a sbilanciare o a scalfire le garanzie di difesa dell'imputato⁸²² o le modalità di accertamento della verità processuale⁸²³.

Proseguendo nell'analisi delle misure speciali, l'art. 23, par. 3, prevede la possibilità di utilizzare dei mezzi tecnologici per evitare il contatto visivo tra la vittima e l'accusato (anche durante le deposizioni), nonché la possibilità di avvalersi di misure per consentire alla vittima di partecipare a distanza al processo e per condurre le udienze a porte chiuse⁸²⁴. Infine, è richiesto di evitare domande non necessarie sulla vita privata di queste particolari persone offese.

Per quanto riguarda, nello specifico, i minori con specifiche esigenze di protezione, l'art. 24 prevede per essi misure di protezione speciali, aggiuntive a quelle sopra citate e dirette ad evitare loro contatti troppo diretti con il contesto giudiziario, assicurandogli, così, una sorta di "deprocessualizzazione"⁸²⁵.

Viene, pertanto, prevista la possibilità di registrare tutte le audizioni dei minori durante le indagini, utilizzandole poi come prove ai sensi del diritto nazionale e viene sancito il diritto di presumere la minore età di una vittima la cui età sia incerta (misure entrambe già previste dall'art. 35 della Convenzione di Lanzarote)⁸²⁶, nonché il diritto di nominare un avvocato e un rappresentante speciale ai fanciulli in caso di conflitto di interesse con i genitori (disposizione prevista, oltre che nell'art. 35 della Convenzione di Lanzarote, anche nella Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori del 1996).

Nonostante tali previsioni non aggiungano nulla di nuovo ai diritti garantiti ai fanciulli a livello internazionale, la loro chiara e precisa formulazione sembra sottolineare che, almeno per quanto disposto dall'art. 23, par. 3, e dall'art. 24 della direttiva, il legislatore europeo avesse l'intenzione di obbligare espressamente gli Stati membri ad introdurle nelle proprie legislazioni nazionali.

Tuttavia, vista l'ampia discrezionalità lasciata agli Stati nella scelta delle misure speciali e dei diretti beneficiari (anche tra le persone minori di età), è difficile comprendere fino a che punto tali provvedimenti protettivi potranno spingersi senza derogare ai tradizionali principi del giusto processo e come potranno essere eventualmente valutate dalla Commissione europea e dalla Corte di Giustizia le scelte operate in concreto dai

⁸²² Se non nell'effetto di riconoscere esplicitamente *ex ante* la condizione di vittima di un reato ancora non accertato.

⁸²³ M. SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale. Una lettura del sistema italiano alla luce del quadro europeo*, op. cit., p. 111.

⁸²⁴ Il meccanismo delle porte chiuse si ritrova, ad esempio, in Francia e in Italia anche se con sfumature diverse. In Francia, le porte chiuse (*huis clos*) sono la regola di principio quando l'imputato è minorenni. Invece, quando è la vittima ad essere minorenni, le porte chiuse non sono previste di per sé, ma viene solo disposto che, qualsiasi sia l'età della vittima, quando il processo è relativo ad uno stupro o a torture e atti di barbarie accompagnati da aggressioni sessuali, le porte chiuse debbano essere garantite di diritto se la vittima parte civile lo chiede. Negli altri casi, possono essere ordinate soltanto se la vittima parte civile non è contraria (art. 306 c.p.p. francese). In Italia, «*il giudice può disporre che l'esame dei minorenni avvenga a porte chiuse*» e si procede comunque sempre a porte chiuse quando la vittima di reati sessuali o relativi a atti di schiavitù è un minorenni (art. 472, commi 4 e 3 *bis* c.p.p.) (al riguardo si veda S. DELATTRE, *Il trattamento delle vittime con esigenze specifiche (in particolare i minori) nel sistema francese*, in AA.VV., *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, Cedam, Padova, 2015, pp. 245 e ss.).

⁸²⁵ Sul punto si veda H. BELLUTA, *Eppur si muove: la tutela delle vittime particolarmente vulnerabili nel processo penale italiano*, in AA.VV., *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, Cedam, Padova, 2015, p. 260.

⁸²⁶ Tale meccanismo è, ad esempio, previsto in Francia, mentre non esiste ancora in Italia, dove però vi è la procedura specifica (inesistente in Francia) dell'incidente probatorio, che consente di raccogliere anticipatamente, ovvero durante la fase preliminare, la testimonianza del minorenni (al riguardo si veda S. DELATTRE, *Il trattamento delle vittime con esigenze specifiche (in particolare i minori) nel sistema francese*, in AA.VV., *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, Cedam, Padova, 2015, pp. 245 e ss.).

legislatori nazionali *in primis* e dalle autorità giudiziarie nazionali in secondo luogo⁸²⁷. La direttiva, infatti, lascia aperti molti dei consueti dilemmi che l'intervento dell'Unione europea in materia penale porta normalmente con sé e ai quali si aggiungono le incongruenze legate al trattamento dei minori in tale settore.

Innanzitutto, infatti, per identificare il trattamento giuridico da riservare, in sede processuale, a un minore vittima di reato bisogna far riferimento a più disposizioni a seconda dei casi; alcune, infatti, si riferiscono esplicitamente ai minori (è il caso dell'art. 24), altre riguardano la più ampia categoria delle vittime con bisogni specifici (ovvero l'art. 23 della direttiva). Non si comprende la *ratio* dietro tale stratificazione normativa risultando ben più ragionevole l'inserimento di un unico comprensivo articolo dedicato ai minori vittime di reato. Allo stato attuale, infatti, le norme UE mancano di chiarezza e ciò ne indebolisce irrimediabilmente l'efficacia.

In secondo luogo, un ulteriore problema concerne le peculiarità del principio del mutuo riconoscimento.

Già nelle conclusioni del Consiglio di Tampere del 1999 si auspicava, infatti, che quest'ultimo principio diventasse “*il fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione tanto in materia civile quanto in materia penale*”⁸²⁸ ed effettivamente esso possiede il potenziale per diventarlo a seguito dell'introduzione dell'art. 82 TFUE ai sensi del quale “la cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione è fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie”.

In ambito penale, il principio del mutuo riconoscimento rappresenta un *escamotage* per sormontare le enormi differenze che distinguono le legislazioni dei vari Stati membri, i quali sono tuttora restii ad individuare parametri comuni o a pensare ad una vera e propria armonizzazione di norme penali e processuali penali⁸²⁹. Ciò nonostante, come si osserverà meglio nel prosieguo quando verrà analizzata la giurisprudenza della Corte di giustizia, il mutuo riconoscimento appare sempre più irrealizzabile senza una minima armonizzazione⁸³⁰.

A questa considerazione si aggiunge il rilievo che parlare di mutuo riconoscimento, con riferimento alla tutela delle vittime, appare di per sé già una forzatura in quanto in tale ambito la cooperazione richiesta agli Stati membri non riguarda la circolazione di un provvedimento, ma di persone (vittime di reato) alle quali

⁸²⁷ Indubbiamente, il fatto che, ad oggi, la Commissione europea abbia attivato la procedura pre-contenziosa, ex art. 258 TFUE, nei confronti di ben 16 Stati membri, dunque più della metà, in relazione all'attuazione proprio di questa direttiva è indice delle difficoltà che stanno riscontrando gli Stati membri nella sua trasposizione.

⁸²⁸ Conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999, p. 33.

⁸²⁹ Il mutuo riconoscimento rappresenta, insomma, “*a journey into the unknown, where national authorities are in principle obliged to recognize standards emanating from the national system of any EU Member States on the basis of mutual trust*” (V. MITSILEGAS, *Eu Criminal Law*, Oxford and Portland, 2009, p. 116 e M. SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale. Una lettura del sistema italiano alla luce del quadro europeo*, op. cit., p. 97).

⁸³⁰ Come correttamente osserva O. MAZZA (O. MAZZA, *Investigazione prove e cooperazione giudiziaria*, in *Aa. Vv.*, *Processo penale e giustizia europea. omaggio a Giovanni Conso*, Atti del convegno dell'Associazione fra gli studiosi del processo penale, Torino, 26-27 settembre 2008, Milano, 2010, p. 155) “*la libera circolazione delle merci è stata preceduta e accompagnata nel tempo dall'imposizione agli Stati membri di rigidi standard di qualità produttiva a tutela dei consumatori europei. Non altrettanto è avvenuto per le prove. Non solo non si è pensato di introdurre elevati requisiti di qualità, ma non sono stati nemmeno previsti livelli minimi di garanzia rispetto ai quali omologare la merce probatoria, con la conseguenza che oggi si profila la libera circolazione di prodotti potenzialmente nocivi per i consumatori, siano essi le autorità giudiziarie, gli imputati o le vittime di reato*”.

deve (dovrebbe) essere riconosciuto il diritto di ricevere la medesima protezione in tutto il territorio dell'Unione europea⁸³¹.

Per concludere, in merito ai diritti specificatamente garantiti ai minori vittime di reato nella direttiva in commento si può osservare che solo uno non è sottoposto alla discrezionalità degli Stati membri ovvero il diritto alla *privacy* (art. 21). Un diritto è, invece, subordinato a quanto previsto dalle legislazioni nazionali in merito al ruolo della vittima nel processo penale e ci si riferisce al diritto del minore di essere sentito avendo riguardo alla sua età e alla sua maturità (art. 10). Inoltre, vi sono i diritti garantiti alle vittime con specifiche esigenze di protezione che sono subordinati al rispetto dei diritti della difesa e alla discrezionalità dei giudici (art. 23, par. 1). Inoltre tali diritti si aggiungono a quelli specificatamente dedicati ai minori con bisogni speciali (art. 24) e, come è stato sopra sottolineato, sia le misure elencate nell'art. 23 che nell'art. 24 non sono attribuite in maniera presuntiva a tutti i minori, ma solo a quelli che, a seguito di una valutazione individuale, vengono ritenuti bisognosi di una protezione aggiuntiva (art. 22, par. 4).

In ogni caso è positivo il fatto che sugli Stati membri viga il dovere generale di rispettare il principio del superiore interesse del minore e di avere un approccio *child-sensitive* nel recepimento e nell'applicazione di tale direttiva, ma ciò non toglie che nei Paesi in cui il ruolo delle vittime nei processi penali è quasi inesistente o in quelli in cui non vengono correttamente compiute le valutazioni individuali delle vittime minori di età, queste ultime continueranno a godere di ben poche tutele specifiche.

Inoltre bisogna considerare che la direttiva, di frequente, afferma che i "diritti dell'imputato" non possono essere pregiudicati da specifiche misure adottate per tutelare gli interessi della vittima.

In particolare, l'art. 6, par. 6, della direttiva stabilisce che la vittima, dopo aver fatto richiesta e quindi non in automatico, possa ricevere informazioni senza indebito ritardo sulla scarcerazione o sull'evasione della persona connessa al reato dalla stessa subito. La vittima ha il diritto di ricevere queste informazioni nei casi in cui sussista un pericolo o un rischio concreto di danno nei suoi confronti, ma la direttiva poi precisa che la notifica di tali informazioni possa venire meno nel caso in cui dovesse comportare un rischio concreto di danno per l'autore del reato.

Ancora, il diritto all'interprete per una vittima che non comprende o non parla la lingua del procedimento penale è sempre subordinata alla richiesta della vittima stessa e, inoltre, la possibilità di usufruire di un interprete a distanza, utilizzando ad esempio una videoconferenza, è rimessa al rispetto dei diritti della difesa oltre che alla discrezionalità del giudice⁸³².

Inoltre, le stesse misure protettive per le vittime e i loro familiari, che gli Stati membri sono tenuti ad assicurare per evitare la vittimizzazione secondaria e ripetuta, le intimidazioni e le ritorsioni, i danni emotivi o psicologici e per tutelare la dignità della vittima durante gli interrogatori e le testimonianze, sono subordinate al rispetto dei diritti della difesa⁸³³. Lo stesso vale per le misure di protezione per le vittime durante le indagini penali elencate nell'art. 20, par. 1, della direttiva.

⁸³¹ M. SIMONATO, *ibidem*, p. 99.

⁸³² Art. 7, par. 2, della direttiva.

⁸³³ Art. 18, par. 1, della direttiva.

Tutte queste disposizioni sottolineano, dunque, una netta prevalenza dei diritti dell'imputato su quelli della vittima, anche minore di età, senza nemmeno specificare quali siano i diritti della difesa da tutelare in ogni caso e sopra ogni cosa.

I diritti delle vittime di reato, inoltre, non sono nemmeno praticamente mai citati nelle direttive che contengono diritti per gli indagati/accusati di aver commesso un reato⁸³⁴.

Questa sorta di “preferenza” per i diritti dell’indagato/imputato appare in contraddizione con la definizione di “vittima”. L’art. 2, par. 1, lett. a), della direttiva, definisce, infatti, la “vittima” come “una persona fisica che ha subito un danno, anche fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche che sono stati *causati direttamente da un reato*” (corsivo aggiunto). È, pertanto, evidente che la nozione sia direttamente connessa all'esistenza di un reato, fatto che non sembra essere messo in discussione, e ciò pone dubbi sul rispetto del diritto alla presunzione di innocenza anche perché la direttiva non utilizza mai, ad esempio, il termine “vittima presunta”⁸³⁵. Per quanto riguarda, invece, il termine “autore del reato” esso viene utilizzato nella direttiva sia in riferimento ad una persona che è stata condannata per un reato, che per una persona indagata o imputata prima dell'eventuale dichiarazione di responsabilità o della condanna⁸³⁶.

Sebbene quindi molti dei diritti della vittima siano ancora dipendenti dal rispetto di quelli dei presunti autori del reato, la direttiva mostra comunque una certa propensione per la prima categoria di persone, la cui protezione, come è stato sopra sottolineato, è stata oggetto d’interesse del legislatore europeo ben prima dell’altra⁸³⁷.

Inoltre, nonostante il testo della direttiva non possa dirsi esente da critiche, il suo contenuto complessivo, per quanto riguarda la tutela delle vittime in generale (minori compresi), appare positivo se si paragona a quello della precedente Decisione quadro 2001/220/GAI che è andato a sostituire.

Ad esempio, degno di nota è il diritto, attribuito a tutte le vittime, di ricevere assistenza gratuita, specifica e qualificata dalle organizzazioni all’uopo dirette. Tale questione era stata affrontata anche nella Decisione quadro, la quale, tuttavia, prevedeva unicamente il dovere di promuovere ed incentivare l’intervento di tali servizi di assistenza nell’ambito del procedimento penale.

Attualmente la direttiva contiene, invece, un vero e proprio diritto generale a ricevere da queste organizzazioni un supporto sia prima, che durante, che dopo la fine del procedimento penale e ciò assume importanza soprattutto per i minori che sono più esposti al rischio di subire ritorsioni e intimidazioni, nonché una vittimizzazione secondaria dovuta alle modalità stesse del processo⁸³⁸.

⁸³⁴ Non si trova, infatti, alcun riferimento alle vittime nella direttiva sul diritto all’interpretazione e alla traduzione e in quella sul diritto all’informazione. Nella direttiva sul diritto di accesso a un avvocato si trova un unico riferimento alla necessità di proteggere le vittime di reato nel considerando n. 36 e nella direttiva sulla presunzione di innocenza nel considerando n. 20.

⁸³⁵ Questo perché, secondo certa dottrina, ciò comporterebbe delle ripercussioni negative per le vittime di reato. Si veda M.E.I BRIENEN AND E.H. HOEGEN, *Victims of crime, 22 European Criminal Justice Systems*, Nijmegen, 2000, p. 1169.

⁸³⁶ Considerando n. 12 della direttiva in commento.

⁸³⁷ A. KLIP, *On victim's rights and its impact on the rights of the accused*, in *European Journal of crime, criminal law and criminal justice*, 2015, p. 187.

⁸³⁸ L’art. 9 della direttiva elenca, poi, i servizi connessi a tale tipo di supporto.

Altro aspetto da rilevare e che è di interesse, in particolare, per la tutela dei fanciulli è l'importanza attribuita alla formazione dei professionisti che vengono in contatto con le vittime e che si occupano dei servizi di supporto. L'aspetto della formazione era solo menzionato nella Decisione quadro del 2001, mentre qui diventa uno strumento per rafforzare i diritti delle vittime⁸³⁹.

Grazie alla preparazione del personale, infatti, sarà possibile identificare con facilità i bisogni specifici delle vittime e trattarle in una maniera rispettosa, sensibile, professionale e non discriminatoria⁸⁴⁰.

Di certo, la direttiva 2012/29/UE arricchisce il quadro normativo europeo, offrendo al giudice nazionale una forza maggiore per applicare e rendere operativo tale atto grazie anche al passaggio dallo strumento della "Decisione quadro" a quello della "direttiva".

Ciò nonostante, oltre al diritto all'informazione, alla protezione e all'assistenza che ricevono un pieno riconoscimento, tanto da non far pensare che agli Stati membri rimanga alcuna discrezionalità in merito, la direttiva non giunge ancora a riconoscere alla vittima un vero e proprio "diritto al processo penale" e neanche il diritto a partecipare semplicemente ad esso. Le numerose clausole di salvaguardia⁸⁴¹ presenti, infatti, creano un sistema di tutela in larga parte a geografia variabile⁸⁴².

Inoltre, la direttiva non offre nemmeno una chiara ed esaustiva definizione di "vittima vulnerabile" che aiuti a tutelare almeno i minori come categoria in sé e per sé bisognosa di specifiche attenzioni.

La direttiva 2012/29/UE è, dunque, uno strumento rilevante, ma non certo sufficiente.

Bisognerà, in ogni caso, attendere indicazioni chiarificatrici da parte della Corte di Giustizia in merito, innanzitutto, alla corretta applicazione dei diritti in essa contenuti in rapporto con le garanzie previste per gli imputati, sperando che non prevalga la logica della tutela minima al ribasso di cui talvolta, come si vedrà nel prosieguo, sembra accontentarsi la Corte europea dei diritti dell'uomo⁸⁴³. Inoltre, di fondamentale importanza sarà il coordinamento di tale direttiva con gli altri strumenti normativi UE che verranno analizzati nel prosieguo e che formano ormai un vero e proprio sistema di protezione della vittima nel territorio dell'Unione europea.

⁸³⁹ S. R. BUCZMA, *An overview of the law concerning protection of victims of crime in the view of the adoption of the directive 2012/29/EU establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime in the European Union*, in *ERA Forum*, 2013, 14, p. 248.

⁸⁴⁰ Considerando n. 61 e articolo 25 della direttiva.

⁸⁴¹ Come, ad esempio, gli incisi "se tale diritto esiste nell'ordinamento nazionale", o "a seconda del ruolo della vittima nel pertinente sistema giudiziario" (*considerando* n. 33 e 34) o ancora la parte finale del *considerando* n. 20 in cui si prevede che "gli Stati membri dovrebbero stabilire quale di questi criteri si applica per determinare la portata dei diritti previsti dalla presente direttiva, laddove vi siano riferimenti al ruolo della vittima nel pertinente sistema giudiziario penale".

⁸⁴² S. ALLEGREZZA, *Il ruolo della vittima nella direttiva 2012/29/UE*, in *Lo statuto europeo delle vittime di reato: modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali* (a cura di L. Lupària), Cedam, 2015, p. 6.

⁸⁴³ M. SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale. Una lettura del sistema italiano alla luce del quadro europeo*, op. cit., p. 113.

1.2.3 *La direttiva 2011/36/UE sulla prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime*

Il Trattato di Lisbona ha offerto nuovi impulsi per la repressione della tratta di esseri umani. L'attuale art. 79, par. 1, TFUE ridisegna, infatti, l'azione dell'Unione europea nell'ambito della politica comune in materia di immigrazione, assegnando alla lotta alla tratta degli esseri umani (in particolare di donne e minori) un ruolo autonomo tra gli obiettivi di tale politica e all'Unione europea la competenza ad adottare misure per lottare contro tale grave crimine. Come sopra anticipato, poi, oltre all'art. 82 del TUE che consente di adottare norme minime per la tutela dei diritti delle vittime di reato, l'art. 83, par. 1, del TFUE ha attribuito al legislatore europeo la competenza ad adottare norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni per sfere di criminalità particolarmente gravi, aventi una dimensione transnazionale, tra le quali figura proprio la tratta di esseri umani.

Infine, sempre a livello di diritto primario, rileva anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, all'art. 5, proibisce esplicitamente la tratta degli esseri umani.

Già prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'Unione europea era dotata di uno strumento normativo dedicato alla repressione della tratta ovvero la Decisione quadro 2002/629/ del Consiglio sulla lotta alla tratta degli esseri umani che nel 2011 è stata sostituita dalla direttiva 2011/36/UE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime. Emerge già dal diverso titolo di questi due strumenti il fatto che la tematica della protezione delle vittime di tratta sia stata affrontata soprattutto nella nuova direttiva. La Decisione quadro del 2002, difatti, conteneva unicamente un articolo, ovvero l'art. 7, dedicato alla protezione e all'assistenza delle vittime ed è interessante notare che due dei tre paragrafi dell'art. 7 erano dedicati alla tutela dei minori vittime di reato e dei loro familiari, ma più che altro durante le indagini e all'interno del processo⁸⁴⁴. Mancava una disposizione che offrisse ai minori il diritto di ricevere protezione e assistenza anche all'esterno del processo in quanto i fanciulli erano ancora visti come di meri strumenti per arrivare alla condanna dei trafficanti di esseri umani⁸⁴⁵. Nel prosieguo verranno sottolineate ulteriori differenze tra la Decisione quadro e la nuova direttiva sulla tratta.

⁸⁴⁴ Art. 7 della Decisione quadro: "1. Gli Stati membri dispongono che le indagini o l'azione penale relative a reati contemplati dalla presente decisione quadro non dipendano da una denuncia o accusa formulate da una persona oggetto del reato in questione, almeno nei casi in cui si applica l'articolo 6, paragrafo 1, lettera a). 2. I bambini che siano vittime di un reato di cui all'articolo 1 dovrebbero essere considerati vittime particolarmente vulnerabili ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, dell'articolo 8, paragrafo 4 e dell'articolo 14, paragrafo 1, della Decisione quadro 2001/220/GAI del Consiglio, del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale. 3. Se la vittima è un minore, ciascuno Stato membro adotta tutte le misure in suo potere per garantire un'appropriate assistenza alla sua famiglia. In particolare, ciascuno Stato membro, se possibile ed opportuno, applica alla famiglia in questione l'articolo 4 della Decisione quadro 2001/220/GAI".

⁸⁴⁵ T. OBOKATA, B. PAYNE, *Implementing action against trafficking of human beings under the TFUE: a preliminary analysis*, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 3, Issue 3-4, 2012, p. 307.

La direttiva 2004/81/CE del Consiglio è stata il secondo strumento normativo dell'Unione europea connesso al reato della tratta. Tale direttiva, rivolta ai cittadini di Paesi non appartenenti all'Unione europea, subordina la facoltà degli Stati membri di rilasciare un permesso di soggiorno temporaneo alla volontà delle vittime di voler cooperare attivamente con le autorità nazionali per assicurare alla giustizia i loro sfruttatori.

Ai sensi di tale direttiva, le vittime di tratta hanno anche il diritto a un periodo di riflessione che consenta loro di riprendersi e di sottrarsi all'influenza degli autori dei reati, affinché possano poi decidere consapevolmente se vogliono cooperare o meno con le autorità competenti⁸⁴⁶.

Durante il periodo di riflessione, la cui durata è rimessa alla discrezionalità degli Stati membri a differenza di quanto previsto dalla Convenzione di Varsavia del Consiglio d'Europa⁸⁴⁷, le vittime di tratta non possono essere allontanate e godono delle garanzie elencate nell'art. 7, come il diritto alla sussistenza, all'accesso alle cure mediche urgenti, ad un'assistenza psicologica, legale e linguistica e a misure di protezione per tutelare la loro sicurezza ove necessario. Quando si tratta di adottare delle misure per le vittime nel corso del periodo di riflessione, la direttiva richiede agli Stati membri di tenere in considerazione le esigenze particolari delle persone più vulnerabili.

Per quanto concerne le persone vulnerabili, bisogna premettere che tale strumento si applica, di regola, solo alle persone maggiori di età, ma viene consentito agli Stati membri di applicare la direttiva anche ai minori⁸⁴⁸.

Nel caso in cui gli Stati membri decidano di estendere in tal senso l'ambito di applicazione della direttiva sono tenuti a garantire ai fanciulli il diritto a ricevere le cure mediche necessarie o ogni altro tipo di assistenza legata alla loro specifica condizione una volta ottenuto il permesso di soggiorno temporaneo. Inoltre, l'art. 10 è dedicato espressamente alle vittime minori di età e prevede l'obbligo degli Stati membri di tenere in debita considerazione l'interesse superiore del minore, adeguando il procedimento in considerazione dell'età e del grado di maturità del minore coinvolto (ad esempio attraverso il prolungamento della durata del periodo di riflessione) e accordando ai minori l'accesso al sistema scolastico alle medesime condizioni dei propri cittadini (limitandolo, eventualmente, al sistema scolastico pubblico). Inoltre, se il cittadino di un Paese terzo, vittima di tratta, è un minore non accompagnato, gli Stati membri dovranno adottare le misure necessarie per stabilirne l'identità e la nazionalità e fare tutto il possibile per rintracciarne al più presto la famiglia, garantendogli nel frattempo, con la massima sollecitudine, la rappresentanza legale.

Nonostante in tale direttiva siano stati stabiliti alcuni diritti per le vittime della tratta, essi rimangono comunque circoscritti ai cittadini di Paesi terzi e sono subordinati alla cooperazione con le autorità nazionali poiché l'obiettivo primario di questa direttiva, così come quello della Decisione quadro del 2002, è combattere

⁸⁴⁶ Art. 6 della direttiva.

⁸⁴⁷ Tale strumento impone una durata del periodo di riflessione di almeno 30 giorni. Nell'Unione europea, invece, essendo la durata del periodo di riflessione rimessa alla discrezionalità degli Stati membri, vi sono notevoli differenze da uno Stato membro all'altro (nel Regno Unito, ad esempio, la durata del periodo di riflessione è 45 giorni, in Italia 3 mesi).

⁸⁴⁸ Art. 3 della direttiva.

l'immigrazione irregolare e la tratta e non proteggere le vittime⁸⁴⁹. I diritti elencati nella direttiva 2004/81/CE, infatti, sono destinati ad estinguersi una volta terminato il periodo di riflessione quando le autorità competenti decidono di negare la concessione del permesso di soggiorno oppure alla scadenza di quest'ultimo (che deve durare almeno sei mesi) se non ci sono le condizioni per il suo rinnovo⁸⁵⁰.

La recente direttiva 2011/36/UE sulla prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani (che ha sostituito la Decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI⁸⁵¹) rappresenta uno dei primi strumenti adottati nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia e, di conseguenza, la sua corretta implementazione a livello nazionale è importante non solo per un effettivo contrasto al fenomeno della tratta, ma anche per valutare se la sua impostazione potrà essere riutilizzata per adottare altre misure nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Questa direttiva rappresenta, infatti, il primo strumento con cui l'Unione europea cerca di contrastare un fenomeno criminale occupandosi non solo della repressione penale, ma anche della prevenzione e della tutela delle vittime, in linea con gli strumenti internazionali che sono stati citati nella prima parte del presente lavoro⁸⁵².

Questo approccio olistico è dunque il primo elemento di novità di tale direttiva ed è da segnalare positivamente poiché la tratta di esseri umani, oltre ad essere un fenomeno in costante evoluzione e in aumento (specialmente per quanto riguarda il traffico di minori)⁸⁵³ è anche enormemente complesso.

Lo sfruttamento della prostituzione e la pornografia non sono, infatti, le uniche ragioni che alimentano la tratta: quest'ultima viene praticata anche in vista dell'assoggettamento delle vittime a lavoro forzato, matrimonio forzato, servitù domestica e traffico di organi e, inoltre, sono sempre più rare le forme tradizionali di tratta, in cui esiste un'unica catena, che va dal reclutamento allo sfruttamento finale, gestita dalla stessa organizzazione criminale. Sempre più frequentemente, infatti, le diverse fasi sono gestite da gruppi criminali diversi appartenenti anche a Stati membri diversi.

L'Unione europea, infatti, non è più solo un territorio di destinazione del traffico di esseri umani come poteva essere in passato, ma è diventato anche territorio di origine di tale fenomeno da quando gli Stati membri sono aumentati, arrivando ad includere, in particolare, i Paesi dell'Europa dell'Est come Romania e Bulgaria⁸⁵⁴.

⁸⁴⁹ Inoltre non vi sono disposizioni dedicate alle modalità per individuare le vittime e quindi la direttiva si applica unicamente a delle vittime di tratta già identificate come, ad esempio, dimostra l'art. 5 dedicato al diritto di informazione.

⁸⁵⁰ Per le condizioni di rinnovo e per i motivi di non rinnovo si vedano gli articoli 8, 13 e 14 della direttiva.

Per un approfondimento si veda S. CHAUDARY, *Trafficking in Europe: An Analysis of the Effectiveness of European Law*, 33 *Mich. J. Int'l L.* 77, 2011.

⁸⁵¹ È opportuno precisare che la direttiva 2011/36/UE non riguarda le condizioni di soggiorno delle vittime della tratta che rimangono oggetto della precedente direttiva 2004/81/CE.

⁸⁵² Il riferimento è, in primo luogo, al Protocollo di Palermo che ha introdotto il sistema delle c.d. "3Ps obligations" ovvero "Prosecution, Protection and Prevention" e alla successiva Convenzione di Varsavia del 2005 del Consiglio d'Europa.

⁸⁵³ Per uno studio sul fenomeno si vedano: Europol, *Knowledge Product. Trafficking in Human Beings in the European Union*, The Hague, 2011 e International Labour Office (ILO), *A Global Alliance against Forced Labour* (Geneva, 2005).

⁸⁵⁴ EUROSTAT, *Trafficking in human beings*, 11 aprile 2013, p. 13. Anche per questa ragione le norme sulla giurisdizione contenute nella direttiva prevedono un seppur parziale ampliamento della giurisdizione extraterritoriale rispetto a quanto previsto nella previgente Decisione quadro. L'art. 10 obbliga ogni Stato membro a perseguire non solo il reato commesso interamente o parzialmente nel territorio dello Stato, ma anche il reato commesso interamente all'estero quando l'autore è un suo cittadino. In

Il secondo elemento di novità riguarda i criteri per l'ammissione all'assistenza delle vittime di tratta. La direttiva del 2011 afferma, infatti, il principio, già contenuto nella Convenzione del Consiglio d'Europa, che l'assistenza e il sostegno alla vittima non devono essere subordinati alla volontà di quest'ultima di collaborare nel procedimento penale.

Di frequente, infatti, le vittime, soprattutto se minori di età, sono riluttanti a denunciare i loro sfruttatori alla polizia perché possono aver assistito a casi di corruzione di agenti nella rete dei trafficanti o semplicemente perché sono traumatizzate o affette da disabilità mentali. Il tradizionale "approccio premiale", fondato sullo scambio cooperazione-assistenza è comunque in contraddizione col fatto che nella tratta non si ha a che fare con dei "pentiti", ma con delle persone sottoposte a violenza e/o abuso e/o sfruttamento che devono aver diritto quindi ad un'assistenza incondizionata⁸⁵⁵.

La consacrazione di tale principio nella direttiva pone un problema di coordinamento con la precedente direttiva 2004/81/CE che, come sopra anticipato, subordina la concessione del permesso di soggiorno alla necessaria cooperazione della vittima nelle indagini.

In ragione di ciò, le vittime, cittadine dei Paesi terzi, cui si applica la direttiva 2004/81/CE, hanno il diritto di essere assistiti incondizionatamente in conformità con la nuova direttiva, ma non possono ottenere il permesso di soggiorno se non cooperano nelle indagini⁸⁵⁶.

Per quanto riguarda i minori vittime di tratta cittadini di uno Stato terzo, la Convenzione di Varsavia del Consiglio d'Europa specifica che la decisione di rilasciargli o meno un permesso di soggiorno debba essere presa nell'interesse superiore del minore. La possibilità di rilasciare un permesso di soggiorno senza che vi sia la cooperazione della vittima non è ovviamente esclusa dall'Unione europea e gli Stati membri sono (normalmente⁸⁵⁷) liberi di garantire un livello di protezione maggiore di quello stabilito nelle direttive UE e quindi anche di assicurare ai minori un permesso di soggiorno automatico. Tuttavia, questa automaticità può

questo caso gli autori del reato saranno perseguibili non solo nel Paese di destinazione della tratta, dove lo sfruttamento si verifica, ma anche nel Paese di origine. Purtroppo la norma lascia ancora ampia discrezionalità agli Stati membri con riferimento agli autori di reato non cittadini, ma abitualmente residenti, per i quali l'adozione del criterio di giurisdizione extraterritoriale è solo facoltativo. Parimenti facoltativa è la possibilità di stabilire la giurisdizione extraterritoriale quando la vittima sia cittadina dello Stato e quando il reato sia stato commesso a vantaggio di una persona giuridica che risiede nel territorio dello Stato. In conclusione, si tratta di aperture importanti, ma ancora insufficienti rispetto all'obiettivo di perseguire le cosiddette "nuove mafi", caratterizzate non da radicamento nel territorio, ma al contrario da estrema mobilità territoriale e di procedere contro i componenti di tali gruppi criminali dovunque essi si trovino e dovunque abbiano commesso il reato.

⁸⁵⁵ M. G. GIAMMARINARO, *La direttiva 2011/36/UE sulla prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, XIV, 1-2012, p. 16.

⁸⁵⁶ La possibilità di revisionare la Direttiva 2004/81/CE è stata annunciata dalla Commissione europea nel 2010 e nel 2016 la stessa Commissione avrebbe dovuto lanciare una consultazione e una valutazione d'impatto su un'eventuale modifica della direttiva che a tutt'oggi non risulta essere stata fatta. Inoltre, leggendo la Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'applicazione della direttiva 2004/81/CE (Bruxelles, 15.10.2010 COM (2010) 493 definitivo) è emerso che: "*Sebbene i dati disponibili non consentano di per sé di realizzare una valutazione completa dell'efficacia della direttiva, l'impatto di quest'ultima risulta insufficiente alla luce dei dati generali relativi alle vittime della tratta nell'UE. Mentre le vittime individuate in alcuni Stati membri ammontano a numerose centinaia o addirittura a duemila il numero dei titoli di soggiorno rilasciati ai sensi della direttiva raramente supera i venti l'anno. (...) In questo contesto la Commissione potrebbe valutare la necessità di apportare modifiche alla direttiva, prevedendo tra l'altro la possibilità di rilasciare un titolo di soggiorno temporaneo sulla base della situazione di vulnerabilità della vittima, e non necessariamente in cambio della cooperazione con le autorità competenti. Altre modifiche potrebbero comprendere la determinazione di una specifica durata del periodo di riflessione per le vittime, il rafforzamento del quadro giuridico relativo al trattamento, in particolare per i minori, e il potenziamento dell'obbligo di informare le vittime in ordine ai loro diritti*".

⁸⁵⁷ Salvo nei casi in cui ciò possa determinare il sacrificio degli interessi primari dell'Unione, come si vedrà nel prosieguo.

anche non essere sempre nel superiore interesse del minore interessato, ad esempio nel caso in cui il minore era stato sottratto dal suo Paese di origine senza il consenso dei genitori⁸⁵⁸.

Ai minori vittime di tratta poi, oltre alla protezione offerta dalla Direttiva 2004/81/CE, nulla nega che gli venga riconosciuto anche lo *status* di rifugiati ove ci fossero le condizioni e, infatti, l'art. 11, par. 6 della nuova direttiva sulla tratta obbliga gli Stati membri ad informare le vittime dell'esistenza anche di tale tipo di tutela⁸⁵⁹.

Proseguendo nell'analisi della direttiva 2011/36/UE si nota che tale strumento ha deciso di adottare sostanzialmente la medesima definizione di "*traffico di persone*" contenuta nel Protocollo ONU annesso alla Convenzione contro la criminalità organizzata transnazionale (c.d. Protocollo di Palermo) e poi trasfusa anche nella Convenzione di Varsavia del Consiglio d'Europa di cui si è parlato nella prima parte del presente lavoro.

Per traffico di persone, pertanto, ai sensi dell'art. 2, par. 1, della direttiva s'intende: "*il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, l'alloggio o l'accoglienza di persone, compreso il passaggio o il trasferimento dell'autorità su queste persone, con la minaccia dell'uso o con l'uso stesso della forza o di altre forme di coercizione, con il rapimento, la frode, l'inganno, l'abuso di potere o della posizione di vulnerabilità o con l'offerta o l'accettazione di somme di denaro o di vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra, a fini di sfruttamento*".

Con la nuova direttiva, dunque, l'Unione europea ha deciso di rafforzare uno *standard* internazionale consolidato, distaccandosi dalla definizione contenuta nella previgente Decisione quadro 2002/629/GAI che distingueva unicamente tra la tratta per scopo di sfruttamento sessuale e quella per scopo di sfruttamento lavorativo, escludendo così altre forme di sfruttamento particolarmente diffuse nell'ambito del traffico di minori.

Inoltre, come previsto anche dal Protocollo di Palermo, la direttiva stabilisce che se le vittime delle azioni elencate nell'art. 2, par. 1, sono dei minori non è necessaria la presenza di uno dei mezzi sopra elencati (ovvero l'uso o la minaccia della forza, il rapimento, la frode, l'inganno⁸⁶⁰ etc.) per configurare il reato di tratta e per tutte le vittime si considera irrilevante il consenso prestato allo sfruttamento, programmato o effettivo, se è stata utilizzata la forza, il rapimento, l'inganno etc.

⁸⁵⁸ M. SIMONATO, *Minors as victims of cross-border trafficking of human beings in the European Union*, in T. R. BIRCKHEAD, S. MOUTHAN (eds.), *The Future of Juvenile Justice: Procedure and Practice from a comparative perspective*, Carolina Academic Press, 2016, p. 176-177.

⁸⁵⁹ Ai sensi dell'art. 11, par. 6, della direttiva sulla tratta le informazioni da dare alle vittime riguardano anche quelle sulla possibilità di concedere protezione internazionale ai sensi della direttiva 2004/83/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta e della direttiva 2005/85/CE del Consiglio, del 1° dicembre 2005, recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato o di altri strumenti internazionali o disposizioni nazionali analoghe. Su tale argomento si veda T.M. CHRISTENSEN, *Trafficking for sexual exploitation: victim protection in international and domestic asylum law*, UNHCR publications, Research paper n. 206, 2011, disponibile al sito www.unhcr.org.

⁸⁶⁰ Diversi studi del fenomeno della tratta di esseri umani dimostrano che è sempre più frequente che i minori prestino il proprio consenso a partire, a volte anche con il consenso degli stessi genitori, perché ingannati da false promesse di un futuro migliore in un altro Paese. L'inganno rappresenta, infatti, il mezzo più comune per reclutare i fanciulli. Si veda al riguardo, I. STAIGER, *Trafficking in children for the purpose of sessuale exploitation in the EU*, in *European journal of crime, criminal law and criminal justice*, 2005.

All'obbligo di criminalizzazione delle condotte elencate nell'art. 2 della direttiva fa riscontro quello di tenere indenne le vittime dalle sanzioni penali derivanti dall'essere state costrette a compiere attività criminali come conseguenza diretta dello sfruttamento subito ai sensi dell'art. 2⁸⁶¹. La lettera della norma parla di vittime "costrette" a compiere un reato, tuttavia il criterio sistematico induce a includere nell'ambito di operatività della norma tutte le situazioni in cui siano stati utilizzati i mezzi illeciti previsti dall'art. 2, dunque non solo la violenza e la costrizione fisica, ma anche l'inganno e l'abuso di una posizione di vulnerabilità. In ogni caso, considerata la formulazione dell'art. 8, l'obbligo di non perseguire le vittime in questi casi rimane sostanzialmente rimesso alla discrezionalità degli Stati membri e in ciò si nota una forte somiglianza con la previsione contenuta nell'art. 26 della Convenzione del Consiglio d'Europa che cita unicamente la possibilità di non punire le vittime.

L'ampia discrezionalità ammessa dalla Convenzione di Varsavia ha consentito in passato agli Stati membri di condannare anche dei minori nonostante fossero stati riconosciuti come vittime della tratta e i reati derivassero da tale particolare condizione di vulnerabilità⁸⁶². È, pertanto, probabile che la direttiva non cambierà nulla al riguardo⁸⁶³.

Per quanto riguarda le pene per il reato di tratta, l'art. 4 stabilisce cinque anni nel massimo per il reato base e dieci anni nel massimo per le forme aggravate⁸⁶⁴. Sebbene queste sanzioni possano apparire lievi in relazione alla gravità della fattispecie criminosa, bisogna sempre tenere presente che il legislatore europeo ha fissato un minimo comune denominatore rispetto ad un panorama punitivo altamente differenziato negli Stati membri e le pene sono anche aumentate rispetto a quanto previsto dalla precedente Decisione quadro⁸⁶⁵.

Un'altra sanzione applicabile a chi commette il reato di tratta di essere umani è prevista dall'art. 7 della direttiva che obbliga gli Stati membri ad adottare le misure necessarie ad assicurare che le autorità competenti abbiano la facoltà di sequestrare e confiscare gli strumenti e i proventi derivanti dalla tratta. La norma è di cruciale importanza, sia per il suo scopo di deterrenza che per assicurare un risarcimento effettivo alle vittime del reato che normalmente non è garantito in tutti gli Stati membri.

Per quanto riguarda più nello specifico la tutela delle vittime di tratta minori di età, bisogna premettere che la direttiva richiama espressamente la Convenzione ONU sui diritti del fanciullo nei considerando n. 8 e 22, affermando che ad essa, oltre che alla Carta dei diritti fondamentali, si debba far riferimento per applicare le sue disposizioni alla luce del principio del superiore interesse del minore. Nel considerando n. 12 i minori vengono definiti "vittime vulnerabili", nel considerando n. 22 "vittime particolarmente vulnerabili" e nel considerando n. 23, dedicato ai minori non accompagnati vittime di tratta

⁸⁶¹ Art. 8 della direttiva.

⁸⁶² Il riferimento è, in particolare, a un caso deciso dalla England and Wales Court of Appeal (Criminal Division) il 20 febbraio 2012 (R v N; R v LE (2012) EWCA Crim 189) che riguardava due minori vietnamiti che, nonostante quanto sopra, erano stati condannati per aver coltivato della cannabis.

⁸⁶³ T. OBOKATA, B. PAYNE, *Implementing action against trafficking of human beings under the TFUE: a preliminary analysis*, op. cit., p. 311.

⁸⁶⁴ Si tratta di pene stabilite solo nel massimo perché alcuni ordinamenti nazionali non conoscono la nozione di pena minima edittale.

⁸⁶⁵ L'art. 3 della Decisione quadro fissava unicamente la pena per le fattispecie aggravate e la sanzione prevista era la reclusione in carcere per una durata massima non inferiore agli otto anni.

si parla ancora della loro “particolare vulnerabilità”. Si conferma, pertanto, ancora una volta la mancanza di una nozione condivisa a livello UE in merito al concetto di “vulnerabilità”, come sottolineato anche nella direttiva sui diritti delle vittime di reato.

Il contenuto della direttiva appare rilevante per la protezione dei fanciulli per una serie di motivi, alcuni dei quali sono già stati sottolineati.

Innanzitutto è stato importante aver aumentato le disposizioni a tutela dei minori vittime di tratta rispetto a quelle contenute nella Decisione quadro poiché i minori rappresentano uno dei gruppi più vulnerabili presi di mira dai trafficanti di esseri umani, rappresentando ben il 15% delle vittime identificate in Europa⁸⁶⁶. I gruppi della criminalità organizzata scelgono come vittime della tratta i minori per la facilità nel reclutarli e per la rapidità nel sostituirli⁸⁶⁷. Negli ultimi anni il fenomeno è stato aggravato dalla crisi migratoria in corso, durante la quale il numero di minori, soprattutto non accompagnati, giunti nell'UE è cresciuto in modo esponenziale⁸⁶⁸.

La direttiva dedica quindi particolare attenzione a certi aspetti della tutela delle vittime minorenni che non erano stati affrontati nella Convenzione del Consiglio d'Europa, nel Protocollo di Palermo o nella Decisione quadro del 2002.

In primo luogo, essa apporta una significativa novità inserendo nella lista dell'art. 2, par. 3, che descrive il contenuto minimo dello sfruttamento, anche due attività illecite che non erano menzionate nella Decisione quadro ovvero lo sfruttamento dell'accattonaggio⁸⁶⁹ e lo sfruttamento di attività criminali⁸⁷⁰. Nella definizione consolidata a livello internazionale la lista dei fini illeciti dello sfruttamento era aperta, pertanto, la novità della direttiva risiede nel voler porre semplicemente una maggiore attenzione su queste due forme di tratta che coinvolgono soprattutto i minori.

In secondo luogo, grazie a questa direttiva, le norme sulle indagini e l'azione penale sono state inserite per la prima volta in uno strumento penalistico UE. Al riguardo l'art. 9 sancisce la natura officiosa del procedimento, la sua prosecuzione anche in caso di ritrattazione della vittima e la possibilità di perseguire il reato di tratta per un congruo periodo di tempo dopo che la vittima abbia raggiunto la maggiore età. In tal modo si vuole dunque garantire la prosecuzione del processo anche quando la persona offesa è soggetta ad

⁸⁶⁶ Le statistiche dimostrano che le più colpite sono le bambine tra i 15 e i 18 anni. I neonati, trafficati a scopo di adozioni illecite, rappresentano la minoranza, ma le prove sui dati del fenomeno sono spesso difficili da trovare. Ad esempio ci sono prove, ma molto scarse, circa il traffico dei minori in Europa per la rimozione degli organi. M. DOTTRIDGE, *Reference Guide on protecting the rights of child victims of trafficking in Europe*, Geneva, United Nations Children's Fund, UNICEF, 2006.

⁸⁶⁷ EUROPOL, *Intelligence Notification, Child trafficking for exploitation in forced criminal activities*, 2014.

⁸⁶⁸ Per dei dati aggiornati si veda il sito dell'UNHCR, <http://data.UNHCR.org>.

⁸⁶⁹ Per quanto riguarda specificatamente lo sfruttamento dell'accattonaggio, il considerando n. 11 della direttiva chiarisce che in tale contesto l'accattonaggio forzato dovrebbe essere inteso come una forma di lavoro o servizio forzato quali definiti nella Convenzione OIL n. 29 del 1930 concernente il lavoro forzato ed obbligatorio. Pertanto, lo sfruttamento dell'accattonaggio rientra nell'ambito della definizione di tratta di esseri umani solo qualora siano presenti tutti gli elementi del lavoro o servizio forzato, con esclusione dunque delle situazioni nelle quali l'accattonaggio è un mero mezzo di sopravvivenza del nucleo familiare. Nel caso di vittime minorenni, il considerando n. 11 prevede espressamente che nessun eventuale consenso a prestare tale tipo di "lavoro" dovrebbe essere considerato valido.

⁸⁷⁰ Lo sfruttamento di attività criminali si verifica quando la vittima è costretta o indotta a commettere reati quali il borseggio o reati più gravi come il traffico o la coltivazione di stupefacenti. In certi casi una persona viene trafficata proprio allo scopo di essere utilizzata come corriere, ovvero allo scopo di procurare proventi illeciti attraverso borseggi o furti in appartamento.

intimidazione o, in caso di vittima minore di età, rimandarlo al momento in cui la vittima sarà in grado di dare un contributo concreto alle indagini.

È rilevante anche il comma 3 dell'art. 9 che prevede che le unità incaricate delle indagini siano composte di personale adeguatamente formato allo scopo e il comma 4 che obbliga gli Stati membri ad adottare le misure necessarie affinché le unità competenti per le indagini dispongano di strumenti investigativi efficaci, quali quelli utilizzati contro la criminalità organizzata. Questi due ultimi commi affermano importanti principi enunciati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel 2010 nel famoso caso *Rantsev c. Cipro e Russia* di cui si parlerà nel prosieguo.

È di estrema importanza aver imposto agli Stati membri la formazione del personale addetto alle indagini per individuare, soprattutto in via preventiva, potenziali vittime di tratta. Visto l'aumento dei casi di minori coinvolti in tale reato tale espressa previsione, mancante nella precedente Decisione quadro, non può che giovare alla loro protezione così come l'obbligo imposto agli Stati di non considerare la tratta come un reato di "serie b". Diversi studi, infatti, dimostrano che i risultati della repressione della tratta sono di gran lunga inferiori a quelli ottenuti, ad esempio, nei procedimenti per il traffico di stupefacenti, proprio a causa di come sono condotte le indagini.

Questa situazione si è riverberata anche sulle concrete possibilità delle vittime di ottenere un ristoro del danno subito. L'inadeguata qualità delle indagini, che non si avvalgono quasi mai di investigazioni finanziarie e di conseguenza raramente riescono ad individuare e confiscare i proventi del reato ha infatti reso necessaria l'introduzione nella direttiva del sopra citato art. 7 dedicato al sequestro e alla confisca, ma questo può non essere sufficiente per garantire un risarcimento alle vittime.

Consapevole di ciò, il legislatore europeo ha introdotto anche l'art. 17 della direttiva che dispone che le vittime abbiano accesso ai sistemi vigenti di risarcimento delle vittime dei reati dolosi violenti, cioè ai fondi pubblici istituiti al fine assicurare un ristoro alla vittima anche quando i proventi dei reati non siano stati sequestrati e l'autore risulti privo di mezzi patrimoniali. Tale previsione non era presente nella Decisione quadro del 2002, mentre era consacrata nella Convenzione di Varsavia del Consiglio d'Europa ed è in armonia con quanto previsto dall'art. 12 della Direttiva 2004/80/CE relativa all'indennizzo delle vittime di reato.

In terzo luogo, l'art. 15 della direttiva è dedicato proprio alla tutela dei minori vittime della tratta di esseri umani nelle indagini e nei procedimenti penali. Tale norma, oltre ad imporre agli Stati membri di consentire l'accesso dei minori alla consulenza e all'assistenza legale gratuita (a meno che gli stessi fanciulli non siano dotati di risorse sufficienti⁸⁷¹), impone l'adozione anche di una serie di misure, basate sul principio del superiore interesse del minore per evitare che i minori subiscano un secondo trauma in sede processuale. Queste misure sono identiche a quelle previste nella direttiva in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e anche se ciò potrebbe suggerire l'esistenza di ormai consolidati *standard* UE, in materia soprattutto di ascolto del minore vittima di reato e di misure per evitare ai fanciulli la vittimizzazione

⁸⁷¹ Come giustamente previsto dal considerando n. 19 della direttiva: "*Poiché è improbabile che i minori vittime di tratta, in particolare, dispongano di tali risorse, la consulenza legale e l'assistenza legale sarebbero in pratica gratuite per costoro*".

secondaria⁸⁷², tuttavia, se si osserva bene tutte le misure indicate nell'art. 15 sono subordinate al rispetto di tre fattori: il ruolo delle vittime nel pertinente sistema giudiziario, il rispetto dei diritti della difesa e la conformità al diritto nazionale⁸⁷³. Dunque vige ancora troppa discrezionalità per affermare che esistano effettivamente degli *standard* consolidati a livello UE.

Per quanto riguarda altre misure non legate alla fase processuale, l'art. 14 della direttiva, dedicato all'assistenza e al sostegno alle vittime minorenni, sancisce il diritto di queste ultime all'accesso all'istruzione così come ai figli minori delle vittime adulte. I minori devono essere sostenuti anche a lungo termine nel loro recupero fisico e psico-sociale e ogni misura va intrapresa a seguito di una valutazione individuale nella prospettiva di trovare una soluzione duratura specifica per ogni minore a seconda delle rispettive esigenze. L'assistenza va estesa, ove opportuno e possibile, anche alla famiglia della vittima minore di età che si trovi nel territorio di uno degli Stati membri.

Le norme sull'assistenza dei minori lasciano meno discrezionalità agli Stati membri rispetto a quelle dedicate alla tutela processuale, ma comunque non mancano gli incisivi tesi a ricondurre i doveri degli Stati ad una mera facoltà di intervento.

L'art. 16 è invece dedicato specificatamente ai minori non accompagnati. In base a quanto disposto nel considerando n. 23 la tutela sembra rivolgersi unicamente ai minori non accompagnati vittime di tratta. Se effettivamente fosse questa l'interpretazione corretta della norma verrebbe meno un obiettivo ben più innovativo, ovvero quello di proteggere tutti i minori non accompagnati come mezzo di prevenzione della tratta⁸⁷⁴.

La disposizione non aggiunge nessuna particolare tutela per questa speciale categoria di fanciulli, limitandosi a richiedere agli Stati di tenere in debita considerazione la loro particolare situazione e richiamando, per il resto, quanto già espresso per i minori in generale.

La Convenzione di Varsavia, al riguardo, conferisce una tutela maggiore ai minori non accompagnati in quanto prevede espressamente l'onere per gli Stati membri di compiere ogni sforzo per ritrovare i loro familiari ove ciò sia nel loro superiore interesse.

Oltre alle disposizioni dedicate espressamente ai minori, questi ultimi godono anche di altri diritti garantiti a tutte le vittime in generale. In particolare, l'art. 12 della direttiva sancisce il diritto delle vittime alla protezione. Il diritto alla protezione è riconosciuto anche da altri strumenti internazionali e la novità sta nel

⁸⁷² Questa direttiva è stata la prima ad introdurre in un atto vincolante dell'Unione europea delle specifiche misure per combattere la c.d. "vittimizzazione secondaria".

⁸⁷³ Viene, infatti, stabilito il dovere degli Stati membri di sentire il minore senza ritardi ingiustificati dopo la segnalazione del fatto di reato alle autorità, di svolgere le audizioni delle vittime minorenni in locali "*appositi e adatti allo scopo*" e quello di far condurre tali operazioni da persone dotate di una formazione specifica, avendo cura di garantire che sia sempre il medesimo operatore a sentire il minore. Inoltre, viene posta l'attenzione sulla necessità di ridurre al minimo il numero delle deposizioni (durante le quali il minore dovrà, di regola, essere accompagnato da un rappresentante o da un adulto a sua scelta) e sull'utilizzo, durante le indagini, di videoregistrazioni per tutte le audizioni del minore vittima di reato (o testimone) al fine di utilizzarle come prova nel procedimento penale, seppur "conformemente al diritto interno". Inoltre, nella fase dibattimentale, dovrà essere garantita la possibilità di svolgere l'udienza a porte chiuse e di esaminare il minore senza che lo stesso sia presente, attraverso l'utilizzo di appropriate tecnologie di comunicazione. Bisogna anche sottolineare che in caso di dubbio sull'età della vittima, la minore età va presunta e va nominato un tutore in caso di conflitto di interessi tra il minore e gli esercenti la responsabilità genitoriale.

⁸⁷⁴ Come osserva M. G. GIAMMARINARO, *La direttiva 2011/36/UE sulla prevenzione e repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2012, p. 29.

fatto che gli Stati membri sono obbligati a garantire a tutte le vittime della tratta un trattamento specifico sulla base di una “valutazione individuale” della loro “situazione personale”⁸⁷⁵.

Tra le misure aggiuntive di cui possono beneficiare i minori in qualità di vittime, “*per quanto possibile e conformemente al diritto nazionale e alle norme sulla discrezionalità, la prassi e gli orientamenti giudiziari*”, vi è quella di evitare il contatto visivo con gli imputati (anche durante le deposizioni o gli esami incrociati, ricorrendo, a tal fine, ad adeguate tecnologie) e quella di non essere sottoposti a domande non necessarie sulla loro vita privata.

Indubbiamente, rispetto alla Decisione quadro del 2001 sulla posizione della vittima, tale direttiva offre, in generale, una maggiore protezione della vittima dal processo in quanto molte sue disposizioni sono una specificazione delle previsioni astratte che erano contenute nel precedente strumento. Inoltre, rispetto alla Decisione quadro, l’art. 11 della direttiva sancisce l’importante principio per cui tutte le vittime devono ricevere assistenza non soltanto durante il procedimento penale, ma anche prima e per un congruo periodo di tempo anche dopo la sua conclusione. Come era stato sopra sottolineato, la Decisione quadro forniva unicamente una minima tutela alle vittime all’interno del processo.

Il comma 5 dell’art. 11 sancisce poi la regola che l’assistenza deve essere prestata su base consensuale e informata. Non viene prevista una lista rigida di forme di assistenza, ma se ne citano alcune a titolo esemplificativo come l’alloggio, le cure mediche, l’assistenza psicologica, l’informazione, la consulenza, la traduzione e l’interpretariato se necessari.

Elemento innovativo di questa direttiva, e che infatti non era presente nella Decisione quadro del 2002 e si ritrova qui per la prima volta nel contesto di uno strumento penalistico UE, è la parte dedicata alla prevenzione. Dopo la “*Prosecution*” e la “*Protection*”, l’aspetto della “*Prevention*” completa le c.d “*3Ps obligations*” introdotte dal Protocollo di Palermo e confluite anche nella Convenzione di Varsavia.

Le “armi” scelte per cercare di ridurre la domanda di tratta sono, in particolare, quelle dell’istruzione e della formazione.

La formazione del personale, infatti, come è già stato sopra ribadito, è necessaria, in primo luogo, per identificare le vittime e in tal senso rappresenta un prerequisito fondamentale di ogni politica effettiva in questo campo; in secondo luogo, la formazione è importante per i magistrati che devono applicare le norme penali in modo tale da garantire un’effettiva deterrenza del fenomeno e, in terzo luogo, è fondamentale per l’assistenza specializzata da offrire alle vittime.

Per quanto riguarda la formazione, si dispone che gli Stati membri svolgano campagne di informazione e sensibilizzazione e programmi di ricerca e istruzione per sensibilizzare la popolazione e per ridurre il rischio che soprattutto i minori diventino vittime della tratta di esseri umani.

⁸⁷⁵ Di particolare importanza al riguardo è il considerando n. 20, laddove chiarisce che la valutazione individuale deve tenere conto di elementi quali l’età, la gravidanza, lo stato di salute, la disabilità (ovvero delle specifiche condizioni personali del soggetto che potrebbero anche preesistere al reato), ma anche delle conseguenze fisiche o psicologiche dell’attività criminale. Con ciò si riconosce che l’impatto del reato di traffico è in molti casi devastante per le vittime e più in generale che le esigenze della persona offesa vanno valutate tenendo conto delle modalità del reato e della sua incidenza in concreto su tutti gli aspetti della vita della persona offesa.

Infine, senza vincolarli, si invitano gli Stati membri a valutare la possibilità di criminalizzare la condotta di chi ricorre consapevolmente a servizi prestati da una persona che è vittima di traffico, disposizione che ricalca un'analogha previsione della Convenzione del Consiglio d'Europa.

Di frequente l'aspetto perseguibile del ricorso ai servizi prestati da vittime della tratta è connesso alla prostituzione il cui trattamento penale varia da uno Stato membro all'altro. Tuttavia, almeno nel caso della prostituzione minorile, la direttiva relativa agli abusi sessuali sui minori, che verrà analizzata nel prosieguo, contribuirà indirettamente anche alla lotta contro la tratta di minori visto che obbliga gli Stati membri a garantire che il compimento di un atto sessuale con un minore, con il ricorso alla prostituzione minorile, sia considerato reato e sia soggetto ad una pena detentiva minima.

Altra disposizione innovativa è, infine, l'art. 19 che obbliga gli Stati membri ad adottare le misure necessarie alla creazione di relatori nazionali o meccanismi equivalenti per ridurre il problema della mancanza di dati e stime affidabili sul fenomeno della tratta e allo stesso tempo per monitorare le politiche nazionali.

Tale norma racchiude in sé l'emersa difficoltà di raggiungere un compromesso tra le posizioni della Commissione e di alcuni Stati membri, da un lato, che vedono il relatore nazionale come un meccanismo indipendente dal Governo e dal Parlamento, e le posizioni di quegli Stati membri, dall'altro lato, per i quali il relatore deve essere incardinato nelle strutture di governo. La scelta della direttiva è stata quella di non imporre nessuno di tali modelli anche se ovviamente il primo era preferibile per garantire il libero apprezzamento degli aspetti positivi o negativi delle politiche del governo in materia.

Per concludere l'analisi della direttiva sulla tratta si può certamente affermare che tale strumento sottende una nuova consapevolezza della complessità del traffico e della necessità di adottare politiche più efficaci che non siano solo centrate sulla repressione penale. È un primo passo importante verso la lotta contro il reato di tratta degli esseri umani che, tuttavia, non può essere affidata solo ad un singolo strumento legislativo.

Nessuno strumento normativo anti-tratta può, infatti, essere efficace se non è accompagnato da politiche migratorie, di asilo e del mercato del lavoro coerenti e in grado di rafforzarsi a vicenda.

Al di là di tale considerazione, l'esame dei più recenti interventi normativi internazionali ed europei in materia di tratta degli esseri umani rileva come essi pongano la lotta alla tratta dei minori come la principale priorità.

Le strategie di protezione dei minori vittime di tratta sono espressione del cambiamento di prospettiva in atto, sia a livello internazionale che dell'UE, in virtù del quale il superiore interesse del fanciullo assurge a principio generale da tutelare e perseguire e il minore viene visto non più come semplice ricettore passivo di interventi protettivi, ma quale persona titolare di diritti, chiamata a svolgere un ruolo attivo nei percorsi di tutela che la riguardano.

Nonostante la direttiva sia uno strumento qualitativamente superiore rispetto alla precedente Decisione quadro, soprattutto per quanto riguarda la tutela delle vittime, che non sono più trattate solo come dei meri testimoni utili all'accusa, l'enfasi è ancora posta prevalentemente sull'assistenza delle vittime nel

contesto del procedimento penale e ciò è dimostrato dalla previsione contenuta nell'art. 11 in base alla quale “*Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché le vittime ricevano assistenza e sostegno (...) per permettere loro di esercitare i diritti sanciti dalla Decisione quadro sulla posizione della vittima*” (ora sostituita dalla direttiva 2012/29/UE).

A tal ultimo riguardo la direttiva mostra di essere ancora ad un livello inferiore rispetto agli *standard* fissati nella Convenzione di Varsavia che è stata ratificata da tutti gli Stati membri dell'Unione europea ad eccezione della Repubblica Ceca. Ciò deriva dal fatto che quando è stata adottata tale direttiva vi erano diversi Stati membri che non avevano ancora ratificato la Convenzione del Consiglio d'Europa (come Germania, Grecia, Ungheria, Estonia, Finlandia e Lituania) e il principio della sovranità statale ha giocato un ruolo dominante nella predisposizione del contenuto di molte disposizioni della direttiva che contengono diverse “*clausole di salvaguardia*” per gli Stati membri che sono così liberi di conformarsi ad essa unicamente “*per quanto possibile e conformemente al diritto nazionale*”.

Di conseguenza questo ha avuto delle conseguenze negative sulla sua corretta esecuzione da parte degli Stati membri. La conferma è infatti arrivata il 19 maggio 2016, data della pubblicazione della prima relazione della Commissione europea sui progressi compiuti nella lotta alla tratta di esseri umani a partire dall'adozione della direttiva in commento.

La tratta ai fini di sfruttamento sessuale si conferma essere la forma traffico più diffusa (67% delle vittime registrate) e anche la più difficile da contrastare, infatti, la Commissione afferma esplicitamente che: “*la tratta ai fini di sfruttamento sessuale non è stata contrastata come sarebbe stato opportuno e non se ne registra alcuna diminuzione*”⁸⁷⁶.

Per quanto riguarda i minori questo dato è alquanto preoccupante poiché significa che non vi è un buon coordinamento con la direttiva 2011/93/UE relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile (di cui si parlerà a breve), in quanto, se si prosegue ad analizzare la relazione della Commissione viene sottolineato con preoccupazione che i minori vittime di tratta costituiscono almeno il 15% del totale e il numero è anche in crescente aumento⁸⁷⁷.

Uno dei motivi di questo mancato contrasto del fenomeno della tratta è dovuto, secondo la relazione della Commissione, al basso numero di azioni penali e condanne per i reati in oggetto a fronte dell'elevato numero di vittime identificate (senza contare quelle che rimangono nella zona nera del traffico), dovuto, verosimilmente, all'assenza di strumenti investigativi sufficientemente efficaci.

Non ha quindi realizzato i risultati sperati l'introduzione dell'art. 9 della direttiva sulla tratta che impone agli Stati membri di trattare tale reato come gli altri crimini commessi dalla criminalità organizzata e

⁸⁷⁶ La seconda fattispecie più diffusa di tratta è quella ai fini di sfruttamento del lavoro (21% del totale delle vittime). Il restante 12% è composto dalle vittime di altre forme di sfruttamento: accattonaggio forzato, attività criminali, matrimonio forzato, matrimonio fittizio, espianto di organi, tratta di lattanti e bambini piccoli a fini adottivi, tratta di donne incinte per la vendita di neonati, tratta finalizzata alla coltivazione della cannabis e allo spaccio di sostanza stupefacenti.

⁸⁷⁷ Si tratta per la maggior parte di minori sottratti a famiglie particolarmente svantaggiate in situazioni non riconducibili alla migrazione, osserva la Commissione, sebbene l'attuale crisi migratoria sia verosimilmente destinata a giocare un ruolo nell'incremento del fenomeno.

quindi di usufruire di strumenti investigativi efficaci anche per tale reato.

Colpisce il basso numero di azioni penali se si osserva che la metà degli Stati membri considera reato anche il ricorrere consapevolmente ai servizi prestati da un soggetto vittima della tratta.

Come sopra anticipato, l'art. 18, par. 4, della direttiva sulla tratta invitava unicamente gli Stati membri a considerare la possibilità di incriminare tali comportamenti e, infatti, si pensava che tale disposizione non avrebbe ricevuto largo seguito da parte degli Stati membri.

A questo punto il problema appare, pertanto, essere la mancata coerenza con gli altri strumenti normativi che prevedono disposizioni simili ovvero con la direttiva 2009/52/CE, contenente norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, che già prevede un obbligo di incriminazione del datore di lavoro in questi casi e con la più volte richiamata direttiva 2011/93/UE, in relazione alla prostituzione minorile. Evidentemente negli ordinamenti degli Stati membri esistono delle lacune giuridiche che portano all'impunità, soprattutto nell'ambito dello sfruttamento della prostituzione.

Preoccupanti sono anche i dati relativi al trattamento riservato alle vittime del reato, cui spesso non è fornita adeguata assistenza presso le stazioni di polizia o che vengono ritenute erroneamente responsabili del reato, perseguite e poi condannate.

Per quanto riguarda nello specifico i fanciulli, si osserva che il tasso di minori assistiti resta basso, molti minori scappano dagli alloggi e non vengono più trovati e, in generale, le procedure per trovare soluzioni durature sono inappropriate perché il coinvolgimento dei servizi per la protezione dei minori in riferimento al contrasto della tratta resta limitato.

Essenziale per rintracciare i minori scomparsi dopo essere stati identificati come vittime di tratta è il sistema d'informazione Schengen che svolge un ruolo cruciale nello scambio transfrontaliero di informazioni sulle vittime della tratta e su chi le sfrutta. Creare un sistema d'allerta per i minori scomparsi nell'ambito del sistema d'informazione Schengen sarebbe dunque un passo fondamentale per garantire la rapida identificazione dei minori vittime della tratta visto che secondo i dati di Europol ogni due minuti in Europa scompare un minore. Attualmente, per cercare di attivare prontamente le indagini esiste un numero unico europeo, ovvero il 116.000, attivo 24 ore su 24, in 27 dei 28 Stati membri, che consente di segnalare la scomparsa di un minore. Purtroppo nel 2015 i finanziamenti dell'Unione europea, sui quali molte di queste linee nazionali fanno affidamento, sono stati interrotti, portando a una diminuzione delle risorse impiegate nella gestione del servizio a fronte di un aumento delle richieste d'aiuto.

Ciò che colpisce di più, tuttavia, è che al termine della sua relazione, tutt'altro che rassicurante, la Commissione europea concluda affermando semplicemente che: *“with the correct and full implementation of the EU Directive, Member States will ensure the prevention of the crime, the prosecution of the perpetrators and most importantly, the protection of victims”*.

La Commissione si impegna poi a proseguire il suo ruolo nella lotta contro il traffico di esseri umani pensando ad una strategia per il periodo post 2016, dimenticandosi che il suo ruolo consiste non solo nel

vigilare sulla corretta applicazione del diritto UE da parte degli Stati membri, ma anche nell'attivare ricorsi per infrazione.

Visti i risultati della relazione, ci si aspettava una conclusione dai toni diversi da parte della Commissione visto che la tratta di esseri umani, oltre che a colpire vittime particolarmente vulnerabili come donne e bambini, è un affronto al diritto alla dignità umana, uno dei valori su cui si fonda l'Unione europea e il primo diritto sancito dalla Carta dei diritti fondamentali.

Come giustamente affermato da Dimitris Avramopoulos, Commissario europeo per la Migrazione, gli affari interni e la cittadinanza: *"È inammissibile e imperdonabile, dal punto di vista morale e giuridico, che nell'Unione europea del ventunesimo secolo degli esseri umani siano comprati, venduti e sfruttati come merci. È nostro dovere personale, collettivo e legale fermare questa tratta"*.

1.2.4 L'ordine di protezione europeo (direttiva 2011/99/UE)

La direttiva 2011/99/UE⁸⁷⁸ ha introdotto l'ordine di protezione europeo in materia penale (c.d. EPO *"European protection order"*)⁸⁷⁹. Quest'ultimo viene descritto come una *"decisione adottata dall'autorità giudiziaria di uno Stato membro in relazione ad una misura di protezione, sulla cui base l'autorità giudiziaria di altro Stato membro prende misure appropriate secondo la propria legislazione interna al fine di continuare a proteggere la persona protetta"*⁸⁸⁰.

Nel prosieguo vedremo come (e se) l'istituzione dell'EPO in campo penale abbia rafforzato la tutela offerta alle vittime di reato in generale, compresi dunque i minori, e se siano state previste specifiche misure a tutela dei fanciulli.

Innanzitutto, l'obiettivo di tale strumento, elaborato sulla base dell'art. 82, par. 1, TFUE, è quello di garantire che le misure di protezione, previamente adottate in uno Stato membro (c.d. *"Stato di emissione"*), a tutela di un dato soggetto, siano mantenute anche qualora tale persona si trasferisca in un altro Paese (c.d. *"Stato di esecuzione"*). In questo modo, la direttiva in esame vuole consentire alla persona destinataria di comportamenti criminali (come *stalking*, molestie e violenze di genere⁸⁸¹), di esercitare il proprio diritto di

⁸⁷⁸ Direttiva 2011/99/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 sull'ordine di protezione europeo, in *Gazz. uff. UE*, 21 dicembre 2011, L 338/2.

⁸⁷⁹ L'ordine di protezione europeo nasce dall'iniziativa di alcuni Stati membri pubblicata in G.U.U.E., 18 marzo 2010, C 69/5. Con l'adozione della direttiva 2011/99/UE l'Unione ha dato ulteriore esecuzione al percorso tracciato dalla *Road map* contenuta nella Risoluzione del Consiglio del 10 giugno 2011 relativa a una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti e della tutela delle vittime, in particolare nei procedimenti penali (in G.U.U.E., 28 giugno 2011, C. 187/1).

⁸⁸⁰ Art. 2, n. 1, della direttiva.

⁸⁸¹ La direttiva, al *considerando* n. 9, fornisce un'elencazione meramente indicativa dei reati ai quali sono applicabili le misure di protezione. L'ordine europeo si fonda, infatti, sulla necessità di tutelare la vittima da un pericolo e non da uno specifico illecito da cui è scaturito il procedimento nello Stato di emissione. Da ciò ne deriva che affinché una misura di protezione sia eseguibile non è necessario che il reato sia stato accertato da una decisione passata in giudicato. Si sofferma ampiamente sul tale concetto A. DAMATO, *Vittime di reato, al via l'ordine di protezione europeo*, in *Guida al diritto: il sole 24 ore*, 2013, p. 79.

circolare o soggiornare liberamente all'interno dell'Unione europea⁸⁸², accompagnata da un "sistema di traslazione"⁸⁸³ delle misure adottate a sua protezione nello Stato membro di origine.

L'EPO, quindi, non amplia i diritti delle vittime all'interno del procedimento penale, ma è diretto ad evitarne la perdita⁸⁸⁴.

Presupposto necessario dell'EPO, pertanto, è la previa adozione, da parte dell'autorità giurisdizionale di uno Stato membro⁸⁸⁵, di una decisione in materia penale che imponga alla persona che determina il pericolo specifici veti o restrizioni "finalizzati a tutelare la vita, l'integrità fisica o psichica, la libertà personale o sessuale" della vittima (anche potenziale)⁸⁸⁶.

Non rientrano, quindi, nel campo di applicazione di tale direttiva i provvedimenti emessi in materia civile che sono, peraltro, disciplinati da uno strumento *ad hoc* ovvero il regolamento 2013/606/UE⁸⁸⁷.

Per quanto riguarda le restrizioni poste alla persona che determina il pericolo, la direttiva stabilisce espressamente il contenuto sostanziale che una misura di protezione deve possedere ossia il divieto di frequentare luoghi in cui la persona protetta risiede o frequenta o/e il divieto o la regolamentazione dei contatti, in qualsiasi forma, con la vittima e/o il divieto o la regolamentazione dell'avvicinamento alla persona protetta entro un perimetro definito⁸⁸⁸. L'autorità giudiziaria dello Stato di emissione può emettere un EPO solo su richiesta della persona protetta⁸⁸⁹, la quale deve essere stata informata di tale possibilità al momento dell'adozione della misura di protezione che deve essere conforme ai requisiti sostanziali sopra citati⁸⁹⁰.

L'autorità competente dello Stato di esecuzione che riceve un ordine di protezione europeo adotterà poi le misure che sarebbero previste dalla legislazione nazionale in un caso analogo per garantire protezione alla vittima; tali misure potranno essere penali, civili e amministrative, ma dovranno corrispondere "quanto più possibile" alla misura di protezione adottata dallo Stato di emissione⁸⁹¹. Lo Stato di esecuzione deve

⁸⁸² Si veda il *considerando* n. 6 della direttiva.

⁸⁸³ L. CAMALDO, *Novità sovranazionali*, in *Proc. pen. e giust.*, 2012, p. 16.

⁸⁸⁴ Sul punto si veda M. TROGLIA, *The order of european protection from the directive to recent italian legislativo of transposition: some reflections*, in *Cassazione penale*, n. 6, 2015, p. 2456 e A. BALSAMO, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, in R. E. Kostoris (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2014, 137.

⁸⁸⁵ È irrilevante la natura penale, amministrativa o civile dell'autorità che ha adottato una misura di protezione in materia penale (*considerando* n. 10).

⁸⁸⁶ Art. 1 della direttiva in esame e *considerando* n. 11. L'OPE si può applicare anche ai familiari della vittima (*considerando* n. 12), ma non si applica a protezione dei testimoni (*considerando* n. 11).

⁸⁸⁷ Regolamento (Ue) n. 606/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 giugno 2013, relativo al reciproco riconoscimento delle misure di protezione in materia civile, in *Gazz. uff. UE*, 29 giugno 2013, L 181/4.

⁸⁸⁸ Art. 5 della direttiva.

⁸⁸⁹ Prima di emettere un EPO, l'autorità competente dello Stato di emissione deve consentire alla persona che determina il pericolo il diritto di essere ascoltata e di contestare il provvedimento, se non ha potuto farlo nel corso del procedimento che ha portato all'adozione della misura di protezione. Inoltre, l'autorità competente controlla che la misura di protezione soddisfi i requisiti di cui all'art. 5 della direttiva (art. 6).

⁸⁹⁰ Art. 6 della direttiva. Tale articolo consente anche alla vittima che si trovi già in un altro Stato membro di presentare la richiesta direttamente all'autorità di tale Stato (Stato di esecuzione), il quale provvederà a trasmetterla quanto prima all'autorità competente dello Stato di emissione in quanto è solo quest'ultimo che potrà emettere un EPO che andrà poi riconosciuto dallo Stato di esecuzione. Come verrà meglio specificato nel prosieguo, tale procedura non sembra molto tutelante per la vittima che si trovi già nello Stato di esecuzione.

⁸⁹¹ Ai sensi dell'art. 9, dell'adozione di tali misure vanno informati lo Stato di emissione, la vittima e la persona che determina il pericolo (a quest'ultima non vanno riferiti contatti né indicazioni circa l'ubicazione della persona protetta, se non è necessario per eseguire la misura di protezione predisposta e le vanno indicate anche le sanzioni nazionali previste per la violazione della misura).

riconoscere “senza indugio” un EPO, salvo il caso in cui decida di invocare uno dei motivi di non riconoscimento di cui all’art. 10⁸⁹².

I motivi di non riconoscimento di un ordine di protezione europeo possono essere suddivisi a seconda che concernano profili formali (incompletezza dell’EPO o omessa individuazione di una delle misure di protezione indicate nell’art. 5 della direttiva) o sostanziali (riguardanti pressoché tutti il reciproco rispetto della sovranità statale in campo penale)⁸⁹³.

Riguardo questi ultimi, in riferimento alle qualità della “persona che determina il pericolo”, l’EPO può non essere riconosciuto con riguardo alla sua età (persona non imputabile penalmente nello Stato di esecuzione) o alla circostanza che la persona ivi goda di una particolare immunità.

Se si fa riferimento, invece, al fatto che ha comportato l’adozione della misura di protezione nello Stato di emissione, il riconoscimento può essere negato dallo Stato di esecuzione qualora quella data condotta non costituisca reato secondo la sua legislazione ovvero, trattandosi di un fatto soggetto anche alla sua giurisdizione, ove sia già intervenuta amnistia o sia decorsa la prescrizione.

Infine, l’EPO può non essere riconosciuto nel rispetto del principio del *ne bis in idem* e se il reato è stato commesso in toto o per una parte essenziale all’interno del territorio dello Stato di esecuzione⁸⁹⁴.

Merita poi di essere citato l’art. 18 della direttiva in esame, dedicato alle “spese” risultanti dall’applicazione della direttiva, ove è previsto che queste ultime siano a carico dello Stato di esecuzione, conformemente alla sua legislazione, salvo quelle sorte esclusivamente nel territorio dello Stato di emissione.

Ciò premesso, in via generale, si può ora verificare se vi siano in tale direttiva norme specifiche attente alle esigenze dei minori (in quanto anch’essi potrebbero essere destinatari di una misura di protezione), per poi passare ad un’analisi critica di tale nuovo strumento.

I primi riferimenti espliciti ai fanciulli si trovano nel *considerando* n. 15, che sottolinea l’importanza di tenere in considerazione le esigenze delle vittime, soprattutto se particolarmente vulnerabili, come appunto i minori, nei procedimenti di emissione e riconoscimento di un ordine di protezione europeo senza tuttavia nient’altro specificare. Il *considerando* n. 34 e l’art. 20 richiedono poi che, nei casi in cui una misura di protezione rientri nell’ambito di applicazione dei Regolamenti europei n. 44/2001⁸⁹⁵ e n. 2201/2003⁸⁹⁶ o delle

⁸⁹² Art. 9 della direttiva.

⁸⁹³ F. RUGGIERI, *The European protection order and the italian law complying with the directive 2011/99/EU: an analysis and some questions*, in *Processo penale e giustizia*, n. 5, 2015, p. 102. In ogni caso, se l’autorità competente dello Stato di esecuzione rifiuta di riconoscere un ordine di protezione deve informare, senza indugio, lo Stato di emissione e la persona protetta circa la possibilità di chiedere l’adozione di una misura di protezione secondo il proprio diritto nazionale o di ricorrere contro il diniego (art. 10, par. 2 della direttiva).

⁸⁹⁴ Nel caso in cui la misura di protezione venga, poi, violata nello Stato di esecuzione, spetta allo Stato di emissione provvedere eventualmente a modificare il provvedimento, a prorogarlo o a riesaminarlo, salvi gli autonomi ed eventuali poteri sanzionatori dello Stato di esecuzione (*considerando* n. 26, artt. 11, 12 e 13 della direttiva). L’unico Stato che può revocare o annullare la misura di protezione, e di conseguenza l’EPO, è solo quello di emissione, ma lo Stato di esecuzione può, comunque, interromperla nei casi tassativamente indicati dalla direttiva (art. 14).

⁸⁹⁵ Regolamento europeo sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

⁸⁹⁶ Regolamento europeo relativo alla competenza, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale.

Convenzioni dell’Aja del 1980⁸⁹⁷ e del 1996⁸⁹⁸, la sua esecuzione avvenga in maniera conforme alle disposizioni dello strumento giuridico pertinente, senza pregiudicare le tutele ivi previste per i fanciulli. L’art. 6, par. 6, della direttiva, inoltre, prevede che se la persona protetta ha un tutore o un rappresentante, questi ultimi possano presentare a suo nome la richiesta di emissione di un EPO; è chiaro che tale articolo trovi applicazione soprattutto nei confronti dei minori bisognosi di protezione così come è evidente che esso non aggiunga nulla di nuovo a quanto si dava già per pacificamente acquisito.

Infine, l’art. 15 della direttiva è interessante in quanto è dedicato alla “priorità nel riconoscimento di un ordine di protezione europeo”. Tale disposizione ribadisce che il riconoscimento di un EPO deve avvenire con la “stessa priorità applicabile a livello nazionale” in una situazione analoga, tenendo conto di eventuali circostanze specifiche del caso, come l’urgenza, la data prevista di arrivo della persona protetta e il livello di rischio per la persona protetta. Alcun riferimento, dunque, è stato fatto, nemmeno in generale, alla particolare vulnerabilità delle persone nel cui interesse è stato emesso un EPO.

Nonostante il contenuto poco *child-friendly* di questa direttiva è opportuno, comunque, verificare se lo strumento dell’EPO sia potenzialmente adatto a rafforzare la protezione delle vittime in generale nel territorio dell’Unione europea.

Innanzitutto, vista l’esistenza di uno strumento parallelo in materia civile, ovvero il regolamento n. 606/2013, occorre valutare le differenze tra i due modelli di cooperazione giudiziaria.

In primo luogo, si nota che la direttiva in esame prevede che il riconoscimento della misura di protezione sia indiretto e “mediato” dall’EPO. Il legislatore europeo, infatti, ha articolato un meccanismo complesso nel quale “circolano”, non già le misure di protezione adottate nello Stato di emissione, quanto l’ordine di protezione stesso⁸⁹⁹.

In materia civile, invece, vige la regola per cui vengono automaticamente riconosciute le stesse misure di protezione⁹⁰⁰ e tale principio vale anche in materia penale in quanto è vigente in altri strumenti di cooperazione in tale settore, ma non per l’EPO⁹⁰¹.

⁸⁹⁷ Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori.

⁸⁹⁸ Convenzione sulla responsabilità genitoriale e la protezione dei minori.

⁸⁹⁹ Come notano correttamente P. PERINI, *Entrato in vigore l’ordine di protezione europeo: per le vittime una tutela senza confini*, in *Famiglia e diritto*, 2015, fasc. 5, p. 522 e ss. e C. MOIOLI, *Le nuove misure “europee” di protezione delle vittime di reato in materia penale e civile*, in *Eurojus.it*, 27 febbraio 2015.

⁹⁰⁰ Art. 4 del regolamento 606/2013/UE secondo il quale “la misura di protezione disposta in uno Stato membro è riconosciuta in altro Stato membro senza che sia necessario il ricorso ad alcuna procedura particolare ed è esecutiva senza che sia richiesta una dichiarazione di esecutività”. Il mezzo per ottenere il rapido riconoscimento della misura di protezione è un certificato *standard* e multilingue, previsto dall’art. 5, che viene rilasciato dall’autorità dello Stato di origine e presentato dalla vittima nello Stato membro richiesto qualora essa desideri ottenere protezione in tale ultimo Stato.

⁹⁰¹ Il riferimento è alla decisione quadro 2009/829/GAI sull’applicazione tra gli Stati membri del principio di reciproco riconoscimento alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare e alla decisione quadro 2008/947/GAI relativa all’applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze e alle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive.

Altra differenza tra la direttiva in esame e il regolamento n. 606/2013 riguarda i motivi ostativi al riconoscimento da parte dello Stato di esecuzione della misura di protezione in quanto il regolamento ne prevede un numero inferiore⁹⁰².

Il livello di integrazione tra Stati membri che caratterizza il settore civile è, dunque, ancora imparagonabile a quello esistente in ambito penale e, comunque, quest'ultimo si mostra tendente a compiere passi indietro⁹⁰³.

Un esempio di ciò, è, ad esempio, l'operatività del principio della doppia incriminazione nella direttiva 2011/99/UE, che non si ritrova, invece, in Decisioni quadro precedenti⁹⁰⁴ e che può limitarne la concreta applicazione, considerando che certi comportamenti sono perseguibili penalmente solo in certi Stati membri (si pensi, ad esempio, allo *stalking*, che è represso penalmente solo in dodici Stati membri)⁹⁰⁵.

Appare evidente, inoltre, che l'ambito stesso di applicazione dell'EPO in materia penale sia piuttosto limitato visto che sussistono già degli altri strumenti di cooperazione europei in grado di raggiungere lo stesso risultato che si pone la direttiva in esame, ovvero la protezione della vittima al di fuori dei confini nazionali.

In particolare, ci si riferisce alla Decisione quadro 2009/829/GAI sull'applicazione tra gli Stati membri del principio di reciproco riconoscimento alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare e alla Decisione quadro 2008/947/GAI relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze e alle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive.

Queste ultime, infatti, benché non siano ancora state recepite da alcuni Stati membri, una volta pienamente operative potranno offrire protezione alla vittima del reato nel caso in cui la stessa si trasferisca, assieme all'autore dell'illecito, nello stesso Stato membro e le misure di protezione consistano in un divieto di frequentare località in cui la persona protetta si rechi abitualmente e/o nel divieto di avere contatti con la stessa.

Pertanto, solamente quando la vittima e il suo aggressore si trasferiscono in Stati membri differenti o quando unicamente la persona protetta si trasferisce in un altro Stato membro, la direttiva 2011/99/UE

⁹⁰² Gli unici motivi di rifiuto del riconoscimento previsti in ambito civile riguardano la manifesta contrarietà del riconoscimento all'ordine pubblico dello Stato richiesto e la inconciliabilità del riconoscimento con un provvedimento emesso o riconosciuto nello Stato richiesto (art. 13).

⁹⁰³ Proprio per tale ragione, si ritiene che l'aver attribuito i costi dell'esecuzione di un EPO allo Stato di esecuzione potrà sollevare altri problemi. Indubbiamente, avrebbe aiutato il mutuo riconoscimento di un EPO l'aver consentito allo Stato di esecuzione di essere rimborsato per le spese più costose dallo Stato di emissione (in tal senso si veda S. VAN DER Aa, *Protection orders in the European Member States: Where do we stand and where do we go from here?*, in *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2012, p. 199.).

⁹⁰⁴ Il riferimento è sempre alla decisione quadro 2009/829/GAI (per la lista di reati di cui all'art. 14, par. 1.) e alla decisione quadro 2008/947/GAI (per i reati di cui all'art. 10, par. 1.).

⁹⁰⁵ Sul punto si veda C. MOIOLI, *Le nuove misure "europee" di protezione delle vittime di reato in materia penale e civile*, cit. Inoltre sollevano il problema anche S. VAN DER Aa, J. W. OUWERKERK, *The European protection order: no time to waste or a waste of time?*, in *European Journal of crime, criminal law and criminale justice*, 2011, p. 278. Gli Autori evidenziano come lo *stalking* sia uno di quei reati per il quale l'ordine di protezione europeo è stato specificatamente introdotto e ciò nonostante la situazione che si viene a creare è quantomeno "ironica". Il presente *gap* potrà essere riempito a seguito della ratifica della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica (c.d. Convenzione di Istanbul), entrata in vigore il 1° agosto 2014 e attualmente ratificata da 12 Stati membri dell'Unione europea ovvero Austria, Danimarca, Spagna, Finlandia, Francia, Italia, Malta, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Slovenia e Svezia.

possiede un proprio valore aggiunto. Tali situazioni, tuttavia, sembrano avere un impatto quantitativo più limitato e soprattutto una persona che abbia ottenuto protezione in uno Stato membro e che continui ad essere in pericolo nello Stato membro in cui si trasferisce difficilmente non riuscirà ad ottenere anche lì una misura di protezione⁹⁰⁶.

In aggiunta, l'iniziale proposta della Commissione che prevedeva che l'EPO dovesse essere riconosciuto "senza ritardo" è stata abbandonata nel testo definitivo della direttiva 2011/99/UE e ora, come si è visto, l'art. 15 stabilisce che l'EPO venga riconosciuto con la "stessa priorità con la quale verrebbe applicata una misura di protezione in un caso nazionale simile".

Inoltre, la versione finale della direttiva non richiede nemmeno più che lo Stato di esecuzione riconosca l'EPO garantendo alla vittima un "*similar level of protection*", ma è previsto, invece, che lo Stato di esecuzione adotti le misure che sarebbero previste dalla propria legislazione nazionale in casi analoghi e che corrispondano "il più possibile" alla misura di protezione adottata dallo Stato di emissione.

Non si comprende, pertanto, quale possa essere il valore aggiunto nel richiedere un EPO allo Stato di origine potendo semplicemente chiedere allo Stato membro in cui ci si trasferisce di ottenere una misura di protezione che verrebbe concessa con gli stessi tempi necessari per il riconoscimento di un EPO (e forse anche prima), nonché con gli stessi contenuti⁹⁰⁷. Dar vita ad una procedura UE che consentisse di riconoscere un EPO con priorità in tutti gli Stati membri avrebbe fatto realmente la differenza.

Ulteriori criticità nell'applicazione di tale strumento derivano dalla sua adozione in forma di direttiva. Gli Stati membri, infatti, seppur nel lecito esercizio della discrezionalità loro concessa, potrebbero facilmente finire per limitare la sfera di applicazione dell'EPO, prevedendo, ad esempio, che esso operi rispetto ad una serie di divieti/restrizioni più ridotte rispetto a quelle fissate dalla direttiva. In questo modo si avrà una frustrazione dell'effetto utile perseguito dalla stessa, come è avvenuto nel caso dell'Italia⁹⁰⁸.

⁹⁰⁶ Sul punto si veda C. MOIOLI, *Le nuove misure "europee" di protezione delle vittime di reato in materia penale e civile*, op. cit.
⁹⁰⁷ S. VAN DER Aa, *Protection orders in the European Member States: Where do we stand and where do we go from here?*, op. cit., p. 199.

⁹⁰⁸ Al riguardo si veda M. TROGLIA, *The order of european protection from the directive to recent italian legislation of transposition: some reflections*, in *Cassazione penale*, n. 6, 2015, p. 2455 e ss e C. MOIOLI, *Le nuove misure "europee" di protezione delle vittime di reato in materia penale e civile*, op. cit. Ad esempio l'Italia ha dato attuazione alla direttiva in commento con il d.lgs n. 9 del 2015 e diverse disposizioni nella legge di attuazione italiana destano perplessità per quanto riguarda la tutela delle vittime. In primo luogo, l'inserimento, tra i casi di rifiuto del riconoscimento dell'ordine di protezione, di un'ipotesi non prevista dalla direttiva ovvero l'art. 9 del d.lgs n. 9 del 2015 che prevede che la Corte d'appello italiana non riconosca l'ordine di protezione europeo quando "*la misura di protezione comporti obblighi non riconducibili a quelli delle misure cautelari regolate dagli articoli 282-bis e 282-ter c.p.p.*" ovvero l'allontanamento dalla casa familiare e il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa. Tale circostanza è anche motivo di cessazione degli effetti del riconoscimento dell'EPO ai sensi dell'art. 13, comma 2, lett. b) del decreto. In questo modo è stato drasticamente limitato l'ambito di protezione della direttiva, la cui *ratio* è quella di offrire una tutela a tutto campo, non limitata dalle forme di protezione previste a livello nazionale dai singoli Stati membri. Altro motivo di perplessità è la scelta dell'Italia di non prescindere dall'intervento governativo incarnato nel ruolo del Ministro della Giustizia, individuato come autorità centrale. Così facendo si impedisce un dialogo diretto tra autorità giudiziarie, nonostante le sollecitazioni in tal senso della stessa Unione europea, volte ad abbandonare il filtro governativo che potrebbe rallentare la procedura del mutuo riconoscimento. Infine, il d.lgs n. 9/2015 richiede che, a pena di inammissibilità, la richiesta fatta dalla persona offesa per ottenere un EPO contenga le "ragioni del soggiorno", requisito non richiesto dalla direttiva 2011/99/UE. Al riguardo, la relazione di accompagnamento del decreto precisa che tale indicazione "appare strettamente strumentale alla successiva valutazione del "grado di necessità della protezione" imposta dall'art. 6, comma 1, della direttiva", ma non appare comunque apprezzabile il ragionamento di modulare il grado di protezione a seconda che la vittima vada all'estero per un motivo o per un altro (ad esempio in ferie o per lavoro) (*Relazione schema di precepto legislativo recante: "Attuazione della direttiva 2011/99/UE del parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 sull'ordine di protezione europeo"*, reperibile sul sito del Parlamento italiano

Per concludere, non sembra che l'EPO abbia rafforzato la tutela delle vittime in generale e, di conseguenza, neanche dei minori, non avendo apportato miglioramenti nelle grandi differenze esistenti nel livello di protezione ad esse offerto nei vari Stati membri.

L'EPO, inoltre, potrebbe addirittura rivelarsi controproducente nel caso in cui conducesse gli Stati membri a ritenere l'adozione di tale direttiva sufficiente per dimostrare il loro impegno nella tutela delle vittime, senza che ciò conduca a nessun reale cambiamento nei loro sistemi nazionali⁹⁰⁹. Come è stato sopra chiarito, infatti, gli Stati membri possono conformarsi alla presente direttiva senza alcun obbligo di modificare i propri sistemi nazionali, ad esempio per introdurre nuove misure di protezione o per eseguire al meglio un ordine di protezione europeo proveniente da un altro Stato membro più tutelante⁹¹⁰.

Visto il limitato sforzo dell'Unione europea nel cercare di armonizzare minimamente le legislazioni penali dei diversi Stati membri, spetta, dunque, a questi ultimi il dovere di impegnarsi nel riconoscere le misure di protezione disposte dagli altri Stati membri, facendo in modo di applicare, in tempi brevi, una misura interna equivalente alla misura disposta dallo Stato di emissione.

A quest'ultimo riguardo, poi, bisogna fare una considerazione circa il rispetto del principio di uguaglianza. Se un minore, o comunque una vittima in generale, porta con sé il grado di protezione che gli viene garantito nello Stato membro d'origine ogni volta che si sposta in un altro Stato membro, è evidente che possa verificarsi il rischio che lo stesso soggetto venga protetto diversamente rispetto ad un'altra persona, vittima nel Paese ospite⁹¹¹.

L'obiettivo di questa direttiva non era evidentemente quello di puntare ad un'effettiva armonizzazione delle normative nazionali. Ciò nonostante, come è già stato più volte sottolineato, finché continueranno ad esserci così tante differenze nei vari sistemi penali degli Stati membri sarà difficile che anche questa direttiva potrà raggiungere dei risultati soddisfacenti⁹¹² in quanto, senza una minima armonizzazione, il principio del mutuo riconoscimento diventa impossibile da realizzare⁹¹³.

Lo studio delle norme vigenti a protezione delle vittime, in generale, ha dimostrato che l'Unione europea deve compiere necessariamente maggiori sforzi per cercare di armonizzare i sistemi nazionali degli

(<http://documenti.camera.it>). Il legislatore italiano, nel caso in cui avesse voluto valutare concretamente il “grado di necessità della protezione”, avrebbe dovuto, semmai, far riferimento alle “modalità del soggiorno”, quale requisito aggiuntivo.

⁹⁰⁹ Come criticamente affermato da S. VAN DER Aa, *Protection orders in the European Member States: Where do we stand and where do we go from here?*, op. cit., p. 199: “*In its current form and in this current state of play, the EPO seems a waste of time*”.

⁹¹⁰ Considerando n. 8 della direttiva.

⁹¹¹ M. SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale. Una lettura del sistema italiano alla luce del quadro europeo*, op. cit., p. 101.

⁹¹² Anche se l'EPO è basato sul mutuo riconoscimento, infatti, e non sull'armonizzazione delle norme, in pratica il mutuo riconoscimento diventa molto problematico se non vi è un certo livello di uniformità tra le misure di protezione. Lo strumento del mutuo riconoscimento è nato come un'alternativa all'armonizzazione delle norme procedurali nazionali in materia penale, ma questa posizione è cambiata negli anni. Il Programma dell'Aja ha espressamente sancito, infatti, che “*the development of equivalent standards for procedural rights in criminal proceedings would be necessary for a workable mutual recognition system*” (Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo del 10 maggio 2005 - *Il programma dell'Aja: dieci priorità per i prossimi cinque anni. Partenariato per rinnovare l'Europa nel campo della libertà, sicurezza e giustizia*- Gazzetta ufficiale del 24.09.2005). In altre parole, un minimo livello di armonizzazione o di approssimazione delle leggi è, comunque, essenziale.

⁹¹³ Come affermato M. SIMONATO, *ibidem*, p. 102: “*anche un'armonizzazione minima, verso il basso, delle garanzie sarebbe in realtà poco auspicabile, ma rispetto all'attuale panorama diversificato e spesso inconciliabile, quantomeno faciliterebbe, come sancito apoditticamente nel nuovo art. 82 TFUE, il funzionamento degli strumenti di mutuo riconoscimento*”.

Stati membri⁹¹⁴. Continuare a lasciare tale funzione al Consiglio d'Europa e alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo rappresenta un'enorme occasione persa per l'Unione europea, la quale, possedendo degli strumenti che le consentono di incidere maggiormente sui sistemi giuridici nazionali, potrebbe realmente diventare la maggiore promotrice dei diritti delle vittime.

Rimane comunque positivo il fatto che l'EPO, così come altri strumenti penali di recente adozione, punti al riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie non solo in chiave repressiva, bensì, e soprattutto, a fini di tutela.

Sull'Unione europea, quindi, sta cominciando, pian piano, a soffiare il vento dei diritti anche nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale⁹¹⁵.

1.3 La normativa a tutela della vittima minore di età

1.3.1 La direttiva 2011/93/UE contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile

L'Unione europea, il 13 dicembre 2011, ha adottato la direttiva 2011/93/UE con l'obiettivo di prevedere nuove e più incisive misure di contrasto alle principali forme di sfruttamento sessuale dei minori in linea con la Decisione quadro 2004/68/GAI⁹¹⁶, che è andata a sostituire, e in forza di quanto stabilito dall'art. 34 della Convenzione sui diritti del fanciullo⁹¹⁷. Si tratta del secondo strumento adottato ai sensi dell'art. 83 del TFUE e l'unico dedicato specificatamente ai fanciulli vittime di reato. Tale direttiva si è resa necessaria in quanto il fenomeno dello sfruttamento sessuale minorile è in continuo aumento nell'Unione europea⁹¹⁸.

Proprio per tale ragione, è sin da subito emerso un forte consenso attorno all'adozione di tale strumento normativo, confermato dal fatto che la direttiva è stata adottata alla quasi unanimità⁹¹⁹. Tra l'altro, l'incriminazione di questo grave illecito è stata sostenuta dalla stessa Corte di Giustizia, secondo la quale gli *“abusi sessuali e lo sfruttamento sessuale dei minori costituiscono delle violazioni gravi dei diritti*

⁹¹⁴ Come osservato da G. ILLUMINATI, *L'armonizzazione della prova penale nell'Unione europea*, in G. Illuminati (a cura di) *Prova penale e Unione europea*, Bologna, 2009, p. 11, in merito all'armonizzazione, ma il discorso vale anche per il mutuo riconoscimento, bisogna *“intendersi sul significato, o meglio sul valore, dell'armonizzazione: se ciò dev'essere semplicemente uno strumento destinato, se così si può dire, ad oliare la macchina del processo per farla funzionare meglio, più in fretta e in maniera più efficiente, oppure se è un valore in sé che deve dare luogo ad una scelta culturale, una scelta soprattutto identitaria rispetto a quello che vogliamo che sia l'Unione europea e a quello che significa essere cittadini dell'Unione europea”*.

⁹¹⁵ M. BARGIS, *La Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione Europea tra mutuo riconoscimento e armonizzazione: analisi e prospettive*, in *Rivista di diritto processuale*, 2012, fasc. 4, p. 928.

⁹¹⁶ Decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio, del 22 dicembre 2003, relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile. La Decisione quadro presentava una serie di carenze in quanto ravvicinava le normative nazionali soltanto con riferimento ad un numero limitato di reati, non prevedeva le nuove forme di abuso e sfruttamento sessuale commesse attraverso le tecnologie dell'informazione, non rimuoveva gli ostacoli al perseguimento dei reati di fuori del territorio nazionale e, infine, non soddisfaceva tutte le esigenze specifiche delle vittime, fra cui la previsione di misure adeguate per prevenire i reati.

⁹¹⁷ Articolo che tutela ogni fanciullo da ogni forma di sfruttamento sessuale e di violenza sessuale.

⁹¹⁸ *Considerando* n. 6 della direttiva in commento.

⁹¹⁹ Il testo, infatti, è stato adottato alla prima lettura il 27 ottobre 2011, con 541 voti favorevoli, 2 contrari e 31 astensioni. Il Regno Unito e l'Irlanda hanno utilizzato la loro possibilità di *opt-in* per questo strumento.

*fondamentali..” e “ un attacco particolarmente grave a un interesse fondamentale della società, suscettibile di rappresentare una minaccia diretta per la tranquillità e la sicurezza della popolazione..”*⁹²⁰.

Se l’attaccamento dell’Unione europea alla protezione di certi valori è di regola enfatizzato, tuttavia l’approccio del legislatore europeo nei confronti di tematiche particolarmente delicate per la tutela dei diritti fondamentali è risultato in passato solamente simbolico, dando vita ad una sorta di armonizzazione dei diritti a livello UE solamente “di facciata” e, quindi, ingannatrice⁹²¹.

Bisogna, pertanto, verificare se l’adozione tanto sperata di strumenti “*plus francs, moins embarrassés de précautions, d’alternatives, de dérogation*”⁹²², grazie all’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, sia diventata realtà nella direttiva contro l’abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori.

Per rispondere a queste domande, innanzitutto, bisogna premettere che la direttiva in esame si pone in termini di complementarità rispetto a quella concernente la repressione della tratta di esseri umani, attesi gli evidenti profili di possibile collegamento tra le due forme di criminalità poste a danno di soggetti minori di età⁹²³.

La direttiva in commento, come quella sulla tratta, si occupa principalmente di tre questioni: l’azione penale contro gli autori dei reati, la protezione delle vittime e la prevenzione.

Per quanto riguarda la prima tematica, se si opera un paragone tra la nuova direttiva e la precedente Decisione quadro che è andata a sostituire si nota, innanzitutto, che l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha inciso sul ravvicinamento delle incriminazioni e delle sanzioni penali e inoltre, per la prima volta, il legislatore europeo ha fornito una definizione di “pornografia minorile”⁹²⁴ e di “spettacolo pornografico”⁹²⁵.

Si osserva subito, infatti, che, mentre la precedente Decisione quadro del 2003 stabiliva unicamente due categorie d’illeciti, ovvero le infrazioni legate allo sfruttamento sessuale dei minori e le infrazioni legate alla pedopornografia, la nuova direttiva è più precisa e prevede ben quattro categorie distinte di illeciti.

La prima riguarda “i reati di abuso sessuale” (art. 3), comprensivi di ipotesi criminose eterogenee quali la corruzione di minorenni, atti sessuali con minore e violenza sessuale.

⁹²⁰ Corte di Giustizia, sentenza del 22 maggio 2012, causa C- 348/09.

⁹²¹ “*Harmonisation de façade*” et “*en trompe-l’oeil*”, espressioni utilizzate da D. FLORE (D. FLORE, *Une justice pénale européenne après Amsterdam*, JTDE, Juin 1999, p. 122-123 e D. FLORE, *Droit pénal européen: les enjeux d’une justice pénale européenne*, Larcier, 2009, p. 264-265) secondo il quale: “*L’expression vise la situation où l’instrument donne l’impression qu’une harmonisation effective est opérée, alors que le texte permet aux Etats, ou à certains d’entre eux de se soustraire, par une porte dérobée, à l’obligation qu’il prévoit*” e ancora “*C’est le cas quand, épuisés par de longues négociations et tenus par la nécessité d’obtenir l’unanimité, les négociateurs se mettent d’accord autour d’un minimum qui convient à toute le monde..*”.

⁹²² D. FLORE, *Droit pénal européen: les enjeux d’une justice pénale européenne*, op. cit., p. 257-8.

⁹²³ B. GIORIS, *L’impegno dell’Unione europea contro l’abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile*, in *Minorigiustizia*, n. 2, 2012, p. 218.

⁹²⁴ Definita come “*l’utilizzo di un minore per atti sessuali, dietro promessa o dazione di somme di denaro o altri vantaggi o utilità in cambio della partecipazione a tali atti, a prescindere che il pagamento, la promessa o i vantaggi siano rivolti al minore o a terzi*” (art. 2, lett. d).

⁹²⁵ Definito come “*l’esibizione dal vivo, diretta a un pubblico, anche a mezzo di tecnologie dell’informazione e della comunicazione di: a) un minore in atteggiamenti sessuali espliciti, reali o simulati, oppure di b) organi sessuali di un minore per scopi prevalentemente sessuali*” (art. 2 lett. e).

In questa categoria possono distinguersi, da un lato, le nuove incriminazioni aggiunte dalla direttiva e riguardanti gli “atti sessuali con i minori”⁹²⁶, senza abuso, né costrizione, compiuti con una persona che non abbia raggiunto la maturità sessuale⁹²⁷; dall’altra parte, le incriminazioni riprese dalla precedente Decisione quadro che riguardano i casi di atti sessuali compiuti con un minore di diciotto anni, abusando di una posizione riconosciuta di fiducia, autorità o influenza sul minore o di una particolare vulnerabilità di quest’ultimo o, ancora, facendo uso di coercizione, forza o minaccia⁹²⁸. In quest’ultimo caso ci sono pene più gravi se il minore non aveva ancora raggiunto l’età del consenso sessuale.

In ogni caso la direttiva adotta un approccio oggettivo, punendo tutte le attività sessuali compiute con dei minori senza fare alcun riferimento al consenso della vittima.

Più nello specifico, è interessante notare che l’art. 3, par. 4, della direttiva richiede di incriminare il fatto di aver commesso atti sessuali con un minore che non abbia ancora raggiunto l’età del consenso sessuale con una pena massima di almeno 5 anni di prigione. Successivamente, l’art. 3, par. 5, ii), impone di punire i reati commessi abusando di una situazione di particolare vulnerabilità del minore, in ragione di un handicap fisico o mentale o di una situazione di dipendenza; in quest’ultimo caso stabilisce pene superiori, ovvero una pena massima di almeno 8 anni di reclusione, se la vittima è un minore che non ha ancora raggiunto l’età del consenso sessuale, se invece il minore l’aveva già raggiunta la pena massima prevista è di 3 anni di reclusione.

Pertanto, rispetto alla vittima minore di età “semplice”, ovvero non particolarmente vulnerabile, che non abbia raggiunto l’età del consenso sessuale, il fatto di compiere il medesimo atto sessuale nei confronti di un minore particolarmente vulnerabile a causa del suo handicap e che non abbia raggiunto l’età del consenso sessuale aggrava la pena massima per l’autore del reato, rappresentando qui la “particolare vulnerabilità” la circostanza aggravante; nel caso, invece, in cui detto minore particolarmente vulnerabile, abbia raggiunto la maturità sessuale, la pena massima prevista per l’autore del reato è inferiore a quella da comminare se il fatto è stato commesso a danno di un minore non particolarmente vulnerabile e che non abbia raggiunto l’età del consenso sessuale. L’età del consenso sessuale, pertanto, in tale ultimo caso, rappresenta la vera aggravante, mentre la particolare vulnerabilità è un elemento costitutivo del reato.

Come è già stato sottolineato più volte, il concetto di "particolare vulnerabilità" non è definito chiaramente a livello UE e il testo della direttiva, come vedremo, sembra confermare questo *trend*.

Nella seconda categoria di illeciti vi sono i “reati da sfruttamento sessuale” (art. 4) che si configurano attraverso il coinvolgimento dei minori in attività di prostituzione o in spettacoli pornografici dal vivo. Anche qui si nota un’evoluzione rispetto alla Decisione quadro che prima incriminava unicamente il fatto di

⁹²⁶ La nozione di “atti sessuali” non è definita dalla direttiva e, pertanto, può includere qualsiasi forma di aggressione sessuale a danni di un minore.

⁹²⁷ I paragrafi 2, 3 e 4 dell’art. 3 della direttiva puniscono infatti chiunque, per scopi sessuali, induce un minore, che non ha raggiunto l’età del consenso sessuale, ad assistere anche senza partecipare ad atti sessuali, chiunque, per scopi sessuali, induce un minore, che non ha raggiunto l’età del consenso sessuale, ad assistere anche senza partecipare ad abusi sessuali e chiunque compie atti sessuali con un minore che non ha raggiunto l’età del consenso sessuale.

Ai sensi dell’art 2, lett. b) della direttiva si definisce “età del consenso sessuale” l’età al di sotto della quale è vietato compiere atti sessuali con un minore ai sensi della normativa nazionale.

⁹²⁸ Art. 3, par. 5, della direttiva in esame.

costringere o di reclutare un minore per queste mansioni; attualmente, invece, la direttiva punisce anche l'atto di indurre, di trarre profitto e di sfruttare a tali fini un minore.

Inoltre, la direttiva impone la punizione anche degli spettatori e dei clienti che assistono consapevolmente a spettacoli pornografici ai quali partecipano minori e chi compie atti sessuali con un minore, ricorrendo alla prostituzione minorile. Questa disposizione, come sopra anticipato, è di particolare importanza per la sinergia con la direttiva contro la tratta di esseri umani.

A seguire troviamo la categoria dei "reati di pornografia minorile" che vanno dalla produzione all'acquisto e al possesso di materiale pedopornografico, passando per le attività di intermediazione, quali l'offerta, la fornitura, la distribuzione, la diffusione e la trasmissione. Al riguardo, la direttiva rimette agli Stati membri la scelta di ritenere punibili anche la produzione ed il possesso ad uso strettamente privato di materiale virtuale, quando questo sia stato realizzato senza alcuna forma di sfruttamento sessuale di soggetti reali e non vi sia alcun rischio di una sua diffusione.

La direttiva, infatti, conferma la scelta di punire anche la c.d. "pedopornografia virtuale"⁹²⁹, definendo come "materiale pornografico"⁹³⁰ non solo l'effettiva raffigurazione di un minore in "atteggiamenti sessuali espliciti, reali o simulati" o dei suoi "organi sessuali", ma anche il materiale che ritrae visivamente una persona che sembra un minore in atteggiamenti sessuali espliciti o le immagini realistiche di un minore in atteggiamenti sessuali espliciti o immagini realistiche degli organi sessuali di un minore, per scopi prevalentemente sessuali (art. 2).

L'Unione europea prende, quindi, posizione in favore di un approccio oggettivo della pedopornografia, punendo "*un tipo specifico di contenuto che non può essere interpretato come l'espressione di un'opinione*"⁹³¹. L'obiettivo è, dunque, quello di lottare contro ogni forma di rappresentazione di minori, anche non reali, che risulti lesiva della loro dignità, impedendo, così, di considerare normale o di banalizzare la rappresentazione sessuale di un minore.

Sempre nell'ambito dei reati di pornografia minorile, l'art. 8, par. 3, della direttiva consente di considerare lecite le condotte di produzione, acquisto o possesso di materiale pedopornografico coinvolgente un minore che abbia raggiunto l'età del consenso sessuale, purché vi sia il consenso di quest'ultimo, l'uso del materiale sia esclusivamente privato e non vi sia stato alcun abuso.

L'art. 8 pertanto, introduce, una discutibile causa di non punibilità legata al raggiungimento dell'età della maturità sessuale da parte del minore coinvolto.

La direttiva, infine, consente agli Stati di adottare sanzioni penali nel caso di "accesso consapevole" a materiale pedopornografico attraverso "tecnologie dell'informazione e della comunicazione", tale dovendosi

⁹²⁹ La direttiva riconferma, cioè, la scelta già espressa in seno alla Decisione quadro 2004/68/GAI (ai sensi dell'Art. 1, lett. b) n. iii della stessa).

⁹³⁰ È di particolare interesse la nozione di "materiale pedopornografico" anche perchè non tutti gli Stati membri, come ad esempio l'Italia, ne prevedono una definizione chiara e dettagliata.

⁹³¹ *Considerando* n. 46 della direttiva che esclude espressamente la possibilità che la pornografia minorile raffigurante immagini di abusi sessuali su minori possa costituire espressione di un'opinione e, quindi, essere sottratta all'incriminazione per l'operare di un'esimente.

considerare la connessione frequente e dunque intenzionale ad un sito del quale sia conosciuto il contenuto illecito⁹³².

Il quarto ed ultimo tipo di illecito previsto dalla direttiva è l'“adescamento di minori per scopi sessuali” (art. 6) che consiste negli approcci via internet posti in essere da un adulto intenzionato a coinvolgere in atti sessuali o nella realizzazione di materiale pornografico un minore che non abbia ancora raggiunto l'età del consenso.

La direttiva prevede espressamente una pena per tale illecito purché i contatti telematici dell'autore siano seguiti da “atti materiali” finalizzati all'effettivo incontro con il minore, mentre non impone nessuna specifica incriminazione, ma incoraggia solamente gli Stati membri ad adottare le misure necessarie per punire la pratica del c.d. “*grooming*” che si verifica quando un adulto tenta di adescare un minore che non abbia raggiunto l'età del consenso per ottenere da quest'ultimo materiale pedopornografico che lo ritragga.

L'art. 9 della direttiva, dedicato alle circostanze aggravanti, indica tra queste ultime, ove non costituisca già un elemento costitutivo di un reato, il fatto che l'infrazione sia stata commessa a danno di minori particolarmente vulnerabili in virtù di una loro disabilità fisica/mentale o a causa della situazione di dipendenza o fiducia nei confronti dell'autore del reato; infine, l'art. 19 della direttiva, che disciplina il diritto all'assistenza e al sostegno delle vittime, afferma che le vittime minorenni dei reati elencati nella presente direttiva (esclusi solamente gli atti sessuali consensuali disciplinati dall'art. 8) sono da considerare vittime “particolarmente vulnerabili” e, pertanto, sembra volersi qui affermare che tutte le vittime minori di età rientrano in questa categoria.

In realtà, è ormai noto che l'utilizzo del concetto di “particolare vulnerabilità” all'interno degli atti normativi UE è utilizzato in maniera confusa e a tratti contraddittoria. In alcuni strumenti giuridici, infatti, sembra che l'UE voglia affermare che tutti i minori sono particolarmente vulnerabili, mentre in altri sembra che solo alcuni minori rientrino in tale categoria.

La “particolare vulnerabilità” rappresenta in questa direttiva sia un elemento costitutivo dell'infrazione che dà luogo a una pena aggravata (se commessa nei confronti di un minore con una disabilità psichica o fisica, in uno stato di dipendenza o in uno stato di incapacità fisica o psichica, rispetto al medesimo reato commesso a danni di un minore “semplicemente vulnerabile”), che una circostanza aggravante in sé.

Se si aggiungono tali osservazioni con quelle compiute nei riguardi della direttiva sulla tratta si comprende quanto questi strumenti siano intrisi di lacune concettuali. Le definizioni, infatti, cambiano da un paragrafo all'altro della stessa direttiva o da uno strumento giuridico all'altro e non hanno mai lo stesso significato, finendo per indebolire la qualità delle disposizioni in sé.

Come è stato chiarito in precedenza, il diritto dell'Unione europea non riconosce uno statuto giuridico chiaro e specifico ai minori che, pertanto, sono spesso inseriti nella categoria generale delle vittime

⁹³² Come chiarito dal *considerando* n. 18.

“particolarmente vulnerabili”⁹³³ o “più vulnerabili”⁹³⁴. Apparentemente tale scelta può apparire razionale in quanto protettiva per i minori, ma, in realtà, può anche creare confusione, dubbi interpretativi e condurre al medesimo trattamento giuridico riservato agli adulti vulnerabili (donne incinta, adulti portatori di handicap) quando, invece, la ragione e le forme della loro protezione devono essere tenute radicalmente distinte.

Per quanto riguarda l'apparato sanzionatorio, nella direttiva in commento sono previste delle “pene minime” e non più delle “soglie” in quanto il precedente sistema della “soglia minima della pena massima”, utilizzato dalla Decisione quadro, è stato abbandonato in analogia alla scelta già effettuata per la direttiva sulla tratta degli esseri umani. Questa scelta testimonia la volontà del legislatore europeo di andare più lontano nel processo di armonizzazione delle pene, risultando queste ultime più severe grazie anche all'assenza di clausole di salvaguardia della coerenza del regime nazionale punitivo degli Stati membri.

Come sanzione accessoria, la direttiva prevede che alla condanna per i delitti di abuso e sfruttamento sessuale, pornografia minorile e adescamento di minori per scopi sessuali consegua l'interdizione, temporanea o permanente, dall'esercizio di attività professionali che comportino contatti diretti e regolari con dei minori. Divieto che sostanzialmente riguarda qualunque incarico nelle scuole di ogni ordine grado, nonché in ogni ufficio o servizio, in istituzioni o strutture pubbliche o private, frequentate prevalentemente da minori⁹³⁵. Inoltre, un altro obbligo che la direttiva impone chiaramente agli Stati membri e che non era presente nella precedente Decisione quadro è quello di consentire ai datori di lavoro, che necessitino di assumere una persona per attività professionali o volontarie che comportino contatti diretti e regolari con minori, il diritto di chiedere informazioni sull'esistenza di condanne penali per i reati sopra citati e/o di misure interdittive dall'esercizio di attività a contatto con i minori.

Nonostante la direttiva in esame sia da segnalare positivamente per aver previsto sanzioni più precise e numerose per gli autori di reati legati allo sfruttamento sessuale dei minori, la c.d. "armonizzazione di facciata" purtroppo persiste anche in questo strumento.

Una delle ragioni che vanifica i traguardi raggiunti nelle incriminazioni penali è quella di aver mantenuto il rinvio al diritto nazionale per quanto concerne la definizione chiave del concetto di “età del consenso sessuale” o “di età della maturità sessuale”.

La mancanza di una nozione comune a livello UE comporta che tutte le incriminazioni in cui il fatto che la vittima non abbia ancora raggiunto la maturità sessuale costituisce un elemento costitutivo del reato finiscono per variare considerevolmente da uno Stato membro all'altro.

Altra ragione che limita il raggiungimento di un'effettiva armonizzazione è la presenza nella direttiva in esame di molte deroghe consentite agli Stati membri che possono così decidere di escludere l'incriminazione di certi tipi di comportamenti⁹³⁶. Non solo le vecchie deroghe previste dalla Decisione quadro

⁹³³ Come è stato già osservato, l'espressione “vittime particolarmente vulnerabili” si trova anche nella direttiva 2011/99/UE sull'ordine di protezione europeo (considerando n. 15)

⁹³⁴ Concetto che ritroviamo nel considerando n. 8 della direttiva sulla tratta.

⁹³⁵ Art. 10 della direttiva in commento.

⁹³⁶ Come osserva D. FLORES (in *Droit pénal européen: les enjeux d'une justice pénale européenne*, op. cit., p. 264) “*Les instruments ont pour objet de fixer des règles minimales. Les dérogations permettent de descendre en dessous de ce minimum*”.

sono state mantenute⁹³⁷, ma anche le nuove incriminazioni, introdotte dalla direttiva, hanno dato vita a nuove possibilità per gli Stati membri di applicare in maniera discrezionale certe disposizioni⁹³⁸.

Sembra, pertanto, che il Trattato di Lisbona non abbia impedito la proliferazione di clausole di salvaguardia per gli Stati membri, le quali sono ancora preferite ai meccanismi messi in pratica dal TFUE proprio al fine di tranquillizzare gli Stati quando si tratta di adottare strumenti normativi in materia penale. Ci si riferisce, in particolare, al controllo dei parlamenti nazionali sul rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità e alla procedura del c.d. “freno di emergenza”.

Per quanto riguarda il secondo filone della direttiva, ovvero quello della protezione delle vittime, l'art. 19 ricalca sostanzialmente l'art. 11 della direttiva contro la tratta, imponendo agli Stati membri di garantire assistenza, sostegno e protezione ai minori coinvolti in episodi di sfruttamento sessuale sia prima che durante e anche dopo (per un congruo periodo) la fine del procedimento penale; lo stesso inizio del processo e il suo proseguimento deve essere sorretto da particolari garanzie a tutela della particolare condizione delle vittime minori di età, come richiesto anche dalla direttiva contro la tratta⁹³⁹.

Come in quest'ultimo strumento, inoltre, anche in questa direttiva l'assistenza ai minori viene fornita allo scopo che gli stessi possano esercitare i diritti sanciti dalla Decisione quadro 2001/220/GAI (ora sostituita dalla direttiva 2012/29/UE) prima ancora di quelli stabiliti dalla presente direttiva, confermando una prevalenza per la protezione delle vittime in sede processuale⁹⁴⁰.

Anche questa direttiva, inoltre, richiede, ove opportuno, di tenere in considerazione la famiglia del minore che potrà beneficiare di sostegno e protezione se risiede in uno Stato membro. Nonostante la famiglia del minore sia di regola da tutelare, gli Stati membri sono tenuti a garantire particolare protezione ai minori che segnalano casi di abusi familiari.

Centrale anche in questo strumento è la valutazione individuale della vittima minore di età, obbligatoria prima di adottare ogni tipo di misura di protezione, e la necessità di poter contare su degli operatori adeguatamente formati per cercare di evitare ai fanciulli che abbiano subito abusi una seconda vittimizzazione⁹⁴¹; tale ultimo fenomeno si cerca di arginare anche grazie alla previsione di specifiche tutele

⁹³⁷ Il riferimento alle vecchie deroghe riguarda le disposizioni contenute negli articoli 5 (par. 7 e 8) e 8 (par. 3).

⁹³⁸ Il riferimento alle nuove deroghe riguarda le previsioni contenute negli articoli 8, par. 1 e 2 (ma nessuna deroga è prevista per il cliente che compie atti sessuali con un minore, ricorrendo alla prostituzione minorile).

⁹³⁹ I minori di frequente incontrano enormi difficoltà nel denunciare gli abusi subiti durante l'infanzia o l'adolescenza, di qui la raccomandazione agli Stati membri di adottare le misure necessarie per configurare i reati in esame come procedibili d'ufficio, consentendo, altresì, che gli stessi possano essere perseguiti per un congruo periodo di tempo dopo che la vittima ha raggiunto la maggiore età. La direttiva indica chiaramente agli Stati che la congruità del termine di prescrizione va parametrata alla gravità del reato. Un'altra misura protettiva predisposta dal legislatore UE a tutela dei minori vittime di tali reati riguarda l'aver imposto agli Stati il dovere di far continuare il processo penale anche se la vittima ritratta le proprie dichiarazioni.

⁹⁴⁰ Come la direttiva contro la tratta, anche questo strumento prevede che ogni forma di protezione debba essere garantita indipendentemente dalla volontà dei minori di cooperare nel quadro delle indagini, dell'azione penale o del processo e l'assistenza va fornita non appena le autorità competenti abbiano ragionevoli motivi di ritenere che un minore sia stato vittima di uno dei reati sopra elencati. Se l'età della vittima risulta incerta, ma vi è motivo di ritenere che si tratti di un minore, bisogna garantire l'accesso all'assistenza, al sostegno e alla protezione.

⁹⁴¹ Tra i funzionari che per lavoro hanno maggiormente la possibilità di entrare in contatto con minori vittime di abuso o sfruttamento sessuale vi è la polizia che deve essere in grado di individuare le vittime, anche potenziali, e di occuparsi di loro. A tal fine la direttiva impone agli Stati membri di assicurarsi che le persone e le unità incaricate di fare le indagini per tali tipi di reati dispongano di efficaci strumenti investigativi come quelli usati per combattere la criminalità organizzata, riprendendo anche in questo caso una disposizione della direttiva contro la tratta.

da adottare in sede processuale che sono identiche a quelle previste nella direttiva contro la tratta e in quella sui diritti delle vittime nel procedimento penale, a conferma che si tratti ormai di *standard* minimi UE consolidati (anche se spesso difficilmente realizzabili negli Stati membri)⁹⁴².

Si notano, invece, due differenze rispetto alla direttiva sulla tratta.

La prima riguarda l'art. 14 della direttiva che richiede agli Stati membri di adottare le misure necessarie per non perseguire, né sanzionare penalmente i minori vittime di abusi e sfruttamento sessuale che sono stati costretti a compiere attività criminali come conseguenza diretta degli abusi subiti. A differenza della corrispondente disposizione contenuta nell'art. 8 della direttiva contro la tratta, tuttavia, qui gli Stati membri sono invitati a non esercitare l'azione penale e a non sanzionare i minori solo se sono stati indotti o costretti a diventare vittime di alcuni specifici reati, come la produzione di materiale pedopornografico, la partecipazione a spettacoli pornografici e la prostituzione minorile. L'art. 8 della direttiva contro la tratta, invece, sotto questo aspetto cerca di tutelare tutte le persone che sono state vittime di qualsiasi forma di tratta ai sensi dell'art. 2. Non si capisce, pertanto, la *ratio* della direttiva contro gli abusi sessuali sui minori e lo sfruttamento minorile di specificare che la protezione offerta ai fanciulli dall'art. 14 dipende dal tipo di reato di cui sono stati vittime.

La seconda differenza riguarda l'art. 16 della direttiva in commento che aggiunge una novità positiva rispetto a quanto previsto nella direttiva sulla tratta visto che prevede che gli Stati membri dovranno adattare le proprie normative sulla privacy per evitare che le regole di riservatezza rappresentino un ostacolo per le segnalazioni di sospetti abusi/sfruttamenti sessuali di minori che devono invece essere incoraggiate.

In relazione al terzo e ultimo filone affrontato dalla direttiva in commento ovvero quello della prevenzione, sono molteplici i profili di intervento evidenziati in quanto si spazia dall'attivazione di campagne di informazione, formazione e sensibilizzazione al finanziamento di programmi di ricerca, dall'adozione di misure contro la diffusione di materiale che pubblicizza la possibilità di commettere reati sessuali a danno dei minori a misure che consentano la tempestiva rimozione o il blocco dell'accesso a siti web che contengono o diffondono materiale pedopornografico; si prevede, altresì, l'attivazione di efficaci programmi e misure di intervento a cui sottoporre, su base volontaria, non soltanto i condannati *sex offenders* o chi sia soggetto ad un procedimento penale per reati di natura sessuale in danno di minori (fatti salvi i diritti della difesa e la presunzione di innocenza), ma addirittura "chiunque abbia il timore di poter commettere" tali illeciti. In tal

⁹⁴² L'art. 20, infatti, stabilisce il diritto delle vittime minori di età di avere un legale rappresentante, qualora i titolari della responsabilità genitoriale non possano ricoprire tale ruolo, e quello di ricevere consulenza e assistenza legale gratuite (anche al fine di chiedere un risarcimento) se il minore non dispone di risorse economiche sufficienti. Sempre l'art. 20 fornisce poi precise indicazioni in ordine alle modalità di audizione dei minori vittime di reato e anche per la celebrazione delle udienze, allo scopo di rendere meno traumatico possibile l'impatto dei fanciulli con il processo penale. Innanzitutto, la vittima minore deve essere sentita senza ritardo dopo la segnalazione dei fatti di reato all'autorità giudiziaria, possibilmente sempre dagli stessi operatori appositamente formati a relazionarsi con vittime minorenni di abuso o sfruttamento sessuale. L'audizione deve svolgersi, ove necessario, in locali appositi o adattati allo scopo e va ripetuta solo se necessario ai fini delle indagini o del procedimento penale. Il minore deve essere accompagnato dal suo rappresentante legale o da un adulto a sua scelta se non vi sono motivazioni contrarie alla presenza di quest'ultima persona. La direttiva chiede anche agli Stati di adottare le misure necessarie per videoregistrare le audizioni del minore vittima di reato, utilizzandole poi come prove conformemente al diritto nazionale. Per quanto riguarda la celebrazione delle udienze anche qui vengono fissati degli *standard* ovvero le normative nazionali devono consentire che l'udienza si possa svolgere a porte chiuse e che la vittima minore di età possa partecipare a distanza attraverso l'utilizzo di appropriate tecnologie di comunicazione. Viene anche imposto agli Stati l'onere di proteggere "la vita privata, l'identità e l'immagine" dei minori offesi da tali reati, impedendo la diffusione pubblica della loro identità.

modo la direttiva punta a prevenire o a ridurre al minimo il rischio di recidiva ed è interessante notare che agli Stati è richiesto di adattare i programmi e le misure di intervento predisposte per gli adulti alle specifiche esigenze di sviluppo dei minori che si siano resi autori di reati sessuali⁹⁴³.

Non poteva mancare poi un riferimento al c.d. “turismo sessuale” e al riguardo il considerando n. 33 propone l’elaborazione ed il rafforzamento di meccanismi di autoregolamentazione nel settore del turismo, nonché l’istituzione “di un codice etico” o di “marchi di qualità” per le organizzazioni turistiche che combattono tali forme di criminalità e l’art. 21 richiede agli Stati membri di adottare le misure appropriate per prevenire o vietare l’organizzazione di viaggi finalizzati a commettere tali reati.

Rimessa alla discrezionalità dei singoli Stati, in virtù della delicatezza degli interessi in gioco, è infine la proposta di istituire registri con i nomi degli autori di reati sessuali, l’accesso ai quali dovrebbe essere in ogni caso rigorosamente assoggettato ai principi costituzionali nazionali ed alle vigenti normative in materia di privacy.

Recentemente, ovvero il 16 dicembre 2016, la Commissione europea ha fatto il punto sullo stato di attuazione della direttiva⁹⁴⁴.

Com’era prevedibile già prima dell’adozione della direttiva, dal rapporto risulta, innanzitutto, un alto tasso di variabilità negli Stati membri circa l’età del consenso sessuale che condiziona l’operatività di diverse disposizioni.

Inoltre, appare non adeguato il recepimento dell’articolo 19 e quindi è emerso che le vittime non ricevono quasi mai assistenza e sostegno prima, durante e per un congruo periodo di tempo dopo la conclusione del procedimento penale.

Non positiva risulta anche l’attuazione dell’articolo 10 sulle misure interdittive e quindi chi è stato condannato per uno dei reati elencati nella direttiva rimane sostanzialmente libero, nella maggior parte degli Stati membri, di continuare a svolgere attività professionali a contatto diretto con dei minori.

Infine, aspetto ancora più allarmante, viene segnalato negativamente anche il recepimento dell’articolo 23 sulla formazione del personale che rappresenta la condizione primaria ed essenziale affinché la direttiva venga effettivamente resa operativa a livello nazionale.

Nonostante il quadro descritto, che assomiglia molto alla relazione sullo stato di attuazione della direttiva contro la tratta, la Commissione ha ritenuto di non dover proporre alcuna modifica della direttiva, ma ha solamente affermato che manterrà il monitoraggio sulla sua attuazione, supportando gli Stati membri nel raggiungere l’obiettivo di assicurare un soddisfacente livello di recepimento di tale strumento e solo ove necessario procederà attraverso dei ricorsi per infrazione⁹⁴⁵.

⁹⁴³ È importante sottolineare che per quanto riguarda gli atti sessuali, gli spettacoli pornografici e il possesso o l’acquisto di materiale pornografico che avvengono consensualmente tra minori che abbiano raggiunto l’età del consenso sessuale, l’Unione europea lascia gli Stati membri liberi di considerarli o meno reati.

⁹⁴⁴ Brussels, 19 December 2016, *REPORT FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL assessing the extent to which the Member States have taken the necessary measures in order to comply with Directive 2011/93/EU of 13 December 2011 on combating the sexual abuse and sexual exploitation of children and child pornography*, COM (2016)871.

⁹⁴⁵ Va evidenziato che l’attuazione dell’articolo 25 sulle misure contro i siti web che hanno materiale pedopornografico è oggetto di un rapporto *ad hoc* (COM-2016-872).

Considerato che gli Stati membri hanno avuto due anni di tempo per recepire la direttiva (scaduti il 18 dicembre 2013) e che al 19 dicembre 2016, ovvero tre anni dopo, le misure predisposte per realizzare lo scopo principale della direttiva, ovvero la protezione delle vittime minori di età che hanno subito abusi e/o sono state sfruttate sessualmente, risultano tra quelle in cui l'adeguamento degli ordinamenti nazionali appare più carente, viene lecito domandarsi quand'è che la Commissione riterrà necessario intervenire con una procedura di infrazione.

1.4 Il confronto tra giurisprudenze:

1.4.1 *La giurisprudenza della Corte di giustizia*

La Corte di Giustizia, in materia di tutela della vittima minorenni in ambito penale, ha emesso sinora due uniche sentenze, oltre alla già analizzata sentenza *Pupino* del 2005, che verranno ora analizzate.

La prima pronuncia, del 2012, riguarda il caso *P. I. c. Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid*⁹⁴⁶ ed è rilevante in quanto la Corte ha stabilito che la violenza sessuale a danni di un minore può giustificare l'allontanamento dell'autore del reato anche se cittadino dell'Unione e residente da più di dieci anni nello Stato membro ospitante.

Il Sig. P. I., cittadino italiano, viveva in Germania dal 1987 senza essersi particolarmente integrato⁹⁴⁷ e nel maggio del 2006 venne condannato a sette anni e sei mesi di carcere per abuso sessuale, atti di violenza sessuale e stupro a danni della figlia della compagna che all'epoca aveva 8 anni. L'uomo, tra il 1992 e il 2001, aveva costretto la minore, con cadenza all'incirca settimanale, ad intrattenere rapporti sessuali con lui ricorrendo alla forza e alla minaccia di uccidere la madre o il fratello. Nel 2008, l'Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid, decretò la perdita del diritto d'ingresso e di soggiorno del Sig. P. I. nel territorio tedesco e l'esecuzione immediata di tale provvedimento. Secondo il tribunale tedesco, infatti, l'uomo, oltre a non essere particolarmente integrato nella società tedesca, aveva inflitto alla sua vittima una "sofferenza infinita", sottoponendola ad abusi per lunghi anni; inoltre, non si poteva escludere che il Sig. P. I. avrebbe reiterato tale reato a causa del periodo prolungato durante il quale aveva abusato della bambina, nonché del fatto che l'uomo non aveva mai mostrato alcun senso di colpa. Il Sig. P. I. propose allora ricorso contro la decisione di allontanamento, il quale fu respinto perché i fatti che avevano giustificato la condanna denotavano una condotta personale che faceva temere una minaccia attuale, reale e sufficientemente grave per un interesse fondamentale della società, vale a dire la tutela delle bambine e delle donne in generale da violenze sessuali e

⁹⁴⁶ Corte di Giustizia, sentenza del 22 maggio 2012, causa C-348/09.

⁹⁴⁷ L'uomo, infatti, era celibe e senza figli, non aveva mai portato a termine alcun corso di studi né una formazione professionale in Germania e aveva lavorato nel Paese ospitante solo in modo saltuario.

stupri. Il Sig. P. I. propose nuovamente appello e il giudice decise di sospendere il procedimento per chiedere alla Corte di Giustizia se nella nozione di “motivi imperativi di pubblica sicurezza”, di cui all’articolo 28, paragrafo 3, della direttiva 2004/38, potessero rientrare anche le motivazioni di cui sopra.

La Corte, dopo aver premesso che i motivi di pubblica sicurezza sono definiti dagli Stati membri, i quali sono liberi di determinarli conformemente alle loro necessità nazionali, ha ricordato che, tuttavia, le regole di ordine pubblico e di pubblica sicurezza, qualora autorizzino una deroga al principio fondamentale della libera circolazione delle persone, devono essere intese in senso restrittivo.

La Corte di Giustizia ha poi puntato l’attenzione sul fatto che il reato di sfruttamento e abuso sessuale su minori appartiene alle sfere di criminalità particolarmente gravi che presentano una dimensione transnazionale e che è già stato oggetto dell’intervento del legislatore dell’Unione tramite l’adozione della direttiva 2011/93.

Successivamente la Corte ha affermato che gli Stati membri hanno la facoltà di considerare i reati come quelli indicati dall’articolo 83, secondo comma, TFUE, come delle minacce particolarmente gravi agli interessi fondamentali della loro società, nonché alla tranquillità e alla sicurezza fisica della popolazione; pertanto, secondo la Corte di Giustizia tali illeciti possono rientrare nella nozione di “motivi imperativi di pubblica sicurezza” e quindi giustificare un provvedimento di allontanamento in forza dell’articolo 28, paragrafo 3, della direttiva 2004/38⁹⁴⁸.

Tale pronuncia è, quindi, da segnalare positivamente in quanto la Corte ha tutelato in maniera molto ampia il diritto alla protezione dei minori e, pur non citando direttamente l’art. 24 della Carta dei diritti fondamentali, ha richiamato in generale i diritti sanciti nella Convenzione sui diritti del fanciullo e nella stessa Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea.

Peraltro, l’unico altro episodio in cui la Corte di Giustizia ha deciso di limitare una delle quattro libertà fondamentali dell’Unione per tutelare la sicurezza dei minori risale al 2008 ovvero al citato caso *Dynamic Medien*, nel quale la Corte ha limitato la libera circolazione delle merci.

Inoltre, la pronuncia nel caso *P. I. c. Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid* è interessante anche perché il reato commesso a danno di un unico minore ha comportato una misura di protezione preventiva a favore di tutti i fanciulli residenti sul territorio tedesco.

La seconda e ultima sentenza della Corte di Giustizia da analizzare in materia di tutela delle vittime minori di età riguarda il caso *X c. Y*, deciso nel 2011⁹⁴⁹.

La vicenda partiva dalla denuncia della Sig.ra Z che aveva accusato il Sig. X di aver commesso reiteratamente, nel corso del 2007, atti sessuali nei confronti della loro figlia Y che all’epoca aveva cinque anni.

⁹⁴⁸ L’importante, secondo la Corte, è che il giudice nazionale valuti le modalità con le quali tali reati sono stati commessi, la loro gravità, che l’autore presenti una tendenza a ripetere in futuro tale comportamento e, infine, il giudice competente deve valutare l’integrazione sociale e culturale dell’autore nello Stato membro ospitante e l’importanza dei suoi legami con il Paese d’origine.

⁹⁴⁹ Corte di Giustizia, sentenza del 21 dicembre 2011, causa C-507/10.

Tale denuncia aveva determinato l'avvio di indagini preliminari in Italia, nel corso delle quali la minore era stata sentita più volte da diversi esperti in psicologia e pediatria. Al termine delle indagini il pubblico ministero aveva chiesto l'archiviazione della causa, ritenendo la denuncia infondata.

Poiché la minore si era opposta a tale richiesta, il giudice per le indagini preliminari, conformemente alle norme processuali applicabili in Italia, aveva fissato un'udienza in camera di consiglio per consentire alle parti di esprimersi sul fondamento di tale richiesta e per sollecitare ulteriori indagini o il rinvio a giudizio dell'imputato.

Nel corso di tale udienza la minore aveva chiesto al pubblico ministero che si procedesse alla sua audizione come testimone tramite l'istituto dell'incidente probatorio⁹⁵⁰. Il giudice per le indagini preliminari, con il consenso del pubblico ministero, aveva quindi ordinato l'audizione della minore secondo tale modalità protetta.

Durante l'incidente probatorio la minore aveva confermato di essere stata oggetto di atti a connotazione sessuale compiuti dal padre.

Nel luglio del 2010, tuttavia, la Suprema Corte di Cassazione ha annullato la decisione del G.I.P. di ricorrere all'incidente probatorio e il pubblico ministero ha chiesto nuovamente l'archiviazione della causa alla quale la vittima si è opposta, rinnovando la richiesta di essere sentita tramite incidente probatorio.

A questo punto il G.I.P., mancando il parere favorevole del P.M. in merito al ricorso all'incidente probatorio, si è interrogato sulla compatibilità del regime processuale applicabile alle vittime minorenni in Italia con le disposizioni della Decisione quadro 2001/220/GAI relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale.

In particolare, il G.I.P. ha chiesto alla Corte di Giustizia se gli artt. 2, 3 e 8, n. 4, della Decisione quadro in parola andavano interpretati nel senso che proibivano disposizioni nazionali come quelle italiane che non obbligano il pubblico ministero a dar seguito alla domanda della vittima di procedere all'incidente probatorio e non consentono a quest'ultima di ricorrere dinanzi a un giudice in caso di rifiuto del pubblico ministero di accogliere detta domanda.

La Corte di Giustizia, investita della questione, si è focalizzata, innanzitutto, sulla nozione di "vulnerabilità" che, come sopra anticipato, non è definita chiaramente nella Decisione quadro sulla posizione della vittima. A parere della Corte, un minore che, come nel caso di specie, sostenga di essere stato vittima, ripetutamente, di atti di natura sessuale commessi dal padre, può manifestamente essere qualificato come "vulnerabile", tenuto conto, in particolare, della sua età, nonché della natura, della gravità e delle conseguenze delle infrazioni di cui afferma di essere stato vittima e, pertanto, ha diritto di beneficiare della tutela specifica prevista dalle disposizioni della Decisione quadro⁹⁵¹.

⁹⁵⁰ Ai sensi dell'art. 392, comma 1 bis, 394 e 398, comma 5 bis, c.p.p. A differenza di quanto avveniva nella causa che ha dato luogo alla citata sentenza *Pupino*, il reato oggetto di tale causa rientrava tra quelli per i quali il ricorso a detta procedura era, in linea di principio, possibile nell'ordinamento italiano. Per un confronto con la sentenza *Pupino* si veda N. PASCUCI, *Some remarks on child victims at european level*, in *Cassazione penale*, 2013, n. 11, pp. 428-432.

⁹⁵¹ Si veda, in tal senso, anche la sentenza *Pupino*, pag. I-5285, punto 53.

In secondo luogo, la Corte di Giustizia, rilevando che nessuna delle tre disposizioni della Decisione quadro menzionate dal giudice del rinvio prevedeva modalità specifiche di attuazione degli obiettivi dalla stessa perseguiti⁹⁵² e che l'art. 34 UE conferiva agli organi nazionali la competenza in merito alla forma e ai mezzi necessari per conseguire il risultato voluto dalle Decisioni quadro, ha ammesso che le autorità nazionali godevano di un ampio potere discrezionale al riguardo.

Secondo la Corte, infatti, benché gli Stati membri, in virtù della Decisione quadro, fossero tenuti ad adottare provvedimenti specifici a favore delle vittime particolarmente vulnerabili, da ciò non derivava necessariamente il diritto di queste ultime di beneficiare di un regime come quello dell'incidente probatorio nel corso della fase istruttoria.

Se pertanto l'ordinamento italiano prevede che il pubblico ministero possa decidere di non accogliere la domanda in tal senso rivoltagli direttamente da una vittima particolarmente vulnerabile questo non travalicava, secondo la Corte, il margine di discrezionalità di cui disponevano gli Stati membri nell'attuazione della Decisione quadro sulla posizione della vittima nel procedimento penale.

La Corte di Giustizia, inoltre, ci tenne a precisare che tale ultimo strumento non imponeva agli Stati membri l'obbligo di garantire alle vittime un trattamento equivalente a quello delle altre parti del procedimento, ma tutelava i principi fondamentali del sistema giuridico penale degli Stati membri e nel caso di quello italiano, inoltre, la tutela della vittima minorenni era sufficientemente garantita in sede dibattimentale⁹⁵³.

Il fatto, poi, che il rigetto del pubblico ministero, circa l'utilizzo dell'incidente probatorio, non potesse essere impugnato davanti a un giudice faceva sempre parte, secondo la Corte di Giustizia, delle caratteristiche del sistema penale italiano in cui la formulazione dell'accusa è, in linea di principio, riservata al P.M.

Inoltre, la Corte ha sottolineato che né le disposizioni della Decisione quadro, né l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e neanche l'art. 6 della CEDU⁹⁵⁴, garantiscono alla vittima di un reato il diritto di provocare l'esercizio di azioni penali contro un terzo al fine di ottenerne la condanna.

La valorizzazione della vittima sotto il profilo della partecipazione non arriva dunque sino al punto di attribuire alla stessa un vero e proprio potere di impulso o a farne una parte assimilata all'imputato e

⁹⁵² Tali obiettivi consistono, in particolare, nel garantire a tutte le vittime un trattamento “debitamente rispettoso della loro dignità personale”, la possibilità di “essere sentit[e]” nel corso del procedimento, di “fornire elementi di prova”, di essere interrogate “soltanto per quanto è necessario al procedimento penale”, nonché nel garantire alle “vittime particolarmente vulnerabili” un “trattamento specifico che risponda in modo ottimale alla loro situazione” e, se del caso, una tutela “dalle conseguenze della loro deposizione in udienza pubblica”, potendo in tali casi beneficiare, “in base a una decisione del giudice”, della facoltà “di rendere testimonianza in condizioni che consentano di conseguire tale obiettivo e che siano compatibili con i principi fondamentali del proprio ordinamento”.

⁹⁵³ Nel sistema giuridico italiano il Giudice per le indagini preliminari può obbligare il Pubblico Ministero a formulare i capi d'accusa, nonostante la volontà di quest'ultimo di archiviare il procedimento e, in tal caso, il pubblico ministero può sempre sottoporre, eventualmente, anche al giudice che deve decidere sulla prosecuzione del procedimento, la domanda di ricorso ad una procedura come quella dell'incidente probatorio. Nell'ambito della fase del dibattimento dinanzi al giudice competente, poi, in caso di rinvio a giudizio della persona indagata, la tutela della vittima è garantita da diverse disposizioni del Codice di procedura italiano che prevedono, in particolare, la possibilità di procedere a porte chiuse.

⁹⁵⁴ La Corte di Giustizia rinviò, in particolare, alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 29 marzo 2001, *Asociación de Víctimas del Terrorismo c. Spagna*.

all'accusa pubblica e nemmeno le è consentito il diritto di impugnare decisioni che incideranno sulle modalità della sua stessa escussione come testimone.

In conclusione, la Corte ha ritenuto le norme processuali italiane perfettamente conformi agli obiettivi e ai principi contenuti nella Decisione quadro sulla posizione della vittima in quanto rispettose dei principi fondamentali e dell'equità del procedimento.

Questa deludente pronuncia lascia anche piuttosto perplessi, in quanto la Corte di Giustizia, senza scavalcare i principi del sistema penale italiano, avrebbe potuto, quantomeno, imporre al pubblico ministero di valutare le richieste delle vittime minorenni alla luce del principio del superiore interesse del minore, dovere che discende direttamente dall'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che non è stato nemmeno citato.

In questo caso la minore era particolarmente vulnerabile (avendo subito abusi da parte di un familiare), era già stata sentita più volte da degli esperti e chiedeva unicamente di essere ascoltata per l'ultima volta tramite modalità protette al di fuori del dibattimento.

Sembra, quindi, che la Corte di Giustizia si sia dimenticata del ruolo di promotrice dei diritti dei minori che essa stessa si è attribuita, ignorando, altresì, che le argomentazioni di una sua sentenza, pur esulando dalla sua competenza, possono finire per cambiare le regole processuali penali vigenti in uno Stato membro, come era successo in seguito al contestato caso *Pupino* in cui il legislatore italiano aveva poi apportato delle modifiche nel codice di procedura penale maggiormente tutelanti per i minori⁹⁵⁵.

In questa pronuncia si sarebbe, quindi, trattato solamente di indirizzare le scelte del pubblico ministero verso una maggiore sensibilità ed attenzione nei confronti delle richieste della vittima, obbligando il P.M. a motivare il suo diniego alla luce dell'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Ritenere sufficiente che uno Stato membro preveda dei meccanismi specifici a protezione delle vittime di reato minori di età che non possono, tuttavia, essere utilizzati da un giudice in caso di diniego del P.M. (che non è nemmeno contestabile), non appare in linea con i principi posti a tutela dei minori vittime di reato a livello internazionale e poi confluiti nell'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali.

Su tale punto si era soffermato, invero, l'Avvocato Generale Pedro Cruz Villalón, il quale, pur con una motivazione non condivisibile, aveva ritenuto non violato l'art. 24 della Carta nel caso di specie.

Secondo Villalón, infatti, la Corte di Giustizia, già nel caso *Pupino*, aveva affermato che la realizzazione degli obiettivi perseguiti dalla Decisione quadro sulla posizione della vittima richiedeva che un

⁹⁵⁵ L'art. 5 comma 1, lett. g) della legge n. 172 del 2012 ha, infatti, riscritto l'art. 392 comma 1- *bis* c.p.p., aggiungendo ulteriori fattispecie all'elenco dei delitti nei cui procedimenti si può inoltrare richiesta di incidente probatorio per l'assunzione della testimonianza di un minorenne, indipendentemente dalla sussistenza di una situazione di non rinviabilità della prova. Il d.l. del 23 febbraio 2009 n. 11 aveva già esteso a tutti i minori la facoltà di rendere dichiarazioni in sede incidentale, prima riservata al solo minore infrasedicenne, nell'intento di accentuare la tutela del dichiarante, vittima o comunque testimone di reati di natura sessuale. Inoltre, da un punto di vista oggettivo, la riforma del 2009, oltre a mantenere tutte le condotte riconducibili alla sfera sessuale, aveva inserito nel novero dei reati di cui all'art. 392 comma 1-*bis* c.p.p. i delitti di maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli (ora modificato dalla legge del 2012 in maltrattamenti contro familiari e conviventi) e di atti persecutori: un intervento legislativo che era stato auspicato da più parti e che aveva colmato una lacuna normativa che non poteva essere riempita dal giudice italiano, neppure dopo la sentenza *Pupino* del 16 giugno 2005 della Corte di Giustizia (sul punto si veda A. M. CAPITTA, *Legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote: le modifiche al Codice di Procedura penale e alla legge sull'ordinamento penitenziario*, in *Diritto penale contemporaneo*, 5 novembre 2012).

giudice nazionale avesse “la possibilità”, per le vittime particolarmente vulnerabili, di utilizzare una procedura speciale, come l’incidente probatorio, diretta all’assunzione anticipata della prova al fine di impedire la perdita degli elementi probatori, ridurre al minimo la ripetizione degli interrogatori e le conseguenze pregiudizievoli derivanti da una loro deposizione in pubblica udienza.

Tuttavia, “l’imposizione” menzionata dalla Corte di Giustizia, secondo l’Avvocato Generale, si riferiva unicamente alla “possibilità” di utilizzare un simile strumento.

Sempre secondo Villalón, dallo stesso art. 24 della Carta dei diritti fondamentali, interpretato alla luce della Convenzione di New York, si deduce solamente che gli Stati membri hanno l’obbligo di tenere in considerazione le necessità delle vittime minorenni quando sono chiamate a comparire dinanzi a un giudice, ma né l’art. 24 né la Convenzione sui diritti del fanciullo impongono agli Stati membri modalità precise di intervento, le quali, pertanto, sono lasciate alla discrezionalità degli Stati membri.

Tutto ciò è condivisibile in linea di principio in quanto il principio del superiore interesse del minore è un principio generale che deve ispirare l’azione quotidiana degli Stati membri quando si trovano ad affrontare casi e a prendere decisioni che coinvolgono dei minori.

Un principio, insomma, che per essere pienamente operativo deve calarsi sulla realtà delle aule giudiziarie degli Stati membri e non sembra che ciò sia avvenuto nella vicenda in commento.

Un conto, infatti, è avere la possibilità di poter utilizzare l’incidente probatorio in quanto la legge lo consente per un certo tipo di reati e di vittime, un altro è poterlo concretamente utilizzare in quanto in Italia se il P.M. si oppone alla richiesta della vittima il GIP non può scavalcare in alcun modo la sua decisione.

Quest’ultima pronuncia solleva diversi dubbi di compatibilità con l’art. 6 della CEDU, soprattutto se si paragona a quanto affermato dalla Corte europea dei diritti dell’uomo nella decisione di irricevibilità (per mancato esaurimento delle vie di ricorso) del caso *Sottani c. Italia* del 24 febbraio 2005.

Secondo la Corte europea, infatti, gli articoli 392 e 394 del codice di procedura penale italiano, che non consentono alla persona offesa di rivolgersi direttamente al GIP al fine di promuovere la procedura dell’incidente probatorio (essendo necessaria la mediazione del PM), possono suscitare seri dubbi sul piano del rispetto del diritto delle vittime all’“uguaglianza delle armi” e del diritto dell’accesso alla giustizia, garantiti dall’art. 6 della CEDU. Secondo la Corte europea, il mero potere di sollecitazione attribuito alla vittima dall’art. 394 c.p.p. finisce per relegare comunque la vittima in una posizione di marginalità operativa.

Se a questo inciso si aggiunge la particolare vulnerabilità della vittima nel caso *X c. Y*, i dubbi in merito all’adeguatezza della normativa italiana rispetto alla CEDU non possono che aumentare.

1.4.2 La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

Appare utile ora, dopo aver analizzato la normativa vigente a livello UE nonché l'esigua giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di tutela delle vittime minorenni in ambito penale, volgere lo sguardo alla ben più copiosa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo su questi temi.

Com'è noto, le due Corti perseguono missioni diverse: la Corte europea dei diritti dell'uomo ha l'obiettivo di garantire uno *standard* minimo di protezione dei diritti fondamentali in tutti i Paesi europei che sia conforme al dettato convenzionale, mentre la Corte di Giustizia ha l'obiettivo di far sì che l'Unione europea diventi un "sistema integrato" in cui lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia sia pienamente operativo⁹⁵⁶.

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, per quanto riguarda la tutela delle vittime minori di età in ambito penale, si muove principalmente su due filoni: il primo riguarda i casi in cui gli Stati non hanno adottato adeguate misure per proteggere i minori vittime di abusi al di fuori di un processo penale e nella fase delle indagini; il secondo concerne la tutela delle vittime minori di età nel/dal processo penale.

Seguendo tale suddivisione verranno, pertanto, analizzate nel prosieguo le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che si ritengono più rilevanti.

1.4.2.1 CEDU: la tutela dei minori vittime di reato al di fuori del processo penale e nella fase delle indagini

Per quanto riguarda il primo filone, ovvero la responsabilità degli Stati nel proteggere i minori vittime di abusi sessuali, la Corte europea dei diritti dell'uomo richiede di porre in essere, innanzitutto, delle misure di protezione *ex ante* (ovvero preventive) per ogni tipo di reato che possa coinvolgere dei fanciulli.

Ad esempio, nel caso *X e Y c. Paesi Bassi*⁹⁵⁷, la Corte europea ha riconosciuto la violazione dell'art. 8 della CEDU in un caso di violenza sessuale subita da una minorenni mentalmente disabile che viveva ospite di una struttura specializzata in Olanda. La denuncia era partita dal padre che aveva raccontato che la figlia a 16 anni era stata forzata ad avere rapporti sessuali dal cognato della direttrice della struttura.

L'episodio aveva causato alla minore gravi disturbi mentali, anche se la bambina non aveva una sufficiente maturità intellettuale per denunciare da sola l'accaduto.

⁹⁵⁶ L'obiettivo della Corte di Giustizia, dunque, è più di ampio raggio, in quanto il raggiungimento dell'integrazione europea non necessita solo di diritti, ma anche, ad esempio, dell'abbattimento di barriere linguistiche e di inefficienze organizzative. Sul punto si veda M. SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale. Una lettura del sistema italiano alla luce del quadro europeo*, op. cit., p. 42.

⁹⁵⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, 26 marzo 1985, *X e Y c. Paesi Bassi*, n. 8778/80.

Il P. M. si era rifiutato di aprire un procedimento penale e anche i giudici cui era stato fatto successivamente appello.

Il problema era che la normativa penale olandese richiedeva la querela di parte per perseguire il reato configurabile nel caso di specie, ovvero atti sessuali con un minore abusando di una posizione dominante, e, inoltre, la querela poteva essere avanzata solo dalla vittima, nemmeno dal suo legale rappresentante. Ciò era aggravato dal fatto che non vi era nessuna norma specifica per le vittime incapaci di avanzare querela a causa del loro ritardo mentale e secondo i giudici olandesi la lacuna non poteva essere colmata a svantaggio della persona accusata dell'illecito.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che la legge olandese violava l'art. 8 della CEDU in quanto i genitori dei minori devono essere messi in condizione di promuovere tutte le necessarie procedure giudiziarie per tutelare i loro figli, specie quando sono stati vittime di abusi e le figure genitoriali sono i loro legali rappresentanti.

Inoltre, secondo la Corte, la mancata attivazione del processo penale, nonostante fosse stata sollecitata dal padre della minore, aveva violato il diritto ad una protezione concreta ed effettiva della vita privata della bambina, a dimostrazione del fatto che solo un'efficace legislazione penale può garantire una tutela idonea anche sul piano civilistico.

Molto più recente è il caso *Söderman c. Svezia*⁹⁵⁸ nel quale il patrigno della ricorrente, minorenni all'epoca dei fatti, aveva filmato di nascosto quest'ultima con una videocamera mentre era nuda in bagno.

A seguito della denuncia della minorenni, una volta scoperta la videocamera, era stato aperto un procedimento penale contro il patrigno che si era concluso con l'assoluzione perché il fatto, secondo le leggi svedesi, non costituiva reato visto che le immagini abusivamente captate non erano state diffuse, ma erano servite solo per soddisfare i bisogni intimi dell'imputato e, inoltre, mancava la consapevolezza della minore di essere stata abusata durante le riprese. Di conseguenza i giudici svedesi avevano anche negato il diritto al risarcimento del danno civilistico in favore della minorenni.

Secondo la Corte europea, l'ordinamento svedese, sul duplice versante penalistico e civilistico, non era riuscita ad assicurare un'adeguata tutela in favore della minore, imposta dall'art. 8 della CEDU, finendo per violare gli obblighi positivi di protezione che incombono sugli Stati membri.

Basandosi, poi, sull'art. 3 della CEDU, che proibisce la tortura e i trattamenti inumani o degradanti, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha verificato spesso se gli Stati avevano condotto delle indagini effettive a seguito di denunce di abusi sessuali subiti da minori⁹⁵⁹.

Uno di questi casi riguarda la vicenda *M.C. c. Bulgaria*⁹⁶⁰ nella quale la ricorrente era una minore di 14 anni che aveva riferito di essere stata violentata da due persone dopo una serata. La sua denuncia era rimasta inascoltata per l'assenza di tracce di violenza fisica.

⁹⁵⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande camera, sentenza del 14 novembre 2013, *Söderman c. Svezia*.

⁹⁵⁹ Analizzando la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo appare difficile operare una chiara distinzione tra le obbligazioni a carico degli Stati membri nei riguardi dell'art. 3 e 8 della CEDU in casi di abusi sessuali sui minori. La Corte, infatti, spesso applica lo stesso ragionamento per condannare gli Stati per la violazione di entrambi gli articoli.

⁹⁶⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, *M. C. c. Bulgaria*, 4 dicembre 2003.

Al riguardo la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che le denunce di stupro rientrano nell'art. 3 della CEDU e quindi gli Stati sono sempre tenuti a condurre indagini efficaci, non potendo limitarsi ai casi in cui è evidente che la vittima abbia opposto una ferma resistenza fisica alla violenza in quanto tale prova non è sufficiente per chiarire la realtà dei fatti. La giurisprudenza della Corte su questo punto è ormai consolidata⁹⁶¹.

Con riferimento, invece, alla tratta di esseri umani, la Corte europea dei diritti dell'uomo annovera due importanti decisioni: la prima (caso *Siliadin c. Francia* del 2005) vedeva coinvolta una minore ed era rivolta al profilo dell'inadeguatezza della normativa penale nazionale in materia di tratta; la seconda, invece, (caso *Rantsev c. Cipro e Russia*) riguardava una ragazza ed era più focalizzata sugli aspetti dell'inadeguatezza delle indagini (soprattutto per quanto riguardava la pronta identificazione delle vittime di tratta) e sulla mancata assistenza delle vittime.

Premesso che la CEDU non contiene nessuna norma specificatamente dedicata alla lotta contro la tratta di esseri umani, il caso *Siliadin c. Francia*⁹⁶² rappresenta il primo in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha emesso una decisione in merito ad una vicenda che trae origine proprio dalla tratta di un minore per scopi di sfruttamento domestico perpetrata attraverso l'inganno.

Il caso riguardava, infatti, una minore tongolese che era andata in Francia assieme ad un conoscente dei genitori (cittadino francese, ma suo connazionale di origini), con la promessa che l'uomo l'avrebbe aiutata a regolarizzarsi in Francia e ad andare a scuola e in cambio la minore avrebbe restituito il denaro che l'uomo aveva anticipato per l'acquisto del suo biglietto aereo lavorando per un periodo a casa sua come domestica. La minore, in realtà, una volta in Francia, era stata costretta a lavorare gratuitamente come domestica in condizioni ben poco dignitose e per più di quattordici ore al giorno, sette giorni a settimana, per oltre quattro anni e le era stato anche confiscato il passaporto.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che la vicenda rappresentasse una violazione dell'articolo 4 della CEDU che proibisce la schiavitù e il lavoro forzato. Secondo la Corte europea, infatti, i termini "schiavitù" e "servitù", contenuti nell'art. 4 della CEDU, devono essere interpretati in maniera estensiva e quindi anche se la situazione della minore non rientrava nel senso tradizionale di "schiavitù", cadeva comunque nell'ambito dell'art. 4 della CEDU in virtù del suo stato di servitù e del lavoro forzato al quale la vittima era stata sottoposta.

La legge in Francia non aveva garantito un'adeguata copertura penale alle azioni commesse ai danni della minore, visto che la coppia che sfruttava la bambina era stata assolta con conseguente omessa protezione e violazione dei diritti fondamentali della vittima. Pertanto, la Francia aveva violato le obbligazioni positive

⁹⁶¹ Tra le tante si vedano le seguenti sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di violazione dell'art. 3 della CEDU in casi riguardanti violenze sessuali su minori ove le autorità statali sono state ritenute colpevoli di non aver compiuto indagini effettive per tutelare le vittime: *P.M. c. Bulgarie*, 24 gennaio 2012, *R.I.P. et D.L.P. c. Roumanie*, 10 maggio 2012, *I.G. c. Moldova*, 15 maggio 2012, *M. et autres c. Italie et Bulgarie*, 31 luglio 2012, *M.N. c. Bulgarie*, 27 novembre 2012 e *N.A. c. République de Moldova*, 24 settembre 2013.

⁹⁶² Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Siliadin c. Francia*, del 26 luglio 2005, n. 73316/01.

che discendono dall'art. 4 della CEDU e che impongono agli Stati di adottare appropriate norme penali incriminatrici in quanto ciò rappresenta già una prima forma di risarcimento per le vittime.

Tale pronuncia, quindi, non si è focalizzata tanto sulle ragioni che avevano spinto la minore ad andare in Francia, ma piuttosto sullo sfruttamento che la bambina aveva subito una volta arrivata nel territorio francese.

Il caso *Rantsev c. Cipro e Russia*⁹⁶³, invece, rappresenta il primo in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che proprio la tratta di esseri umani rientra nell'art. 4 della CEDU e, pertanto, sebbene la vittima coinvolta non fosse minorenne, questa pronuncia merita di essere citata in quanto è noto come questo reato rappresenti una minaccia soprattutto per i minori.

Il ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo era stato presentato dal padre di una ragazza russa deceduta in circostanze poco chiare a Cipro. Nello specifico, il padre della giovane vittima riteneva che la figlia fosse stata indotta con l'inganno a trasferirsi a Cipro, per poi essere introdotta in un circuito di prostituzione.

Come confermato anche da fonti ufficiali cipriote⁹⁶⁴, infatti, il visto di lavoro temporaneo rilasciato alle artiste, sulla base della legge cipriota allora in vigore, veniva di frequente utilizzato dai trafficanti per attirare giovani straniere da impiegare come prostitute nei club. Una volta giunte a Cipro le donne venivano sfruttate dai propri datori di lavoro con turni di lavoro estenuanti e sorveglianza continua per poter ripagare il debito contratto con i trafficanti.

Oxana Rantseva, figlia del ricorrente, dopo pochi giorni di lavoro in un locale notturno cipriota aveva deciso di abbandonare il locale ed il luogo in cui alloggiava. Veniva poi individuata in un altro locale dal suo datore di lavoro il quale, evidentemente per ritorsione, la denunciava alla polizia per soggiorno illegale a Cipro. La polizia effettuava quindi i primi accertamenti sullo status di immigrata della Rantseva e chiedeva al datore di lavoro di tornare il giorno successivo assieme alla ragazza per approfondimenti. Durante la notte la Rantseva precipitava dal sesto piano di un edificio.

Cipro aveva concluso le indagini affermando che la vittima era morta per un incidente e anche se la Russia aveva chiesto di riaprire le indagini, quando le autorità cipriote si erano rifiutate di farlo almeno che la Russia non avesse prove che dimostravano l'esistenza di un'attività criminale, il caso era poi stato abbandonato nonostante né la Russia né Cipro avessero intervistato due donne che vivevano in Russia e che avevano lavorato con la vittima a Cipro e avrebbero, quindi, potuto testimoniare sullo sfruttamento sessuale che avveniva nei cabaret ciprioti.

Nel caso di specie, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha accertato l'avvenuta violazione degli artt. 2, 4 e 5 della CEDU.

In particolare, la Corte ha ritenuto che i due Stati coinvolti non avessero fatto tutto quanto era in loro potere per prevenire, investigare e reprimere la tratta degli esseri umani, violando, così, l'art. 4 della CEDU.

⁹⁶³ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Rantsev c. Chypre et Russie*, del 7 gennaio 2010, n. 25965/04.

⁹⁶⁴ L'Ombudsman cipriota condusse delle indagini d'ufficio su tale fenomeno, finendo per affermare che “*the word “artiste” in Cyprus has become synonymous with “prostitute”*”.

Come previsto anche dalle vigenti convenzioni internazionali in materia, infatti, la lotta contro tale fenomeno richiede agli Stati parte di rispettare obblighi “positivi” che vanno oltre la semplice previsione di sanzioni penali adeguate, richiedendo anche l’adozione di misure efficaci per prevenire il reclutamento e per proteggere le vittime.

Per quanto riguarda l’aspetto della prevenzione, secondo la Corte europea la Russia non aveva indagato in maniera adeguata sulle fasi dell’avvenuto reclutamento in patria della vittima e sull’identità dei responsabili⁹⁶⁵ e Cipro non aveva rispettato l’obbligo positivo di addestrare le proprie forze di polizia sui contorni del reato di tratta, non riuscendo, così, queste ultime ad identificare previamente la giovane ragazza come una probabile vittima di tale crimine (oltre a non fare chiarezza sulle dinamiche e le cause della sua morte per le quali Cipro è stato condannato anche per violazione dell’art. 2 della CEDU)⁹⁶⁶.

L’aspetto più rilevante di questa pronuncia è che la Russia inizialmente aveva contestato la rilevanza dell’art. 4 della CEDU nel caso di specie sul presupposto che la condizione della vittima non potesse essere ricondotta ad alcuna delle ipotesi espressamente contemplate da tale disposizione.

La Corte europea dei diritti dell’uomo, invece, ha ritenuto di poter applicare l’art. 4 della CEDU, sottolineando la necessità di interpretare la CEDU, per quanto possibile, “*in harmony with other rules of international law of which it forms part*”⁹⁶⁷ e, in particolare, con le vigenti convenzioni internazionali in materia di tratta degli esseri umani⁹⁶⁸.

Secondo la Corte, infatti, la tratta costituisce una moderna forma di schiavitù⁹⁶⁹ e, pertanto, può rientrare nell’applicazione dell’art. 4 in modo tale da salvaguardare l’effetto utile di quest’ultima disposizione, interpretata alla luce del diritto vivente⁹⁷⁰.

In merito alla previsione di sanzioni penali adeguate, secondo la Corte europea Cipro aveva violato l’art. 4 della CEDU anche perché non aveva una normativa penale di contrasto alla tratta e il fenomeno era anche stato agevolato dalla disciplina in materia di immigrazione e visti di ingresso per motivi artistici.

⁹⁶⁵ Al riguardo la Corte europea sottolineò il carattere transfrontaliero del crimine in questione ovvero il fatto che l’attività criminosa diretta al traffico di esseri umani viene realizzata sia nel Paese di provenienza che in quello di destinazione da cui deriva l’esigenza di una stretta ed efficace cooperazione giudiziaria e di polizia tra tutti i Paesi coinvolti.

⁹⁶⁶ Tale obbligo è previsto esplicitamente dal Protocollo di Palermo. Nel caso di specie una disattenta politica di visti concessi relativamente al lavoro di “artista” aveva finito per alimentare lo sfruttamento di tante giovani donne straniere e per rendere lo Stato cipriota “complice” di tale fenomeno criminoso.

⁹⁶⁷ In linea con il criterio ermeneutico della c.d. “integrazione sistemica”, previsto dall’art. 31, par. 3, lett. c), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati che prevede che nell’interpretare un trattato occorra tener conto di “*any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties*”.

⁹⁶⁸ La Corte fece espressamente riferimento al Protocollo delle Nazioni Unite sulla tratta degli esseri umani del 2000, c.d. Protocollo di Palermo (di cui sia la Russia che Cipro sono parti) e alla Convenzione del Consiglio d’Europa sulla lotta contro la tratta degli esseri umani del 2005 (ratificata da Cipro, ma non dalla Russia). Questi strumenti, secondo la Corte, “*demonstrate the increasing recognition at international level of the prevalence of trafficking and the need for measures to combat it*”.

⁹⁶⁹ A questo proposito, la tratta di persone, il cui obiettivo ultimo è lo sfruttamento della persona, si sostanzia nell’esercizio di poteri corrispondenti a quelli del diritto di proprietà.

⁹⁷⁰ La lettura estensiva di tale articolo ha creato numerosi dibattiti in dottrina. Per uno spunto critico in merito si veda, ad esempio, J. ALLAIN, *Rantsev v Cyprus and Russia: the European Court of human rights and trafficking as slavery*, in *Human Rights Law Review*, 2010, p.p. 546-557.

Inoltre Cipro aveva violato anche l'art. 5 della CEDU poiché la vittima, non identificata come tale, ma unicamente come una migrante irregolare, era stata trattenuta indebitamente presso gli uffici ciprioti di polizia senza alcun motivo e senza assistenza legale.

Infine, per quanto riguarda la protezione delle vittime, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha sottolineato la necessità di assicurare un'efficace tutela delle vittime della tratta (anche solo potenziali), prevedendo nelle normative nazionali l'obbligo di fornire misure di assistenza specifiche, aggiuntive rispetto a quelle di stretta repressione penale. Al riguardo la Corte europea ha richiamato sia il Protocollo di Palermo che la Convenzione di Varsavia che, come più volte sottolineato, impongono un approccio olistico all'azione di contrasto alla tratta che è stato poi seguito anche nella recente direttiva UE in materia.

Questa pronuncia, così come le precedenti, dimostrano, pertanto, come la Corte europea dei diritti dell'uomo sappia utilizzare i principi contenuti negli strumenti internazionali vigenti per mantenere sempre attuale la CEDU e allo stesso tempo per offrire un'ampia protezione alle vittime al di fuori del processo e sino al momento delle indagini, attraverso la creazione di nuovi obblighi positivi in capo agli Stati parte.

Recentemente la Corte europea dei diritti dell'uomo ha confermato il suo innovativo *modus operandi* pronunciandosi nel caso *Talpis c. Italia*⁹⁷¹, il primo deciso in materia di violenza domestica.

La vicenda riguardava una donna sposata con un marito alcolizzato e violento che da anni subiva violenze domestiche. Una volta la donna venne minacciata ed aggredita dal marito con un coltello e alla fine l'uomo ricevette solo una multa per porto abusivo d'arma.

Il P.M., dopo la querela della donna, ordinò che la stessa venisse protetta assieme ai due figli (di cui uno minore di età). Dopo qualche mese, tuttavia, i servizi sociali che ospitavano semplicemente la signora in una struttura di accoglienza affermarono di non poterla più aiutare per mancanza di fondi. Dopo l'ennesima lite con la moglie, il marito, che nel frattempo non aveva mai smesso di tormentare la famiglia pur essendo indagato per lesioni personali, veniva ricoverato in ospedale in stato d'ebbrezza. Dopo l'identificazione veniva rilasciato, tornava a casa ed aggrediva nuovamente la moglie con un coltello uccidendo il figlio quindicenne che si era interposto per difendere la madre.

Nel 2015 l'uomo è stato condannato all'ergastolo per l'omicidio del figlio e per quello tentato della moglie che ha poi fatto ricorso alla Corte di Strasburgo.

Nella sua decisione, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha rilevato che le autorità italiane erano state negligenti ed erano venute meno ai loro doveri di proteggere la ricorrente ed il figlio non tenendo conto della particolare situazione di vulnerabilità in cui si trovavano e non fornendo loro alcuna assistenza né supporto adeguati. Questa situazione aveva creato un clima favorevole alla reiterazione di illeciti da parte del marito che costituiva una minaccia reale e, pertanto, le autorità italiane avrebbero dovuto adottare misure di protezione immediate. Invece il pericolo era stato sottovalutato, come dimostra il fatto che la notte dell'omicidio del figlio, la polizia era intervenuta due volte, senza prendere alcun provvedimento.

⁹⁷¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, Sentenza *Talpis c. Italia*, 2 marzo 2017, ric. n. 41237/14.

La violenza domestica sulle donne e sui minori è stata ritenuta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo una forma di tortura ai sensi dell'art. 3 della CEDU anche a causa della passività dello Stato italiano nel proteggere le vittime.

Inoltre, il fatto che numerosi dati statistici dimostrino che i femminicidi siano in aumento in Italia, assieme ad una prassi socio-culturale-giudiziaria incredibilmente tollerante, ha fatto propendere la Corte europea per l'accertamento della violazione dell'art. 14 della CEDU, ovvero del principio di non discriminazione (in combinato disposto con gli articoli 2 e 3 della CEDU) poiché le donne in Italia non sembrano essere nelle stesse condizioni degli uomini nel godimento delle tutele previste dalla legge.

Afferma la Corte europea, infatti, che *“un tel traitement discriminatoire avait lieu lorsqu'il était possible d'établir que les actes des autorités s'analysaient non pas en un simple manquement ou retard à traiter les faits de violence en question, mais en une tolérance répétée à l'égard de ces faits et qu'ils reflétaient une attitude discriminatoire envers l'intéressée en tant que femme”*⁹⁷².

In conclusione, per la Corte europea dei diritti dell'uomo le violenze subite dalla ricorrente derivano da una discriminazione fondata sul sesso e sono sottostimate dallo Stato italiano oltre che causate proprio dalla colpevole inerzia delle autorità italiane competenti.

Una pronuncia, pertanto, che sottolinea ancora una volta che dagli articoli della CEDU discendono specifici obblighi positivi in capo agli Stati parte e che le vittime meritano di essere ascoltate e protette in maniera effettiva.

Le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo sono quindi un importante monito per gli Stati che, in una prospettiva futura, dovrebbero interrogarsi sull'adeguatezza delle proprie normative e delle proprie prassi a tutela, ad esempio, dei minori non accompagnati e dei minori vittime di bullismo, in quanto il discorso della violazione del principio di non discriminazione aggiunge una novità interessante nel ragionamento della Corte europea dei diritti dell'uomo che potrebbe essere foriera di interessanti sviluppi.

Sul fronte, quindi, della tutela delle vittime di reato “a monte”, cioè fuori dal processo penale o nella fase delle indagini penali, la Corte europea dei diritti dell'uomo offre indubbiamente grandi garanzie.

1.4.2.2 CEDU: la tutela dei minori vittime di reato nel/dal procedimento penale

Occorre ora analizzare la giurisprudenza della Corte europea in relazione al secondo filone dedicato alla tutela dei minori vittime di reato nel/dal processo penale.

La norma principale che viene qui in rilievo è l'art. 6 della CEDU che tutela il diritto ad un equo processo.

⁹⁷² Punto 141 della sentenza.

Già dalla lettura di tale articolo emerge che la CEDU sia più rivolta ad apportare una tutela al presunto autore del reato, mentre non appare alcun riconoscimento della vittima come soggetto titolare del diritto ad un equo processo.

La vittima, infatti, sembra poter semplicemente adire un tribunale, civile o penale, per far valere una richiesta risarcitoria una volta che si sia costituita come parte civile e per la medesima ragione le è pacificamente consentito ricorrere anche alla Corte europea dei diritti dell'uomo, invocando una violazione dell'art. 6 della CEDU⁹⁷³. Al riguardo la Corte europea ha mostrato di applicare tale articolo in maniera estensiva⁹⁷⁴, consapevole del fatto che l'esito del processo penale può influire enormemente sul diritto al risarcimento di natura civile della vittima⁹⁷⁵. Poco importa, secondo la Corte, se quest'ultimo abbia solo natura simbolica o che serva solo per tutelare il diritto all'onore della persona offesa, sulle questioni che possono pregiudicare o indebolire il diritto al risarcimento di natura civile la vittima deve poter interloquire in un processo equo⁹⁷⁶.

L'orientamento della Corte si comprende bene analizzando il caso *Mihova c. Italia*⁹⁷⁷ che riguarda, tra l'altro, un caso di abuso sessuale su un minore.

Nel corso delle indagini preliminari, e quindi prima dell'udienza preliminare in cui l'offeso può costituirsi parte civile, il pubblico ministro e l'indagato avevano raggiunto un accordo sull'applicazione della pena (ai sensi dell'articolo 447 c.p.p.). La vittima, o meglio chi la rappresentava, non aveva quindi potuto interloquire sulla misura della pena individuata dalle parti.

Secondo la Corte europea, però, non c'era stata una violazione dell'art. 6 della CEDU in quanto “*the applicant's chief aim in the criminal proceedings had been to take punitive action or exercise a right to “private revenge” which was not, as such, guaranteed by the Convention*”.

In sostanza, il fatto che la vittima avesse potuto agire in sede civile per ottenere il risarcimento dei danni⁹⁷⁸ era più che sufficiente per la Corte anche se ciò non aveva portato alla completa soddisfazione della persona offesa.

⁹⁷³ Ad esempio si vedano le sentenze *Moreira de Azevedo c. Portogallo*, 23 ottobre 1990, n. 11296/84, *Torri c. Italia*, 1 luglio 1997, n. 26433/95, *Calvelli and Giglio c. Italia*, 17 gennaio 2002, n. 32967/96.

⁹⁷⁴ Sul punto si veda M. CHIAVARIO, *Private parties: the rights of the defendant and the victim*, in Aa. Vv., *European Criminal Procedures*, Cambridge, 2002, p. 541 e ss. Secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo l'art. 6 è applicabile indipendentemente dall'avvenuta formale costituzione di parte civile, basta che l'esito del processo penale si riveli decisivo per il diritto di natura civile (Corte europea, *Sottani c. Italia*, 24 febbraio 2005, n. 26775/02).

⁹⁷⁵ Sul punto si veda M.L. LANTHIEZ, *La clarification des fondements européens des droits des victimes*, in *La victime sur la scène pénale en Europe*, G. Giudicelli-Delage, C. Lazerges (a cura di), Parigi, 2008, p. 145 e ss e la sentenza della Corte europea nel caso *Perez c. Francia*, 12 febbraio 2004, n. 47287/99.

⁹⁷⁶ Ad esempio, nel caso *Gorou* era stato chiesto un risarcimento di soli tre euro e la Corte “*reiterates that the Convention does not confer any rights, as such, to have third parties prosecuted or sentenced for a criminal offence. To fall within the scope of the Convention such right must be indissociable from the victim's exercise of a right to bring civil proceedings in domestic law, even if only to secure symbolic reparation or to protect a civil right such as the right to a “good reputation”* (Corte europea, *Gorou c. Grecia*, 20 marzo 2009, n. 12686/03, punto 24). Si veda anche il caso *Helmets c. Sweden*, 29 ottobre 1991, n. 11826/85.

⁹⁷⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Mihova c. Italia*, 30 marzo 2010, n. 25000/07.

⁹⁷⁸ Durante tale procedimento la persona offesa aveva ottenuto il sequestro conservativo dei beni dell'aggressore.

La Corte europea dei diritti dell'uomo non intende, infatti, imporre agli Stati alcuna rivoluzione del loro assetto processual penale al fine di aumentare le possibilità di partecipazione delle vittime al processo penale⁹⁷⁹.

Ciò premesso circa l'accesso della vittima ad un processo *fair*, si può analizzare l'altro orizzonte su cui si muove la Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di persone offese in ambito penale ovvero il bilanciamento tra la protezione di queste ultime e il diritto al contraddittorio dell'imputato.

Non vi è dubbio, infatti, che i dispositivi di protezione processuale della vittima vulnerabile possano entrare in conflitto con i diritti dell'imputato e, in particolare, con il c.d. *right to confrontation*, riconosciuto dall'art. 6, par. 3, lett. d, CEDU⁹⁸⁰. Al riguardo, come si vedrà nel prosieguo, la Corte europea dei diritti dell'uomo è particolarmente sbilanciata in favore delle prerogative dell'imputato.

Innanzitutto, l'art. 6 della CEDU non riconosce alcun diritto della vittima ad essere protetta dalla c.d. "vittimizzazione secondaria" nell'ambito del processo penale.

Nonostante ciò, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che nel concetto di "equità" processuale debba considerarsi inclusa anche la tutela delle persone deboli che vengono coinvolte nel processo.

La Corte europea, infatti, già nel caso *Doorson c. Paesi Bassi*⁹⁸¹, risalente al 1996, affermava che "*It is true that Article 6 does not explicitly require the interests of witnesses in general, and those of victims called upon to testify in particular, to be taken into consideration. However, their life, liberty or security of person may be at stake, as may interests coming generally within the ambit of Article 8 of the Convention. Such interests of witnesses and victims are in principle protected by other, substantive provisions of the Convention, which imply that contracting States should organise their criminal proceedings in such a way that those interests are not unjustifiably imperilled. Against this background, principles of fair trial also require that in appropriate cases the interests of the defence are balanced against those of witnesses or victims called upon to testify*".

Nonostante tale affermazione, come sopra anticipato, finora la Corte europea dei diritti dell'uomo è sempre stata più attenta alle prerogative degli indagati soprattutto quando gli stessi lamentavano una violazione del diritto ad un equo processo a causa di pregiudizievoli modalità di protezione delle vittime.

⁹⁷⁹ M. SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale. Una lettura del sistema italiano alla luce del quadro europeo*, op. cit., p. 53.

⁹⁸⁰ Nonostante in dottrina si siano avanzate delle perplessità sulla legittimità di un bilanciamento tra le garanzie della vittima e i diritti dell'accusato in quanto la presunzione di innocenza farebbe da "scudo" a quest'ultimo impedendo di configurare un conflitto in senso tecnico tra i suoi diritti e quelli della vittima. D'altronde, se l'imputato deve presumersi innocente, va considerato come un soggetto al quale non si può ascrivere la vittimizzazione primaria, nè, tantomeno, quella secondaria della persona offesa; in nessun modo, quindi, la necessità di tutelare quest'ultima potrebbe tradursi in un ridimensionamento dei diritti dell'imputato. Sul punto si veda G. ORMAZABAL SÁNCHEZ, *El derecho de confrontación del acusado con los testigos-víctima en el proceso penal español. Especial referencia al menor testigo*, in T. ARMENTA DEU - S. OROMÍ VALL-LLOVERA (a cura di), *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América*, Madrid, 2010, p. 136.

⁹⁸¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Doorson c. Paesi Bassi*, 26 marzo 1996, n. 20524/92, punto 70.

L'unico caso, infatti, in cui la Corte non ritenne sussistente una violazione dell'art. 6 della CEDU nei confronti dell'imputato, tutelando maggiormente le prerogative della vittima minore di età, è il procedimento *S.N. c. Svezia*⁹⁸².

In tale pronuncia, la Corte europea dei diritti dell'uomo ritenne, infatti, compatibili con l'art. 6 della CEDU le dichiarazioni rese ad un ispettore di polizia da un minore che aveva dichiarato di aver subito abusi sessuali. Il difensore dell'accusato, pur non avendo partecipato all'esame della persona offesa, aveva indicato previamente delle domande da rivolgergli per conto della difesa.

Una volta ascoltate le registrazioni lo stesso difensore si era dichiarato soddisfatto del modo in cui il minore era stato sentito anche perché l'ispettore aveva una grande esperienza nei casi di abuso minorile.

Inoltre, sul mancato esame dibattimentale della vittima, la Corte europea sottolineò che in udienza era stata sentita la registrazione della prima audizione del minore ed era stato diffuso il video del secondo interrogatorio condotto dalla polizia durante le indagini. L'ascolto durante il dibattimento delle domande e delle risposte fornite dalla vittima, in qualità di testimone, aveva rappresentato, secondo la Corte, un'occasione sufficiente per contestare gli elementi di prova a carico dell'imputato e per verificare la credibilità del minore.

Pertanto, anche se quest'ultimo non era stato interrogato di persona e l'imputato era stato condannato quasi unicamente sulla base delle sue testimonianze, a parere della Corte il processo era stato equo sia per la vittima che per l'autore del reato.

Sinora, la conclusione del caso *S.N. c. Svezia* non ha eguali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Seppur, infatti, non sia sempre semplice individuare indicazioni uniformi nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, essendo basata sulle specificità del caso concreto, è comunque possibile trarne alcune considerazioni generali.

Innanzitutto, la Corte si occupa di valutare l'equità di un procedimento nel suo complesso⁹⁸³. Il concetto di "equità" può ammettere, secondo la Corte, delle deviazioni rispetto al classico svolgimento del processo in contraddittorio se si tratta di tutelare soggetti deboli come i minori vittime di reato. Tuttavia, il sacrificio del contraddittorio deve essere sempre controbilanciato dalla concessione di adeguate ed effettive garanzie difensive per l'imputato.

Al riguardo la Corte ritiene sufficiente che quest'ultimo e la sua difesa possano, durante le indagini, porre domande alla vittima e contestarne le affermazioni anche indirettamente, com'è avvenuto ad esempio nel caso *S.N. c. Svezia*, oppure a posteriori durante il dibattimento.

La Corte ha poi chiarito che, in ogni caso, la *cross examination* della vittima vulnerabile non rappresenta un principio fondamentale ed incondizionato ricompreso nell'art. 6 della CEDU⁹⁸⁴.

⁹⁸² Corte europea dei diritti dell'uomo, *S.N. c. Svezia*, 2 luglio 2002, n. 34209/96.

⁹⁸³ Corte europea dei diritti dell'uomo, *A.M. c. Italia*, 14 dicembre 1999, n. 37019/97, punto 24: "The Court's task under the Convention is not to give a ruling as to whether statements of witnesses were properly admitted as evidence, but rather to ascertain whether the proceedings as a whole, including the way in which evidence was taken, were fair".

⁹⁸⁴ Affermare che sia sufficiente un'occasione adeguata per interrogare il dichiarante appare rischioso in termini di mutuo riconoscimento delle sentenze e del relativo materiale probatorio raccolto in quanto, com'è noto, vi sono Stati membri in cui "il

Quando, tuttavia, il contraddittorio viene sacrificato, la Corte europea dei diritti dell'uomo richiede che le dichiarazioni così ottenute non siano le uniche prove o comunque quelle decisive su cui basare una condanna.

Il criterio della non decisività delle dichiarazioni non assunte nel pieno contraddittorio è, infatti, caratteristico della Corte europea dei diritti dell'uomo ed è evidente come esso finisca per sottostimare il ruolo delle vittime⁹⁸⁵. E' come dire, infatti, che la testimonianza di queste ultime può essere assunta anche senza il contraddittorio purché non sia così rilevante da essere decisiva per la condanna dell'aggressore⁹⁸⁶. Inoltre, tale criterio non considera il fatto che i reati che coinvolgono persone vulnerabili molto spesso hanno come unica prova proprio la testimonianza delle vittime che, *a priori*, vengono designate come poco credibili.

Al riguardo è illuminante il caso *Bocos-Cuesta c. Paesi Bassi*⁹⁸⁷ sul quale si ritiene opportuno soffermarsi.

In tale caso la Corte europea ha condannato l'Olanda per violazione dell'art. 6 della CEDU in quanto il processo a carico del ricorrente, accusato di violenze sessuali su quattro bambini di età compresa tra i 6 e gli 11 anni, si era concluso senza che gli fosse stato consentito di controesaminare le piccole vittime.

I minori, che non si conoscevano tra di loro, avevano riferito, separatamente ed in tempi diversi, di essere stati avvicinati da un uomo abbastanza giovane con tratti somatici non comuni (da tutti concordemente ricostruiti), con uno zaino bianco e nero e che parlava una lingua straniera.

Una donna aveva parlato in spagnolo con l'uomo descritto dalle vittime poco prima che aggredisse uno dei bambini e, inoltre, la zia di uno dei minori, recatasi in strada per cercare l'aggressore, l'aveva colto nell'atto di abusare un altro bambino.

Le ricerche avevano portato ad individuare con facilità un uomo che era poi stato riconosciuto dai quattro minori e anche dalle due donne attraverso uno specchio⁹⁸⁸.

La difesa aveva chiesto un confronto con i minori che il P.M. non aveva consentito, sia per la delicatezza della vicenda, sia perché la richiesta non si fondava su alcuna specifica motivazione, essendosi l'imputato limitato a negare le proprie responsabilità e, dunque, non potendo il confronto richiesto inficiare le risultanze probatorie.

Da una verifica, inoltre, era emerso che l'uomo fermato era già stato condannato in Spagna per reati sessuali a danno di minori e, pertanto, dopo l'escussione delle due testimoni, era stato condannato. Anche in appello la richiesta dell'imputato di sentire i minori era stata rigettata per via dei traumi psichici riportati da

contraddittorio" rappresenta un diritto fondamentale dell'imputato che può essere limitato e bilanciato con altri diritti entro certi limiti che la Corte europea dei diritti dell'uomo non chiarisce.

⁹⁸⁵ Tale criterio contrasta, ad esempio, con la giurisprudenza italiana in materia, la quale ammette l'utilizzo di testimonianze indirette, per esempio dei genitori della vittima, se vi è il rischio che l'unico testimone minore di età possa subire un trauma psicofisico nel venire escusso (Fra le tante si veda C. Cass n. 11537/2000 e C. Cass n. 18058/2004).

⁹⁸⁶ Sul punto si veda M. SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale. Una lettura del sistema italiano alla luce del quadro europeo*, op. cit., p. 59 e ss.

⁹⁸⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 febbraio 2006, *Bocos-Cuesta c. Olanda*.

⁹⁸⁸ Nelle conclusioni della sentenza la Corte europea dei diritti dell'uomo ha criticato il fatto che l'imputato era stato mostrato ai minori da solo e non, come oggettivamente preferibile, in mezzo a più persone, ma in ogni caso l'uomo era stato riconosciuto con assoluta certezza dai 4 bambini (uno dei quali non aveva saputo trattenere un moto di paura) e dalla zia di uno di essi e all'80% dall'altra testimone.

alcune delle piccole vittime, ma erano stati escussi i poliziotti che avevano svolto le indagini per accertare le modalità con le quali avevano ascoltato i minori ed individuato l'imputato.

All'udienza all'uopo fissata l'uomo non era comparso, perché detenuto in Spagna, ma aveva consentito, attraverso il difensore, che si procedesse in sua assenza.

Nel corso dell'esame dei tre ufficiali di polizia la difesa non era mai intervenuta e l'imputato era stato condannato anche in appello.

Secondo i giudici del gravame, infatti, oltre alle testimonianze dei minori vi erano anche riscontri esterni schiacciati ed univoci, anche se indiretti e, pertanto, in presenza di un simile quadro probatorio, si era ritenuto opportuno preservare l'equilibrio psichico dei minori, evitando di sottoporli ad un esame diretto che non sembrava essenziale ai fini dell'accertamento della verità.

La condanna del soggetto era stata poi confermata anche in sede di legittimità.

Secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso di specie vi era stata, invece, una violazione dell'art. 6 della CEDU in quanto nessuno tra i testimoni con i quali l'imputato aveva avuto occasione di confrontarsi (ovvero le due donne e i poliziotti) aveva avuto diretta percezione degli abusi e, pertanto, ciò rendeva le dichiarazioni dei minori decisive ai fini della decisione.

Per tale ragione, a parere della Corte, doveva essere consentito all'imputato di confrontarsi in qualche modo con le vittime.

Inoltre, secondo la Corte, le ragioni addotte a fondamento del diniego di controesame i minori non erano motivate a sufficienza visto che mancava ogni riferimento a dati scientifici e concreti o a pareri di esperti che avrebbero potuto indicare le modalità adatte per sentire i minori.

Criticato dalla Corte, inoltre, anche il fatto che l'imputato e la sua difesa non erano stati posti in condizione di seguire l'assunzione delle prove, al fine di verificarne le modalità, mancando, ad esempio, una videoregistrazione.

A seguito di tale pronuncia appare doveroso fare alcune riflessioni.

Innanzitutto, come ha ricordato la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza in esame⁹⁸⁹, non è compito di quest'ultima entrare nel merito delle norme interne e delle ragioni per le quali una testimonianza sia stata ritenuta o meno ammissibile e/o rilevante.

Inoltre, sempre la Corte europea ha sottolineato il fatto che l'art. 6 della CEDU non garantisce incondizionatamente il diritto all'esame dei testimoni che è subordinato alle normative interne quanto alle forme della richiesta, all'ammissibilità e alla rilevanza.

⁹⁸⁹ Punto 67 della sentenza in commento: "...the Court reiterates at the outset that the admissibility of evidence is primarily a matter for regulation by national law. The Court's task under the Convention is not to give a ruling as to whether statements of witnesses were properly admitted as evidence, but rather to ascertain whether the proceedings as a whole, including the way in which evidence was taken, were fair. In particular, as a general rule, it is for the national courts to assess the evidence before them as well as the relevance of the evidence which defendants seek to adduce. Article 6 § 3 (d) leaves it to them, again as a general rule, to assess whether it is appropriate to call witnesses. It is accordingly not sufficient for a defendant to complain that he has not been allowed to question certain witnesses; he must, in addition, support his request by explaining why it is important for the witnesses concerned to be heard and their evidence must be necessary for the establishment of the truth".

Infine, la stessa Corte aveva anche specificato che è onere dell'imputato dettagliare le ragioni della necessità e della rilevanza dell'esame dei propri accusatori ai fini della decisione.

Ciò nonostante, in questa pronuncia sembra che la Corte europea dei diritti dell'uomo abbia oltrepassato l'ambito del suo sindacato in quanto l'operato dei giudici olandesi è stato censurato pur avendo gli stessi motivato che il rigetto della richiesta della difesa, in merito ad una nuova, formale, ricognizione personale dell'imputato, era dovuto al fatto che quest'ultima sarebbe stata inutile.

Tutti i minori, infatti, avevano già individuato in maniera informale l'aggressore e quindi la seconda ricognizione sarebbe stata influenzata dalla circostanza che le vittime sapevano già chi era l'imputato. In ogni caso, quest'ultime sono considerazioni attinenti all'ammissibilità e alla rilevanza della prova e, pertanto, esulano dal sindacato della Corte⁹⁹⁰.

Per quanto riguarda, poi, la seconda richiesta avanzata dalla difesa volta ad esaminare i minori, i giudici olandesi avevano motivato il rifiuto ritenendo l'esame non necessario, considerate le plurime risultanze probatorie già acquisite, il trauma che avrebbero rivissuto i minori e tenuto conto del fatto che la difesa non aveva indicato specifiche circostanze da verificare e/o approfondire.

Anche in questo caso, tuttavia, si trattava di una valutazione delle prove, sottratta, in teoria, al sindacato della Corte.

In pratica, in questa pronuncia la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ridimensionato enormemente il ruolo delle vittime, limitando, di conseguenza, anche il libero apprezzamento dei giudici nella fase valutativa delle prove.

Bisogna considerare che i giudici olandesi hanno ritenuto opportuno evitare un ulteriore esame dei minori sulla base degli elementi acquisiti e non è compito della Corte europea imporre che una tale scelta debba essere necessariamente corroborata dall'opinione di un esperto in materia, anche perché la decisione di non esaminare i minori nel caso di specie sembra conforme a quanto imposto dall'art. 8 della CEDU. Tale articolo, com'è noto, afferma che "*ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare.....Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria perla protezione dei diritti e delle libertà altrui*". Quest'ultimo inciso dovrebbe valere soprattutto quando sono in gioco i diritti dei minori vittime di abusi sessuali, il rispetto della loro vita privata, infatti, dovrebbe essere tutelato con maggiore riguardo, senza ingerenze non necessarie, proprio come hanno ritenuto correttamente i giudici olandesi.

Infine, per quanto riguarda la ritenuta "iniquità" del procedimento, bisogna sottolineare che nel corso del processo è emersa chiaramente un'enorme carenza di interesse dell'imputato che non ha mai sollevato doglianze sulle modalità di assunzione delle prove e il cui difensore non è mai intervenuto nel corso degli esami testimoniali.

⁹⁹⁰ S. BELTRANI, *Violenza sessuale sui minori: nel giusto processo l'imputato deve interrogare le vittime. Ma è proprio sempre così?*, in *Diritto e Giustizia*, 20 gennaio 2006.

Tale atteggiamento processuale non è in linea proprio con quanto affermato dalla stessa Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza in commento circa l'inesistenza del diritto all'esame dei testimoni nell'art. 6 della CEDU e la necessità, in ogni caso, che sia l'imputato a dettagliare le ragioni della rilevanza dell'esame dei propri accusatori ai fini della decisione.

Per la Corte europea dei diritti dell'uomo, in conclusione, l'impossibilità di condannare una persona basandosi esclusivamente o primariamente su dichiarazioni rese al di fuori del contraddittorio con l'accusato costituisce un principio di carattere generale che non può essere derogato nemmeno per tutelare il superiore interesse delle vittime minori di età che siano state oggetto di abusi.

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, conforme al caso *Bocos-Cuesta c. Paesi Bassi*, è ormai molto copiosa e consolidata⁹⁹¹ nonostante la stessa Corte abbia mostrato di essere consapevole che processi penali di questo tipo “*are often conceived of as an ordeal by the victim, in particular when the latter is unwillingly confronted with the defendant*”⁹⁹².

1.5 Osservazioni conclusive

Dopo esserci soffermati sull'analisi delle fonti vincolanti dell'Unione europea a tutela dei diritti dei minori vittime di reato e dopo aver mostrato quali sono gli indirizzi giurisprudenziali della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia, è opportuno ora compiere alcune osservazioni conclusive.

Innanzitutto, osservando nel complesso le direttive analizzate, si ritiene difficilmente raggiungibile l'obiettivo di riuscire a ravvicinare le normative nazionali in materia penale e processuale penale. La possibilità di poter usufruire di numerose deroghe ai diritti e alle garanzie in esse contenute, di escludere l'incriminazione di certi tipi di comportamenti e la presenza, anch'essa numerosa, di clausole di salvaguardia che richiedono agli Stati membri di rispettare certe disposizioni “*per quanto possibile, conformemente al diritto nazionale*” rende, di fatto, liberi gli Stati membri di non attivarsi per tradurre in norme interne il diritto UE⁹⁹³.

⁹⁹¹ Ad esempio si vedano, sempre in materia di minori vittime di reato, le sentenze C. edu., 18 luglio 2013, *Vronchenko c. Estonia*, C. edu., 28 settembre 2010, *A.S. c. Finlandia* e C. edu, 27 aprile 2009, *A.L. c. Finlandia*. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha più volte dichiarato che la videoregistrazione delle dichiarazioni dei minori testimoni durante le indagini non possa essere ritenuta di per sé sufficiente a garantire il rispetto delle garanzie del *fair trial*. Occorre, infatti, che la difesa dell'accusato sia posta nelle condizioni di verificare la credibilità del testimone ponendogli delle domande, anche in via indiretta o con l'utilizzo di tecnologie che impediscano il contatto diretto tra la vittima e l'accusato.

⁹⁹² Corte europea dei diritti dell'uomo, *S. N. c. Suede*, 2 luglio 2002, paragrafo 47.

⁹⁹³ Fermo restando che la Corte di Giustizia ha chiarito che se gli Stati membri ritengono che il proprio ordinamento nazionale sia già conforme ad una determinata direttiva devono comunque comunicare alla Commissione, prima della scadenza del termine per la trasposizione, le loro ragioni, in modo da consentire alla Commissione di esprimersi in merito (Corte di Giustizia, 13 dicembre 1991, C-69/90, *Commissione c. Italia* e Corte di Giustizia, 5 luglio 2007, C-321/05, *Kofoed*). Le norme interne, inoltre, secondo la Corte, devono essere in grado di garantire che “*qualora la direttiva miri ad attribuire dei diritti ai singoli, la situazione giuridica*

Senza nessuna pretesa che si arrivasse all'adozione di direttive "dettagliate"⁹⁹⁴, per ora ancora inimmaginabili nel contesto della cooperazione giudiziaria in materia penale, visto che gli articoli 82 e 83 TFUE consentono unicamente la possibilità di stabilire delle "norme minime" che tengano conto, tra l'altro, delle tradizioni giuridiche degli Stati membri⁹⁹⁵, si sperava comunque che dall'analisi di questi strumenti trasparisse, perlomeno, la volontà comune di raggiungere determinati risultati, seppur minimi. Invece, ciò che emerge è che non ci sia chiarezza nemmeno sugli obiettivi che, a piccoli passi, si vorrebbe raggiungere o, ancora peggio, che manchi proprio la volontà di progredire seriamente in tale settore.

Oltre alle deroghe e alle clausole di salvaguardia, infatti, queste direttive sono formulate più che altro come un'elencazione di "principi"⁹⁹⁶ senza condurre ad un vero e proprio sistema di "regole". Gli Stati membri, dunque, abituati a configurare le garanzie processuali come fattispecie rigide, dovranno abituarsi ad un costante dialogo tra la propria giurisprudenza nazionale e quella della Corte di Giustizia in modo da tradurre in prescrizioni più precise le norme contenute nelle direttive che, diversamente, sarebbero inapplicabili⁹⁹⁷.

Un esame da compiere caso per caso, dunque, ove la giurisprudenza UE assume il compito non solo di interpretare, ma anche di creare il diritto⁹⁹⁸. Sebbene, infatti, nessuna norma nei Trattati imponga un obbligo di *stare decisis*, al di là dell'osservanza dei dispositivi enunciati dalla Corte di Giustizia in rapporto ai singoli casi, è innegabile che le pronunce interpretative della Corte posseggano un innegabile valore orientativo per gli Stati membri.

Da sottolineare, inoltre, che in queste direttive mancano, in generale, le definizioni di certi concetti chiave, senza i quali, lungi dall'arrivare ad una identità delle legislazioni nazionali, non si può pensare di raggiungere una minima armonizzazione delle normative penali degli Stati membri.

Il riferimento è, ad esempio, alla mancanza di un consenso comune sull'età della maturità o del c.d. consenso sessuale che è fondamentale per l'applicazione di molte disposizioni della direttiva in materia di abusi sessuali e sfruttamento dei minori o ancora la poca chiarezza nel definire i minori prima come "vittime

scaturente da detti principi sia sufficientemente precisa e chiara e che i destinatari siano posti in grado di conoscere la piena portata dei loro diritti ed eventualmente di avvalersene dinanzi ai giudici nazionali" (sentenza 23 maggio 1985, C-29/84, *Commissione c. Germania*, punto 23 e sentenza 20 novembre 2003, C-296/01, *Commissione c. Francia*). La Corte precisa anche che l'ultima condizione "è particolarmente importante nel caso in cui la direttiva miri ad attribuire diritti ai cittadini di altri Stati membri, poiché detti cittadini non sono normalmente al corrente di detti principi" (sentenza, 24 gennaio 2002, C-372/99, *Commissione c. Italia*, punto 47). Ciò premesso, come si è detto, le direttive analizzate lasciano talmente tanta discrezionalità agli Stati membri che risulta difficile individuare in esse diritti chiari precisi e incondizionati.

⁹⁹⁴ La Corte di Giustizia, peraltro, non ha mai considerato questa prassi in contrasto con le caratteristiche essenziali delle direttive, ai sensi dell'art. 288 TFUE, nei casi in cui la direttiva dettagliata fosse intervenuta in un settore in cui la realizzazione di una rigorosa identità tra le disposizioni nazionali si fosse rivelata indispensabile al risultato da raggiungere (Sentenza 23 novembre 1977, 38/77, *Enka*, 2212, punto 12). D'altronde, come afferma la stessa Corte "la competenza lasciata agli Stati membri quanto alla forma e ai mezzi dei provvedimenti che devono essere adottati dagli organi nazionali è funzione del risultato che il Consiglio o la Commissione intendono sia raggiunto" (sempre Sentenza 23 novembre 1977, 38/77, *Enka*, 2212, punto 11).

⁹⁹⁵ Gli *standard* nazionali sono indissolubilmente legati alle esperienze storiche e al *background* sociale, politico, culturale ed economico di ogni Stato, che ne riflette la maggiore o minore propensione a potenziare le garanzie processuali.

⁹⁹⁶ Vale a dire, adottando la nota distinzione di R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, 2010, p. 48 s., "norme a struttura aperta, che si limitano a fissare obiettivi da perseguire e valori da preservare".

⁹⁹⁷ M. DANIELE, *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione europea, Cedu e sistemi nazionali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 6 aprile 2016.

⁹⁹⁸ Sul punto si vedano R.E. KOSTORIS, *Processo penale, diritto UE e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, pp. 1182 e ss., V. MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, in *Diritto Penale e Contemporaneo*, 2012 e V. M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza fonte*, Milano, 2011, p. 53 e ss.

vulnerabili”, poi come “vittime particolarmente vulnerabili” e ancora dopo come “vittime con specifici bisogni di protezione”, attribuendo ogni volta un significato differente a tale categorizzazione.

Degno di nota è anche il mancato rispetto del principio di sussidiarietà nell’adozione della deludente direttiva sull’ordine di protezione europeo, la quale, come è stato osservato, oltre ad avere un ambito di applicazione molto limitato, considerata l’esistenza di preesistenti strumenti con la medesima finalità, non presenta alcun valore aggiunto a giustificazione di un intervento normativo dell’Unione europea. Si tratta, sostanzialmente, di uno strumento che rafforza la tutela delle vittime solo in maniera apparente e simbolica.

Tutto ciò rende, di fatto, impossibile un’applicazione diretta della maggior parte delle disposizioni contenute in questi strumenti davanti ai giudici nazionali in caso di una loro mancata o incompleta trasposizione negli ordinamenti degli Stati membri o di un’applicazione delle misure nazionali di attuazione in maniera non conforme agli obiettivi delle direttive; inoltre, la formulazione di tali norme rende anche complicato per il giudice nazionale compiere un’interpretazione della normativa nazionale in modo conforme a tali direttive e di conseguenza disapplicare, se necessario, le disposizioni nazionali con esse incompatibili⁹⁹⁹.

Altro aspetto peculiare delle tematiche che sono state affrontate in questa sezione dedicata alle vittime è la preoccupazione del legislatore europeo di rispettare le diversità dei sistemi nazionali. Questo dovere è centrale nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia e ciò si nota proprio a livello di principi, essendo chiaramente espresso nell’articolo 67, paragrafo 1, TFUE, oltre ad essere richiamato dall’art. 82, par. 2, TFUE.

Gli Stati membri, inoltre, hanno sempre la possibilità di poter operare un controllo (*ex ante* e *ex post*¹⁰⁰⁰) sul rispetto del principio di sussidiarietà e possono usufruire della procedura del c.d. “freno di emergenza” che opera in merito all’adozione di direttive in materia penale sostanziale e procedurale, ai sensi degli articoli 82 e 83 TFUE¹⁰⁰¹.

Il rispetto delle diversità nazionali si nota chiaramente anche nella scelta operata dal Trattato di Lisbona di ritenere il principio del mutuo riconoscimento lo strumento principale per ottenere un’integrazione europea in campo penale. Il rispetto del principio del mutuo riconoscimento, d’altronde, non richiede, in linea

⁹⁹⁹ N. FENNELLY, *The National Judge as Judge of the European Union*, in *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law*, Asser, 2013, p. 61. Vi è comunque la possibilità che la Corte di Giustizia, come già espresso nella sentenza *Becker* (19 gennaio 1982, 8/81, punto 30), arrivi ad affermare che “*non si può far valere il carattere generale della direttiva di cui trattasi o l’ampiezza del potere discrezionale ch’essa lascia d’altra parte agli Stati membri, per negare qualsiasi efficacia a quelle disposizioni che, tenuto conto del loro oggetto, sono atte ad essere utilmente fatte valere in giudizio, nonostante il fatto che la direttiva non sia stata attuata nel suo complesso*”.

¹⁰⁰⁰ Per quanto riguarda il controllo *ex post*, la Corte di Giustizia, com’è noto, è competente a pronunciarsi sui ricorsi di annullamento di atti dell’Unione per violazione del principio di sussidiarietà (art. 8 Protocollo n. 2 sull’applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità), ma va da sé che, essendo la sussistenza delle condizioni poste dal principio di sussidiarietà o di eventuali dubbi su di esse già state oggetto di apprezzamento da parte di tutte le istituzioni responsabili dell’adozione dell’atto, lo spazio per una valutazione della Corte, diversa da quella su cui hanno convenuto gli organi politici (e dunque un’ampia maggioranza degli Stati), appare ridotto (così R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell’Unione europea*, 2014, p. 447).

¹⁰⁰¹ Coinvolgendo il Consiglio europeo, lo strumento del “freno di emergenza” rappresenta, innanzitutto, un meccanismo politico di risoluzione delle controversie tra gli Stati membri che pone i governi nazionali al centro del processo legislativo europeo (per una discussione sul c.d. “*emergency brake*”, si veda House of Lords European Union Committee, *The Treaty of Lisbon: An Impact Assessment*, 10th report, session 2007–08).

di principio, l'adozione di *standard* europei armonizzati e quindi è sicuramente meno invasivo per gli Stati membri che non sono tenuti a modificare le proprie normative nazionali¹⁰⁰².

Infine, la volontà di rispettare le diversità nazionali si riflette anche nella scelta dello strumento legislativo attraverso il quale si punta a ravvicinare il diritto penale sostanziale e procedurale all'interno dell'Unione europea, ovvero la direttiva, della quale sono note le caratteristiche.

Nonostante questo panorama normativo largamente protettivo nei confronti degli interessi e dei valori nazionali, gli Stati membri dimostrano di non sentirsi ancora sufficientemente tranquillizzati da un intervento UE in questa materia e ciò è evidenziato chiaramente dal contenuto delle direttive che sono state esaminate.

Per quanto riguarda la tutela processuale delle vittime di reato, infatti, l'applicazione della maggior parte dei diritti contenuti nella direttiva 2012/29/UE è subordinata al ruolo che le stesse vittime hanno all'interno di un procedimento penale e questo aspetto varia enormemente da uno Stato membro all'altro.

Di conseguenza, parlare di mutuo riconoscimento, con riferimento alla tutela di questa categoria, appare una forzatura in quanto in tale ambito la cooperazione richiesta agli Stati membri dovrebbe sostanziarsi proprio nel riconoscere a tutte le vittime il diritto di ricevere la medesima (seppur minima) protezione in tutto il territorio dell'Unione europea. Obiettivo di certo non raggiunto con la direttiva 2012/29/UE.

Come è stato osservato in dottrina¹⁰⁰³, il principio del mutuo riconoscimento, traslato dalla disciplina relativa al mercato interno, è riuscito ad imporsi positivamente in tale ultimo settore poiché la libera circolazione delle merci è stata preceduta ed accompagnata nel tempo dall'imposizione agli Stati membri di rigidi *standard* di qualità produttiva a tutela dei consumatori europei.

Non altrettanto sta avvenendo in materia di protezione delle vittime in ambito penale dove si fa anche fatica a pensare che siano stati introdotti dei livelli minimi di garanzia¹⁰⁰⁴.

La questione che si pone è, quindi, come faranno le misure UE che reiterano obblighi convenzionali derivanti dalla CEDU e da altre Convenzioni internazionali a fare la differenza ovvero a far sì che gli Stati membri rispettino le obbligazioni derivanti dal diritto UE, aumentando, di conseguenza, anche la fiducia reciproca tra loro¹⁰⁰⁵.

¹⁰⁰² V. MITSILEGAS, *European criminal law and resistance to communitarisation after Lisbon*, in *New Journal of European Criminal Law*, vol. 1, issue 4, 2010, p. 459 e per ulteriori approfondimenti si veda sempre V. MITSILEGAS, *The Constitutional Implications of mutual recognition in Criminal matters in the Eu*, in *Common Market Law Review*, vol. 43, 2006, pp. 1277-1311.

¹⁰⁰³ Come correttamente osserva O. MAZZA, *Investigazione prove e cooperazione giudiziaria*, in *Aa. Vv., Processo penale e giustizia europea. omaggio a Giovanni Conso*, *Atti del convegno dell'Associazione fra gli studiosi del processo penale*, Torino, 26-27 settembre 2008, Milano, 2010, p. 155.

¹⁰⁰⁴ A parere di R. ADAM e A. TIZZANO (R. ADAM e A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, 2014, p. 560) "sebbene sul piano logico la creazione di un ambiente giuridico più omogeneo si presti ovviamente a facilitare il mutuo riconoscimento delle decisioni degli Stati membri, ed anzi ne sia teoricamente addirittura un presupposto, in realtà il Trattato non crea un simile collegamento temporale tra i due obiettivi, così come del resto fa per il riconoscimento delle decisioni in materia civile. E questo per ovvie ragioni, dato che il ravvicinamento delle decisioni in materia penale, molto più che per quelle in materia civile, è impresa assai ardua e di lunga lena e averne gli esiti avrebbe inevitabilmente ritardato la realizzazione dell'altro obiettivo". Peccato che facilitare il mutuo riconoscimento in questo modo si stia rivelando impresa altrettanto ardua, essendo necessario un certo grado di compatibilità delle fattispecie nazionali per potersi efficacemente dispiegare (GIUDICELLI-DELAGE G., MANACORDA S. (dir.), *L'intégration pénale indirecte. Interactions entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l'Union européenne*, Paris, 2005).

¹⁰⁰⁵ Proprio il fatto che gli strumenti internazionali, dai quali traggono spunto le varie direttive analizzate, siano stati ampiamente ratificati dagli Stati membri, ma non ancora pienamente ed effettivamente incorporati nei loro sistemi nazionali rende molto probabile che le parallele misure europee incontreranno delle simili resistenze da parte degli Stati membri.

Per verificare se effettivamente le norme UE aggiungeranno valore all'intervento dell'Unione europea nella protezione dei fanciulli vittime di reato, bisognerà osservare quanto saranno ricettivi gli Stati membri, in qualità di legislatori e giudici nazionali, nel rendere attuative le direttive, le risorse specifiche che l'Unione europea metterà a disposizione per supportare tale attuazione, quanto gli stessi fenomeni criminali che si cerca di contrastare siano reattivi ad un intervento normativo e, infine, bisognerà contare sul buon operato della Commissione e della Corte di Giustizia.

Per quanto riguarda la Commissione, che sarà tenuta a monitorare l'attuazione di tali direttive, ci si aspetta che prenderà seriamente in considerazione la possibilità di utilizzare i suoi poteri coercitivi, vista la centralità di tali strumenti per rafforzare il sistema del mutuo riconoscimento nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale¹⁰⁰⁶.

Per quanto riguarda, invece, il ruolo della Corte di Giustizia¹⁰⁰⁷, bisogna premettere che il passaggio dalle Decisioni quadro alle direttive nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale, pur rappresentando un miglioramento, lascia comunque una grande discrezionalità agli Stati membri.

Inoltre, come già ribadito, le direttive adottate in tale settore operano sulla base della presunzione che un adeguato sistema di protezione dei diritti fondamentali esista già a livello nazionale negli Stati membri e sia in grado di dare effetto alle previsioni contenute nella normativa secondaria UE. L'Unione europea e di conseguenza la Corte di Giustizia, pertanto, continuano, in teoria, a non avere il potere di imporre agli Stati membri come gestire, in concreto, i propri sistemi nazionali di protezione.

La Corte di Giustizia, tuttavia, ha già mostrato in passato di ritenere fondamentale l'accuratezza del recepimento del diritto secondario da parte degli Stati membri in merito a certe materie considerate più sensibili e, dunque, vi è la possibilità che prenda a cuore anche il corretto recepimento delle disposizioni contenute nelle direttive sopra analizzate¹⁰⁰⁸.

Se così fosse, la tutela dei diritti delle vittime all'interno dell'Unione europea potrebbe concretamente uniformarsi e dar vita ad uno *standard* minimo di protezione in tutti gli Stati membri. Tale sistema UE di protezione consentirebbe agli individui coinvolti di poter usufruire delle sue garanzie durante la vigenza stessa del processo penale, senza dover attendere la fine di tutti i ricorsi interni e un'eventuale pronuncia favorevole della Corte europea dei diritti dell'uomo per ottenere il rispetto dei loro diritti¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰⁶ A. TINSLEY, *Protecting criminal defence rights through EU law: opportunities and challenges*, in *New Journal of European Criminal law*, vol. 4, issue 4, 2013, p. 469.

¹⁰⁰⁷ A differenza che in passato, infatti, ora gli Stati membri possono usufruire del rinvio pregiudiziale per chiedere chiarimenti sull'interpretazione delle disposizioni di tali direttive alla Corte di Giustizia. All'epoca del terzo pilastro, com'è noto, i tribunali nazionali potevano rivolgersi alla Corte di Giustizia tramite rinvio pregiudiziale per avere chiarimenti in merito all'interpretazione delle Decisioni quadro solamente se gli Stati membri avevano accettato la giurisdizione della Corte e solo 18 di essi l'avevano fatto (si veda l'art. 35 del TUE nella versione precedente al Trattato di Lisbona).

¹⁰⁰⁸ Così, ad esempio, si è comportata la Corte di Giustizia in relazione alle direttive in materia di ambiente (sentenza 20 ottobre 2005, C-/6/04, *Commissione c. Regno Unito*).

¹⁰⁰⁹ A. TINSLEY, *Protecting criminal defence rights through EU law: opportunities and challenges*, op. cit., p. 473. Per arrivare ad adire la Corte europea dei diritti dell'uomo bisogna, infatti, esaurire tutti i ricorsi interni, fare ricorso alla Corte entro i termini, attendere una prima decisione sull'ammissibilità del ricorso, la decisione finale e infine, in caso di condanna dello Stato, l'esecuzione della sentenza.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, infatti, compie un controllo *ex post* sull'equità processuale dei singoli casi nel loro complesso e non esiste un meccanismo che assicuri l'ottemperanza dei singoli Stati alle sue pronunce, nemmeno ove la stessa Corte segnali difetti sistemici e strutturali dei loro ordinamenti¹⁰¹⁰.

Il diritto dell'Unione europea, invece, potrebbe giovare di diversi meccanismi ben più incisivi come l'attivazione di una procedura di infrazione da parte della Commissione europea, il rinvio pregiudiziale e la possibilità, da un lato, per i giudici nazionali di poter usufruire dello strumento dell'interpretazione conforme e per gli individui, dall'altro, di richiedere l'applicazione delle misure contenute nelle direttive direttamente dinanzi ai tribunali nazionali (anche se, come sopra anticipato, queste ultime possibilità sono rese difficili dalla formulazione delle norme contenute in tali strumenti). In via di principio, fissare in una direttiva regole minime comuni, modellate sulla falsariga delle disposizioni della CEDU o delle indicazioni fornite dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, ne rafforza la portata e la cogenza rispetto a qualsiasi pronuncia di quest'ultima Corte, ma occorre in ogni caso che la Corte di Giustizia intervenga a chiarire quale livello di protezione l'Unione europea vuole offrire concretamente alle vittime di reato¹⁰¹¹.

Osservando la giurisprudenza elaborata sinora dalla Corte di Giustizia in materia di protezione dei minori vittime di reato, sono affiorate diverse criticità.

Si parte dalla celebre sentenza *Pupino* in cui la Corte, per la prima volta, ha affermato l'obbligo di interpretazione conforme delle Decisioni quadro in un caso in cui, come è stato sopra argomentato, non era possibile procedervi. Il risultato ottenuto è stato una sorta di applicazione diretta della Decisione quadro sulla posizione della vittima e una decisione che, seppur apparentemente a vantaggio dei minori coinvolti, non si è mai soffermata sull'importanza di tutelare il loro superiore interesse in quanto fanciulli vittime di abusi, ma solamente sulla necessità di rafforzare l'efficacia dello strumento delle Decisioni quadro.

Come nel caso *Pupino*, anche nella successiva sentenza *X c. V.* del 2011, lo strumento dell'incidente probatorio, previsto nella normativa processual penale italiana, non era utilizzabile nel caso di specie. A differenza che nel caso *Pupino*, però, la Corte di Giustizia ha qui ritenuto più importante salvaguardare la specificità della normativa italiana e non imporre nemmeno una sua lettura più *child-friendly*, nonostante la vittima minorenni coinvolta fosse molto vulnerabile.

La Corte di Giustizia ha, così, perso un'occasione fondamentale per interpretare e rendere vivente l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali attraverso una sua rilettura alla luce di altre disposizioni internazionali che avrebbero potuto rendere finalmente operativi i principi astratti in esso contenuti. Il principio che si desume da questa decisione, invece, è che la Corte di Giustizia ritiene sufficiente che un ordinamento nazionale preveda dei sistemi di protezione per le vittime vulnerabili, ma "il come", "il quando" e, addirittura, "il se" utilizzarli rimane nella totale discrezionalità degli Stati membri.

¹⁰¹⁰ Un'ampia parte dei ricorsi di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo riguarda, infatti, "violazioni ripetitive" ovvero situazioni già affrontate e decise dalla Corte europea in precedenti casi e che rimangono problematiche poiché gli Stati membri non hanno provveduto a cambiare le proprie legislazioni in materia. Un esempio di ciò sono i casi riguardanti la Francia e l'Italia per non aver garantito un'equa durata dei processi.

¹⁰¹¹ R.E. KOSTORIS, *La tutela dei diritti fondamentali*, in ID. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2015, p. 77 e ss.

In *Pupino* la Corte aveva letteralmente affermato che “*la Decisione quadro impone che un giudice nazionale abbia la possibilità, per le vittime particolarmente vulnerabili, di utilizzare una procedura speciale, come l’incidente probatorio (...), se tale procedura risponde in modo ottimale alla situazione di tali vittime*”. Nel caso *X c. V*, nonostante l’incidente probatorio rispondesse in maniera ottimale alla situazione personale della vittima minorenni, il giudice italiano non aveva concretamente alcuna possibilità di utilizzarlo, essendo bloccato dal parere contrario del P.M., ma per la Corte di Giustizia la normativa italiana era sufficientemente tutelante per tutte le vittime.

È stata, poi, analizzata la più recente sentenza *P. I. c. Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid*, dove la Corte di Giustizia ha ritenuto che i gravi reati elencati nell’art. 83 TFUE, violando diritti fondamentali degli individui, potessero costituire motivi imperativi di pubblica sicurezza idonei a prevalere sulla libera circolazione delle persone.

Grazie a questa sentenza, il reato commesso a danno di un unico minore ha comportato una misura di protezione preventiva a favore di tutti i fanciulli residenti sul territorio tedesco.

Viene, tuttavia, da chiedersi se il vero intento della Corte di Giustizia fosse davvero tutelare i minori residenti in Germania, in qualità di potenziali vittime future del cittadino italiano coinvolto nel caso di specie, oppure piuttosto affermare velatamente che anche l’Unione europea potrà sentirsi libera di ridurre le garanzie dei cittadini europei, in via preventiva, se dovesse presentarsi l’occasione di combattere reati gravi come, ad esempio, il terrorismo internazionale.

Quel che emerge da queste sentenze e, in particolare, dal confronto tra le prime due, è che i diritti dei minori vittime di reati vengono in primo luogo strumentalizzati dalla Corte di Giustizia per raggiungere obiettivi cari all’Unione. Quando, infatti, non vengono in gioco interessi primari dell’Unione, l’intervento della Corte di Giustizia risulta sempre poco attento ai bisogni concreti dei fanciulli coinvolti.

Per quanto riguarda il confronto con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, nonostante anche quest’ultima non fornisca sempre alle vittime minori di età una tutela adeguata e significativa, si possono, comunque, immaginare futuri scenari di contrasto tra la visione delle due Corti soprattutto perché è ormai risaputo che la Corte europea non ami particolarmente gli “automatismi”¹⁰¹².

È stato osservato, infatti, che la Corte europea dei diritti dell’uomo mostra una grande attenzione all’analisi delle normative nazionali penali a protezione delle vittime di reato al fine di verificare se contengono misure sufficientemente adeguate e tutelanti e, inoltre, la stessa Corte insiste molto sugli obblighi positivi di protezione che incombono sugli Stati parte in virtù del rispetto della CEDU.

Secondo la Corte europea dei diritti dell’uomo, quindi, non basta accontentarsi, come sembra fare la Corte di Giustizia, dell’esistenza di mezzi di protezione delle vittime vulnerabili nelle legislazioni penali nazionali, occorre anche valutarne l’impatto concreto e stabilire se “il se”, “il come” e “il quando” gli stessi sono utilizzati (e utilizzabili) sia sufficiente per garantire una protezione effettiva alle vittime.

¹⁰¹² Sul punto si veda V. MITSILEGAS, *The symbiotic relationship between mutual trust and fundamental rights in Europe’s area of criminal justice*, in *New Journal of European Criminal law*, vol. 6, issue 4, 2015, p. 472 e ss.

La Corte europea dei diritti dell'uomo compie tale verifica rendendo "vivente" le disposizioni della CEDU tramite una loro interpretazione in armonia con altre disposizioni internazionali.

Come affermato dalla stessa Corte europea nel famoso caso *Bosphorus*¹⁰¹³ la presunzione che, fatte salve insufficienze manifeste che emergano in un caso specifico, uno Stato membro dell'Unione europea non possa violare i diritti fondamentali poiché il sistema giuridico dell'Unione offre una garanzia di protezione dei diritti dell'uomo equivalente a quella offerta dal sistema convenzionale, vale solo in assenza di discrezionalità. Se agli Stati membri è lasciato un certo margine discrezionale e, a maggior ragione, ove quest'ultimo sia molto ampio (proprio come avviene nelle direttive sopra analizzate), la Corte europea si sente assolutamente libera di giudicarli e quindi la probabilità di un contrasto con l'Unione in tal senso è alta.

Come sopra anticipato, da un altro punto di vista, ovvero in sede processuale, la Corte europea dei diritti dell'uomo si mostra invece poco incline a tutelare le vittime minori di età quando entrano in gioco i diritti degli imputati. Il bilanciamento operato dalla Corte europea, infatti, pende costantemente a favore di questi ultimi, salvo (finora) un unico caso isolato che si è avuto modo di analizzare¹⁰¹⁴.

L'orientamento della Corte europea, basato sull'assunto della non decisività delle decisioni rese al di fuori del contraddittorio con l'imputato, sottostima il ruolo delle vittime all'interno del processo penale e penalizza soprattutto quelle più vulnerabili come i minori.

La Corte europea dei diritti dell'uomo continua a seguire questo approccio nonostante esso sembri andare ben oltre le sue competenze e violare anche l'art. 8 della CEDU visto che consente ingerenze non sempre necessarie nella vita privata dei minori interessati.

In via generale, inoltre, è opportuno ricordare che la Corte europea dei diritti dell'uomo tende sempre ad adottare nelle sue pronunce le modalità di protezione dei diritti fondamentali che risultano maggiormente condivise fra gli Stati parte, modulando gli spazi del margine di apprezzamento a loro consentito a seconda del consenso raggiunto sullo *standard* di volta in volta rilevato¹⁰¹⁵. Di conseguenza, l'esito delle sue pronunce può portare di frequente ad appiattare la protezione dei diritti verso il basso senza assicurare un adeguato contemperamento dei valori in gioco¹⁰¹⁶.

La Corte di Giustizia ha un approccio generale diverso in quanto, nell'intento di rafforzare l'azione dell'Unione europea e di uniformarne la politica criminale, preserva i diritti fondamentali delle vittime non come valori in sé considerati, ma sulla base della loro capacità di non ostacolare il raggiungimento delle finalità perseguite dall'Unione, adottando, cioè, le soluzioni normative che appaiono più funzionali agli obiettivi di integrazione economica o di efficienza perseguiti dall'Unione¹⁰¹⁷.

¹⁰¹³ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Bosphorus c. Irlanda*, 30 giugno 2005, ricorso n. 45036/98.

¹⁰¹⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, *S.N. c. Svezia*, 2 luglio 2002, n. 34209/96.

¹⁰¹⁵ Sul punto si veda G. UBERTIS, *Diritti fondamentali e dialogo tra le Corti: fantascienza giuridica?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1726 e ss.

¹⁰¹⁶ Sul punto si veda D. AUGENSTEIN, *Engaging the Fundamentals: On the Autonomous Substance of EU Fundamental Rights Law*, in *German Law Journ.*, 2013, p. 1928 e ss.

¹⁰¹⁷ Sul punto si vedano R.E. KOSTORIS, *La tutela dei diritti fondamentali*, in ID. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, op. cit., p. 80 e S. ALLEGREZZA, *The Interaction between the ECJ and the ECtHR with Respect to the Protection of Procedural Safeguards after Lisbon: the Accession of the EU to the ECHR*, in K. LIGETI (a cura di), *Toward a Prosecutor for the European Union. A Comparative Analysis*, vol. I, Oxford-Portland, 2013, p. 908 e ss.

In conclusione, quello che emerge dal confronto degli orientamenti delle due corti è che la giurisprudenza della Corte di Giustizia sembra, sinora, più interessata a tutelare i diritti dei minori vittime di reato per finalità strumentali, mentre la Corte europea dei diritti dell'uomo, per quanto riguarda le garanzie operanti all'interno di un procedimento penale, opera un bilanciamento tra i diritti delle vittime minori di età e i diritti degli imputati eccessivamente garantista nei confronti delle esigenze di questi ultimi, dando indicazioni sul versante della tutela delle vittime abbastanza deludenti¹⁰¹⁸.

Nonostante le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo possano aver influenzato gli Stati membri¹⁰¹⁹ per quanto riguarda, in particolare, l'obbligo di prevenire i reati e di compiere indagini effettive una volta ricevute denunce che riguardano casi di minori abusati, l'approccio della Corte europea, legato alle numerose variabili del caso concreto, non può comunque garantire alle vittime un immediato aiuto o un sufficiente affidamento.

Come sopra anticipato, infatti, una normativa UE in questo ambito potrebbe avere, se rispetta certe condizioni, un potenziale valore aggiunto rispetto a quella convenzionale dovuto al fatto che le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, pur essendo definitive e vincolanti, hanno solamente un carattere dichiarativo, ovvero si limitano ad affermare se ci sia stata o meno una violazione della CEDU, ma non possiedono effetti esecutivi.

Gli Stati membri, pertanto, godono di un'ampia discrezionalità circa le modalità attraverso le quali rispettare una sentenza della Corte europea e raramente arrivano a modificare le proprie legislazioni¹⁰²⁰. Questo dipende anche dal fatto che le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, essendo molto legate alle variabili specifiche dei casi di volta in volta trattati, rendono spesso complesso farne derivare delle conclusioni generali. Succede raramente, infatti, che una parte della normativa nazionale venga dichiarata in astratto incompatibile con la CEDU in quanto la Corte europea verifica l'adeguatezza della procedura nel suo complesso¹⁰²¹.

¹⁰¹⁸ M. SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale. Una lettura del sistema italiano alla luce del quadro europeo*, op. cit., p. 54.

¹⁰¹⁹ Come afferma J.R. SPENCER (J.R. SPENCER, *Why is the harmonisation of penal law necessary?*, in Aa. Vv., *Harmonisation and harmonising measures in criminal law*, A. Klip e H. van der Wilt (a cura di), Amsterdam, 2002, p. 44), la Corte europea dei diritti dell'uomo "was not intended, obviously, as an instrument of harmonisation. But some degree of harmonisation has resulted from it. If the criminal procedure of one State permits something to happen which in most other countries is not permitted to happen and that State suffers a condemnation, it will probably amend its criminal procedure code, which will resemble more closely that of other countries. More subtly, some reforms in penal law (...) are motivated by a positive desire to embrace the values of the Convention".

¹⁰²⁰ Sul punto si veda P. VAN DIJK e G.J.H VAN HOOFF, *Theory and practice of the European Convention of Human Rights*, *The Hague: Kluwer Law International*, 1998, p. 21, R. BLACKBURN e J. POLAKIEWICZ, *Fundamental rights in Europe. The ECHR and its Member States, 1950-2000*, Oxford University Press 2001, pp 57-58 e L. VAN PUYENBROECK e G. VERMEULEN, *Towards minimum procedural guarantees for the defence in criminal proceedings in the EU*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2011, p. 1018. Nonostante il Consiglio d'Europa, attraverso il Comitato dei Ministri, sia tenuto a supervisionare l'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, sono solo gli Stati parte a decidere se e come rendere i propri ordinamenti conformi alla giurisprudenza della Corte.

¹⁰²¹ Si veda, ad esempio, la sentenza del 10 marzo 2009 nel caso *Bykov c. Russia*, n. 4378/02.

Tutto ciò, unito al fatto che le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo giungono quando ormai le violazioni dei diritti delle vittime di reato si sono concluse da anni, fa perdere alla Corte europea parte della sua autorità come meccanismo in grado di garantirne un'effettiva protezione¹⁰²².

Nonostante, dunque, sia una regola generale della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che la CEDU sia rivolta a garantire diritti che non sono meramente “*theoretical and illusionary*”, bensì “*practical and effective*”, il sistema di protezione offerto da Strasburgo non sembra in grado di rendere operativa tale previsione negli ordinamenti degli Stati membri¹⁰²³.

In questi anni la CEDU e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo non sono, purtroppo, riuscite a dar vita ad un vero e proprio *standard* minimo di protezione dei diritti fondamentali delle vittime di reato all'interno degli Stati membri dell'Unione europea.

Quest'ultima sta attualmente accelerando il proprio ruolo propulsore per una sempre maggiore tutela endo-processuale delle vittime di reato, possedendo ora gli strumenti per riuscire ove la CEDU e la Corte europea dei diritti dell'uomo hanno fallito.

Al momento, però, la normativa UE sinora emanata non sembra adatta a raggiungere l'obiettivo di creare un “sistema integrato” in cui lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia sia pienamente operativo, soprattutto se le nuove direttive non saranno accompagnate da pronunce chiarificatrici e tutelanti della Corte di Giustizia.

Per rafforzare concretamente la tutela delle vittime all'interno dell'Unione europea è, comunque, importante ricordare che gli sviluppi legislativi e giurisprudenziali dovrebbero rappresentare solo una parte della protezione offerta dall'Unione.

Questo specifico corpo normativo necessita, infatti, di essere supportato anche dai c.d. “*alternative governance mechanisms*”, basati sulla cooperazione, sullo scambio e la diffusione delle “*best practices*”, la formulazione di linee guida e raccomandazioni, consultazioni con la società civile, promozione di networks di accademici e professionisti esperti, importanti, soprattutto nell'ambito della giustizia penale minorile¹⁰²⁴; mentre per quanto riguarda la tutela dei minori vittime di gravi crimini, come la tratta e lo sfruttamento sessuale, è necessaria una robusta infrastruttura in grado di consentire l'abbattimento delle inefficienze organizzative e delle barriere che impediscono una buona cooperazione tra gli Stati membri.

Ad esempio, fondamentale è la raccolta e lo scambio di informazioni tra gli Stati membri riguardanti i dati delle vittime minorenni e degli autori dei crimini¹⁰²⁵. A questo sopperiscono organi come Eurojust, la cui attività di coordinamento delle indagini si focalizza su crimini transnazionali e soprattutto sulla tratta degli

¹⁰²² T. SPRONKEN e D. DE VOCHT, *Eu policy to guarantee procedural rights in criminal proceedings: “step by step”*, Paper presented at the Conference “*The future of the adversarial system*”, The University of North Carolina, April 2011.

¹⁰²³ Corte europea dei diritti dell'uomo, 13 maggio 1980, *Artico c. Italia*, n. 6694/74, punto 33 “*...particularly so of the rights of the defence in view of the prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial, from which they derive.*”.

¹⁰²⁴ N. FERREIRA, *The harmonisation of private law in Europe and children's tort liability: a case of fundamental and children's rights mainstreaming*, in *International Journal of Children's Rights*, 2011, p. 590-1. Come affermano, infatti, K. ZWEIGERT E H. KÖTZ (. ZWEIGERT E H. KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 28): “*legislation is not necessarily the ideal way to unify the law (...). What we need is to “Europeanize” the way lawyers think, write and learn*” e non solo gli avvocati, ma tutti coloro che lavorano con i minori.

¹⁰²⁵ H. STALFORD, *Children and the European Union: rights, welfare and accountability*, Hart Publishing, 2012, p. 175.

esseri umani ed Europol, specializzato nel prevenire e combattere gravi crimini organizzati, inclusi quelli che coinvolgono i minori.

Entrambi questi organi sono assistiti dal SIS (Sistema d'informazione Schengen), un sistema di archiviazione che consente alle autorità competenti di uno Stato membro di ottenere informazioni riguardanti certe categorie di persone che si muovono da uno Stato membro all'altro, molto utilizzato per individuare i minori scomparsi o bisognosi di protezione.

Altro aspetto fondamentale è riuscire ad assicurare che chiunque sia stato condannato in uno Stato membro per violenze e abusi a danno di minori non possa essere assunto in un altro Stato membro per lavorare a contatto con dei fanciulli.

Dopo anni di campagne per attivare uno strumento di allerta all'interno dell'Unione europea, la questione è tornata prepotentemente all'attenzione del legislatore europeo dopo il caso di Michel Fourniret, meglio conosciuto come l'"orco delle Ardenne", il serial killer francese che uccise almeno nove ragazze, alcune minorenni, tra il Belgio e la Francia.

L'uomo, di professione guardaboschi, lavorava e viveva in Belgio da molti anni e al momento dell'arresto in Belgio risultava completamente incensurato vista la mancanza di comunicazione tra le autorità belghe e francesi. Queste ultime, infatti, lo avevano già condannato ben due volte per abusi sessuali su minori quando viveva in Francia, ma visto che queste condanne non erano note in Belgio, all'uomo era stata offerta, per un certo periodo, addirittura la custodia di una scuola comunale belga.

L'Unione europea rispose a tale problematica adottando, nel 2009, la Decisione quadro n. 2009/315 relativa all'organizzazione e al contenuto degli scambi fra gli Stati membri di informazioni estratte dal casellario giudiziario. Questa Decisione quadro è stata richiamata espressamente dall'art. 10 della Direttiva contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile che impone agli Stati membri di assicurare che le persone condannate per i reati in essa elencati siano interdette, in via temporanea o permanente, dall'esercizio di attività professionali che comportino contatti diretti e regolari con minori e che i datori di lavoro che vogliono assumere del personale per un impiego a contatto con dei fanciulli abbiano il diritto di verificare se i potenziali candidati abbiano riportato condanne di questo tipo. Purtroppo, come è stato sopra sottolineato, la Commissione europea, nella sua relazione sullo stato di attuazione della direttiva, ha sottolineato che questo articolo è uno di quelli meno osservati dagli Stati membri.

Il caso dell'"orco delle Ardenne" rappresenta comunque un esempio di come in questi anni l'Unione europea abbia cercato di compiere passi avanti nella protezione delle vittime di reati particolarmente gravi. Si auspica a questo punto che non bisognerà attendere la cattura di un altro serial killer per spingere gli Stati ad eseguire correttamente gli obblighi imposti dalle direttive UE e per velocizzare e rafforzare la cooperazione tra gli Stati membri in questo delicato settore.

Al di là di queste osservazioni, nonostante la proliferazione di misure di protezione, non solo normative, per i minori vittime di reato, vi sono diversi fattori che inducono a ritenere che le stesse avranno scarse possibilità di avere un impatto significativo sui sistemi giuridici nazionali degli Stati membri.

In particolare, ci si riferisce agli interessi mercantilistici e politici che sorreggono l'Unione europea e che sovrastano anche i valori comuni su cui l'Unione dovrebbe basarsi e che, purtroppo, sembra che prevarranno sempre sugli interessi dei fanciulli¹⁰²⁶.

È già stata fatta questa osservazione nella parte dedicata alla tutela dei minori nel contesto dell'asilo e dell'immigrazione dove l'Unione europea sembra distaccarsi sempre di più dai suoi primordiali intenti di appoggiare vigenti *standard* internazionali a protezione dei diritti dei migranti¹⁰²⁷. L'esigenza di proteggere le frontiere esterne in nome della sicurezza dei popoli e, soprattutto, delle economie degli Stati membri sembra, infatti, la preminente preoccupazione dell'Unione.

I minori migranti sono le prime e le più evidenti vittime innocenti di questo repentino ritorno ad un'Europa che mette il rispetto dei diritti fondamentali in secondo piano¹⁰²⁸, ma, come è stato osservato, si tratta di un problema più generale. I diritti fondamentali dei fanciulli, anche molto vulnerabili, vengono normalmente strumentalizzati per raggiungere obiettivi che non hanno nulla a che vedere con la tutela del loro superiore interesse.

¹⁰²⁶ H. STALFORD, *Children and the European Union: rights, welfare and accountability*, op. cit., p. 177.

¹⁰²⁷ Il riferimento è, ad esempio, agli *standard* contenuti nella Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato.

¹⁰²⁸ FRA, *Child Trafficking in the European Union: Challenges, Perspectives and Good Practices* (Luxembourg, office for Official Publications of the European Communities, 2009): “*States have an important interest in processing child traffickers and in regulating immigration. However these policy goals should not be allowed to overshadow the best interests of child victims of trafficking*”.

Seconda sezione: La tutela dei minori autori di reato

Premessa

“*Quand un enfant vole un vélo, ce n'est pas au vélo qu'il faut s'intéresser mais à l'enfant*”, così si esprimeva Jean Chazal, giudice francese minorile, ai tempi della seconda guerra mondiale, pioniere di una giustizia specializzata, specifica e protettiva nei confronti dei c.d. “adulti in divenire”.

Da un recente studio della Commissione europea è emerso che i sistemi giudiziari nazionali dei 28 Stati membri non sono ancora in grado di adattarsi in maniera sufficiente alle vulnerabilità e agli specifici bisogni dei minori in conflitto con la legge¹⁰²⁹ e i dati indicano che, ogni anno, sono circa 1.086.000 i minori che affrontano un processo penale all'interno dell'Unione europea, ovvero il 12% del totale della popolazione europea che entra nel circuito penale.

La tematica della tutela dei minori autori di reato è stata presa seriamente in considerazione da parte dell'Unione europea solamente di recente grazie all'adozione della direttiva UE 2016/800 l'11 maggio 2016.

Mentre, infatti, il trattamento giuridico dei minori delinquenti è stato disciplinato nei vari Stati membri molto prima di quello dei minori vittime di reato, il percorso dell'Unione europea è stato esattamente l'opposto. I diritti della vittima, infatti, come sopra anticipato, sono stati i primi a ricevere attenzione da parte del legislatore europeo.

Il motivo per cui l'Unione europea ha tardato ad occuparsi dei diritti degli indagati/imputati deriva dal fatto che il diritto penale e, in particolare il diritto penale minorile, sono ambiti molto cari alla sovranità statale e nei quali l'Unione ha avuto per lungo tempo delle competenze d'intervento molto limitate; inoltre, per quanto riguarda specificatamente i minori, spesso non sono state introdotte disposizioni specifiche negli strumenti normativi poiché era difficile immaginarsi che un minore potesse essere coinvolto nella maggior parte delle gravi infrazioni disciplinate dalle Decisioni quadro e dalle direttive emanate in materia penale¹⁰³⁰.

Ciò premesso non significa che, seppur sporadicamente, non fosse possibile rinvenire nei testi

¹⁰²⁹ Si vedano European Commission, Directorate-General for justice and consumers, Summary of contextual overviews on children's involvement in criminal judicial proceedings in the 28 Member States of the European Union, 2014 e Children in criminal proceedings: European Commission proposal to increase protection makes a decisive step forward, Press release, Brussels, 6 June 2014. Normalmente si individuano tre tipi di delinquenza minorile: quella detta “identitaria”, legata alla tradizionale trasgressione tipica del passaggio dall'adolescenza all'età adulta, la delinquenza patologica, legata a turbe della personalità e la delinquenza da esclusione, legata a gravi fattori sociali come disoccupazione, mancata integrazione, utilizzo di sostanze stupefacenti, abuso di alcolici e così via.

¹⁰³⁰ Il riferimento è, ad esempio, alle Decisioni quadro sulla lotta contro la criminalità organizzata (2008/841/JAI), contro il terrorismo (2008/919/JAI) e contro il razzismo e la xenofobia (2008/913/JAI) e poi alle direttive sui reati ambientali (2008/99/CE), sull'impiego di lavoratori in situazioni irregolari (2009/52/CE), sulla tratta di esseri umani (2011/36/UE) e sugli attacchi ai sistemi d'informazione (2013/40/UE).

normativi europei, adottati in materia penale, alcuni timidi riferimenti ai minori autori di reato.

Ad esempio, nella Decisione quadro sul MAE l'art. 3, para. 3, prevede, tra i motivi di rifiuto dell'esecuzione di un Mandato d'arresto europeo, proprio l'età della persona a cui è indirizzato il MAE. Un minore presunto autore di reato, cioè, non può essere consegnato in esecuzione di un MAE se non è ritenuto penalmente responsabile secondo il diritto dello Stato membro di esecuzione.

Una disposizione simile si trova, altresì, nell'art. 10, comma 1, lett. h, della direttiva 2011/997/UE sull'ordine di protezione europeo, dedicato ai motivi di non riconoscimento, dove si afferma che l'autorità competente dello Stato di esecuzione può rifiutare di riconoscere un ordine di protezione europeo se *“la persona che determina il pericolo, in base alla legislazione dello Stato di esecuzione, non può considerarsi, per motivi di età, penalmente responsabile dell'atto o della condotta in relazione alla quale è stata adottata la misura di protezione”*.

Un altro riferimento ai fanciulli autori di reato l'abbiamo trovato poi nell'art. 14 della direttiva 2011/93/UE sugli abusi sessuali e lo sfruttamento sessuale dei minori che invita gli Stati membri a non perseguire le vittime minorenni di abuso e sfruttamento sessuale che sono state coinvolte, perché costrette, in attività criminali come conseguenza diretta del fatto di essere vittime di alcuni dei reati elencati nella direttiva. Inoltre, nel considerando n. 25 della stessa direttiva si afferma che i livelli di pene previsti dovrebbero applicarsi negli Stati membri fatte salve le specifiche politiche penali nazionali in materia di reati minorili, sottolineando in pratica che le sanzioni previste nella direttiva sono calibrate sugli adulti e i minori autori di tali reati dovrebbero essere trattati diversamente a livello sanzionatorio.

Ancora, il considerando n. 26 della direttiva sul diritto all'informazione nei procedimenti penali prevede che *“allorché forniscono alle persone indagate o imputate le informazioni di cui alla presente direttiva, le autorità competenti dovrebbero prestare particolare attenzione alle persone che non sono in grado di capire il contenuto o il significato delle informazioni stesse in ragione, ad esempio, della loro giovane età...”*.

Infine, vi è l'art. 5 della direttiva sul diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale che prescrive agli Stati membri di informare quanto prima il titolare della responsabilità genitoriale o un altro adulto idoneo, qualora l'indagato o imputato, privato della libertà personale, sia un minore. Diritto, tuttavia, derogabile temporaneamente qualora sia necessario per proteggere la vita, la libertà e l'integrità fisica di altre persone o per tutelare le indagini. In caso di deroga, gli Stati membri devono almeno garantire che un'autorità competente per la protezione o il benessere dei minori sia informata senza indebito ritardo della privazione della libertà personale del minore.

In passato, pertanto, gli unici due principi che trasparivano dalla normativa penale europea erano il principio della responsabilità penale del minore e il principio del trattamento differenziato del minore nel procedimento penale.

Nei prossimi paragrafi, dedicati ai minori in conflitto con la legge, verrà, quindi, approfondito come l'Unione europea stia completando, a livello normativo, grazie anche al rinnovato interesse per i diritti dei

minori autori di reato, la creazione del giusto processo penale UE.

In particolare, dopo un breve excursus sul percorso che ha condotto l'Unione ad interessarsi ai diritti e alle garanzie degli imputati in generale, ci si soffermerà, nello specifico, sulla nuova direttiva sui diritti dei minori indagati o condannati in procedimenti penali, verificando quanto essa sia in linea con gli strumenti internazionali analizzati nella prima parte del presente lavoro e, infine, si cercherà di comprendere come questo nuovo strumento si relazionerà con le precedenti direttive a tutela delle garanzie degli imputati/condannati e sotto quali aspetti la nuova direttiva dedicata ai fanciulli offrirà loro una protezione maggiore rispetto a quanto previsto per gli adulti.

2.1 Da un diritto penale europeo repressivo a garantista: gli obiettivi della Roadmap del 2009

Come è noto, fino al Trattato di Lisbona, la materia processuale penale, compresa la protezione dei diritti dell'imputato e del condannato, non rientrava tra le specifiche competenze dell'Unione europea. Tuttavia, già nell'epoca pre-Lisbona, la Corte di Giustizia ebbe modo di sottolineare l'importanza di rispettare i diritti e le garanzie dei presunti autori di reato¹⁰³¹.

In assenza di norme del Trattato in materia, dunque, la Corte è stata, in passato, la fonte principale di ogni politica comunitaria in materia di diritto ad un equo processo.

Attualmente, oltre al già citato articolo 82 TFUE, che consente all'Unione europea di adottare direttive contenenti norme procedurali minime sui diritti della persona, vi sono anche numerosi diritti contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che sono rilevanti per la tutela dei diritti degli indagati e che si ispirano a quelli contenuti nella CEDU¹⁰³².

Nella Carta dei diritti fondamentali, inoltre, vi è anche una sezione specifica, ovvero il Titolo VI, dedicata alla "Giustizia" (articoli 47-50) e che, pertanto, contiene le disposizioni più rilevanti in materia di protezione dei diritti dei sospettati/accusati di un reato in sede processuale¹⁰³³.

¹⁰³¹ Ad esempio, nella causa (C-49/88) *Al-Jubail Fertilizer Co. and Saudi Arabian Fertilizer Co. v. Consiglio*, la Corte di Giustizia ha sottolineato l'importanza del diritto ad essere sentiti e nelle cause congiunte (46/87 e 227/88) *Hoechst AG v. Commissione* punto 14, essa dichiarava "...bisogna avere riguardo in particolare per i diritti della difesa, principio la cui natura fondamentale è stata sottolineata in diverse occasioni...".

¹⁰³² Ad esempio, l'art. 4 della Carta, che proibisce la tortura, è l'esatta copia dell'art. 3 della CEDU, mentre l'art. 6, che sancisce il diritto alla sicurezza e alla libertà, appare molto meno dettagliato del corrispondente art. 5 della CEDU, ma le Spiegazioni relative alla Carta hanno chiarito che i diritti corrispondono e hanno pari significato e portata di quelli della CEDU. Sempre rilevanti sono, poi, l'articolo 8 della CEDU, che disciplina il diritto alla privacy e corrisponde all'art. 7 della Carta, e l'art. 10 della CEDU che tutela la libertà di espressione e d'informazione e che corrisponde all'art. 11 della Carta.

¹⁰³³ Il primo paragrafo dell'art. 47 della Carta sancisce, innanzitutto, il diritto ad un ricorso effettivo ed è basato sull'articolo 13 della CEDU, offrendo, tuttavia, una protezione maggiore in quanto garantisce tale diritto non semplicemente di fronte ad un'"autorità nazionale", ma di fronte ad ogni giudice. Il secondo paragrafo dell'art. 47 afferma il diritto ad un equo processo e corrisponde all'art. 6, par. 1, della CEDU. La principale differenza tra le due disposizioni consiste nel fatto che l'art. 47 non confina il diritto ad un equo processo alle controversie sui diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza delle accuse penali come espressamente previsto nell'art. 6 della CEDU. Infine, il terzo paragrafo dell'art. 47 della Carta afferma il diritto al patrocinio a spese dello Stato ispirandosi all'art. 6, paragrafo 3, lettera c, della CEDU.

L'art. 48 della Carta dei diritti fondamentali, poi, sancisce sia il principio della presunzione di innocenza, basato sull'articolo 6, paragrafi 2 e 3 della CEDU, che il rispetto dei diritti della difesa. Riguardo a questi ultimi, nonostante la diversa formulazione, le

Gli *standard* del giusto processo contenuti nella CEDU sono quindi attualmente riflessi anche nella Carta dei diritti fondamentali e, pertanto, ai sensi dell'art. 52, par. 3, della Carta, se un'azione delle istituzioni europee o di uno Stato membro che applica il diritto UE viola la CEDU violerà contemporaneamente anche la Carta¹⁰³⁴.

Il fatto che tutti gli Stati membri siano tenuti a rispettare la CEDU e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, tuttavia, *“has not proved to be an effective means of ensuring that signatories comply with the Convention's standard”*¹⁰³⁵.

Tra il 2007 e il 2011, ad esempio, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha rilevato che gli Stati membri dell'Unione europea avevano violato l'art. 6 della CEDU in 1,996 casi¹⁰³⁶. Il numero di violazioni, combinato con l'ampia cifra di casi pendenti davanti alla Corte europea conferma, da un lato, che quest'ultima non può rappresentare un effettivo ed autonomo strumento per rafforzare i diritti del giusto processo all'interno dell'Unione europea e, dall'altro, che *“the mutual recognition is predicated on a fiction”*¹⁰³⁷. Infatti, le regole che governano la procedura penale nei 28 Stati membri variano enormemente da uno Stato membro all'altro e, di conseguenza, varia la protezione offerta ai diritti dei sospettati/condannati nei procedimenti penali.

Tutto ciò, oltre che dalle statistiche della Corte europea dei diritti dell'uomo, è stato dimostrato da anni di operatività della Decisione quadro che ha istituito il Mandato d'arresto europeo (MAE)¹⁰³⁸ e che ha messo in luce la grande disparità tra gli Stati membri nella protezione dei diritti degli indagati/condannati nei procedimenti penali.

Nonostante la protezione dei diritti degli indagati/condannati, attraverso l'imposizione di garanzie procedurali standard in tutti gli Stati membri, fosse vista come una parte integrante dello schema dello stesso mutuo riconoscimento¹⁰³⁹ (e ciò sin dalla prima concezione di tale principio a partire dalle Conclusioni del

Spiegazioni della Carta hanno chiarito che i diritti della difesa hanno la stessa portata e lo stesso significato dei corrispondenti diritti enunciati dalla CEDU.

Vi è poi il principio di legalità, sancito dall'art. 49 della Carta in maniera identica all'art. 7 della CEDU, salvo l'aggiunta del principio di retroattività della legge penale più favorevole, ispirato dall'art. 15 del Patto relativo ai diritti civili e politici. L'art. 49 contiene, inoltre, anche il principio di proporzionalità dei reati e delle pene, derivante dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Infine, l'art. 50 della Carta è dedicato al principio del *ne bis in idem* e riprende l'art. 4 del Settimo Protocollo annesso alla CEDU; tuttavia, l'ambito di applicazione dell'art. 50 è più ampio in quanto, mentre l'art. 4 del Protocollo afferma che tale principio si applichi unicamente all'interno della giurisdizione di uno Stato parte, l'art. 50 ne estende l'applicazione all'intero territorio dell'Unione europea.

¹⁰³⁴ Sul punto si veda D. SAYERS, *Protecting fair trial rights in criminal cases in the European Union: where does the Roadmap take us?*, in *Human Rights Law Review*, 2014, p. 734.

¹⁰³⁵ Report from the Commission to the European Parliament and the Council On the implementation since 2007 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States, Brussels 11 April 2011, COM(2011) 175 final, p. 6 e inoltre si vedano il considerando n. 7 della Direttiva sul diritto all'informazione, il considerando n. 6 della Direttiva sul diritto all'interpretazione e alla traduzione e il considerando n. 5 della Direttiva relativa al diritto ad avvalersi di un legale i quali affermano che *“although all the Member States are party to the ECHR, experience has shown that that alone does not always provide a sufficient degree of trust in the criminal justice systems of other Member States”*.

¹⁰³⁶ European Court of Human Rights: statistical information.

¹⁰³⁷ N. MOLE, *Editorial*, in *European Human Rights Law Review*, 2012, p. 363.

¹⁰³⁸ Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri.

¹⁰³⁹ C. MORGAN, *Le Rapprochement des procédures pénales - Procedural Safeguards*, in *Revue internationale de droit penal* (RIDP), 2007, p. 307.

Consiglio di Tampere¹⁰⁴⁰ e dal Programma di misure per implementarlo)¹⁰⁴¹, la maggioranza degli strumenti di mutuo riconoscimento adottati nell'epoca pre-Lisbona ha mostrato poca considerazione per i diritti fondamentali dei presunti autori di reato¹⁰⁴².

I principali strumenti normativi adottati in ambito penale prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, infatti, presentavano una netta valorizzazione del lato repressivo nell'uso dello strumento penale (e in particolare processuale penale) che prevaleva sulle esigenze incentrate sul rispetto della posizione e delle prerogative dell'accusato¹⁰⁴³. Nel periodo pre-Lisbona, infatti, soltanto una Decisione quadro verteva in materia di diritti, ma riguardava la tutela delle prerogative delle vittime di reato¹⁰⁴⁴.

D'altronde, ottenere un largo consenso nello sviluppo delle garanzie procedurali dei presunti autori di reato coinvolge complesse questioni politiche e l'essenza stessa della sovranità statale degli Stati membri.

Nel 2004 era stata proposta dalla Commissione una Decisione quadro diretta a garantire all'interno dell'Unione europea il rispetto di cinque garanzie procedurali ritenute fondamentali per le persone che si trovassero ad essere imputate o condannate in uno Stato membro diverso da quello di origine. Tali garanzie erano: il diritto all'informazione, all'assistenza legale, all'interpretazione e alla traduzione, il diritto a comunicare con le autorità consolari al momento dell'arresto e, infine, il diritto ad una specifica attenzione per i sospettati/condannati vulnerabili¹⁰⁴⁵.

A conferma della carente sensibilità nell'epoca pre-Lisbona per i temi della difesa, questa proposta fu abbandonata nel 2007 a causa della contrarietà di molti Stati Membri¹⁰⁴⁶, preoccupati dalla possibilità che una fonte del genere potesse pregiudicare l'efficienza delle politiche di difesa e sicurezza nazionali. Tale preoccupazione era poi stata opportunamente mascherata dietro ragioni legate, da un lato, alla mancata

¹⁰⁴⁰ Conclusioni punto 30: "Il Consiglio europeo invita il Consiglio a stabilire, sulla base di proposte della Commissione, norme minime che garantiscano un livello adeguato di assistenza giudiziaria nelle cause transnazionali in tutta l'Unione". Conclusioni punto 31: "Dovrebbero essere definite norme minime comuni per i formulari o documenti multilingue da utilizzare nelle cause giudiziarie transnazionali nell'Unione. Tali documenti o formulari dovrebbero quindi essere accettati reciprocamente come documenti validi in tutti i procedimenti che si svolgono nell'Unione". Conclusioni punto 33: "Il rafforzamento del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie e delle sentenze e il necessario ravvicinamento delle legislazioni faciliterebbero la cooperazione fra le autorità, come pure la tutela giudiziaria dei diritti dei singoli". Conclusioni punto 35: "Occorre inoltre prendere in considerazione procedure di estradizione accelerate, fatto salvo il principio di un equo processo". Conclusioni punto 40: "Si dovrebbe raggiungere l'obiettivo dell'elaborazione equilibrata di misure a livello di Unione contro la criminalità proteggendo nel contempo la libertà e i diritti giuridici delle persone".

¹⁰⁴¹ Consiglio dell'Unione europea, Programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali, (2001/C 12/02). Tale Programma indica un certo numero di parametri per determinare l'efficacia del mutuo riconoscimento tra i quali il parametro 3 include dei meccanismi per salvaguardare i diritti degli indagati e il parametro 4 menziona la definizione di standard comuni minimi necessari per facilitare l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento.

¹⁰⁴² Aspetto sottolineato e criticato da S. PEERS: "the negative legal integration in the [former] third pillar has been unaccompanied by any measure to ensure minimum standard for defence rights" (in S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, Harlow: Pearson Education, 2000, p. 187).

¹⁰⁴³ Sul punto si veda M. CAIANIELLO, *Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, "road map" e l'impatto delle nuove direttive*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4 febbraio 2015.

¹⁰⁴⁴ Il riferimento è alla già citata Decisione quadro 2001/220/GAI sulla posizione della vittima nel procedimento penale. Secondo M. CAIANIELLO (M. CAIANIELLO, *ibidem*) "volendo riprendere la classica ripartizione tra sicurezza sociale e garanzie (dell'imputato), si sarebbe tentati di includere anche questa ultima fonte nell'alveo del primo insieme, posto che, di fatto, una più efficace e penetrante tutela della persona offesa non può che riverberare effetti tendenzialmente negativi per la difesa, cagionati in concreto dall'allargamento del fronte di accusa".

¹⁰⁴⁵ Proposta di decisione quadro del Consiglio in materia di determinati diritti processuali in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea {SEC (2004) 491} COM/2004/0328 def.

¹⁰⁴⁶ J.S. HODGSON, *Safeguarding suspects' rights in Europe: a comparative perspective*, in *New Criminal law review*, 2011, p. 650.

competenza dell'Unione europea e, dall'altro, al rischio di ottenere una mera duplicazione degli esistenti standard di protezione garantiti dalla CEDU e dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che rendevano superfluo un intervento dell'Unione in materia¹⁰⁴⁷.

Nonostante il fallimento della proposta della Commissione, non si poteva non prendere atto del fatto che i problemi affrontati nell'esecuzione del MAE all'interno dell'Unione europea dimostrassero continuamente la fragilità del principio del mutuo riconoscimento e l'importanza di poter contare su uno standard minimo di protezione di almeno alcuni diritti procedurali in materia penale in quanto il mutuo riconoscimento non può essere uno strumento per far circolare la giustizia all'interno dell'Unione europea se esso stesso erode i diritti fondamentali¹⁰⁴⁸.

Nacque, così, l'idea di abbandonare il progetto di un unico strumento vincolante onnicomprensivo delle principali garanzie procedurali per imputati e condannati, a favore dell'adozione di una serie di direttive separate, ognuna delle quali dedicata ad una specifica garanzia processuale.

Lo scopo dell'Unione era sempre quello di rafforzare il mutuo riconoscimento tra gli Stati membri in modo tale da evitare situazioni nelle quali le autorità giudiziarie di uno Stato membro potessero rifiutarsi di riconoscere le decisioni emesse da un altro Stato membro ritenuto meno virtuoso nella protezione dei diritti fondamentali degli imputati.

Un approccio *step-by-step* è, dunque, alla base della "Roadmap", adottata dal Consiglio nel 2009, per rafforzare i diritti procedurali di imputati e sospettati nei procedimenti penali, unitamente all'obiettivo ambizioso di voler apportare un valore aggiunto rispetto al livello di protezione ottenuto sinora dalla CEDU e dalla correlata giurisprudenza¹⁰⁴⁹.

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona la normativa UE è diventata più sensibile (o, perlomeno, meno insensibile) alle garanzie di difesa dell'imputato, essendosi la stessa Unione europea presentata sotto la veste di "Unione di diritti e valori" anche in tale ambito¹⁰⁵⁰.

La *Roadmap* ha, così, guidato la Commissione nell'adozione di sei tipi di misure (numerata dalla A alla E) che sono già tutte una realtà nell'attuale quadro normativo UE. Questi nuovi strumenti normativi coprono gli stessi diritti che dovevano essere tutti contenuti nella fallita proposta di Decisione quadro del 2004, l'unica novità è rappresentata dall'inserimento della Misura F.

Vediamo ora meglio a che punto gli obiettivi della *Roadmap* sono stati raggiunti a livello normativo.

¹⁰⁴⁷ Al riguardo si vedano G. VERMEULEN E L. VAN PUYENBROECK, *Towards minimum procedural guarantees for the defence in criminal proceedings in the EU*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2011, pp. 1017-1038 e C. MORGAN, *Where Are We Now With EU Procedural Rights?*, in *European Human Rights Law Review*, 2012, p. 428.

¹⁰⁴⁸ E. SMITH, *Running before we can walk? Mutual recognition at the expense of fair trials in Europe's Area of freedom, justice and security*, in *New Journal of European Criminal law*, vol. 4, issue 1-2, 2013, p. 98.

¹⁰⁴⁹ Council of the European Union, *Roadmap with a view to fostering protection of suspected and accused persons in criminal proceedings* ('Roadmap', Council Document 11457/09, 1 July 2009, para. 11: "Bearing in mind the importance and complexity of these issues, it seems appropriate to address them in a step-by-step approach ...focused attention can be paid to each individual measure....in a way that will give added value to each measure"). La *Roadmap* è stata adottata dal Consiglio come un'esplicita parte del Programma di Stoccolma (Council of the EU, The Stockholm Programme - An open and secure justice serving and protecting the citizens, Official Journal 2010/C 115/01).

¹⁰⁵⁰ Sul punto si veda M. CAIANIELLO, *Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, "Roadmap" e l'impatto delle nuove direttive*, op. cit..

In merito alla “*Misura A: interpretazione e traduzione*” è stata adottata la Direttiva 2010/64/EU sul diritto all’interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali.

Riguardo la “*Misura B: diritto all’informazione*” è già stata adottata la Direttiva 2012/13/EU sul diritto all’informazione nei procedimenti penali.

Ancora, per quanto riguarda la “*Misura C: diritto all’assistenza legale e al gratuito patrocinio*” è stata adottata prima la Direttiva 2013/48/EU relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d’arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari e recentemente è stata adottata anche la Direttiva (UE) 2016/1919 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 2016, sull’ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nell’ambito di procedimenti penali e per le persone ricercate nell’ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d’arresto europeo.

Per quanto riguarda la “*Misura D: diritto a comunicare con parenti, datori di lavoro e autorità consolari*” alcune disposizioni sono contenute nella direttiva sul diritto di avvalersi di un avvocato.

In merito alla “*Misura E: Speciali salvaguardie per persone sospettate o accusate che sono vulnerabili*” è stata adottata recentemente la Direttiva (UE) 2016/800 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 maggio 2016, sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali.

Infine, per quanto riguarda la “*Misura F*”, la *Roadmap* chiedeva alla Commissione di presentare un Green Paper che aprisse un dibattito sull’uso eccessivo della custodia cautelare in carcere negli Stati membri. Il Libro Verde è stato pubblicato nel 2011, aprendo una consultazione pubblica sulla questione dell’opportunità o meno che l’Unione europea stabilisca i periodi massimi di detenzione in custodia cautelare e imponga agli Stati membri un regolare riesame dei motivi che giustificano la permanenza della stessa custodia cautelare. La Commissione, inoltre, ha aperto un dibattito anche in merito al ruolo che l’Unione europea avrebbe dovuto/potuto giocare nell’assicurare alcuni standard nelle condizioni di detenzione al fine di ottenere un miglior funzionamento degli strumenti di mutuo riconoscimento¹⁰⁵¹.

La consultazione è stata chiusa nel novembre del 2011 senza che si sia arrivati ad una reale convergenza di vedute tra gli Stati membri e la società civile sul ruolo dell’Unione europea rispetto a tali tematiche e la Commissione, al momento, non ha annunciato prossime iniziative in merito.

Infine, è importante sottolineare che recentemente è stata adottata anche la Direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali¹⁰⁵².

¹⁰⁵¹ European Commission, Strengthening mutual trust in the European judicial area - A Green Paper on the application of EU criminal justice legislation in the field of detention, COM (2011) 327 final, 14 June 2011. Circa più di 50 ONG e 21 Stati membri risposero al Libro Verde, insieme alle Nazioni Unite e al Consiglio d’Europa.

¹⁰⁵² A seguito della Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Progredire nell’attuazione dell’agenda dell’Unione europea sulle garanzie procedurali per indagati e imputati – Rafforzare le basi dello spazio europeo di giustizia penale*, del 27 novembre 2013, COM (2013) 820 final.

Ad oggi, pertanto, a partire dall'epoca post-Lisbona sono state adottate ben sei direttive rilevanti in materia di salvaguardie difensive degli imputati/condannati nei procedimenti penali¹⁰⁵³ e com'era prevedibile, vista la delicatezza degli interessi in gioco, il legislatore UE è partito dall'adozione degli strumenti contenenti le misure meno controverse¹⁰⁵⁴.

Gli strumenti normativi adottati sinora, tuttavia, seppur potenzialmente idonei a velocizzare il funzionamento degli strumenti di mutuo riconoscimento, non sembrano strutturalmente e concettualmente adeguati ad assicurare un uguale livello di protezione dei diritti degli indagati e dei condannati nei procedimenti penali all'interno dell'Unione europea.

La scelta di questo approccio frammentato, infatti, diretto ad affrontare i diritti della difesa come parti distinte del diritto ad un equo processo ha condotto, come vedremo meglio nel prosieguo, a molte incoerenze e gravi compromessi proprio perché, nella realtà quotidiana giudiziaria, i vari diritti procedurali non possono essere considerati singolarmente essendo in costante relazione e dipendenza gli uni con gli altri.

Inoltre, la decisione di separare in autonome direttive le diverse prerogative che si sarebbero volute tutelare in passato con una sola omnicomprensiva Decisione quadro, seppur positiva per aver rilanciato lo sviluppo di una politica penale UE, ha dato vita a molte sovrapposizioni e ripetizioni che saranno frutto di incertezze e difficoltà in sede applicativa, finendo per sommarsi ad alcuni aspetti critici (come la tecnica di redazione di tali strumenti) che erano già emersi nell'era delle Decisioni quadro¹⁰⁵⁵.

Occorre considerare inoltre che, a causa del diverso termine di attuazione di ogni direttiva, ci vorrà diverso tempo per avere tutte le garanzie operative negli Stati membri¹⁰⁵⁶ e che l'accordo tra gli Stati è stato raggiunto solamente in merito ai diritti e alle questioni meno problematiche¹⁰⁵⁷. Ciò nonostante, occorre sottolineare che tali direttive non si applicano nemmeno a tutti gli Stati membri. La Danimarca non ha partecipato all'adozione di nessuna delle sei misure della *Road Map* e nemmeno alla direttiva sulla presunzione di innocenza, mentre il Regno Unito e l'Irlanda hanno esercitato l'*opt-ing* sono in relazione alle prime due direttive sui diritti processuali (ovvero rispetto alla direttiva sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali e alla direttiva sul diritto all'informazione nei procedimenti penali), considerando le altre misure troppo invasive.

Ancora prima di aver svolto un'analisi più approfondita di tali direttive, quanto sinora esposto è già sufficiente per sollevare la preoccupazione che l'Unione europea stia adottando una politica basata più sulla

¹⁰⁵³ Ovvero la direttiva sul diritto all'interpretazione e alla traduzione, la direttiva sul diritto all'informazione, la direttiva relativa al diritto di avvalersi di un difensore, la direttiva sul gratuito patrocinio, la direttiva sui diritti dei minori indagati/imputati nei procedimenti penali e la direttiva sulla presunzione di innocenza.

¹⁰⁵⁴ Proposta di Decisione quadro del Consiglio sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali (COM (2009) 338 definitivo), paragrafo 1: "...la Commissione ha deciso di limitarsi a disciplinare il diritto all'interpretazione e alla traduzione, sia perché questo diritto è risultato il meno controverso nelle discussioni sulla proposta del 2004, sia perché su questo tema già si dispone di studi e di materiale informativo".

¹⁰⁵⁵ Come afferma M. CAIANIELLO, *Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, "road map" e l'impatto delle nuove direttive*, op.cit..

¹⁰⁵⁶ T. SPRONKEN, *EU policy to guarantee procedural rights in criminal proceedings: an analysis of the first steps and a plea for a holistic approach*, in *European Criminal Law Review*, 2011, p. 228.

¹⁰⁵⁷ D. SAYERS, *Protecting fair trial rights in criminal cases in the European Union: where does the Roadmap take us?*, cit., p. 738.

semplificazione e sull'accelerazione della cooperazione giudiziaria in materia penale piuttosto che sull'imposizione di accettabili *standard* di protezione dei diritti fondamentali degli indagati/accusati nei procedimenti penali¹⁰⁵⁸.

Ciò premesso in via generale, nel prossimo paragrafo si verificherà se l'Unione europea possiede attualmente gli strumenti normativi adatti a rafforzare i diritti del giusto processo minorile all'interno dell'Unione senza scendere al di sotto del livello di garanzie attualmente offerto dalla CEDU e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

In seguito, si cercherà di comprendere come la nuova direttiva sulle garanzie procedurali dei minori in conflitto con la legge si relazionerà con le altre direttive sopracitate che non sono dedicate espressamente ai fanciulli.

2.2 L'approdo del giusto processo penale minorile europeo: la direttiva sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati in procedimenti penali

a) *Introduzione*

L'11 giugno 2016, ad attuazione della misura E della *Roadmap* del 2009¹⁰⁵⁹, è entrata in vigore la Direttiva (UE) 2016/800 sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali, alla quale saranno vincolati tutti gli Stati membri ad eccezione di Danimarca, Irlanda e Regno Unito¹⁰⁶⁰.

Come sopra anticipato, finora le direttive adottate a tutela delle prerogative degli indagati/imputati si rivolgono a questi ultimi in maniera generalizzata, indipendentemente, cioè, dalla loro età o dalle loro specifiche vulnerabilità e ognuno di tali strumenti normativi è focalizzato su uno specifico tipo di diritto procedurale¹⁰⁶¹; questa direttiva, invece, stabilisce una serie di garanzie e di diritti procedurali specificatamente rivolti alla tutela dei fanciulli.

¹⁰⁵⁸ Si vedano sul punto, tra gli altri: M. MEYSMAN, *Quo vadis with vulnerable defendants in the EU?*, in *European Criminal law review*, 2014, pp. 179 e ss.; K. AMBOS, *Mutual recognition versus procedural guarantees?*, in M. de Hoyos Sancho (Ed.), *Criminal proceedings in the European Union: essential safeguards*, 2008, pp. 25-38; M. ANDERSON, *Law enforcement cooperation in the EU and fundamental rights protection*, in M. Martin (Ed.), *Crime, rights and the EU: the future of police and judicial cooperation*, 2008, pp. 105-120; E. CAPE, J. HODGSON, T. PRAKKEN & T. SPRONKEN (Eds), *Suspects in Europe, procedural rights at the investigative stage of the criminal process in the European Union*, Intersentia Antwerp-Oxford, 2007 e G. VERMEULEN E L. VAN PUYENBROECK, *Towards minimum procedural guarantees for the defence in criminal proceedings in the EU*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2011, pp. 1017-1038.

¹⁰⁵⁹ Council of the European Union, *Roadmap with a view to fostering protection of suspected and accused persons in criminal proceedings* ('Roadmap', Council Document 11457/09, 1 July 2009).

¹⁰⁶⁰ In virtù dei rispettivi Opt-out (Danimarca) e Opt-in (Regno Unito e Irlanda), a norma dei protocolli 21 e 22 allegati al Trattato di Lisbona: cfr. considerando n. 69 e 70 della direttiva. La direttiva, a detta dell'eurodeputata Caterina Chinnici, relatrice per conto del PE, è ispirata al sistema giudiziario minorile vigente nell'ordinamento italiano.

¹⁰⁶¹ Il riferimento è alla Direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, alla Direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti, alla Direttiva 2013/48/UE relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e alla Direttiva UE 2016/343 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali.

Un simile intervento normativo a livello di Unione europea si è reso necessario dopo che uno studio della Commissione europea del 2014 ha reso evidenti le enormi differenze negli Stati membri nel trattamento dei minori entrati nel circuito penale. Nonostante gli identici impegni assunti sul piano internazionale, infatti, permangono molte prassi nazionali non conformi ai diritti riconosciuti ai fanciulli dalle principali fonti internazionali, come dimostrato più volte anche dalle pronunce di condanna degli Stati membri ad opera della Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁰⁶².

La Commissione europea ha motivato questa allarmante situazione sottolineando che, da un lato, la Convenzione ONU sui diritti dei fanciulli contiene disposizioni troppo generiche, raramente direttamente applicabili e rivolte solo in parte a questioni direttamente connesse con la tutela dei minori in sede processuale; dall'altro, tutte le condanne ricevute dagli Stati membri da parte degli organi di monitoraggio internazionali non hanno sortito alcun effetto sulle pratiche nazionali censurate¹⁰⁶³.

Per quanto riguarda, poi, in particolare, l'applicazione della CEDU, la Commissione ha rimarcato che le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo si sono susseguite in maniera frammentata e *ad hoc* e quindi gli *standard* di protezione dei diritti dei fanciulli non si sono consolidati chiaramente, ma sono rimasti incerti, soprattutto per quanto riguarda i minori in conflitto con la legge di cui la Corte europea si è occupata solo in riferimento ad alcuni marginali aspetti.

Secondo la Commissione, in definitiva, non ci si può più affidare solamente alla Corte europea dei diritti dell'uomo per assicurare una sufficiente protezione alle persone vulnerabili nell'area della giustizia criminale, anche perché le sentenze della Corte europea vengono di rado correttamente eseguite dagli Stati membri¹⁰⁶⁴.

Una ricerca condotta dall'Agenzia europea per i diritti fondamentali (FRA) ha fatto inoltre emergere le preoccupazioni degli operatori che lavorano nell'ambito della giustizia penale minorile in dieci Stati membri e che hanno sottolineato, in particolare, la mancanza di protocolli che rendano lo svolgimento del processo penale realmente *child-friendly*¹⁰⁶⁵.

Infine, la valutazione di impatto che accompagnava la proposta legislativa della Commissione europea ha stimato che in Europa vi sono oltre un milione di minori coinvolti in procedimenti penali ogni anno che soffrono la mancanza di una tutela adeguata e questo sempre nonostante vi sia ormai un consolidato quadro comune di principi e diritti fondamentali fissati a livello internazionale e nella stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹⁰⁶⁶.

¹⁰⁶² European Commission, *Summary of contextual overviews on children's involvement in criminal judicial proceedings in the 28 Member States of the European Union*, Publications office of the European Union, 2014.

¹⁰⁶³ European Commission, *Impact Assessment Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on procedural safeguards for children suspected or accused in criminal proceedings of 27 November 2013, SWD (2013) 480 final*, p. 13.

¹⁰⁶⁴ European Commission, *Impact Assessment...*, op. cit., p. 14.

¹⁰⁶⁵ European Union Agency for Fundamental Rights, *Child-friendly justice. Perspectives and experiences of professionals on children's participation in civil and criminal judicial proceedings in 10 EU Member States*, Publications office of the European Union, 2015.

¹⁰⁶⁶ European Commission, *Impact Assessment...*, ibidem.

È proprio quest'ultimo il punto su cui si incardina l'interesse dell'Unione europea nel legiferare a tutela dei minori coinvolti nei procedimenti penali. Le tante differenze esistenti negli Stati membri nel garantire il diritto a un equo processo a questi individui vulnerabili mina, infatti, la fiducia reciproca tra le autorità giudiziarie nazionali, il mutuo riconoscimento dei provvedimenti giudiziari e la libera circolazione delle persone all'interno dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Nell'affrontare questa tematica, come si è avuto modo di vedere nella prima parte del presente lavoro, non si può prescindere dal tenere in considerazione, in particolare, la Convenzione dell'ONU sui diritti del fanciullo, i Commenti Generali del Comitato per i diritti dei fanciulli, le Linee Guida sulla giustizia minorile del Consiglio d'Europa, nonché la CEDU e la relativa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Nel prosieguo si verificherà, pertanto, come e se tale *acquis* internazionale, comune agli Stati membri e richiamato di frequente dalla stessa Unione europea (in alcuni casi come modello da promuovere e in altri come parametro di base da superare tramite una tutela rafforzata), abbia influenzato il testo della nuova direttiva.

Prima di analizzare quest'ultima alla luce dei principi chiave della Convenzione ONU sui diritti dei fanciulli, che hanno rappresentato la base per l'elaborazione della normativa internazionale in materia di giustizia penale minorile, occorre chiarirne la base giuridica e l'ambito di applicazione in quanto entrambi sollevano non pochi interrogativi.

b) *base giuridica e ambito di applicazione*

Per quanto riguarda la base giuridica, bisogna innanzitutto ribadire che questa direttiva è stata proposta dalla Commissione europea con l'intento di rafforzare il mutuo riconoscimento e la cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri nelle materie penali aventi dimensione transnazionale, come imposto dall'art. 82, par. 2, TFUE che costituisce la base giuridica di tale strumento.

Diverse perplessità sono sorte, però, circa la "dimensione transnazionale" dell'oggetto della nuova direttiva.

Come più volte sottolineato, l'Unione europea possiede limitate competenze per adottare atti normativi che incidono sui diritti dei minori e non può andare oltre a quello che prevedono i Trattati, dovendo rispettare, altresì, i principi di sussidiarietà e proporzionalità.

Per quanto riguarda il principio di proporzionalità, l'Unione europea deve garantire che il contenuto e la forma degli atti adottati siano adeguati in rapporto con le finalità perseguite.

In merito alla forma, occorre nuovamente sottolineare che l'Unione, ai sensi dell'art. 82 TFUE, è vincolata ad adottare direttive e dunque strumenti che per essere applicati correttamente negli Stati membri necessitano di fissare obiettivi chiari.

Per quanto riguarda il contenuto, invece, l'Unione è tenuta ad adottare norme minime. Risulta difficile chiarire che cosa s'intenda per "norme minime", ma per evitare che tale concetto sia unicamente in balia delle volontà politiche degli Stati membri, occorre che lo stesso sia parametrato agli obiettivi che hanno spinto l'Unione europea ad adottare atti normativi in un determinato settore.

Ricapitolando brevemente quanto detto sopra, gli obiettivi che l'Unione ha posto a fondamento dell'adozione di questa direttiva non sono solo (e genericamente) il rafforzamento del mutuo riconoscimento e della cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri nelle materie penali aventi dimensione transnazionale. L'UE si è posta, infatti, anche l'obiettivo più specifico di ottenere un miglioramento della tutela dei diritti dei minori autori di reato nel processo penale rispetto a quanto previsto dalla Convenzione ONU sui diritti dei fanciulli, dalla CEDU e dalle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Nonostante, infatti, questi ultimi strumenti non rappresentino dei parametri di legittimità per l'Unione europea, tuttavia, non si può non attribuire valore al fatto che la stessa Commissione europea abbia proposto il testo di tale direttiva criticando, da un lato, le disposizioni della Convenzione ONU perché troppo generiche e raramente direttamente applicabili e, dall'altro, la CEDU e le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo perché incapaci, finora, di delineare chiari *standard* di protezione dei diritti dei fanciulli.

Si ritiene, pertanto, che l'obiettivo peculiare di tale direttiva fosse quello di adottare disposizioni che definissero *standard* di tutela chiari e precisi e che il livello minimo, ovvero di base, delle norme UE dovesse essere proprio quello garantito dagli strumenti internazionali presi in considerazione dalla Commissione europea.

Tutto ciò sarebbe ulteriormente confermato dalla presenza dell'art. 23 della direttiva in base al quale nessuna sua disposizione "*deve essere interpretata in modo tale da limitare o derogare ai diritti e alle garanzie procedurali garantiti dalla Carta, dalla CEDU, da altre pertinenti disposizioni di diritto internazionale, in particolare la Convenzione ONU sui diritti del fanciullo o dal diritto degli Stati membri che assicurano un livello di protezione più elevato*".

Ciò premesso, vedremo nel prosieguo se la direttiva rispetta effettivamente il principio di proporzionalità e quindi se il suo contenuto, unitamente alle caratteristiche intrinseche dello strumento direttiva in sé, è adeguato per raggiungere gli obiettivi prefissati dalla Commissione europea.

Per quanto riguarda, invece, il principio di sussidiarietà, è noto che il settore dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia rientra nelle materie di competenza concorrente nelle quali l'Unione europea può agire solo per apportare un valore aggiunto ai risultati che sarebbe possibile ottenere a livello nazionale.

In merito alle tematiche minorili, vige la tendenza comune e consolidata a ritenere che i bisogni dei fanciulli siano largamente dettati dall'ambiente in cui vivono e, pertanto, più correttamente tutelabili a livello locale/nazionale. Proprio per tali ragioni, l'Unione europea non ha una competenza generalizzata ad adottare atti a protezione dei minori, ma possiede competenze esplicite solamente per contrastare crimini transnazionali commessi nei confronti dei fanciulli.

Per quanto riguarda i minori che commettono reati, invece, bisogna fare nuovamente riferimento

all'art. 82 TFUE che attribuisce all'Unione la competenza ad adottare norme minime sui diritti della persona nella procedura penale in materie penali aventi dimensione transnazionale perché è in tali situazioni che bisogna valutare se l'azione dell'Unione europea può apportare o meno un valore aggiunto.

Chiarito ciò, bisogna considerare che i minori, in qualità di specifica categoria di imputati particolarmente vulnerabili, sono meno esposti degli adulti ad essere coinvolti in un processo penale come autori di reati transnazionali.

Si è, pertanto, aperto un dibattito¹⁰⁶⁷ circa le reali competenze della Commissione europea nell'adottare tale direttiva che, di fatto, contiene standard procedurali che vanno oltre una dimensione strettamente transnazionale, risultando applicabili soprattutto in situazioni puramente nazionali¹⁰⁶⁸.

Lo stesso ambito di applicazione della direttiva, d'altronde, si rivolge, ai sensi degli articoli 1 e 2, genericamente ai minori coinvolti in un procedimento penale senza operare ulteriori specificazioni che risulterebbero chiaramente discriminatorie.

La direttiva poi si applica anche ai minori oggetto di una richiesta di arresto e consegna a seguito dell'emissione di un MAE nei loro confronti¹⁰⁶⁹; in quest'ultimo caso, dunque, sono state prospettate a monte numerose situazioni nelle quali un minore, dopo aver commesso un reato in uno Stato membro diverso da quello di residenza, riesca a scappare in un altro Stato membro per evitare l'esercizio di un'azione penale nei suoi confronti o l'esecuzione di una pena o ancora di una misura di sicurezza privativa della libertà nel Paese di commissione dell'illecito¹⁰⁷⁰.

È evidente che l'ambito pratico di applicazione della direttiva in situazioni in cui entra in gioco un MAE risulti ancora più limitato, non essendo numerosi i fanciulli in grado di trovarsi in situazioni simili¹⁰⁷¹.

Questo emerge, tra l'altro, da uno stesso studio della Commissione europea in cui si sottolinea che il numero di casi transnazionali coinvolgenti imputati/sospettati minorenni è stato sovrastimato poiché i minori delinquenti incontrano oggettivamente maggiori difficoltà nello spostarsi al di fuori del proprio Paese di residenza rispetto al resto della popolazione e anche rispetto agli adulti vulnerabili (mentalmente o

¹⁰⁶⁷ Sul punto si veda, tra gli altri: D. SAYERS, *Protecting fair trial rights in criminal cases in the European Union: where does the Roadmap take us?*, in *Human Rights Law Review*, 2014, pp. 733-760; W. DE BONDT E G. VERMEULEN, *The procedural rights debate. A bridge too far or still not far enough?*, in *Eucrim*, 2010, pp. 163-167; G. VERMEULEN EL. VAN PUYENBROECK, *Approximation and mutual recognition of procedural safeguards of suspects and defendants in criminal proceedings throughout the European Union*, in M. Cools, B. De Ruyver, M. Easton, L. Pauwels, P. Ponsaers, G. VandeWalle, T. Vander Beken, F. Vander Laenen, G. Vermeulen & G. Vynckier (Eds.), *EU and International Crime Control*, 2010, pp. 41-62; G. VERMEULEN, *Flaws and contradictions in the mutual trust and recognition discourse: casting a shadow on the legitimacy of EU criminal policy making and judicial cooperation in criminal matters?*, in N. Persak (Ed.), *Legitimacy and trust in criminal law policy and justice*, Ashgate, 2014.

¹⁰⁶⁸ Come affermano W. De BONDT e G. VERMEULEN, *The procedural rights debate. A bridge too far or still not far enough?*, in *Eucrim*, 2010, p. 164: "the current procedural rights debate has lost the link with cross-border situations". Sul punto si veda anche M. MEYSMAN, *Quo vadis with vulnerable defendants in the EU?*, in *European Criminal law review*, 2014, p. 183.

¹⁰⁶⁹ Ai sensi degli artt. 2 e 17, la direttiva e le sue garanzie si applicano ai minori ricercati dal momento in cui sono arrestati nello Stato membro di esecuzione.

¹⁰⁷⁰ Art. 1 della Decisione quadro 2002/584/GAI relativa al Mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri.

¹⁰⁷¹ M. MEYSMAN, *Quo vadis with vulnerable defendants in the EU*, cit., p. 183-4. Per i minori risulta, infatti, di per sé, già difficile viaggiare inosservati da uno Stato membro all'altro e ancora di più avere accesso a denaro, mezzi di trasporto e altre facilitazioni necessarie per fuggire dopo aver commesso un reato in uno Stato diverso da quello di residenza.

fisicamente)¹⁰⁷².

Sempre la Commissione, nella sua valutazione finale sull'impatto della proposta di questa direttiva, ha ammesso che, in termini di casi transnazionali, non esistono precise informazioni riguardo al numero di persone vulnerabili arrestate o condannate al di fuori del proprio Stato membro d'origine, potendosi stimare una cifra pari all'1% come rappresentativa dei casi transnazionali coinvolgenti tutti i condannati ritenuti affetti da una particolare vulnerabilità e, dunque, non solo i minori¹⁰⁷³.

Alla luce di ciò, era difficile parlare della necessità di un intervento dell'Unione europea a tutela dei minori autori di reato in merito a tali tipi di situazioni transfrontaliere e, infatti, la stessa Commissione ha chiarito che la dimensione transnazionale non era la prima preoccupazione alla base dell'adozione della direttiva¹⁰⁷⁴.

A parere di quest'ultima, infatti, la presenza di elementi transnazionali non è necessaria per rafforzare il mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie in quanto, una volta fissati a livello nazionale degli *standard* procedurali minimi, la fiducia tra le autorità giudiziarie dei vari Stati membri aumenterà di conseguenza in quanto gli Stati saranno preparati a garantire *standard* di protezione accettabili ove i loro procedimenti dovessero assumere contorni transfrontalieri o nel caso in cui si dovesse presentare la necessità di cooperare in merito a reati transnazionali.

Con questa affermazione la Commissione ha fatto crollare ancora una volta l'idea che per anni la stessa Unione europea ha cercato di diffondere ovvero che tutti gli Stati membri, nonostante le tante differenze, sono in grado di assicurare una protezione minima equivalente dei diritti fondamentali.

Ormai consapevole del fatto che tale *standard* minimo di protezione non esiste in tutti gli Stati membri, la Commissione (giustamente) ha deciso di spingersi oltre, cercando di ottenere una minima armonizzazione che vada al di là del contesto transnazionale e giustificando la scelta dell'art. 82, par. 2, TFUE come base giuridica di questa direttiva sulla base del fatto che, da un lato, sarebbe impossibile imporre una categorizzazione *ex ante* dei procedimenti penali come transnazionali o nazionali e, dall'altro, si creerebbe una discriminazione nel trattamento dei minori a seconda che il procedimento penale che li

¹⁰⁷² Si veda G|H|K., *Impact assessment of a measure covering special safeguards for children and other vulnerable suspected or accused persons in criminal proceedings* (Interim Report for the study just/2011/EVAL- JPEN/FW/1017/A4), DG Justice, 2012, p. 59 dove si afferma chiaramente che “*little evidence has been found of vulnerable persons being arrested or prosecuted outside of their own member states*”. Gli adulti vulnerabili, infatti, per i quali non è stato previsto uno strumento vincolante, ma una semplice raccomandazione, possono, a volte, viaggiare più facilmente senza essere ostacolati o notati rispetto a un minore.

¹⁰⁷³ European Commission, *Commission Staff Working Document Impact Assessment accompanying the document Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council Proposal for a on procedural safeguards for children suspected or accused in criminal proceedings*, SWD/2013/0480 final, p. 30, punto 4.3. La Commissione implicitamente ammette la difficoltà nel raccogliere informazioni concrete in merito ai condannati vulnerabili nei processi penali come è evidenziato dall'uso dell'espressione “*data suggest*”.

¹⁰⁷⁴ M. MEYSMAN, *Quo vadis with vulnerable defendants in the EU?*, cit., p. 184. Sempre nella valutazione finale sull'impatto della presente direttiva la Commissione ha affermato, infatti, che “*This initiative will apply to all criminal proceedings irrespective of whether they present a cross-border element or not. The reason for this is that both the policy objectives as described below may only be met if minimum rules apply to all criminal proceedings. In order to improve mutual trust and thus judicial cooperation, judicial authorities need to be aware that sufficiently high standards apply across the board in the jurisdictions of other Member States. If Member States were at liberty to apply lower standards to purely domestic proceedings, the requisite of mutual trust between judicial authorities could not be boosted*”.

vede coinvolti sia transfrontaliero o meno¹⁰⁷⁵.

A detta sempre della Commissione, il divieto di creare discriminazioni in tal senso deriva dalla stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che garantisce i diritti in essa contenuti a tutti gli indagati/imputati in procedimenti penali, indipendentemente dal contesto nazionale o transnazionale della loro situazione¹⁰⁷⁶ e, pertanto, la competenza per adottare una simile direttiva discenderebbe dalla Carta più che dal contenuto dell'art. 82, par. 2, TFUE¹⁰⁷⁷.

Il ragionamento della Commissione su tale punto, tuttavia, appare controverso. Nonostante, infatti, dopo la pronuncia nel caso *Fransson*, la Corte di Giustizia abbia chiarito che la Carta dei diritti fondamentali si applica in *tutte le situazioni* che ricadono nell'ambito di applicazione del diritto UE¹⁰⁷⁸, e, pertanto, indifferentemente in contesti puramente nazionali o meno, la Carta rimane in ogni caso applicabile solamente se l'Unione europea possiede un'esplicita competenza per agire fissata nel Trattato e alla sola lettura dell'art. 82 TFUE non sembra che l'Unione abbia la competenza per agire in contesti puramente nazionali.

A parere di chi scrive, sarebbe stato più opportuno supportare l'utilizzo della base giuridica scelta operando una valutazione sistematica, ovvero facendo notare che il Trattato ricorre all'utilizzo della formula "*materie penali aventi dimensione transnazionale*" nell'art. 82 TFUE, mentre nell'art. 81 TFUE, in materia di cooperazione giudiziaria civile, utilizza la diversa formulazione "*con implicazioni transnazionali*".

Come sottolineato nel primo capitolo della seconda parte del presente lavoro, infatti, questa differenza sembra suggerire la più ampia portata operativa del disposto dell'art. 82, par. 2, TFUE che sarebbe in grado di conferire all'Unione il potere di ravvicinare gli ordinamenti interni su certi aspetti della procedura penale non solo quando si è in presenza di procedimenti che coinvolgono più Stati membri, dovendosi intendere la dimensione transfrontaliera meramente come una caratteristica che potrebbe o meno riguardare un processo penale.

Dopo aver chiarito ciò, la Commissione avrebbe poi potuto concludere affermando che la dimensione transfrontaliera non rappresenta un prerequisito per un intervento legislativo UE in campo processual penale¹⁰⁷⁹.

Con tali osservazioni non si vuole di certo sottostimare l'azione intrapresa dall'Unione europea a tutela dei diritti dei minori in conflitto con la legge (sebbene attraverso delle forzature del Trattato), ma si ritiene che l'idea che la nuova direttiva sia basata su una discutibile base giuridica e, conseguentemente, su una discutibile competenza dell'Unione europea, abbia potuto influire sulle "resistenze" del Consiglio nel non voler armonizzare certi aspetti, caldeggiati, invece, sia dalla Commissione che dal Parlamento, a scapito, come vedremo, dell'effettiva tutela offerta da questo nuovo strumento.

Riassumendo quanto detto sinora, da un lato, l'ambito di applicazione della direttiva sui diritti dei

¹⁰⁷⁵ European Commission, *Commission Staff Working Document Impact Assesment*, cit., p. 31, punto 4.5.1.

¹⁰⁷⁶ European Commission, *Commission Staff Working Document Impact Assesment*, cit., p. 31, punto 4.5.1.

¹⁰⁷⁷ M. MEYSMAN, *Quo vadis with vulnerable defendants in the EU*, cit., p. 187.

¹⁰⁷⁸ Corte di Giustizia, sentenza del 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åkerberg Fransson*, paragrafo 19.

¹⁰⁷⁹ M. MEYSMAN, *Quo vadis with vulnerable defendants in the EU?*, cit., p. 185.

minori indagati/imputati nei procedimenti penali può apparire ampio, essendo scollegato dal contesto transnazionale e rivolto soprattutto a situazioni puramente interne; dall'altro, in merito all'esecuzione di un MAE nei confronti di un minore appare, invece, piuttosto limitato a livello pratico. Infine, se paragonata alle altre direttive adottate finora in esecuzione delle varie misure della *Roadmap* del 2009, questa direttiva presenta una portata più ampia, contenendo una serie di garanzie che trovano applicazione in tutte le fasi del procedimento penale.

Ciò premesso, è ora opportuno definire ancora più chiaramente il suo ambito di applicazione e il primo criterio da tenere in considerazione è quello dell'età dei minori coinvolti.

Per "minore", ai sensi dell'art. 3 della direttiva, s'intende una persona di età inferiore a 18 anni e se non risulta possibile stabilire l'età precisa vige il principio del beneficio del dubbio e la minore età va presunta.

La direttiva non incide sulle disposizioni nazionali in materia di fissazione dell'età minima per la responsabilità penale e ciò rappresenta un'enorme occasione persa per l'Unione europea, considerato che la maggioranza degli Stati membri ha fissato l'età minima attorno ai 14/15 anni, solo 5 Stati hanno un'età minima più bassa¹⁰⁸⁰ e giusto tre più alta (ovvero fissata a 18 anni¹⁰⁸¹).

Sembra, pertanto, potersi affermare che uno *standard* minimo sussiste già al riguardo all'interno dell'Unione europea. Inoltre, la competenza dell'Unione a stabilire un'età minima per la responsabilità penale a livello UE poteva rientrare nel quadro dei "diritti della persona nella procedura penale" di cui all'art. 82, par. 2, TFUE in quanto tale formulazione non sembra a tal punto restrittiva da escludere i diritti sostanziali che sono strettamente legati al godimento di quelli procedurali.

Questa scelta, tra l'altro, avrebbe inciso sull'operatività del più importante strumento UE attualmente esistente per facilitare la cooperazione giudiziaria in materia penale. Non aver fissato un'età minima comune per la responsabilità penale a livello di Unione europea, infatti, continuerà ad influenzare, limitandola, l'operatività del Mandato d'arresto europeo, in quanto, come è già stato anticipato, l'art. 3 della Decisione quadro 2002/584/GAI prevede espressamente che l'"età" possa essere un motivo di non esecuzione obbligatoria del MAE ove, in base alla legge dello Stato di esecuzione, un minore risulti non imputabile penalmente.

Inoltre, fissando l'età minima per la responsabilità penale a 14 o 15 anni (e salvaguardando ovviamente le tre normative nazionali che ne prevedono una più elevata), sarebbe venuta meno una delle più gravi discriminazioni tra minori all'interno dell'Unione europea e si sarebbe potuto incidere anche su alcuni aspetti connessi e molto criticati dal Comitato ONU per i diritti dei minori¹⁰⁸².

¹⁰⁸⁰ In Irlanda, Olanda e Scozia è fissata a 12 anni, in Inghilterra, Galles e Nord Irlanda è 10 anni. La soglia dei 10 anni rappresenta una delle età minime per la responsabilità penale più bassa del mondo ed è stata fissata dopo il grande caso mediatico che è arrivato anche davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo e di cui si è già avuto modo di parlare ovvero *T and V v. United Kingdom* (16 dicembre 1999).

¹⁰⁸¹ Ovvero Belgio, Francia e Lussemburgo.

¹⁰⁸² Inutile ricordare, inoltre, che più l'età minima è elevata più si incoraggia un sistema basato su risposte non giudiziarie in merito alla delinquenza minorile come prescrive l'art. 40 della Convenzione sui diritti del fanciullo.

In 6 Stati membri, infatti, i minori al di sotto dell'età minima per la responsabilità penale possono essere giudicati penalmente se commettono gravi crimini, portando, così, ad una deroga dell'età minima¹⁰⁸³. In altri Stati membri, poi, sempre al di sotto dell'età minima per la responsabilità penale, ai minori possono essere applicate delle misure punitive e restrittive della libertà personale, penali a tutti gli effetti, nonostante siano fatte rientrare formalmente nell'ambito civile/amministrativo, senza a volte nemmeno imporre l'assistenza di un legale, e, dunque, anche in questo modo si finisce per aggirare il limite dell'età minima¹⁰⁸⁴.

Un intervento dell'Unione europea al riguardo avrebbe, pertanto, potuto porre un termine alle pratiche di aggiramento dell'età minima, fortemente condannate dal Comitato per i diritti dei fanciulli e che sono state il vero motivo per cui non si è raggiunto un accordo in merito, non ritenendosi esclusa, dal punto di vista giuridico, la competenza dell'Unione europea ad incidere su tale aspetto in virtù dell'art. 82, par. 2, del TFUE.

Ritornando all'ambito di applicazione, la direttiva si applica alle persone che erano minori al momento di essere sottoposte al procedimento penale, escludendo, pertanto, chi è diventato maggiorenne prima del processo.

Inoltre, nel caso in cui gli imputati minori di età diventassero maggiorenni nelle more del processo, la direttiva continuerà ad applicarsi solo se ciò risulterà appropriato alla luce di tutte le circostanze del caso, avendo riguardo alla maturità e alla vulnerabilità della persona interessata¹⁰⁸⁵. In questi casi, agli Stati membri è poi espressamente concesso di poter non applicare le garanzie contenute nella direttiva al compimento del ventunesimo anno di età dell'indagato.

Queste precisazioni non si comprendono se lette in combinato disposto con il primo paragrafo dell'art. 2 che prevede che la direttiva si applica fino alla decisione definitiva sulla colpevolezza, incluse, ove previste, la pronuncia di condanna e la decisione sull'impugnazione. Negli Stati membri con una soglia dell'età minima per la responsabilità penale medio-alta, nelle more del processo e dei vari gradi di impugnazione, un minore imputato può diventare facilmente maggiorenne e potrebbe arrivare anche a compiere 21 anni; non consentire ai minori di poter godere delle garanzie contenute nella presente direttiva rappresenta, pertanto, una grave violazione del principio "*tempus regit actum*".

Allo stesso modo, non ritenere applicabile la direttiva a chi ha commesso un reato da minore, raggiungendo la maggiore età prima dell'inizio del procedimento penale, è sempre contrario al medesimo principio.

¹⁰⁸³ Questa pratica è stata molto criticata dal Comitato per i diritti dei minori dell'ONU e avviene in Belgio, dove i minori a partire dai 16 anni che commettono reati gravi vengono giudicati davanti al tribunale per gli adulti e subiscono le stesse loro sanzioni, e anche in Ungheria, Irlanda, Lituania, Lussemburgo e Polonia.

¹⁰⁸⁴ Questa prassi è contraria all'art. 40 della Convenzione sui diritti del fanciullo e avviene, ad esempio, nel Regno Unito nei Paesi Bassi e nella Repubblica Ceca. Riguardo quest'ultimo Stato, in particolare, si vedano le critiche del Comitato per i diritti umani e del Comitato per i diritti dei fanciulli: *Concluding Observations of the UN Human Rights Committee on the Third Periodic Report of the Czech Republic*, adopted on 22 August 2013, section 20, CCPR/C/CZE/CO/3; *Concluding observations of the UN Committee on the Rights of the Child on the Czech Republic*, adopted on 17 June 2011, CRC/C/CZE/CO/3-4.

¹⁰⁸⁵ Art. 2, par. 3, della direttiva. Tale previsione è stata inserita a seguito di un emendamento proposto dal Parlamento europeo con la risoluzione legislativa del 12 febbraio 2015.

Per l'applicazione della direttiva, in pratica, rileva unicamente la minore età di un soggetto al momento in cui inizia il procedimento penale a suo carico¹⁰⁸⁶. Basti pensare che, al riguardo, il Comitato per i diritti dei minori era stato molto chiaro nell'affermare che “*ogni persona minore di 18 anni al tempo della presunta commissione di un illecito deve essere trattata secondo le regole della giustizia minorile*” e, pertanto, è deludente che la direttiva non abbia deciso di adottare un simile orientamento, restringendo, così, enormemente (e ingiustamente) il suo ambito di applicazione¹⁰⁸⁷.

Il secondo criterio utilizzato per definire l'ampiezza della portata applicativa della direttiva si basa sul tipo di procedimento interessato.

La direttiva, infatti, si applica solamente ai processi dinanzi a un giudice o a un tribunale avente giurisdizione in materia penale, oltre che quando sia stato emesso un MAE.

Ai sensi del considerando n. 17, infatti, la direttiva non dovrebbe applicarsi ai procedimenti diversi da quelli penali, in particolare a quelli specificatamente destinati ai minori e che comportino misure di protezione, correttive o educative.

Questo inevitabilmente solleva il problema di comprendere se la natura penale del procedimento debba essere considerata in maniera formale o sostanziale, questione che desiderava chiarire il Parlamento europeo, tramite l'introduzione di successivo considerando chiarificatore, ma che purtroppo è rimasta ambigua¹⁰⁸⁸.

Attualmente, pertanto, in base a quanto si desume dal sopra citato considerando n. 17, si ritiene che la natura penale del procedimento debba essere considerata in maniera formale e si teme che tale approccio possa ridurre significativamente l'ambito di applicazione della direttiva e portare a delle forti discriminazioni nel trattamento dei minori in conflitto con la legge all'interno dell'Unione europea, considerato che nella giustizia penale minorile il discrimine tra un procedimento penale e uno amministrativo/educativo è molto lieve¹⁰⁸⁹.

Al riguardo, in futuro, potrebbero presentarsi delle criticità nel rapporto con la Corte europea dei diritti dell'uomo, in quanto quest'ultima non si ferma alla definizione di un procedimento come “penale o non

¹⁰⁸⁶ In merito, il considerando n. 12, incoraggia gli Stati membri ad applicare le garanzie procedurali previste dalla direttiva ad ogni un individuo che abbia raggiunto la maggiore età dopo il fatto di reato e fino al compimento dei 21 anni, ma tale disposizione, non essendo nel corpo operativo della direttiva, non è di certo sufficientemente tutelante.

¹⁰⁸⁷ Comitato per i diritti dei minori, Commento Generale n. 10.

¹⁰⁸⁸ Il Parlamento europeo aveva proposto di inserire un considerando che specificasse che “*la natura penale di un procedimento non può essere sempre determinata attribuendo esclusivo rilievo alla qualificazione di tale procedimento e delle relative possibili sanzioni secondo il diritto nazionale*”. Attraverso due emendamenti, poi bocciati anch'essi, il Parlamento auspicava che non si tenesse in considerazione solamente la qualificazione formale del procedimento nell'ordinamento nazionale, ma anche le ricadute dello stesso nella vita e nello sviluppo del minore, soprattutto ove potesse risultare un'annotazione nel casellario giudiziale (emendamento n. 4) o una decisione affermatrice, anche solo implicitamente, la responsabilità del minore in ordine al reato ascrittogli, pur non importando l'applicazione di una sanzione (emendamento n. 6). Si soffermano su tale problematica D. DE VOCHT, M. PANZAVOLTA, M. VANDERHALLEN e M. VAN OOSTERHOUT, *Procedural safeguards for juvenile suspects in interrogations. A look at the Commission's Proposal in light of an EU comparative study*, in *New Journal of European Criminal law*, vol. 5, issue 4, 2014, p. 485.

¹⁰⁸⁹ Alcuni Stati membri, come Polonia e Belgio, non definiscono, ad esempio, come formalmente penali alcune azioni intraprese nei confronti dei minori autori di reati, definendo la maggior parte degli interventi punitivi/preventivi di tipo “educativo”. Le ragioni di tale scelta possono essere due: un'alta soglia dell'età minima per la responsabilità penale (in Belgio effettivamente è fissata a 18 anni) oppure l'intento di evitare una stigmatizzazione negativa per i minori in conflitto con la legge derivante dall'essere definiti “criminali”.

penale” attribuita dalla legge nazionale, ma valuta la sostanza delle sanzioni inflitte per verificare se rientrino nell’applicazione dell’art. 6 della CEDU.

In diversi casi, infatti, la Corte europea ha statuito che le garanzie del giusto processo previste nell’art. 6 della CEDU si applicano anche a procedimenti di famiglia o amministrativi in quanto sostanzialmente di natura penale¹⁰⁹⁰.

In linea con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, pertanto, sarebbe stato auspicabile chiarire che la nozione di “procedimento penale” verrà interpretata nel diritto UE in maniera autonoma, ovvero indipendentemente dal modo in cui i procedimenti sono stati classificati negli Stati membri¹⁰⁹¹.

Secondo alcuni, la scelta di non chiarire tale questione deriverebbe dalla volontà di rispettare il principio di sussidiarietà in quanto i procedimenti di natura non criminale non potrebbero dar origine ad una cooperazione giudiziaria tra Stati membri in materia penale, andando al di là delle competenze attribuite all’Unione¹⁰⁹². In realtà, ci sono già stati dei casi in cui, ad esempio, un MAE nei confronti di un minore è stato eseguito dallo Stato membro di esecuzione anche se non era basato su un procedimento di natura penale¹⁰⁹³.

Si auspica, pertanto, che quando la Corte di Giustizia verrà chiamata ad interpretare il termine “procedimento penale” lo farà in linea con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e soprattutto alla luce della propria giurisprudenza, anche recente, in materia di nozioni autonome, arrivando ad un risultato positivo e maggiormente tutelante per i minori¹⁰⁹⁴.

Sempre per quanto riguarda il tipo di procedimenti, la direttiva non specifica se la fase di esecuzione della sentenza sia coperta dal suo ambito di applicazione. La direttiva, infatti, come si è già anticipato, precisa solamente che la sua applicazione è garantita fino alla decisione definitiva sulla colpevolezza e, se previste, fino alla pronuncia di condanna e alla relativa decisione sull’impugnazione quindi anche questa rimane una

¹⁰⁹⁰ Al riguardo si vedano le sentenze *Adamkiewicz v. Poland*, 2 marzo 2010, proc. n. 54729/00 e *Blokhin v. Russia*, 14 novembre 2013, n. 47152/06. Secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, la protezione offerta dall’art. 6 della CEDU vale per qualsiasi accusa di natura penale rivolta ad un individuo e il carattere penale di un procedimento viene determinato sulla base di tre parametri detti “criteri Engel” dal nome della pronuncia in cui sono stati elaborati (*Engel and Others v The Netherlands* No. 5100/71, 8 June 1976) ovvero: 1. Qualificazione data dal diritto interno; 2. Natura dell’illecito; 3. Potenziale natura e gravità della sanzione.

¹⁰⁹¹ Come auspicato anche dal Comitato economico e sociale europeo nel suo parere in merito alla Proposta di direttiva in commento.

¹⁰⁹² D. DE VOCHT, M. PANZAVOLTA, M. VANDERHALLEN e M. VAN OOSTERHOUT, *Procedural safeguards for juvenile suspects in interrogations. A look at the Commission’s Proposal in light of an EU comparative study*, in *New Journal of European Criminal law*, vol. 5, issue 4, 2014, p. 486.

¹⁰⁹³ Il riferimento è, ad esempio, ad un MAE richiesto dal Belgio alla Polonia e riguardante la consegna di un minore di 17 anni a seguito di un ordine di un giudice del tribunale della famiglia. Il giudice polacco ritenne che la consegna del minore non dovesse essere preclusa dalla natura formalmente non penale del procedimento belga (si veda Council of the European Union, Evaluation report on the fourth round of mutual evaluations, “*The practical application of the European arrest warrant and corresponding surrender procedures between member states*”. Report on Poland, 14 December 2007 (ST 14240/1/07), p. 22–24).

¹⁰⁹⁴ Nella causa C-60/12, *Baláž*, del 14 novembre 2013, la Corte di Giustizia ha, infatti, dichiarato che “la nozione di “autorità giudiziaria competente, in particolare, in materia penale” costituisce una nozione autonoma di diritto dell’Unione e deve essere interpretata nel senso che rientra in tale nozione ogni organo giurisdizionale che applichi un procedimento che presenta le caratteristiche essenziali di un procedimento penale” (punto 42 della pronuncia).

questione aperta al momento¹⁰⁹⁵.

Il terzo criterio per stabilire l'ambito di applicazione della direttiva si basa sul "tipo di reato".

Si afferma, infatti, che gli Stati membri non sono tenuti ad applicare la direttiva per i reati minori accertati da un'autorità diversa da quella avente giurisdizione in materia penale davanti alla quale è possibile presentare impugnazione, salvo il caso in cui un minore possa essere privato della libertà personale come sanzione¹⁰⁹⁶.

Per i reati minori si è deciso persino di superare la qualificazione formale stabilita dagli ordinamenti nazionali in quanto, come chiarisce il considerando n. 16, alcuni Stati membri considerano "reati" anche infrazioni di minore gravità per le quali si ritiene sproporzionata l'applicazione integrale delle garanzie della direttiva.

Tale scelta, introdotta tramite un emendamento del Consiglio, non sembra giustificabile per una serie di motivi.

Innanzitutto, una simile distinzione tra tipi di reati non esiste in nessuna normativa internazionale in materia di protezione dei diritti dei fanciulli in conflitto con la legge, né si hanno precedenti nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo; inoltre, in questo modo si ignora ancora una volta che tutti i procedimenti giudiziari possono avere un impatto traumatico sui minori e, pertanto, negare a questi ultimi le garanzie minime dell'equo processo solo perché commettono "reati minori" è contrario al principio del superiore interesse del minore.

Tale violazione risulta ancora più evidente se si considera che i reati minori indicati come esempio, ovvero le infrazioni minori al codice della strada, dei regolamenti comunali e dell'ordine pubblico, sono proprio quelli comunemente commessi dai fanciulli e quindi viene ridotto ulteriormente l'ambito di applicazione della direttiva.

Bisogna sottolineare che le limitazioni in merito ai reati minori rispecchiano quanto previsto anche in altre direttive UE dedicate ai diritti degli indagati/imputati in procedimenti penali (come la direttiva sul diritto all'interpretazione e alla traduzione, quella sul diritto all'informazione, la direttiva sul diritto all'accesso a un avvocato e quella sul gratuito patrocinio), ma ciò non toglie che una clausola che già di per sé appare ingiustificata sia stata inserita anche in uno strumento redatto a tutela di una particolare categoria vulnerabile di imputati.

Altro elemento fondamentale che una direttiva rivolta a dei soggetti vulnerabili dovrebbe possedere è una lista delle definizioni chiave, ovvero fondamentali per poterla eseguire al meglio nei 25 Stati membri che ne saranno vincolati.

¹⁰⁹⁵ La fase dell'impugnazione è stata inserita nella versione finale della direttiva in quanto non era prevista nell'iniziale proposta della Commissione. La previsione, contenuta nell'art. 2 è, tuttavia, diversa rispetto a quella utilizzata nelle direttive sul diritto all'informazione (2012/13) e sull'accesso a un avvocato (2013/48) che chiariscono entrambe meglio il concetto di "conclusioni del procedimento" riferendosi a "the final determination of the question whether the suspect/accused person has committed the criminal offence, including, where applicable, sentencing and the resolution of any appeal", ammettendo, dunque, che ci sia più di un grado di giudizio e dunque più di una impugnazione.

¹⁰⁹⁶ Art. 2, par. 6, e considerandi n. 14 ("È opportuno che la presente direttiva non si applichi in relazione ad alcun reato minore. Tuttavia, essa dovrebbe applicarsi se il minore indagato o imputato è privato della libertà personale"), 15 e 16 della direttiva.

L'articolo 3 della direttiva, dedicato proprio alle definizioni, chiarisce unicamente la già citata definizione di “minore” e quelle di “titolare della responsabilità genitoriale” e di “responsabilità genitoriale” sulle quali non sono mai sorti particolari contrasti tra gli Stati membri. Del tutto mancante, invece, anche in questo strumento una definizione del termine “vulnerabilità”.

In via di principio, pertanto, sembrerebbe potersi affermare che qualsiasi minore di età che si trovi a dover affrontare un'indagine o un processo penale debba essere considerato vulnerabile in maniera automatica in ragione unicamente dell'età.

La minore età anagrafica, infatti, rappresenta il parametro più oggettivo della vulnerabilità a differenza di altri fattori come la presenza di problemi mentali, fisici o dipendenze varie da sostanze stupefacenti o alcoliche.

In considerazione del fatto che la vulnerabilità derivante dalla minore età possa aumentare in presenza di altre problematiche individuali, la direttiva, come vedremo, richiede agli Stati membri di effettuare una valutazione individuale dei minori autori di reato¹⁰⁹⁷.

Sulla natura delle “altre vulnerabilità”, tuttavia, la direttiva non si sofferma nello specifico. Di ciò se ne occupa, infatti, la Raccomandazione della Commissione sulle garanzie procedurali per le persone vulnerabili sospettate o accusate in procedimenti penali che si rivolge indifferentemente a minori e adulti, rappresentando per questi ultimi l'unico strumento che tiene in considerazione le loro vulnerabilità¹⁰⁹⁸.

La scelta della Commissione di dedicare ai problemi fisici e mentali degli imputati una mera Raccomandazione potrebbe avere ripercussioni anche per i minori in quanto è ormai dimostrato che la delinquenza giovanile è spesso legata a questioni di disturbi mentali in grado di incidere enormemente

¹⁰⁹⁷ Art. 7 della Direttiva.

¹⁰⁹⁸ European Commission, *Commission Recommendation on procedural safeguards for vulnerable persons suspected or accused of criminal proceedings*, OJ 2013 C 378/8. Una volta che una persona diventa adulta occorre identificare lo specifico problema mentale o fisico che rende un individuo vulnerabile e riguardo ai disturbi mentali può risultare molto complesso individuare oggettivamente e in un breve lasso di tempo una specifica patologia, a differenza di come si può individuare facilmente un problema fisico o la vulnerabilità causata dall'età. Pertanto, un individuo adulto con problemi mentali coinvolto in un procedimento penale si troverà indubbiamente in una situazione più svantaggiosa rispetto a un minore. Per un adulto vulnerabile risulta poi più facile, rispetto a un minore, rimanere coinvolto in procedimenti penali transnazionali e dunque la Commissione non avrebbe nemmeno dovuto forzare la lettura dell'art. 82, par. 2, TFUE per giustificare una propria azione a tutela di tali soggetti che, invece, possono contare unicamente su uno strumento non vincolante (come sottolinea M. MEYSMAN, *Quo vadis with vulnerable defendants in the EU?*, cit., pp. 189-191). La Commissione ha spiegato la sua decisione di dedicare agli adulti vulnerabili unicamente una Raccomandazione a causa della mancanza di una definizione di “adulto vulnerabile” condivisa a livello internazionale o di *standard* precisi a livello di Unione europea (*European Commission, Commission Staff Working Document Executive Summary of the Impact Assessment Accompanying the Proposal for Measures on special safeguards for children and vulnerable adults suspected or accused in criminal proceedings*, SWD (2013) 481 final, 2013, p. 7, para. 1). Nonostante ciò, la Commissione non ha incontrato difficoltà nel fissare ben due definizioni sulla vulnerabilità nella Raccomandazione: una generale sul concetto di “persona vulnerabile” (Una persona vulnerabile è una “*suspected or accused person who is not able to understand and to effectively participate in criminal proceedings due to their age, their mental or physical condition or disabilities*”) e una sulla presunta vulnerabilità che dovrebbe presumersi in certe situazioni (“[in particular] persons with serious psychological, intellectual, physical or sensory impairments, or mental illness or cognitive disorders, hindering them to understand and effectively participate in the proceedings”). Pertanto, come si è chiesto il Parlamento europeo: “*why this difficulty [the lack of a definition] has not stopped other pieces of legislation already being adopted in the same field with specific provisions referring to vulnerable persons*”. Sul punto si veda *A. Davies, Initial appraisal of a European Commission Impact Assessment European Commission proposal on procedural safeguards for children in criminal proceedings, Ex Ante Impact Assessment Unit, Directorate C for Impact Assessment and European Added Value, Directorate-General for Parliamentary Research Services (DG EPRS), European Parliament, 2014, p. 5.*

sull'effettivo godimento delle loro garanzie processuali¹⁰⁹⁹.

Inoltre, come si vedrà nel prosieguo, la preoccupazione che certe vulnerabilità dei minori non vengano tenute in dovuta considerazione è alta se si considera che la direttiva prescrive il diritto all'esame medico, per valutare lo stato fisico e mentale dei minori, solamente ove questi ultimi siano privati della libertà e, quindi, indirettamente non esclude la possibilità che dei minori con disabilità fisiche, sensoriali o con difficoltà di apprendimento possano essere detenuti in carcere¹¹⁰⁰.

Suddividere le tutele per gli imputati più vulnerabili in strumenti vincolanti e non potrebbe creare dei vuoti di tutela per i fanciulli che presentano delle vulnerabilità aggiuntive rispetto a quella della minore età.

Inoltre, è anche errato credere che non ci sia più bisogno di riflettere sulla vulnerabilità dei minori autori di reato in ragione della loro minore età, pur sfociando il discorso più nell'ambito della psicologia.

Ci sono, infatti, varie ragioni che rendono un minore più vulnerabile di altri e tra queste c'è proprio la differenza di età. Normalmente si segnala una tendenza negli Stati membri a non operare alcun tipo di differenza tra le fasce di età dei minori che possono essere coinvolti in un procedimento penale, preferendo pensare che *"one size fits all approach"*¹¹⁰¹. Tuttavia è risaputo in psicologia che ad ogni fascia d'età corrisponde un diverso livello di sviluppo mentale ed emotivo. Al riguardo la direttiva ripete costantemente di adottare ogni provvedimento tenendo in considerazione l'età del minore, dimostrando di essere ben consapevole di tale aspetto nonostante esso non emerga con chiarezza nemmeno nei considerando.

Infine, un'altra definizione chiave mancante si ritiene essere quella del termine "interrogatorio", visto che diverse garanzie sono connesse proprio a tale strumento processuale e nei vari Stati membri un minore può essere sentito più volte, da persone diverse e per scopi differenti e dunque sarebbe stato opportuno chiarirne il significato anche perché, come si vedrà nel prosieguo, i minori autori di reato godono di minori garanzie nell'ascolto rispetto ai fanciulli vittime di reato.

Una volta individuato l'ambito di applicazione della direttiva si può passare all'analisi del suo contenuto.

L'analisi verrà condotta, come è già stato sopra anticipato, verificando se le previsioni della direttiva sono in linea con quelle più rappresentative, a livello internazionale, dei principi della giustizia

¹⁰⁹⁹ Per un'analisi comparata a livello europeo si veda: *International Juvenile Justice Observatory (IJJO), Mental Health Resources for Young Offenders - European Comparative Analysis and Transfer of Knowledge*, 2008.

¹¹⁰⁰ Artt. 8, par. 1, e 12, par. 5, della direttiva. La Corte europea dei diritti dell'uomo, pur non dando una definizione di persona con problemi mentali, ha fissato, ad esempio, delle garanzie minime. Al riguardo si veda l'art. 5 della CEDU e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo a partire dal caso Winterwerp del 1979 (*Winterwerp v. the Netherlands*, Application no. 6301/73, Judgment 24 October 1979) che è rimasta sostanzialmente invariata in merito alle problematiche connesse alle *"persons of unsound mind"*. Tra le garanzie di cui devono disporre questi soggetti vulnerabili c'è la necessità che la competente autorità giudiziaria usufruisca dell'esame oggettivo di un medico esperto che stabilisca esattamente il disturbo mentale di cui soffrono, il grado del disordine che rende necessaria una restrizione obbligatoria della libertà e la necessità che tale disturbo persista per giustificarla nel tempo.

¹¹⁰¹ D. DE VOCHT, M. PANZAVOLTA, M. VANDERHALLEN e M. VAN OOSTERHOUT, *Procedural safeguards for juvenile suspects in interrogations. A look at the Commission's Proposal in light of an EU comparative study*, cit., p. 489- 490.

penale minorile e di cui si è parlato ampiamente nella prima parte del presente lavoro ¹¹⁰².

La direttiva verrà analizzata, in particolare, alla luce dei quattro principi chiave su cui si basa la Convenzione sui diritti del fanciullo ovvero il diritto all'ascolto e all'informazione, il principio di non discriminazione, il diritto alla vita, alla sopravvivenza e allo sviluppo e il principio del superiore interesse del minore.

Al termine dell'analisi, si verificherà se possono dirsi rispettati i principi chiave della giustizia penale minorile emersi a livello internazionale e che rappresentano un'applicazione più specifica dei quattro principi fondamentali della Convenzione sui diritti del fanciullo, ovvero il principio della personalità del diritto penale minorile, il principio di minima offensività del processo penale (in cui vi rientrano il diritto ad un trattamento dignitoso dei minori che non ammette violenze nei loro confronti), il principio della residualità della detenzione (attraverso la valorizzazione delle misure alternative al carcere e della reintegrazione nella società dei fanciulli) e il principio di de-stigmatizzazione.

c) Il diritto dei minori in conflitto con la legge all'ascolto e all'informazione

Per quanto riguarda il diritto all'informazione, la direttiva, in linea con i principali strumenti internazionali, sancisce, all'art. 4, che al minore, una volta informato di essere stato indagato o imputato in un procedimento penale, debba essere garantito il diritto di essere informato dei suoi diritti ai sensi della direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali.

Il rispetto del diritto all'informazione è indispensabile per garantire ai fanciulli una partecipazione attiva al loro processo, in modo tale da alleviare l'ansia connessa al dover affrontare delle procedure a loro del tutto sconosciute, estranee e potenzialmente intimidatorie.

Rispetto agli adulti, ovvero in aggiunta a quanto previsto dalla citata direttiva 2012/13/UE¹¹⁰³, i minori devono essere tempestivamente edotti, in questa fase iniziale, sia degli aspetti generali dello svolgimento del procedimento e, in particolare, delle varie fasi della procedura e del ruolo delle diverse autorità coinvolte¹¹⁰⁴, che di alcuni contenuti specifici della direttiva a loro dedicata.

¹¹⁰² Il riferimento è, in particolare, alla Convenzione sui diritti del fanciullo e alle disposizioni dedicate espressamente ai minori in conflitto con la legge, ovvero gli articoli 37 e 40, al Commento Generale n. 10 del Comitato per i diritti dei minori dedicato alla giustizia minorile e alle Linee Guida sulla giustizia minorile del Consiglio d'Europa.

¹¹⁰³ La direttiva sul diritto all'informazione nei procedimenti penali prevede che gli imputati, in generale, debbano essere informati "tempestivamente" del diritto di essere assistiti da un difensore, del diritto al patrocinio a spese dello Stato, del diritto di essere informati dell'accusa, del diritto all'interpretazione e alla traduzione e del diritto al silenzio (art. 3 direttiva 2012/13/UE). Inoltre, sempre ai sensi della direttiva sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, gli imputati o indagati che siano arrestati o detenuti devono ricevere "prontamente" informazioni circa il diritto di accesso alla documentazione relativa all'indagine, il diritto di informare le autorità consolari e un'altra persona, il diritto di accesso all'assistenza medica d'urgenza e il numero massimo di ore o giorni in cui l'indagato/imputato può essere privato della libertà prima di essere condotto dinanzi a un'autorità giudiziaria oltre a informazioni su qualsiasi possibilità, prevista dal diritto nazionale, di contestare la legittimità dell'arresto, ottenere un riesame della detenzione o presentare una domanda di libertà provvisoria (art. 4 della direttiva 2012/13/UE).

¹¹⁰⁴ Considerando n. 19 della direttiva.

Alcuni di questi diritti sono particolarmente “*child focused*” e non li ritroviamo nella direttiva 2012/13/UE come il diritto del minore a informare il titolare della responsabilità genitoriale¹¹⁰⁵, il diritto di essere accompagnato dai genitori (se la loro presenza è nell’interesse del minore e non pregiudica il procedimento penale) o, in alternativa, da un altro adulto idoneo durante le fasi del procedimento diverse dalle udienze¹¹⁰⁶ e il diritto alla protezione della vita privata.

Ugualmente agli adulti, invece, i minori devono essere informati in questa fase anche del diritto di essere assistiti da un difensore e del diritto al patrocinio a spese dello Stato.

Tra i diritti di cui i minori imputati dovrebbero essere informati, ma che non sono stati espressamente citati vi è il diritto dei fanciulli al silenzio e alla non-autoincriminazione che sono garantiti ad ogni imputato, in generale, dalla direttiva (UE) 2016/343 sulla presunzione di innocenza che non viene qui richiamata. Non citato è pure il diritto dei fanciulli di essere informati dell’accusa (si parla, infatti, solo del diritto dei minori di essere informati del fatto che si è stati indagati o che si è imputati) e, infine, manca un richiamo anche al diritto all’interpretazione e alla traduzione che, ai sensi della direttiva 2012/13/UE, appartengono a quella categoria di informazioni da fornire “tempestivamente” agli imputati e che sono oggetto specifico della direttiva 2010/64/UE, rivolta in generale a tutti gli imputati/indagati, ma qui mai richiamata.

Sarebbe, pertanto, stato opportuno specificare meglio nel testo della direttiva che i minori devono essere informati anche di avere questi ulteriori diritti poiché, per quanto riguarda il diritto al silenzio, è evidente che esso assuma un valore fondamentale per i minori accusati di un reato, essendo questi ultimi per natura più inclini degli adulti ad autoincriminarsi soprattutto se dopo avergli comunicato di essere stati indagati non si specificano bene le accuse a loro carico.

Per quanto riguarda, invece, il diritto all’interpretazione e alla traduzione, indispensabili per il minore che non comprende o non parla la lingua utilizzata nel processo, si ritiene molto grave non aver sottolineato che i fanciulli devono essere informati di possedere anche tali diritti visto che poi nel testo della direttiva non viene più trattato l’argomento. Inoltre, tale mancanza sembra ancora più grave considerato che la Direttiva 2010/64/EU sul diritto all’interpretazione e alla traduzione non contiene alcuna specifica garanzia per i sospettati vulnerabili e quindi la direttiva avrebbe potuto ridefinire tali diritti in chiave *child-friendly*.

Gli interpreti che si interfacciano con un minore, infatti, dovrebbero avere una specifica formazione perché l’uso e la comprensione di una lingua varia molto da adulti a minori, come sottolineato anche dal Comitato per i diritti dei fanciulli¹¹⁰⁷ e, pertanto, a maggior ragione, sarebbe stato importante informare

¹¹⁰⁵ Diritto specificato meglio nell’art. 5 della direttiva dove viene anche prevista la possibilità di informare, in certe situazioni, un altro adulto idoneo nominato dal minore o dall’autorità giudiziaria. Il minore ha infatti il diritto di nominare un altro adulto che deve essere approvato dall’autorità competente nel caso in cui la presenza dei genitori o del titolare della responsabilità genitoriale sia contraria all’interesse superiore del minore, non sia possibile al momento (per momentanea irreparabilità o sconosciuta identità) o possa compromettere il procedimento a causa di circostanze oggettive e concrete. Il titolare della responsabilità genitoriale riacquisterà i suoi diritti una volta cessate le citate circostanze ostative.

¹¹⁰⁶ Art. 15 della direttiva.

¹¹⁰⁷ Commento Generale n. 10, para 62-63.

chiaramente i minori di questi diritti, imponendo agli Stati membri di adottare specifiche accortezze nella scelta degli interpreti e dei traduttori in un procedimento penale minorile.

Successivamente, dopo, cioè, essere stati informati “tempestivamente” dei sopra citati diritti, in un secondo momento definito “la prima fase appropriata del procedimento”, i minori vanno informati di possedere anche un’altra serie di diritti e garanzie ovvero: il diritto di essere sottoposti ad una valutazione individuale, ad un esame medico e all’assistenza medica, il diritto a che la limitazione della propria libertà personale venga presa come misura di *extrema ratio* privilegiando l’applicazione di misure alternative, il diritto ad essere accompagnati dal titolare della responsabilità genitoriale durante le udienze (sempre se sussistono certe condizioni)¹¹⁰⁸, il diritto di presenziare al processo e il diritto a mezzi di ricorso effettivi.

Infine, in un terzo eventuale momento, ovvero quello in cui i minori imputati/indagati vengono privati della libertà, bisogna informarli del loro diritto di godere di un trattamento specifico in carcere, ai sensi dell’art. 12 della direttiva sul quale ci si soffermerà nel prosieguo.

La direttiva sul diritto all’informazione nei procedimenti penali operava solo una distinzione tra informazioni da fornire tempestivamente e informazioni da fornire in caso di privazione di libertà. In quest’ultimo caso, gli indagati dovevano essere informati anche del loro diritto di accesso alla documentazione relativa all’indagine e del diritto di informare le autorità consolari, che si ritiene siano diritti applicabili anche ai minori nella medesima situazione, visto il richiamo alla direttiva 2012/13/UE contenuto nell’art. 4 della direttiva in commento.

Non si comprende, pertanto, la necessità, né la *ratio* dell’aver suddiviso il diritto all’informazione dei minori in tre distinti momenti e, in particolare, la distinzione tra informazioni da fornire “tempestivamente” e “nella prima fase appropriata del procedimento”¹¹⁰⁹.

Inoltre, si può notare come la concreta operatività di tale diritto sia stata lasciata alla totale discrezionalità degli Stati membri, non essendo stato chiarito a chi spetti l’obbligo di informare il minore indagato nelle varie fasi sopra richiamate.

Altrettanto importante sarebbe stato prescrivere alle autorità competenti (polizia, p.m. e giudici, in particolare) di non delegare ad altri (come genitori, tutori etc.) il compito di informare il minore in quanto quest’ultimo deve avere il diritto di essere informato direttamente e personalmente. In realtà, anche se non è specificato espressamente, quest’ultimo aspetto si potrebbe dedurre dalla lettura combinata degli articoli 4 e 5 della direttiva in quanto quest’ultimo articolo richiede che le informazioni che il minore ha il diritto di ricevere debbano essere comunicate al più presto anche al titolare della responsabilità genitoriale e, dunque, sembrerebbe che i due momenti debbano essere separati e indipendenti.

Infine, sarebbe stato altrettanto rilevante chiarire che sulle autorità competenti ricade la responsabilità di assicurarsi che il minore interessato abbia effettivamente compreso i suoi diritti e, in

¹¹⁰⁸ Vi è sempre la possibilità che il titolare della responsabilità genitoriale venga sostituito da un altro adulto appropriato negli stessi casi che consentono di informare quest’ultimo al posto dei genitori ai sensi dell’art. 5 della direttiva.

¹¹⁰⁹ Come sottolinea anche D. SAYERS, *Standing up for children? The Directive on procedural safeguards for children suspected or accused in criminal proceedings*, in <http://eulawanalysis.blogspot.it>.

particolare, ogni accusa formulatagli.

La direttiva prescrive, altresì, che le informazioni debbano essere fornite ai minori per iscritto e/o oralmente, in un linguaggio semplice e accessibile, in ciò non rispecchiando quanto richiesto, in particolare, dal Comitato per i diritti dei fanciulli in materia.

In primo luogo, infatti, sarebbe stato maggiormente tutelante imporre l'obbligo di fornire le informazioni a tutti i minori indagati/imputati sia per iscritto che oralmente. La direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione prevede unicamente il diritto degli imputati privati della libertà di ricevere una comunicazione per iscritto dei loro diritti e quindi solo ai minori che si trovano nella medesima situazione si ritiene applicabile tale garanzia, in virtù del richiamo iniziale a tale direttiva¹¹¹⁰.

In secondo luogo, per quanto riguarda il tipo di linguaggio da utilizzare per informare i minori dei loro diritti, è stata utilizzata la medesima formulazione contenuta nella direttiva 2012/13/UE¹¹¹¹, quando, invece, oltre a dover essere "semplice ed accessibile", il linguaggio dovrebbe essere soprattutto *child-friendly*, adatto, cioè, all'età, alla maturità e alla cultura di appartenenza del minore interessato, come richiesto anche dalle Linee Guida del Consiglio d'Europa¹¹¹².

Per quanto riguarda il diritto all'ascolto, la direttiva prescrive, innanzitutto, che il minore indagato deve essere assistito e, dunque, ascoltato dal proprio avvocato e che ogni comunicazione tra i due deve essere riservata¹¹¹³.

Ancora, il minore ha il diritto di essere ascoltato da personale qualificato e multidisciplinare nel corso della valutazione individuale¹¹¹⁴.

Inoltre, i minori, ma solo se privati della libertà personale, hanno il diritto di chiedere ed ottenere, senza indebito ritardo, un esame medico, il meno invasivo possibile¹¹¹⁵, per valutare il loro stato fisico e mentale e, di conseguenza, la possibilità di sottoporli ad interrogatori, atti di indagine, raccolta di prove o ad altre eventuali misure previste nei loro confronti. È da notare l'espressione "senza indebito ritardo" che appare più debole del termine "prontamente" utilizzato dal Comitato per i diritti dei fanciulli e un'altra differenza è che non è stata prevista espressamente la possibilità che a richiedere uno specifico trattamento medico per un minore sia un dottore¹¹¹⁶. Inoltre non è esplicitamente previsto che il minore possa opporsi all'esame medico e che il suo volere venga tenuto in considerazione.

¹¹¹⁰ Art. 4 della Direttiva 2012/13/UE.

¹¹¹¹ Art. 3, par. 2, della direttiva 2012/13/UE.

¹¹¹² È stato riscontrato che nei vari Stati membri mancano regole chiare e precise sulle giuste modalità con le quali informare un minore sospettato dei propri diritti (si veda, al riguardo, il Progetto di ricerca "*Protecting Young Suspects in Interrogations: a study on safeguards and best practice*", www.youngsuspects.eu), ma ciò non significa che non esistano buone prassi sulle quali potersi basare. Non imporre un linguaggio *child-friendly* lascia gli Stati membri liberi di continuare ad ignorarle.

¹¹¹³ Art. 6, par. 4 e 5, della direttiva in commento.

¹¹¹⁴ Art. 7, par. 7, della direttiva in commento.

¹¹¹⁵ Precisazione inserita nell'art. 8 della direttiva a seguito di un emendamento proposto dal Parlamento europeo il 12 febbraio 2015.

¹¹¹⁶ Al riguardo si veda: Comitato per i diritti dei minori, Commento Generale n. 10 sui "*Diritti dell'infanzia e dell'adolescenza in materia di giustizia minorile*", 15 gennaio - 2 febbraio 2007. L'art. 8 della direttiva, dedicato all'esame medico, prevede che oltre che dal minore e dal suo difensore, l'esame medico possa essere richiesto dalle autorità competenti e dal titolare della responsabilità genitoriale o da un altro adulto idoneo.

Infine, il fatto che i minori che non sono privati della libertà non abbiano espressamente il diritto a richiedere un esame medico è alquanto discutibile considerato l'impatto che un processo penale può avere su ogni minore coinvolto. Non è nemmeno chiaro se la direttiva garantisca tale diritto anche ai fanciulli che si trovano privati della libertà al di fuori di un carcere e al riguardo si auspica che verrà seguito l'orientamento favorevole della Corte europea dei diritti dell'uomo¹¹¹⁷.

Proseguendo l'analisi del diritto all'ascolto del minore nel processo penale, la direttiva in commento garantisce che nel corso degli interrogatori condotti dalla polizia o dalle altre autorità di contrasto (tra le quali non si comprende se deve essere incluso il p.m.¹¹¹⁸), il minore ha diritto ad un ascolto videoregistrato, ma solo se ricorrono alcune condizioni¹¹¹⁹.

La videoregistrazione, infatti, deve essere proporzionata alle circostanze del caso (ovvero bisogna tenere in considerazione la presenza o meno del difensore, il fatto che il minore sia privato o meno della libertà e la non necessarietà di utilizzare tale strumento ai soli fini della sua identificazione) e deve essere nel superiore interesse del minore.

Considerato che in molti Stati membri non è obbligatorio video-registrare gli interrogatori dei minori o è possibile farlo solo in un limitato numero di casi¹¹²⁰ vi è il rischio concreto che gli Stati possano usare la scappatoia contenuta nel testo, ovvero il test di proporzionalità (“*quando ciò risulti proporzionato nelle circostanze del caso*”), per non apportare modifiche alle proprie normative¹¹²¹. Un simile risultato sarebbe poco incline al consolidamento di un giusto processo penale minorile UE in quanto la video-registrazione rappresenta uno strumento fondamentale per evitare abusi, distorsioni e inammissibili forme di pressione sui minori indagati che potrebbero condurli facilmente ad un'autoincriminazione e che potrebbero essere commessi non solo dalla polizia e dai p.m., ma anche dallo stesso legale di fiducia¹¹²²; inoltre, la videoregistrazione limita il rischio di false dichiarazioni e consente a chi interroga di concentrarsi sul minore e sulle sue risposte più che sulla verbalizzazione in sé e, dunque, risulta difficile immaginare quando possa essere contraria all'interesse superiore del minore¹¹²³.

¹¹¹⁷ Secondo la Corte europea, infatti, “*difference between deprivation of and restriction upon liberty is ... merely one of degree or intensity, and not one of nature or substance*” (caso Guzzardi v Italy, n. 7367/76, 6 November 1980).

¹¹¹⁸ Il Considerando n. 42 chiarisce solamente che la direttiva non impone agli Stati membri di effettuare registrazioni audiovisive degli interrogatori di minori da parte di un giudice o di un tribunale.

¹¹¹⁹ Art. 9 della direttiva in analisi.

¹¹²⁰ Ad esempio, nei Paesi Bassi, solo quando il minore ha meno di 16 anni ed è sospettato di un grave crimine, in Italia, invece, è obbligatorio solo se il minore è privato della libertà.

¹¹²¹ L'utilizzo del *test* di proporzionalità quando sono in gioco diritti fondamentali è stato molto criticato in dottrina in quanto si è obiettato che lo stesso finisce per far perdere lo *status* di superiorità ai diritti fondamentali che finiscono per essere posti sullo stesso piano di interessi di natura collettiva quali, nel caso del processo penale, il risparmio delle risorse o l'efficiente repressione dei reati; inoltre, il *test* di proporzionalità è imperniato su valutazioni ad alto tasso di discrezionalità, misurando beni in realtà non suscettibili di un'esatta quantificazione. Sulle critiche in questione si vedano fra i tanti A. LEGG, *The margin of appreciation in International Human Rights Law. Deference and proportionality*, Oxford, 2012, p. 183 e ss. e S. TSAKYRAKIS, *Proportionality: an assault on human rights*, in *Int. Journ. Const. Law*, 2009, p. 468 e ss.

¹¹²² Come sottolineato dal Comitato per i diritti dei fanciulli “*independent scrutiny of the methods of interrogation is essential to ensure that evidence is voluntary and not coerced, given the totality of the circumstances, and is reliable*” (CRC, General Comment 10, par. 58).

¹¹²³ Il considerando n. 43 consente agli Stati di non procedere alla videoregistrazione in presenza di un problema tecnico insormontabile e irrisolvibile, nonostante gli sforzi ragionevoli compiuti, e quando non sia opportuno per il minore rimandare

Le deroghe basate sulla proporzionalità non sono state ritenute opportune in relazione ad altri diritti, come il diritto all'interpretazione, all'informazione e all'accesso ad un avvocato e quindi non si comprende la ragione di dover limitare in tal modo una garanzia fondamentale per il processo minorile.

Inoltre, l'art. 9 della direttiva non scongiura nemmeno il rischio che il minore debba ripetere più volte l'esperienza dell'interrogatorio, non essendo stato indicato espressamente di limitare il più possibile il ricorso a tale strumento.

Da notare, infine, che la direttiva sui diritti dei minori indagati non prescrive l'obbligo della video-registrazione neanche quando non è presente l'avvocato o quando il minore è privato della libertà, ma richiede solamente agli Stati membri di tenere in considerazione tali fattori.

L'art. 9 sembra, dunque, voler operare implicitamente una distinzione tra i minori privati della libertà e quelli che non lo sono, sottolineando il maggiore diritto dei primi alla videoregistrazione, pur senza imporre alcun obbligo specifico. La Direttiva non considera, quindi, che l'interrogatorio rappresenta un'esperienza traumatica in sé per ogni minore, indipendentemente dallo stato di privazione della libertà o meno.

Si ritiene, pertanto, che avrebbe fatto la differenza non considerare lo strumento dell'interrogatorio come una forma di protezione che ne esclude delle altre, quasi come se fosse ridondante predisporre la videoregistrazione assieme ad altre garanzie minime come la presenza dell'avvocato¹¹²⁴ o da utilizzare solo in situazioni estreme, ovvero quando il minore è incarcerato.

In ogni caso, se gli Stati membri ritengono di non dover procedere con la videoregistrazione in un caso specifico, la direttiva impone almeno di registrare l'interrogatorio, ad esempio tramite verbale scritto e verificato.

Nessun riferimento, poi, alla necessità che gli interrogatori dei minori avvengano in aule apposite, con tecniche "a misura di minore" e che l'interrogatorio venga condotto tenendo in considerazione l'età, il livello di maturità dei fanciulli e altri loro bisogni specifici¹¹²⁵.

Il considerando n. 44 sottolinea unicamente tale ultima necessità. Sarebbe stato importante incorporare almeno questa previsione nel corpo operativo della direttiva e stabilire regole minime su come condurre un interrogatorio di un minore imputato/indagato, prevedendo, magari, anche un richiamo all'art. 7, ovvero all'esito della valutazione individuale. Si nota qui una notevole differenza con le maggiori tutele garantite ai minori vittime di reato in sede di interrogatorio¹¹²⁶.

l'interrogatorio. In questo modo, ad esempio, si può valutare la possibilità di evitare al fanciullo che abita molto distante dal Tribunale lo stress di doverci tornare una volta sistemato il problema tecnico.

¹¹²⁴ D. DE VOCHT, M. PANZAVOLTA, M. VANDERHALLEN and M. VAN OOSTERHOUT, *Procedural safeguards for juvenile suspects in interrogations. A look at the Commission's Proposal in light of an EU comparative study*, op. cit., p. 502.

¹¹²⁵ Un chiaro riferimento a ciò lo ritroviamo nelle Linee Guida del Consiglio d'Europa.

¹¹²⁶ Un esempio di buona prassi si registra nel Regno Unito, che, si ricorda, non è vincolato dalla presente direttiva, dove esiste la figura degli intermediari. Essi forniscono assistenza nella pianificazione e conduzione dei colloqui da parte della polizia, forniscono al giudice un resoconto scritto sulle capacità comunicative del minore e formulano raccomandazioni durante l'interrogatorio del minore qualora l'audizione non venga svolta in maniera appropriata. Trattasi di una misura di assistenza aggiuntiva che a causa dei costi non è standardizzata nel Regno Unito e opera soprattutto nei casi in cui bisogna assistere minori affetti da disabilità e con difficoltà comunicative e vulnerabilità aggiuntive.

Sempre in merito al diritto all'ascolto, un minore privato della libertà, ai sensi dell'art. 10, par. 2, della direttiva, ha il diritto di ottenere, ove lo richieda anche personalmente, un controllo periodico della decisione che ne ha disposto la detenzione. La direttiva non si sofferma né sull'arco temporale entro cui sorge l'obbligo di effettuare un controllo sulla detenzione del minore, né sul contenuto di tali controlli, nonostante a livello internazionale vi fossero diverse indicazioni al riguardo¹¹²⁷.

Proseguendo l'analisi sull'ascolto del minore, si giunge all'art. 16 della direttiva che è dedicato al diritto del minore di presenziare e di partecipare al proprio processo e a tal fine gli Stati membri devono rendere effettiva la partecipazione del minore dandogli necessariamente la possibilità di essere ascoltato e di esprimersi nei confronti delle accuse che gli sono state rivolte.

Sarebbe stato importante indicare che la presenza dei minori al processo debba essere facilitata e sostenuta, ma comunque non forzata, dovendo avere i fanciulli anche il diritto di non presenziare al processo. La direttiva, infatti, prevede delle garanzie solo per il minore che non abbia "potuto" partecipare al processo, garantendogli il diritto a un nuovo processo o a un altro ricorso giurisdizionale, ai sensi della direttiva UE 2016/343 sulla presunzione di innocenza. Quest'ultimo strumento, quindi, viene richiamato unicamente per la parte dedicata al processo contumaciale che non prevede, tuttavia, norme specifiche o più tutelanti per i minori, nonostante quanto previsto dal considerando n. 43 della medesima direttiva¹¹²⁸.

In linea con quanto previsto dall'art. 40 della Convenzione sui diritti del fanciullo, l'art. 15 della direttiva prevede che il minore abbia il diritto di essere sentito in udienza in presenza dei genitori (o di un altro adulto idoneo) in quanto si ritiene correttamente che questi ultimi potrebbero fornirgli un'assistenza generale, psicologica ed affettiva, nonché contribuire a trovare una motivazione all'infrazione penale commessa, conducendo, di conseguenza, ad una risposta giudiziaria più appropriata.

In generale, a conclusione dell'analisi sul rispetto del diritto all'ascolto del minore in conflitto con la legge nel processo penale, si notano, da un lato, delle carenze rispetto a quanto previsto a livello internazionale e, dall'altro, una maggiore attenzione del legislatore UE per le modalità d'ascolto delle vittime di reato minori di età che in sede processuale presentano maggiori garanzie come il numero limitato delle audizioni e l'adattamento dell'ambiente in cui avviene l'interrogatorio che non deve essere intimidatorio ed ostile¹¹²⁹.

Nonostante, quindi, si potrebbe ritenere che l'Unione europea non avesse la competenza ad adottare norme più specifiche e dettagliate in tema di ascolto dei minori autori di reato, queste differenze dimostrano

¹¹²⁷ Il Comitato per i diritti dei fanciulli, ad esempio, era stato più preciso, stabilendo la necessità che il primo controllo giudiziario sulla necessità e la regolarità della detenzione avvenisse, d'ufficio, entro 24 ore dalla privazione della libertà e che in caso di custodia cautelare fosse necessario operare un controllo ogni due settimane. A detta della Corte europea dei diritti dell'uomo, poi, nel corso di questi controlli, le autorità sono tenute a provare che la detenzione è ancora necessaria e proporzionata e che stanno conducendo indagini con diligenza (Corte europea dei diritti dell'uomo, casi *Prencipe v. Monaco*, n. 43376/06, para. 74 e *Labita v. Italy*, n. 26772/95, para. 135).

¹¹²⁸ Considerando n. 43 della direttiva (UE) 2016/343: "*I minori sono vulnerabili e dovrebbero beneficiare di un livello di protezione specifico. Pertanto, in ordine ad alcuni diritti previsti dalla presente direttiva, dovrebbero essere stabilite garanzie procedurali specifiche*".

¹¹²⁹ A differenza di quanto previsto nelle Linee Guida del Consiglio d'Europa, nella direttiva non si trova nulla circa la predisposizione di idonee stanze di attesa e di ascolto dei minori imputati di reato (Linea Guida 5, par. 62).

che il concetto di “norme minime”, di cui all’art. 82, par. 2, TFUE, che vincola e limita la competenza dell’Unione, ha assunto in realtà una connotazione diversa a seconda che si dovessero tutelare i minori autori o vittime di reato.

d) Il rispetto del principio di non discriminazione nei confronti dei minori indagati e imputati in procedimenti penali

Per tutelare il principio di non discriminazione, come prescrive l’art. 2 della Convenzione sui diritti del fanciullo, è, innanzitutto, di fondamentale importanza che i minori in conflitto con la legge non vengano discriminati in merito all’accesso all’educazione e al mercato del lavoro, in modo tale che possano reinserirsi nella società.

Al riguardo, la direttiva, nell’art. 7, richiede proprio agli Stati membri di tenere in considerazione le specifiche esigenze del minore coinvolto in merito a istruzione, formazione e reinserimento sociale, aspetti che dovranno essere approfonditi normalmente prima di un’eventuale imputazione, attraverso una valutazione individuale che sarà messa a disposizione dell’autorità procedente. Il diritto alla valutazione individuale verrà approfondito nel prosieguo, ma si preme anticipare già qui che sono ammesse deroghe alla sua operatività.

In merito al reinserimento sociale dei minori detenuti, l’art. 12 della direttiva, impone agli Stati membri di adottare delle misure opportune per garantire loro il diritto all’istruzione, alla formazione e all’accesso a programmi che favoriscano il loro sviluppo e il loro futuro reinserimento sociale. Tuttavia, successivamente, la norma precisa che tali tipi di misure si applicano unicamente a situazioni di privazione della libertà personale diverse dalla detenzione e solamente ove ciò sia adeguato e proporzionato, tenuto conto della natura e della durata di dette situazioni.

Pertanto, la formazione, l’istruzione e l’accesso a percorsi che possano favorire il reinserimento sociale sembrano non essere dei diritti per i minori detenuti in carcere, nemmeno se questi ultimi presentano disabilità fisiche, sensoriali o difficoltà di apprendimento.

Ai minori detenuti in carcere, infatti, sono assicurati solamente il diritto a che venga preservata la loro salute e il loro sviluppo fisico e mentale (ci si chiede in quale modo se la formazione e l’istruzione non sono ritenute obbligatorie) e il diritto alla libertà religiosa¹¹³⁰. Dunque, inspiegabilmente, nel testo della direttiva vi è una palese discriminazione tra minori detenuti in contesti non carcerari e minori in prigione in quanto a questi ultimi vengono garantiti minori diritti e garanzie e ciò è contrario a quanto affermato dal Comitato per

¹¹³⁰ Invece, ai minori privati della libertà che non si trovano in carcere sono assicurati, oltre al diritto allo sviluppo fisico e mentale, alla libertà religiosa, alla formazione/istruzione e all’accesso a programmi che favoriscano il loro futuro reinserimento sociale, anche il diritto all’esercizio effettivo e regolare del loro diritto alla vita familiare. Per quanto riguarda la libertà religiosa, il considerando n. 52 chiarisce che gli Stati membri dovrebbero astenersi dall’interferire nella religione o nel credo del minore, senza, tuttavia, essere tenuti ad adottare misure attive per assisterlo nel culto.

i diritti dei fanciulli che ha confermato che il trattamento speciale dei minori detenuti deve essere osservato in tutti i casi di privazione della libertà¹¹³¹.

In ogni caso, poi, le misure previste come trattamento specifico per i minori privati della libertà personale non sono sufficienti se paragonate agli *standard* stabiliti dal Comitato per i diritti dei fanciulli e sono anche subordinate ad una valutazione di proporzionalità ed adeguatezza in base alla durata della detenzione. Questa precisazione ridimensiona l'efficacia e il valore di uno dei principi cardine della giustizia penale minorile ovvero il principio della tutela differenziata dei minori nel contesto carcerario.

Sempre a tutela del principio di non discriminazione, in questo caso tra minori e adulti coinvolti in procedimenti penali, sarebbe stato importante prevedere misure *child-friendly* specifiche per tutelare il principio della presunzione d'innocenza, espresso nell'art. 40 della Convenzione sui diritti del fanciullo e oggetto della direttiva (UE) 2016/343. I minori, infatti, a causa della loro immaturità, per ignoranza delle procedure o per semplice timore, a differenza degli adulti, potrebbero finire per comportarsi spesso in maniera sospetta davanti alle autorità competenti o per confessarsi colpevoli a seguito di un interrogatorio condotto in maniera inadeguata. Estorcere una confessione ad un minore, infatti, non richiede necessariamente l'utilizzo della forza, ma è sufficiente servirsi delle normali tecniche di interrogatorio impiegate per gli adulti.

Proprio per tali ragioni, la direttiva avrebbe dovuto stabilire delle minime garanzie procedurali, specifiche per i minori, o quantomeno richiamare la direttiva che si occupa di tale garanzia. Come è già stato sopra sottolineato, invece, la direttiva (UE) 2016/343, che comunque nulla prevede in merito ai fanciulli, non è stata richiamata in merito alla questione della presunzione di innocenza¹¹³².

Questa mancanza, che crea una grave lacuna nella direttiva, si sarebbe potuta colmare tutelando a monte il principio della presunzione di innocenza, attraverso l'imposizione di un forte obbligo di formazione degli agenti di polizia, dei p.m. e dei giudici, incaricati di interrogare i minori, sulle tecniche appropriate di interrogatorio, su nozioni di psicologia minorile e sulle pratiche di comunicazione in un linguaggio adatto al minore¹¹³³.

Come si vedrà nel prosieguo, tuttavia, l'obbligo di ricevere una tale formazione è limitato solo ad alcune figure professionali.

La direttiva dedicata ai minori imputati, in conclusione, non si sofferma sull'importanza del principio della presunzione di innocenza, non indicando, infatti, precise modalità di svolgimento degli interrogatori, né quali tipi di pratiche evitare e nemmeno rinviando alla direttiva sulla presunzione di innocenza. Questo crea una discriminazione tra minori e adulti nel godimento effettivo di tale garanzia che si aggiunge alle altre discriminazioni che sono state citate, rispettivamente tra minori in carcere e minori privati della libertà al di fuori del contesto carcerario e tra minori autori di reato e vittime di reato.

¹¹³¹ UN Committee on the Rights of the Child, General Comment 10: *Children's rights in Juvenile Justice*, 2007, para 89.

¹¹³² L'unico riferimento ai fanciulli, si ribadisce, lo si trova nel considerando n. 43 della direttiva (UE) 2016/343 ai sensi del quale "I minori sono vulnerabili e dovrebbero beneficiare di un livello di protezione specifico. Pertanto, in ordine ad alcuni diritti previsti dalla presente direttiva, dovrebbero essere stabilite garanzie procedurali specifiche".

¹¹³³ Art. 20 della direttiva.

e) *Il diritto alla vita, alla sopravvivenza e allo sviluppo dei minori indagati/imputati*

Per quanto riguarda il diritto alla vita, alla sopravvivenza e allo sviluppo dei minori coinvolti in procedimenti penali, bisogna soffermarsi, in primo luogo, sulla lettura combinata degli articoli 6 e 37 della Convenzione sui diritti del fanciullo dai quali deriva il divieto assoluto di condannare un minore alla pena di morte e all'ergastolo senza libertà condizionale.

Tutti gli Stati membri sono tenuti a rispettare tali previsioni sostanziali derivanti dal diritto internazionale e la direttiva, dal canto suo, occupandosi solamente di aspetti procedurali, si limita ad imporre agli Stati membri di privare i minori della libertà personale come misura di *extrema ratio*, della durata più breve possibile¹¹³⁴ e che la relativa decisione sia motivata e soggetta a controllo giurisdizionale e a controlli di revisione periodici (d'ufficio o ad istanza di parte)¹¹³⁵; inoltre, tali tipi di provvedimenti devono tenere sempre in considerazione la situazione personale dei fanciulli interessati, le circostanze particolari del caso e la loro età.

Quest'ultima precisazione è importante, da un lato, poiché l'età minima per la responsabilità penale non coincide sempre con quella a partire dalla quale un minore può essere privato della libertà. Al riguardo, le Regole dell'Havana richiedono espressamente che gli Stati prevedano per legge l'età a partire dalla quale un minore possa essere privato della libertà e in dottrina si auspica da tempo che quest'ultima venga elevata all'età per la responsabilità penale¹¹³⁶. La direttiva non affronta, tuttavia, tali questioni.

Dall'altro lato, diversi studi hanno dimostrato il carcere è contro produttivo in termini di prevenzione e recidiva in quanto i fanciulli che ci sono stati hanno maggiori probabilità di ritornarci una volta adulti, essendo la prigione un eccellente "*centre de formation à la criminalité*"¹¹³⁷.

Per salvaguardare il diritto dei minori allo sviluppo, l'art. 11 della direttiva, non incidendo sull'età minima per la responsabilità penale e sugli aspetti sostanziali delle pene, si limita a chiedere agli Stati membri di ricorrere a delle misure alternative alla detenzione "ogniquale sia possibile", lasciando gli Stati membri totalmente liberi di decidere quando non lo sia e senza fornire ulteriori indicazioni circa i principi che dovrebbero regolamentare l'utilizzo di queste misure¹¹³⁸.

¹¹³⁴ Art. 10 della direttiva che richiede anche che la detenzione dei minori sia basata su una decisione motivata, soggetta a controllo giurisdizionale e a controlli periodici in intervalli di tempo ragionevoli.

¹¹³⁵ Art. 10 della direttiva.

¹¹³⁶ M. S. SCHENNACH, *Une justice pénale des mineurs adaptée aux enfants: de la rhétorique à la réalité*, 19 mai 2014, doc. 13511, p. 8, Assemblée parlementaire, Conseil de l'Europe, disponibile su <http://assembly.coe.int>.

¹¹³⁷ In tema di privazione della libertà dei minori incarcerati si veda tale rapporto "*Life imprisonment of children in the European Union, rapport du Child Rights International Network*" dal quale emerge che in solo 22 Stati membri non è ammesso il carcere a vita per i minori, nonché l'esistenza di una grande disparità tra gli stessi Stati membri circa la durata della pena a cui un minore può essere sottoposto.

¹¹³⁸ Tra i sistemi migliori si sottolineano: la mediazione vittima-reo minore, i lavori d'interesse generale, il richiamo alla legge (utilizzato, ad esempio, in Francia dalla polizia che informa il minore, in presenza dei suoi genitori, della condanna che avrebbe

Ad esempio, oltre a sponsorizzare maggiormente l'utilizzo di tali strumenti, sarebbe stato importante sottolineare, come chiarito a livello internazionale, che le misure alternative devono garantire un livello di tutela equivalente a quello dei procedimenti giudiziari per quanto riguarda il rispetto dei principi fondamentali e, in particolare, la tutela della presunzione d'innocenza e il diritto all'assistenza legale¹¹³⁹.

Per quanto riguarda, poi, la definizione di "privazione della libertà" e dei presupposti che la giustificano, non si può non notare che le regole fissate nella direttiva siano più minimali che minime, soprattutto se confrontate con l'art. 5 della CEDU e con la correlata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, nonché con lo stesso articolo 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Nel caso in cui un minore debba alla fine essere incarcerato, al fine di preservarlo da un ambiente carcerario ancora più pregiudizievole, la direttiva impone agli Stati membri di tenere separati adulti e minori, principio affermato da tempo a livello internazionale¹¹⁴⁰, ma non ancora rispettato da diversi Stati membri e, pertanto, è stato importante averlo affermato per la prima volta a livello UE.

Tuttavia, nonostante questo importante passo avanti, trattasi di un principio derogabile quando ciò sia nell'interesse superiore del minore interessato, deroga prevista anche dall'art. 37 della Convenzione sui diritti del fanciullo.

Anche se non si comprende in quali casi ciò potrebbe accadere, lo stesso Comitato per i diritti dei minori ha ventilato tale possibilità, salvo richiedere che le eccezioni a tale regola siano interpretate in maniera restrittiva e che non possano essere applicate "per mera comodità" da parte degli Stati parte; in maniera estensiva, invece, secondo il Comitato, deve essere interpretato il concetto di "superiore interesse del minore"¹¹⁴¹. Questi fondamentali chiarimenti dei limiti alla deroga della separazione carceraria non sono presenti nella direttiva, nemmeno nei considerando.

L'art. 12, par. 4, di quest'ultima consente, poi, la detenzione dei minori con giovani adulti, salvo che non sia contrario al superiore interesse dei primi. Questa norma non si trova nei testi internazionali, aumenta la possibilità di deroghe alla regola della separazione e, inoltre, non chiarisce se tale eventualità debba avvenire in un carcere minorile o per adulti. Al riguardo, l'unica raccomandazione che si trova è contenuta nel considerando n. 50 della direttiva che invita gli Stati membri a stabilire chi possa essere considerato un "giovane adulto", includendo in tale categoria individui di età non superiore a 24 anni.

potuto ricevere se fosse stato portato davanti al giudice), l'orientamento verso servizi di aiuto (per disintossicazione, programmi educativi, psicologici e comportamentali).

¹¹³⁹ Questo è previsto dall'art. 40, par. 4, lett. b), della Convenzione sui diritti dei fanciulli. Il Comitato per i diritti dei fanciulli ha poi affermato che tali misure alternative devono essere applicate con regole chiare e precise per evitare applicazioni arbitrarie e discriminatorie, possono essere usate, inoltre, solo se le prove indicano che il minore abbia commesso i fatti, se lo stesso se ne sia assunto la responsabilità e abbia dato volontariamente il suo consenso alle misure proposte; inoltre, al termine delle misure adottate la questione giudiziaria deve concludersi senza alcuna iscrizione sul casellario giudiziario. Inoltre si ricorda che secondo il Comitato per i diritti dei fanciulli, l'uso delle c.d. "diversion measures" dovrebbe applicarsi alla maggioranza dei casi che riguardano minori autori di reato, senza essere limitato ai reati di minore gravità o ai primi reati commessi (UN Committee on the Rights of the Child, *General Comment No. 10(2007) – Children's Rights in Juvenile Justice*, 15 January-2 February 2007, CRC/C/GC/10 para 24), approccio sostenuto anche dalle Linee Guida del Consiglio d'Europa (Council of Europe, *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child friendly justice*, 17 November 2010, para 24).

¹¹⁴⁰ Art. 37 della Convenzione sui diritti dei fanciulli.

¹¹⁴¹ UN Committee on the Rights of the Child, *General Comment 10: Children's Rights in Juvenile Justice*, April 2007, Para 85.

In linea con quanto previsto dai principali strumenti internazionali in materia, la direttiva stabilisce, inoltre, che gli Stati membri dovrebbero prevedere la possibilità che un minore detenuto, una volta compiuti i 18 anni, possa continuare ad essere tenuto separato dagli adulti ove ciò sia giustificato dalla sua situazione personale e sia compatibile con l'interesse superiore degli altri detenuti minori di età. La norma non chiarisce sino a che età ciò possa essere concesso, ma se si opera un collegamento con il sopra citato considerando n. 50, il limite sembrerebbe essere quello dei 24 anni.

Bisogna comunque porre molta cautela nel concedere che giovani adulti rimangano in un carcere minorile, ogni singolo caso deve essere valutato attentamente per evitare che si creino delle situazioni ingestibili e che i detenuti più grandi influenzino negativamente i più piccoli, soprattutto ove i primi abbiano già trascorso un precedente periodo di tempo nel carcere per adulti prima di essere trasferiti nel carcere minorile¹¹⁴².

Inoltre, a differenza della Convenzione sui diritti dei fanciulli, la direttiva non sottolinea l'importanza di prevedere, oltre alla separazione delle strutture carcerarie, che le carceri minorili siano governate da politiche e pratiche differenti da quelle per gli adulti proprio perché i minori sono "individui in divenire" che hanno diritto allo sviluppo.

Il principio della separazione dei minori dagli adulti vale anche quando il minore è in stato di fermo o di arresto, ma in questo caso è prevista un'eccezione in più in quanto, oltre a poter essere sempre derogato ove si ritenga nell'interesse superiore del minore, è ammissibile una deroga anche quando (evento molto più probabile) non è in concreto possibile usufruire di strutture dedicate esclusivamente ai minori, il che richiama alla mente il monito del Comitato per i diritti dei minori di non basare tale eccezione sulla mera convenienza/comodità del momento¹¹⁴³.

Nessun accenno specifico alla custodia cautelare dei minori è invece presente nel testo operativo della direttiva, essendoci solamente due accenni nei considerando n. 38 e 39¹¹⁴⁴.

Al riguardo, il Comitato per i diritti dei minori ha fatto notare diverse volte l'esistenza di una prassi molto frequente negli Stati contraenti consistente nel mantenere i minori in carcere prima del giudizio per mesi e anche per anni in violazione dell'art. 37 della Convenzione sui diritti del fanciullo, nonché del

¹¹⁴² Proprio per evitare che si creino situazioni ingestibili, il prolungamento nel carcere minorile oltre i 21 anni dovrebbe essere concesso unicamente in casi eccezionali. In ogni caso, imporre automatismi in merito all'età in cui un individuo, una volta maggiorenne, può rimanere in un carcere minorile potrebbe rivelarsi controproducente per lo stesso e per gli altri detenuti. Come è successo, ad esempio, in Italia dove il limite d'età per scontare la pena in un carcere minorile è stato innalzato da 21 a 25 anni. Il nuovo limite anagrafico è stato il frutto soprattutto dell'esigenza di ridurre il sovraffollamento delle carceri per adulti a seguito delle condanne della Corte europea dei diritti dell'uomo. Nonostante la seconda ragione a sostegno di tale scelta fosse collegata alla maggiore capacità di reinserimento degli ex detenuti che da giovani avevano scontato la pena in un istituto per minorenni, l'automatismo che ne è derivato ha condotto a diverse rivolte nelle carceri minorili guidate proprio dai "giovani adulti". In particolare ciò è avvenuto nei casi in cui questi ultimi, a seguito della riforma, erano passati dal carcere per adulti a quello minorile, pretendendo che venissero applicate le regole più favorevoli vigenti per gli adulti (come sul rifornimento di sigarette e la possibilità di cucinare e mangiare in cella) anche nel carcere minorile.

¹¹⁴³ Art. 12, secondo comma, della direttiva.

¹¹⁴⁴ Il considerando n. 38 richiede agli Stati membri di tenere conto delle informazioni desunte dalla valutazione individuale anche per valutare decisioni in merito alla custodia cautelare, mentre il considerando n. 39 chiarisce quando potrebbe essere possibile procedere alla presentazione del capo d'accusa contro un minore in assenza della valutazione individuale ovvero quando, ad esempio, un minore si trova in custodia cautelare e l'attesa di ricevere una valutazione individuale comporterebbe il rischio di prolungare in modo superfluo tale custodia.

principio della presunzione d'innocenza e di quello che considera la detenzione dei minori come una misura di *extrema ratio* e non come una sanzione o, ancora peggio, come una forma di intimidazione.

La direttiva non tratta tale argomento e, di conseguenza, non impone agli Stati membri di cercare delle soluzioni alternative al collocamento dei minori in carcere prima del giudizio o di indicare chiaramente nelle leggi nazionali le condizioni che giustificano il mantenimento di un minore in detenzione in via cautelare (come, ad esempio, il fatto che il soggetto rappresenti un pericolo per sé stesso e per gli altri). La direttiva non fissa nemmeno una durata massima di tale tipo di incarcerazione preventiva che dovrebbe essere sempre oggetto di un riesame periodico (idealmente, secondo il Comitato per i diritti dei minori, ogni due settimane).

La lettura combinata degli artt. 6 e 40, 1° comma, della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo ha portato a considerare, come è osservato nella prima della tesi, che il diritto allo sviluppo e alla sopravvivenza dei minori entrati nel circuito penale non possa essere scisso dal rispetto della loro dignità e in linea con tale considerazione la direttiva impone agli Stati membri di adottare ogni misura appropriata per consentire che il trattamento dei minori sia dignitoso (oltre che adeguato all'età, al grado di maturità, al livello di comprensione, alle eventuali difficoltà di comunicazione e alle ulteriori esigenze specifiche del minore interessato)¹¹⁴⁵.

È da notare, tuttavia, che la formulazione dell'art. 40, primo comma, della Convenzione sui diritti del fanciullo appare leggermente più tutelante in quanto impone agli Stati l'obbligo di promuovere la dignità dei minori attraverso un trattamento adeguato che tuteli al contempo anche il loro "valore personale". Al "valore personale" dei minori la direttiva non fa alcun riferimento e invece sarebbe stato opportuno per richiamare l'attenzione delle autorità competenti nazionali anche sulla valorizzazione delle caratteristiche personali positive dei minori e non solo su quelle negative, patologiche o legate ad eventuali vulnerabilità.

Inoltre, visto che il rispetto della dignità esige, altresì, che ogni forma di violenza nel trattamento dei minori debba essere categoricamente vietata, è abbastanza grave che la direttiva non si sia soffermata su tale aspetto, peraltro ampiamente approfondito a livello internazionale (in particolare nell'art. 37 della Convenzione sui diritti del fanciullo).

La proibizione di ogni forma di violenza e tortura nei confronti di chiunque sia privato della libertà rappresenta un diritto umano fondamentale e averlo richiamato nella direttiva avrebbe garantito una maggiore uniformità nel trattamento dei fanciulli all'interno dell'Unione europea, imponendo l'uso della forza come misura di *extrema ratio* e favorendo l'abolizione di misure disciplinari in grado di compromettere la dignità e il benessere fisico e mentale dei minori.

L'unico riferimento a tale aspetto si trova nell'art. 5 della direttiva sulla presunzione di innocenza che, si ribadisce, non è richiamata dalla direttiva in commento, il quale richiede agli Stati membri di

¹¹⁴⁵ Articolo 13, secondo comma, direttiva. Il Consiglio aveva eliminato il secondo paragrafo dell'art. 13, spostandolo in un considerando, ma fortunatamente la versione finale della Direttiva lo ha ricollocato nella parte operativa del testo. Pur non richiamando espressamente gli artt. 7 e 8 della direttiva, si può ritenere che l'art. 13 faccia riferimento agli esiti della valutazione individuale e dell'esame medico che andranno entrambi tenuti in dovuta considerazione.

applicare misure di coercizione fisica solo ove si rivelino necessarie, per ragioni legate al caso di specie o alla sicurezza, dovendo evitarne in caso contrario l'utilizzo per non presentare gli indagati/imputati come colpevoli in pubblico e in tribunale.

La Convenzione sui diritti dei fanciulli, poi, afferma anche che il trattamento riservato ai minori entrati nel circuito penale debba essere tale da rafforzare negli stessi *“il rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali altrui”*, nel senso che i protagonisti della giustizia penale minorile (ovvero poliziotti, procuratori, giudici e assistenti sociali) dovrebbero essere i primi a *“dare il buon esempio”* ai fanciulli. Questo aspetto, seppur non esplicitamente richiamato dalla direttiva, dovrebbe essere assicurato dall'obbligo di formazione di tali professionisti che, tuttavia, presenta dei limiti, come è già stato sottolineato e come si vedrà nel prosieguo.

Sempre al fine di garantire il diritto allo sviluppo dei minori in conflitto con la legge, non vi è dubbio che il lasso di tempo tra la commissione dell'infrazione e la sanzione finale debba essere il più breve possibile per consentire che quest'ultima abbia un suo valore pedagogico e per evitare una stigmatizzazione negativa del minore da parte della società.

Tutto ciò è espresso chiaramente nell'art. 37 della Convenzione sui diritti del fanciullo ed è stato affermato numerose volte anche dal Comitato per i diritti dei minori¹¹⁴⁶ e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo¹¹⁴⁷ ed è ora riflesso anche nell'art. 13 della direttiva che, seppur in maniera più sintetica, richiede agli Stati membri di trattare con urgenza e diligenza i procedimenti penali riguardanti i minori.

Ai minori privati della libertà, inoltre, ai sensi dell'art. 37 della Convenzione sui diritti del fanciullo, deve essere garantito il diritto di mantenere i contatti con la famiglia, attraverso la corrispondenza e le visite, essendo indispensabile l'appoggio e il coinvolgimento dei familiari nel loro trattamento rieducativo anche per far sì che gli stessi genitori prendano coscienza delle proprie responsabilità nei confronti dei comportamenti criminosi dei figli¹¹⁴⁸.

Per facilitare tutto ciò, a parere del Comitato per i diritti dei minori, il minore privato della libertà dovrebbe essere collocato in strutture il più vicino possibile alla famiglia e le eccezioni a tale regola dovrebbero essere chiaramente regolamentate dalla legge e non soggette alla discrezionalità delle autorità competenti.

La direttiva, nell'art. 12 dedicato al trattamento dei minori privati della libertà personale, garantisce l'esercizio effettivo e regolare del diritto alla vita familiare solamente ai fanciulli privati della libertà che non si trovano in carcere. Attribuisce, invece, a tutti i minori che sono stati privati della libertà personale (e che si trovano in carcere o in una comunità), il diritto di incontrare quanto prima i titolari della responsabilità genitoriale (o un altro adulto idoneo) quando tale incontro è compatibile con le esigenze investigative e

¹¹⁴⁶ CRC, Commento Generale 10, para 83.

¹¹⁴⁷ Si rimanda a quanto detto al riguardo nella prima parte del presente lavoro.

¹¹⁴⁸ Aspetto sottolineato anche nella Raccomandazione del Consiglio d'Europa del 2003 concernente *“le modalità di trattamento della delinquenza minorile ed il ruolo della giustizia minorile”*.

operative che finiscono, pertanto, per prevalere sul diritto del minore di vedere i propri genitori¹¹⁴⁹.

Tali ultime previsioni denotano un notevole passo indietro rispetto a quanto previsto a livello internazionale dove in particolare il Comitato per i diritti dei minori, interpretando la Convenzione sui diritti dei fanciulli, e anche il Consiglio d'Europa nelle sue Raccomandazioni, hanno ribadito più volte l'importanza di incoraggiare e facilitare i contatti dei minori detenuti con l'esterno e non solo con la famiglia e gli amici, ma anche con dei rappresentanti di organizzazioni che si occupano delle problematiche minorili o di altro tipo, purché siano formative¹¹⁵⁰. Inoltre, il diritto di ogni minore di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i genitori, salvo quando ciò sia contrario al suo interesse, è espresso chiaramente anche nell'art. 24, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Non si comprende, pertanto, questa ennesima discriminazione tra minori detenuti in carcere e minori privati della libertà al di fuori del contesto carcerario ai quali soltanto è concesso di vedere regolarmente i propri familiari.

Il diritto alla tutela della vita privata di tutti i minori autori di reato, senza alcuna distinzione, è maggiormente garantito dalla direttiva sul versante puramente processuale in quanto gli Stati membri sono tenuti ad adottare alcune misure (come le udienze a porte chiuse) proprio per tutelare la vita privata del minore coinvolto¹¹⁵¹.

Per la tutela del diritto allo sviluppo dei fanciulli, inoltre, è di fondamentale importanza che all'interno del contesto carcerario sia garantita ai minori la possibilità di godere di momenti di associazione con i compagni e di effettuare attività sportive/formative/educative/professionali che facilitino un loro futuro reinserimento nella società civile¹¹⁵². Come si è già avuto modo di notare, la direttiva avvalsa al riguardo una grave discriminazione tra minori detenuti in carcere e minori privati della libertà in altri contesti. L'accesso ai programmi che favoriscano lo sviluppo e il reinserimento sociale, infatti, sembra essere garantito solamente a questi ultimi.

Dalla direttiva, pertanto, non traspare chiaramente e con forza uno degli obiettivi cardine della giustizia penale minorile, ovvero il diritto di tutti minori, senza discriminazioni, al reinserimento nella società.

Anche il diritto dei minori detenuti di essere visitati da un medico rileva per tutelare il loro diritto

¹¹⁴⁹ Tale previsione, tra l'altro, è stata inserita grazie all'impegno del Parlamento europeo in quanto la proposta della Commissione non prevedeva il diritto del minore privato della libertà personale di incontrare quanto prima i genitori o un altro adulto idoneo.

¹¹⁵⁰ A questo riguardo, si ricorda, in particolare, che il Consiglio d'Europa ha sottolineato l'importanza che l'istituto carcerario venga situato in luoghi di facile accesso per facilitare l'integrazione nel contesto sociale, economico e culturale della comunità dando così la possibilità al minore di continuare l'istruzione o la formazione anche dopo il rilascio senza troppe difficoltà (articoli 53/5 e 78/5 della Raccomandazione del Consiglio d'Europa del 2003 concernente "le modalità di trattamento della delinquenza minorile ed il ruolo della giustizia minorile").

¹¹⁵¹ Art. 14 della direttiva.

¹¹⁵² Al riguardo, si era espresso sia il Comitato per i diritti dei minori che il Consiglio d'Europa, il quale, attraverso una sua Raccomandazione, aveva esplicitato la necessità che i minori detenuti avessero accesso ad un programma individualizzato volto al loro progressivo reinserimento sociale e il diritto di passare almeno otto ore fuori dalla cella di cui almeno due all'aria aperta (Artt. 50 e 80/2 della Raccomandazione del Consiglio d'Europa del 2003 concernente "le modalità di trattamento della delinquenza minorile ed il ruolo della giustizia minorile").

alla vita e alla sopravvivenza, ma di questo si è già avuto modo di parlare¹¹⁵³.

Tra le garanzie di cui devono poter beneficiare i minori detenuti al fine di preservare la propria salute e lo sviluppo, vi dovrebbe essere, inoltre, quella di poter rivolgere una richiesta o di fare una denuncia all'amministrazione centrale del carcere minorile, al giudice o ad altre autorità competenti, nonché quello di essere informati immediatamente della loro risposta¹¹⁵⁴. I mezzi di ricorso messi a disposizione dei minori, poi, dovrebbero essere facilmente accessibili e, dunque, *child-friendly*.

La direttiva tace su questi aspetti così come non coglie l'importante raccomandazione del Comitato per i diritti dei fanciulli in merito alla necessità di imporre delle ispezioni regolari a sorpresa nelle carceri minorili ad opera di ispettori indipendenti e qualificati per poter verificare in concreto il rispetto dei diritti dei minori detenuti e il loro stato fisico e mentale, consentendo a tali ispettori di poter parlare liberamente e in tono confidenziale con tutti i minori.

f) *il principio del superiore interesse del minore coinvolto in procedimenti penali*

Per concludere l'analisi della direttiva sui diritti dei minori indagati/imputati nei procedimenti penali rimane da verificare il rispetto del principio del superiore interesse del minore, stabilito, a livello internazionale, dall'art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo e, a livello di diritto UE, dall'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Nello specifico contesto minorile, il principio del superiore interesse del minore, di cui i diritti sopra analizzati costituiscono un'attuazione specifica, riflette innanzitutto un concetto di "responsabilità attenuata e differenziata", come risulta chiaramente dalla lettura dell'art. 40 della Convenzione sui diritti dei fanciulli.

In tal senso, protezione dell'interesse superiore del minore significa che gli obiettivi tradizionali della giustizia penale, come la retribuzione e la repressione, devono cedere il posto a misure alternative alla detenzione, alla giustizia riparativa e a degli obiettivi di reinserimento dei fanciulli in conflitto con la legge nella società.

In merito alla giustizia riparativa, la direttiva è silente, a parte un breve riferimento nell'art. 19 che si occupa della formazione dei professionisti che entrano in contatto con i minori anche nell'ambito, appunto, della giustizia riparativa.

La promozione dell'utilizzo delle tecniche di giustizia riparativa rappresenta un principio espresso sia dal Comitato per i diritti dei fanciulli che dalle Linee Guida del Consiglio d'Europa¹¹⁵⁵ e, inoltre, la tematica, come è già stato osservato, è affrontata anche dalla Direttiva sui diritti, il supporto e la protezione

¹¹⁵³ Art. 8 della direttiva di cui si era parlato anche in precedenza.

¹¹⁵⁴ UN Committee on the Rights of the Child, *General Comment 10 – Children's Rights in Juvenile Justice*, 2007, para 89.

¹¹⁵⁵ Si vedano al riguardo UN Committee on the Rights of the Child, *General Comment No. 10– Children's Rights in Juvenile Justice*, 2007, section 10 e Explanatory Memorandum to the Guidelines, section 81.

delle vittime di reato¹¹⁵⁶ che contiene l'art. 12, intitolato "Diritto a garanzie nel contesto dei servizi di giustizia riparativa". Oltre ai diritti che devono essere garantiti alle vittime in questi casi, tale articolo richiede esplicitamente che gli Stati membri facilitino, ove opportuno, il rinvio dei casi ai servizi di giustizia riparativa. È evidente, quindi, che manca un coordinamento tra le due direttive sul punto.

Per quanto riguarda, invece, le misure alternative alla detenzione, si è già avuto modo di osservare che la direttiva prescrive il dovere di ricorrervi solamente quando ciò sia possibile, senza aggiungere ulteriori e preziose indicazioni.

Infine, anche per quanto riguarda gli obiettivi di reinserimento dei fanciulli in conflitto con la legge nella società, si è già detto che la direttiva non garantisce tale diritto ai minori detenuti in carcere.

Alla luce di tali considerazioni, non si può di certo affermare che questa direttiva sia basata sul concetto di "responsabilità attenuata e differenziata" in cui prevalgono gli obiettivi del reinserimento dei minori nella società, l'uso di misure alternative e la giustizia riparativa.

Proseguendo nell'analisi degli ulteriori aspetti legati alla tutela del superiore interesse dei minori, si giunge all'art. 7 della direttiva che enuncia il diritto dei fanciulli alla valutazione individuale.

Tale diritto rappresenta la novità più importante di questo strumento in quanto è proprio dal suo esito che dipende la dovuta considerazione dell'interesse superiore del minore coinvolto.

La valutazione individuale viene definita come una verifica, compiuta da personale qualificato con un approccio (possibilmente) multidisciplinare¹¹⁵⁷, delle caratteristiche personali e della situazione economica, sociale e familiare del minore al fine di adattare, non solo il procedimento penale, ma anche il suo esito, alle esigenze specifiche del fanciullo coinvolto¹¹⁵⁸.

La direttiva incoraggia gli Stati membri a procedere ad una valutazione individuale del minore prima della formulazione dell'imputazione, coinvolgendo anche i titolari della responsabilità genitoriale o altri adulti idonei, ove opportuno.

Il diritto del minore ad una valutazione individuale rappresenta un aspetto chiave del diritto a un equo processo, così come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo ai sensi dell'art. 6 della CEDU. Infatti, nel verificare se vi sia stata o meno una violazione dell'art. 6 nei confronti di un minore sospettato di aver commesso un reato, la Corte europea, come si è già avuto modo di osservare, verifica anche se è stata presa in dovuta considerazione l'età, il livello di maturità e le abilità intellettuali ed emotive del minore e,

¹¹⁵⁶ Direttiva 2012/29/UE.

¹¹⁵⁷ La necessità che la valutazione individuale segua un approccio multidisciplinare, coinvolgendo professionisti di vari settori, era stata sottolineata dal Comitato per i diritti dei fanciulli nel Commento Generale n. 14, dedicato al principio del superiore interesse del minore (Documento del maggio 2013, para. 94).

¹¹⁵⁸ L'art. 7 della direttiva afferma, infatti, che la valutazione individuale serve per determinare la necessità di adottare eventuali misure specifiche a beneficio del minore, valutare l'adeguatezza e l'efficacia di eventuali misure cautelari rispetto al minore e assumere decisioni o linee d'azione nel procedimento penale, anche in sede di pronuncia della sentenza. L'Italia è uno degli Stati membri in cui il diritto alla valutazione individuale del minore è considerato un principio generale della giustizia penale minorile (Art. 9 D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448). In altri Stati membri, invece, rappresenta un'assoluta novità. Tale strumento è in linea con quanto richiesto dal Comitato per i diritti dei fanciulli (Si veda l'osservazione generale n. 18 sul principio di non discriminazione, par. da 7 a 13) e anche con la Raccomandazione del 2008 del Consiglio d'Europa, intitolata "Norme europee per i minori autori di reato destinatari di sanzioni o misure", che ha sancito l'importanza del principio di individualizzazione nel trattamento dei minori.

pertanto, controlla se è stata fatta una valutazione individuale¹¹⁵⁹.

Purtroppo la direttiva consente che anche il diritto alla valutazione individuale sia derogabile alla luce delle “circostanze del caso” e dell’interesse superiore del minore e che anche in assenza della valutazione individuale è possibile formulare un’imputazione purché la valutazione venga effettuata successivamente e sia disponibile nel corso delle udienze dinanzi al giudice.

Ancora una volta stabilire un diritto e poi ammettere che sia derogabile compromette la coerenza del testo di questa direttiva e, inoltre, crea una discriminazione tra minori vittime di reato e minori autori di reato.

Per i primi, infatti, la citata direttiva 2010/29/UE che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, non ammette alcuna deroga all’obbligo di sottoporre una vittima minore ad una valutazione individuale e nemmeno le direttive contro la tratta e gli abusi sessuali su minori ammettono deroghe alla valutazione individuale dei minori vittime di tali reati¹¹⁶⁰.

Data l’importanza dello strumento della valutazione individuale per adattare il processo e il suo esito alle specifiche esigenze del minore coinvolto non si può pensare che vi siano dei casi in cui il suo utilizzo potrebbe non essere nell’interesse del fanciullo, come sottolineato anche dal Comitato per i diritti dei fanciulli¹¹⁶¹.

Al riguardo, il considerando n. 39 della direttiva fornisce un esempio di quando potrebbe essere ammissibile procedere alla presentazione del capo d’accusa contro un minore in assenza della valutazione individuale ovvero quando un fanciullo si trova in custodia cautelare e l’attesa di ricevere una valutazione comporterebbe il rischio di prolungare in modo superfluo tale custodia. Peccato che i casi di privazione anticipata della libertà personale di un minore dovrebbero essere eccezionali e di *extrema ratio* e, in quanto tali, trattati con priorità senza che si finisca per autorizzare la compressione di un diritto (quello alla valutazione individuale) per tutelarne un altro (quello alla libertà). Inoltre, considerato che le “circostanze del caso” rappresentano già uno dei parametri stabiliti dalla direttiva per definire la portata e il livello di dettaglio della valutazione individuale, si ritiene che, leggendo l’art. 7, par. 3, in combinato disposto con l’art. 13 della direttiva (che impone un trattamento tempestivo e diligente delle cause che coinvolgono minori), l’esempio fornito nel considerando n. 39 sia del tutto fuori luogo.

Infine, sarebbe stato importante specificare nell’art. 7 che durante la valutazione individuale non potranno essere raccolte prove da usare contro il minore nel corso del processo.

La materia probatoria è da sempre una delle più delicate e, infatti, nonostante diversi tentativi, mancano ancora norme comuni tra gli Stati membri; si sarebbe comunque potuto dare un segnale importante nel far prevalere in questi casi il principio del superiore interesse del minore.

Fondamentale per tutelare il principio del superiore interesse dei fanciulli è anche il ruolo dei

¹¹⁵⁹ Corte europea dei diritti dell’uomo, *SC v. United Kingdom*, n. 60958/00, par. 28-29.

¹¹⁶⁰ Si vedano gli articoli 1, par. 2 e 22 della direttiva sui diritti delle vittime nei procedimenti penali, gli articoli 12, par. 3 e 14 della direttiva contro la tratta di esseri umani e l’art. 19, par. 3 della direttiva contro gli abusi sessuali su minori.

¹¹⁶¹ UN Committee on the Rights of the Child, General Comment 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration, May 2013, par. 48.

genitori, o di altri adulti appropriati, i quali, come affermato anche dal Comitato per i diritti dei minori, devono poter essere presenti nel procedimento penale per fornire assistenza psicologica ai minori¹¹⁶².

Oltre al diritto di essere informati¹¹⁶³, come è già stato sopra osservato, i genitori hanno anche quello di accompagnare i propri figli durante le udienze e durante le fasi del procedimento ulteriori in cui sia richiesta la presenza del minore, sempre purché l'autorità competente ritenga che sia nell'interesse superiore del fanciullo essere accompagnato e tale presenza non pregiudichi il procedimento penale¹¹⁶⁴.

A tale autorità competente non è richiesto di ascoltare e di tenere in considerazione le ragioni del minore coinvolto in merito alla decisione di escludere i genitori e, inoltre, l'eccezione che consente di escludere i titolari della responsabilità genitoriale in caso di pregiudizio del processo penale appare troppo ampia.

Sarebbe stato opportuno specificare, almeno nei considerando della direttiva, i casi in cui ciò può accadere ovvero, ad esempio, quando si sospetta che i genitori siano coinvolti nella commissione del reato in questione o, quantomeno, imporre agli Stati membri di elencare dei casi tassativi nelle proprie normative per evitare un abuso di tale diritto.

Di vitale importanza, poi, sempre per tutelare il superiore interesse dei minori implicati in vicende giudiziarie penali, è il diritto al rispetto della loro vita privata, come previsto anche dall'art 40 della Convenzione sui diritti dei fanciulli.

Al riguardo, è già stato osservato che la direttiva è carente nel tutelare tale diritto quando un minore si trova in carcere, mentre in sede processuale, offre maggiori garanzie che sono elencate nell'art. 14.

Viene, infatti, richiesto agli Stati membri di far sì che le udienze che coinvolgono minori si svolgano, di norma, a porte chiuse o, quantomeno, di prevedere che i giudici possano decidere di svolgere un'udienza con tali modalità; inoltre, è stabilito il divieto di rendere pubbliche le registrazioni degli interrogatori dei minori, mentre manca un chiaro monito ad evitare la divulgazione dell'identità dei minori. Queste disposizioni riflettono gli *standard* elaborati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in relazione al rispetto dell'art. 6 della CEDU¹¹⁶⁵.

Visto che però l'espressione "di norma" ammette indirettamente delle deroghe alla regola delle porte chiuse, sarebbe stato importante esigere dagli Stati membri che tutte le eccezioni dovranno essere limitate e definite chiaramente dalla legge nazionale, come richiesto dal Comitato per i diritti dei fanciulli.

Ad esempio, come affermato da alcune organizzazioni che si occupano della tutela dei diritti dei minori¹¹⁶⁶, non bisogna sottovalutare i benefici di una giustizia penale a porte aperte, in quanto quest'ultima non sempre opera come un pregiudizio per i sospettati, potendoli proteggere da uno scorretto utilizzo della legge da parte dei giudici e dei pubblici ministeri. A tal fine, i processi (o alcune parti di essi) dovrebbero

¹¹⁶² UN Committee on the Rights of the Child, General Comment 10: *Children's rights in Juvenile Justice*, April 2007, para. 53-54.

¹¹⁶³ Previsto dall'art. 5 della Direttiva in commento.

¹¹⁶⁴ Ai sensi dell'art. 15 della Direttiva.

¹¹⁶⁵ Si ricorda la citata sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *T v. UK*, n. 24724/94, 16 dicembre 1999.

¹¹⁶⁶ CRAE (Children's Rights Alliance for England), Fair Trials e LEAP (Legal Experts Advisory Panel).

essere sempre accessibili a un certo tipo di pubblico, come gruppi di monitoraggio del rispetto dei diritti dei fanciulli e ONG del settore.

Per quanto riguarda il divieto di divulgazione delle registrazioni, manca ogni riferimento nella direttiva al fatto che tali registrazioni non dovrebbero essere utilizzate in altri eventuali procedimenti che coinvolgono il minore una volta adulto in modo da non pregiudicarne il reinserimento nella società.

L'art. 14 della direttiva si occupa anche di tutelare i minori dai pregiudizi alla loro vita privata che potrebbero derivare dalla pubblicità dei media.

La protezione offerta per evitare tali situazioni, tuttavia, è abbastanza limitata rispetto quanto previsto in altre direttive dedicate alle vittime di reato che in alcuni casi estendono la tutela anche all'identità dei familiari della vittima¹¹⁶⁷. In questa direttiva, invece, non è previsto un vero e proprio divieto di divulgazione dell'identità dei minori in capo agli Stati membri, ma questi ultimi sono solamente invitati ad incoraggiare i mass media ad adottare proprie misure di autoregolamentazione. Il legislatore UE non ha quindi considerato che la divulgazione dell'identità di un minore accusato di un reato è pregiudizievole non solo per la tutela del diritto alla vita privata, ma anche per la sicurezza del minore, per il suo diritto alla reintegrazione nella società e, infine, per il diritto alla presunzione di innocenza.

Riguardo quest'ultimo punto, la non richiamata direttiva 2016/343 richiede almeno agli Stati membri di assicurare che *“le dichiarazioni pubbliche rilasciate da autorità pubbliche e le decisioni giudiziarie diverse da quelle sulla colpevolezza non presentino la persona come colpevole”*, salva la possibilità di divulgare informazioni sui procedimenti penali *“qualora ciò sia strettamente necessario per motivi connessi all'indagine penale o per l'interesse pubblico”*¹¹⁶⁸.

In conclusione, l'esigenza di protezione della *privacy* sembra avvertita maggiormente a livello di minori vittime di reato per i quali sono previste maggiori garanzie al fine di evitare a questi ultimi forme di vittimizzazione secondaria e ripetuta.

Come è stato sottolineato nella prima parte del presente lavoro, il Comitato per i diritti dei minori, per tutelare il superiore interesse dei fanciulli in conflitto con la legge, ha anche raccomandato agli Stati parte di istituire dei casellari giudiziari che cancellino automaticamente, seppur al ricorrere di alcune

¹¹⁶⁷ Ad esempio, l'art. 21 della direttiva sui diritti delle vittime prevede che *“1. Gli Stati membri provvedono a che le autorità competenti possano adottare, nell'ambito del procedimento penale, misure atte a proteggere la vita privata, comprese le caratteristiche personali della vittima rilevate nella valutazione individuale di cui all'articolo 22, e l'immagine della vittima e dei suoi familiari. Gli Stati membri provvedono altresì affinché le autorità competenti possano adottare tutte le misure legali intese ad impedire la diffusione pubblica di qualsiasi informazione che permetta l'identificazione di una vittima minorenni. 2. Per proteggere la vita privata, l'integrità personale e i dati personali della vittima, gli Stati membri, nel rispetto della libertà d'espressione e di informazione e della libertà e del pluralismo dei media, incoraggiano i media ad adottare misure di autoregolamentazione”*.

L'art. 20 della direttiva contro gli abusi sessuali su minori, poi, prevede che *“Gli Stati membri adottano le misure necessarie, nell'interesse della vittima minorenni e tenuto conto di altri interessi superiori, per proteggere la vita privata, l'identità e l'immagine delle vittime minorenni e impedire la diffusione pubblica di qualsiasi informazione che ne permetta l'identificazione”*. Come si può notare, il tono di queste due disposizioni è totalmente diverso da quello dell'art. 12, par. 4 della direttiva in commento che prevede unicamente che: *“Gli Stati membri, nel rispetto della libertà di espressione e di informazione e della libertà e del pluralismo dei media, incoraggiano questi ultimi ad adottare misure di autoregolamentazione al fine di conseguire gli obiettivi stabiliti nel presente articolo”*.

¹¹⁶⁸ Art. 4, par. 1 e 4, della direttiva UE 2016/343.

condizioni¹¹⁶⁹, le notizie di reato riguardanti infrazioni commesse durante la minore età al raggiungimento della maggiore età. Nessuna disposizione della direttiva affronta tale aspetto.

Uno dei punti forti della direttiva doveva essere il diritto all'assistenza legale obbligatoria per i minori autori di reato che avrebbe segnato una netta differenza rispetto a quanto previsto per gli adulti dall'art. 9 della direttiva sull'accesso all'avvocato¹¹⁷⁰.

L'intento iniziale della proposta di questa direttiva era, infatti, quello di affermare il divieto di rinuncia all'assistenza legale da parte dei minori informati di essere stati indagati o imputati¹¹⁷¹.

L'obiettivo della Commissione, condiviso anche dal Parlamento, ma osteggiato dal Consiglio, di rendere irrinunciabile la presenza dell'avvocato era chiaramente espressione del principio del superiore interesse dei minori coinvolti in procedimenti penali in quanto la decisione di un minore di non avvalersi di un legale, oltre a poter non essere del tutto consapevole per svariati motivi, può avere un impatto cruciale sugli esiti del procedimento stesso.

La presenza dell'avvocato, infatti, è fondamentale per assicurare l'effettivo esercizio di tutti i diritti connessi all'equo processo, per garantire che i minori siano capaci di esercitare i loro diritti consapevolmente, per evitare abusi o trattamenti inadeguati (in particolare, durante gli interrogatori delle autorità di contrasto) e per assicurare agli stessi agenti di polizia una protezione contro ricorsi infondati per violazione dei diritti degli indagati.

In merito alla possibilità, per un fanciullo, di rinunciare all'assistenza legale si era espressa anche la Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Panovits* nella quale era stato giustamente osservato che la rinuncia di questo tipo di diritto da parte di un minore deve essere guardata con diffidenza¹¹⁷².

Nella proposta originaria di questa direttiva, l'art. 6 era così stato intitolato “*Diritto irrinunciabile di avvalersi di un difensore*”. Nella versione finale dell'articolo, invece, non si trova più alcun riferimento all'irrinunciabilità di tale diritto¹¹⁷³.

A differenza di quanto previsto nell'art. 9 della direttiva sull'accesso all'avvocato, dunque, nella direttiva in esame non è previsto espressamente il diritto dei minori di rinunciare volontariamente

¹¹⁶⁹ Salvo, cioè, per le infrazioni più gravi in cui la soppressione di tali dati sensibili deve essere richiesta dai soggetti interessati, sottoponendo l'accoglimento della relativa istanza ad alcune condizioni (come il non aver commesso delle infrazioni nei due anni successivi all'ultima condanna).

¹¹⁷⁰ La direttiva 2013/48/UE è espressamente richiamata dall'art. 6 della direttiva.

¹¹⁷¹ Preme ribadire che il diritto a ricevere l'assistenza di un difensore è sancito, come principio generale, dall'art. 6, par. 3, della CEDU e dagli articoli 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

¹¹⁷² Corte europea dei diritti dell'uomo, *Panovits c. Cipro*, 11 dicembre 2008, ricorso n. 4268/04, §68, dove la Corte ha appunto affermato che “*given the vulnerability of an accused minor and the imbalance of power to which he is subjected by the very nature of criminal proceedings, a waiver by him or on his behalf of an important right under Article 6 can only be accepted where it is expressed in an unequivocal manner after the authorities have taken all reasonable steps to ensure that he or she is fully aware of his rights of defence and can appreciate, as far as possible, the consequence of his conduct*”. Altra pronuncia in cui la Corte europea ritiene che l'interrogatorio della polizia effettuato a un minore senza la presenza del suo avvocato costituisca una violazione dell'art. 6 della CEDU è *Adamkiewicz v. Poland*, n. 54729/00.

¹¹⁷³ Preme sottolineare che in diversi Stati membri vi è la prassi di interrogare e di far firmare dichiarazioni ai minori in assenza dei loro avvocati come dimostrano anche le denunce del Comitato europeo per la prevenzione della Tortura contro Estonia, Lituania, Svezia e Slovacchia.

all'avvocato, ma, dopo aver stabilito i momenti in cui sorge l'obbligo di ricevere assistenza legale¹¹⁷⁴, sono previste una serie di deroghe in grado di consentire agli Stati membri di interrogare il minore interessato e di compiere atti di indagine e di raccolta prove in assenza dell'assistenza del suo difensore. Tutto ciò nonostante la stessa direttiva affermi testualmente che *“nulla nella presente direttiva e, in particolare, nel presente articolo pregiudica tale diritto”*. In realtà è appunto proprio lo stesso articolo 6 a porre numerose deroghe al diritto dei minori di essere assistiti da un avvocato.

Il nuovo contenuto di tale diritto si allinea del resto alle previsioni della direttiva sull'accesso a un avvocato¹¹⁷⁵ che prevede anch'essa delle deroghe temporanee ed eccezionali al diritto all'assistenza legale nella fase delle indagini e, in particolare, quando vi è la necessità impellente di evitare gravi conseguenze negative per la vita, la libertà personale o l'integrità fisica di una persona e quando è indispensabile un intervento immediato delle autorità inquirenti per evitare di compromettere in modo sostanziale un procedimento penale in relazione a un reato grave¹¹⁷⁶.

Nonostante la direttiva richieda agli Stati membri di decidere caso per caso se interrogare, in questi casi, il minore in assenza del difensore, tenendo conto del suo superiore interesse e consentendo che la decisione possa essere sottoposta a controllo giurisdizionale, il risultato finale rimane alquanto pregiudizievole. La fase delle indagini preliminari, infatti, è la più delicata, essendo spesso decisiva per l'esito di un processo, e, dunque, queste deroghe minano, non solo il diritto del minore all'assistenza legale in ogni fase del processo, ma anche l'esercizio effettivo dei suoi diritti difensivi in qualità di persona particolarmente vulnerabile. Di ciò è ben consapevole anche la Corte europea dei diritti dell'uomo¹¹⁷⁷.

Il considerando n. 31 della direttiva aggiunge, almeno, qualche raccomandazione, affermando che gli Stati membri, in questi casi, dovrebbero informare i minori della facoltà di non rispondere e di non autoincriminarsi.

Oltre alle sopra citate deroghe, ammissibili unicamente nella fase pre-processuale, la direttiva consente, in generale, la possibilità di stabilire ulteriori deroghe qualora la presenza dell'avvocato non sia proporzionata alla luce delle circostanze del caso, tenendo conto della gravità del reato contestato, della complessità del caso e delle misure che potrebbero essere adottate rispetto a tale reato, fermo restando la

¹¹⁷⁴ Il paragrafo 3, dell'art. 6 della direttiva stabilisce che il minore, una volta informato di essere indagato o imputato in un procedimento penale, deve essere assistito da un difensore a partire dalla circostanza che si verifica per prima tra le seguenti: a) prima che sia interrogato dalla polizia o da un'altra autorità di contrasto o giudiziaria; b) quando vengono compiuti atti investigativi o di raccolta prove ai sensi del par. 4, lett. c); c) senza ritardo dopo la privazione della libertà personale; d) a tempo debito prima della comparizione davanti a un giudice competente in materia penale. Tale formulazione è identica a quella contenuta nell'art. 3, par. 2, della Direttiva 2013/48/UE, relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale.

¹¹⁷⁵ Art. 3, par. 6, della direttiva 2013/48/UE.

¹¹⁷⁶ Art. 6, par. 8, della direttiva sui diritti dei minori indagati e imputati in procedimenti penali.

¹¹⁷⁷ La Corte europea dei diritti dell'uomo ha, infatti, confermato che affinché il diritto a un giusto processo rimanga *“practical and effective”*, l'accesso a un avvocato dovrebbe essere garantito sin dal primo interrogatorio della polizia (caso *Salduz v. Turkey*, n. 36391/02, 27 novembre 2008), come, peraltro, affermato anche dalla direttiva, salvo le numerose deroghe. Secondo la Corte europea *“Suspects are particularly vulnerable at the investigation stage and evidence gathered may determine the outcome of the case. The right of access to legal assistance is particularly important for vulnerable suspect such as minors”* (caso, *S.C. v. the United Kingdom*, n. 60958/00, 15 giugno 2004).

consueta norma di chiusura che richiama la preminenza dell'interesse superiore del minore¹¹⁷⁸, oltre al rispetto del diritto a un equo processo e l'obbligo di tassatività di tali eccezioni nella legislazione nazionale¹¹⁷⁹.

Pertanto, pare potersi affermare che la direttiva ammette la possibilità di non ritenere obbligatoria la presenza di un avvocato per i reati meno gravi commessi dai minori, rendendo, in pratica, il diritto all'assistenza legale direttamente proporzionale al tipo e alla gravità del reato che si presume commesso oltre che alle circostanze del caso e alle sanzioni previste.

Questo insieme di deroghe, basate sulla proporzionalità, non esiste nemmeno nella direttiva relativa al diritto di avvalersi di un difensore, dando vita così ad una discriminazione inaccettabile tra minori e adulti a danno proprio della categoria di imputati più vulnerabile.

Nel paragrafo 6, dell'art. 6, della direttiva, inoltre, manca ogni riferimento al fatto che tali deroghe dovrebbero essere, perlomeno, temporanee, lasciando, così, apparentemente liberi gli Stati membri di negare ai minori l'accesso all'assistenza legale per un periodo indefinito di tempo. In realtà, delle raccomandazioni sull'uso limitato delle deroghe e sulla loro temporaneità e proporzionalità sono presenti nel considerando n. 32 della direttiva che invita anche gli Stati membri a non basare le deroghe esclusivamente sul tipo o sulla gravità del reato contestato e a non pregiudicare l'equità complessiva del procedimento. Da notare, inoltre, che la direttiva sul diritto all'accesso a un avvocato dedica un articolo specifico¹¹⁸⁰ proprio alle condizioni generali per l'applicazione delle deroghe che richiama, sostanzialmente, quanto previsto nel sopra citato considerando n. 32; pertanto, visto che la direttiva sul diritto a un difensore è espressamente richiamata nel primo paragrafo dell'art. 6 di questa direttiva, si ritiene che si possa fare affidamento anche su tale collegamento per imporre agli Stati membri le medesime cautele nei confronti delle deroghe ammissibili.

Il rinvio alla direttiva 2013/48/UE, in ogni caso, rende inapplicabili al processo minorile le deroghe previste unicamente in tale strumento, come chiarito dal considerando n. 26 di questa direttiva¹¹⁸¹. Il riferimento vale solo per l'art. 3, par. 5, della direttiva 2013/48/UE che consente, in circostanze eccezionali e solo nella fase pre-processuale, di derogare al diritto all'assistenza legale qualora, a causa della lontananza geografica dell'indagato o imputato, ciò non sia possibile.

La direttiva sui diritti dei minori indagati/imputati, infatti, non prevede una deroga al diritto all'assistenza di un difensore giustificata dalla lontananza geografica dell'indagato minorenni, ma ne prevede un'altra legata all'assenza del difensore.

¹¹⁷⁸ Nonostante la Corte europea dei diritti dell'uomo abbia ammesso, a livello teorico, la possibilità di derogare all'obbligo di garantire l'accesso a un avvocato quando vi siano "*compelling reasons*" (si veda Corte europea dei diritti dell'uomo, *Salduz v. Turkey*, n. 36391/02, 27 novembre 2008, par. 55), finora non risulta che la Corte abbia mai individuato nessuna di tali impellenti ragioni e si dubita che si arriverà mai in tale sede ad ammettere deroghe che interessino direttamente il diritto all'assistenza legale dei minori imputati.

¹¹⁷⁹ Art. 6, par. 6, della direttiva.

¹¹⁸⁰ Art. 8 della direttiva 2013/48/UE.

¹¹⁸¹ Considerando n. 26 della direttiva in commento: "*....qualora l'applicazione di una disposizione della direttiva 2013/48/UE non consenta al minore di avvalersi di un difensore conformemente alla presente direttiva, tale disposizione non dovrebbe applicarsi al diritto dei minori di avere accesso a un difensore ai sensi della direttiva 2013/48/UE*".

Il paragrafo 7 dell'art. 6 della direttiva, infatti, afferma che, in questo ultimo caso, le autorità competenti devono rinviare l'interrogatorio del minore e gli altri atti investigativi per un periodo ragionevole di tempo al fine di attendere l'arrivo del difensore. Mentre, però, viene prevista la nomina di un difensore per il minore che non abbia ancora provveduto a nominarne uno, per il fanciullo il cui avvocato è semplicemente in ritardo non è assicurata nessuna specifica assistenza legale se l'avvocato non si presenta entro i "termini ragionevoli" stabiliti che possono essere calcolati in giorni, ma anche in minuti e ore, mancando ogni tipo di indicazione al riguardo.

Fortunatamente il paragrafo 6 dell'art. 6 della direttiva afferma almeno alcune contro-deroghe che consentono di fissare alcuni punti fermi nella tutela del diritto all'assistenza legale dei fanciulli.

In primo luogo, non è consentito decidere sulla libertà personale di un minore in assenza dell'avvocato e l'assistenza del legale è obbligatoria durante il periodo di detenzione; inoltre, ogni condanna che priva un minore della libertà è illegittima se il minore non è stato precedentemente assistito da un avvocato, in particolare, durante le udienze.

L'art. 6, par. 4, lett. c) della direttiva, poi, elenca gli atti processuali ai quali, in teoria, dovrebbe essere presente l'avvocato del minore, riproducendo quanto previsto dalla direttiva 2013/48/UE. Gli atti in questione, infatti, sono le ricognizioni di persona, i confronti e le ricostruzioni della scena del crimine.

Al riguardo, appare interessante la lettura del considerando n. 28 della direttiva che indica le azioni per le quali gli Stati membri non hanno, invece, l'obbligo di fornire ai minori l'assistenza di un difensore, sempre che ciò rispetti il diritto a un equo processo, ovvero: a) l'identificazione del minore; b) determinare se debbano essere avviate indagini; c) verificare il possesso di armi o altre questioni analoghe di sicurezza; d) effettuare atti investigativi o di raccolta delle prove diversi da quelli indicati nella direttiva, come ispezioni personali, esami fisici, analisi del sangue, test alcolemici, fotografie, acquisire impronte digitali; e) far comparire il minore dinanzi a un'autorità competente o consegnare il minore al titolare della responsabilità genitoriale o a un altro adulto idoneo.

Questo lungo elenco, che non ritroviamo nella direttiva 2013/48/UE, contiene atti investigativi determinanti per il proseguimento delle indagini, tra i quali ve ne sono alcuni molto invasivi, come gli esami fisici e del sangue, che la direttiva acconsente di condurre su un minore anche in assenza di un legale.

Inesorabilmente collegato al diritto di avvalersi di un difensore è il diritto al gratuito patrocinio, disciplinato dall'art. 18 della direttiva nel quale si richiede agli Stati membri di provvedere affinché la legislazione nazionale in materia garantisca l'effettivo esercizio del diritto di essere assistiti da un difensore, a norma dell'articolo 6.

Sino all'adozione della recentissima direttiva 2016/1919 sul diritto al gratuito patrocinio, l'art. 18 rappresentava unicamente una mera disposizione di principio, in cui tutti i dettagli ricadevano nella

discrezionalità degli Stati membri visto che non esisteva alcuno *standard* minimo comune a livello UE¹¹⁸². Come vedremo nel prosieguo, tuttavia, la nuova direttiva sul diritto al gratuito patrocinio non prevede norme specifiche per i minori, nonostante quanto stabilito dai Principi e dalle Linee Guida delle Nazioni Unite sull'ammissione al gratuito patrocinio che incoraggiavano l'adozione di una normativa specifica¹¹⁸³.

Tale questione è stata affrontata anche nelle Linee Guida del Consiglio d'Europa seppur con minore creatività rispetto quanto previsto nei Principi e nelle Linee Guida delle Nazioni Unite sull'ammissione al gratuito patrocinio. Le Linee Guida, infatti, al fine di eliminare ogni impedimento dei minori all'accesso alla giustizia, invitano gli Stati ad istituire un sistema di gratuito patrocinio che sia efficace nella pratica, potendo anche essere garantito alle stesse condizioni previste per gli adulti e fatto dipendere sia dal reddito di chi detiene la responsabilità genitoriale che da quello del minore stesso¹¹⁸⁴.

L'articolo 18 della direttiva, puntando sull'effettività del diritto al gratuito patrocinio piuttosto che sulla predisposizione di una normativa *ad hoc* nei riguardi dei minori, sembra, pertanto, in linea con le disposizioni delle Linee Guida del Consiglio d'Europa.

Proseguendo nell'analisi del rispetto del principio del superiore interesse del minore indagato o imputato in un procedimento penale, si sottolinea molto positivamente il fatto che la direttiva abbia imposto a carico degli Stati membri i costi derivanti dalla valutazione individuale, dagli esami medici (salvo che non siano coperti da un'assicurazione sanitaria) e dalla registrazione audiovisiva degli interrogatori, indipendentemente dall'esito del procedimento, ovvero anche nel caso in cui il minore alla fine venga condannato¹¹⁸⁵.

Non era per niente scontato, infatti, che tale ultima precisazione risultasse nel testo finale della direttiva visto che il Consiglio aveva proposto che i minori condannati fossero tenuti a rimborsare i costi processuali sostenuti dagli Stati membri.

La disposizione sulle spese contenuta nell'art. 22 della direttiva si collega alle altre dello stesso tenore presenti nella direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione e nella direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione. Entrambe, infatti, escludono, rispettivamente, il pagamento dei

¹¹⁸² Come sottolineato dalla Commissione (European Commission, *Impact Assessment...cit.*, p. 6): “*national rules and practices on legal aid in criminal proceedings still display such divergences so that there are considerable shortcomings in the protection of the right to legal aid*”.

¹¹⁸³ Ai sensi dei Principi e delle Linee Guida delle Nazioni Unite sull'Ammissione al Gratuito patrocinio, infatti, le misure per garantire l'accesso dei minori al gratuito patrocini dovrebbero essere “*age-appropriate*” e il superiore interesse del minore dovrebbe essere sempre la primaria considerazione. Ciò significa, ad esempio, che ai minori va data la priorità nel fornirgli il gratuito patrocinio e se gli Stati sottopongono la concessione di tale diritto a delle specifiche condizioni reddituali, i minori dovrebbero essere tenuti esenti da tale verifica; inoltre, tutti gli avvocati abilitati al gratuito patrocinio e autorizzati a rappresentare i minori nei procedimenti penali minorili devono possedere una specifica formazione ed esperienza riguardo ai diritti e ai bisogni dei fanciulli (si veda Guideline 1 “*Provision of legal aid*”, para. 41, lett. c), Principle 10 “*Equity in access to legal aid*”, para. 32, Principle 11 “*Legal aid in the best interests of the child*”, para. 34 and 35, Principle 13 “*Competence and accountability of legal aid providers*”, para. 37 of the *UN Principles and Guidelines on Legal Aid in Criminal justice systems*, UN General Assembly, 28 March 2013).

¹¹⁸⁴ Si vedano le *Linee Guida del Consiglio d'Europa per una giustizia a misura di minore* del 2010 e, in particolare, la Linea Guida n. 38 e 102.

¹¹⁸⁵ Art. 22 della direttiva in commento.

costi di interpretazione e traduzione¹¹⁸⁶ e i costi derivanti dall'accesso alla documentazione relativa alle indagini, diritti che valgono ovviamente anche quando il condannato è un minore¹¹⁸⁷.

Grazie all'iniziativa del Parlamento europeo è stato poi inserito nella direttiva l'articolo 19 sui mezzi di ricorso, non contemplato né dalla proposta della Commissione né dall'Orientamento generale del Consiglio e che è da valutare positivamente sempre alla luce del principio del superiore interesse del minore. Grazie a questa disposizione, infatti, viene imposto agli Stati membri di garantire mezzi di ricorso effettivi, ai sensi del diritto nazionale, in caso di violazione dei diritti contenuti in questa direttiva.

Nel testo dell'art. 19 si sarebbe potuto aggiungere un richiamo alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, elaborata nel caso *Salduz*¹¹⁸⁸, richiedendo agli Stati membri di escludere le prove ottenute in violazione dei diritti stabiliti dalla direttiva.

Tra l'altro, la proposta di inserire nelle direttive emanate in attuazione della *Roadmap* un articolo che obbligasse gli Stati membri ad includere nelle proprie leggi nazionali una norma contenente l'importante diritto sancito nel caso *Salduz* era stata avanzata durante la discussione al *Justice Forum meeting* nel novembre del 2009, ma ad oggi nessuna direttiva contiene una simile previsione.

Al riguardo è interessante notare che l'art. 10 della direttiva sulla presunzione di innocenza, dedicato ai mezzi di ricorso, è maggiormente tutelante dell'art. 19 di questa direttiva in quanto richiede almeno agli Stati membri di garantire che, nella valutazione delle dichiarazioni rese da indagati/imputati e in quella delle prove raccolte in violazione del diritto al silenzio o del diritto di non autoincriminarsi, siano rispettati i diritti della difesa e dell'equo processo, pur ritenendo prevalenti le norme nazionali in materia di ammissibilità delle prove.

Nulla di simile è previsto nella direttiva dedicata ai minori che, come sopra ribadito, non affronta né direttamente, né tramite rinvio *per relationem* la tematica della presunzione di innocenza.

Stessa previsione è poi presente nella direttiva sul diritto all'assistenza legale alla quale la direttiva in commento rinvia e, pertanto, quantomeno la violazione del diritto di accesso a un difensore (in particolare quando vengono autorizzate delle deroghe) è sorretta da maggiori tutele anche se gli Stati membri restano comunque liberi di applicare le proprie normative in materia di ammissibilità probatoria.

Da segnalare positivamente vi è poi l'art. 21 della direttiva che impone agli Stati membri di trasmettere alla Commissione europea entro il 2021 (e successivamente ogni tre anni) i dati sull'attuazione dei diritti sanciti nella direttiva. La mancanza di dati sui minori coinvolti in procedimenti penali, infatti, è stata più volte indicata dalla Commissione europea come una delle ragioni che impediva di approfondire certi aspetti della tutela minorile in ambito penale a livello UE.

Rimane da affrontare un aspetto che si ritiene fondamentale per tutelare concretamente tutti i diritti

¹¹⁸⁶ Art. 4 della direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, sebbene quest'ultima non sia richiamata espressamente dalla direttiva sui diritti dei minori indagati in procedimenti penali.

¹¹⁸⁷ Art. 7, par. 5, della direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, espressamente richiamata dalla direttiva sui diritti dei minori indagati in procedimenti penali.

¹¹⁸⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Salduz c. Turkey*, n. 36391/02, 27 novembre 2008.

dei minori citati sinora ovvero l'obbligo di formazione dei professionisti che lavorano nell'ambito della giustizia penale minorile.

Come è già stato più volte anticipato, l'art. 20 della direttiva impone agli Stati membri di provvedere affinché le autorità di contrasto¹¹⁸⁹, quelle che lavorano nelle strutture di detenzione, i giudici, i p.m., gli avvocati che si occupano della difesa dei minori nei procedimenti penali e gli operatori che offrono servizi di sostegno ai minori e di giustizia riparativa ricevano o posseggano un'adeguata formazione specifica¹¹⁹⁰.

Al riguardo, si nota, tuttavia, un'ingiustificabile differenza nel tipo di formazione che è richiesta ai vari professionisti e che non rispecchia quanto richiesto dal Comitato per i diritti dei fanciulli¹¹⁹¹.

Mentre, infatti, per il personale delle autorità di contrasto e delle strutture di detenzione è stato introdotto un vero e proprio obbligo di formazione specialistica su determinati aspetti ovvero "*sui diritti del minore, sulle tecniche appropriate di interrogatorio, sulla psicologia minorile e sulla comunicazione in un linguaggio adattato al minore*", non altrettanto può dirsi in merito alla formazione che dovrebbero possedere giudici e magistrati inquirenti.

Per quanto riguarda poi gli avvocati, è previsto solamente il dovere degli Stati membri di promuovere per loro un'offerta formativa adeguata. Non avere puntato sull'obbligo di formazione specifica degli avvocati si rifletterà inesorabilmente sul reale godimento del diritto dei fanciulli all'assistenza legale in quanto quest'ultimo diviene privo di senso se l'assistenza fornita è del tutto insensibile ai bisogni specifici dei minori e non preparata in merito ai loro diritti.

Allo stesso modo, nella direttiva, viene solo incoraggiata la formazione degli operatori che offrono servizi di sostegno e di giustizia riparativa ai minori.

La direttiva, inoltre, non si focalizza sull'aspetto della necessaria collaborazione di tutti gli operatori al fine di tutelare al meglio il superiore interesse del minore coinvolto, aspetto trascurato forse perché ritenuto superfluo, ma in realtà di fondamentale importanza nel settore della giustizia penale minorile che può funzionare correttamente solo se basato su un approccio multidisciplinare.

Altrettanto importante sarebbe stato imporre una formazione specifica continua e non sporadica di tutti gli operatori sopra citati e chiedere agli Stati membri di assicurare che il dovere di formazione sia imposto omogeneamente all'interno di tutto il territorio nazionale in modo tale che non si creino delle disparità all'interno di uno stesso Stato sulle modalità in cui i minori vengono giudicati¹¹⁹².

Giunti al termine dell'analisi della direttiva (UE) 2016/800, nel prossimo paragrafo si cercherà di

¹¹⁸⁹ Tra le autorità di contrasto, la polizia rappresenta, in genere, il primo contatto tra i minori e il sistema giudiziario penale e, pertanto, anche il principale attore suscettibile di "scartarli" dal sistema quando le circostanze dei fatti lo rendono possibile. In alcuni Stati membri, come i Paesi Bassi, la polizia ha il potere di scegliere di applicare dei trattamenti extragiudiziali ai minori, mentre in altri Stati come l'Austria e l'Italia, solamente il pubblico ministero o un giudice possono prendere queste decisioni.

¹¹⁹⁰ In soli sei Stati membri, ad esempio, esiste attualmente una magistratura specializzata.

¹¹⁹¹ Nella originaria proposta della Commissione si richiedeva a tutti gli operatori di ricevere un certo tipo di formazione specifica, necessaria per approcciarsi correttamente ai minori coinvolti in vicende giudiziarie penali, in linea con quanto previsto dal Comitato per i diritti dei fanciulli nel Commento Generale n. 12 (UN Committee on the Rights of the Child, *General Comment No. 12 (2009) – The right of the child to be heard*, CRC/C/GC/12 1 July 2009, par. 134).

¹¹⁹² Aspetto sottolineato dallo studio della Commissione sui 28 Stati membri.

verificare come tale strumento si relazionerà con le altre direttive adottate in esecuzione della *Roadmap* del 2009 in modo tale da capire se le criticità che sono state sin qui sottolineate potranno trovare maggior tutela nelle disposizioni dedicate in generale a tutti gli indagati/imputati nei procedimenti penali.

2.3 Il coordinamento della direttiva UE 2016/800 con gli altri strumenti normativi generali a tutela di indagati e imputati nei procedimenti penali

Nel corso dell'analisi della direttiva UE 2016/800, dedicata ai diritti dei minori indagati/imputati, si è già avuto modo di operare alcune osservazioni in merito al rapporto di quest'ultima con altri strumenti normativi UE.

In questo paragrafo verrà condotta un'analisi più approfondita prendendo come punto di riferimento principale, ma non esclusivo, gli strumenti adottati dall'UE per dare attuazione alla sopra citata "*Roadmap*" del Consiglio per rafforzare i diritti procedurali di imputati e sospettati nei procedimenti penali.

Quello che si desidera verificare è se alcuni aspetti indicati come carenti nella direttiva UE 2016/800 possono essere colmati grazie al rinvio agli altri strumenti normativi dedicati generalmente a tutta la categoria degli imputati/indagati nei procedimenti penali e anche analizzare quale sia il livello di protezione offerto da questi ultimi in relazione ad aspetti che non sono stati trattati nella direttiva dedicata ai minori autori di reato.

Certamente questo chiederà un grande sforzo di coordinamento all'interprete, soprattutto quando la direttiva dedicata ai fanciulli non opera alcun rinvio alle altre direttive, nonché una certa sensibilità nel comprendere, da un lato, che certe garanzie contenute nella direttiva 2016/800/UE sono sin troppo minime e non possono, pertanto, essere prese solo alla lettera; dall'altro, occorre sensibilità anche nell'adattare le disposizioni che si trovano negli altri strumenti UE alle specifiche esigenze dei fanciulli, attraverso il richiamo, ad esempio, alle buone prassi elaborate dal Comitato ONU per i diritti dei minori e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Come sopra anticipato, sinora, nel rispetto della *Roadmap*, sono state adottate le seguenti direttive: direttiva 2010/64/EU sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali; direttiva 2012/13/EU sul diritto all'informazione nei procedimenti penali (che non verrà ulteriormente approfondita); direttiva 2013/48/EU relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale; direttiva 2016/1919 sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato.

Al di fuori dell'ambito della *Roadmap*, l'analisi verterà anche sulla direttiva 2016/343 sulla presunzione di innocenza e sulla Decisione quadro 2002/584/GAI che ha istituito il MAE

2.3.1 Il coordinamento con la direttiva 2010/64/EU sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali

I diritti all'interpretazione e alla traduzione non sono tra quelli richiamati nella direttiva dedicata alle garanzie degli indagati/imputati minori di età e, pertanto, occorre vedere quale sia il livello di protezione offerto dalla direttiva che se ne occupa nello specifico in quanto sarà il medesimo di cui potranno beneficiare i minori. Infatti, la direttiva 2010/64/UE non si rivolge mai espressamente ai fanciulli e quindi non fissa nemmeno un livello minimo di protezione superiore per questa categoria di indagati/imputati. L'unico richiamo alla vulnerabilità degli indagati/imputati si trova nel considerando n. 27 che parla di "indagati o imputati in posizione di potenziale debolezza", facendo riferimento, in particolare, a menomazioni di tipo fisico.

La direttiva 2010/64/UE sancisce, innanzitutto, il diritto degli indagati/imputati, che non parlano o non comprendono la lingua del procedimento penale, di ottenere, senza indugio, un'interprete e, entro un periodo di tempo ragionevole, anche una traduzione scritta di tutti i documenti fondamentali per l'esercizio dei diritti della difesa¹¹⁹³; entrambe queste garanzie devono essere fornite gratuitamente dagli Stati membri e indipendentemente dall'esito del procedimento¹¹⁹⁴.

In secondo luogo, è importante sottolineare che la Corte europea dei diritti dell'uomo già nel 1989, nel caso *Kamasinski c. Austria*, affermava che gli Stati hanno l'obbligo di verificare l'adeguatezza dell'interpretazione fornita. Secondo la Corte europea, infatti, "*In view of the need for the right guaranteed by [Article 6(3)(e) of the ECHR] to be practical and effective, the obligation of the competent authorities is not limited to the appointment of an interpreter but, if they are put on notice in the particular circumstances, may also extend to a degree of subsequent control over the adequacy of the interpretation provided*"¹¹⁹⁵.

Al riguardo, la direttiva 2010/64/UE appare in linea con quest'obbligo visto che dedica molta attenzione al fatto che sia la traduzione che l'interpretazione siano di qualità sufficiente a tutelare l'equità del procedimento (in particolare garantendo che gli imputati/indagati siano a conoscenza delle accuse a loro carico e siano in grado di esercitare i diritti della difesa) e a tal fine la direttiva impone agli Stati membri di assicurare che questi ultimi abbiano la possibilità di contestare la qualità dell'interpretazione e della traduzione loro fornita¹¹⁹⁶.

Inoltre, la direttiva prosegue affermando nell'art. 5 che spetta agli Stati membri adottare misure atte a garantire che l'interpretazione e la traduzione fornite rispettino la qualità richiesta dalle disposizioni sopra menzionate, dovendo essi impegnarsi "*al fine di assicurare un servizio di interpretazione e di traduzione adeguato e un accesso efficiente a tale servizio*", oltre "*a istituire un registro o dei registri di traduttori e*

¹¹⁹³ Artt. 2 e 3 della direttiva sul diritto all'interpretazione e alla traduzione. L'art. 3 specifica che cosa si deve intendere per "documenti fondamentali".

¹¹⁹⁴ Art. 4 della direttiva.

¹¹⁹⁵ Par. 48 della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

¹¹⁹⁶ Si vedano al riguardo l'art. 2, par. 5 e 8 e l'art. 3, par. 5 e 9 della direttiva.

interpreti indipendenti e debitamente qualificati” che, una volta istituiti, potrebbero essere messi a disposizione degli avvocati e delle autorità competenti.

Gli Stati membri devono anche assicurare che gli interpreti e i traduttori rispettino la riservatezza per quanto riguarda l’interpretazione e la traduzione fornite.

La direttiva consente poi agli indagati/imputati di rinunciare al loro diritto alla traduzione dei documenti fondamentali, sebbene nel rispetto di alcune cautele; queste ultime, tuttavia, potrebbero essere facilmente aggirate nel caso in cui i beneficiari di tale diritto fossero dei minori poiché la previa consulenza legale non è un requisito imprescindibile della rinuncia¹¹⁹⁷.

Non è prevista espressamente, invece, l’ipotesi di poter rinunciare al diritto all’interpretazione e non è chiara la *ratio* di tale differenza. Questo paradossalmente potrebbe rivelarsi meno tutelante per questo diritto poiché non essendo sorretto da garanzie UE in caso di una sua rinuncia potrebbe essere più facile per gli Stati membri indurre, velatamente e senza oneri a loro carico, gli indagati/imputati a farne a meno¹¹⁹⁸.

È interessante anche notare che le disposizioni contenute in questa direttiva contengono più garanzie di quelle previste nella direttiva sui diritti delle vittime.

Innanzitutto, il diritto delle vittime alla traduzione e all’interpretazione dipende da una previa richiesta della vittima¹¹⁹⁹, mentre per gli indagati/imputati di un reato sono le autorità competenti che devono verificare la loro capacità a seguire e comprendere il procedimento, in linea con quanto richiesto anche dalla Corte europea dei diritti dell’uomo¹²⁰⁰.

In pratica, mentre la direttiva sulle vittime consente alle autorità giudiziarie di attendere passivamente l’iniziativa della vittima, nei confronti degli indagati/imputati esse devono attivarsi d’ufficio per identificare subito chi può avere bisogno di una traduzione/interpretazione.

Inoltre, sebbene entrambe le direttive consentano di ricorrere contro la decisione di non fornire un’interpretazione o una traduzione¹²⁰¹, solo quella rivolta agli indagati/imputati prevede, come sopra anticipato, anche la possibilità di fare un reclamo contro la qualità dell’interpretazione e della traduzione

¹¹⁹⁷ La rinuncia è subordinata al fatto che il rinunciante abbia beneficiato di una previa consulenza legale o sia venuto altrimenti pienamente a conoscenza delle conseguenze della rinuncia e inoltre deve essere inequivocabile e volontaria e alla fine verbalizzata (art. 3, par. 8, della direttiva).

¹¹⁹⁸ Come giustamente sottolinea C. AMALFITANO (C. AMALFITANO, *Unione europea e garanzie processuali: il diritto all’interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2011 fasc. 1, pp. 83 – 110): “non è del tutto chiaro perché analoga prescrizione non sia stata disposta anche con riguardo al diritto all’interpretazione, potendo verificarsi il caso in cui uno straniero che magari parla e comprende un poco la lingua del procedimento, ma comunque in modo non sufficiente da esercitare pienamente il proprio diritto di difesa, sia indotto, con metodi poco ortodossi, a rinunciare all’assistenza di un interprete: anche in casi di questo tipo, infatti, il beneficiario del diritto dovrebbe poter “reagire” al subito diniego di tutela”. Sempre come sottolinea C. AMALFITANO si auspica che la Corte di Giustizia interpreterà in maniera estensiva la previsione in esame al fine di ricomprendervi anche la rinuncia al diritto all’interpretazione.

¹¹⁹⁹ Si vedano, al riguardo, gli articoli 7, par. 1, par. 3, par. 4 e par. 5 della direttiva 2012/29/UE sui diritti delle vittime di reato.

¹²⁰⁰ Art. 2, par. 1 e 4 della direttiva in commento. In merito alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo si vedano i casi *Brožicek c. Italia* e *Cusciani c. Regno Unito* nei quali la Corte europea ha affermato che “*the burden of proof is on the authorities to prove that the defendant sufficiently understands the language of the court*”.

In merito a queste osservazioni si veda S. VAN DER AA, *Variable Vulnerabilities? Comparing the Rights of Adult Vulnerable Suspects and Vulnerable Victims under EU Law*, in *New Journal of European Criminal Law*, Issue 1, 2016, p. 51.

¹²⁰¹ Tale diritto è previsto dall’art. 7, par. 7 della direttiva sui diritti delle vittime di reato e negli articoli 2, par. 5 e 3, par. 5 della direttiva sul diritto all’interpretazione e alla traduzione.

fornite. Pertanto, unicamente in tale ultima direttiva è previsto il dovere degli Stati membri di assicurare un certo *standard* qualitativo rispetto al godimento di questi due diritti.

Così come la direttiva sui diritti dei minori autori di reato, anche la direttiva sul diritto all'interpretazione e alla traduzione non obbliga gli Stati membri alla sua applicazione per i reati minori che rientrano nella competenza di autorità che, pur irrogando sanzioni impugnabili dinanzi ad autorità giudiziarie penali, sono diverse da queste ultime. Il par. 3 dell'art. 1 della direttiva prevede, infatti, che in ipotesi di questo tipo essa possa trovare applicazione solo nei procedimenti di impugnazione dinanzi ad una autorità giudiziaria penale. Tale esclusione è una conseguenza diretta della preoccupazione degli Stati membri in merito alle tempistiche delle traduzioni/interpretazioni, che potrebbero allungare enormemente i tempi dei processi, oltre che rappresentare entrambe tali attività una spesa eccessivamente onerosa per certi Stati.

Rimanendo sempre nell'ambito di applicazione della direttiva in commento, si può notare che essa non contiene alcuna indicazione in merito al carattere necessariamente transfrontaliero del procedimento penale, ma in questo caso, a differenza che nella direttiva dedicata ai diritti dei minori indagati/imputati, non si fa fatica a sostenere che il carattere transnazionale possa essere sempre riscontrabile visto che la necessità di ricorrere all'interpretazione o alla traduzione presuppone che l'indagato/imputato sia "estraneo" allo Stato in cui si svolge il procedimento, al punto tale da non comprenderne la lingua, sia che egli sia un cittadino dell'Unione, sia di un Paese terzo.

Questa direttiva si applica anche alle persone destinatarie di un MAE e sebbene i minori che potrebbero trovarsi in questa situazione non sono numerosi, è opportuno sottolineare che grazie a questo strumento viene armonizzata una norma prevista nella Decisione quadro sul MAE. L'art. 11 della Decisione quadro, infatti, stabilisce che il "ricercato arrestato in esecuzione di un mandato d'arresto europeo ha il diritto di essere assistito da un consulente legale e da un interprete". Prima dell'adozione di questa direttiva le modalità di tale assistenza erano rimesse alle legislazioni degli Stati membri di esecuzione".

Sotto diversi profili, quindi, questa direttiva è da valutare positivamente poiché ha sancito diritti in modo chiaro, preciso ed incondizionato che gli Stati membri sono tenuti ad assicurare a tutti gli indagati/imputati e quindi anche ai minori che non comprendono o non parlano la lingua del procedimento penale.

2.3.2 Il coordinamento con la direttiva 2013/48/EU relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale

Per quanto riguarda il rapporto della direttiva 2016/800/UE con la direttiva 2013/48/UE, relativa al diritto di avvalersi di un difensore, è già stato osservato che la prima richiama espressamente la seconda nell'art. 6 dedicato all' "assistenza di un difensore" e che vi sono alcune differenze di tutela del diritto

all'assistenza legale, a seconda che esso sia garantito agli adulti o ai minori, che non necessariamente pendono a favore di questi ultimi.

I punti chiave della relazione tra questi due strumenti sono già stati approfonditi, l'unico aspetto rilevante che non è stato sinora affrontato concerne la differenza tra la partecipazione attiva dell'avvocato e la sua mera presenza.

Ciò che emerge da entrambe le direttive, infatti, è che la partecipazione attiva dell'avvocato non pare essere ancora un diritto fondamentale riconosciuto dal legislatore UE e ciò si nota bene nella pressoché identica formulazione dell'art. 3, par. 3, lett. b) della direttiva 2013/48/UE e dell'art. 6, par. 4, lett. b) della direttiva sui diritti dei minori indagati/imputati.

In queste disposizioni, infatti, nonostante il tentativo di stabilire uno *standard* minimo di tutela, quando si afferma che il difensore deve partecipare in modo effettivo all'interrogatorio del proprio assistito, si conclude poi subordinando tale partecipazione alle procedure previste dal diritto nazionale che, pertanto, variano enormemente da uno Stato membro all'altro.

Tuttavia, sempre per quanto riguarda la differenza tra partecipazione attiva e mera presenza del difensore, la direttiva sui diritti dei minori sembra offrire una maggiore protezione se si paragona l'art. 6, par. 4, lett. c) con il suo corrispondente nella direttiva relativa al diritto di avvalersi di un difensore ovvero con l'art. 3, par. 3, lett. c).

La prima disposizione, infatti, cita testualmente che “gli Stati membri assicurano che i minori *siano assistiti da un difensore almeno durante i seguenti* atti investigativi o altri atti di raccolta delle prove...”, la seconda, invece, afferma che “gli Stati membri garantiscono che gli indagati e imputati abbiano *almeno il diritto alla presenza del proprio difensore* ai seguenti atti di indagine o di raccolta delle prove...”.

A parere di scrive, pertanto, un lieve miglioramento è possibile rinvenirlo nella direttiva dedicata ai fanciulli nella quale il diritto all'assistenza di un legale, pur con i tanti limiti che sono stati sottolineati nel precedente paragrafo, include il diritto del minore assistito di ricevere un'assistenza effettiva e non limitata ad una mera presenza passiva del suo difensore.

2.3.3 Il coordinamento con la direttiva 2016/1919 sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato

In merito al diritto al gratuito patrocinio, si è già avuto modo di osservare che la direttiva UE 2016/800 sui diritti dei minori indagati/imputati impone agli Stati membri l'obbligo di garantire che la legislazione nazionale in materia di patrocinio a spese dello Stato garantisca l'effettivo esercizio del diritto dei minori di essere assistiti da un difensore.

Questa disposizione di mero principio, che lasciava liberi gli Stati membri di continuare ad applicare le proprie normative nazionali, è stata recentemente un minimo armonizzata dal diritto UE grazie all'entrata

in vigore, il 16 novembre 2016, della direttiva (UE) 2016/1919 sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nell'ambito di procedimenti penali e per le persone ricercate nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato di arresto europeo che dovrà essere recepita dagli Stati membri entro il 25 maggio 2019.

La nuova direttiva, nell'art. 1, afferma di integrare la direttiva sui diritti dei minori indagati/imputati, oltre a quella sul diritto di avvalersi di un difensore, e che nessuna sua disposizione può essere interpretata in modo tale da limitare i diritti conferiti ai fanciulli dalla direttiva loro dedicata, anche perché, nel considerando n. 29 si afferma che la direttiva difende i diritti del minore.

Nel considerando n. 9, poi, la direttiva stabilisce che *“fatto salvo l'art. 6 della direttiva (UE) 2016/800, la presente direttiva non dovrebbe applicarsi laddove gli indagati, gli imputati o le persone ricercate abbiano rinunciato al diritto di avvalersi di un difensore”* ai sensi della direttiva 2013/48/UE o laddove gli Stati membri abbiano applicato le deroghe temporanee previste dalla direttiva 2013/48/UE per la durata delle stesse.

Nonostante sia apprezzabile il tentativo di ricordare velatamente agli Stati membri che i minori non dovrebbero poter rinunciare all'assistenza di un legale, è ormai noto che l'art. 6 della direttiva 2016/800/UE non garantisca tale garanzia a livello UE e altresì che le deroghe al diritto all'assistenza legale non si trovano solamente nella direttiva 2013/48/UE, ma anche in quella dedicata ai minori e, pertanto, in pendenza di deroghe anche i minori non avranno diritto, come gli adulti, al gratuito patrocinio.

Infine, un riferimento implicito ai fanciulli si trova nell'art. 9 che richiede agli Stati membri di garantire che, nell'attuazione della direttiva, terranno conto delle particolari esigenze di indagati, imputati e persone ricercate vulnerabili.

L'art. 4 della direttiva lascia liberi gli Stati membri di valutare se un indagato/imputato ha diritto al gratuito patrocinio attraverso una verifica delle sue risorse finanziarie (dunque operando un'analisi di elementi quali il patrimonio, il reddito, la situazione familiare dell'interessato, il costo di un difensore) e/o attraverso una valutazione nel merito (basata, cioè, sulla gravità del reato, la complessità del caso e la severità della sanzione prevista).

Nel caso dei minori, la Raccomandazione della Commissione del 2013¹²⁰² prevedeva che si dovesse aver riguardo al patrimonio dei fanciulli e non a quello dei genitori o degli esercenti la patria potestà, ma la direttiva non ha fatto alcuna scelta esplicita a loro favore con il rischio che gli Stati membri possano subordinare la concessione del gratuito patrocinio proprio ad una valutazione nel merito.

Questa preoccupazione è tanto più plausibile se si considera che anche questa direttiva può non applicarsi in relazione ai reati minori (e dunque meno gravi, meno complessi e con sanzioni inferiori), si applica unicamente ai procedimenti dinanzi a un tribunale/giudice avente giurisdizione in materia penale (e pertanto, come indicato anche nella stessa direttiva dedicata ai diritti dei minori indagati/imputati, sono

¹²⁰² Raccomandazione della Commissione del 27 novembre 2013 sul diritto al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati in procedimenti penali (2013/C 378/03), sez. 2, punto 6.

esclusi i procedimenti specificatamente destinati ai fanciulli che possono comportare misure di protezione, correttive o educative) e, inoltre, gli Stati membri sono tenuti a coprire i costi dell'assistenza legale solo quando è necessario nell'interesse della giustizia ovvero, in particolare, quando il reato per il quale il soggetto è indagato o imputato comporta l'applicazione di una pena detentiva, oltre che durante la stessa detenzione¹²⁰³. Tutto ciò fa pensare che solo in relazione all'accusa di un reato particolarmente grave commesso da un minore che non possiede risorse finanziarie sufficienti (proprie o familiari) sussista un obbligo reale degli Stati membri di coprire i costi dell'assistenza legale e di conseguenza non si può di certo ritenere che nella maggior parte dei casi i minori beneficerebbero di tale diritto a livello UE grazie a questa direttiva.

Si nota al riguardo una netta differenza con la direttiva sulla tratta di esseri umani in cui il considerando n. 19 afferma che: *“Poiché è improbabile che i minori vittime di tratta, in particolare, dispongano di tali risorse, la consulenza legale e l'assistenza legale sarebbero in pratica gratuite per costoro”*. Tale affermazione, che non ha eguali in un altro atto UE (non si trova, infatti, nemmeno nella direttiva contro gli abusi sessuali su minori), è sicuramente stata dettata dalla particolare vulnerabilità dei minori vittime di tratta, ma è comunque deludente che in tutti gli altri strumenti UE che si occupano di minori (vittime e autori di reati) il diritto all'assistenza/consulenza legale gratuite sia rimesso alla totale discrezionalità degli Stati membri. Al riguardo, poi, i minori vittime hanno anche meno garanzie rispetto ai minori delinquenti, non avendo uno strumento UE *ad hoc* che cerchi di armonizzare un minimo questo loro diritto. Inoltre, ai sensi dell'art. 13 della direttiva 2012/29/UE in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, gli Stati membri sono tenuti a garantire l'accesso al patrocinio a spese dello Stato, in base alle condizioni stabilite nelle proprie norme nazionali, solo quando le vittime sono parti del procedimento penale. Come è stato più volte ribadito, il diritto delle vittime a partecipare ai procedimenti penali e soprattutto ad esserne parti in senso sostanziale non è garantito in tutti gli Stati membri.

Un aspetto positivo per i minori che dovessero ottenere il gratuito patrocinio rileva nell'art. 7 della direttiva che impone agli Stati membri di dotarsi di un sistema di patrocinio di qualità adeguata a salvaguardare l'equità del procedimento e a tal fine occorre anche che gli Stati dedichino delle risorse a formare i difensori che forniscono servizi di patrocinio a spese dello Stato. Si auspica, pertanto, che, come già avviene in diversi Stati membri, siano istituiti corsi di formazione obbligatori e specifici per i difensori che vogliono offrire i propri servizi di patrocinio a spese dello Stato nell'ambito di procedimenti penali minorili.

Gli indagati/imputati, poi, come per i servizi di traduzione e interpretazione, hanno il diritto, su loro richiesta, di far sostituire il difensore che gli è stato assegnato ove le circostanze lo giustificano (e quindi sicuramente anche nel caso in cui l'assistenza legale fornita non sia adeguata).

Nella direttiva in commento, inoltre, non è stata alla fine inclusa nel testo finale una norma che prevedeva l'ammissione provvisoria al patrocinio a spese dello Stato¹²⁰⁴. Nonostante, infatti, la direttiva

¹²⁰³ Art. 2, par. 4 e art 4 della direttiva sul gratuito patrocinio.

¹²⁰⁴ Prevista, invece, nell'art. 3, lett. b), della proposta della Commissione.

afferma che gli Stati membri devono assicurare che il patrocinio a spese dello Stato sia concesso senza indebito ritardo e al più tardi prima di un interrogatorio o prima dello svolgimento degli atti investigativi elencati nell'art. 2, par., 1, lett. c)¹²⁰⁵, è evidente che nelle fasi iniziali del procedimento un indagato/imputato particolarmente vulnerabile, come un minore, corra il rischio di auto-incriminarsi.

Un effettivo diritto di avvalersi di un difensore nelle fasi iniziali del procedimento, infatti, sarebbe meglio garantito se l'indagato/imputato non dovesse restare nell'attesa di un difensore nel periodo che intercorre tra la domanda di ammissione al patrocinio a spese dello Stato e la decisione definitiva sull'ammissione, ovvero durante un lasso di tempo indefinitamente lungo.

L'iniziale proposta del beneficio provvisorio, pertanto, avrebbe costituito un reale valore aggiunto di questa direttiva, assicurando una coincidenza temporale tra il sorgere del diritto d'accesso al difensore e il diritto a non auto incriminarsi, utile soprattutto per gli indagati/imputati più vulnerabili¹²⁰⁶.

Da quanto detto sinora, emerge che le principali problematiche sollevate dalla Commissione nella sopra citata Raccomandazione del 2013, ovvero il diversificato panorama delle discipline nazionali in materia di diritto al patrocinio a spese dello Stato e le lacune in materia di patrocinio gratuito nelle fasi iniziali del procedimento penale, non sembrano essere state superate dalla direttiva in commento, così come non sembra che il coordinamento di quest'ultima con la direttiva dedicata ai diritti dei minori indagati/imputati apporterà significative garanzie per quest'ultima categoria.

2.3.4 Il coordinamento con la direttiva 2016/343 sulla presunzione di innocenza

Nonostante la previsione di misure *child-friendly* a tutela del principio della presunzione d'innocenza sia necessaria per evitare la violazione del principio di non discriminazione tra minori e adulti, la direttiva dedicata ai diritti dei fanciulli accusati/indagati di aver commesso un reato non affronta tale aspetto, nemmeno attraverso un richiamo allo strumento UE che se ne occupa nello specifico ovvero la direttiva 2016/343/UE che è stata adottata al di fuori degli obiettivi della *Roadmap* del 2009 del Consiglio.

Questa direttiva, in ogni caso, dedica ai minori unicamente il considerando n. 43 che conferma quanto sopra ovvero che *"i minori sono vulnerabili e dovrebbero beneficiare di un livello di protezione specifico. Pertanto, in ordine ad alcuni diritti previsti dalla presente direttiva, dovrebbero essere stabilite garanzie*

¹²⁰⁵ Ovvero ricognizioni di persone, confronti e ricostruzioni della scena di un crimine.

¹²⁰⁶ Come sottolinea M. POSTIGLIONE, *Verso un effettivo diritto al patrocinio a spese dello Stato?*, disponibile su www.eurojus.it che afferma anche che la mancanza della previsione di ammissione provvisoria non viene mitigata da quanto disposto nel considerando n. 19 della direttiva. Nel caso in cui le autorità competenti non riescano a concedere l'ammissione al patrocinio prima dell'interrogatorio dell'interessato o prima degli atti investigativi sopra citati, tale disposizione invita gli Stati membri a concedere il patrocinio almeno come misura provvisoria o di emergenza prima del compimento di queste attività istruttorie. La precisazione contenuta nel considerando n. 19, comunque, sembra attribuire all'indagato/imputato una tutela limitata all'atto investigativo in questione che cessa con il cessare dell'attività istruttoria e non perdura, quindi, sino alla decisione in merito all'ammissione al patrocinio a spese dello Stato.

procedurali specifiche". Previsione, tuttavia, rimasta inattuata anche dopo l'entrata in vigore della direttiva 2016/800/UE e quindi il livello di tutela del principio della presunzione di innocenza stabilito nella direttiva 2016/343/UE è il medesimo per gli adulti e i minori.

La mancanza di disposizioni rivolte specificatamente ai fanciulli è aggravata dal fatto che la direttiva sulla presunzione di innocenza non contiene nemmeno nessuna norma dedicata alla formazione degli operatori sul rispetto di questa fondamentale garanzia processuale.

Ciò premesso, bisogna sottolineare che il principio della presunzione di innocenza è incorporato nell'art. 6, par. 2 della CEDU e nell'art. 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

La direttiva 2016/343/UE è innovativa, perché contiene diritti, come quello di rimanere in silenzio in relazione al reato per il quale una persona è sospettata o accusata e quello di non auto-incriminarsi che non sono espressamente previsti né nella Carta né nella CEDU, sebbene siano stati richiamati dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo¹²⁰⁷.

Inoltre, per alcuni aspetti, la direttiva offre una protezione maggiore agli indagati/imputati rispetto al livello di tutela del principio della presunzione di innocenza garantito sinora dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Ad esempio, l'articolo 7, par. 5, della direttiva prescrive che *"l'esercizio da parte degli indagati e imputati del diritto al silenzio o del diritto di non autoincriminarsi non può essere utilizzato contro di loro e non è considerato quale prova che essi abbiano commesso il reato ascritto loro"*.

Al contrario, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, a partire dal celebre caso *Murray c. Regno Unito* dell'8 febbraio 1996, consente, a certe condizioni, che la scelta di rimanere in silenzio possa avere conseguenze negative per l'imputato.

Il legislatore UE, invece, ammette espressamente un altro principio ovvero che gli Stati membri possono tenere conto del comportamento collaborativo degli imputati/indagati¹²⁰⁸, avallando sostanzialmente la diffusa prassi di offrire sconti di pena a chi si dimostra collaborativo con la giustizia.

In relazione ad un altro aspetto fondamentale, tuttavia, la direttiva 2016/343 si allinea alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e il riferimento è alla durata dell'obbligo di riconoscimento del diritto alla presunzione di innocenza.

L'art. 3 della direttiva, esattamente come l'art. 6, par. 2, della CEDU, afferma che *"gli Stati membri assicurano che agli indagati e imputati sia riconosciuta la presunzione di innocenza fino a quando non ne sia stata legalmente provata la colpevolezza"*.

¹²⁰⁷ Sentenza Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Saunders c. Regno Unito*, del 17 dicembre 1996, dove la Corte europea affermò che *"although not specifically mentioned in Article 6 of the Convention, the right to silence and the right not to incriminate oneself are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6"*.

¹²⁰⁸ Art. 7, par. 4, della direttiva.

Il concetto di “*colpevolezza legalmente provata*” esclude quello di “*colpevolezza accertata con sentenza definitiva*”, non essendo stato approvato un emendamento volto proprio ad estendere tale garanzia fino all'esito dell'ultimo grado di impugnazione¹²⁰⁹.

La conseguenza è che l'art. 3 della direttiva entra così in contraddizione con l'art. 2, dedicato all'ambito di applicazione, che prescrive che la direttiva si applica sino a quando non diventa definitiva la decisione sulla colpevolezza.

Rimane, pertanto, il dubbio che l'Unione europea voglia, al pari della Corte europea dei diritti dell'uomo, interpretare la presunzione d'innocenza come una garanzia sacrificabile dopo il giudizio di primo grado¹²¹⁰. Si attendono quindi chiarimenti da parte della Corte di Giustizia.

Una norma che merita di essere sottolineata positivamente è l'art. 4 della direttiva che pone agli Stati membri l'onere di non presentare in pubblico una persona come colpevole fino al momento in cui la sua colpevolezza non sia stata accertata legalmente.

L'Unione europea si schiera, pertanto, apertamente contro il business della pubblicizzazione del processo penale che sta prendendo piede in molti Stati membri e al riguardo la direttiva dimostra di essersi basata sugli *standard* fissati dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo¹²¹¹.

In linea con tale giurisprudenza, infatti, la violazione della garanzia della presunzione di innocenza può essere imputata sia alle decisioni delle autorità giudiziarie che alle dichiarazioni delle autorità pubbliche, con delle differenze nel livello di protezione a seconda che l'indagato sia una persona comune o nota al pubblico.

L'interesse pubblico della vicenda, infatti, è tra le eccezioni che consentono alle autorità pubbliche di divulgare informazioni sui procedimenti in corso (oltre alle necessità delle indagini). Anche se non è specificato, tale interesse, come ha chiarito la Corte europea dei diritti dell'uomo, dovrebbe essere legato alla posizione di notorietà dell'indagato (ad es. nel caso in cui rivesta una carica politica) o a dei motivi di pubblica sicurezza e non all'interesse legato alla vicenda in sé.

Aspetto strettamente connesso con le responsabilità di chi rende i processi mediatici riguarda la responsabilità dei mass media. Non è stato infatti adottato l'emendamento proposto dalla Commissione per le libertà civili volto a modificare l'art. 4 della direttiva sulla presunzione di innocenza aggiungendo la seguente precisazione: “*Gli Stati membri provvedono affinché la presunzione di innocenza non sia violata dagli organi di stampa qualora questi presentino l'indagato o imputato come se fosse già stato condannato*”.

Gli organi di stampa, pertanto, sembrano restare al di fuori dal campo di applicazione della presente direttiva e su questo aspetto non si può non tenere in considerazione la giurisprudenza della Corte europea dei

¹²⁰⁹ La Relazione della Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni del 21 aprile 2015, aveva, infatti, proposto un emendamento dell'art. 3 della direttiva dal seguente tenore: “*Gli Stati membri assicurano che all'indagato o imputato sia riconosciuta la presunzione di innocenza fino a quando non ne sia accertata la colpevolezza con sentenza definitiva, pronunciata conformemente alla legge in un processo nel quale egli abbia avuto tutte le salvaguardie necessarie per la sua difesa*”.

¹²¹⁰ C. VALENTINI, *La presunzione d'innocenza nella Direttiva n. 216/343/UE: per aspera ad astra*, in *Processo penale e giustizia*, n. 6, 2016, p. 195.

¹²¹¹ Ad esempio si vedano: Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 febbraio 1995, caso *Allenet de Ribemont c. Francia* e 17 luglio 2003 caso *Craxi c. Italia*.

diritti dell'uomo e, in particolare, il noto caso *Dupuis c. Francia* che ha affrontato il problema del rapporto tra informazione e giustizia penale¹²¹².

In questa pronuncia la Corte europea ha definito la stampa come il “*cane da guardia della democrazia*”, ma sempre nel rispetto delle esigenze della giustizia e della presunzione di innocenza dell'accusato. Pertanto, secondo la Corte europea, i media non posseggono un indiscriminato potere di divulgazione delle notizie riguardanti un processo penale in corso che sono coperte dal segreto istruttorio, occorre che ci sia un “*dibattito politico di estrema importanza*” sulla vicenda, unitamente ad una grande professionalità dei media nell'informare il pubblico con modalità che non devono essere lesive né della presunzione di innocenza, né della corretta formazione del convincimento giudiziale.

L'aspetto della responsabilità dei mass media è, invece, affrontato nella direttiva dedicata ai diritti dei minori indagati/imputati, la quale, com'è già stato anticipato, chiede agli Stati membri di incoraggiare i media ad adottare misure di autoregolamentazione per proteggere la vita privata dei minori coinvolti (e non il loro diritto alla presunzione di innocenza); in ogni caso, la direttiva non garantisce una forte protezione contro il rischio di divulgazione dell'identità dei fanciulli che, invece, è apparsa più incisiva nelle direttive dedicate ai diritti delle vittime di reato.

Combinando quanto previsto nelle direttive 2016/800/UE e 2016/343/UE, ne deriva che i mass media, anche se non sono obbligati a non divulgare informazioni in merito ai procedimenti penali che coinvolgono dei minori e nemmeno la loro identità, sono comunque invitati a porre una maggiore attenzione al rispetto della loro vita privata e questo, unitamente al dovere delle autorità pubbliche e di quelle giudiziarie di non presentare in pubblico una persona come colpevole prima della condanna (ai sensi dell'art. 4 della direttiva 2016/343/UE), finisce per tutelare maggiormente i minori rispetto agli adulti, riducendo il rischio di stigmatizzazione dei fanciulli entrati nel circuito penale.

Anche la direttiva sulla presunzione di innocenza, come quella sui diritti dei minori imputati/indagati in procedimenti penali si applica solamente ai processi penali e non a quelli civili o amministrativi, nemmeno nel caso in cui questi ultimi impongano delle sanzioni¹²¹³.

Tuttavia, a differenza che nella direttiva dedicata ai minori, il considerando n. 11 di quella sulla presunzione di innocenza afferma che per interpretare correttamente la nozione di “procedimento penale” bisogna tenere conto della giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Questo richiamo fa pensare ai famosi “criteri di Engel” elaborati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e alla disputa nata (e non risolta) in sede di elaborazione del testo della direttiva UE 2016/800 tra Parlamento europeo, da un lato, e Consiglio e Commissione, dall'altro, in ordine all'inclusione o meno dei procedimenti che sono sostanzialmente, ma non formalmente penali. Su questo aspetto si rinnova la speranza che la Corte di Giustizia verrà presto sollecitata a fare chiarezza anche alla luce della propria giurisprudenza in materia.

¹²¹² Corte europea dei diritti dell'uomo, 7 giugno 2007, *Dupuis c. Francia*.

¹²¹³ Si vedano gli artt. 1, 2 e il considerando n. 11 della direttiva (UE) 2016/343.

Per quanto riguarda il livello di coordinamento tra le direttive, si può osservare che il fatto che la direttiva dedicata ai minori imputati/indagati non affronti, né direttamente né tramite rinvio *per relationem*, la tematica della presunzione di innocenza va sommato al mancato collegamento tra la direttiva sulla presunzione di innocenza e quella sul diritto all'informazione.

Quest'ultimo strumento, infatti, che è richiamato dalla direttiva 2016/800/UE, afferma unicamente il dovere degli Stati membri di informare tempestivamente gli indagati/imputati del loro diritto al silenzio, ma non vi è alcun riferimento al corrispondente diritto di non autoincriminarsi.

Sia il diritto al silenzio che quello a non autoincriminarsi non sono richiamati espressamente nella direttiva dedicata ai minori indagati/imputati in un procedimento penale e quindi i fanciulli, anche nel caso in cui le autorità competenti facciano rinvio alla direttiva sul diritto all'informazione, potrebbero rischiare di non essere prontamente informati di un loro diritto fondamentale ovvero quello di non autoaccusarsi. A ciò si aggiunge il fatto che la direttiva sulla presunzione di innocenza non prevede una disposizione dedicata alla rinuncia del diritto al silenzio o del diritto a non autoincriminarsi, rinunciando, così, a fissare delle tutele nel caso in cui ciò avvenga.

In considerazione di quanto esposto sinora, si può affermare che nonostante alcune intrinseche debolezze della direttiva sulla presunzione di innocenza, soprattutto per quanto riguarda la mancanza di disposizioni specifiche dedicate ai minori autori di reato, il principale problema pratico legato all'utilizzo effettivo di questo strumento nei procedimenti penali minorili nazionali risiede non tanto nel suo contenuto quanto nella mancanza di coordinamento con le altre due direttive che sono state adottate in momenti diversi¹²¹⁴.

2.3.5 Il coordinamento con la Decisione quadro 2002/584/GAI che ha istituito il MAE

Si ritiene opportuno soffermarsi ora sulla Decisione quadro 2002/584/GAI (modificata nel 2009¹²¹⁵) che ha istituito il Mandato d'arresto europeo (MAE), sebbene anche questo strumento non rientri tra le misure adottate in esecuzione della *Roadmap* del 2009, essendo ovviamente più risalente.

Il MAE è stato il primo strumento basato sul principio del mutuo riconoscimento in campo penale e, dunque, rappresenta l'esempio migliore per verificare come siano stati risolti sinora i casi di tensione tra l'obbligo degli Stati membri di riconoscere le decisioni giudiziarie emesse in un altro Stato membro e quello di proteggere i diritti fondamentali delle persone coinvolte.

¹²¹⁴ Ovvero con la direttiva 2016/800/UE sui diritti dei minori indagati/imputati e con la direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali.

¹²¹⁵ Decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, che modifica le decisioni quadro 2002/584/GAI, 2005/214/GAI, 2006/783/GAI, 2008/909/GAI e 2008/947/GAI, rafforzando i diritti processuali delle persone e promuovendo l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo. Ha portato all'inserimento dell'art. 4 *bis* intitolato "*Decisioni pronunciate al termine di un processo a cui l'interessato non è comparso personalmente*".

La Decisione quadro sul MAE, adottata velocemente come misura anti-terrorismo dopo il tristemente noto attacco dell'11 settembre alle Torri Gemelle, non è stata preceduta da un reale dibattito sul rispetto dei diritti umani¹²¹⁶ e, infatti, non contiene una disposizione che consenta agli Stati membri di rifiutare la consegna di una persona ricercata sulla base della violazione dei diritti fondamentali anche se l'art. 1, par. 3, della Decisione quadro afferma che *“l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti dall'art. 6 del TUE non può essere modificato per effetto della presente Decisione quadro”*.

La mancanza di uno specifico motivo di rifiuto del MAE, basato sul mancato rispetto dei diritti fondamentali, deriva dalla considerazione, a livello UE, che il principio del mutuo riconoscimento si basa sull'esistenza, in tutti gli Stati membri, di un adeguato *standard* minimo di protezione dei diritti umani in grado di alimentare un elevato livello di fiducia reciproca tra gli stessi Stati membri. Proprio per tale ragione, il considerando n. 10 della Decisione quadro stabilisce che l'attuazione di un MAE può essere sospesa solo in caso di grave e persistente violazione, da parte di uno Stato membro, dei principi sanciti all'art. 6, par. 1, del TUE, constatata dal Consiglio in applicazione della procedura prevista dall'art. 7 TUE che, com'è noto, a causa della sua complessità, non è mai stata utilizzata dall'Unione europea¹²¹⁷.

L'ideale sul quale si basa il principio del mutuo riconoscimento opera a prescindere da qualsiasi consenso tra gli Stati membri circa gli *standard* minimi di tutela dei diritti fondamentali da garantire sia in astratto che in concreto e, proprio per questa ragione, diversi Stati membri, nel dare esecuzione alla Decisione quadro, hanno introdotto nei propri ordinamenti dei motivi aggiuntivi di rifiuto di un MAE in caso di violazione dei diritti fondamentali della persona ricercata.

Ad esempio, l'Italia, nella legge n. 69 del 2005 di attuazione della Decisione quadro sul MAE, oltre a prevedere un generico motivo di rifiuto nel caso in cui la sentenza dello Stato membro di emissione contenga disposizioni contrarie ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano, prevede anche un motivo di rifiuto specifico a tutela dell'interesse superiore dei minori in tenera età e delle loro madri. Sulla base di ciò le autorità italiane si sono più volte rifiutate di concedere l'esecuzione di un Mandato d'arresto europeo se la persona ricercata era madre di prole inferiore ai tre anni con la stessa convivente o una donna in gravidanza¹²¹⁸.

¹²¹⁶ A. SANGER, *Force of Circumstance: the European Arrest Warrant and Human Rights*, in *Democracy and Security*, nr. 6, 2010, p. 36.

¹²¹⁷ Art. 7 TUE: 1. “Su proposta motivata di un terzo degli Stati membri, del Parlamento europeo o della Commissione europea, il Consiglio, deliberando alla maggioranza dei quattro quinti dei suoi membri previa approvazione del Parlamento europeo, può constatare che esiste un evidente rischio di violazione grave da parte di uno Stato membro dei valori di cui all'articolo 2. Prima di procedere a tale constatazione il Consiglio ascolta lo Stato membro in questione e può rivolgergli delle raccomandazioni, deliberando secondo la stessa procedura.

Il Consiglio verifica regolarmente se i motivi che hanno condotto a tale constatazione permangono validi.

2. Il Consiglio europeo, deliberando all'unanimità su proposta di un terzo degli Stati membri o della Commissione europea e previa approvazione del Parlamento europeo, può constatare l'esistenza di una violazione grave e persistente da parte di uno Stato membro dei valori di cui all'articolo 2, dopo aver invitato tale Stato membro a presentare osservazioni.

3. Qualora sia stata effettuata la constatazione di cui al paragrafo 2, il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata, può decidere di sospendere alcuni dei diritti derivanti allo Stato membro in questione dall'applicazione dei trattati, compresi i diritti di voto del rappresentante del governo di tale Stato membro in seno al Consiglio. Nell'agire in tal senso, il Consiglio tiene conto delle possibili conseguenze di una siffatta sospensione sui diritti e sugli obblighi delle persone fisiche e giuridiche”.

¹²¹⁸ Si veda la sentenza della Cassazione, sez. VI, 4 dicembre 2007, *Kochanska*, mentre per quanto riguarda il parere contrario della Suprema Corte di Cassazione italiana circa la possibilità di estendere tale principio anche al padre di un minore infratreenne si veda Cassazione, sez. Feriale, 2 settembre 2008, *Zvenca* in cui la Corte ha ritenuto la manifesta infondatezza della questione di legittimità

La Commissione europea ha sempre mostrato di non apprezzare la prassi degli Stati membri di introdurre motivi di rifiuto non contemplati dalla Decisione quadro.¹²¹⁹

Quest'ultima, infatti, nel suo report del 2006 sul MAE ha affermato che “*contrary to what certain Member States have done, the Council did not intend to make the general condition of respect for fundamental rights an explicit ground for refusal in the event of infringement. A judicial authority is, of course, always entitled to refuse to execute an arrest warrant if it finds that the proceedings have been vitiated by article 6 of the Treaty on European Union and the constitutional principles common to the Member States; in a system based on trust, such a situation should remain exceptional*”¹²²⁰.

Nonostante il parere della Commissione, l'automatismo che governa il MAE ha mostrato di essere pregiudizievole per i diritti umani e quindi l'analisi della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia ci consente di capire quale sia stato il ruolo della Corte nella protezione dei diritti fondamentali in questi anni.

Ovviamente il Mandato d'arresto europeo è stato utilizzato anche per portare alla giustizia autori di crimini contro i minori¹²²¹, ma più che essere uno strumento di protezione per le vittime esso rappresenta un mezzo per assicurare il responsabile alla giustizia, essendosi l'offesa già verificata.

Quando, invece, l'autore del reato è un minore, si è già avuto modo di osservare che la mancanza a livello UE di un'età comune per la responsabilità penale continuerà ad influenzare, limitandola, l'operatività del Mandato d'arresto europeo.

L'art. 3 della Decisione quadro, infatti, prevede che l'“età” possa essere un motivo di rifiuto del MAE ove, in base alla legge dello Stato di esecuzione, un soggetto risulti non imputabile penalmente.

Nel caso, invece, in cui un minore sia imputabile penalmente in entrambi gli Stati membri coinvolti è stato di fondamentale importanza prevedere nella direttiva 2016/800/UE, sui diritti dei minori indagati/imputati in un procedimento penale, un collegamento con la Decisione quadro istitutiva del MAE in modo tale da fissare degli *standard* minimi di protezione che prima non sussistevano.

Al riguardo, l'art. 17 della direttiva 2016/800/UE prevede che gli articoli 4 (diritto all'informazione), 5 (diritto a che sia informato il titolare della responsabilità genitoriale), 6 (assistenza di un difensore), 8 (esame medico), 10-15 (limitazione della privazione della libertà, misure alternative, trattamento specifico in caso di privazione della libertà personale, trattamento tempestivo e diligente delle cause, protezione della vita privata, diritto di essere accompagnato dal titolare della responsabilità genitoriale durante il procedimento) e 18 (diritto al patrocinio) si applichino anche nei confronti di un minore ricercato in forza di un MAE sin dal momento dell'arresto nello Stato membro di esecuzione.

costituzionale della disposizione in questione (che fa riferimento solo alla madre) non essendo le due situazioni comparabili, avendo voluto il legislatore considerare la peculiarità del rapporto madre-figlio in tenera età.

¹²¹⁹ European Commission, ‘*Report from the European Commission on the implementation since 2005 of the Framework Decision on EAW*’, COM (2007) 407 fin, p. 5.

¹²²⁰ European Commission, ‘*Report from the European Commission on the implementation since 2005 of the Framework Decision on EAW*’, cit., p. 6.

¹²²¹ Si veda ad es: Corte di Giustizia, causa *Jeremy F c. Premier Ministre*, 30 May 2013, C-168/13 che riguardava il caso di un MAE emesso nei confronti di una persona accusata di sottrazione di minore e atti sessuali su minore o ancora ha fatto scalpore il caso di Liam Adams, fratello del leader repubblicano irlandese Gerry Adams, destinatario di un MAE nel 2010 perché accusato di aver abusato sessualmente della figlia minore (è stato poi condannato a 16 anni di carcere nel 2013).

Anche l'articolo sui mezzi di ricorso, seppur non richiamato nell'art. 17, si applica ai minori ricercati grazie al riferimento a questa categoria di fanciulli contenuto nell'art. 19; inspiegabilmente, invece, l'art. 17 non richiama l'art. 7 dedicato alla valutazione individuale che rappresenta il vero fulcro innovativo della direttiva 2016/800/UE, ma, come vedremo nel prosieguo, tale lacuna potrà essere probabilmente colmata grazie alla recente giurisprudenza della Corte di Giustizia.

È già stato citato il celebre caso *Melloni*¹²²², relativo alla consegna, richiesta alle autorità spagnole, di una persona condannata in contumacia in Italia. La vicenda aveva fatto discutere poiché le norme spagnole, in caso di condanna in contumacia, erano più favorevoli di quelle contenute nella Decisione quadro sul MAE e, pertanto, la Corte Costituzionale spagnola aveva chiesto alla Corte di Giustizia se lo Stato di esecuzione poteva subordinare la concessione del MAE alla possibilità che nello Stato di emissione (ovvero l'Italia) venisse rivista la condanna emessa in contumacia.

La Corte di Giustizia non ha ritenuto applicabile il più garantistico *standard* spagnolo, considerando le norme UE compatibili con il diritto di difesa e con il principio dell'equo processo e il loro rispetto necessario per tutelare l'obiettivo della rapida consegna dei ricercati che è alla base del MAE.

Ciò che preoccupa, pertanto, nel caso in cui un MAE debba essere eseguito nei confronti di un minore, è che l'obiettivo della rapida consegna possa finire per prevalere in ogni caso sul corretto godimento di altre fondamentali garanzie processuali.

Le esigenze poste a presidio dell'uniforme applicazione del diritto UE, infatti, non possono non tenere conto del fatto che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ha posto a fondamento delle c.d. "clausole trasversali" un complesso meccanismo di interazione sistemica¹²²³.

Mentre, infatti, l'art. 52, par. 4 della Carta, impone che i diritti fondamentali che risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri siano interpretati in armonia con dette tradizioni, l'art. 53 sembra consentire alle singole costituzioni degli Stati membri (e non, quindi, alle "tradizioni costituzionali comuni") di innalzare lo *standard* di tutela apprestato dalla Carta.

Ne consegue che l'eventualità che, in nome di una tutela più elevata di un certo diritto, un singolo ordinamento nazionale possa provvedere a derogare ad una norma del diritto secondario UE non dovrebbe sempre essere esclusa a priori dalla Corte di Giustizia in quanto risulta inerente a quel pluralismo costituzionale che ispira le clausole orizzontali della Carta dei diritti fondamentali.

L'autoreferenzialità finora assegnata all' "interesse generale dell'Unione" costituisce un invalicabile freno anche all'applicazione delle garanzie riflesse nella Carta dei diritti fondamentali.

In *Melloni* la Corte di Giustizia si è concentrata solo sul primato, l'unità e l'effettività del diritto UE ignorando i diritti fondamentali in gioco come quasi se non appartenessero all'identità nazionale degli Stati membri che la Corte è tenuta a rispettare.

¹²²² Corte di Giustizia, 26 febbraio 2013, *Stefano Melloni*, C-399/11.

¹²²³ Come sottolinea M. DANIELE, *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione europea, CEDU e sistemi nazionali*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4/2016, p. 10.

Di conseguenza, quest'ultima ha mantenuto l'orientamento già espresso nella sentenza *Radu*¹²²⁴, escludendo, cioè, che ulteriori motivi di non riconoscimento del MAE possano essere invocati dagli Stati membri al di fuori di quelli espressamente previsti (approccio poi proseguito anche nella successiva sentenza *Lanigan*¹²²⁵).

Quello che emerge dall'analisi di queste sentenze è, dunque, un approccio costante della Corte di Giustizia, caratterizzato da un'interpretazione letterale del testo della Decisione quadro sul MAE, da un mancato bilanciamento tra i diritti in gioco e da una prevalenza assoluta dell'effettività del diritto UE.

A differenza della Corte di Giustizia, l'approccio del legislatore europeo è cambiato in quanto la direttiva 2014/41/UE sull'ordine europeo di indagine penale (OEI) ha introdotto, nell'art. 11, par. 1, lett. f), uno specifico motivo di non riconoscimento o di non esecuzione quando “*sussistono seri motivi per ritenere che l'esecuzione dell'atto di indagine richiesto nell'OEI sia incompatibile con gli obblighi dello Stato di esecuzione ai sensi dell'articolo 6 TUE e della Carta*”.

Questo dimostra ancora una volta che il principio del mutuo riconoscimento non implica una presunzione assoluta del rispetto dei diritti fondamentali da parte degli Stati membri, come d'altronde ammesso anche dalla stessa Corte di Giustizia nel citato caso *NS e M.E* in materia di asilo.

Da un punto di vista giuridico, la mancanza di una clausola simile all'art. 11, par. 1, lett. f) della direttiva sull'OEI nella Decisione quadro sul MAE, che incide fortemente sul diritto alla libertà personale, non è accettabile e non aiuta ad aumentare la fiducia reciproca tra gli Stati membri.

Una modifica alla Decisione quadro che istituisce il Mandato d'arresto europeo, pertanto, sarebbe opportuna al fine di restituire coerenza all'intero sistema della cooperazione giudiziaria in materia penale nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. D'altronde, come giustamente osservato dall'Avvocato generale Cruz Villalón nelle sue Conclusioni al caso *I.B. c. Conseil des ministres* “*Se è vero che il mutuo riconoscimento è uno strumento che rafforza lo spazio di sicurezza, di libertà e di giustizia, è altrettanto vero che la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali costituisce un prius che legittima l'esistenza e lo sviluppo di tale spazio*”¹²²⁶.

Ciò nonostante, a lungo non sono servite le raccomandazioni del Parlamento europeo, le numerose violazioni dei diritti fondamentali nelle procedure del MAE segnalate da diverse ONG e nemmeno le osservazioni di alcuni Avvocati Generali per influenzare l'orientamento della Corte di Giustizia.

Recentemente, tuttavia, una sentenza ha riaperto le speranze.

La Corte di giustizia, infatti, con la sentenza *Aranyosi*¹²²⁷ ha introdotto per la prima volta un motivo facoltativo di non esecuzione di un MAE non previsto nella Decisione quadro 2002/584.

Nello specifico, la Corte ha stabilito che l'autorità dello Stato membro richiesto di eseguire un MAE può rifiutarsi di farlo ove accerti un “rischio concreto” di violazione dell'art. 4 della Carta dei diritti

¹²²⁴ Corte di giustizia, 29 gennaio 2013, *Ciprian Vasile Radu*, C-396/11.

¹²²⁵ Corte di giustizia, 16 luglio 2015, *Francis Lanigan*, C-237/15.

¹²²⁶ Conclusioni dell'Avvocato generale Pedro Cruz Villalón, presentate il 6 luglio 2010, nella causa C-306/09, *I.B. c. Conseil des ministres*, punto 43

¹²²⁷ Corte di giustizia, 5 aprile 2016, *Aranyosi*, C-404/15.

fondamentali (corrispondente all'art. 3 CEDU) ovvero che la persona ricercata può concretamente subire un trattamento inumano e degradante nello Stato membro richiedente¹²²⁸.

La sentenza della Corte faceva riferimento alle pessime condizioni di detenzione in Romania, ovvero lo Stato di emissione del MAE, che erano già evidenziate da diverse pronunce di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo, nonché dai rapporti del Comitato ONU contro la tortura.

Nonostante tale pronuncia abbia segnato un importante passo avanti per la protezione dei diritti fondamentali in ambito MAE, la Corte di Giustizia non ha comunque rinunciato a cercare di tutelare, in primo luogo, il principio del mutuo riconoscimento.

La Corte, infatti, ha imposto una verifica rigorosa del rispetto dei diritti fondamentali sulla base di elementi oggettivi, affidabili, precisi e attuali nei confronti della persona oggetto del provvedimento.

Nel caso di specie, infatti, la Corte ha chiarito che l'accertata esistenza di carenze sistematiche o generalizzate nello Stato membro di emissione del MAE, per determinati gruppi di detenuti, o la peculiare situazione di alcuni centri di detenzione in detto Stato, rappresenta solo un requisito preliminare per il rifiuto del MAE, ma non sufficiente, dovendo sussistere anche un rischio concreto in riferimento all'individuo al centro del provvedimento di consegna¹²²⁹.

Solo in tale ultima ipotesi, le autorità dello Stato di esecuzione devono richiedere informazioni aggiuntive allo Stato di emissione del MAE e solo se il rischio per l'individuo coinvolto è effettivo e non può essere escluso in un termine ragionevole, l'autorità competente dello Stato di esecuzione potrà mettere fine alla procedura di consegna.

Sembrirebbe, dunque, che le autorità giudiziarie nazionali debbano compiere un duplice controllo circa l'esistenza di carenze sistemiche *in primis* e successivamente circa la sussistenza di rischi concreti individuali.

Questa doppia verifica contrasta con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che, come è stato osservato nel citato caso *Tarakhel*, ha riconosciuto la derogabilità della presunzione di sicurezza relativa all'apparato di asilo degli Stati membri dell'Unione europea anche in situazioni non caratterizzate da una *défaillance* sistemica, considerando sufficiente l'esistenza di “*serious doubts as to the current capacities of the system*”.

Dunque un sistema di controllo molto più semplice, considerato anche che, ad oggi, la Corte di Giustizia non ha mai chiarito i contorni della nozione di “deficit sistemico”¹²³⁰.

Inoltre, in passato, seppur in materia d'asilo, la stessa Corte di Giustizia aveva stabilito che le autorità nazionali competenti di uno Stato membro erano tenute a verificare unicamente l'esistenza di eventuali carenze sistemiche in un altro Stato membro e non anche i rischi individuali dei soggetti coinvolti¹²³¹. Sarebbe,

¹²²⁸ Par. 104 della sentenza in commento.

¹²²⁹ Par. 109 della sentenza in commento.

¹²³⁰ Al riguardo si veda l'interessante contributo di A. VON BOGDANDY, M. IOANNIDIS, *Il deficit sistemico nell'Unione europea*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 593-640.

¹²³¹ Il riferimento è al celebre e già caso *N.S. e M.E* sul quale si tornerà a breve.

peraltro, logico ritenere che la presenza di carenze sistemiche possa sollevare il singolo dall'onere di provare il rischio individuale che lo stesso correrebbe nel recarsi in un dato Stato membro.

In base alla pronuncia della Corte di Giustizia, inoltre, si profila in ogni caso, in capo alle autorità giudiziarie nazionali, una facoltà e non un obbligo automatico di rifiutare l'esecuzione di un MAE.

Inoltre, non è nemmeno chiaro se la pronuncia della Corte possa estendersi ad una generalizzata tutela dei diritti fondamentali oppure se debba rimanere circoscritta ai casi rientranti in una (potenziale) violazione dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali. In quest'ultimo caso, infatti, sarebbe difficile farci rientrare la violazione della maggior parte dei diritti fondamentali a tutela del giusto processo¹²³².

Una lettura restrittiva della sentenza sarebbe in linea con il famoso parere 2/13 sul progetto di accordo di adesione dell'Unione europea alla CEDU in cui la Corte di Giustizia ha espressamente affermato che “*il principio della fiducia reciproca impone agli Stati membri, segnatamente per quanto riguarda lo spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia, di ritenere, tranne in circostanze eccezionali, che tutti gli altri Stati membri rispettino il diritto dell'Unione e, più in particolare, i diritti fondamentali riconosciuti da quest'ultimo*”¹²³³.

Come si è già avuto modo di osservare, tale presa di posizione della Corte di Giustizia potrebbe dar vita a dei contrasti con la Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ipotesi in cui quest'ultima decidesse di applicare la dottrina *Bosphorus* ai casi relativi al MAE.

Un primo avvertimento della Corte europea dei diritti dell'uomo si può leggere nel testo della recente sentenza *Avotiņš*¹²³⁴.

In tale pronuncia, infatti, la Corte europea ha applicato per la prima volta la presunzione della protezione equivalente in un caso in cui veniva in rilievo il reciproco riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giudiziarie nell'Unione europea (seppur in materia civile e commerciale). Questa sentenza, poi, rappresenta anche la prima risposta della Corte di Strasburgo al parere 2/13 della Corte di Giustizia.

Nella sentenza *Avotiņš* la Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo ha rilevato che le regole UE che limitano a casi eccezionali il potere dello Stato membro al quale è richiesto di riconoscere/eseguire una sentenza emessa in un altro Stato membro di verificare l'inosservanza, da parte di quest'ultimo Stato, dei diritti fondamentali potrebbe ostacolare il rispetto della CEDU; alla luce di tale Convenzione, infatti, il giudice dello Stato richiesto deve almeno poter condurre una verifica commisurata alla gravità di *qualsiasi* seria pretesa violazione dei diritti fondamentali nello Stato di origine al fine di assicurare che la protezione di tali diritti non risulti manifestamente inadeguata¹²³⁵.

¹²³² Per un approfondimento su questo punto si vedano le osservazioni di G. ASTA, *La sentenza della Corte di Lussemburgo sul caso "Aranyosi e Caldaru": una (difficile) coesistenza tra tutela dei diritti fondamentali e mandato di arresto europeo*, in *Osservatorio costituzionale*, 2016 e di O. FERACI, *Mutuo riconoscimento e principio della protezione equivalente (Bosphorus): riflessioni a margine della sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Avotiņš c. Lettonia*, in www.sidiblog.org.

¹²³³ Corte di giustizia, parere 2/13 del 18 dicembre 2014 sul progetto di accordo di adesione dell'Unione alla CEDU, par. 191.

¹²³⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Avotiņš c. Lettonia* [GC], ricorso 17502/07, sentenza del 23 maggio 2016.

¹²³⁵ Nei par. 113-114 della sentenza *Avotiņš* la Corte europea afferma che: " *The Court is mindful of the importance of the mutual recognition mechanisms for the construction of the area of freedom, security and justice referred to in Article 67 of the TFEU, and of the mutual trust which they require. As stated in Articles 81(1) and 82(1) of the TFEU, the mutual recognition of judgments is designed in particular to facilitate effective judicial cooperation in civil and criminal matters. The Court has repeatedly asserted its commitment to international and European cooperation. Hence, it considers the creation of an area of freedom, security and*

La Corte europea dei diritti dell'uomo, pertanto, afferma piuttosto chiaramente la necessità di un controllo delle autorità giudiziarie nazionali che non si limiti ad una possibile violazione del divieto di pene o trattamenti inumani o degradanti, come parrebbe emergere dalla sentenza *Aranyosi* della Corte di Giustizia.

A questo punto occorre richiamare ancora una volta la decisione della Corte di Giustizia nel caso *N.S. e M.E.* in materia di asilo perché in questa pronuncia la Corte ha riconosciuto un vero e proprio obbligo di non trasferimento dei richiedenti asilo verso gli Stati membri in cui vi è il rischio che finiscano per subire trattamenti inumani e degradanti.

Accanto a chi auspica in un travaso di principi dall'asilo al MAE vi è anche chi ritiene che non si possano fare paragoni tra questi due differenti ambiti in particolare perché nel caso *N.S. e M.E.* si registrava una manifesta e sistematica violazione dei diritti fondamentali, mentre nelle sentenze sul MAE le garanzie del giusto processo erano comunque sempre rispettate nel loro contenuto essenziale¹²³⁶.

A parere di chi scrive, l'affinità tra queste pronunce, emanate in ambiti diversi, potrebbe invero rinvenirsi nel duplice comune obiettivo dalle stesse perseguito ovvero, in primo luogo, il rafforzamento del principio di fiducia reciproca tra gli Stati membri attraverso un maggior coordinamento tra la CEDU (e la relativa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo) e la Carta dei diritti fondamentali dell'UE e, in secondo luogo, la necessità di interpretare il diritto derivato emanato nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, alla luce ed in forza della Carta dei diritti fondamentali.

Indubbiamente, la recente sentenza *Aranyosi* della Corte di Giustizia ha dato vita a molteplici dubbi interpretativi ed è difficile prevedere come le autorità nazionali decideranno di applicare i principi in essa sanciti.

Una delle ipotesi è che tale pronuncia darà il via ad un generalizzato meccanismo di verifica del rispetto dei diritti fondamentali ad opera degli Stati membri quando si tratta di dare esecuzione a un MAE¹²³⁷ e, inoltre, le condanne degli Stati membri ad opera della Corte europea dei diritti dell'uomo potrebbero d'ora

justice in Europe, and the adoption of the means necessary to achieve it, to be wholly legitimate in principle from the standpoint of the Convention. Nevertheless, the methods used to create that area must not infringe the fundamental rights of the persons affected by the resulting mechanisms, as indeed confirmed by Article 67(1) of the TFEU. However, it is apparent that the aim of effectiveness pursued by some of the methods used results in the review of the observance of fundamental rights being tightly regulated or even limited. Hence, the CJEU stated recently in Opinion 2/13 that "when implementing EU law, the Member States may, under EU law, be required to presume that fundamental rights have been observed by the other Member States, so that ..., save in exceptional cases, they may not check whether that other Member State has actually, in a specific case, observed the fundamental rights guaranteed by the EU". Limiting to exceptional cases the power of the State in which recognition is sought to review the observance of fundamental rights by the State of origin of the judgment could, in practice, run counter to the requirement imposed by the Convention according to which the court in the State addressed must at least be empowered to conduct a review commensurate with the gravity of any serious allegation of a violation of fundamental rights in the State of origin, in order to ensure that the protection of those rights is not manifestly deficient".

¹²³⁶ G. ASTA, *La sentenza della Corte di Lussemburgo sul caso "Aranyosi e Caldararu": una (difficile) coesistenza tra tutela dei diritti fondamentali e mandato di arresto europeo*, in *Osservatorio costituzionale*, 2016, p. 6.

Favorevoli all'estensione della giurisprudenza in materia di asilo a quella in materia di MAE sono, ad esempio, C. HEARD & D. MANSELL, *The European Arrest Warrant: The Role of Judges when Human Rights are at risk*, in *New Journal of Criminal Law*, n. 2, 2011, p. 144. Per converso, si osserva come l'Avvocato generale Bot, nelle sue Conclusioni alla sentenza *Aranyosi*, abbia optato per l'inapplicabilità in via analogica dei principi enunciati dalla Corte di Giustizia nella sentenza *N.S.* (punto 41 e seguenti delle Conclusioni).

¹²³⁷ Uno dei primi casi di applicazione dei principi contenuti nella sentenza *Aranyosi* è la pronuncia della Corte di cassazione (sezione VI penale), *Barbu*, del 3 giugno 2016 n. 23277/16. Per un commento si veda M. CASTELLANETA, *La consegna va bloccata se nel Paese di emissione c'è il rischio di trattamenti disumani in carcere*, consultabile online al sito www.marinacastellaneta.it.

in avanti essere tenute maggiormente in considerazione dai giudizi nazionali e, di conseguenza, condurre a più frequenti rifiuti di esecuzione di un MAE¹²³⁸.

In tal senso, l'effetto indiretto (e sicuramente non voluto dalla Corte di Giustizia) della sentenza *Aranyosi* potrebbe essere quello di condurre gli Stati membri a sentirsi in dovere di operare un controllo sul rispetto di (tutti) i diritti fondamentali, quindi anche quelli del giusto processo, prima di dare esecuzione a un MAE.

Se gli Stati membri dovessero optare per questo tipo di controllo diffuso del rispetto dei diritti fondamentali (non limitato quindi alla violazione dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali) ne beneficerebbero, ovviamente, anche i minori destinatari di un MAE.

Seguendo, poi, il principio del duplice controllo sancito nella pronuncia *Aranyosi*, alla valutazione delle condizioni in cui un minore indagato/imputato/condannato per un reato viene normalmente trattato in un dato Stato membro (ad es. si verificherà se lo Stato in questione rispetta il principio della detenzione separata dagli adulti e ancora prima quello della detenzione come *ultima ratio*), si aggiungerà una seconda valutazione, stavolta individuale, sulla situazione personale del minore ricercato.

In questo modo si potrebbe coprire una lacuna della direttiva 2016/800/UE sui diritti dei minori indagati/imputati in procedimenti penali poiché, com'è stato sopra anticipato, l'articolo 7 dedicato alla valutazione individuale non è tra quelli che la direttiva definisce applicabili anche nei confronti di un minore ricercato per l'esecuzione di un MAE.

Al di là delle previsioni, la sentenza *Aranyosi* ha segnato un passo fondamentale nella giurisprudenza in materia di MAE perché la Corte di Giustizia ha assunto il ruolo di guardiana e paladina del rispetto dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali. In futuro si spera ovviamente che sarà la stessa Corte ad allargare la sua protezione anche ad altri diritti fondamentali del giusto processo in quanto ciò appare ormai indispensabile per raggiungere dei miglioramenti nell'armonizzazione delle normative degli Stati membri nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale in cui sono in gioco diritti come quello alla libertà personale.

Al riguardo, non si può non sottolineare che mentre la direttiva sui diritti dei minori indagati/imputati in procedimenti penali non si applica, in teoria, ai reati minori, il MAE è stato utilizzato di frequente anche per combattere reati di minima offensività, portando così alla privazione della libertà in casi che violavano

¹²³⁸ È questa la principale preoccupazione della Corte di Giustizia, chiarita molto bene dall'Avvocato generale Bot nelle sue conclusioni in cui afferma che: “[t]enuto conto del numero di Stati membri confrontati a un malfunzionamento del loro sistema penitenziario, e in particolare un problema di sovraffollamento carcerario generalizzato, [la previsione di un motivo di non esecuzione fondato sul rischio di violazione, nello Stato membro emittente, dei diritti fondamentali della persona consegnata] avrebbe l'effetto [...] di introdurre un'eccezione sistematica all'esecuzione dei mandati di arresto europei emessi da tali Stati, il che porterebbe a paralizzare il meccanismo del mandato di arresto europeo” (punto 123). Inoltre, l'Avvocato generale mette in guardia sulla possibilità che gli Stati membri rispettosi dei diritti fondamentali diventino “Stati-rifugio” per le persone ricercate desiderose di sfuggire all'esercizio di un'azione penale o all'esecuzione di una pena privativa della libertà (punto 63).

Vi sono già stati in passato dei casi di rifiuto dell'esecuzione di un MAE giustificati da una pronuncia di condanna dello Stato membro di emissione ad opera della Corte europea dei diritti dell'uomo. Ad esempio, si pensa al rifiuto delle autorità britanniche di dare esecuzione, in due distinte occasioni, a mandati d'arresto provenienti dall'Italia (opposizione motivata in ragione del cronico malfunzionamento del sistema penitenziario italiano, rilevato dalla Corte di Strasburgo nel caso Torreggiani, e al conseguente rischio che l'esecuzione del MAE potesse esporre i ricercati a trattamenti contrari all'art. 3 CEDU).

apertamente gli articoli 5 della CEDU e 6 della Carta dei diritti fondamentali perché gli Stati membri non hanno considerato l'utilizzo di misure alternative al MAE.

Tale tendenza è così diffusa che anche lo stesso Parlamento europeo ha chiesto una riforma della Decisione quadro sul MAE che inserisca il principio di proporzionalità tra i requisiti di ammissibilità di un MAE¹²³⁹.

A questo si aggiunge che un altro grave problema del MAE è sempre stato l'assenza di ogni riferimento al diritto a un ricorso effettivo che, di conseguenza, ha creato incertezze sul diritto di appellare le decisioni in materia di MAE; fortunatamente per i fanciulli questa lacuna sembra essere stata colmata.

Infatti, come è stato sopra anticipato, la direttiva 2016/800/UE sui diritti dei minori imputati/indagati in un procedimento penale afferma esplicitamente che anche i minori ricercati devono poter disporre di mezzi di ricorso effettivi in caso di violazione dei diritti riconosciuti dalla direttiva.

Per concludere si vuole ipotizzare una seconda, possibile, ma meno auspicabile, conseguenza della sentenza *Aranyosi* della Corte di Giustizia.

In assenza di un forte e chiaro cambio di rotta da parte della Corte di Giustizia, infatti, il rischio che si prospetta è che le autorità competenti a dar esecuzione a un MAE si sentiranno poco vincolate a dover compiere ricerche sul rispetto dei diritti fondamentali nello Stato di emissione e, pertanto, l'unica possibilità di ottenere una sospensione di una decisione di esecuzione di un MAE, presa in violazione dei diritti fondamentali, rimarrà quella di ricorrere alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Al riguardo è illuminante, anche per il tema della presente ricerca, il caso di Natalia Gorczowska.

Natalia, cittadina polacca, dopo un'infanzia difficile in Polonia aveva iniziato a drogarsi di anfetamine. Nell'agosto del 2006, all'età di 17 anni, venne condannata da un tribunale polacco a 10 mesi di prigione per il possesso di 4,04 grammi di anfetamina. La pena venne sospesa e una delle condizioni della sua sospensione era che la ragazza doveva disintossicarsi dalla droga. Nel 2006 Natalia decise di trasferirsi in Inghilterra dove smise di drogarsi, ottenne un lavoro stabile e nel 2011 divenne anche madre di un bambino. Nel dicembre del 2011 Natalia venne arrestata a seguito dell'emissione di un MAE da parte di un tribunale polacco per aver violato le condizioni della sua libertà condizionale, avendo lasciato la Polonia senza avvertire il suo addetto alla sorveglianza.

Il caso di specie è interessante perché Natalia aveva commesso il reato per il quale era ricercata all'età di 17 anni e nel momento in cui era stata arrestata era madre di un bambino di un anno di cui era l'unica figura genitoriale.

¹²³⁹ European Parliament resolution of 27 February 2014 with recommendations to the Commission on the review of the European Arrest Warrant (2013/2109(INL)): "*Some examples are illustrative of this disproportionate use: EAWs were issued for cases such as the theft of two car tires, possession of 0.15 grams of heroin; theft of piglets or counterfeiting of 100 euros*".

Sul punto si vedano anche European Parliamentary Research Service, "*Revising the European Arrest Warrant. European Added Value Assessment accompanying the European Parliament's Legislative own-Initiative Report*", Brussels 2014 e E. XANTHOPOULOU, *The quest for proportionality of the European arrest warrant: fundamental rights protection in a mutual recognition environment*, in *NJECL*, vol.6, Issue 1, 2015, pp. 32–52.

Tornare in Polonia avrebbe stravolto la vita sia di Natalia che del figlio; quest'ultimo, in particolare, non essendoci parenti in Polonia che potevano occuparsene sarebbe probabilmente finito in un istituto in Inghilterra se la madre fosse stata arrestata e condotta in Polonia.

Nel febbraio del 2012 Natalia ha così fatto ricorso alla High Court contro la decisione di dare esecuzione al MAE; tuttavia, l'Alta Corte inglese decise di dare più importanza al rispetto degli obblighi legati alla procedura del MAE anche se ciò creava un'ingiusta interferenza nella vita privata della ragazza e del figlio.

Fortunatamente Natalia ottenne una misura provvisoria di sospensione del MAE ad opera della Corte europea dei diritti dell'uomo che riuscì, pertanto, a bloccare la sua estradizione.

Nel marzo del 2012 Natalia è stata informata che il tribunale polacco aveva deciso di non attivare più la condanna sospesa.

Una storia, pertanto, che vedeva coinvolti due Stati membri, due soggetti altamente vulnerabili e un lieto fine intervenuto grazie ad una pronta decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha riportato l'attenzione su tutti i diritti in gioco coinvolti.

Se la Corte di Giustizia non assumerà presto e con maggiore convinzione il ruolo di garante della Carta dei diritti fondamentali i cittadini europei continueranno a rivolgersi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale in futuro potrebbe anche usufruire di uno strumento simile al rinvio pregiudiziale nel caso in cui entrasse in vigore il Protocollo n. 16 alla CEDU¹²⁴⁰.

2.4 Osservazioni finali

Giunti al termine dell'analisi dei principali strumenti dedicati alla tutela dei diritti degli indagati/imputati in procedimenti penali e del loro coordinamento con la direttiva che si occupa nello specifico di tutelare i minori autori di reato, è ora possibile operare alcune osservazioni conclusive, partendo da un primo commento sulla direttiva UE 2016/800.

Innanzitutto, al fine di valutare l'impatto complessivo che quest'ultima avrà sui diritti dei minori, bisogna partire dall'art. 23, intitolato "non regressione", che afferma che nessuna disposizione della direttiva dovrà essere interpretata in modo tale da limitare o derogare i diritti e le garanzie procedurali garantiti ai

¹²⁴⁰ Approvato alla seduta del 10 luglio 2013 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, dal 2 ottobre 2013 è aperto alla firma degli Stati (attualmente, per quanto riguarda gli Stati membri dell'UE, è stato ratificato solamente da Slovenia, Lituania e Finlandia e firmato da Slovacchia, Romania, Paesi Bassi, Francia, Italia, Estonia e Grecia) e entrerà in vigore tre mesi dopo la sua ratifica da almeno dieci Stati. Grazie a questo Protocollo la giurisdizione di uno Stato Membro potrà, a processo pendente, richiedere un parere consultivo (non vincolante) alla Corte.

Per un primo commento sulle differenze con il rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di Giustizia si veda M. MARCHINI, *Il Protocollo n. 16 alla CEDU: affinità e divergenze con il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, pubblicato su www.eurojus.it il 13/11/2014.

fanciulli dalla Carta, dalla CEDU e da altre pertinenti disposizioni di diritto internazionale, tra le quali, in particolare, la Convenzione sui diritti del fanciullo, oltre che dalle normative degli Stati membri che assicurano un livello di protezione più elevato.

Al riguardo, si è già avuto modo di osservare che la direttiva offre, sotto certi aspetti, una protezione inferiore rispetto agli *standard* internazionali e non affronta in maniera completa alcune questioni estremamente rilevanti, come la giustizia riparativa, la rieducazione dei fanciulli e l'aspetto della formazione degli operatori.

Appare palese, inoltre, che la promozione delle Linee Guida del Consiglio d'Europa, indicata come una priorità nel 2011 nell'Agenda UE per i diritti del fanciullo, è fallita in quanto il livello di tutela che deriva dalla nuova direttiva è molto inferiore rispetto a quello auspicato nelle Linee Guida.

È evidente che il paragone con il panorama internazionale non possa prescindere dal tenere in considerazione le limitate competenze dell'Unione europea in materia, ma ciò che appare deludente, per quanto riguarda l'adozione della direttiva 2016/800/UE, è soprattutto il fatto che sono state le proposte di modifica del Consiglio a portare ad un abbassamento radicale del livello di protezione ravvisato nella proposta della Commissione¹²⁴¹.

Inoltre, quello che appare mancante in questa direttiva è la cristallizzazione dei principali principi chiave della giustizia penale minorile che dovevano risultare con forza nel testo come obiettivi da raggiungere da parte degli Stati membri. Questi ultimi, infatti, seppur attraverso l'utilizzo di propri mezzi, necessitavano di essere guidati da delle norme UE in grado di ravvicinare le legislazioni nazionali su certe accortezze procedurali, fondamentali per tutelare la specificità della condizione minorile e, in quanto tali, non idonee ad essere lasciate totalmente alla discrezionalità degli Stati membri.

Nella maggior parte delle ipotesi, invece, leggendo il testo della direttiva, si è portati a chiedersi se ci si trovi di fronte a delle mere linee guida non vincolanti piuttosto che a delle vere e proprie prescrizioni normative visto che diverse disposizioni rappresentano più un'opportunità per restringere la protezione che per alzare lo *standard*.

Queste debolezze nella formulazione delle disposizioni della direttiva 2016/800/UE non derivano unicamente dal fatto che l'Unione europea abbia la competenza ad adottare solo norme minime, perché, come è stato osservato, il concetto di "norme minime", in altre occasioni, ha condotto il legislatore UE ad emanare norme dal contenuto ben più ampio e tutelante a favore, ad esempio, dei diritti dei minori vittime di reato nel processo penale.

La direttiva a tutela dei diritti dei minori autori di reato è, quindi, un testo complesso, difficile da trasporre e al quale non può di certo essere riconosciuto il merito di aver tutelato la particolarità della condizione di questa categoria di fanciulli attraverso la riduzione dei margini di discrezionalità lasciati

¹²⁴¹ Il riferimento è, in particolare, alle proposte del Consiglio in merito alle eccezioni per l'accesso dei minori all'assistenza legale, alle restrizioni al diritto dei minori in detenzione di ricevere un esame medico, nonché la proposta di consentire la detenzione dei fanciulli con giovani adulti e di addossare i costi risultanti dall'applicazione della direttiva ai minori in certe circostanze. Fortunatamente non tutte sono state recepite nel testo finale.

all'interprete.

Viste le numerose eccezioni e gli ampi poteri discrezionali lasciati agli Stati membri, difficilmente si arriverà ad un'applicazione omogenea delle disposizioni della direttiva 2016/800/UE nei vari Stati membri e quindi nemmeno ad una minima armonizzazione delle loro normative penali, utile per favorire il mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie e per rafforzare la fiducia reciproca tra gli Stati rispetto alla situazione attuale.

L'unico principio chiave della giustizia penale minorile che emerge con forza e chiarezza nella direttiva 2016/800/UE, grazie all'introduzione del diritto alla valutazione individuale, è quello di garantire ai minori un diritto penale della personalità e non "del fatto", in cui l'esame delle caratteristiche soggettive dell'autore minore di età deve essere assolutamente prioritario. La giustizia penale minorile, infatti, non deve essere "*une justice d'exception, mais une justice de précision: adaptée à la situation de l'enfant, à son age, à sa situation de famille*"¹²⁴².

La differenza tra adulto e minore, dal punto di vista del trattamento processuale e successivamente anche sanzionatorio, dovrebbe però emergere anche da una diversità qualitativa della risposta penale al reato e non essere ridotta ad una mera attenuazione *di default* di alcune rigidità processuali.

Proprio per tale ragione, sarebbe stato importante considerare l'interesse superiore del minore alla stregua di un diritto, di un principio e di una norma procedurale, così come auspicato dal Comitato per i diritti dei fanciulli, e non come una mera norma di chiusura e di stile, inserita dopo aver elencato importanti eccezioni ai diritti fondamentali dei minori che diventano, così, la regola se non entra in gioco l'eccezione del superiore interesse del minore.

Per quanto riguarda le problematiche che potrebbero sorgere nei riguardi del rispetto della CEDU, il principio di equivalenza (ex art. 52, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, letto in combinato disposto con l'art. 6, par. 2, del TUE) vieta in modo rigoroso all'Unione europea di adottare *standard* di tutela più bassi di quelli previsti dalla CEDU; considerato che tale principio è di frequente ignorato dalla Corte di Giustizia, la quale probabilmente ritiene di adottare *standard* sufficientemente garantisti, si è osservato più volte che la probabilità che vi saranno, in futuro, dei contrasti con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo è piuttosto elevata.

In merito alla questione della prevalenza delle disposizioni nazionali che garantiscono un livello di protezione dei diritti fondamentali più elevato, sia la presenza della clausola di non regressione inserita nella direttiva 2016/800/UE che la lettura degli articoli della Carta dei diritti fondamentali consentono di non escludere, a priori, una maggiore valorizzazione delle norme nazionali più tutelanti (anche perché il coinvolgimento di più Stati membri in un procedimento penale non dovrebbe mai avere un impatto negativo sui diritti procedurali della persona interessata, soprattutto se minore), pur non derivandone, ovviamente, una clausola di automatica prevalenza delle disposizioni nazionali su quelle UE.

Del principio della *lex mitior* vi sono tracce, peraltro, in atti normativi UE già adottati come la

¹²⁴² Y. FAVIER., F. RERRAND, *La justice des mineurs en Europe: une question de spécialité?*, Intersentia, 2011, p. 163.

Decisione quadro 2008/909/GAI relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea¹²⁴³.

Nonostante dei timidi riferimenti al principio della *lex mitior*, tuttavia, è chiaro che l'Unione europea abbia evitato sinora ogni seria riflessione sul punto, limitandosi a non riconoscere espressamente, né ad ammettere l'esistenza del criterio del *maximum standard* di protezione dei diritti fondamentali, temendo che se lo stesso venisse adottato integralmente dagli Stati membri rischierebbe di porre in pericolo il raggiungimento degli obiettivi UE, come chiarito, ad esempio, nella sentenza *Melloni*.

Un'applicazione più ragionata di questo criterio consentirebbe, però, di aumentare la reciproca fiducia tra gli Stati membri e sarebbe anche un notevole salto di qualità nella tutela dei diritti procedurali in materia penale "oltre lo steccato della politica dei diritti minimi"¹²⁴⁴.

Attualmente, quindi, i diritti fondamentali sono visti dall'Unione europea sia come un limite per gli obiettivi UE e, in un certo senso, anche per la fiducia tra gli Stati membri (come dimostrano, da un lato, le sentenze della Corte di Giustizia in materia di MAE e, dall'altro, le criticate legislazioni nazionali che hanno introdotto motivi di rifiuto di un MAE basati sul rispetto dei diritti fondamentali) che come una fonte della stessa fiducia reciproca tra gli Stati membri (come dimostra, invece, l'adozione di direttive contenenti *standard* minimi per la protezione dei principali diritti procedurali degli indagati/imputati nei processi penali).

Verosimilmente, problematiche simili alla vicenda *Melloni* si potrebbero presentare nei confronti di minori ricercati per l'esecuzione di un MAE e, si teme, con risultati analoghi, nonostante l'adozione della direttiva 2016/800/UE.

In questi casi, infatti, entra in gioco l'obiettivo della rapida consegna perseguito dalla Decisione quadro sul MAE e la Corte di Giustizia, come abbiamo visto, pone insistentemente l'accento sulle finalità efficientistiche del MAE, affermando la prevalenza di queste ultime su ogni contro-interesse suscettibile di ostacolare o, anche solo rallentare, il meccanismo di cooperazione. L'indirizzo interpretativo della Corte è rimasto praticamente immutato anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, nonostante sia stata attribuita efficacia vincolante alla Carta dei diritti fondamentali.

Come è stato osservato, tuttavia, i casi di minori ricercati nell'UE, in vista dell'esecuzione di un MAE, sono stati sinora molto limitati, così come (seppur in misura maggiore) quelli di minori coinvolti in procedimenti penali transfrontalieri. La direttiva 2016/800/UE, quindi, trovando applicazione soprattutto a livello nazionale, non può finire per pregiudicare l'obiettivo UE della rapida circolazione ed esecuzione delle decisioni in materia penale e pertanto non si pone nemmeno il problema di consentire o meno l'applicazione, a situazioni puramente interne, delle disposizioni nazionali più garantiste.

¹²⁴³ In tale Decisione quadro si prevede, infatti, che lo Stato di esecuzione possa adattare la pena se essa è incompatibile con la legge di tale Stato per quanto riguarda la sua durata o natura, senza però aggravare la sentenza da eseguire in ordine a natura e durata della detenzione.

¹²⁴⁴ T. RAFARACI, *Il diritto di difesa nelle procedure di cooperazione giudiziaria nel contesto dell'Unione europea*, in T. Rafaraci (a cura di) *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, p. 131-2.

In conclusione, gli Stati membri con una legislazione sufficientemente *child-friendly* saranno poco influenzati dall'entrata in vigore della direttiva 2016/800/UE, mentre gli Stati membri meno virtuosi cambieranno le proprie leggi adattandosi meramente a quanto dalla stessa richiesto, continuando a garantire, su certi aspetti, una tutela inferiore a quella imposta dalla CEDU e dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, nonché dalla Convenzione ONU sui diritti del fanciullo.

Da ultimo, vi è anche un ulteriore aspetto che non semplifica la vita alle autorità competenti degli Stati membri, chiamate ad eseguire correttamente la direttiva 2016/800/UE, ovvero, da un lato, l'utilizzo del rinvio per *relationem* per richiamare le direttive sull'accesso a un avvocato e sul diritto all'informazione e, dall'altro, inspiegabilmente, il mancato richiamo ad altre direttive rilevanti come quella sulla presunzione di innocenza e sul diritto all'interpretazione e alla traduzione.

In generale, risulta evidente che le varie direttive che sono state analizzate avrebbero potuto sfruttare meglio la possibilità di creare collegamenti con gli strumenti normativi adottati in precedenza, al fine di completarli e rafforzarli. Anche nelle direttive non rivolte specificatamente ai fanciulli, infatti, non sono di frequente garantiti gli *standard* riflessi nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE e nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, nonostante le buone intenzioni che avevano sorretto la loro adozione.

Nella direttiva dedicata ai diritti dei minori autori di reato sarebbe stato preferibile, quantomeno, optare per una trascrizione integrale di tutti i diritti garantiti dalle varie direttive sopra citate anche per evidenziare meglio la specificità della disciplina minorile, aspetto che, peraltro, non viene tenuto in considerazione dalle due direttive che non sono state richiamate nella direttiva 2016/800/UE e che affrontano questioni non approfondite in quest'ultima.

Tale risultato riflette, peraltro, una delle maggiori criticità del diritto penale UE inteso come sistema, di cui la direttiva sui minori autori di reato aggiunge semplicemente un ulteriore tassello, ovvero la mancanza di una seria riflessione d'insieme sui punti essenziali della teoria generale del diritto penale sostanziale e procedurale che rende, di fatto, il diritto penale UE profondamente frammentato, basato su maldestri copia-incolla da un testo normativo all'altro e su definizioni di concetti (anche fondamentali) che variano a seconda della tematica affrontata.

È pertanto difficile immaginare concreti sviluppi e miglioramenti nel trattamento dei minori in conflitto con la legge senza che vi sia un cambiamento di base nell'approccio al diritto penale UE. Non si può più, infatti, considerare quest'ultimo solo come uno strumento di difesa sociale e come una barriera da ergere a fronte della minaccia rappresentata da gravi forme di criminalità organizzata e transnazionale, ma bisogna iniziare a coltivare seriamente l'idea, finora rimasta piuttosto utopica, della creazione di un giusto processo penale UE¹²⁴⁵.

Inoltre, un problema di cui non si discute spesso riguarda i costi per l'attuazione dei diritti contenuti nelle varie direttive che sono state emanate in attuazione della *Roadmap* del 2009 e, in particolare, i costi

¹²⁴⁵ Come osserva O. MAZZA, *Una deludente proposta in tema di presunzione d'innocenza*, in *Arch. pen.*, 2014, n. 3, p. 1 e ss.

per le traduzioni, per gli interpreti e per il patrocinio a spese dello Stato.

Il fatto che il principio del mutuo riconoscimento imponga sostanzialmente allo Stato membro di esecuzione di farsi carico delle richieste di un altro Stato membro e, in particolare, dei costi necessari per tutelare le garanzie dell'equo processo nel suo territorio, è da tenere sempre in considerazione poiché è molto probabile che gli Stati membri, in merito ai casi transfrontalieri, cercheranno di ridurre al minimo il livello (già minimo) garantito dalle direttive UE, sfruttando gli ampi margini di discrezionalità che gli sono stati lasciati.

In pratica, nonostante il rafforzamento dei diritti procedurali degli indagati/imputati nei procedimenti penali sia diretto a facilitare il mutuo riconoscimento, l'applicazione di tale ultimo principio potrebbe alla fine anche ridurre il godimento dei diritti procedurali più costosi in contesti di cooperazione transnazionale¹²⁴⁶.

Tornando alla direttiva 2016/800/UE, avrebbe indubbiamente aiutato a migliorare il quadro generale sopra descritto, l'aver imposto, in caso di rinvio alla legislazione nazionale degli Stati membri, l'applicazione della normativa nazionale riferibile specificatamente ai minori autori di reato, in modo tale da scongiurare che ai fanciulli venisse applicato il medesimo trattamento riservato agli adulti. Inoltre, imponendo, sostanzialmente, un trattamento normativo differenziato per i minori, questo avrebbe indotto indirettamente gli Stati membri che non ne sono ancora dotati ad emanare una normativa *ad hoc* a tutela dei minori autori di reato.

Quello che bisogna chiedersi, giunti al termine di queste osservazioni, è, in primo luogo, se gli *standard* contenuti nella direttiva 2016/800/UE potranno essere resi esecutivi nella prassi giudiziaria degli Stati membri, avendo successo dove altri *standard* (internazionali) hanno sinora fallito e, in secondo luogo, se tale strumento ha fornito un quadro generale UE di protezione dei diritti dei fanciulli che entrano nel circuito penale.

La risposta alla prima domanda dipende da numerosi fattori in quanto si è già avuto modo di osservare che l'impatto, in sé, della direttiva sugli ordinamenti degli Stati membri non sarà consistente a causa dell'ampia discrezionalità lasciata agli Stati e che quindi il valore aggiunto del suo recepimento a livello nazionale è indeterminato e imprevedibile, essendo in mano ai legislatori nazionali, poi ai tribunali nazionali e a seguire alla Corte di Giustizia e alla Commissione europea; indubbiamente è certo che molte disposizioni della direttiva non riflettono gli *standard* internazionali e proprio per tale ragione appare utile una breve riflessione sul rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità.

Il rispetto del principio di sussidiarietà, al di là dell'impatto minimo della direttiva su situazioni aventi

¹²⁴⁶ L'Unione europea, pertanto, dovrebbe riflettere seriamente su delle modalità alternative di ripartizione dei costi, come ad esempio la creazione di un fondo UE al quale tutti gli Stati membri dovrebbero contribuire in virtù della propria situazione economica e demografica. Per un primo approfondimento del problema si vedano J. OUWERKERK, *All'bout the money? On the division of costs in the context of EU criminal justice cooperation and the potential impact on the safeguarding of EU defence rights*, in *European Journal of crime, criminal law and criminal justice*, 2017, p. 7-8 e E. BAKER, *What process criminal justice in the EU?*, in *European Journal of crime, criminal law and criminal justice*, 2016, p 95 e ss.

dimensione transnazionale, può dirsi rispettato in quanto per diversi Stati membri questo strumento rappresenta l'occasione per introdurre determinati diritti e garanzie nel processo penale minorile dopo anni di disinteressamento agli obblighi internazionali assunti in materia. Pertanto, proprio nella maggior forza del diritto UE nell'imporsi sugli ordinamenti nazionali risiede il valore aggiunto di questa direttiva, più che nel suo contenuto.

Per quanto riguarda, invece, il rispetto del principio di proporzionalità sorgono maggiori dubbi in quanto la forma (direttiva) e il contenuto (norme minime, a tratti minimali) della direttiva 2016/800/UE non si sono dimostrati idonei a conseguire gli obiettivi che hanno giustificato l'adozione di tale strumento.

Fermo restando il rispetto del Trattato, che tale tipo di forma e contenuto prevede e concede, si è già avuto modo di notare che, per quanto riguarda la forma, è stata sottovalutata (o non adeguatamente valorizzata) la caratteristica principale della direttiva che è quella di imporre agli Stati membri chiari obiettivi da raggiungere attraverso mezzi propri; mentre per quanto riguarda il contenuto, il concetto di "norme minime" è rimasto in balia delle resistenze del Consiglio che hanno impedito di ottenere un testo più in linea con le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo e con la Convenzione ONU sui diritti dei fanciulli. Bisogna ricordare, infatti, che sia il ruolo della Corte europea che della Convenzione di New York, erano stati ampiamente criticati dalla Commissione europea a motivo della necessaria adozione di una specifica direttiva UE che avrebbe dovuto fare la differenza.

Per rispondere anche alla seconda domanda che ci si è posti poco sopra, non si può, in definitiva, affermare che la direttiva 2016/800/UE abbia introdotto un chiaro quadro generale nell'UE a protezione dei diritti dei minori imputati/indagati in procedimenti penali.

Nonostante quanto finora esposto, si guarda positivamente alla prima pronuncia della Corte di Giustizia che ha affrontato la tematica dei diritti degli imputati/indagati nei procedimenti penali.

Con la sentenza *Covaci*¹²⁴⁷, infatti, la Corte ha implicitamente fatto proprio un principio espresso dall'Avvocato Generale Yves Bot nelle sue precedenti Conclusioni¹²⁴⁸ in virtù del quale l'interpretazione dei diritti sanciti nelle direttive adottate nell'ambito del settore della cooperazione giudiziaria in materia penale, sebbene le stesse contengano solo "norme minime", non può comportare una riduzione della loro portata.

Nella pronuncia in esame, infatti, la Corte ha fornito un'interpretazione molto ampia dei diritti all'assistenza linguistica e all'informazione, ricomprendendovi anche delle garanzie che, da un lato, sembravano esulare dalla sfera di applicabilità delle due direttive e, dall'altro, hanno la capacità di poter addirittura paralizzare lo svolgimento di un procedimento penale.

Senza addentrarci in un'analisi approfondita di tale sentenza e delle critiche che essa ha sollevato¹²⁴⁹, è importante che la Corte abbia chiarito, a livello ermeneutico, che la tutela del diritto di difesa deve garantire l'estensione delle garanzie processuali anche a casi non espressamente previsti, qualora ciò risulti necessario

¹²⁴⁷ Corte di Giustizia, sentenza del 15 ottobre 2015, causa C-216/14, *Covaci*.

¹²⁴⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot del 7 maggio 2015.

¹²⁴⁹ Per la quale si rinvia a V. LEGGIO, *Prima pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia sulle garanzie difensive di indagati e imputati nei procedimenti penali*, su www.eurojus.it, articolo pubblicato il 5 novembre 2015.

per evitare che il processo possa essere considerato iniquo.

Considerate le lacune riscontrate nella direttiva 2016/800/UE (ma non solo), si ritiene, pertanto, confortante una simile presa di posizione della Corte di Giustizia in quanto è proprio nel suo ruolo di interpretazione/creazione del diritto UE che si fa ora affidamento, essendoci già una buona base di strumenti normativi a tutela dei diritti degli indagati/imputati che attende solo di essere pienamente operativa negli Stati membri.

Come affermato nel considerando n. 9 della direttiva 2013/48/UE sul diritto di avvalersi di un difensore, la tabella di marcia della *Roadmap* “*era concepita per operare come uno strumento globale; i suoi benefici si percepiranno appieno soltanto quando tutte le sue componenti saranno state attuate*”. Considerando il periodo di attuazione di ogni direttiva sopra analizzata ci vorrà fino all’11 giugno 2019 per avere operative tutte le garanzie in esse contenute negli Stati membri¹²⁵⁰.

La direttiva sui diritti dei minori autori di reato sarà proprio l’ultima a dover essere attuata entro l’11 giugno 2019; al di là delle critiche, essa rappresenta uno strumento innovativo nel suo scopo e un passo di importanza storica nel panorama giuridico UE.

Non si può non gioire, infatti, per qualcosa che prima non esisteva e che ora finalmente c’è, ovvero le basi del giusto processo penale minorile UE (perché solo di basi si tratta!), sulle quali si potrà finalmente discutere e lavorare (per rafforzarle) nel prossimo futuro, magari più consapevoli del fatto che “*il senso morale di una società si misura su ciò che fa per i suoi bambini*”¹²⁵¹.

¹²⁵⁰ Gli Stati membri, infatti, hanno fino al 1° aprile 2018 per dare esecuzione alla direttiva sulla presunzione di innocenza, fino al 25 maggio 2019 per quella sul diritto al gratuito patrocinio e sino all’11 giugno 2019 per dare attuazione alla direttiva UE 2016/800 sui diritti dei minori indagati/imputati in procedimenti penali.

¹²⁵¹ Frase del Prof. Dietrich Bonhoeffer.

CONCLUSIONI

Nel corso della presente ricerca si è avuto modo di analizzare sempre più nello specifico come, al giorno d'oggi, siano tutelati i diritti dei fanciulli a livello internazionale, regionale ed europeo e quali siano le rispettive peculiarità, punti di forza e debolezze dei vari sistemi messi in campo a protezione dei minori.

Ci si accinge, pertanto, a presentare le conclusioni di questo lavoro che è stato condotto principalmente attorno a due grandi aree tematiche: la protezione dei minori e la giustizia penale.

Innanzitutto, occorre rispondere al primo quesito che ci si è posti all'inizio di questa tesi di ricerca: c'è bisogno di un'azione dell'UE a protezione dei diritti dei minori?

La risposta è affermativa.

Sono certamente comprensibili e non prive di fondamento le preoccupazioni legate, da un lato, al fatto che le azioni e le politiche UE sono dirette in maniera preponderante a massimizzare la capacità degli adulti di contribuire al mercato interno e, dall'altro, alla constatazione che le misure UE che attribuiscono dei diritti ai minori finiscono, di frequente, per essere dei meri duplicati delle disposizioni previste a livello nazionale e/o internazionale; ciò nonostante, ci sono diversi argomenti che fanno propendere per un'azione UE a tutela dei fanciulli.

Il primo fra tutti riguarda l'evidente constatazione che anche il più innocuo intervento dell'Unione può finire per avere delle implicazioni significative per i minori. Inoltre, la libera circolazione delle persone, le minori barriere tra gli Stati membri, i controlli ridotti su lavoratori, turisti e cittadini europei che attraversano giornalmente le frontiere interne dell'Unione, rendono quest'ultima un luogo potenzialmente pericoloso per i fanciulli che si possono ritrovare facilmente implicati in situazioni come il traffico di persone.

Pertanto, non ci si deve nemmeno più chiedere perché l'Unione dovrebbe garantire un approccio sempre più *child-focused* in tutte le sue politiche, ma semmai che cosa l'Unione dovrebbe fare per ridurre gli effetti pregiudizievoli delle sue politiche/normative sui minori¹²⁵².

Il secondo argomento a favore di un intervento sempre maggiore dell'Unione europea a tutela dei minori riguarda la considerazione che l'Unione possiede la forza politica adatta e gli strumenti e le risorse economiche necessarie per offrire un contributo unico alla protezione dei diritti dei fanciulli, non solo a livello UE, ma anche a livello internazionale.

Dal punto di vista politico, sicuramente l'Unione europea potrebbe contribuire sempre più attivamente a campagne di sensibilizzazione volte a rafforzare i diritti dei minori, dando vita, così, a nuove e più stringenti forme di cooperazione tra gli Stati membri, i Paesi terzi e altre organizzazioni internazionali.

¹²⁵² H. STALFORD, E. DRYWOOD, *Coming of age? Children's rights in the European Union*, in *Common Market Law Review*, 2009, p. 171.

Dal punto di vista istituzionale, poi, l'Unione europea possiede i mezzi adatti per consentire una corretta diffusione e armonizzazione dei diritti dei minori nei 28 Stati membri (ci si riferisce, in particolare, al potenziale del ricorso per infrazione¹²⁵³ e del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia).

Il terzo argomento a sostegno di un sempre maggiore interesse dell'Unione per i diritti dei fanciulli concerne il dato di fatto che l'Unione europea stessa ha bisogno dei minori; questi ultimi, infatti, sono un importante investimento per la sopravvivenza stessa di un'Europa in cui il calo delle nascite è in vertiginoso aumento¹²⁵⁴. Come sottolinea brillantemente il Prof. J. Hauser: *“l'enfant, sujet de droits, objet de droit et de jurisprudence, est devenu aussi présent dans cette avalanche normative qu'il est absent dans la démographie d'une Europe dramatiquement vieillissante. Aucun orateur n'a osé imaginer que la question du droit européen des mineurs pourrait bien être évacuée au profit du droit européen des seniors”*¹²⁵⁵.

Proteggere i minori come investimento e trasmettere loro il senso di appartenenza all'identità europea andrà a vantaggio dell'Unione in quanto i fanciulli contribuiranno a portare avanti il suo sviluppo economico, sociale e politico¹²⁵⁶.

Ecco perché, quando si parla di minori, è errato basare ogni considerazione sulla loro “dipendenza” dagli adulti. Risulta semmai più corretto parlare di “interdipendenza” perché i fanciulli non sono solo bisognosi di cure, possono anche essere fonti di importanti diritti (come dimostra il caso *Zambrano*, analizzato approfonditamente nella seconda parte della tesi) o di opportunità lavorative per gli adulti, come, ad esempio, per gli operatori coinvolti in servizi rivolti all'infanzia e per le aziende che producono e vendono beni di interesse per i minori (ad esempio cartoni animati come nel citato caso *Dynamic Medien*).

¹²⁵³ È interessante notare che attualmente la Commissione europea ha attivato la procedura pre-contenziosa, ex art. 258 TFUE, nei confronti di ben 16 Stati membri, dunque più della metà, in relazione all'attuazione della direttiva in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, di 9 Stati membri in relazione all'attuazione della direttiva sul diritto di avvalersi di un difensore nei procedimenti penali, di 4 Stati membri in relazione all'attuazione della direttiva sull'OEI, di 3 Stati membri in relazione all'attuazione della direttiva sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali e, infine, di 1 Stato membro in relazione all'attuazione della direttiva sul diritto all'informazione nei procedimenti penali.

Inoltre è opportuno ricordare che gli Stati membri sono tenuti a trasmettere alla Commissione il testo delle misure adottate per conformarsi alle direttive, con possibilità, in caso di inerzia, di essere sottoposti a procedura di infrazione. Quest'ultima, a seguito delle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona, potrebbe concludersi con la comminazione di una sanzione pecuniaria a carico dello Stato che ometta tale comunicazione, in deroga alla regola generale che prevede la possibilità di sanzionare uno Stato solo a conclusione di un procedimento di c.d. “doppia condanna”. Il par. 3 dell'art. 260 TFUE prevede, infatti, che *“la Commissione, quando propone ricorso dinanzi alla Corte in virtù dell'articolo 258 reputando che lo Stato membro interessato non abbia adempiuto all'obbligo di comunicare le misure di attuazione di una direttiva adottata secondo una procedura legislativa, può, se lo ritiene opportuno, indicare l'importo della somma forfettaria o della penalità da versare da parte di tale Stato che essa consideri adeguato alle circostanze. Se la Corte constata l'inadempimento, può comminare allo Stato membro in questione il pagamento di una somma forfettaria o di una penalità entro i limiti dell'importo indicato dalla Commissione. Il pagamento è esigibile alla data fissata dalla Corte nella sentenza”*.

¹²⁵⁴ Commission, *“Europe 2020: a strategy for smart, sustainable and inclusive growth”* (Communication) COM (2010) 2020 final, 7: *“Demographic ageing is accelerating. As the baby-boom generation retires, the EU's active population will start to shrink as from 2012/2014. The combination of a smaller working population and a higher share of retired people will place additional strains on our welfare systems”*.

¹²⁵⁵ J. HAUSER, *Rapport de synthèse*, in C. GAUTHIER, M. GAUTIER, A. GOUTTENOIRE, *Mineurs et droits européens*, Collection Droits Européens, Pédone, 2012, p. 137.

¹²⁵⁶ C. PIPER, *“Investing in a Child's future: too risk?”*, in *Child and Family Law Quarterly*, 2010, p. 1.

L'apporto dell'Unione europea è fondamentale per sostenere gli Stati membri nell'attuazione delle politiche UE a favore dei minori e anche per spronare le autorità nazionali a destinare un maggior numero di risorse alla tutela dei diritti dei fanciulli.

Le attuali misure di austerità, infatti, possono compromettere anche il mantenimento delle buone pratiche esistenti. Lo dimostra bene il fatto che la nuova direttiva UE 2016/800 sulle garanzie procedurali per i minori sospettati o accusati in procedimenti penali è basata sull'innovativo sistema italiano di giustizia penale minorile, operativo sin dal 1988 (ovvero da un anno prima dell'entrata in vigore della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo) e ora oggetto di una riforma che vuole abolire i Tribunali per i Minorenni in Italia, principalmente per ragioni di risparmio delle risorse¹²⁵⁷.

Chiariti i motivi che spingono a sostenere la necessità di un'azione UE a tutela dei fanciulli, è opportuno ripercorrere brevemente quali sono le maggiori criticità che sono state riscontrate nell'approccio dell'Unione europea ai diritti dei fanciulli, in modo tale da indicare nel prosieguo delle possibili soluzioni per rendere l'azione dell'UE non solo necessaria, ma anche adeguata e di valore.

Come si è potuto osservare, in particolare, nella prima parte del presente lavoro, i minori beneficiano da tempo di una protezione specifica a livello internazionale, ma si notano ancora delle notevoli difficoltà a riconoscere loro dei diritti specifici che siano dagli stessi concretamente esercitabili ed invocabili in giudizio.

Nel passaggio da “minore oggetto di diritto” a “soggetto di diritti”, l'Unione europea ha comunque dato il suo contributo in quanto ha permesso, ad esempio, di cambiare il concetto di “potestà genitoriale”, ancorato ad una ormai remota concezione di famiglia, con quello di “responsabilità genitoriale”, grazie al Reg. 2201/2003. Questo ha permesso di rafforzare negli Stati membri la consapevolezza che i minori sono e devono essere trattati come soggetti di diritto.

Ciò non toglie che a livello UE si sia passati da una concezione di minore oggetto di protezione e senza diritti a quella di minore soggetto di diritti, ma con diritti che difficilmente potrà invocare in giudizio.

Altrettanto paradossalmente, le conquiste maggiori nella protezione dei diritti dei minori si sono avute sinora grazie all'interpretazione evolutiva, a tratti creativa, di strumenti internazionali generali a tutela dei diritti umani, piuttosto che ad opera di convenzioni specificatamente dedicate ai fanciulli.

¹²⁵⁷ È stato approvato alla Camera e si appresta a passare alla Commissione Giustizia del Senato, infatti, il “*Disegno di Legge governativo per l'efficienza del processo civile*” (c.d. “Riforma Orlando”) che nello stesso testo di Legge punta ad istituire i Tribunali per l'impresa e per il mercato e a sopprimere i Tribunali per i minorenni e le Procure presso i Tribunali per i minorenni, a favore di sezioni specializzate presso i Tribunali ordinari. Se questa riforma dovesse essere approvata definitivamente porterebbe a ridurre drasticamente la specializzazione dei magistrati e dei pubblici ministeri che si occupano di delicate questioni minorili e anche il tempo dedicato in via esclusiva ai minori verrebbe drammaticamente ridimensionato. In definitiva, proprio lo Stato membro che ha guidato la nascita del giusto processo minorile UE, ora è in procinto di ridurre le garanzie già esistenti a tutela dei fanciulli tramite una riforma nata per “*favorire l'impresa e il mercato*”. Riforma, tra l'altro, in palese contraddizione con una dichiarazione ufficiale resa dall'Italia al Consiglio il 17 maggio 2016, in merito all'adozione della direttiva 2016/800/UE, in cui sono state evidenziate delle preoccupazioni “*riguardo al livello di protezione offerto da questo strumento ai minori coinvolti in procedimenti penali, considerate la loro particolare situazione di vulnerabilità e l'importanza dei diritti in gioco*”. L'Italia, di conseguenza, si è impegnata, in linea con quanto previsto dalla clausola di non regressione (ex art. 23 della direttiva 2016/800/UE), ad attuare la direttiva continuando “*ad ispirarsi all'alto livello di protezione che il suo ordinamento giuridico già offre ai minori nei procedimenti penali*”.

Nella prima parte del presente lavoro sono state evidenziate, infatti, le enormi difficoltà della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo ad imporsi sulle legislazioni degli Stati parte e il ruolo rivoluzionario della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'interpretare la CEDU in maniera *child-friendly*.

L'aumento vertiginoso del numero di ricorsi fondati, in cui sono coinvolti minori (cittadini europei o stranieri residenti nell'UE), davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo, chiamata a svolgere un ruolo sussidiario rispetto alle autorità nazionali, è sintomatico di un funzionamento insoddisfacente dei meccanismi di tutela dei diritti dei fanciulli negli Stati membri e, di conseguenza, anche nella stessa Unione europea.

Sembra infatti che quanto più solennemente i diritti dei minori sono riconosciuti e proclamati dalle fonti primarie e secondarie dell'Unione, tanto più gli stessi diritti siano messi in discussione nella realtà quotidiana, oggetto di processi che ne riducono o ignorano di frequente la portata.

La responsabilità principale è dei giudici nazionali degli Stati membri che, ancora prima che l'Unione europea si dotasse di strumenti vincolanti in materia, hanno di frequente ignorato il fatto che i propri ordinamenti erano vincolati al rispetto di importanti strumenti internazionali a tutela dei fanciulli. Ecco perché si comprende l'assoluta centralità del ruolo della Corte di Giustizia nel guidare e spronare gli Stati membri nella corretta applicazione del diritto UE.

Sinora, tuttavia, la Corte non sembra essere ancora entrata adeguatamente nel ruolo di responsabile suprema della tutela giudiziaria dei diritti dei fanciulli nell'Unione europea.

Questo atteggiamento della Corte di Giustizia deriva dal rapido cambiamento di rotta dell'Unione europea che, nel giro di pochi anni, è passata dall'ignorare (quasi) l'esistenza dei diritti dei minori a proclamare la tutela di questi ultimi come una delle sue principali priorità; dietro a questo eccesso di proclamazioni di intenti e all'aumento di produzione normativa si nasconde però, di frequente, una retorica vuota di concreti contenuti, derivante dal fatto che le competenze normative dell'Unione in materia rimangono limitate ed evidentemente da ciò deriva anche il timore della Corte di Giustizia di non invadere le competenze degli Stati membri attraverso l'utilizzo dei diritti dei minori.

In generale, poi, la Corte di Giustizia, a differenza della Commissione e del Parlamento europeo, è un'istituzione che non usufruisce della consultazione di esperti in materia minorile prima di emettere una sentenza e i cui giudici non devono possedere obbligatoriamente una formazione specifica per affrontare casi che coinvolgono dei minori con uno sguardo *child-centered*, a differenza dei giudici della Corte penale internazionale.

L'assenza di un obbligo di specializzazione in capo ai giudici della Corte di Giustizia è aggravata dal fatto che la preoccupazione principale del giudice europeo si è dimostrata essere la tutela dell'"essenza dell'Unione" come sistema anche nei casi in cui ciò andava a scapito degli interessi dei fanciulli coinvolti.

L'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali è stato, infatti, utilizzato sia in maniera strumentale all'esigenza di non scardinare il principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri (che regola il funzionamento di molti istituti relativi alla circolazione delle decisioni nell'Unione europea) che in maniera

subordinata alla tutela delle quattro libertà fondamentali e alla conservazione del sistema “Unione europea” in generale.

Come è stato evidenziato nella seconda parte del presente lavoro, nei casi rari in cui la Corte di Giustizia ha citato l’art. 24, l’interesse superiore del minore è stato valutato quasi sempre in astratto (ad eccezione di tre casi¹²⁵⁸), portando, di conseguenza, a decisioni deludenti oppure è stato utilizzato come una sorta di “clausola di stile” di chiusura che non ha aggiunto nulla al precedente ragionamento della Corte.

Normalmente, ove non soccorre “il nucleo essenziale dei diritti” derivanti dall’essere cittadini europei (come dimostrano le sentenze *Zambrano*, *Secretary of State for the Home Department c. CS.* e *Alfredo Rendón Marín c. Administración del Estado*), i fanciulli appaiono del tutto in balia degli interessi dell’Unione europea e dell’atteggiamento incentrato sul *self-restraint* della Corte di Giustizia.

Le criticità sorte sinora davanti alla Corte contrastano con il tentativo del legislatore europeo di ottenere una buona sinergia tra la protezione offerta ai minori dall’Unione europea e quella prevista a livello internazionale.

Questo si riflette chiaramente nelle recenti direttive adottate nell’ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale. Ad esempio, la direttiva UE relativa alla lotta contro l’abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile incorpora e sviluppa aspetti della Convenzione del Consiglio d’Europa che si occupa della medesima tematica. Al riguardo, la Commissione europea aveva asserito che la nuova direttiva avrebbe aggiunto valore al livello di protezione offerto dalla Convenzione del Consiglio d’Europa¹²⁵⁹.

Stesso discorso vale per la direttiva UE sulla prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, modellata sul Protocollo di Palermo e sulla Convenzione di Varsavia del Consiglio d’Europa, con lo scopo precipuo di aggiungere un *quid pluris* alla protezione offerta dai due strumenti internazionali. Medesimo scopo che ha guidato l’adozione della più recente direttiva UE sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali.

Come è stato sottolineato più volte, osservando nel complesso tutte le direttive che contengono diritti e garanzie per i fanciulli (vittime o autori di reato), si ritiene difficilmente raggiungibile l’obiettivo di ravvicinare le normative nazionali in materia penale e processuale penale e anche quello di avanzare nella tutela offerta dall’Unione europea rispetto a quella offerta dagli strumenti internazionali. La possibilità di poter usufruire di numerose deroghe e le tante clausole di salvaguardia rendono, di fatto, liberi gli Stati membri di non attivarsi per tradurre in norme interne le disposizioni di diritto UE.

Gli articoli 82 e 83 del TFUE, d’altronde, consentono di adottare solamente direttive contenenti “norme minime” (di diritto penale sostanziale e procedurale) nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale. Questo può finire facilmente per creare contrasti con il principio di equivalenza sancito

¹²⁵⁸ Corte di Giustizia, *MA and Others c. Secretary of State for the Home Department*, Corte di Giustizia, *Secretary of State for the Home Department c. CS.* e Corte di Giustizia, *Alfredo Rendón Marín c. Administración del Estado*.

¹²⁵⁹ *Explanatory Memorandum accompanying proposal for a Directive on combating the sessuale abuse, sexual exploitation of children and child pornography*, repealing Framework Decision 2004/68 COM (2010) 94 final.

nell'art. 52, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (letto in combinato disposto con l'art. 6, par. 2, TUE). In base a tale principio, infatti, l'Unione europea non potrebbe adottare *standard* di tutela più bassi di quelli previsti dalla CEDU; ciò nonostante, come è stato osservato in più di un'occasione, molte delle disposizioni a tutela dei fanciulli contenute nelle direttive che sono state analizzate appaiono accontentarsi di fissare *standard* di tutela di gran lunga inferiori a quelli della Convenzione europea sui diritti dell'uomo.

Inoltre, l'Unione europea si rifiuta di avallare il criterio del *maximum standard* di protezione dei diritti fondamentali e quindi può imporre l'applicazione del diritto UE a scapito delle norme nazionali più tutelanti ove ritenesse queste ultime pericolose per il raggiungimento degli obiettivi europei (come dimostra il caso *Melloni*).

È quindi evidente il rischio che il sistema delle “norme minime”, unito alle caratteristiche intrinseche dello strumento della direttiva e alle priorità dell'Unione europea (che spesso non vanno di pari passo con la protezione dei diritti umani), possa risultare inadeguato per garantire il rispetto dei diritti e dei principi a tutela dei fanciulli, sanciti a livello internazionale e nella stessa Carta dei diritti fondamentali.

In definitiva, l'ambizioso obiettivo di superare il livello di tutela offerto dagli strumenti internazionali, posto alla base dell'adozione di questi nuovi strumenti di diritto derivato UE, non si è tradotto in norme in grado di renderlo concretamente realizzabile.

Non è, infatti, tanto l'esistenza astratta di diritti e garanzie scritte a fare la differenza, ma come gli stessi potranno poi essere applicati in pratica a livello nazionale ed è a questo aspetto che il legislatore europeo avrebbe dovuto porre maggiore attenzione per dar vita a dei veri *standard* di tutela a livello UE.

Forse, come è stato osservato da autorevole dottrina¹²⁶⁰, le nuove direttive sui diritti delle vittime e dei soggetti sospettati o accusati di aver commesso un reato vanno apprezzate non tanto per il loro contenuto, ma per quello che consentiranno di fare ovvero invocare, da parte di chi ne esigerà il rispetto, le soluzioni raggiunte nella tutela di un determinato diritto dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che potrà, così, rimediare alle carenze del diritto UE.

In ogni caso, per valutare se effettivamente le norme UE aggiungeranno valore all'intervento dell'Unione europea nella protezione dei fanciulli, bisogna sperare in una corretta concatenazione di diversi fattori e, in particolare, sarà necessario osservare: quanto saranno ricettivi e disponibili gli Stati membri, in qualità di legislatori e giudici, nel rendere attuative le direttive; le risorse specifiche che l'Unione europea metterà a disposizione per supportare la loro attuazione; quanto gli stessi fenomeni criminali che si cerca di contrastare siano reattivi ad un intervento normativo e, infine, bisognerà contare sul buon operato della Commissione nel monitorare la corretta esecuzione delle direttive e sul ruolo della Corte di Giustizia di cui si è già accennato.

¹²⁶⁰ In particolare si veda M. CAIANIELLO, *Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, “road map” e l'impatto delle nuove direttive*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4 febbraio 2015.

In generale, sino a quando i diritti fondamentali dei minori non verranno considerati come valori in sé considerati, da far rispettare, cioè, indipendentemente dalla loro capacità di non ostacolare il raggiungimento delle finalità perseguite dall'Unione e gli interessi dei 28 Stati membri, non si potrà affermare che esistono dei consolidati diritti fondamentali dei minori pienamente operativi a livello UE, mentre si può affermare che il “minore” non è un cittadino come gli altri nell'Unione europea.

L'unico punto fermo nella normativa UE a tutela dei minori, infatti, è il loro diritto ad una protezione speciale che nell'ambito più specifico della giustizia penale minorile si traduce nella necessità di dar vita a un diritto penale della personalità e non “del fatto”, in cui l'esame delle caratteristiche soggettive dei minori coinvolti (in qualità di vittime o imputati) deve essere prioritario.

Tutto quanto sin qui osservato costituisce il breve sunto di un lungo percorso di analisi, metodologicamente fondato sulla normativa vincolante dell'Unione europea a tutela dei fanciulli e sulla sua giurisprudenza applicativa, in costante raffronto con quella della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Sulla base di queste premesse e al fine di rendere più reale e concreto l'impatto del diritto UE sui diritti dei fanciulli, si propongono ora alcune soluzioni suddivise nelle due aree tematiche che sono stato il fulcro del presente lavoro.

Nell'area più generale della protezione dei minori e dei loro diritti, si ritengono fondamentali le seguenti misure:

1) Dar vita ad una vera e propria strategia UE a tutela dei minori, di cui il primo passo deve essere quello di cristallizzare la nozione di “minore”.

Nell'Unione europea, infatti, tale concetto varia a seconda degli obiettivi e delle politiche europee in cui viene utilizzato ed è ulteriormente indebolito dalla mancata condivisione, nei 28 Stati membri, di altre nozioni chiave, come l'età del consenso sessuale e l'età minima per la responsabilità penale. Questo finisce per far sì che la tutela dei minori sia affrontata ancora oggi, come in passato, in maniera frammentata e disconnessa.

Il secondo passo dell'Unione europea dovrebbe essere quello di dar vita ad uno statuto giuridico del minore, diverso da quello degli adulti.

Attualmente, infatti, il diritto dell'UE non sembra catalogare i minori all'interno di una specifica categoria giuridica, ma piuttosto nel più generico gruppo delle “persone vulnerabili” o nella più restrittiva categoria delle “persone particolarmente vulnerabili” che racchiudono, pertanto, anche gli adulti e i loro diversi bisogni.

2) Il percorso verso la costruzione di uno statuto giuridico del minore non può che prevedere una maggiore valorizzazione della Carta dei diritti fondamentali dell'UE nei procedimenti in cui sono coinvolti dei minori.

Strumento, infatti, sinora poco considerato dalla Corte di Giustizia è l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dedicato espressamente ai diritti dei fanciulli e la cui introduzione, grazie al Trattato di Lisbona, era foriera di grandi aspettative.

Dall'analisi della giurisprudenza della Corte, invece, colpisce che quest'ultima abbia fatto di rado riferimento all'art. 24 della Carta per supportare il proprio ragionamento o per guidare gli Stati membri nella corretta applicazione del diritto UE, anche quando i giudici nazionali remittenti le avevano espressamente richiesto come interpretare le proprie normative nazionali nel rispetto dell'art. 24 (come ha dimostrato il caso *Alokpa*¹²⁶¹).

Di conseguenza, gli Stati membri sono stati quasi sempre lasciati totalmente liberi di effettuare nelle proprie normative i cambiamenti che ritenevano più opportuni per rispettare i diritti dei fanciulli.

Quando, invece, la Corte di Giustizia ha deciso di citare il principio del superiore interesse del minore nelle proprie pronunce, l'interesse superiore del minore coinvolto è stato valutato quasi sempre in astratto, portando, di conseguenza, a decisioni deludenti oppure è stato considerato alla stregua di una mera norma di chiusura e di stile che non ha inciso in alcun modo sulla decisione finale della Corte.

Tutto ciò a dimostrazione di come l'introduzione dell'art. 24 della Carta non abbia sinora contribuito in maniera decisiva a rafforzare la protezione dei diritti dei fanciulli.

Oltre all'art. 24 della Carta, la Corte di Giustizia non è solita invocare nemmeno la Convenzione ONU sui diritti del Fanciullo (i cui diritti chiave sono stati, peraltro, recepiti nello stesso art. 24 della Carta) per interpretare il diritto primario e derivato nei casi in cui sono coinvolti dei minori. È stato osservato, infatti, che in tutti questi anni l'unico riferimento alla Convenzione di New York si trova nell'ormai risalente caso *Dynamic Medien*¹²⁶².

Tale atteggiamento nei confronti della Convenzione ONU sui diritti del Fanciullo può ritenersi in parte mitigato dai maggiori riferimenti che la Corte di Giustizia fa alla CEDU e alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Come è stato osservato nella prima parte del presente lavoro, infatti, la Corte europea ha elaborata negli anni una giurisprudenza largamente basata sulla Convenzione sui diritti del Fanciullo e, pertanto, essa rappresenta uno strumento attraverso il quale la Convenzione di New York può permeare indirettamente nel diritto UE.

Ciò premesso, sinora, le pronunce della Corte di Giustizia non hanno soddisfatto le aspettative di chi auspicava in un suo ruolo da garante UE dei diritti dei minori e, pertanto, si ritiene fondamentale che la Corte cambi al più presto il suo *modus operandi*, valorizzando maggiormente la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e, in particolare, l'art. 24.

3) Quest'ultimo obiettivo potrebbe raggiungersi se si investisse in una composizione della stessa Corte più *child-friendly*, creando, ad esempio, una nuova figura di Avvocato Generale col ruolo di esperto e rappresentante dei diritti dei fanciulli che dovrà obbligatoriamente presentare il proprio parere in qualsiasi causa in cui è coinvolto un minore. Come è stato più volte chiarito, infatti, la Corte di Giustizia è l'istituzione chiave per rafforzare i diritti dei fanciulli e anche quella che, sinora, è stata la minore promotrice dei loro diritti.

¹²⁶¹ Corte di Giustizia, sentenza del 10 ottobre 2013, *Alokpa*, C-86/12.

¹²⁶² Corte di Giustizia, sentenza del 14 febbraio 2008, *Dynamic Medien*, Causa C-244/06.

4) Da una corretta valorizzazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea discende anche la necessità di una diversa interpretazione e applicazione del principio del superiore interesse del minore, sancito nell'art. 24 della Carta.

Il principio del *best interest of the child* rappresenta, infatti, il principio chiave ed ispiratore di tutti i diritti dei minori ed è pertanto evidente che la sua corretta applicazione risulti di per sé essenziale per assicurare che i loro diritti siano effettivamente tenuti in considerazione in qualsiasi decisione che li riguardi.

Come è stato più volte sottolineato, la difficoltà maggiore nell'applicare correttamente tale principio consiste nel fatto che non esiste una sua definizione in nessuno strumento internazionale, regionale o di diritto UE e quindi è compito dell'interprete riempirne il contenuto.

Contenuto che, tuttavia, non può dirsi soggetto totalmente alla discrezionalità degli interpreti in quanto è stato possibile individuarne, a livello internazionale, sia un oggetto minimo universalmente condiviso, consistente nel ritenere che i fanciulli abbiano diritto ad una protezione "speciale", che delle linee guida per la sua corretta operatività.

In merito a queste ultime, si è avuto modo di osservare, nella prima parte del presente lavoro, che nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, il principio del superiore interesse del minore ha conosciuto un'importante evoluzione, passando da criterio interpretativo a principio generale avente portata autonoma e capace di condurre a importanti *revirement* giurisprudenziali.

Il caso *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*¹²⁶³, in materia di sottrazione internazionale di minori, rappresenta l'esempio perfetto dell'inizio di questo importante cambiamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ed è anche indice del grande potenziale della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo come strumento interpretativo della CEDU.

Mentre per quanto riguarda la consacrazione del diritto dei minori ad una protezione speciale l'Unione europea ha mostrato di essere in linea con gli strumenti internazionali, in merito alle diverse modalità con cui il principio del superiore interesse del minore può essere utilizzato, sinora, l'unica pronuncia della Corte di Giustizia che si avvicina, per rilevanza, al caso *Neulinger e Shuruk* è quella resa nel caso *MA and Others v Secretary of State for the Home Department*¹²⁶⁴, in materia di minori non accompagnati richiedenti asilo. In seconda posizione si collocano, invece, i due casi più recenti, *Secretary of State for the Home Department c. CS* e *Alfredo Rendón Marín c. Administración del Estado*, in materia di permessi di soggiorno per cittadini extra UE con figli minori di età cittadini UE, nei quali la Corte ha guidato il giudice del rinvio a valutare in concreto il superiore interesse dei minori interessati, a seguito di un equo bilanciamento degli interessi coinvolti. Si tratta in ogni caso di vicende che hanno ad oggetto situazioni eccezionali o di estrema vulnerabilità dei minori coinvolti.

La prassi della Corte di Giustizia rimane quella di citare l'art. 24 della Carta soprattutto per limitarne la portata: ad esempio, come abbiamo visto, la Corte ha affermato che la sua applicazione non può portare a

¹²⁶³ Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. del 6 luglio 2010, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*.

¹²⁶⁴ Corte di Giustizia, sentenza del 6 giugno 2013, *MA e a. contro Secretary of State for the Home Department*, C-648/11.

deroghe di competenza o di altre norme contenute nei regolamenti (casi *Detiček* e *Povse*), né aumentare il controllo sul rispetto dell'art. 24 ad opera del giudice dell'esecuzione (caso *Zarraga*) o limitare la libertà di scelta del giudice ad opera dei genitori del minore (caso *A c. B*) o ancora la discrezionalità degli Stati membri nell'esaminare le domande di ricongiungimento familiare (caso *O. e S*)¹²⁶⁵.

Come nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, invece, il perseguimento del superiore interesse del minore dovrebbe rappresentare nel diritto UE un elemento in grado di introdurre flessibilità al normale funzionamento degli istituti europei, una sorta di “*correttivo eccezionale*” a disposizione dei diritti dei fanciulli.

La mancata o scorretta applicazione del principio del superiore interesse del minore sta pregiudicando l'effettivo avanzamento dell'Unione europea nella protezione dei diritti dei fanciulli, nonostante vi siano ormai numerose disposizioni poste a presidio dei loro diritti.

Il rafforzamento, la valorizzazione e la corretta applicazione di questo principio sono necessari per garantire il rispetto dell'obbligo dell'Unione europea, sancito nell'art. 3 TUE, di promuovere e contribuire alla tutela dei diritti dei minori.

5) Una prima corretta applicazione del principio del superiore interesse del minore nell'impianto istituzionale dell'Unione europea potrebbe rinvenirsi nell'imporre, come regola generale, la priorità dei ricorsi che coinvolgono i fanciulli davanti alla Corte di Giustizia e innanzi ai giudici nazionali.

D'altronde, la Corte ha utilizzato l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali soprattutto per criticare la pregiudizievole lunghezza dei processi nazionali coinvolgenti dei minori.

Ad esempio, un chiaro tentativo di diminuire i tempi per ottenere l'eseguibilità di una decisione in materia matrimoniale, emessa in uno Stato membro diverso da quello di esecuzione, si trova nella proposta di modifica del Reg. 2201/2003.

In tale proposta, infatti, e per la prima volta, la Commissione sta cercando di imporre agli Stati membri una serie di novità assolutamente di rilievo per i fanciulli, tra le quali si sottolineano: l'obbligo delle autorità nazionali di indicare i motivi del ritardo che hanno impedito l'attuazione della decisione in materia familiare entro il termine ordinario indicato nella proposta (sei settimane), l'obbligo di prevedere che le decisioni sul ritorno del minore illecitamente sottratto da un genitore possano essere oggetto di un'unica impugnazione e la conseguente creazione di autorità giurisdizionali centralizzate e specializzate in questo tipo di controversie¹²⁶⁶.

L'*iter* per l'approvazione delle modifiche al Regolamento Bruxelles II *bis* è ancora lungo e potrebbe portare anche allo stralcio di queste norme, ma ciò non toglie che il testo proposto dalla Commissione mostri un importante tentativo dell'Unione europea di incidere direttamente nell'impianto giudiziario degli Stati membri in modo tale da poter tutelare concretamente i fanciulli.

¹²⁶⁵ Tutti discussi *infra*.

¹²⁶⁶ Per un approfondimento sulle modifiche al reg. 2201/2003 contenute nella recente proposta della Commissione si veda M. MELLONE, *La proposta della Commissione di modifica del regolamento europeo sulla competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia familiare: verso il regolamento Bruxelles II ter*, in www.eurojus.it.

Per quanto riguarda, invece, le procedure innanzi alla Corte di Giustizia, vi sono diverse disposizioni che contemplan la possibilità di renderle più spedite, nessuna delle quali menziona espressamente la necessità che ciò avvenga quando sono coinvolti dei minori.

Innanzitutto, l'art. 267 TFUE stabilisce che i rinvii pregiudiziali che coinvolgono persone detenute debbano essere trattati nel più breve tempo possibile.

Un primo strumento per ottenere tale risultato è rappresentato dal c.d. "procedimento pregiudiziale accelerato", di cui all'art. 105 del regolamento di procedura della Corte di Giustizia che viene utilizzato quando la natura della causa ne richiede un rapido trattamento.

In deroga alla disciplina processuale ordinaria davanti alla Corte di Giustizia è poi possibile ricorrere anche al "procedimento pregiudiziale d'urgenza" che attiene specificatamente alle materie comprese nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia ed è disciplinato dall'art. 107 del regolamento di procedura della Corte.

Quest'ultima ha individuato, in particolare, due categorie di controversie che possono essere trattate con il procedimento di urgenza ovvero quelle in tema di responsabilità genitoriale e quelle che interessano la libertà personale individuale.

Non a caso, molte delle sentenze analizzate nella seconda parte del presente lavoro sono state trattate con il procedimento di urgenza rientrando nella prima categoria¹²⁶⁷.

La procedura d'urgenza, dunque, è diventata uno strumento di centrale rilevanza per l'esercizio della competenza pregiudiziale della Corte di Giustizia nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia e si auspica, pertanto, che il suo utilizzo possa essere esteso a priori a tutte le cause in cui sono coinvolti dei minori.

6) Altro aspetto da considerare è che l'unico meccanismo facilmente accessibile ai fanciulli e che consenta loro di denunciare, anche al di fuori dell'instaurazione di un procedimento giudiziario nazionale, la violazione dei loro diritti o di fare richieste che rientrino nel campo di competenza dell'Unione europea è la petizione al Parlamento europeo.

Come è stato osservato nella seconda parte della tesi, infatti, è molto difficile ipotizzare che un minore o il suo legale rappresentante possano attivare un ricorso per carenza contro le istituzioni UE o un ricorso per annullamento di un atto di diritto UE, visti soprattutto i rigidi limiti imposti ai ricorrenti non privilegiati.

Per quanto riguarda, invece, il rinvio pregiudiziale, esso presuppone, innanzitutto, che sia già in corso un procedimento giurisdizionale nazionale e, in ogni caso, anche ove sorgesse un dubbio di interpretazione o di validità del diritto UE che sia rilevante per la tutela dei diritti dei fanciulli, fino a quando non si giunge innanzi al giudice di ultima istanza, la possibilità di chiedere un parere alla Corte di Giustizia rimane sottoposta alla discrezionalità dei giudici nazionali. Tutto ciò potrebbe finire per allungare inevitabilmente i tempi per ottenere una risposta celere dall'Unione europea.

L'unico strumento realmente accessibile ai minori rimane, pertanto, la petizione al Parlamento europeo.

¹²⁶⁷ Il riferimento è soprattutto alle seguenti sentenze: 11 luglio 2008, causa C- 195/08, *Rinau*; 23 dicembre 2009, causa C-403/09, *Detiček*; 1° luglio 2010, causa C-211/10, *Povse*; 5 ottobre 2010, causa C-400/10, *McB.*; 22 dicembre 2010, causa 491/10, *Aguirre Zarraga*, tutte analizzate infra.

Il diritto di petizione è un diritto fondamentale di tutti i cittadini europei, minori compresi (in quanto, a differenza del diritto di iniziativa legislativa, non impone limiti di età per esercitarlo¹²⁶⁸), sancito espressamente dall'art. 44 della Carta dei diritti fondamentali (oltre che dagli articoli 20 e 227 del TFUE).

È fondamentale informare i minori, cittadini europei, della possibilità di utilizzare tale strumento, individualmente o in associazione con altri (adulti o minori), per presentare richieste, denunce o osservazioni in merito a questioni d'interesse pubblico o anche privato che li riguardano direttamente (requisito quest'ultimo da sempre interpretato estensivamente dalla commissione per le petizioni) e che rientrano nelle competenze dell'UE.

Le petizioni consentono al Parlamento europeo di richiamare l'attenzione su eventuali violazioni dei diritti dei minori da parte di uno Stato membro, delle autorità locali o di un'istituzione europea e anche sul malfunzionamento di un atto di diritto UE (come è avvenuto per il Regolamento 2201/2003 che, dopo le tante petizioni¹²⁶⁹, finalmente ora, come abbiamo visto, è in fase di modifica).

Ciò non elimina la considerazione che i minori non abbiano facilmente accesso alla Corte di Giustizia, aspetto che li accomuna agli adulti, e che il diritto di petizione esclude una categoria di minori particolarmente vulnerabili ovvero i minori stranieri che sul suolo degli Stati membri, come è ben noto, subiscono di frequente gravi violazioni dei loro diritti fondamentali.

Altrettanto difficile per i minori è contestare una violazione dei loro diritti davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Per ricorrere alla Corte europea dei diritti dell'uomo non sono richieste specifiche condizioni di capacità né vi sono limiti di età (ugualmente come per adire la Corte di giustizia).

Un minore quindi, in teoria, potrebbe invocare la violazione di un suo diritto davanti alla Corte europea anche senza bisogno di essere rappresentato o autorizzato dai suoi genitori. Ci si chiede, tuttavia, quali siano le reali possibilità che questo accada.

Quello che rende praticamente impossibile tale eventualità, infatti, è che occorre che siano stati esauriti tutti i ricorsi interni e dunque in ogni caso si tratterebbe di attendere a lungo prima di ottenere una risposta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Al riguardo era sorto un dibattito dottrinale nel quale ci si era domandati se i minori avessero l'obbligo di esaurire solo i ricorsi interni a loro personalmente accessibili (in genere molto rari negli ordinamenti nazionali) o tutti quelli accessibili tramite l'assistenza di un rappresentante legale¹²⁷⁰.

¹²⁶⁸ L'iniziativa legislativa rappresenta comunque uno strumento effettivo per promuovere i diritti dei fanciulli, soprattutto grazie all'operato di ONG, sindacati e gruppi di pressione. Esistono molte ONG e associazioni di vario tipo che lavorano negli Stati membri, molte delle quali ricevono anche significativi finanziamenti operativi da parte della Commissione europea, come, ad esempio, Eurochild, the European Foundation for Street Children (EFSC), Child Helpline International (CHI), the European Network for Ombudspersons for Children (ENOC). Criticano il fatto che l'iniziativa legislativa non sia accessibile ai fanciulli H. STALFORD e M. SCHUURMAN, *Are we yet? The impact of the Lisbon Treaty on the EU Children's Rights Agenda*, in *International Journal of Children's rights*, 2011, pp. 382-383.

¹²⁶⁹ European Parliament Resolution of 28 April 2016 on safeguarding the best interests of the child across the EU on the basis of petitions addressed to the European Parliament (2016/2575(RSP)), Document date: 2016-04-28, P8_TA (2016)0142, Texts adopted (finalised edition).

¹²⁷⁰ H. SURREL, *L'enfant et la Cour européenne des droits de l'homme*, Dr. fam. 2006, Étude n. 39.

La Corte europea dei diritti dell'uomo purtroppo non ha mai affrontato questa questione nel merito.

Nonostante, quindi, sia la Corte europea dei diritti dell'uomo che la Corte di giustizia tutelino il diritto di ogni individuo a un ricorso effettivo a livello nazionale, non si può dire che tale garanzia sia concretamente garantita ai fanciulli davanti a queste due giurisdizioni.

In merito, il Comitato per i diritti dei minori, nel Commento Generale n. 12 dedicato al diritto del minore di essere ascoltato, ha riconosciuto che tale diritto richiede che si creino per i minori degli spazi di azione in sede giudiziaria o di altro tipo, tali da permettere loro di presentare dei reclami e di ottenere riparazione nel caso in cui sia riscontrata la fondatezza dei loro ricorsi.

Che istanze di questo genere debbano essere predisposte anche in sede internazionale ed europea sembra, in via di principio, doveroso.

È evidente che l'esigenza di proteggere i fanciulli, ritenuti prima di tutto soggetti vulnerabili, continui a prevalere su quella di promuovere la loro autonomia e il loro diritto di partecipazione attiva.

7) Per rafforzare la strategia dell'UE a tutela dei minori e, in particolare, per ottenere un concreto "*children-rights approach*" da parte di tutte le istituzioni europee si ritiene necessario vincolare l'Unione europea al rispetto della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo.

La ragione di tale necessità risiede nella definizione del concetto più generale di "*rights-based approach*" che alcuni studiosi hanno definito nei seguenti termini: "*a rights-based approach is concerned with the application of human rights standards and principles to both the goal and the process of development, the means becoming as important as the end*"¹²⁷¹.

Un *children-rights approach*, quindi, non implica ottenere degli sporadici risultati che siano compatibili con gli *standard* di protezione dei diritti fondamentali dei minori a livello internazionale, ma comporta, in via preliminare, assumersi ufficialmente l'obbligo di aderire a quegli *standard*, la cui corretta applicazione porterà, nel lungo periodo, al raggiungimento dei risultati sperati.

Si tratta, in pratica, di mettere in moto un processo avendo ben chiaro che ci si è vincolati al rispetto di determinati obiettivi ed è questo che si ritiene mancante nella strategia dell'Unione europea a tutela dei diritti dei minori.

È vero che l'obbligo di promuovere i diritti dei fanciulli non conferisce all'Unione una corrispondente competenza generale a legiferare in merito e che, anzi, l'Unione possiede uno stretto margine di manovra per l'adozione di misure legislative a protezione dei diritti dei minori.

Tuttavia, proprio dalla mancanza di una strategia globale e di obiettivi a lungo termine deriva l'approccio frammentato e soprattutto poco coerente che si è avuto modo di osservare negli atti UE a tutela dei fanciulli e che non è all'altezza di rispecchiare gli *standard* internazionali.

¹²⁷¹ A. A. TUN, G. CAVE, D. TROTTER, B. BELL, *The domestic fulfilment children's rights: save the children's experience in the use of rights-based approaches*, in A. Alen, H. Bosely and M. De Bie (eds), *The UN Children's rights Convention: theory meets practice*, Intersentia, 2007, p. 33-34. Si veda anche J. TOBIN, *Understanding a human rights based approach to matters involving children: conceptual foundations and strategic considerations*, in A. Invernezzi and J. Williams (eds), *The Human Rights of Children: from visions to implementation*, Ashgate, 2011.

Come è già stato sottolineato più volte, tutti gli Stati membri dell'Unione europea hanno ratificato la Convenzione ONU sui diritti del fanciullo mentre l'Unione, pur non essendone parte, è vincolata ad aderire alle previsioni della Convenzione che ricadono nelle competenze UE in quanto rappresentano principi generali.

La Convenzione di New York è aperta alla firma e all'adesione solo degli Stati, ma l'Unione potrebbe ufficialmente vincolarsi al suo rispetto tramite una dichiarazione unilaterale di adesione, come fece con la Convenzione ONU sui diritti dei disabili¹²⁷².

In alternativa, siccome l'Unione europea ha il potere di concludere accordi internazionali, potrebbe negoziare e concludere un Protocollo di adesione nel quale dichiara il suo impegno al rispetto della Convenzione sui diritti del fanciullo e dei suoi principi, ai sensi dell'art. 216 TFUE¹²⁷³.

L'adesione alla Convenzione sui diritti del fanciullo consentirebbe all'Unione europea di avere un approccio più coerente alle tematiche minorili. Il valore aggiunto che ne deriverebbe sarebbe che l'Unione europea verrebbe sottoposta al monitoraggio del Comitato per i diritti dei minori e, di conseguenza, dovrebbe sottostare all'obbligo di sottoporre allo stesso Comitato dei rapporti periodici sull'andamento della sua strategia per promuovere i diritti dei minori (dati che attualmente scarseggiano).

Inoltre la Corte di Giustizia verrebbe così obbligata a tenere in considerazione la Convenzione ONU sui diritti del fanciullo nelle sue pronunce riguardanti casi in cui sono coinvolti dei minori, cosa che finora non si è sentita in dovere di fare.

8) Altrettanto indispensabile è un rafforzamento delle norme UE sull'obbligo di formazione, a livello nazionale, dei giudici, degli avvocati, della polizia e di qualsiasi altro operatore che lavori nell'ambito della giustizia penale minorile e di tutti coloro che intervengono in delicate situazioni familiari in cui sono presenti dei minori.

Ricollegandoci a quanto sopra osservato, infatti, il rispetto del principio del superiore interesse del minore richiede di frequente l'utilizzo di poteri decisionali creativi e personalizzati in base alle esigenze specifiche del minore interessato.

Da ciò discende la necessità che chiunque sia nella posizione di compiere delle scelte cruciali per la vita di un fanciullo abbia ricevuto un'adeguata formazione su quali sono i diritti dei minori (a livello internazionale, regionale e nazionale), quali gli strumenti a loro tutela e quali le soluzioni fornite dalla giurisprudenza, internazionale e dell'UE, in casi simili.

¹²⁷² Uno dei problemi connessi all'adesione dell'Unione europea alla Convenzione sui diritti del fanciullo è che molti articoli della Convenzione trattano tematiche che non rientrano nelle competenze esclusive dell'Unione. L'adesione potrebbe, quindi, essere limitata alle disposizioni che non trattano materie di competenza esclusiva degli Stati membri e ai Protocolli ratificati da tutti gli Stati membri dell'Unione (si veda al riguardo: Save the children (2011), *Governance fit for children, to what extent have the general measures of implementation of the UNCRC been realized in the EU Institutions?*, pp. 14-19, disponibile su www.savethechildren.net/eu-office).

¹²⁷³ Quest'ultima disposizione offre, infatti, all'Unione la possibilità di concludere un accordo internazionale con un'organizzazione internazionale qualora la sua conclusione sia necessaria per realizzare uno degli obiettivi fissati dai trattati, quale appunto l'obiettivo della tutela dei diritti dei minori, ai sensi dell'art. 3 TUE.

Solo un'adeguata formazione consente di dar vita a degli esperti in grado di prendere delle decisioni in linea con le buone prassi vigenti e di creare così un vero e proprio "sistema" di protezione dei minori e di valorizzazione dei loro diritti, omogeneo nelle soluzioni, ma sempre aperto alla valorizzazione delle peculiarità del singolo caso concreto¹²⁷⁴.

Anche nelle stesse istituzioni europee sono estremamente limitate le personalità che possono vantare una formazione specifica sui diritti dei minori.

Purtroppo, ancora al giorno d'oggi è molto diffusa l'idea che per prendere delle decisioni che incidono sulla vita di un minore non sia necessario avere delle competenze specifiche.

Tuttavia, il fallimento dell'Unione europea in veste di reale promotrice dei diritti dei minori, che ormai è sempre più evidente (e non solo per chi studia in maniera approfondita queste tematiche) ed è anche una delle ragioni che le hanno fatto perdere credibilità davanti ai suoi stessi cittadini, dimostra esattamente il contrario.

9) Come ultima soluzione auspicabile, per rafforzare il quadro generale UE di protezione dei diritti dei minori, anche se alquanto utopistica al momento, si pensa all'adesione dell'Unione europea alla CEDU i cui negoziati sono attualmente in stallo dopo il parere negativo della Corte di Giustizia sul progetto di adesione¹²⁷⁵.

Tale percorso, pertanto, appare ancora piuttosto tortuoso e, apparentemente, non più così desiderato dall'Unione europea.

Ciò nonostante, non si può non sottolineare che l'adesione dell'Unione alla CEDU influenzerebbe positivamente le iniziative e le politiche UE a tutela dei fanciulli in quanto il controllo giurisdizionale esterno della Corte europea dei diritti dell'uomo servirebbe da sprone affinché l'Unione non scenda al di sotto del livello minimo di tutela offerto ai fanciulli dall'interpretazione vivente della CEDU, la quale, come abbiamo visto, è stata sinora un'importante canale anche per rendere vivente la Convenzione ONU sui diritti del fanciullo.

Per quanto riguarda, invece, la seconda tematica oggetto del presente lavoro, ovvero quella della giustizia penale, si propongono, in aggiunta, le seguenti soluzioni per cercare di rafforzare la tutela dei diritti dei fanciulli in questo ambito specifico:

1) innanzitutto, si ritiene fondamentale una maggiore riflessione sulla funzione che l'Unione europea intende assegnare al diritto penale UE nel progetto di integrazione europea¹²⁷⁶.

Sinora, infatti, si è cercato di elaborare una teoria generale del reato in ambito UE a partire dalle forme di reato più gravi che, normalmente, negli Stati nazionali sono oggetto di disposizioni derogatorie. La creazione di un diritto penale generale dell'Unione (sostanziale e procedurale) consentirebbe al frammentato

¹²⁷⁴ N. DI LORENZO, *Il principio del superiore interesse del minore nel sistema di protezione del fanciullo all'interno delle relazioni familiari*, disponibile al seguente indirizzo <http://www.cde.unict.it>.

¹²⁷⁵ Parere della Corte di Giustizia n. 2/13 del 18 dicembre 2014 sul progetto di accordo presentato a Strasburgo il 10 giugno 2013, par. 191 e ss, disponibile sul sito internet www.curia.europa.eu.

¹²⁷⁶ Si vedano al riguardo le riflessioni di G. GIUDICELLI-DELAGE, "Introduction générale", in G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZERGES, *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, Société de législation comparée / Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris (Université de Paris I / CNRS UMR 8103), 2012, p. 18-19.

quadro normativo attuale di acquisire maggiore coerenza e di essere maggiormente incisivo negli Stati membri.

Nell'attesa che cambi l'approccio al diritto penale UE, il controllo sul rispetto dei diritti dei fanciulli nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, potrebbe basarsi sull'art. 70 TFUE.

In base a tale articolo, infatti, *“fatti salvi gli articoli 258, 259 e 260, il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare misure che definiscono le modalità secondo le quali gli Stati membri, in collaborazione con la Commissione, procedono a una valutazione oggettiva e imparziale dell'attuazione, da parte delle autorità degli Stati membri, delle politiche dell'Unione di cui al presente titolo, in particolare al fine di favorire la piena applicazione del principio di riconoscimento reciproco. Il Parlamento europeo e i parlamenti nazionali sono informati dei contenuti e dei risultati di tale valutazione”*.

In questo modo, le misure adottate a livello nazionale per dare attuazione alle direttive che sono state analizzate (e nelle quali sono state riscontrate diverse disposizioni di difficile trasposizione) potrebbero essere tenute maggiormente sotto controllo dalla Commissione.

2) una minore discriminazione tra minori vittime e autori di reato.

Il principio di non discriminazione rappresenta un valore per l'Unione europea (art. 2 TUE) e un principio generale tutelato dagli articoli 18 e 19 TFUE oltre che dall'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

L'importanza di tale principio nelle fonti di diritto internazionale è stata più volte sottolineata nella prima parte del presente lavoro soprattutto poiché rappresenta uno dei principi chiave della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo.

Nonostante ciò, l'idea di utilizzare il principio di non discriminazione per rafforzare i diritti dei fanciulli è assente negli obiettivi dell'Agenda dell'Unione europea per i diritti dei minori (salvo un breve accenno quando si parla dei minori di etnia Rom)¹²⁷⁷.

Eppure è noto che l'idea che un minore sia prima di tutto un soggetto da proteggere piuttosto che un individuo dotato di autonomia crescente abbia dato vita in passato a numerose discriminazioni a danno dei fanciulli a causa della loro (minore) età e ancora oggi sono prevalentemente gli adulti che continuano a stabilire ciò che un minore potrebbe o meno essere capace di fare¹²⁷⁸.

Inoltre, nell'ambito dell'analisi della normativa UE in tema di giustizia penale minorile, che è stata condotta nella presente ricerca, sono state individuate diverse discriminazioni non giustificate tra minori e adulti, tra minori vittime di reato e minori autori di reato e, infine, tra minori detenuti in carcere e minori privati della libertà in altri contesti.

¹²⁷⁷ Come sottolinea H. STALFORD, *Children and the European Union: rights, welfare and accountability*, cit., p. 50 e ss.

¹²⁷⁸ Si vedano C. BREEN, *Age discrimination and children's rights: ensuring equality and acknowledging difference*, Oxford, Hart, 2005 e S. FREDMAN, *The age of equality*, in S. Fredman and S. Spencer (eds.), *Age as an equality issue: legal and policy perspectives*, Oxford, Hart, 2003.

In merito, in particolare, alla differenza nel trattamento dei minori in conflitto con la legge e delle vittime di reato, si può affermare che questo deriva da un approccio generale dell'UE nei confronti della "vulnerabilità" che cambia a seconda del ruolo ricoperto da un individuo nel processo penale.

Le direttive dedicate ai diritti degli indagati/imputati per un reato, infatti, appaiono maggiormente concentrate sulle vulnerabilità derivanti da fattori "interni/originari" di tali soggetti, come problemi cognitivi, fisici, sensoriali e di apprendimento, che possono impedire loro di comprendere adeguatamente il procedimento nel quale sono coinvolti.

Al contrario, le direttive sulle vittime di reato si concentrano di più sulla vulnerabilità derivante da fattori esterni che possono causare il fenomeno della c.d. vittimizzazione secondaria¹²⁷⁹.

La considerazione che il fatto stesso di essere parte di un processo penale possa causare delle ripercussioni negative a livello psicologico anche agli indagati/imputati per un reato non traspare dalle norme UE, le quali, invece, sono più concentrate a far sì che questa categoria comprenda il processo penale a loro carico. Difatti, gli indagati/imputati hanno, ad esempio, maggiori garanzie in tema di diritti all'interpretazione/traduzione, mentre le vittime ne hanno di più in merito agli aspetti della privacy e delle modalità del loro trattamento durante gli interrogatori.

In realtà, l'aspetto della "protezione dal processo penale" dovrebbe essere garantito anche agli indagati, soprattutto se minori, in quanto fino alla pronuncia di condanna definitiva essi rimangono a tutti gli effetti delle persone innocenti, vigendo il principio della presunzione di innocenza.

Ad esempio, le maggiori garanzie previste per la tutela della privacy dei minori vittime di reato non trova giustificazione poiché l'attitudine normalmente ostile della società verso i minori in conflitto con la legge pone anche questi ultimi in una posizione di grande vulnerabilità, essendo soggetti ai rischi di stigmatizzazione ed esclusione sociale.

Allo stesso tempo, garantire, ad esempio, anche alle vittime che non comprendono la lingua del processo la possibilità di ricevere tempestivamente, a prescindere da una loro richiesta, traduzioni o interpretazioni di qualità, oltre ad essere utile alle stesse vittime per farsi capire e per sentirsi comprese, potrebbe esserlo anche per l'accuratezza delle indagini.

L'Unione europea, pertanto, dovrebbe tenere sempre presente che le vulnerabilità delle vittime e dei (presunti) autori di reato possono anche essere le medesime e non dovrebbero quindi esserci delle discriminazioni a priori.

Per quanto riguarda i minori autori di reato si nota comunque una differenza rispetto agli adulti poiché il diritto alla valutazione individuale consente loro di essere valutati anche alla luce di eventuali vulnerabilità derivanti da "fattori interni"; invece per l'aspetto della "protezione dal processo" non si notano particolari differenze tra adulti e minori.

¹²⁷⁹ S. VAN DER AA, *Variable Vulnerabilities? Comparing the Rights of Adult Vulnerable Suspects and Vulnerable Victims under EU Law*, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 7, Issue 1, 2016, p.p. 39 e ss.

Si ritiene, pertanto, che il settore della giustizia penale minorile potrebbe usufruire del principio di non discriminazione per ottenere dei miglioramenti in merito alle varie tipologie di discriminazione che sono state sottolineate.

Non bisogna dimenticare, infatti, che proprio il principio di non discriminazione sulla base dell'età è stato fatto valere in via autonoma per imporre obblighi, non solo nei confronti delle autorità nazionali degli Stati membri, ma anche nelle controversie tra privati, come è stato affermato per la prima volta nel celebre caso *Mangold* e a seguire nel caso *Kucukdeveci*¹²⁸⁰.

Il principio di non discriminazione, pertanto, oltre ad essere uno dei principi su cui poggia l'identità della stessa Unione europea, rappresenta anche un importante parametro di legittimità delle normative nazionali.

Sinora, il divieto di discriminazioni sulla base dell'età è servito a tutelare gli adulti in una fascia d'età medio-alta in controversie legate al rapporto di lavoro. Un'evoluzione di questo principio, a tutela anche dei minori di età, potrebbe condurre a risultati molto positivi per i fanciulli nell'ambito della giustizia penale minorile, anche qualora non dovesse esserci un legame diretto con il diritto UE (ad esempio perché una direttiva non è ancora eseguibile), in linea con la giurisprudenza della Corte di Giustizia sopra richiamata.

Questo consentirebbe, ad esempio, ad un minore particolarmente vulnerabile, sospettato o indagato per aver commesso un reato, di imporre al giudice nazionale di ottenere le medesime garanzie in tema di ascolto protetto previste per i minori vittime di reato dal diritto UE.

Quest'ultima questione, infatti, rientra ormai pacificamente tra le materie coperte dal diritto UE, grazie all'adozione della direttiva 2016/800/UE che gli Stati membri sono tenuti a trasporre nei propri ordinamenti interni entro l'11 maggio 2019.

La differenza nel trattamento dei minori particolarmente vulnerabili, a seconda che siano vittime o indagati/imputati di un reato, rappresenta una discriminazione diretta basata "sul ruolo" rivestito dal minore all'interno del processo penale ed è contraria anche all'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali che afferma che i minori hanno diritto alla protezione necessaria per il loro benessere (sottinteso tutti i minori).

Inoltre, ai sensi dell'art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali “*eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciute dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà*”. Inoltre, possono essere apportate delle limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

La Carta, avendo lo stesso valore dei Trattati, deve essere rispettata da tutto il diritto derivato e i giudici nazionali, come affermato nella sentenza *Kükükdeveci*, devono interpretare le norme interne conformemente al principio di non discriminazione sancito dall'art. 21 della stessa Carta che è di per sé sufficiente a conferire ai singoli un diritto soggettivo.

¹²⁸⁰ Corte di Giustizia, 22 novembre 2005, caso C-144/04, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm* e Corte di Giustizia, 19 gennaio 2010, C-555/07, *Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG*.

L'art. 21, pertanto, da solo o in combinato disposto con gli articoli 24 e 52 della Carta, a seconda dei casi, potrebbe essere invocato nei procedimenti nazionali per eliminare alcune prassi discriminatorie nei confronti dei fanciulli esistenti non solo nelle normative interne, ma anche nel diritto UE.

In alternativa, l'Unione europea potrebbe anche adottare, nelle materie di sua competenza, delle specifiche azioni volte a contrastare le discriminazioni sulla base dell'età, grazie alla competenza a legiferare che le è attribuita dall'art. 19 TFUE. Il fatto che sia richiesta una delibera all'unanimità del Consiglio e l'approvazione del Parlamento europeo rende, tuttavia, questa possibilità piuttosto ardua, ma di certo da non sottovalutare.

A conclusione di questa disamina sulle possibili soluzioni che dovrebbero essere tenute in considerazione per rafforzare la promozione dei diritti dei fanciulli nell'Unione europea, è possibile affermare che cosa, invece, non si ritiene necessario a tale scopo ovvero la creazione di un organismo di monitoraggio *ad hoc* dei diritti dei minori come da alcuni suggerito in dottrina.

Come è stato sottolineato più volte nel corso delle presenti conclusioni, l'Unione europea possiede già dei validi meccanismi che possono essere messi in pratica, o semplicemente rivisti per migliorarne l'efficacia, per far sì che i diritti dei minori vengano correttamente rispettati negli Stati membri.

Un'ulteriore frammentazione degli organi sovranazionali di controllo, unitamente all'operato delle figure istituzionali o di società civile che hanno per mandato la vigilanza del rispetto dei diritti dei fanciulli, contribuirebbe solamente a rendere ancora più complesso l'attuale sistema oltre a creare un ulteriore onere finanziario e organizzativo in capo all'Unione.

Una soluzione che si potrebbe semmai valutare nel prossimo futuro è invece quella di potenziare i poteri di indagine del Mediatore europeo che già si occupa della mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minori.

Le riflessioni maturate a conclusione del presente lavoro e le soluzioni che sono state proposte derivano dall'analisi dell'attuale quadro giuridico, istituzionale e giurisprudenziale dell'Unione europea e dallo studio delle fasi di un lungo percorso che ha permesso all'Unione di dotarsi, in tempi estremamente brevi, di strumenti normativi vincolanti sempre più specificatamente rivolti ai fanciulli.

Un ultimo aspetto che si preme qui sottolineare e al quale si tende, erroneamente, ad attribuire minore rilevanza è legato al contenuto e ai diretti destinatari della maggioranza degli atti di diritto UE a tutela dei diritti dei minori.

Tutte le politiche UE e le discussioni principali in materia riguardano, infatti, i fanciulli che si trovano nelle situazioni di maggiore vulnerabilità (come i minori delinquenti o vittime di tratta o di violenza sessuale) e questo, di conseguenza, ha ristretto l'obiettivo iniziale dell'Unione europea di "*promoting, protecting and fulfilling the rights of the child in ALL relevant EU policies*"¹²⁸¹.

¹²⁸¹ Come nota H. STALFORD, *Children and the European Union: rights, welfare and accountability*, cit., p. 224-5 e come emerge testualmente dalla stessa Agenda UE per i diritti del minore del 2011.

L'Unione punta soprattutto a rinforzare le misure di protezione dei minori più vulnerabili, aspetto certamente lodevole e positivo, ma che non deve escludere l'opportunità che l'Unione intervenga a tutelare i diritti dei minori anche in altri settori di sua competenza.

Si rischia altrimenti di focalizzare l'attenzione dell'Unione europea solo su obiettivi estremamente ristretti e su gruppi limitati di fanciulli.

Occuparsi della promozione dei diritti dei minori non significa solamente fornire a questi ultimi delle misure di protezione sulle quali i fanciulli potranno contare nelle situazioni di maggior disagio ed emergenza, ma dar vita ad un percorso che dia risalto anche alla loro crescente capacità, nonché volontà, di essere partecipi nel quotidiano alla costruzione della società europea.

Quest'ultima dovrebbe essere la vera sfida dell'Unione europea in quanto consentirebbe realmente ai minori di non essere più considerati come dei “*mini-humans with mini-rights*”¹²⁸².

Per concludere, non si può non fare un accenno alla drammatica situazione di migliaia di minori migranti, in gran parte non accompagnati, che rappresentano le prime e le più evidenti vittime innocenti di un repentino ritorno ad un'Unione europea che mette il rispetto dei diritti fondamentali in secondo piano.

In passato il rafforzamento della tutela dei diritti fondamentali ha rappresentato per l'Unione un mezzo per cercare una nuova legittimazione nei confronti degli Stati membri; un modo, cioè, per vincere la loro diffidenza e per rassicurarli che il processo di allargamento delle competenze europee, unito al primato del diritto UE, non avrebbero avuto ricadute negative o riduttive sulla tutela dei diritti fondamentali¹²⁸³.

Oggi c'è un bisogno urgente di riguadagnare questa fiducia e i minori, a partire dai piccoli migranti, potrebbero, o meglio dovrebbero, essere proprio al centro della trasformazione dell'Unione europea in una comunità non solo di diritto, ma “di diritti” in quanto un'amministrazione della giustizia “*that fails children ultimately fails society*”¹²⁸⁴.

¹²⁸² Celebre frase di Maud de Boer Buquicchio, quando era vice segretario generale del Consiglio d'Europa.

¹²⁸³ A. D'ALOIA, *Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione multilevel*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2014, n.1, p. 7.

¹²⁸⁴ Come sottolineato dal Relatore speciale dell'ONU sull'indipendenza dei giudici e degli avvocati, Gabriela Knaul, nel rapporto presentato al Consiglio per i diritti umani dell'ONU il 1° aprile 2015 (A/HRC/29/26).

BIBLIOGRAFIA

- ACKERS L., STALFORD H., *A community for children? Children, citizenship and migration in the EU*, Aldershot: Ashgate, 2004.
- ADAM R., *Attività normativa e di controllo dell'OIL ed evoluzione della Comunità internazionale*, Milano, 1993.
- ADAM R., TIZZANO A., *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, 2014.
- ADAMS M., DE WAELE H., MEEUSEN J., STRAETMANS G. (Eds.), *Judging Europe's judges: The legitimacy of the case law of the European Court of Justice*. Oxford: Hart, 2013.
- ADINOLFI A., *Il ricongiungimento familiare nel diritto dell'UE*, in R. Pisillo Mazzeschi, P. Pustorino, A. Viviani (a cura di), *Diritti umani e degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010.
- ALEN A., PAS W., *L'effet direct de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant*, in *Journal du droit des jeunes*, 1995, p. 3 e ss.
- ALLAIN J., *Rantsev v Cyprus and Russia: the European Court of human rights and trafficking as slavery*, in *Human Rights Law Review*, 2010, p. 546 e ss.
- ALLEGREZZA S., *Il ruolo della vittima nella direttiva 2012/29/UE*, in *Lo statuto europeo delle vittime di reato: modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali* (a cura di L. Lupària), Cedam, 2015.
- ALLEGREZZA S., *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, in *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Torino, 2012.
- ALLEGREZZA S., *The Interaction between the ECJ and the ECtHR with Respect to the Protection of Procedural Safeguards after Lisbon: the Accession of the EU to the ECHR*, in K. LIGETI (a cura di), *Toward a Prosecutor for the European Union. A Comparative Analysis*, vol. I, Oxford-Portland, 2013.
- ALSTON P. (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, 1999.
- ALSTON P., *Cadre juridique de la Convention relative aux droits de l'enfant*, in *Bulletin des droits de l'homme*, "Les droits de l'enfant", n.2/91, Nations Unies, N.Y. 1992.
- ALSTON P., GILMOUR-WALSH B., *The best interest of the child: towards a synthesis of children's rights and cultural values*, Unicef-ICDC, Firenze, 1996.
- AMALFITANO C., *Le prime direttive europee sul ravvicinamento "processuale": il diritto all'interpretazione, alla traduzione e all'informazione nei procedimenti penali*, in R. DEL COCO, E. PISTOIA (a cura di), *Stranieri e giustizia penale. Problemi di perseguibilità e di garanzie nella normativa nazionale ed europea*, Cacucci Editore, Bari, 2014.
- AMALFITANO C., *Unione europea e garanzie processuali: il diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, fasc. 1, p. 83 e ss.
- AMBOS K., *Mutual recognition versus procedural guarantees?* in M. de Hoyos Sancho (Ed.), *Criminal proceedings in the European Union: essential safeguards*, 2008, p. 25 e ss.
- ANDERSON M., *Law enforcement cooperation in the EU and fundamental rights protection*, in M. Martin (Ed.), *Crime, rights and the EU: the future of police and judicial cooperation*, 2008, p. 105 e ss.
- ANNONI A., *La tratta di donne e bambine nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*,

in *DEP*, n. 16/2011, p. 87 e ss.

- APTEL C., *Prosecutorial Discretion at the ICC and Victims' Right to Remedy: Narrowing the Impunity Gap*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2012, p. 1357 e ss.
- ASTA G., *La sentenza della Corte di Lussemburgo sul caso "Aranyosi e Caldararu": una (difficile) coesistenza tra tutela dei diritti fondamentali e mandato di arresto europeo*, in *Osservatorio costituzionale*, 2016.
- AUGENSTEIN D., *Engaging the Fundamentals: On the Autonomous Substance of EU Fundamental Rights Law*, in *German Law Journ.*, 2013, p. 1928 e ss.
- BAKER E., *What process criminal justice in the EU ?*, in *European Journal of crime, criminal law and criminal justice*, 2016, p. 95 e ss.
- BALSAMO A., *Il contenuto dei diritti fondamentali*, in R. E. Kostoris (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2014.
- BARGIS M., *La Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione Europea tra mutuo riconoscimento e armonizzazione: analisi e prospettive*, in *Rivista di diritto processuale*, fasc. 4, 2012.
- BARRIÈRE BROUSSE I., *L'Enfant et les Conventions Internationales*, *Journal du droit international*, 1996, n. 4, p. 843 e ss.
- BELFIORE R., *Il futuro della cooperazione giudiziaria e di polizia nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Cass. Pen.*, n. 12, 2010.
- BELLUTA H., *Eppur si muove: la tutela delle vittime particolarmente vulnerabili nel processo penale italiano*, in AA.VV., *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, Cedam, Padova, 2015.
- BELTRANI S., *Violenza sessuale sui minori: nel giusto processo l'imputato deve interrogare le vittime. Ma è proprio sempre così?*, in *Diritto e Giustizia*, 20 gennaio 2006.
- BENHAMOU Y., *La Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant, le droit international et le droit français*, note sous l'arrêt de la Cour de Cassation du 15 juillet 1993, *JCP*, Ed. G, n. 9, 1994.
- BERRO-LEFÈVRE I., *Adoption et filiation. Droit à l'enfant ou droits de l'enfant?*, *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, 2011, p. 25 e ss.
- BERRO-LEFÈVRE I., *Improving children's access to the European Court of Human Rights*, *Giustizia minorile internazionale*, monografia n. 3, Strasburgo, Edizioni del Consiglio d'Europa, 2008, p. 69 e ss.
- BESSON S., *The European Union and Human Rights: Towards a post-national human rights institution?* in *Human Rights Law Review*, n.6, 2006.
- BIFULCO R., CARTABIA M., CELOTTO A. (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, il Mulino, 2001.
- BLACKBURN R., POLAKIEWICZ J., *Fundamental rights in Europe. The ECHR and its Member States, 1950-2000*, Oxford University Press, 2001.
- BLENGINO C., *Il lavoro infantile e la disciplina del commercio internazionale*, Milano, 2003.
- BOKOR-SZEGO H., *La protection internationale des droits de l'enfant*, in *La protezione internazionale dei diritti del fanciullo*, Proxima Scientific Press, Istituto Internazionale di Studi sui Diritti dell'Uomo, Dossier n. 22, Trieste, 1993.
- BOUCAUD P., *Droits des Enfants et Droit International*, in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, n. 12, 1992.

- BOUCAUD P., *Le Conseil de l'Europe et la protection de l'enfant*, Dossier sur le droit de l'homme, Conseil de l'Europe, n.10, Strasbourg, 1989.
- BREEN C., *Age discrimination and children's rights: ensuring equality and acknowledging difference*, Oxford, Hart, 2005.
- BREEN C., *The standard of the best interest of the child. A western tradition in international and comparative law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 2002.
- BRIENEN M.E.I., HOEGEN E.H., *Victims of crime, 22 European Criminal Justice Systems*, Nijmegen, 2000.
- BRUCH C. S., *The Hague child abduction convention: past accomplishments, future challenges*, in S. Detrick & P. Vlaardingerbroek (eds.), *Globalization of Child Law - the role of the Hague Conventions*, 1999.
- BUCZMA S. R., *An overview of the law concerning protection of victims of crime in the view of the adoption of the directive 2012/29/EU establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime in the European Union*, in *ERA Forum*, 2013.
- BURGORGUE-LARSEN L., LEVADE A., PICOD F. (eds.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Brussels, Bruylant, 2005.
- BUZZELLI S., *Il panorama delle garanzie a protezione della "fonte fragile": il contesto europeo*, in Aa. V.v., *Il minorente fonte di prova nel processo penale*, a cura di C. Cesari, Milano, 2008.
- CAIANIELLO M., *Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, "road map" e l'impatto delle nuove direttive*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4 febbraio 2015.
- CAIANIELLO M., *Il caso "Pupino": riflessioni sul nuovo ruolo riconosciuto al giudice alla luce del metodo adottato dalla Corte di giustizia*, in Aa. Vv., *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, a cura di F. Sgubbi e V. Manes, Bologna, 2007, p. 89 ss.
- CALVANO R., *Il Caso Pupino: ovvero dell'alterazione per via giudiziaria dei rapporti tra diritto interno (processuale penale), diritto UE e diritto comunitario*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2005.
- CAMALDO L., *Novità sovranazionali*, in *Proc. pen. e giust.*, 2012.
- CANTWELL N., *La Convention sur les Droits de l'Enfant: un traité historique pour les Enfants*, in *KIT international relatif à l'enfant face à la justice*, Publication éditée par Défense des Enfants – international et coordonnée par Alemagna, d., Genève, 1995.
- CAPE E., HODGSON J., PRAKKEN T., SPRONKEN T. (Eds), *Suspects in Europe, procedural rights at the investigative stage of the criminal process in the European Union*, Intersentia Antwerp-Oxford, 2007.
- CAPITTA A. M., *Legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote: le modifiche al Codice di Procedura penale e alla legge sull'ordinamento penitenziario*, in *Diritto penale contemporaneo*, 5 novembre 2012.
- CARBONNIER J., *Droit Civil, I.2, La famille, les incapacité*, Presses Universitaires de France, 1969.
- CARCHIDI C. R., *Luci ed ombre nella cooperazione internazionale per l'infanzia*, in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, 2006, p. 111 e ss.
- CARLETTI C., FURIA A., LE FEVRE CERVINI E. M., ZAMBRANO V., *Promozione, protezione ed attuazione dei diritti dei minori. Strumenti normativi, politiche e strategie a livello internazionale ed europeo*, Giappichelli, 2014.
- CARPANETO L., *Reciproca fiducia e sottrazione internazionale di minori nello spazio giudiziario europeo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 2, 2011, p. 361 e ss.

- CARTABIA M., *I diritti in azione: universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, Bologna, 2007.
- CASOLARI F., *Commento agli artt. 20, 21, 22, 23, 24, 25 e 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Titolo III - Uguaglianza)*, in F. Pocar e M.C. Baruffi (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, II ed., CEDAM, Padova, 2014, p. 1719 e ss.
- CASTELLANETA M., *La consegna va bloccata se nel Paese di emissione c'è il rischio di trattamenti disumani in carcere*, consultabile online al sito www.marinacastellaneta.it.
- CASTELLANETA M., *La giustizia a misura di minore in uno studio dell'Agenzia UE sui diritti fondamentali*, in *Minorigiustizia*, n. 3, 2015, p. 169 e ss.
- CENDON P., *Il bambino e le cose. Diritti e doveri dei minori nella società dei consumi*, Franco Angeli, Milano, 1993.
- CERDA J. S., *The draft Convention on the rights of the child: new rights*, H. RTS. Q., 1990.
- CHAUDARY S., *Trafficking in Europe: An Analysis of the Effectiveness of European Law*, 33 *Mich. J. Int'l L.* 77, 2011.
- CHIAVARIO M., *Private parties: the rights of the defendant and the victim*, in Aa. Vv., *European Criminal Procedures*, Cambridge, 2002, p. 541 e ss.
- CHOUDHRY S., FENWICK H., *Taking the rights of parents and children seriously: Confronting the welfare principle under the Human Rights Act.*, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2005.
- CHRISTENSEN T.M., *Trafficking for sexual exploitation: victim protection in international and domestic asylum law*, *UNHCR publications*, Research paper n. 206, 2011, disponibile sul sito www.unhcr.org.
- CIRILLO L., DEL CORVO A., *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di diritti del minore in ambito processual-penalistico*, in *Cass. Pen.*, 2004.
- CONTRI G. (a cura di), *Minori in giudizio – La Convenzione di Strasburgo*, Franco Angeli editore, 2012.
- CULLEN H., *Children's Rights*, in S. Peers e A. Ward (a cura di), *The European Union Charter of Fundamental Rights*, Hart Publishing, 2004.
- D'ALOIA A., *Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione multilevel*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 1, 2014.
- DAMATO A., *Vittime di reato, al via l'ordine di protezione europeo*, in *Guida al diritto: il sole 24 ore*, 2013.
- DANIELE M., *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione europea, Cedu e sistemi nazionali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4/2016.
- DE BONDT W., VERMEULEN G., *The procedural rights debate. A bridge too far or still not far enough?*, in *Eucrim*, 2010.
- DE BÚRCA G., DE WITTE B. (eds.), *Social Rights in Europe*, Oxford Univ. Press, Oxford-New York, 2005.
- DE SALVIA M., *La protection des mineurs dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme: vers un devoir d'ingérence des pouvoirs publics*, in *Studi in onore di Giovanni Maria Ubertazzi*, *JUS*, 1999, p. 97 e ss.
- DE SCHUTTER O. (ed.), *The European Social Charter: a Social Constitution for Europe*, Bruylant, Bruxelles 2010.
- DE SCHUTTER O., *L'adhésion de l'Union Européenne à la Charte Sociale européenne révisée*, *EUI WPL*, 2004/11.

- DE STEFANI P., *Il terzo Protocollo opzionale alla Convenzione sui diritti del bambino*, in *Rivista Pace diritti umani*, 2012.
- DE VOCHT D., PANZAVOLTA M., VANDERHALLEN M., VAN OOSTERHOUT M., *Procedural safeguards for juvenile suspects in interrogations. A look at the Commission's Proposal in light of an EU comparative study*, in *New Journal of European Criminal law*, vol. 5, issue 4, 2014, p. 480 e ss.
- DE WITTE B., MUIR E. (Eds.), *Judicial activism and the European Court of Justice*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2013.
- DECAUX E., *Universalité des droits de l'homme et pluralité interprétative: l'exemple des droits de l'enfant*, in A. BERTHOZ, C. OSSOLA et B. STOCK (dir.), *La pluralité interprétative*, Paris, Collège de France, 2010.
- DEFFAINS N., *Enlèvement International d'enfants et obligations positives des autorités nationales*, in *Europe*, 2003, p. 33 ss.
- DÉFOSSEZ-DEKEUWER F., *Les Droits de l'Enfant*, collection «Que sais-je?», Presses Universitaires de France VIème Edition, Paris, Janvier 2001.
- DEL GUERCIO A., *Superiore interesse del minore e determinazione dello Stato competente all'esame della domanda di asilo nel diritto dell'Unione europea*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1/2014, p. 247 e ss.
- DELATTRE S., *Il trattamento delle vittime con esigenze specifiche (in particolare i minori) nel sistema francese*, in AA.VV., *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, Cedam, Padova, 2015, p. 245 e ss.
- DELLA MORTE G., *Il caso Lubanga ed il diritto ad un equo processo: i primi passi (falsi) della Corte penale internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, p. 216 e ss.
- DELVAX D., *L'intérêt supérieur de l'enfant et son déplacement illicite*, in *Jour. dr. jeun.*, 2006, p. 18 ss.
- DETRICK S., *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, The Hague/Boston/London, M. Nijhoff, 1999.
- DETRICK S., DOEK J. E., CANTWELL N., *The United Nations Convention on the Rights of the Child: A Guide to the "Travaux Préparatoires"*, Martinus Nijhoff Publishers, 1992.
- DETRICK S., VLAARDINGERBROEK P. (eds.), *Globalization of Child Law - the role of the Hague Conventions*, 1999.
- DEVOTO G., *Dizionario Etimologico*, Le Monnier, Firenze, 1968.
- DI FEDERICO G. (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights. From Declaration to Binding Instrument*, Dordrecht-Heidelberg-London-New York, 2011.
- DI LORENZO N., *Il principio del superiore interesse del minore nel sistema di protezione del fanciullo all'interno delle relazioni familiari*, disponibile al seguente indirizzo <http://www.cde.unict.it>.
- DOGLIOTTI M., *I diritti del minore e la convenzione dell'Onu*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1992.
- DONINI V. M., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza fonte*, Milano, 2011, p. 53 e ss.
- DORMAN P., *Child labour and economic development: ILO/IPEC working paper*, Ginevra, 2001.
- DOTTRIDGE M., *Reference Guide on protecting the rights of child victims of trafficking in Europe*, Geneva, United Nations Children's Fund, UNICEF, 2006.
- DRYWOOD E., *Giving with one hand, taking with the other: Fundamental rights, children and the family reunification decision*, in *EL Rev*, 2007.

- DUNCAN W., *Transfrontier protection of children. Administrative and judicial co-operation and the role of the Hague Conventions*, in *Commonwealth Judicial Journal*, 2001.
- DWORKIN R., *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, 2010.
- EEKELAAR J., *Beyond the Welfare Principle*, in *Child and Family Law Quarterly*, vol. 14, issue 3, 2002, p. 237 e ss.
- EGAN S., *The new complaints mechanism for the Convention on the rights of the child: a mini step forward for children?*, in *International Journal of children's rights*, 2014, p. 205 e ss.
- FAVIER. Y., RERRAND F., *La justice des mineurs en Europe: une question de spécialité?*, Intersentia, 2011.
- FAVILLI C., *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea*, in *Riv. dir. int.*, p. 701 e ss.
- FENNELLY N., *The National Judge as Judge of the European Union*, in *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law*, Asser, 2013.
- FERACI O., *Mutuo riconoscimento e principio della protezione equivalente (Bosphorus): riflessioni a margine della sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Avotiņš c. Lettonia*, in www.sidiblog.org.
- FERREIRA N., *The harmonisation of private law in Europe and children's tort liability: a case of fundamental and children's rights mainstreaming*, in *International Journal of Children's Rights*, 2011.
- FICHERA M., *The European Arrest Warrant and the Sovereign State: A Marriage of Convenience?*, in *European Law Journal*, 2009.
- FLORE D., *Droit pénal européen: les enjeux d'une justice pénale européenne*, Lancier, 2009.
- FLORE D., *Une justice pénale européenne après Amsterdam*, JTDE, Juin 1999.
- FORGIONE P., *Bambini e conflitti armati*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, p. 189 e ss.
- FOTTRELL D. (edited by), *Revisiting Children's Rights: 10 Years of the Un Convention on the Rights of the Child*, Kluwer Law International, 2000.
- FREDMAN S., *The age of equality*, in S. Fredman and S. Spencer (eds.), *Age as an equality issue: legal and policy perspectives*, Oxford, Hart, 2003.
- FREEMAN M., "Taking children's rights more seriously", in *International Journal of law and the family*, 1992, p. 52 e ss.
- FREEMAN M., "The future of children's rights", in *Children & Society*, 2000, p. 277 e ss.
- FREEMAN M., *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child. Article 3: The Best Interests of the Child*, Martinus Nijhoff, 2007.
- GAETA P., *La tutela delle vittime del reato nel diritto dell'Unione europea: spunti per una ricostruzione storico-sistemica*, in *Cassazione penale*, 2012, p. 2704 e ss.
- GAMBINI M., *I diritti del minore vittima di tratta e gli strumenti di tutela della persona*, fascicolo 1, 2014, su costituzionalismo.it.
- GARZÒN VALDÉS E., *Dalla rivoluzione industriale alla modernizzazione selvaggia-Considerazioni sui Diritti dei bambini*, in *Fondazione Internazionale Lelio Basso per il Diritto e la Liberazione dei Popoli (ed.), Violazioni dei diritti dei bambini- un metodo di approccio*, Gruppo Abele, 1995, p. 131 e ss.
- GAUTHIER C., GAUTIER M., GOUTTENOIRE A., *Mineurs et droits européens*, Collection Droits Européens,

Pédone, 2012.

- GIALUZ M., *Lo statuto europeo delle vittime vulnerabili*, in Aa. Vv., *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, a cura di S. Allegrezza, H. Belluta, M. Gialuz, L. Luparia, Torino, 2010, p. 59 ss.
- GIAMMARINARO M. G., *La direttiva 2011/36/UE sulla prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, XIV, 1-2012.
- GIORIS B., *L'impegno dell'Unione europea contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile*, in *Minorigiustizia*, n. 2, 2012.
- GIUDICELLI-DELAGE G., LAZERGES C., *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, Société de législation comparée / Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris (Université de Paris I / CNRS UMR 8103), 2012.
- GIUDICELLI-DELAGE G., LAZERGES C., *Minorité à contresens. Enfants en danger, enfants délinquants*, Dalloz, 2014.
- GIUDICELLI-DELAGE G., MANACORDA S. (a cura di), *L'intégration pénale indirecte. Interactions entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l'Union européenne*, Paris, 2005.
- GOODING R. E., *Protecting the Vulnerable. A Reanalysis of Our Social Responsibilities*, The University of Chicago Press, Chicago/London, 1985.
- GOUTTENOIRE A., *Article II-84: Droit de l'enfant*, in *Traité établissant une Constitution pour l'Europe: pt. II: La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, sous la dir. de Laurence Burgorgue-Larsen, Anne Levade, Fabrice Picod, Bruylant, 2005.
- GREIJER S., *La Corte Penale Internazionale ed il Crimine di Guerra di Reclutamento di Minori*, in *Rivista di Diritto e Formazione (Review of the Italian Bar Association)*, 2010.
- HALDORSSON O. L., *Governance fit for children: To what extent have the general measures of implementation of the UNCRC been realised in the EU Institutions?*, Brussels: Save the Children, 2011.
- HAMMJE P., *L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales du droit international privé*, in *Le droit International privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005.
- HART R., *Children's participation from tokenism to citizenship*, UNICEF International Child Development Centre, 1992.
- HEARD C., MANSELL D., *The European Arrest Warrant: The Role of Judges when Human Rights are at risk*, in *New Journal of Criminal Law*, n. 2, 2011.
- HELENIUS D., *Mutual recognition in criminal matters and the principle of proportionality. Effective proportionality or proportionate effectiveness?*, in *New Journal of European Criminal law*, vol. 5, issue 3, 2014, p. 349 e ss.
- HODGKIN R., NEWELL P., *Implementation Handbook for the Convention on the rights of the child*, UNICEF, 2007.
- HODGSON J. S., *Safeguarding suspects' rights in Europe: a comparative perspective*, in *New Criminal law review*, 2011.
- HONORATI C., *Sottrazione internazionale dei minori e diritti fondamentali*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2013, p. 33 e ss.

- ILLUMINATI G., *L'armonizzazione della prova penale nell'Unione europea*, in G. Illuminati (a cura di), *Prova penale e Unione europea*, Bologna, 2009.
- IORIO P., *Processabilità e punibilità dei minori nel diritto internazionale: giurisdizione della Corte penale internazionale*, intervento durante l'incontro "Bambini soldato in Africa: un dramma nel dramma", in occasione della presentazione del Rapporto di Amnesty International "21.000 bambini soldato in Liberia", Roma – 8 novembre 2004.
- KILKELLY U., *Effective protection of children's rights in family cases: an international approach*, in *Transnational Law and Contemporary Problems*, 2002, p. 336 e ss.
- KILKELLY U., LUNDY L., *Children's rights in action: using the Convention on the rights of the child as an auditing tool*, in *Child and family Quarterly*, 2006, p. 331 e ss.
- KILKELLY U., LUNDY L., *Children's rights in action: using the Convention on the rights of the child as an auditing tool*, in A. Alen, H. Bosly, M. De Bie, J. Vande Lanotte, F. Ang, I. Delens-Ravier, M. Delplace, C. Herman, D. Reynaert, V. Staelens, R. Steel, M. Verheyde (a cura di), *The UN Children's Rights Convention: Theory meets practice*, Intersentia, 2007.
- KILKELLY U., *Protecting children's rights under the ECHR: The role of positive obligations*, in *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2010.
- KILKELLY U., *The best of both worlds for children's rights: interpreting the European Convention on Human Rights in the light of the UN Convention on the Rights of the Child*, in *Human Rights Quarterly*, 2001, p. 308 e ss.
- KILKELLY U., *The Child and the European Convention on Human Rights*, Ashgate, 1999.
- KILKELLY U., *The Human Rights Act: Implications for the trial and detention of young people*, in *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2000, p. 466 e ss.
- KILKELLY U., *The impact of the Convention on the case-law of the European court of human rights*, in D. Fottrel (edited by), *Revisiting Children's Rights: 10 Years of the UN Convention on the Rights of the Child*, Kluwer Law International, 2000.
- KLIP A., *On victim's rights and its impact on the rights of the accused*, in *European Journal of crime, criminal law and criminal justice*, 2015.
- KOSTORIS R. E., *La tutela dei diritti fondamentali*, in ID. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2015.
- KOSTORIS R. E., *Processo penale, diritto UE e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1182 e ss.
- KRAUSS D., *La vittima del reato nel processo penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1983.
- LAMARQUE E., *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2016.
- LAMONT R., *Article 24: Children's rights*, in S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, & A. Ward (eds.), *The EU charter of fundamental rights: A commentary*, Oxford: Hart, 2014.
- LANSKY M., *Le travail des enfants: un défi à relever*, RIT, vol. 136, 1997, p. 253 e ss.
- LANTHIEZ M.L., *La clarification des fondements européens des droits des victims*, in *La victime sur la scène pénale en Europe*, G. Giudicelli-Delage, C. Lazerges (a cura di), Parigi, 2008, p. 145 e ss.
- LAVALLÉE C., *La protection internationale des droits de l'enfant entre idéalisme et pragmatisme*, Bruylant, 2015.
- LEGG A., *The margin of appreciation in International Human Rights Law. Deference and proportionality*,

Oxford, 2012, p. 183 e ss.

- LEGGIO V., *Prima pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia sulle garanzie difensive di indagati e imputati nei procedimenti penali*, su www.eurojus.it, articolo pubblicato il 5 novembre 2015.
- LEQUETTE Y., *Le droit International privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales*, in *RCADI*, 1994, vol. 2, p. 246 e ss.
- LETSCHERT R., RIJKEN C., *Rights of victims of crime: tensions between and integrated approach and a limited legal basis for harmonisation*, in *New journal of european criminal law*, vol. 4, n. 3, 2013, p. 234 e ss.
- LIEFAARD T., DOEK J. E., *Litigating the Rights of the Child. The UN Convention on the Rights of the Child in Domestic and International Jurisprudence*, Springer-Verlag, 2015.
- LUPARIA L., *Una recente decisione della Corte di Giustizia sull'allargamento delle ipotesi di audizione del minore in incidente probatorio*, in *Cassazione penale*, 2005.
- MAFFEI M. C., *La tutela internazionale dei diritti del bambino*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani: norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, p. 232 e ss.
- MAGNO G., *Il minore come soggetto processuale. Commento alla Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo*, Giuffrè editore, 2001.
- MANES V., *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, in *Diritto Penale e Contemporaneo*, 2012.
- MARAVEL A., *The U.N. Convention on the rights of the child and the Hague Conference on Private International Law: The dynamics of children's rights through legal strata*, in *Transnational law & contemporary problems*, 1996.
- MARCHEGANI M., *Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo*, in M. Sesta (a cura di), *Codice della Famiglia, Le fonti del Diritto italiano*, Casa Editrice Giuffrè, II edizione, Tomo I, 2009.
- MARCHEGANI M., *Il sistema di Dublino ancora al centro del confronto tra Corti in Europa: carenze sistemiche, problemi connessi alle «capacità attuali del sistema di accoglienza» e rilievo delle garanzie individuali nella sentenza Tarakhel c. Svizzera*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014, p. 1107 e ss.
- MARCHEGANI M., *La Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo: nascita, sviluppo e consacrazione dei diritti dell'infanzia*, online sul sito <http://garanteminori.regione.marche.it>.
- MARCHINI M., *Il Protocollo n. 16 alla CEDU: affinità e divergenze con il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, pubblicato su www.eurojus.it il 13/11/2014.
- MAZZA O., *Investigazione prove e cooperazione giudiziaria*, in Aa. Vv., *Processo penale e giustizia europea. Omaggio a Giovanni Conso*, Atti del convegno dell'Associazione fra gli studiosi del processo penale, Torino, 26-27 settembre 2008, Milano, 2010.
- MAZZA O., *Una deludente proposta in tema di presunzione d'innocenza*, in *Arch. pen.*, 2014, n. 3, p. 1 e ss.
- McCLEAN D., *Perspectives on universal ratification*, in S. Detrick & P. Vlaardingerbroek (eds.), *Globalization of Child Law - the role of the Hague Conventions*, 1999.
- McLEAVY P., *Brussels II bis: Matrimonial Matters, Parental Responsibility, Child Abduction & Mutual Recognition*, in *International and Comparative Law Quarterly*, p. 503 e ss.
- MCGLYNN C., *Rights for Children? The potential impact of the European Union Charter of Fundamental Rights*, in *European Public Law*, 2002, p. 387 e ss.
- MCGOLDRICK D., *The United Nations Convention on the rights of the child*, in *International Journal of law and*

the family, 1991, p. 132 e ss.

- MELLONE M., *La proposta della Commissione di modifica del regolamento europeo sulla competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia familiare: verso il regolamento Bruxelles II ter*, su www.eurojus.it.
- MERCKX E., *Mandet v. France: child's "duty" to know its origins prevails over its wish to remain in the dark*, in www.strasbourgobservers.com, 4 febbraio 2016.
- MEUNIER G., *L'application de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant dans le droit interne des Etats parties*, Editions L'Harmattan, 2002.
- MEYSMAN M., *Quo vadis with vulnerable defendants in the EU?*, in *European Criminal law review*, 2014, p. 179 e ss.
- MITSILEGAS V., *EU Criminal Law*, Oxford and Portland, 2009, p. 90 e ss.
- MITSILEGAS V., *European criminal law and resistance to communitarisation after Lisbon*, in *New Journal of European Criminal law*, vol. 1, issue 4, 2010, p. 458 e ss.
- MITSILEGAS V., *The Constitutional Implications of mutual recognition in Criminal matters in the EU*, in *Common Market Law Review*, vol. 43, 2006, p. 1277 e ss.
- MITSILEGAS V., *The symbiotic relationship between mutual trust and fundamental rights in Europe's area of criminal justice*, in *New Journal of European Criminal law*, vol. 6, issue 4, 2015, p. 472 e ss.
- MOIOLI C., *Le nuove misure "europee" di protezione delle vittime di reato in materia penale e civile*, in www.eurojus.it, 27 febbraio 2015.
- MOLE N., *Editorial*, in *European Human Rights Law Review*, 2012.
- MONTALDO S., *I limiti della cooperazione in materia penale nell'Unione europea*, Editoriale scientifica, 2015.
- MONTANARI L., *Una nuova tappa nella definizione della portata della cittadinanza europea: alcune riflessioni sulle sentenze Ruiz Zambrano e McCarthy*, in *La Comunità internazionale*, 3, 2001, p. 433 e ss.
- MORGAN C., *Le Rapprochement des procédures pénales - Procedural Safeguards*, in *Revue internationale de droit penal (RIDP)*, 2007.
- MORGAN C., *Where Are We Now With EU Procedural Rights?*, in *European Human Rights Law Review*, 2012.
- MOYERSON J., *Minori vittime di tratta all'interno delle frontiere europee*, in *Minorigiustizia*, fasc. 2, 2010.
- NOWAK M., "U.N. Covenant on Civil and Political rights: CCPR Commentary", 1993.
- NUNIN R., *Lavoro minorile*, in Sesta M. (a cura di), *Codice della famiglia*, Tomo II, Giuffrè, Milano, 2007, p. 3545 e ss.
- O'DONOVAN K., *Interpretation of children's identity rights*, in D. Fottrel (edited by), *Revisiting Children's Rights: 10 Years of the Un Convention on the Rights of the Child*, Kluwer Law International, 2000.
- O'NEILL O., *Children's Rights and Children's Lives*, in "Ethics", XCII aprile 1988.
- OBOKATA T., PAYNE B., *Implementing action against trafficking of human beings under the TFUE: a preliminary analysis*, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 3, Issue 3-4, 2012.
- OLINGA A.-D., *L'applicabilité directe de la Convention international de l'enfant devant le juge français*, RTDH, 1995, p. 678 e ss.
- OLIVERI F., *La lunga marcia verso l'effettività. La Carta sociale europea tra enunciazione dei diritti, meccanismi di controllo e applicazione nelle Corti nazionali*, in www.europeanrights.eu.

- OLSEN F., ALSON P. (a cura di), *Children's rights: some feminist approaches to the United Nations Convention on the rights of the child*, in *The best interests of the child*, 1992.
- OLSEN F., *Children's rights: some feminist approaches to the United Nations Convention on the rights of the child*, in *International Journal of Law and the Family*, Vol. 6, 1992.
- ORMAZABAL SÁNCHEZ G., *El derecho de confrontación del acusado con los testigos-víctima en el proceso penal español. Especial referencia al menor testigo*, in T. ARMENTA DEU, S. OROMÍ VALL-LLOVERA (a cura di), *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América*, Madrid, 2010.
- OUWERKERK J., *All'bout the money? On the division of costs in the context of EU criminal justice cooperation and the potential impact on the safeguarding of EU defence rights*, in *European Journal of crime, criminal law and criminal justice*, 2017.
- PALLADINO R., *La 'derogabilità' del 'sistema Dublino' dell'UE nella sentenza Tarakhel della Corte europea: dalle 'deficienze sistemiche' ai 'seri dubbi sulle attuali capacità del sistema' italiano di accoglienza*, in *Dir. um. dir. int.*, 2015, p. 226 e ss.
- PANZAVOLTA M., *Humanitarian concerns within the EAW*, in N. KEIJSER - E. VAN SLIEDREGT, *The European Arrest Warrant in Practice*, L'Aia, 2009.
- PANZERA C., intervento dal titolo "Per i cinquant'anni della Carta sociale europea" nell'ambito del convegno "I diritti sociali dopo Lisbona. Il ruolo delle Corti. Il caso italiano. Il diritto del lavoro fra riforme delle regole e vincoli di sistema", Reggio Calabria, 5 novembre 2011.
- PARISI N., *Una prospettiva nazionale, europea e internazionale per la tutela della vittima*, in *Processo penale e vittima di reato*, Università di Catania, n. 26, 2010.
- PARKES A., *Children and international human rights law: The right of the child to be heard*. Oxford: Routledge, 2013.
- PASCUCCI N., *Some remarks on child victims at european level*, in *Cassazione penale*, 2013, n. 11, p. 428 e ss.
- PEERS S., *EU Justice and Home Affairs Law*, Harlow: Pearson Education, 2000.
- PEERS S., *Tarakhel v. Switzerland: Another Nail in the Coffin of the Dublin System?*, consultabile su www.eulawanalysis.blogspot.de.
- PELLET A., *Applicable law*, in A. CASSESE, P. GAETA, J. JONES (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Oxford, 2002, p. 1051 e ss.
- PERINI P., *Entrato in vigore l'ordine di protezione europeo: per le vittime una tutela senza confini*, in *Famiglia e diritto*, 2015, fasc. 5, p. 522 e ss.
- PERUCCI M., *Bambini ed Adolescenti di fronte alla legge*, Casa Editrice Nuove Ricerche, 1994.
- PERULLI A., *Diritto del lavoro e globalizzazione. Clausole sociali, codici di comportamento e commercio internazionale*, Padova, 1999.
- PEZZINI B., *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Giuffrè, Milano, 2001.
- PIPER C., *Investing in a Child's future: too risk?*, in *Child and Family Law Quarterly*, 2010.
- POLI L., *La Grande Camera e l'ultima parola sul caso Paradiso e Campanelli*, 21 febbraio 2017, su www.sidiblog.org.
- POSTIGLIONE M., *Verso un effettivo diritto al patrocinio a spese dello Stato?*, disponibile su www.eurojus.it.

- QUADRI E., *L'interesse del minore nel sistema della legge civile*, in *Fam. e dir.*, 1999.
- QUERZOLA L., *La tutela processuale dei minori in prospettiva europea*, in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, fasc. 2, 2010, p. 449 e ss.
- RAFARACI T., *Il diritto di difesa nelle procedure di cooperazione giudiziaria nel contesto dell'Unione europea*, in T. Rafaraci (a cura di), *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2011.
- RAGNI C., *La condanna di Lubanga Dyilo: la questione della caratterizzazione dei crimini*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, fasc. 3, p. 569 e ss.
- RAITT F. E., *Judicial discretion and methods of ascertaining the views of the child*, in *Child and Family Law Quarterly*, 2004, p.151 e ss.
- ROCK P., *Constructing victim's rights; the Home Office, New Labour and victims*, Oxford, 2004.
- ROSEN D. M., *Who is a Child? The Legal Conundrum of Child Soldiers*, in *The Connecticut Journal of International Law*, 2009.
- ROSSI L. S. (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali: carta dei diritti UE e standard internazionali*, Editoriale scientifica, Napoli, 2011.
- ROSSI L.S., *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2002.
- RUGGIERI F., *The European protection order and the italian law complying with the directive 2011/99/EU: an analysis and some questions*, in *Processo penale e giustizia*, n. 5, 2015.
- RUO M. C., *Giusto processo civile minorile e spazio giuridico europeo: indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e Linee guida del Consiglio d'Europa per una giustizia childfriendly*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, fasc.1, 2013.
- RUO M. C., *The best interest of the child" nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Minori giustizia*, fasc. 3, 2011.
- RUO M. G., *Minori: sull'Europa "soffia il vento" delle tutele e l'Italia fa fatica nel rafforzare la protezione*, in *Guida al diritto*, 2011.
- SAFFERLING C., *International Criminal Procedure*, Oxford, 2012.
- SALERNO F., *Evoluzione e determinatezza del divieto di tratta nel diritto penale internazionale ed italiano*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Edizioni scientifiche, Napoli, 2004, p. 2107 e ss.
- SANDERS A., *Victim Participation in an Exclusionary Criminal Justice System*, in C. HOYLE - R. YOUNG (a cura di), *New visions of crime victims*, Oxford, 2001.
- SANGER A., *Force of Circumstance: the European Arrest Warrant and Human Rights*, in *Democracy and Security*, nr. 6, 2010.
- SARDELLA B., *Gli effetti "quasi diretti" delle Decisioni quadro*, in *Giustizia civile*, 2006.
- SAULLE M. R., *I diritti del minore nel diritto internazionale*, in *La Convenzione dei Diritti del Minore e l'Ordinamento Italiano* (a cura di M.R Saulle), Ed. scientifiche italiane, 1994.
- SAYERS D., *Protecting fair trial rights in criminal cases in the European Union: where does the Roadmap take us?*, in *Human Rights Law Review*, 2014.
- SAYERS D., *Standing up for children? The Directive on procedural safeguards for children suspected or accused in criminal proceedings*, disponibile su <http://eulawanalysis.blogspot.it>.

- SCHENNACH M. S., *Une justice pénale des mineurs adaptée aux enfants: de la rhétorique à la réalité*, Assemblée parlementaire, Conseil de l'Europe, doc. 13511, 19 mai 2014, disponibile su <http://assembly.coe.int>.
- SCHILLACI A., *La cooperazione nelle relazioni tra Corte di Giustizia dell'Unione europea e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *AIC*, 2012, n. 4, p. 1 e ss.
- SICURELLA R., *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Milano, 2005, p. 94 ss.
- SIMON P., *The Criminalisation Power of the European Union after Lisbon and the Principle of Democratic Legitimacy*, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 3, Issue 3-4, 2012, p. 242 e ss.
- SIMONATO M., *Deposizione della vittima e giustizia penale. Una lettura del sistema italiano alla luce del quadro europeo*, Cedam, 2016.
- SIMONATO M., *Minors as victims of cross-border trafficking of human beings in the European Union*, in T. R. BIRCKHEAD, S. MOUTHAAAN (eds.), *The Future of Juvenile Justice: Procedure and Practice from a comparative perspective*, Carolina Academic Press, 2016.
- SMITH E., *Running before we can walk? Mutual recognition at the expense of fair trials in Europe's Area of freedom, justice and security*, in *New Journal of European Criminal law*, vol. 4, issue 1-2, 2013.
- SOTIS C., *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. Pen.*, n. 3, 2010, p. 1146 e ss.
- SPAGNUOLO VIGORITA L., *La tutela giuridica del lavoro minorile*, in *Riv. infort.*, 1971.
- SPENCER J. R., *Why is the harmonisation of penal law necessary?*, in Aa. Vv., *Harmonisation and harmonising measures in criminal law*, a cura di A. Klip e H. Van der Wilt, Amsterdam, 2002.
- SPRONKEN T., DE VOCHT D., *Eu policy to guarantee procedural rights in criminal proceedings: "step by step"*, Paper presented at the Conference "The future of the adversarial system", The University of North Carolina, April 2011.
- SPRONKEN T., *EU policy to guarantee procedural rights in criminal proceedings: an analysis of the first steps and a plea for a holistic approach*, in *European Criminal Law Review*, 2011.
- STAIGER I., *Trafficking in children for the purpose of sessuale exploitation in the EU*, in *European journal of crime, criminali law and criminale justice*, 2005.
- STALFORD H., *Children and the European Union: rights, welfare and accountability*, Hart Publishing, 2012.
- STALFORD H., DRYWOOD E., *Coming of age? Children's rights in the European Unione*, in *Common Market Law Review*, 2009, p. 143 e ss.
- STALFORD H., SCHUURMAN M., *Are we yet? The impact of the Lisbon Treaty on the EU Children's Rights Agenda*, in *International Journal of Children's rights*, 2011, p. 382 e ss.
- STALFORD H., THOMAS N., DRYWOOD E., *The European Union and Children's Rights: Editorial*, in *International Journal of Children's Rights*, 2011.
- STEIGER I., *Trafficking in children for the purpose of sexual exploitation in the EU*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* Vol. 13, 2005, p. 608 e ss.
- STEWARD G. A., *Implementing the child's right to identity in the United Nations Convention on the rights of the child*, *FAM L. Q.*, 1992, p. 221 e ss.
- SURREL H., *L'enfant et la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Dr. fam.*, Étude n. 39, 2006.
- ŚWIĄTKOWSKI A.M., *The Charter of Social Rights of the Council of Europe*, Kluwer Law Intern., The Hauge, 2007.

- TENREIRO M., *L'espace judiciaire européen en matière de droit de la famille, le nouveau règlement Bruxelles II*, in *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale* (sous la dir. de Hugues Fulchiron, Cyril Nourissat), Dalloz, 2005.
- TESELLI A., PAONE G. (a cura di), *Lavoro e lavori minorili. L'inchiesta CGIL in Italia*, Ediesse, 2000.
- THUAN G., *La place du mineur dans la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Journal du droit des jeunes*, n° 285, mai 2009.
- THYM D., *Respect for Private and Family Life under article 8 ECHR in immigration cases: a human right to regularize illegal stay?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2008.
- TIDIMAS T., *The general principles of EU law* (2nd ed.), Oxford: Oxford University Press, 2007.
- TINSLEY A., *Protecting criminal defence rights through EU law: opportunities and challenges*, in *New Journal of European Criminal law*, vol. 4, issue 4, 2013.
- TOBIN J., *Understanding a human rights based approach to matters involving children: conceptual foundations and strategic considerations*, in A. Invernezzi and J. Williams (eds), *The Human Rights of Children: from visions to implementation*, Ashgate, 2011.
- TOMMASEO F., *Il processo civile familiare e minorile italiano nel contesto dei principi europei*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, fasc. 3, 2012.
- TONOLO S., *La sottrazione dei minori nel diritto processuale civile europeo: il regolamento Bruxelles II-bis e la convenzione dell'Aja del 1980 a confronto*, in *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2011, p. 81 e ss.
- TRANCHINA G., *La vittima del reato nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2010.
- TRIFFTERER O., *The preventive and the repressive function of the International Criminal Court*, in *The Rome Statute of the International Criminal Court: a challenge to impunity* (a cura di Politi M., Nesi G.), Ashgate, 2001.
- TROGLIA M., *The order of european protection from the directive to recent italian legislation of transposition: some reflections*, in *Cassazione penale*, n. 6, 2015, p. 2455 e ss.
- TSAKYRAKIS S., *Proportionality: an assault on human rights*, in *Int. Journ. Const. Law*, 2009, p. 468 e ss.
- TULKENS F., VAN DE KERCHÓVE F., *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, Bruxelles, 1999.
- TUN A. A., CAVE G., TROTTER D., BELL B., *The domestic fulfilment children's rights: save the children's experience in the use of rights-based approaches*, in A. Alen, H. Bosely and M. De Bie (eds), *The UN Children's rights Convention: theory meets practice*, Intersentia, 2007.
- TURRI G., *I grandi principi europei di tutela dei minori*, in *Minori e giustizia*, n. 2, 2008.
- UBERTIS G., *Diritti fondamentali e dialogo tra le Corti: fantascienza giuridica?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1726 e s.s.
- URBAN N., *Direct and active participation in hostilities: the unintended consequences of the ICC's decision in Lubanga*, in *EJIL Talk*, 11 aprile 2012.
- VALENTINI C., *La presunzione d'innocenza nella Direttiva n. 216/343/UE: per aspera ad astra*, in *Processo penale e giustizia*, n. 6, 2016.
- VAN BUEREN G., *Child Rights in Europe*, Council of Europe Publishing, 2007.
- VAN BUEREN G., *Les droits de l'enfant en Europe. Convergence et divergence dans la protection judiciaire*. Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2008.

- VAN BUEREN G., *Multigenerational citizenship: the importance of recognizing children as national and international citizens*, in *The Annali of the American Academy of political social science*, 633, 2011, p. 30 e ss.
- VAN BUEREN G., *The International law on the Rights of the Child*, coll. "International Studies in Human Rights", vol. 35, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.
- VAN BUEREN G., *The struggle for empowerment: the emerging civil and political rights of children*, in *Selected essays on International children's rights*, 1993.
- VAN DER Aa S., OUWERKERK J. W., *The European protection order: no time to waste or a waste of time?*, in *European Journal of crime, criminal law and criminale justice*, 2011.
- VAN DER Aa S., *Protection orders in the European Member States: Where do we stand and where do we go from here?*, in *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2012.
- VAN DER Aa S., *Variable Vulnerabilities? Comparing the Rights of Adult Vulnerable Suspects and Vulnerable Victims under EU Law*, in *New Journal of European Criminal Law*, Issue 1, 2016.
- VAN DIJK P., VAN HOOFF G. J. H., *Theory and practice of the European Convention of Human Rights*, The Hague: Kluwer Law International, 1998.
- VAN PUYENBROECK L., VERMEULEN G., *Towards minimum procedural guarantees for the defence in criminal proceedings in the EU*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2011, p. 1017 e ss.
- VASSALLO A., *Guidelines per un processo penale a tutela dei diritti dell'imputato minorenni nello spazio giuridico europeo*, in *Cassazione penale*, fasc. 12, 2006.
- VERHELEN E. (dir.), *Monitoring children's rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1996.
- VERMEULEN G., *Flaws and contradictions in the mutual trust and recognition discourse: casting a shadow on the legitimacy of EU criminal policy making and judicial cooperation in criminal matters?*, in N. Persak (Ed.), *Legitimacy and trust in criminal law policy and justice*, Ashgate, 2014.
- VERMEULEN G., VAN PUYENBROECK L., *Approximation and mutual recognition of procedural safeguards of suspects and defendants in criminal proceedings throughout the European Union*, in M. Cools, B. De Ruyver, M. Easton, L. Pauwels, P. Ponsaers, G. VandeWalle, T. Vander Beken, F. Vander Laenen, G. Vermeulen & G. Vynckier (Eds.), *EU and International Crime Control*, 2010, p. 41 e ss.
- VETTOREL A., *L'incidenza del Judicial activism della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di Giustizia sugli ordinamenti statali: i nuovi diritti delle famiglie migranti*, in *Forum di quaderni costituzionali*, n. 5, 2013, p. 1 e ss.
- VON BOGDANDY A., IOANNIDIS M., *Il deficit sistemico nell'Unione europea*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, p. 593 e ss.
- WEILER J., LOCKHART N., *Taking rights seriously: the European Court and its fundamental rights jurisprudence*, in *Common Market Law Review*, 1995.
- WEIB W., *Human Rights in the EU: Rethinking the Role of the European Convention on Human Rights after Lisbon*, in *European Constitutional Law Review*, 2011, n. 7, p. 64 e ss.
- WIECZOREK I., *The new proposal on victims' rights: law enforcement or safeguard for the rights of the individual?*, in *New Journal of european criminal law*, vol. 2, n. 3, 2011.
- WILL G., *Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des persone et des familles (2005-2008)*, in *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 799 e ss.

- WRÒBEL A., *Part II. The Consequences of the EU Accession to the ECHR for Strengthening of Individual's Protection in the EU and for Strengthening of the European Human Rights Protection System, Introduction*, in J. Barcz (editor), *Fundamental Rights Protection in the European Union*, Warszawa, 2009.
- XANTHOPOULOU E., *The quest for proportionality of the European arrest warrant: fundamental rights protection in a mutual recognition environment*, in *NJECL*, vol.6, Issue 1, 2015, p. 32 e ss.
- ZAGREBELSKY V., *Sussidiarietà e vie interne da esaurire: a proposito dell'adesione della UE alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in L. S. Rossi (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali: carta dei diritti UE e standard internazionali*, Editoriale scientifica, Napoli, 2011, p. 313 e ss.
- ZWEIGERT K., KÖTZ H., *Introduction to Comparative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1997.

JUSTICE PÉNALE ET PROTECTION DES MINEURS DANS L'UNION EUROPÉENNE

Résumé

Aujourd'hui les droits des mineurs occupent une place de plus en plus importante dans l'agenda juridique et politique de l'UE.

La promotion des droits de l'enfant représente maintenant un objectif de l'UE, consacré dans l'article 3, paragr. 3, du Traité sur l'Union européenne. Les droits de l'enfant sont également cristallisés dans l'article 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Actuellement l'Union européenne dispose de nombreux actes législatifs et de documents non législatifs relatifs aux droits des mineurs ou qui peuvent avoir des répercussions indirectes sur la vie des enfants. Ce travail analyse la nature, la portée et la valeur des mesures de l'UE dans deux domaines principaux: la protection des enfants et de leurs droits et la justice pénale des mineurs.

Le but de la recherche a été d'examiner jusqu'à quel point on peut parler d'une valeur ajoutée de la promotion des droits des enfants au niveau de l'UE, par rapport au niveau national et international et également celui de proposer de nouvelles solutions pour améliorer la promotion et la protection des droits des enfants dans l'Union européenne.

Mots-clés: mineurs, droits de l'enfant, droits des mineurs, protection des mineurs, art. 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, justice pénale des mineurs

Résumé en anglais

Today children's rights occupy an increasingly prominent place on the EU legal and policy agenda.

The promotion and protection of the rights of the child is now an objective of the EU as set out in Article 3.3 of the Treaty on European Union. The rights of the child are also enshrined in the article 24 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

The EU has now many legislative documents and non-legislative acts related to children's rights or that may have the potential to impact on children's life.

This Phd thesis analyzes the nature, scope and value of EU measures in relation to children in two main areas: child protection and juvenile criminal justice.

It investigates if there is an added value of children's rights at EU level and it also makes some suggestions to improve the promotion and protection of children's rights in the EU.

Keywords: children, children's rights, child protection, art. 24 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, juvenile criminal justice