

CINZIA DI PAOLO

*Spunti critici in tema di effettività*

*della Convenzione per i diritti del fanciullo nell'ordinamento italiano*

*Sommario:* 1. La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. – 2. L'impatto della convenzione nell'ordinamento interno alla luce delle Considerazioni del Comitato dei diritti del fanciullo del 31 ottobre 2011. – 3. L'attuazione del diritto di audizione del fanciullo. – 4. Il concetto di *best interests of the child* nell'ambito della disciplina dell'immigrazione. – 5. L'apparente bilanciamento di interessi effettuato dalla Cassazione a sezioni unite. – 6. La Corte europea dei diritti dell'uomo tra *best interests of the child* e migranti irregolari. – 7. I rilievi del Comitato sui diritti del fanciullo riguardo i minori delle famiglie irregolari. – 8. Il rango delle disposizioni della Convenzione nell'ordinamento italiano. – 9. La portata della norma preambolare sul "diritto alla vita" alla luce dell'art.117 della Costituzione.

1. *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza*

La Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, adottata e aperta alla firma a New York il 20 novembre 1989 con risoluzione 44-25 del 20 novembre 1989 dall'Assemblea Generale nel corso della 44° sessione, attualmente realizza la più importante forma di tutela dell'infanzia a livello internazionale<sup>1</sup>.

Nell'ambito dei trattati in materia di diritti umani adottati in seno alle Nazioni Unite, la Convenzione sui diritti del fanciullo ha rappresentato l'accordo più rapidamente e uni-

---

<sup>1</sup> Si veda *Official Records of the General Assembly, Forty-fourth session, Supplement 49 (A-44-49)*, p.166. Per un commento sulla Convenzione si veda MAFFEI, *La tutela internazionale dei diritti del bambino*, in *La tutela internazionale dei diritti umani, Norme, garanzie, prassi*, a cura di PINESCHI, Milano, 2006, p.232 ss.; MARCHEGIANI, *Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo*, in *Codice della Famiglia*, Le Fonti del Diritto italiano, a cura di SESTA, Tomo I, pp.74 ss., Giuffrè, 2007; SAULLE, *La Convenzione nel ventesimo anniversario, Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza*, Roma, 2009, p.1 ss. Questa Convenzione successivamente è stata integrata con due Protocolli opzionali, entrambi del 6 settembre 2000, aventi anch'essi valore di accordo internazionale a seguito di ratifica, rispettivamente vertenti sul coinvolgimento dei bambini nei conflitti armati e sulla vendita dei bambini, la prostituzione infantile e la pornografia infantile.

versalmente ratificato; attualmente è in vigore per 193 Stati e ciò evidenzia l'elevato interesse condiviso dagli Stati per l'oggetto della disciplina, nonostante le diversità culturali avessero reso l'iter procedurale di formazione della Convenzione lungo e diviso per tappe<sup>2</sup>. La Convenzione, infatti, è stata adottata all'unanimità dall'Assemblea generale il 20 novembre 1989 ed è entrata in vigore il 2 settembre 1990: trascorso, cioè, un periodo temporale molto breve, in conformità all'art.49 della stessa in base al quale è necessario che almeno 20 Stati abbiano depositato atto di ratifica o di adesione presso il Segretario Generale della Organizzazione delle Nazioni Unite. Ad oggi, essa ha avuto la ratifica o l'adesione da parte di tutti gli Stati del mondo ad eccezione degli Stati Uniti e della Somalia. L'Italia l'ha ratificata il 5 settembre 1991.

La Convenzione rappresenta il primo strumento in cui il fanciullo viene ad essere il diretto beneficiario di norme, nel senso che gli Stati sono obbligati, all'interno dei loro ordinamenti ad accordare determinati diritti ai fanciulli<sup>3</sup>. Di conseguenza si tratta di norme

---

<sup>2</sup> Sul punto si veda SAULLE, op.cit., p. 5 ss; Inoltre, va detto che nel periodo precedente la Convenzione, il fanciullo costituiva oggetto di disciplina negli ordinamenti interni degli Stati nell'ambito del contesto familiare e, a livello internazionale, l'Organizzazione internazionale del lavoro aveva posto in rilievo l'annoso problema del lavoro minorile predisponendo una serie di convenzioni. Vanno poi ricordate la Dichiarazione di Ginevra del 1924 sui diritti del fanciullo che conteneva scarse enunciazioni di principio e la Dichiarazione del 20 novembre 1959 sui diritti del fanciullo, ambedue con valore raccomandatorio e non vincolante (anche se questa ultima già evidenziava 10 "principi" che costituiranno il punto di partenza per la stesura della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza). Nel suddetto contesto deve essere tuttavia ricordato che il fanciullo ricadeva nell'ambito della più generale disciplina in materia di diritti umani in qualità, appunto, di essere umano: la Dichiarazione Universale sulla salvaguardia dei diritti umani del 1948 avente efficacia raccomandatoria, il Patto sui diritti civili e politici e il Patto sui diritti economici sociali e culturali entrambi del 1966 volti a rafforzare la Dichiarazione creando, questi ultimi, norme giuridiche. Si ricorda inoltre che la Carta sociale europea approvata dal Consiglio d'Europa nel 1961 ed entrata in vigore nel 1965 (emendata successivamente nel 1996) si rivolge ai bambini ed agli adolescenti quali beneficiari di una adeguata protezione sociale, giuridica ed economica.

<sup>3</sup> L'art.1 della Convenzione precisa che, ai fini e per l'applicazione della Convenzione stessa per fanciullo si intende ogni essere umano di età inferiore a 18 anni, a meno che non raggiunga la maturità prima di tale età in base a disposizioni nazionali. Il fatto che le norme internazionali possano, in alcune circostanze, attribuire direttamente diritti agli individui rappresenta un recente sviluppo verificatosi nella comunità internazionale, confermato anche da un *dictum* del 2001 della Corte internazionale di giustizia nel caso *La Grand (La Grand, Germany v. United States, Judgment, 27 June 2001, ICJ, Reports, 2001, 466, 494, par. 77*. Nel caso in questione la Corte internazionale di giustizia ha affermato che l'art.36, par.1, della Convenzione sulle relazioni consolari del 24 aprile 1963, secondo cui le autorità dello Stato di residenza debbono avvertire sollecitamente lo Stato di invio in caso di arresto di un suo cittadino, conferisce un diritto agli individui. Con ciò, dunque, intendiamo dissentire da quella autorevole dottrina la quale si domanda se possa parlarsi di veri e propri diritti del fanciullo: BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, 67 secondo il quale per le norme della Convenzione si dovrebbe parlare «di aspirazioni certo nobili ma vaghe e di richieste giuste ma deboli», secondo l'a. «non c'è diritto senza obbligo e non c'è diritto né obbligo senza una norma di condotta», p. XVIII; per una analisi di questa dottrina confutata, del resto, dalla stessa giurisprudenza costituzionale si veda CARRATTA, *Per i diritti processuali del fanciullo, a vent'anni dalla Convenzione di New York del 1989*, in [www.treccani.it/Portale/sito/diritto](http://www.treccani.it/Portale/sito/diritto), p.1.

dirette agli Stati, che saranno obbligati nell'ambito del loro ordinamento a provvedere all'attuazione della stessa Convenzione<sup>4</sup>.

Ulteriore conferma del fatto che la Convenzione tuteli direttamente l'interesse del fanciullo e non quello dello Stato si evince dal suo ambito di applicazione. Lo Stato che ha ratificato la Convenzione ha l'obbligo di applicarla a tutti i fanciulli che si trovano sul suo territorio anche temporaneamente e prescindendo dal fatto se essi abbiano un valido titolo giuridico a risiedervi. In altri termini lo Stato deve assicurare adeguate garanzie non solo ai propri cittadini ma a tutti i bambini che si trovano sotto la sua giurisdizione siano pur essi minori irregolari. Così dicendo, il principio di non discriminazione (art.2) assume valenza di principio generale ed esclude che uno Stato attenui la portata della Convenzione in base alla razza, al colore della pelle, alla lingua, alla religione, alle opinioni politiche e all'origine nazionale del fanciullo<sup>5</sup>.

Per rendere effettivi i diritti sanciti dalla Convenzione, l'art.43 prevede l'istituzione di un Comitato composto da esperti indipendenti che veglia sull'osservanza della Convenzione da parte degli Stati; esso ha assolto fin ora una funzione di monitoraggio sull'attuazione della Convenzione. I propri interventi, inoltre, non si limitano ad essere di tipo investigativo ma anche di supporto per l'adempimento della Convenzione da parte degli Stati; questi ultimi sono tenuti ad inviare al Comitato rapporti periodici che attestano lo stato d'attuazione della Convenzione, sulla base dei quali l'organo redige delle Osservazioni. Particolare rilievo rivestono i Commenti Generali, redatti ad opera del Comitato, che possono avere ad oggetto singole disposizioni della Convenzione. Si tratta di interpretazioni autorevoli, capaci di attualizzare la Convenzione ed adattarla a situazioni nuove che di volta in

---

<sup>4</sup> Come afferma la dottrina MAFFEI, *op.cit.*, p.248, il cambiamento redazionale incentrato sugli Stati rispetto ad altri strumenti giuridici in cui il bambino sembrava essere il soggetto migliora la posizione di quest'ultimo perché fa sì che gli Stati, se non attuano la Convenzione, incorrano in una responsabilità internazionale.

<sup>5</sup> Per quanto concerne poi i diritti garantiti dal fanciullo si possono ricordare, solo in via esemplificativa e non esaustiva, il diritto alla vita, alla sopravvivenza e allo sviluppo (art.6), il diritto al nome e alla nazionalità (art.7), il diritto di mantenere le relazioni con i propri genitori considerando la famiglia elemento essenziale per una crescita equilibrata (art.9), il diritto del fanciullo, i cui genitori risiedono in Stati diversi, a intrattenere rapporti personali e al ricongiungimento familiare (art. 10), il diritto alla libertà di espressione e di informazione, di pensiero di coscienza di religione, di associazione e di riunione pacifica (art.14 e 15), il diritto alla vita privata, all'onore e alla reputazione (art.16), il diritto alla protezione contro ogni forma di violenza di abbandono di sfruttamento, compresa la violenza sessuale (art.19), il diritto alla salute (art.24), il diritto ad un livello di vita adeguato (art.27), il diritto all'istruzione (art.28), il diritto al riposo e allo svago (art.31).

volta si profilano nella prassi degli Stati<sup>6</sup>. Il Comitato, comunque, non ha svolto fin ora funzioni giurisdizionali e non costituisce uno strumento di ricorso da parte di individui o da parte di altri Stati per presunta violazione della Convenzione, né ha possibilità di redigere rapporti non vincolanti, così come accade per altri trattati sui diritti umani. A questo riguardo, tuttavia, il 17 giugno 2011 il Consiglio per i diritti umani dell'Onu ha approvato il Protocollo facoltativo alla Convenzione stessa che consentirà ad individui ed organizzazioni non governative di presentare reclami al Comitato per violazioni; sono inoltre previsti anche reclami interstatali; il protocollo la cui entrata in vigore necessita di 10 ratifiche si applicherà solo agli Stati che lo hanno ratificato.

Ora, l'esame di questa Convenzione sotto il profilo dell'effettività implica un'indagine che dovrebbe spaziare sia nell'ordinamento internazionale che in quello interno, tuttavia il presente lavoro si soffermerà prevalentemente sul tema dell'attuazione che essa ha avuto nel nostro ordinamento.

A titolo semplificativo, tuttavia, va detto che i richiami continui e costanti alla Convenzione da parte di numerosi atti e giurisdizioni internazionali ne esaltano la sua importanza e fanno sì che essa permei la realtà giuridica internazionale. Per quanto concerne l'ordinamento dell'Unione Europea, diciamo subito che la Convenzione ha avuto una precisa valorizzazione nell'ambito della Carta dei diritti fondamentali; l'art. 24 della stessa dedica un'attenzione particolare ai minori prevedendo una serie di diritti che ricalcano quelli della Convenzione. Del resto le spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, che rappresentano un prezioso strumento interpretativo destinato a chiarire le disposizioni della Carta, affermano che l'art.24 si basa sulla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, e in particolare sugli articoli 3, 9, 12 e 13 della Convenzione. Alla luce di ciò, dunque la norma (l'art.24), che enuncia un diritto fondamentale sia per le istituzioni e organi dell'Unione che per gli Stati membri, deve essere ricostruita in stretta correlazione alle norme della Convenzione.

Inoltre nel contesto del Consiglio d'Europa la Corte europea dei diritti dell'uomo, nella sua interpretazione evolutiva della Convenzione europea, ha valorizzato in misura

---

<sup>6</sup> Ed è proprio nelle sue interpretazioni che il Comitato ha enucleato quale principio generale della Convenzione quello sancito dall'art.3 e cioè che l'interesse superiore del fanciullo deve essere in una considerazione preminente in tutte le decisioni relative ai fanciulli di competenza delle istituzioni pubbliche o private, di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi.

considerevole la Convenzione sui diritti del fanciullo quale riferimento costante nell'applicazione dell'art.8 sul divieto di ingerenza nella vita privata e familiare quando vi sia il coinvolgimento di minori.

*2. L'impatto della convenzione nell'ordinamento interno alla luce delle Considerazioni del Comitato dei diritti del fanciullo del 31 ottobre 2011*

Esaminando l'impatto avuto dalla Convenzione sui diritti del fanciullo nel nostro ordinamento si possono valutare disgiuntamente i seguenti profili: il suo grado di attuazione a livello legislativo e l'efficacia attribuitagli ad opera dei giudici interni.

A seguito della ratifica italiana, avvenuta il 5 settembre 1991, il legislatore non ha ritenuto necessario emanare misure di attuazione *ad hoc* al fine di favorirne l'applicazione interna, né al momento della legge di autorizzazione alla ratifica, né successivamente all'ordine di esecuzione. C'è da sperare che il legislatore, così facendo, abbia considerato le disposizioni in questione *self-executing*, cioè direttamente applicabili e produttive di effetti diretti e dunque non richiedenti disposizioni interne atte ad integrare la materia e, non viceversa, abbia ratificato la Convenzione per propaganda internazionale per poi farla finire in una sorta di "limbo delle norme"<sup>7</sup>.

Questo fatto, di certo, non ha favorito l'applicazione interna di quelle norme di carattere meno preciso volte ad indirizzare gli Stati verso criteri generali da utilizzare nei vari settori che lasciano l'attuazione effettiva al legislatore (norme che, nel corso della redazione

---

<sup>7</sup> In realtà la necessità di norme di attuazione è stata ribadita anche da ultimo con la pubblicazione sulla G. U. n. 106 del 9 maggio 2011 del terzo Piano nazionale per l'infanzia, approvato dal presidente della Repubblica con proprio decreto il 21 gennaio scorso nel quale si ravvisa la necessità «di preparare un testo unico delle leggi sull'infanzia e sull'adolescenza sul modello del *Children Act* inglese del 1989 che raccolga le norme in materia di promozione dei diritti, prevenzione e tutela e ridefinisca le responsabilità sociali e amministrative per il rispetto dei diritti dei bambini al fine di dare centralità alle questioni delle nuove generazioni per un futuro di benessere al nostro paese». In realtà solo dopo pochi mesi il legislatore ha preferito istituire l'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza (legge 12 luglio 2011, n.112), la quale tra le varie competenze ha anche quella di promuovere l'attuazione della Convenzione di New York e degli altri strumenti internazionali in materia di promozione e di tutela dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, la piena applicazione della normativa europea e nazionale vigente in materia di promozione della tutela dell'infanzia e dell'adolescenza (art.3). Va ricordato, tuttavia che, lo stesso legislatore, ha più volte fatto dei riferimenti, seppur meramente retorici, alla Convenzione sia nell'ambito dei lavori preparatori di leggi emanate successivamente all'entrata in vigore della stessa in materia di famiglia e minori che all'interno di articoli di legge come il Decreto legislativo 25.7.1998 n.286, che all'art. 28, par.3 richiama il concetto del superiore interesse del fanciullo in collegamento alla Convenzione di New York; sul punto si veda LONG, *The impact of the UNCRC on the Italian Legal System*, in *Internat.Journal of children's rights*, 2009, p.155 ss.

della Convenzione, si erano rese necessarie per favorire il maggior numero di ratifiche da parte degli Stati), e ha reso possibile affermazioni come quella della Corte di Cassazione che, nella sentenza n.5115 del 2003, richiamando la Convenzione di New York, si esprime come se la stessa contenesse «previsioni che hanno carattere generale e sono dirette verso le parti dello strumento internazionale» e non avessero una ricaduta nella sfera giuridica individuale attraverso l'ausilio dello strumento processuale.

Una disposizione di particolare rilievo contenuta nella Convenzione che per poter essere applicata necessita di interventi da parte del legislatore può essere rinvenuta nell'art.12 della Convenzione, che sancisce il precetto del rispetto per le opinioni del bambino attraverso la sua audizione. Gli Stati, con questa norma, hanno assunto l'impegno di garantire al fanciullo, capace di discernimento, il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, opinione che dovrebbe essere presa in considerazione tenendo conto dell'età e del grado di maturità del fanciullo. La stessa disposizione, inoltre, individua l'attuazione del precetto: sancisce, cioè, che deve esser data al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale. In altri termini, compito degli Stati è quello di adottare un modello processuale in grado di rendere effettivi i diritti del minore di carattere fondamentale.

Sull'importanza della norma concordano sia il Comitato dei diritti del fanciullo che la Corte costituzionale.

Il Comitato dei diritti del fanciullo ha dedicato ad essa il *General Comment* n.9 del 2009 sottolineandone la sua particolarità sia perchè si tratta di una disposizione unica, non rinvenibile nell'ambito degli altri strumenti giuridici relativi alla tutela dei diritti dell'uomo, e sia perchè è capace di influenzare l'interpretazione e l'applicazione di tutti gli altri diritti sanciti dalla Convenzione sui diritti del fanciullo<sup>8</sup>. Si tratterebbe, in altri termini a detta del Comitato, di una norma strumentale per l'attuazione degli altri diritti previsti dalla Convenzione.

---

<sup>8</sup> Lo si può leggere in <[http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersion-CRC-C-GC-12\\_fr.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersion-CRC-C-GC-12_fr.pdf)>.

Il Comitato, peraltro, giustifica il suo interesse nei confronti di questa disposizione (par.4), affermando che, pur avendo preso atto dell'attenzione mostrata dagli Stati per la norma, nel corso della sessione straordinaria dell'Assemblea generale del 2002 dedicata alla tutela dei fanciulli, esso è convinto che la concreta attuazione della stessa viene ostacolata da mentalità e pratiche perpetrate all'interno degli ordinamenti statali. Ostacoli, che per il Comitato colpiscono prevalentemente i fanciulli che appartengono ai gruppi più emarginati e svantaggiati.

Per il Comitato, dunque, il trascorrere degli anni dall'entrata in vigore della Convenzione non sembra aver migliorato l'attuazione della disposizione; e quindi nel suo *General Comment* n. 9, indirizzato a tutti gli Stati, si è prefisso l'obiettivo di chiarire le implicazioni di carattere processuale della disposizione contenuta nell'art.12, di illustrare le norme e gli istituti capaci di assicurarne l'attuazione e di fornire suggerimenti dettati dalla sua esperienza in materia di controllo sull'applicazione della Convenzione. Al riguardo, lo stesso Comitato (par.81 del Commento Generale) chiarisce che il diritto del fanciullo ad essere ascoltato viene sovente confuso con la libertà di espressione consacrata all'art. 13 della Convenzione. In realtà si tratterebbe di due diritti distinti pur se strettamente correlati. L'art.13 sancisce la libertà di espressione e cioè il diritto ad avere ed esprimere le proprie opinioni e a ricevere tutte le informazioni ritenute necessarie senza che l'apparato statale possa in qualche modo interferire. Di conseguenza, in base alla norma, sorge a carico dello Stato sia l'obbligo di non ingerenza, nel limitare in un qualche modo la libertà di poter esprimere le proprie idee, sia quello di proteggere il diritto di accesso ai mezzi di comunicazione e al dialogo pubblico. Con ciò viene tutelato il diritto del fanciullo di poter esprimere le proprie opinioni su tutto ciò che può avere una qualche incidenza sulla propria vita. Diversamente, nel contesto di attuazione dell'art.12 gli Stati, che sono attivamente coinvolti in un obbligo di fare, sono tenuti ad adottare un preciso quadro giuridico e i meccanismi necessari al fine di facilitare la partecipazione attiva del bambino in tutti i provvedimenti che lo riguardano per tenere nella dovuta considerazione le sue opinioni.

Per il Comitato, dunque, l'audizione del fanciullo costituisce presupposto giuridico per la validità del provvedimento. Tuttavia, - e qui sta la correlazione tra i due diritti, - l'aver dato attuazione interna all'art.12, con una attività di integrazione normativa che crea un

contesto rispettoso delle opinioni del fanciullo, contribuirà ugualmente a rinforzare la capacità dello stesso di esercitare la libertà di espressione.

### 3. *L'attuazione del diritto di audizione del fanciullo*

Per quanto concerne l'attuazione della norma contenuta nell'art.12 nell'ordinamento italiano, va detto che una parte della dottrina ritiene che essa costituisca «*The only situation in which Italian case law has given the Convention the force to modify domestic law*»<sup>9</sup>, Eppure il Comitato sui diritti del fanciullo non sembra essere dello stesso avviso.

Di certo, lo spartiacque per la sua diretta applicabilità può rinvenirsi nella pronuncia della Corte costituzionale n.1 del 30.1. 2002. Come dichiarato dallo Stato italiano nel III Rapporto presentato al Comitato in forza dell'art. 44 della Convenzione del 2009, nel quale si illustra lo stato di attuazione dell'art.12 per il periodo temporale 2000-2007, inizialmente non era stata percepita la portata della norma nel contesto nazionale sulla base dell'errata considerazione che essa richiedesse norme di specificazione nei vari procedimenti giurisdizionali; di conseguenza l'audizione del minore veniva garantita solo in quei pochi casi previsti dalla legge. Diversamente la Corte Costituzionale nella pronuncia del 2002 dichiara la natura direttamente applicabile della disposizione: il suo carattere, cioè, di disposizione *self executing* applicabile in tutti i settori di coinvolgimento del minore.

Siffatta pronuncia precede di un anno le preoccupazioni del Comitato sullo stato di attuazione nell'ordinamento italiano dell'art.12, quasi che la Corte costituzionale abbia voluto cautelarsi dalle stesse. Il Comitato, infatti, nelle *Concluding observations* del 18.3.2003 sul II Rapporto sottoposto dallo Stato italiano in forza dell'art.44 della Convenzione il 21 marzo 2000, rapporto che esaminava lo stato di attuazione della Convenzione nel periodo precedente alla citata sentenza della Corte costituzionale, lamentava all'Italia anche la violazione dell'art.12<sup>10</sup>. Il Comitato evidenziava la propria preoccupazione sul fatto che il diritto dei bambini ad essere ascoltati non fosse adeguatamente garantito nei procedimenti di loro interesse e raccomandava che nelle procedure giudiziarie e amministrative fosse assicurato il rispetto del diritto di audizione di ogni bambino con l'adeguata considerazione delle opinioni espresse. Particolare attenzione veniva poi richiesta dal Comitato al diritto di ogni

<sup>9</sup> Cfr. LONG, *op.cit.*, p.161

<sup>10</sup> Cfr. doc.CRC/C/15/Add.198, in <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/index.htm>, par.25 e 26.

bambino di partecipare alle decisioni che lo riguardano sia nella famiglia, scuola, enti e nella società nel suo insieme. Né mancava, infine, la raccomandazione all'Italia di rafforzare l'azione generale di sensibilizzazione in particolare nel campo dell'istruzione e dell'amministrazione della giustizia in merito all'attuazione di principio in questione.

Ma qual è lo stato di attuazione della norma oggi, trascorsi otto anni dalle Osservazioni del Comitato? Di certo si registra una maggiore sensibilità, rispetto al passato, nei confronti della norma e si avverte in maniera più concreta la necessità di una sua attuazione. Ciò è dimostrato dalle espressioni contenute nel III Piano biennale nazionale di azioni e interventi per la tutela dei diritti e lo sviluppo dei soggetti in età evolutiva, emanato il 21.01.2011, il quale, tra le problematiche, inserisce proprio la partecipazione attiva dei minori in ambito familiare, scolastico, sociale politico, amministrativo e giuridico<sup>11</sup>.

Il Piano individua una serie di tipologie di azioni che hanno quale obiettivo di promuovere politiche per l'infanzia che favoriscano l'ascolto del minore e afferma che il tema della partecipazione è oggetto di attenzioni crescenti sia in termini normativi e strategici sia da un punto di vista metodologico nella consapevolezza dei diretti interessati<sup>12</sup>.

Si tratta, tuttavia, di consuete dichiarazioni di intenti correlate da formule arricchite stilisticamente, che tuttavia non risolvono a monte il vero problema costituito dal fatto che a tutt'oggi manca una disciplina organica di attuazione della norma in grado di essere applicata in ogni procedura che lo interessi; il diritto del minore in oggetto è previsto per singoli specifici settori e ancora rimane inadeguata la disciplina della rappresentanza del minore nei procedimenti che lo riguardano attraverso la nomina di un curatore speciale: figura, questa,

---

<sup>11</sup> Esso valuta che la fase pionieristica e sperimentale di attuazione della Convenzione ha dimostrato la possibilità di costruire opportunità di partecipazione dei bambini e degli adolescenti con effetti positivi per tutti. Pertanto per «rendere la partecipazione dei bambini e dei ragazzi una pratica diffusa e costante in tutto il paese diventa necessario affrontare alcune criticità legate: alla mancanza di un quadro strategico di fondo, con la conseguente visibile frammentazione delle competenze e la difficile (spesso assente) integrazione tra le intenzionalità e le prassi delle diverse istituzioni; alla discontinuità, dovuta al fatto che dopo la stagione della 285/97, che ha mobilitato soggetti, ha attivato strutture, ha generato attese, non si sia riusciti in molti casi a dare continuità ai processi di partecipazione; alla frammentazione, nella diffusione delle esperienze, con aree del Paese molto attente ai temi della partecipazione dei bambini e degli adolescenti, ed altre dove ben poco è stato realizzato». «L'obiettivo generale che il nuovo Piano di Azione assume in relazione al tema della partecipazione dei minori per la costruzione di un patto intergenerazionale è, da un lato, favorire il passaggio dalla fase sperimentale e pionieristica ad una fase di sviluppo e consolidamento proprio degli spazi per l'espressione del punto di vista dei minori sulle questioni che li riguardano; dall'altro promuovere realmente una cultura del patto, fuori da una logica contrattualistica e opportunistica».

<sup>12</sup> Tra le varie tipologie di azioni proposte dal Testo unico si segnala il progetto di emanare un Testo unico delle leggi sull'infanzia e l'adolescenza capace di offrire un contributo per la costruzione di un sistema

già evocata dalla stessa Corte Costituzionale nel 2002 quale mezzo di attuazione dell'art.12 in considerazione del fatto che l'audizione del minore gli attribuisce la veste di parte processuale con la necessità del contraddittorio nei suoi confronti<sup>13</sup>. L'inadeguatezza della disciplina necessariamente si è riflessa sul piano applicativo.<sup>14</sup>

La questione, di recente, è stata nuovamente valutata dal Comitato dei diritti del fanciullo nel corso della sua 58° sessione (Ginevra, 19 settembre – 7 ottobre 2011) che ha analizzato il *Third and fourth periodic reports of States parties due in 2008*, del 30 gennaio 2009 ed ha emanato le *Concluding observations* del 31 ottobre 2011<sup>15</sup>.

Da un primo esame delle osservazioni conclusive, si ha l'impressione che i suggerimenti del Comitato dati al nostro Stato nel 2003 in merito all'attuazione di questa norma siano prevalentemente rimasti lettera morta. Infatti il Comitato, dopo aver richiamato la sentenza della Corte Costituzionale sopra citata e le disposizioni introdotte nell'arco di tempo che va dal suo ultimo rapporto ad oggi che prevedono il diritto del fanciullo ad essere ascoltato, limitatamente ad alcuni settori, afferma di essere preoccupato dell'assenza di una chiara attuazione «del diritto esplicito del fanciullo di essere sentito in ogni procedimento civile penale ed amministrativo», dell'assenza di linee guida per incrementare la legge 149/2001 relativamente alla nomina del curatore speciale nei casi di adozione dei minori, nonché della mancanza di una consultazione sistematica dei ragazzi nel processo di formazione delle leggi e delle politiche che li riguardano a livello regionale. Pertanto il Comitato, dopo aver ricordato che l'art.12 rappresenta una disposizione che, data la sua importanza ha costituito oggetto di uno specifico *General Comment*, raccomanda all'Italia quelli che a suo modo di vedere costituiscono gli strumenti più adeguati di attuazione: l'introduzione di una apposita disciplina *ad hoc* che garantisca l'esercizio del diritto in ogni questione in cui possano essere coinvolti gli interessi dei ragazzi e soprattutto la predisposizione di misure di garanzia e la previsione di meccanismi che assicurino che tale partecipazione possa trovare

<sup>13</sup> Cfr. CARRATTA, *op.cit.*, p.1.

<sup>14</sup> Come è stato rilevato da una parte della dottrina «The majority of Italian courts however deem that the child's right to be heard is merely used for the reconstruction of facts and not to protect and promote the child's freedom of expression. For this reason, judges traditionally have a wide discretionary power to assess the capability of the child to form his or her own views, the opportunity to hear the child and the ways of hearing him or her, not only when the law remains silent on children's being heard, but also when it makes the right to be heard compulsory without indicating a minimum age», sul punto LONG, *op.cit.*, p.162

<sup>15</sup> Le Osservazioni Conclusive sono disponibili nel seguente sito <[http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC\\_C\\_ITA\\_3-4](http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC_C_ITA_3-4)

effettiva attuazione e sia libera da manipolazioni o intimidazioni. Dalle osservazioni, politicamente stringenti, del Comitato, ciò che si evince è l'assoluta necessità di svincolare l'audizione del minore dal potere discrezionale dell'autorità giurisdizionale emanando una disciplina il più possibile obiettiva, al fine di migliorare l'istituto della rappresentanza del minore, istituto imprescindibile nel caso in cui quest'ultimo si trovi ad avere interessi in conflitto nel proprio ambito familiare. Secondo l'impostazione suggerita dal Comitato, dunque, viene ribadito il fatto che l'unica ipotesi in cui dovrebbe rivivere la discrezionalità del giudice si dovrebbe avere quando l'audizione del minore si trasformi in un pregiudizio dello stesso ossia si ponga in conflitto con il superiore interesse del ragazzo.

#### *4. Il concetto di best interests of the child nell'ambito della disciplina dell'immigrazione*

Valutando le Osservazioni conclusive del 2011 nella loro interezza, numerosi sono gli aspetti affrontati dal Comitato sui diritti del fanciullo: aspetti che meriterebbero adeguati approfondimenti ma che, in questa sede, non possono essere affrontati<sup>16</sup>; tuttavia vale la pena sviluppare alcune considerazioni su una questione che coinvolge un altro tra i principi fondamentali della Convenzione di New York, vale a dire quello del «best interests of the child». Ora, proprio l'applicazione di siffatto principio da parte dei giudici italiani, nel contesto del settore dell'immigrazione, ha generato differenti punti di vista tra la giurisprudenza di merito (tribunali per i minorenni e corti d'appello territoriali) e la prima sezione civile della Corte cassazione, tanto che le Sezioni unite hanno tentato di far chiarezza con la pronuncia n. 22216/2006<sup>17</sup>. Nonostante questa pronuncia, la prima sezione mostrava ancora incertezze interpretative; di conseguenza la Cassazione a sezioni unite interveniva ancora con funzione nomofilattica con la sentenza n.21799 del 25 ottobre 2010; da ultimo, la questione è stata vagliata anche dal Comitato dei diritti del fanciullo.

---

<sup>16</sup> «Un lungo elenco di promesse non mantenute, tra le quali ogni tanto fa capolino qualche dato positivo», è questo il commento, molto efficace, fatto del rapporto da CASTELLANETA, in <http://www.marinacastellaneta.it/category/diritti-dei-bambini>.

<sup>17</sup> In questa sentenza la Cassazione a sezioni unite rivedeva l'orientamento restrittivo sostenuto dalla prima sezione valutando che la gravità dei motivi potesse sussistere anche in presenza di un danno psicologico potenziale e conseguente al distacco del minore dal familiare, in altri termini riteneva che la gravità dei motivi non fosse determinata esclusivamente dalla sussistenza di una patologia o dallo stato di salute del minore, potendo aver rilevanza il danno psicologico; del resto la norma si esprime in termini di sviluppo psico-fisico, per un commento della vicenda precedente alla sentenza n.21799 del 25/10/2010 v. DE VITTOR, *Sviluppo psicofisico del minore e controllo dell'immigrazione clandestina: il bilanciamento operato dalla Corte di cassazione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, n.2, vol.4, p. ss.

Intendiamo parlare dell'interpretazione del Testo unico sull'immigrazione di cui al d.lgs 286/98.

Come è noto, la disciplina sull'immigrazione, pur essendo ispirata all'esigenza di definire i diritti degli immigrati, su molti aspetti tende a privilegiare l'ordine pubblico e la pubblica sicurezza. Potremmo dire quindi, *a contrario*, che solo una interpretazione delle norme in materia di immigrazione attenta, innanzitutto, alla protezione dei diritti delle famiglie e dei minori, sarebbe in grado di contenere gli interessi tipicamente statali del rispetto della sovranità.

In merito all'esigenza di bilanciare siffatti interessi è stato consapevole, *in primis*, il legislatore, prevedendo, nella stessa disciplina dell'immigrazione che l'esercizio dei diritti fondamentali della persona umana prescinde sia dal possesso della cittadinanza che dalla posizione regolare o meno dell'individuo sul territorio italiano (art.2, par.1), e stabilendo una disciplina derogatoria a favore dei minori<sup>18</sup>. Di particolare rilievo, al riguardo, la disposizione (art.28, comma 3) che sancisce, quale criterio guida dell'intero settore, che «in tutti i procedimenti amministrativi e giurisdizionali finalizzati a dare attuazione al diritto all'unità familiare e riguardanti i minori, deve essere preso in considerazione con carattere di priorità il superiore interesse del fanciullo, conformemente a quanto previsto dall'art.3, comma 1, della Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989». Certo, un concetto complesso quale è quello del superiore interesse del ragazzo viene richiamato dal legislatore senza alcun ausilio interpretativo; infatti non è sempre immediatamente percepibile individuare quale sia *the best interests of the child* essendo la nozione di per sé suscettibile di una varietà di significati in base ai diversi punti di vista<sup>19</sup>; tuttavia nel contesto dell'immigrazione

---

<sup>18</sup> Si tratta delle disposizioni che sanciscono il divieto di espulsione degli stranieri di età inferiore ai diciotto anni tranne che per motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato (art.13, par.1°) e fatto salvo il diritto di seguire il genitore colpito da un provvedimento di espulsione (art.19, par.2, lett.a), le norme riguardanti la tutela della salute dei minori non cittadini presenti in Italia (art.35, par.3, lett.b), il diritto all'istruzione, l'accesso ai servizi educativi e la partecipazione alla vita della comunità scolastica (art.38 e art.45 d.P.R. 394/1999) al fine di assicurare la loro integrazione nella società.

<sup>19</sup> Giustamente una parte della dottrina (FOCARELLI, *op.cit.* p.991) mette in rilievo che la nozione implica tutta una serie di considerazioni: in primo luogo dal punto di vista di chi il migliore interesse del bambino debba essere stabilito; a volte il punto di vista del bambino può essere diverso da quello dei genitori o dei medici. Inoltre gli interessi del bambino possono essere svariati e confliggenti tra loro. «Si è persino ventilato che il principio del migliore interesse del bambino possa semplicemente fornire un alibi per l'ideologia dominante, ad esempio quando viene (o appare essere) utilizzata per escludere l'affidamento dei bambini ad omosessuali», (p.991). Inoltre l'a. riporta di un caso particolarmente singolare affrontato dalla Corte costituzionale del Sud Africa nel 2000. La Corte era stata adita da una associazione di 196 scuole cristiane evangeliche indipendenti

essa potrebbe essere strettamente correlata con un altro principio portante della Convenzione: l'art.9, secondo cui il fanciullo non deve essere separato dai suoi genitori se non quando è il suo stesso interesse a richiedere una collocazione lontano da uno o ambedue di essi. Del resto, il Preambolo della Convenzione sancisce che il minore «ai fini dello sviluppo armonioso e completo della sua personalità deve crescere in un ambiente familiare in un clima di felicità, di amore e di comprensione» e che la famiglia rappresenta «unità fondamentale della società e ambiente naturale per la crescita e il benessere di tutti i suoi membri e in particolare dei fanciulli»<sup>20</sup>. Principi, questi, che non obbligano al ricongiungimento familiare bensì a che «ogni domanda presentata da un fanciullo o dai suoi genitori in vista di entrare in uno Stato parte o di lasciarlo ai fini di un ricongiungimento familiare sarà considerata con uno spirito positivo, con umanità e diligenza», (art.10). Nel corso dei negoziati che condussero alla stesura finale, diversi Stati, in merito a questa disposizione, precisarono che l'obbligo a carico degli Stati nella valutazione di siffatta domanda non garantisce il risultato del ricongiungimento, tuttavia l'aver scelto l'inserimento del termine *umanità*, che trascende i canoni puramente giuridici, rende la disposizione senz'ombra di dubbio sbilanciata verso una situazione di vicinanza del minore con entrambi i genitori. Ciò, salvo che un esame obiettivo della fattispecie concreta evidenzi che l'unità familiare sia contraria

---

che contestava la costituzionalità di un'alegge (*South African School Act* del 1996) che aveva vietato le punizioni corporali in qualsiasi scuola, pubblica e privata. Secondo l'associazione le punizioni corporali nella scuola trovavano una fondata giustificazione in diversi brani della Bibbia trattandosi di un «vital aspect of Christian religion», e dunque la legge violava i loro diritti alla libertà religiosa e culturale. La Corte non accoglie siffatta impostazione e ritiene debba prevalere l'interesse dello Stato alla tutela dei fanciulli da qualsiasi forma di degrado. E dunque secondo l' a. il reale problema di principio in questione consiste nel «fissare dei *punti fermi*, almeno minimi, ed evitare che il principio del miglior interesse del bambino così spesso sbandierato da giudici e legislatori, significhi tutto e il suo contrario, ossia si presti semplicemente ai gusti ( e alla filosofia di fondo) di ciascun interprete». La questione delle punizioni corporali è stata affrontata da ultimo dal Comitato sui diritti del fanciullo proprio in riferimento all'Italia. Esso ritiene che sia necessaria l'adozione di una legge che vieti espressamente il ricorso a forme di punizioni corporali ancora usato nel nostro ordinamento quale strumento educativo in quanto la sentenza della Cassazione di per sé non è sufficiente.

<sup>20</sup> Questi principi, del resto, non sono mai stati sconfessati neppure dalla nostra giurisprudenza. Nella sentenza della Cassazione n.21799 del 25/10/2010 (v. *infra* par.6) «le Sezioni Unite osservano che gli artt. 29 e segg Costituzione tutelano la famiglia anche e soprattutto come luogo privilegiato di sviluppo e affermazione della personalità del minore, ponendolo al centro di un sistema di protezione e fruizione di diritti da esercitarsi nei confronti dei genitori (art.30) e dei pubblici poteri (art.31). E che la Corte Costituzionale ha rimarcato l'applicazione generale e paritaria di detti diritti considerati fondamentali della persona con specifico riguardo alla condizione degli stranieri già in epoca anteriore del TU del 1998: estendendo il ricongiungimento di cui alla legge allora vigente a fattispecie ulteriori, riferite a nuclei familiari con figli minori attraverso una motivazione incentrata sul diritto del minore alla massima espressione della funzione genitoriale (sent. 20371997 e 28/1995). Con la successiva pronuncia 376/2000, ha rilevato quindi che il diritto all'unità familiare merita un'aspetuale protezione quando riguarda il destino

all'interesse stesso del fanciullo perché non garantisce un contesto affettivo sereno o adeguato economicamente per la formazione della personalità del minore<sup>21</sup>.

Potremmo dire, dunque, che il richiamo della Convenzione e del principio del *best interests* effettuato dal d.lgs. 286/98, tecnicamente ultroneo in quanto trattasi di norme vigenti a seguito di adattamento del nostro ordinamento con ordine di esecuzione, intende senz'altro spostare il bilanciamento a favore del minore; e rimarcare altresì agli operatori giuridici non solo la centralità di siffatto principio ma addirittura la sua portata di elemento sovversivo della disciplina concernente l'immigrazione: portata oggi, rafforzata grazie al rango che l'art.117 della Costituzione ha conferito alle norme pattizie, (tema, questo, di cui parleremo nel corso dell'indagine)<sup>22</sup>.

Ora, la difficoltà di applicare la nozione del *best interests* nel settore dell'immigrazione, ha trovato concreta applicazione nell'interpretazione dell'art.31, comma 3 del TU, che in deroga alle ordinarie regole per l'ingresso ed il soggiorno, consente al familiare - privo di permesso di soggiorno - del minore straniero di ottenere dal Tribunale per i minorenni una speciale autorizzazione all'ingresso o al soggiorno «per gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico e tenuto conto dell'età e delle condizioni di salute del minore che si trova nel territorio italiano»<sup>23</sup>. Se tale autorizzazione è accordata, la questura rilascia al genitore un permesso di soggiorno «per assistenza minore, rinnovabile, di durata corrispondente a quella stabilita dal Tribunale per i minorenni. Il permesso di soggiorno consente di svolgere attività lavorative ma non può essere convertito in permesso per motivi di lavoro»<sup>24</sup>. Si tratta di un permesso di soggiorno di durata limitata che non può essere trasformato nello stabile titolo di soggiorno lavorativo e che pertanto è irrilevante ai fini delle esigenze di controllo dell'immigrazione; la sua unica *ratio* è, esclusivamente, quella di protezione del minore. Infatti la disposizione è stata collocata nel Titolo IV del Testo unico, rubricato «Diritto

---

<sup>21</sup> D'altro canto, va ricordato, nel nostro ordinamento il diritto all'unità familiare può non trovare automatica realizzazione nell'istituto del ricongiungimento quando non ricorrono le condizioni per utilizzare questo istituto.

<sup>22</sup> Convenzione sui diritti del migrante quando entrerà in vigore essa nel nostro ordinamento rango di norma costituzionale art.10 par. 2 della Costituzione.

<sup>23</sup> La singolarità della norma sta anche nel fatto che l'autorizzazione prescinde dal requisito della regolarità dell'ingresso e del soggiorno sul territorio italiano sia del familiare richiedente che del minore e ciò si pone in contraddizione con il dispositivo dell'art.10-bis, 6° comma TU sul reato di immigrazione clandestina: il familiare richiedente in sostanza si autodenuncerebbe.

<sup>24</sup> Cfr. art.29, comma 6 TU d.lgs 286/98.

all'unità familiare e tutela dei minori» e dunque dovrebbe essere interpretata alla luce del principio generale, di cui all'art.28 comma 3, anzidetto.

Per l'appunto, - come ricordato, da ultimo, dalla Corte di Cassazione a sezioni unite - l'interpretazione della nozione di "gravi motivi", richiesti dalla norma, quale presupposto necessario per il conseguimento dell'autorizzazione, ha prodotto differenti orientamenti giurisprudenziali da parte sia dei Tribunali minorili che dalla stessa Cassazione nella quale si è generato, all'interno della 1° sezione, un netto contrasto di interpretazioni che ha reso necessario e opportuno una nuova pronuncia delle Sezioni unite. Senza ripercorrere in questa sede i complessi percorsi interpretativi seguiti dalla copiosa giurisprudenza e dottrina che si è occupata del tema, ci limitiamo a sintetizzare le due diverse impostazioni. La prima, definita dalla Cassazione a sezioni unite assolutamente prevalente, ritiene che i casi di autorizzazione dovrebbero essere utilizzati solo per gravi condizioni di salute del minore, nel senso che le condizioni previste nel menzionato art.31 (consistenti nei gravi motivi connessi allo sviluppo psico-fisico del minore stesso tenuto conto delle condizioni di salute e di età) sono configurabili solo allorquando sia accertata l'esistenza di una situazione di emergenza temporanea quale potrebbe essere, ad esempio, quella determinata da gravi motivi di salute o quella nella quale la mancanza o l'allontanamento improvviso del genitore pone in grave pericolo lo sviluppo normale della personalità del minore. In altri termini i gravi motivi si presenterebbero in presenza di situazioni eccezionali di carattere transitorio, situazioni che di certo non sussistono nelle ordinarie necessità di accompagnare la crescita del minore nel contesto scolastico e socio culturale. Questo orientamento, nell'opinione della Corte trova giustificazione nel fatto che una utilizzazione generalizzata della nozione di gravi motivi «finirebbe col legittimare l'inserimento di famiglie di stranieri strumentalizzando l'infanzia»<sup>25</sup> con conseguente elusione sistematica delle norme sull'immigrazione<sup>26</sup>.

L'altra interpretazione, auspicata viceversa dalla dottrina prevalente e da una parte della giurisdizione di merito, appare molto più attenta al concetto di *best interests of the child*, scegliendo di interpretare in modo estensivo i «gravi motivi», intesi questi ultimi, come l'insieme delle condizioni necessarie allo sviluppo psicofisico del minore; realizzando quin-

---

<sup>25</sup> Sentenza n.5856 del 14 gennaio 2010.

<sup>26</sup> Una preoccupazione secondo una parte della dottrina (MOROZZO DELLA ROCCA, *La condizione giuridica del minore straniero: norme giurisdizionali e prassi amministrative*, in *Minorigiustizia*, 2002, p.38; cit in LONG, p.256) condizionale.

di una perfetta armonizzazione delle esigenze interne con i principi internazionali. Di conseguenza l'autorizzazione non richiede necessariamente l'esistenza di situazioni di emergenza o di circostanze contingenti alla salute del minore ma può essere connessa semplicemente alle necessità della tenera età del minore e dunque alla realizzazione del superiore interesse del fanciullo in relazione all'età e/o alle condizioni di salute anche psichiche; ciò in quanto l'allontanamento del genitore nel percorso educativo formativo scolastico potrebbe compromettere l'equilibrio psicofisico al minore.

Potremmo dire, in sintesi che la giurisprudenza si è posta di fronte alla scelta se dare centralità al superiore interesse del minore, privilegiando l'applicazione delle fonti internazionali, o, piuttosto, sostenere l'interesse pubblico alla sicurezza nazionale attraverso l'osservanza del controllo dell'immigrazione in un'ottica di involuzione nella tutela dei diritti umani.

##### 5. *L'apparente bilanciamento di interessi effettuato dalla Cassazione a sezioni unite*

La Cassazione a sezioni unite, nella sentenza n. 21799 del 25/10/2010, si è trovata nuovamente ad interpretare l'art.31 del TU, e questa volta ha scelto una soluzione che, nel merito, è sostanzialmente condivisibile ma che utilizza argomentazioni che indeboliscono la portata delle fonti internazionali<sup>27</sup>.

In primo luogo la Cassazione adotta, come criterio guida, quello di un equilibrato bilanciamento tra il rispetto alla vita familiare del minore, che i pubblici poteri sono tenuti a proteggere e promuovere, e l'interesse pubblico generale alla sicurezza del territorio e del controllo delle frontiere che richiede il rispetto delle norme sull'immigrazione.

Inoltre l'organo giudicante, preso atto delle differenti interpretazioni date alla norma dalla giurisprudenza, si allontana dall'orientamento particolarmente restrittivo volto ad intendere la nozione di gravi motivi in termini di patologia medica - che comunque, a detta dell'organo giudicante, ha avuto una notevole evoluzione -, e valuta che nell'art.31 può essere ricompreso «qualsiasi danno effettivo, concreto percepibile ed obiettivamente grave che in considerazione dell'età o delle condizioni di salute ricollegabili al complessivo equili-

---

<sup>27</sup>Per un commento della sentenza si veda PIERGIGLI, *Intangibilità delle frontiere e protezione dei legami familiari del minore straniero. Contrasti interpretativi e approdi giurisprudenziali*, in <<http://www.Federalismi.it>> *Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, n.04/2001.

brio psico-fisico deriva o è altamente probabile deriverà al minore, dall'allontanamento dei familiari o dal suo definitivo sradicamento dall'ambiente in cui è cresciuto.» Si tratta, a detta della Corte, di situazioni che non si prestano ad essere preventivamente catalogate e standardizzate, ma richiedono un'indagine svolta in modo individualizzato, peraltro da parte di un organo specializzato, tenendo conto della peculiarità delle situazioni prospettate, nonché di ogni possibile variabile – come l'età, le condizioni di salute, la presenza o meno dell'altro genitore e la situazione della famiglia – e di qualsiasi altro fattore idoneo a consentire l'operazione di corretto bilanciamento di interessi richiesta dalla norma: in relazione ai quali viene richiamata la giurisprudenza della Corte europea che ha elaborato una serie di parametri finalizzati ad ottenere una soluzione fortemente caratterizzata dal caso concreto ma pur sempre fondata sul bilanciamento di interessi<sup>28</sup>.

Ora, a noi sembra che nelle affermazioni della Corte più che una attenzione particolare al rispetto della disciplina dell'immigrazione o dell'ordine pubblico dello Stato, si avverte l'esigenza di identificare criteri generali in attuazione del principio del miglior interesse del fanciullo *ex* art.28 del T.U; di conseguenza la Corte, di fatto, attua uno “sbilanciamento” di interessi a favore dei diritti della persona<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Ed infatti, proprio nel rispetto di siffatte argomentazioni, la Corte ritiene nel caso di specie non si siano svolte adeguate indagini sul rapporto esistente tra la madre e i tre figli minorenni e sull'eventuale pregiudizio che sarebbe derivato agli stessi dall'espulsione della prima. Il fatto all'origine della pronuncia riguardava una cittadina nigeriana, la quale condannata per il reato di sfruttamento della prostituzione era destinataria di un provvedimento di espulsione. Ella aveva tenuto un comportamento poco attento alle esigenze dei figli tanto che si era reso necessario l'intervento dei servizi sociali ed il loro affidamento etero familiare. La stessa faceva richiesta al Tribunale dei minorenni di Perugia per essere autorizzata ai sensi dell'articolo 31 del T.U. sull'immigrazione d.lgs 286/1998 alla temporanea permanenza sul territorio nazionale nell'interesse dei tre figli minori. Il Tribunale respingeva l'istanza e il decreto veniva confermato dalla Corte di appello di Perugia a seguito di appello. La Corte invece ritiene che la condanna definitiva della ricorrente per il reato della prostituzione e l'affidamento dei tre figli ad una famiglia italiana non sia di per sé sufficiente a considerare che l'espulsione della madre non porti loro pregiudizio. Pertanto la Cassazione cassa la decisione con rinvio alla stessa Corte di appello di Perugia che in diversa composizione dovrà provvedere al riesame dei motivi di appello della ricorrente compiendo gli accertamenti di cui si è detto.

<sup>29</sup> Su di un punto, tuttavia, la Corte rileva che qualora si utilizzi una interpretazione volta a garantire esclusivamente il rispetto dell'unità familiare si avrebbe un utilizzo pretestuoso dei minori e dei diritti loro riconosciuti, da parte dei genitori nel loro esclusivo interesse e si attribuirebbe alla norma la funzione che le è estranea di introdurre una modalità anomala di legittimazione del soggiorno di famiglie di stranieri attraverso non già la tutela ma la strumentalizzazione dell'infanzia e di fatto essa si tradurrebbe in una vera e propria sanatoria permanente di immigrati presenti irregolarmente nel territorio nazionale. In merito a ciò, del resto, in precedenza la Corte di Cassazione, sezione I civile, (sentenza del 26 giugno, dep. 16 ottobre 2009, n.22080) aveva negato che « l'interesse del minore venga strumentalizzato al solo fine di legittimare la presenza di soggetti privi dei requisiti dovuti per la permanenza in Italia », in quanto il permesso ha carattere temporaneo e non può essere convertito in permesso per lavoro.

Ma, in realtà, questa nostra considerazione viene smentita dalla stessa Corte, allorché essa precisa di non poter condividere quell'indirizzo (rappresentato da Cassazione 22080/2009 e 823/2010,) attento esclusivamente al panorama delle fonti internazionali che enunciano e privilegiano il superiore interesse del fanciullo. E ciò in quanto, a suo dire, l'orientamento in questione finisce per oltrepassare i confini interpretativi della clausola dei gravi motivi richiamati dalla nostra legge interna e dunque di fatto abroga la norma stessa in materia di immigrazione; norma, che così come tutta la materia dell'immigrazione, per la Corte, merita un'attenta considerazione. Quest'ultima affermazione della Corte sembra facilmente confutabile da quanto sopra esposto e cioè che non sempre il superiore interesse del fanciullo si realizza nel contesto dell'unità familiare e dunque con la concessione del permesso di soggiorno.

Dunque, la Corte ritiene che il principio del *best interests of the child*, così come enucleato dalla Convenzione non vada applicato perché incapace di realizzare il bilanciamento di interessi da lei auspicato. E pertanto ne enuclea essa stessa una versione riadattata al diritto e ai valori del nostro Stato, ignara del fatto che il principio stesso, per sua natura, non conduce a soluzioni standardizzate ma si presta alla valutazione di ogni singolo caso, pur senza mai allontanarsi da alcuni parametri comuni a tutti gli Stati; trattandosi, pur sempre, di una norma di diritto internazionale di natura pattizia interpretabile alla luce delle norme sul diritto dei trattati contenute nella Convenzione di Vienna del 1969<sup>30</sup>.

#### 6. *La Corte europea dei diritti dell'uomo tra best interests of the child e migranti irregolari*

La soluzione a cui giunge la Corte di Cassazione, fondata sul bilanciamento tra contrapposte esigenze, troverebbe giustificazione, a detta della stessa, nelle disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo così come interpretate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

---

<sup>30</sup> Sul punto cfr. FOCARELLI, op.cit. p.992, il quale dopo aver precisato che essendo la Convenzione ratificata da quasi tutti gli Stati, si potrebbe presumere che sul concetto del miglior interesse esista una *convergenza universale*; suggerisce che «La Convenzione quindi forza l'interprete a spostare l'attenzione dal piano locale/nazionale a quello universale, comprese nel primo le modalità proiettive locali/nazionali di immaginare ciò che è universale, e a cercare per quanto è possibile un nucleo comune tra le culture, evitando tra l'altro interpretazioni evolucionistico-moderniste (quando non velatamente razziste) fondate sulla distinzione tra «noi», più avanzati e «loro» più arretrati.

L'art.8 della Convenzione sancisce il diritto di ogni persona al rispetto della sua vita privata e familiare, diritto che può essere sacrificato per consentire interventi della pubblica autorità necessari per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico e il benessere economico. Di conseguenza, la Corte europea in numerose occasioni ha dichiarato che il diritto in questione non ha natura di diritto assoluto e può essere sacrificato sulla base di politiche statali di regolamentazione dell'immigrazione. Tuttavia, per far sì che l'esclusione di una persona da un paese in cui vivono i congiunti, e dunque l'interferenza statale nella vita privata di un individuo non costituisca un sopruso, la Corte europea ha elaborato una serie di criteri, di natura elastica, per valutare la legittimità della misura di espulsione: il suo fondamento legale, la proporzionalità e la necessità in una società democratica<sup>31</sup>.

Siffatti parametri vengono richiamati dalla Cassazione a conferma del fatto che anche la Corte europea ha scelto quale criterio guida quello del bilanciamento tra opposti valori sottovalutando, tuttavia, che tra tali criteri uno, in realtà, sembra avere un peso decisivo per la Corte europea: la presenza di minori e la loro età, criterio che, a detta della stessa, include il concetto del superiore interesse del fanciullo e il benessere del bambino. Di conseguenza, per la Corte europea la presenza di un minore sposta il bilanciamento richiedendo una valutazione più rigorosa delle ragioni che possono giustificare la misura di espulsione e dunque la deroga al diritto all'unità familiare. Ciò si evidenzia nei casi in cui, nonostante la gravità del reato commesso, la Corte dà ampio rilievo alla presenza di un minore tanto da ritenere che la misura di espulsione sia in violazione dell'art.8 Convenzione europea.

Il caso *A.W. Khan c. Regno Unito*, (ricorso n.47486/06) deciso dalla Corte di Strasburgo con sentenza del 12 gennaio 2010, appare emblematico al riguardo, in quanto la

---

<sup>31</sup> I criteri in questione, elaborati nel caso *Boultif v. Svizzera*, ricorso 54273/00 deciso con sentenza 2 agosto 2001, consistono nel valutare la natura e la gravità delle offese commesse, la durata della permanenza del ricorrente nel paese dal quale deve essere espulso, il tempo trascorso dal momento in cui è stata commessa la violazione e la condotta tenuta in quel periodo, la nazionalità delle varie persone coinvolte, la situazione familiare, se il coniuge conosceva della violazione al momento iniziale della propria relazione, l'esistenza di bambini e la loro età, la solidità dei legami sociali-culturali e familiari del paese ospite e di quello di destinazione. E dunque proprio sulla base di siffatti criteri la Corte europea ha rilevato che la misura di espulsione costituisce un'aviolazione dell'art.8; si veda tra gli altri i casi *Moustaquin v. Belgio*, ricorso n.12313/86, sentenza del 18 febbraio 1991; *Amrollabi v. Danimarca*, ricorso n.56811/00, sentenza dell'11 luglio 2002, *Yllmaz v. Germania*, ricorso n.52853/99, sentenza del 17 aprile 2003, *Keles v. Germania*, ricorso n.32231/02, sentenza del 27 ottobre 2005. Va da sé che siffatta giurisprudenza ha avuto una forte influenza anche nell'ambito dell'Unione Europea ed ancora di più l'avrà nel momento in cui quest'ultima aderirà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo ex art.6 par.2 TUE; al riguardo si veda ADINOLFI, *Il diritto alla vita familiare nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea*, in *riv.dir.internaz.*, 2011, p.5 ss.

Corte ha svolto un'approfondita considerazione dei vari criteri e si è soffermata in dettaglio sul ruolo genitoriale del ricorrente al fine di valutare se il provvedimento di espulsione violasse l'art.8 della Convenzione europea. Il un cittadino pakistano Abdul Waheed Khan, entrato all'età di tre anni in Gran Bretagna dove ha ottenuto un permesso a tempo illimitato e ha vissuto tutto il suo percorso formativo, era stato condannato a sette anni di carcere e all'espulsione per importazione di eroina. Al riguardo, la Corte concordava con lo Stato circa la gravità del reato, provata anche dalla pena inflitta, ma al contempo valutava altri elementi: i precedenti penali del ricorrente, la condotta tenuta dal momento del rilascio, la sua vita familiare sia con la famiglia di origine sia con quella attuale. Ed in particolare, mentre la valutazione della prima relazione familiare a detta della Corte, non rivestiva un peso decisivo, particolare rilievo invece assumeva la sua relazione stabile con una cittadina inglese dalla quale aveva avuto una figlia proprio mentre era in corso il giudizio di fronte alla Corte europea. L'organo giudicante, al riguardo, valutava che il ricorrente e la sua compagna, pur essendo impossibilitati a convivere, avevano una relazione stabile, che la donna era a conoscenza della fedina penale del compagno fin dal momento iniziale della relazione e che in caso di espulsione del compagno non sarebbe stata preparata ad un trasferimento in Pakistan. Si tratta dunque di una disamina molto dettagliata (difficile da spiegare, visto che la Corte afferma che non possa avere un peso decisivo nella decisione perché il ricorrente nello svolgimento dei giudizi interni aveva ommesso di riferire della nascita della bambina); di fatto, però, l'indagine incide in maniera decisiva nel convincere la Corte circa l'ammissibilità del ricorso perché la misura di espulsione era in violazione con l'art. 8 della Convenzione europea.

Ora se la Corte, nel corso del bilanciamento dei valori dedica un'attenzione particolare alla presenza di minori in situazioni in cui pur sono stati commessi reati particolarmente gravi, allora dobbiamo dedurre che la loro presenza avrà incidenza ancora maggiore in quei casi dove l'unica violazione è l'irregolarità del soggiorno: casi che meglio richiamano le fattispecie all'origine dell'applicazione dell'art.31, par.3 del testo unico sull'immigrazione. Infatti nell'art.31 le due situazioni che si profilano sono l'ingresso o il soggiorno temporaneo in Italia del familiare irregolare.

Tutto ciò è confermato nel caso *Rodrigues da Silva e Hoogkamer c. Paesi Bassi* (ricorso n.50435/99) risolto con sentenza della Corte europea del 31 gennaio 2006, in cui l'organo

giudicante deve valutare la legittimità della misura che rifiutava di concedere un permesso di soggiorno ad una donna brasiliana madre di una bambina nata in Olanda da padre olandese che era legalmente affidata al padre. La Corte ribadisce che l'art.8 non garantisce l'unità familiare in ogni circostanza; tuttavia lo Stato, quando si trova a valutare permessi di soggiorno, deve essere molto attento perché la valutazione deve spaziare nell'ambito familiare valutando tutte le circostanze del caso concreto. Per la Corte, nel contesto in oggetto, peso decisivo assume lo stretto legame che la bambina ha con la madre; infatti la stessa trascorre la maggior parte dei giorni della settimana con lei e ciò è confermato anche dai nonni paterni. Inoltre la bambina non potrebbe seguire la mamma in Brasile perché affidata al padre e perché i giudici interni avevano ritenuto che fosse interesse preminente del minore vivere in Olanda. Di conseguenza, il diniego del permesso di soggiorno della donna e la sua espulsione, avrebbero senz'altro rotto quei legami imprescindibili per la crescita equilibrata della bambina, tenuto conto anche della sua tenera età. Per la Corte, le inevitabili implicazioni negative che la rottura del legame avrebbero prodotto sul minore dovevano avere la preminenza, nonostante fosse da biasimare la disinvoltura con la quale la donna non aveva mai regolarizzato la sua posizione in dispregio delle norme in materia di immigrazione e dunque risiedesse illegalmente nei Paesi Bassi sin dall'epoca della nascita della figlia. Dunque la Corte, in considerazione delle conseguenze di grande rilievo che un provvedimento di espulsione avrebbero avuto sulle responsabilità genitoriali, riteneva che dovessero prevalere il senso di responsabilità della madre nei confronti della figlia e il superiore interesse della fanciulla sul benessere economico dello Stato<sup>32</sup>.

Alla luce di queste considerazioni La Cassazione a sezioni unite nella sentenza 21799 del 25/10/2010, non avrebbe dovuto temere di applicare il principio del preminente interesse del fanciullo, confortata anche dalla tendenza in atto nella giurisprudenza della Corte europea orientata a salvaguardare i diritti dei minori<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Questa tendenza è stata confermata anche nel caso *Darren Omoregie e altri c. Norvegia*, ricorso n.265/07, sentenza del 31 ottobre 2008 anche se l'esito è stato diverso; la ratio tuttavia è sempre la stessa quella del benessere del fanciullo, in questo caso la Corte ha valutato che non era venuta meno l'unità della coppia, a differenza del caso *Rodrigues da Silva*, e quindi sarebbe stato possibile ricostituire la vita familiare nel paese di origine del ricorrente.

<sup>33</sup> Sulla questione si veda DE VITTOR, *op.cit.*, p. la quale parla «di una tendenza, anche da parte della Corte europea a restringere la discrezionalità degli Stati in materia di autorizzazione all'ingresso e alla permanenza di cittadini stranieri facendo prevalere il diritto/dovere dei genitori di crescere educare i figli e il diritto di questi

*7. I rilievi del Comitato sui diritti del fanciullo riguardo i minori delle famiglie irregolari*

Potremmo dunque dire, dunque, che la Cassazione conferma ancora una volta quella che sembra essere la tendenza dei giudici italiani, i quali pur richiamando la Convenzione sui diritti del fanciullo in via di principio, di fatto scelgono soluzioni ispirate al diritto interno.

La questione, tuttavia, non sembra essere sfuggita al Comitato sui diritti del fanciullo il quale nelle *Concluding Observations* del 31 ottobre 2011 ha dedicato particolare attenzione alla condizione e al grado di tutela dei bambini immigrati nel nostro Stato.

Il Comitato riconosce che la particolare collocazione geografica del nostro Stato ha fatto sì che l'Italia, anche di recente, abbia dovuto fronteggiare situazioni di emergenza senza alcun tipo di assistenza da parte degli altri Stati, e ne apprezza gli sforzi fatti e le misure adottate. Tuttavia, a detta dello stesso, siffatte situazioni restano altamente pericolose soprattutto per i bambini, siano essi rifugiati, non accompagnati, o migranti: soggetti tutti che, pur titolari di diritti in base alla Convenzione di New York, restano soggetti particolarmente vulnerabili.

In particolare, per quanto concerne la situazione dei bambini delle famiglie irregolari, il Comitato esprime profonda preoccupazione per le restrizioni dei loro diritti in materia di cure sanitarie, di servizi sociali e di educazione scolastica a cui hanno comunque diritto. Il Comitato richiama, al riguardo, la legge italiana n.94/2009, recante disposizioni in materia di pubblica sicurezza la quale, inserendo il reato di immigrazione clandestina, rende la situazione dei bambini e delle loro famiglie ancor più critica perchè li priva del godimento dei diritti economici e sociali. Al riguardo il Comitato ricorda e sollecita il rispetto della Convenzione di New York nei confronti di tutti i minori e non solo quelli che sono cittadini dello Stato, e soprattutto raccomanda al nostro Stato di sancire espressamente nella disciplina giuridica - e di attuare nella pratica - il principio secondo cui in ogni provvedimento in materia di concessione di permessi di residenza il criterio dominante deve essere esclusivamente quello del *best interests of the child*.

---

al sostegno e alla vicinanza dei genitori, nonché il diritto dei bambini a continuare processi educativi e di scolarizzazione cominciati nel paese di accoglienza».

Potremmo pertanto dire che l'organo internazionale, escludendo a priori un possibile bilanciamento tra interessi individuali e statali, intende dare un indirizzo molto preciso nel senso che la valutazione del superiore interesse non deve trovare attenuazione nel confronto con interessi statali<sup>34</sup>.

#### *8. Il rango delle disposizioni della Convenzione nell'ordinamento italiano*

In aggiunta le valutazioni della Corte di Cassazione non appaiono giuridicamente corrette anche sulla base di un altro ordine di considerazioni, di derivazione costituzionale, in grado di fornire un criterio guida per l'applicazione dell'intera Convenzione da parte di tutti gli operatori giuridici permettendo così di uscire dall'ambiguità di una attuazione frammentaria e ondivaga. Precisamente, l'organo giudicante, cioè, avrebbe potuto risolvere la questione sulla base del rango che la Convenzione riveste nella gerarchia delle fonti del nostro ordinamento.

A questo proposito, va detto che tale Convenzione è stata resa esecutiva con la legge ordinaria del 27 maggio 1991 n.176, (la stessa legge di autorizzazione alla ratifica). Tuttavia, fin dall'inizio della sua entrata in vigore, sarebbe stato davvero riduttivo attribuirle il valore di legge ordinaria – e dunque abrogabile da una successiva legge ordinaria - così come generalmente accade per tutti gli altri trattati internazionali i quali assumono il valore formale della norma che ha provveduto a renderli esecutivi. Infatti, già la giurisprudenza della Corte Costituzionale aveva sostenuto che le convenzioni sui diritti umani godrebbero di una copertura costituzionale, tanto che siffatte norme pattizie e le norme costituzionali si completerebbero “reciprocamente nella interpretazione”<sup>35</sup>.

Oggi, ancora di più, siffatto concetto è confermato a livello costituzionale dall'art.117 così come rimodellato a seguito della riforma costituzionale del 2001.

L'art.117, secondo cui “la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”, senza dubbio fornisce una garanzia costituzionale agli impegni assunti dallo Stato a livello internazionale: cosa che, prima di quella data (2001), era

---

<sup>34</sup> Cfr. *CRC/c/ITA/CO/3-4*, p.18 par.68.

<sup>35</sup> Si vedano al riguardo le seguenti sentenze della Corte costituzionale: n.17 del 10 febbraio 1981, n.15 del 29 gennaio 1996, n.399 del 12 dicembre 1998, n.388 del 22 ottobre 1999. Con ciò si intende criticare quella parte autorevole di dottrina secondo la quale quelli statuiti per il fanciullo non sarebbero veri e propri diritti.

senz'altro inesistente nella nostra Carta costituzionale. Questa disposizione non vuol dire che le norme convenzionali assumono valore di norme costituzionali; il loro rango rimarrà sempre quello loro attribuito dall'ordine di esecuzione, tuttavia esse costituiscono parametro di costituzionalità nei confronti delle altre leggi interne. In altri termini, leggi interne potranno essere dichiarate incostituzionali ad opera della Corte Costituzionale, se esse si pongono in conflitto con norme "interposte" immesse nel nostro ordinamento attraverso trattati internazionali. D'altro canto, le stesse norme internazionali non possono porsi in contrasto con le norme costituzionali, ch  sarebbero suscettibili di annullamento da parte della Corte Costituzionale.

Come ha evidenziato la Corte Costituzionale nelle due "storiche" sentenze interpretative dell'art.117 - la n.348 e n.349 del 2007- il giudice ordinario ha il dovere di valutare se il conflitto tra leggi e diritto internazionale possa essere risolto per via interpretativa, e, se ci  non   possibile, la questione deve esser posta al vaglio della Corte Costituzionale<sup>36</sup>.

Si tratta, come   evidente, di una novit  di non poco rilievo, che ha avuto quale conseguenza quella di "imbrigliare" la funzione legislativa su tutto ci  che   disciplinato a livello di convenzioni internazionali<sup>37</sup>. Di sicuro l'affermazione   forte: tuttavia, anche qualora si scegliesse una interpretazione che differenzi i trattati in base al loro contenuto o procedimento di formazione<sup>38</sup>, certo   che uno strumento di tutela della salute e della vita di colui che rappresenta la risorsa e il futuro dell'umanit  - il minore- ha sicuramente diritto ad appartenere alla categoria degli accordi da salvaguardare "ad oqui costo".

Di conseguenza, non c'  dubbio che la Convenzione sui diritti del fanciullo, a seguito dell'art.117, ha chiarito la sua portata, diventando punto di riferimento imprescindibile sia per la giurisprudenza che per il legislatore. E dunque la sensibilit  per la Convenzione stes-

---

<sup>36</sup> Per una analisi in dettaglio dell'art.117 e delle sue implicazioni nonch  per un commento sulle sentenze n.348 e n.349 del 24 ottobre 2007 si veda CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, Torino, 2012, p.472 ss; VILLANI, *I rapporti tra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Costituzione nelle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, in *I Diritti dell'uomo Cronache e battaglie*, 2007, 3, p.46 ss. Per ora la Corte costituzionale ha accomunato tutti i trattati qualificandoli quali norme interposte ma forse sarebbe opportuno tracciare una distinzione tra quelli che per il loro oggetto avrebbero rilevanza costituzionale rispetto a tutti gli altri; sul punto si veda l'intervento di CONDORELLI, *Corte Costituzionale e CEDU: la CEDU come parametro nei giudizi di costituzionalit *, nel Convegno *Stato di diritto e democrazia in Italia. Il rispetto e l'applicazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in [convegnocedu@radicali.it](mailto:convegnocedu@radicali.it)

<sup>37</sup> Su questo punto, certo, la dottrina ha avanzato perplessit  e non sono mancate ipotesi interpretative maggiormente concilianti con il nostro ordine istituzionale, v. CANNIZZARO, *op.cit.*, p.474 ss.

<sup>38</sup> Si fa riferimento alla differenza tra trattati stipulati nel rispetto delle prerogative parlamentari e quelli stipulati attraverso l'operato esclusivo dell'esecutivo e ci  in forma semplificata.

sa un tempo mostrata prevalentemente dal giudice di legittimità costituzionale deve essere pretesa, per forza di cose, da tutti gli operatori giuridici<sup>39</sup>.

9. *La portata della norma preambolare sul “diritto alla vita” alla luce dell’art.117 della Costituzione*

Alla luce delle considerazioni svolte fin qui, vale la pena di effettuare un’ultima considerazione su una disposizione della Convenzione che nel nostro ordinamento non ha trovato una adeguata valorizzazione da parte della giurisprudenza e della dottrina. Si tratta della norma contenuta nel preambolo della Convenzione, sul diritto alla vita, secondo la quale bisogna tenere «presente che il fanciullo, come indicato nella Dichiarazione dei diritti dell’uomo, a causa della sua mancanza di maturità fisica e intellettuale, necessita di una protezione e di cure particolari, ivi compresa una protezione legale appropriata, sia prima che dopo la nascita». La mancata attenzione è dipesa, forse, dal fatto che la disposizione è contenuta nel preambolo e non è espressamente formulata in un articolo, o forse perché come afferma la stessa delegata per l’Italia al negoziato per la Convenzione sui Diritti dell’infanzia e dell’adolescenza, Maria Rita Saulle, «pochi conoscono l’esistenza di una norma preambolare della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del minore del 1989 concernente la tutela giuridica del minore prima e dopo la nascita»<sup>40</sup>. Si tratta di una disposizione scaturita da un *iter* negoziale complesso (a causa delle sue implicazioni in un tema delicato quale è quello concernente i diritti dell’embrione o del concepito) che, se venne accettata da tutti gli Stati, fu soltanto perché la formula riproduceva quella già contenuta nella Dichiarazione sui diritti del fanciullo del 1959 e mai stata contestata da nessuno Stato: e dunque poteva essere «assunta come propria dalla coscienza comune dei soggetti della Comunità internazionale»<sup>41</sup>. Si tratta di una norma che si inserisce nella delicata e complessa questione della fe-

---

<sup>39</sup> L’atteggiamento della Corte costituzionale volto ad uniformare il nostro ordinamento alla Convenzione in oggetto: si evince anche dal fatto che la Corte Costituzionale ha elevato il principio del superiore interesse del fanciullo a criterio di valutazione della costituzionalità della legge, nonostante siffatto principio non figuri nella nostra Costituzione; sul punto si veda più diffusamente MARCHEGIANI, *op.cit.*, p.87. Si ricorda inoltre che la Corte costituzionale nella sentenza del 12 giugno 2009, n.179 ha affermato che le norme della Convenzione di New York sono dotate di efficacia imperativa nell’ordinamento interno, in *Fam.e dir.*, 2009, p.869.

<sup>40</sup> Cfr SAULLE, *op.cit.*, p.18.

<sup>41</sup> Cfr. SAULLE, *op.cit.*, p.21; sulla questione SAULLE, *La Convenzione delle Nazioni Unite del 1989 sui diritti del fanciullo e la tutela del nascituro*, in *Per una Dichiarazione dei diritti del nascituro*, a cura di TARANTINO, Milano, 1996, p.182 ss.

condazione *in vitro* e che può fornire un indirizzo, per le legislazioni nazionali, di tutela dell'embrione come se lo volesse sottrarre all'autonomia della comunità scientifica<sup>42</sup>.

Volendo precisare l'efficacia di una norma preambolare, trattandosi di un trattato, dobbiamo utilizzare le regole sull'interpretazione proprie degli accordi internazionali contenute negli artt. 31-33 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, le quali sono vincolanti non solo nell'applicazione delle norme pattizie tra Stati ma anche per gli operatori giuridici interni<sup>43</sup>. Il criterio prescelto è quello dell'interpretazione testuale, per il quale bisogna attribuire ai termini impiegati il loro senso ordinario, tenendo conto del loro contesto e dello scopo e dell'oggetto del trattato; per contesto generalmente si intende sia il testo che il preambolo dal quale, spesse volte, si estrapolano le finalità che il trattato si propone<sup>44</sup>. A conferma di ciò possono essere ricordate le dichiarazioni rilasciate dalla Santa Sede al momento della ratifica della Convenzione di New York con le quali essa «riconosce che la convenzione rappresenta la consacrazione di principi già fatti propri dalle Nazioni unite e che, una volta in vigore, essa garantirà i diritti dei fanciulli prima così dopo la nascita, come espressamente affermato nella dichiarazione sui Diritti del fanciullo [...] e riaffermato al nono capoverso del preambolo della Convenzione. La Santa Sede ha la convinzione che tale capoverso del preambolo guiderà l'interpretazione della Convenzione nel suo complesso, conformemente a quanto disposto dall'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati del 23 maggio 1969»<sup>45</sup>. Al fine di meglio comprendere la portata della

---

<sup>42</sup> Quale conferma della scarsa conoscenza della norma preambolare si veda quanto afferma PROSPERI, *La tutela dei diritti umani tra teoria generale e ordinamento comunitario*, Torino, 2009, p.43 n.66, secondo il quale una risposta chiara al problema della tutela dell'embrione «non manca soltanto nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, essendo altrettanto laconici sulla nozione di persona umana o di vita umana gli altri trattati internazionali a difesa del diritto alla vita (art.6 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, art.6 della Convenzione sui diritti del fanciullo), nonché la stessa Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina, il cui scopo dovrebbe essere quello di fornire indicazioni univoche ai Paesi aderenti in materia di bioetica».

<sup>43</sup> Al riguardo si ricorda che - come più volte affermato dalla Corte internazionale di giustizia - siffatte regole non vincolano solo gli Stati che hanno ratificato la Convenzione di Vienna ma tutti in qualità di diritto internazionale consuetudinario.

<sup>44</sup> Come afferma RONZITTI, *Introduzione al Diritto internazionale*, III ed., Torino, 2009, p.194, talvolta il preambolo «contiene importanti statuizioni. Ad es., la Convenzione sulla proibizione delle armi chimiche del 1993 stabilisce nel preambolo il divieto dell'uso degli erbicidi come metodo di guerra, secondo quanto prescritto dagli accordi pertinenti e dai principi rilevanti del diritto internazionale. Se ne deduce che gli erbicidi, pur non ricadendo sotto la proibizione della Convenzione, ricadono come detto nel preambolo, sotto quella del diritto internazionale consuetudinario o del diritto convenzionale, ad es. la Convenzione sulla proibizione di mezzi e metodi di guerra che modificano l'ambiente del 1977 o gli artt. 35 e 55 del I Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 1949».

<sup>45</sup> La dichiarazione è riportata in MARCHEGIANI, *op. cit.*, p. 78.

norma, sembra pertinente raffrontare la norma preambolare con quella contenuta nella Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina, adottata sotto l'egida del Consiglio d'Europa ad Oviedo il 4 aprile 1997 e ratificata dall'Italia con legge 28 marzo 2001, n.145. Nel preambolo, gli Stati membri riconoscono la necessità di rispettare l'essere umano sia come individuo che nella sua appartenenza alla specie umana, impegnandosi ad assicurare la sua dignità. Nell'art.1 è espresso l'impegno a proteggere l'essere umano nella sua dignità ed identità ed a garantire ad ogni persona il rispetto dell'integrità e dei suoi altri diritti e libertà fondamentali. In questa norma, dunque, a differenza di quella contenuta nella Convenzione sui diritti del fanciullo, troviamo un enunciato generale: il termine "essere umano" può essere diversamente interpretato in relazione all'opzione dello Stato in ordine all'inizio della vita umana, e dunque la portata della norma varia in base ai valori tutelati dai singoli ordinamenti.

Diversamente, la Convenzione di New York ha effettuato una scelta di campo precisa, nel senso che la tutela accordata prima della nascita è pari a quella successiva alla stessa, e dunque l'embrione non ha la natura di bene giuridico ma quella di fanciullo in divenire. Di conseguenza qualsiasi attività manipolativa dell'embrione, potenzialmente lesiva dei diritti dell'uomo, dovrebbe considerarsi censurabile alla luce della norma preambolare.

L'art.1 della Convenzione, del resto, pur lasciando agli Stati la scelta del momento di inizio dell'infanzia (infatti, per fanciullo si intende ogni essere umano di età inferiore a 18 anni), al fine di favorire la ratifica universale, ha statuito che la nascita non deve costituire requisito necessario per tutelare il fanciullo; inoltre non indicando il momento a partire dal quale il fanciullo deve essere garantito, accorda dignità all'essere umano fin dallo stadio iniziale del suo sviluppo.

Come è noto, nel nostro ordinamento manca una disciplina organica in materia di embrione, e l'interprete, da tempo, deve elaborare in maniera sistematica il suo statuto normativo. In questo contesto la tutela giuridica sancita nella Convenzione sui diritti del fanciullo va ad accrescere quel *corpus* di fonti normative che, pur se indirettamente, prende in considerazione l'embrione e funge da completamento dell'art.2 del dettato costituzionale, nel quale, secondo l'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale e dalla dottrina, sa-

rebbe sancita la soggettività di ogni essere umano, inteso quale persona con diverso grado di sviluppo biologico<sup>46</sup>.

Pare evidente, dunque, alla luce di quanto esposto in precedenza sulla portata dell'art. 117 della Costituzione, che l'interesse tutelato dalla Convenzione è costituzionalmente garantito e sottratto alla discrezionalità del legislatore italiano<sup>47</sup>; un eventuale intervento legislativo di contenuto difforme, a livello internazionale potrebbe configurare un illecito internazionale, e nel nostro ordinamento potrebbe essere soggetto a giudizio di legittimità costituzionale per violazione di norma interposta, integratrice del parametro di costituzionalità introdotto dall'art.117.

#### *Abstract*

This article deals with the implementation problem of the United Nations Convention on the Rights of the Child (UNCRC) in the Italian legal system in light of Article 117 of the Constitution.

Despite the fact that the United Nations Convention on the Rights of the Child (UNCRC) is one of the most important multilateral conventions ratified by Italy on 5 September 1991, there are many conflicts between the UNCRC and Italian Law and, thus, the effectiveness of the Convention. They have been highlighted by the Committee on the Rights of the Child in recent Concluding Observations: Italy, of 31 October 2011. In particular, the article examines the implementation of some provisions, such as the right of the child to be heard in any administrative or judicial proceeding affecting his or her life (art.12), the concept of the best interests of the child in the regulation of immigration (Immigration Consolidation Act 25.7.1998) as interpreted by the Court of Cassation, as well as the rule on the right to life as contained in the preamble of the Convention.

---

<sup>46</sup> Si veda al riguardo anche per i riferimenti giurisprudenziali D'ADDINO SERRAVALLE, *Questioni biotecnologiche e soluzioni normative*, Napoli, 2003, p.44, secondo la quale «Il valore della personalità dilata la rilevanza giuridica della persona oltre i confini della nascita e della morte e consente la tutela di interessi essenziali del concepito, segnatamente quello alla salvaguardia della vita e della salute».

<sup>47</sup> Di conseguenza il legislatore non potrebbe intervenire su questioni delicate quali quelle del c.d. affetto d'utero, interesse meritevole alla manipolazione, soppressione dell'embrione scegliendo soluzioni che non at-  
tuino, innanzitutto la tutela del potenziale fanciullo.