

Estratto da “Prima i bambini” – il principio del best interest of the child nella prospettiva costituzionale” (FrancoAngeli Editore, Elisabetta Lamarque)

Prefazione di Livia Pomodoro

Questo libro dichiara guerra alla retorica del minore nel mondo del diritto, e lo fa insinuando che il principio dei best interests of the child possa esserne il principale artefice. Per questo ne ripercorre le origini all'interno della cultura anglo-americana, la sua funzione precisa, la sua vitalità capace di ambiguità ma senza retorica. E ne segue i percorsi: dal nostro ambito nazionale, con le sue ricadute sull'ordinamento, a quello internazionale e multilaterale per tornare alla nostra Europa dove il minore di età è sicuramente titolare di diritti fondamentali che attengono al suo essere prima di tutto persona.

Al contrario il mondo anglo-americano che guarda ai children's rights discute e si divide sui diritti dei minori a partire dal problema cruciale se tali diritti siano o meno configurabili, per poi magari accontentarsi di definirne alcuni come doveri morali a carico degli adulti e della società nei confronti di bambini e adolescenti. Se poi guardiamo all'epoca della civil rights revolution (anni Settanta), i diritti dei bambini e degli adolescenti diventano in America quelli di una “last minority” parente delle lotte di neri, donne e omosessuali, sostenuti come gruppo sociale debole e oppresso dagli attivisti di un movimento politico di liberazione che più tardi tenterà analoghe conquiste questa volta per gli animali.

Quale la vera causa della distanza tra queste due concezioni dei children's rights, oltre Oceano e oltre Manica, e dei diritti dei minori in Europa? Elisabetta Lamarque risponde a questo interrogativo ricordando come nella cultura anglo-americana il dibattito si svolga all'interno di una tradizione costituzionale che “sostanzialmente prescinde dal tema della dignità umana intesa come dote “innata di ogni persona, causa e giustificazione di ogni suo diritto fondamentale”. L'individuo è inteso come “entità che si autodetermina”, soprattutto negli Usa: qui vengono in particolare esaltati i tratti dell'indipendenza e dell'autonomia individuale del rights-bearer che, al contrario, in Europa è tale indipendentemente dalla capacità di compiere scelte sulla propria vita, e che, in aggiunta, non viene mai visto come portatore di pretese (ed in particolare di quella di determinare in completa autonomia le proprie scelte) e conosce inoltre una dimensione sociale che incide sulla stessa consistenza dei suoi diritti. Ma perché il dibattito sui children's rights è per noi europei tanto difficile da seguire? Perché controverte con straordinario accanimento proprio l'aspetto che per noi Europei rappresenta il punto di partenza condiviso e del tutto scontato, e cioè che anche i minori di età abbiano diritti. E la ragione di questa distanza risiede nella nozione di rights-bearer propria della tradizione giuridica anglo-americana: “la persona che manca della capacità di provvedere a se stessa, a causa della sua età infantile, non rientra, o almeno è dubbio che rientri, tra coloro che l'ordinamento costituzionale considera titolari di diritti in senso pieno”. Ad avvicinare i due mondi non serve neanche la circostanza che il più importante documento internazionale sui diritti umani del secondo dopoguerra, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (1948), sia permeato della tradizione di civil law e “nel richiedere una lettura unitaria dell'elenco dei diritti alla luce dei principi generali” faccia riferimento insistente proprio al principio di dignità “il quale, nonostante tutta la sua problematicità, aspira comunque

a esserne il valore ultimo, suggerendo così, in definitiva, che le sue previsioni siano da intendersi come estese a tutte le persone umane, e quindi agli stessi minori di età”. Nella prospettiva del diritto internazionale Usa, la protezione del minore e nel contempo l'affermazione dei suoi diritti si pongono come due anime contraddittorie: lo si osserverà nella stessa Convenzione Onu (1989) che secondo la visione anglo-americana abbraccerebbe in modo inconciliabile le due contraddittorie visioni che al contrario l'Europa apprezza proprio perché, nelle due anime, legge un'aspirazione alla completezza.

Questa accusa di incoerenza, e inconciliabilità, deriva dalla considerazione che i numerosi diritti dei bambini contenuti nella Convenzione, intesi come pure istanze di self-determination nei più disparati aspetti dell'esistenza, sarebbero contraddetti o straordinariamente depotenziati dalla presenza, nella stessa Convenzione, di norme indirizzate ad una speciale protezione dei bambini, che consentono, e anzi impongono, decisioni assunte da altri in vista del loro bene. Mentre in precedenza l'ordinamento internazionale si era allineato perfettamente alla concezione anglo-americana perché aveva scelto la strada della protezione e del sostegno da parte degli adulti e della società intera e rifiutato la via del riconoscimento in capo ai bambini di diritti nel senso della tradizione liberale. Parliamo prima di tutto della Dichiarazione della Società delle Nazioni (1924), un documento di matrice britannica, scritto da Eglantyne Jebb, l'attivista inglese fondatrice dell'associazione Save the Children Fund, nata per fare fronte alle condizioni di estrema indigenza in cui versavano i bambini di molti paesi europei all'indomani della prima guerra mondiale. La Dichiarazione preferisce utilizzare il linguaggio dei doveri degli adulti verso i minori, enunciando obblighi morali nei loro confronti, fin dalla frase iniziale: “Gli uomini e le donne di tutte le nazioni, riconoscendo che l'umanità deve al bambino il meglio che essa ha da dare, dichiarano e accettano come loro dovere (duty)” e segue una lista di impegni in 5 punti.

Ma parliamo anche della Dichiarazione dei diritti dei bambini (1959) che assume principio dei best interests come criterio guida di orientamento protezionista o paternalistico. Ma mentre nella dichiarazione del 1959 i best interest of the child dovevano rappresentare la considerazione decisiva, nella Convenzione Onu rappresenteranno solo una considerazione primaria, una attenuazione voluta proprio perché gli interessi del minore non avrebbero dovuto, sempre e comunque, prevalere, bilanciando così il rischio di un diritto fondamentalmente tiranno perché tale proprio in ragione del soggetto che ne è titolare.

Il libro nell'affrontare il principio normativo e giurisprudenziale dei best interests of the child, un tema inequivocabilmente giuridico, ricorre però anche a riferimenti e a testi di pedagogia e di poesia. Un ricorso non casuale perché destinato a smontare “(...) la retorica che accompagna l'immagine del bambino nel giornalismo come nella pubblicità commerciale e nel mondo giuridico: qui le sentenze e i contributi dottrinari spesso cedono alla tentazione di riferirsi al facile stilema del superiore, o preminente, interesse del minore”. Entrano in campo due autori polacchi: il Premio Nobel per la letteratura Wislawa Szymborska (1923-2012) ed il pedagogo, scrittore e medico Janusz Korczak (pseudonimo di Henryk Goldszmit), contro l'idea “che i genitori e gli educatori siano autorizzati a guardare al bambino in funzione dell'individuo che diventerà, o meglio che si vuole che diventi, e non dell'individuo che è, e possano dunque considerarlo non tanto una persona quanto piuttosto un buon investimento per il futuro”. Mentre il bambino “è già una persona, e in quanto tale gode del diritto al rispetto, e

ad avere riconosciuta la propria dignità di essere umano, e di tutti i diritti fondamentali che da questa sua condizione discendono”.

Al protagonismo della Polonia dobbiamo la già citata Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo, stipulata a New York il 20 novembre 1989. Il pensiero di Korczak per quanto isolato nei ristretti confini polacchi fino al 1967, data della prima traduzione in inglese di alcuni suoi scritti, fa capolino nel corso del decennio di lavori della Commissione che darà vita alla Convenzione, grazie all’iniziativa della Polonia e alla ferma presidenza del gruppo di lavoro affidata al giurista e politico polacco Adam Lopatka. La Convenzione risulta così «indubbiamente nipote – più forse che figlia – di una nonna inglese e di un nonno europeo continentale, e presenta tratti genetici di entrambi i suoi antenati”. E ospita una netta contrapposizione ideologica tra *salvation* vs. *liberation* o, se si preferisce, *protection* vs. *autonomy*, che prende forma principalmente nell’accoglienza, o al contrario nel rifiuto, del paradigma dei *best interests*. Un paradigma che finisce per “ricoprire il ruolo di ostentato vessillo dell’orientamento protezionistico e, correlativamente, di nemico della prospettiva fondata sui *children’s rights* intesi nel senso della tradizione liberale come diritti di *self-determination*”.

Ma questo principio non rappresenta solo un criterio giudiziale per decidere casi concreti controversi. Lamarque lo segue nella sua evoluzione storica, nei passaggi da un clima culturale a un altro, da una dimensione nazionale a una internazionale e sovranazionale: nell’accumulazione di altri significati e altre funzioni che convivono e che pure entrano in competizione tra loro. E la sua analisi affronta così anche il ruolo rivestito dal principio dei *best interests of the child* in Europa, e in particolare presso le due corti europee di Strasburgo e di Lussemburgo, e dunque si interroga su quali ricadute esso possa avere nell’ordinamento italiano.

Lamarque ricorda poi che “il principio del preminente, o superiore, interesse del minore – così traduciamo la locuzione inglese – che da anni condiziona la legittimità delle scelte del legislatore nazionale e incide sui bilanciamenti in concreto tra diritti fondamentali compiuti dai giudici italiani, non ha soltanto un’origine esterna”. Ne esiste anche un’accezione di origine tutta interna, che la giurisprudenza costituzionale ha ricavato sulla base di una lettura sistematica ed evolutiva del testo della sola Costituzione italiana ancora prima che esso si affermasse in ambito internazionale ed europeo.

La versione italiana originaria del principio del preminente, o superiore, interesse del minore, allora, consiste nella difficile ma necessaria sintesi, nella ricerca del punto di equilibrio, tra le due opposte esigenze di rigidità e di flessibilità delle regole. Entrambe devono essere sempre tenute presenti, soppesate e infine poste in ragionevole bilanciamento tra loro e, di conseguenza, resta vietato ogni irragionevole e ingiustificato squilibrio nell’una o nell’altra direzione. Entrambe vivono nell’ordinamento italiano a livello costituzionale in almeno due accezioni differenti:

- a) di criterio che deve guidare la discrezionalità del legislatore nei suoi interventi generali a favore dei minori, da una parte;
- b) di criterio che deve guidare la discrezionalità del giudice per la risoluzione di un caso singolo, dall’altra parte. Nel secondo dei summenzionati significati il principio esprime l’esigenza di una soluzione individualizzata, ritagliata sul singolo minore, e dunque richiede

regole legislative flessibili e adattabili alle più varie e imprevedibili situazioni della vita e, correlativamente, impone che al giudice sia lasciato un ampio margine di manovra. Nella prima accezione (i.c. di criterio-guida per il legislatore) invece, il principio esprime l’esigenza esattamente opposta dell’individuazione una volta per tutte di una misura efficace di protezione del minore che versi in una determinata condizione di vulnerabilità, e dunque richiede regole rigide e non derogabili caso per caso dal giudice, pena il rischio della ineffettività della misura di protezione. Nel corso degli anni nella giurisprudenza il principio torna a presentarsi nel suo significato iniziale di fronte a vicende eticamente complesse o giuridicamente più controverse. Il dilemma è tra la necessità di rispettare una legge posta a tutela di tutti i bambini e quella, opposta, di prendere una decisione per il bene di un determinato bambino in deroga alla stessa legge. Un dilemma mediatico, ad esempio, nel caso Serena Cruz della fine degli anni Ottanta: qui la Corte di Appello di Torino farà prevalere la prima delle due esigenze stabilendo che una bambina portata in Italia in violazione delle norme sull’adozione internazionale non può comunque essere lasciata alla coppia resasi responsabile di avere violato la legge. La nostra Costituzione rafforza questo orientamento di massima garanzia del minore di età: infatti, accanto alla concezione dignitaria dei diritti e al principio personalistico in generale, rivolge particolare cura alla persona in crescita, affermando la necessità sia di una tutela delle formazioni sociali all’interno delle quali la persona si sviluppa, sia di una tutela della persona stessa contro le formazioni sociali nelle quali lo sviluppo è minacciato o compromesso, come emerge da una inequivoca e consolidata lettura dell’art. 2 Cost., e cioè soprattutto qualora la persona si trovi inserita in una formazione sociale indipendentemente dalla propria volontà, cosa che accade ai figli nella famiglia. E, come se non bastasse, la Costituzione italiana pone accanto ai diritti costituzionali comuni a tutti, adulti e minori, alcuni diritti fondamentali di tipo prevalentemente sociale dedicati in modo specifico ai minori: dal diritto di ricevere una particolare protezione da parte dei pubblici poteri in ragione dell’età infantile o giovanile al diritto dei minori-figli, in quanto parti ‘deboli’ del rapporto di filiazione, non solo di essere mantenuti, educati e istruiti dai propri genitori, ma anche di essere comunque mantenuti, educati e istruiti, sulla base di appositi istituti legislativi di sostegno, in caso di incapacità dei genitori. Lamarque conclude che trovare una chiara risposta a questi dilemmi non è facile, ma un punto fermo sì: “Qualunque cosa sia l’interesse del minore, qualunque sia la sua funzione, esso non è tutto fumo, ma è anche sostanza. Se un imbroglio e una finzione ci sono, risiedono soltanto nella sua affermata assoluta prevalenza, o *paramountcy*, rispetto a qualsiasi altro bene della società o a qualsiasi altro diritto o interesse di altre persone”. Affermare la preminenza assoluta dell’interesse del minore “(...) significa alimentare un grande desiderio individuale e un’utopia collettiva, perché ogni bambino, e l’infanzia stessa, recano con sé facili promesse di riscatto e di felicità nell’avvenire, e ciò tanto più quando gli adulti non vogliono o non sono in grado né di assumersi le proprie responsabilità nei confronti della società, né di occuparsi concretamente, qui e ora, delle persone dei bambini con cui hanno a che fare”. Ma è pur vero – conclude Lamarque – che “(...) negarla, invece, richiede uno sforzo della razionalità e della volontà che non sempre siamo disposti a fare, perché nessuno di noi rinuncia facilmente a propri sogni”.