

## **“Bambini e diritti umani”**

**di Isabel Fanlo Cortés\***

Testo della lezione tenuta il 6 aprile 2011, nell’ambito del ciclo di incontri su “I diritti umani: trasformazioni, aporie, violazioni [II]”, Seminario di Teoria Politica e Filosofia Pratica, Università degli studi di Modena e Reggio Emilia, Dipartimento di Scienze Giuridiche\*\*.

**SOMMARIO: I. Introduzione storica: i bambini e il processo di specificazione dei diritti umani. II. Dall’indifferenza nei confronti della condizione infantile alla “invenzione” del bambino. III. Specificità dei diritti umani della/del bambina/o.**

### ***I. Introduzione storica: i bambini e il processo di specificazione dei diritti umani***

Un dato che spesso si trascura di considerare è che l’applicazione del linguaggio dei diritti ai bambini costituisce un fenomeno storico relativamente recente.

E’ vero che la prima dichiarazione internazionale almeno formalmente dedicata ai diritti dei bambini risale al 1924 (c.d. Dichiarazione di Ginevra), ma è altrettanto vero che la formula “diritti dei bambini” è entrata a far parte a pieno titolo del lessico giuridico e politico solo a partire da qualche decennio, grosso modo a partire dagli anni Settanta del ventesimo secolo.

La storia dei diritti dei bambini è dunque una storia relativamente breve, almeno se posta a confronto con quella dei diritti dell’uomo astrattamente considerato o dei diritti umani che dir si voglia.

E’ importante tenere a mente le principali tappe che scandiscono la storia, tutta occidentale, dei diritti umani, perché è nel solco di quella storia più recente che si colloca il fenomeno dei diritti dei bambini: diritti che, per usare una nota

---

\* Ricercatrice e docente presso la Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Genova. Email: Isa.Fanlo@unige.it

\*\* Ringrazio molto i Proff. F. Belvisi, T. Casadei e F. Zanetti per l’invito.

Per approfondimenti e ulteriori riferimenti bibliografici rinvio a I. Fanlo Cortés, *Bambini e diritti. Una relazione problematica*, Giappichelli, Torino 2008.

espressione di Norberto Bobbio [*L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990], possono essere considerati uno dei prodotti del processo di “specificazione” dei diritti umani.

Sono trascorsi ormai più di tre secoli da quando l'idea, tipicamente moderna, secondo cui ogni essere umano in quanto tale, a prescindere dalla classe o dal genere di appartenenza, dall'età o dal colore della pelle, è titolare di alcuni diritti che gli spettano come proprietà naturali (di qui la formula “diritti naturali”), comincia a essere elaborata nelle opere dei padri del giusnaturalismo contrattualista. Questa idea serviva ai teorici del contratto sociale che sono anche, almeno nel caso di John Locke [*Two Treatises of Government* (1689), trad. it. a cura di L. Pareyson, *Due trattati sul governo e altri scritti politici*, Utet, Torino 1983] i teorici dei diritti naturali, a fondare una dottrina sui limiti del potere assoluto: in altri termini, la caratterizzazione del potere politico in termini di potere assoluto non è più giustificabile proprio perché gli esseri umani sono titolari di alcuni diritti “naturali” di cui nessuna autorità può privarli.

In quest'ottica, l'affermazione dell'esistenza di diritti naturali si inserisce nel quadro delle teorie giustificative dei limiti del potere politico: al loro esordio, infatti, i diritti operano anzitutto come *limiti* alle pretese assolutistiche del potere monarchico.

Come noto, in bocca a Locke e ai giusnaturalisti, l'idea dei diritti naturali era semplicemente il contenuto di una dottrina filosofica, che non aveva altro valore se non quello di esprimere un'esigenza ideale, un'aspirazione che avrebbe potuto realizzarsi solo quando qualche legislatore illuminato l'avesse recepita in un documento giuridico.

E' solo alla fine del Settecento che l'affermazione dell'esistenza di diritti naturali che spettano a tutti gli esseri umani e che nessun potere politico può violare, viene accolta nelle note dichiarazioni di diritti che precedono le costituzioni degli Stati liberali moderni. Mi riferisco, in particolare, alla *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* emanata nella Francia rivoluzionaria del 1789 e, ancor prima, alla *Dichiarazione d'indipendenza degli Stati Uniti d'America* del 1776, il cui Preambolo recita così: «Noi riguardiamo come incontestabili ed evidenti per se stesse le seguenti verità: che tutti gli uomini sono stati creati eguali, che essi sono stati dotati dal creatore di certi diritti inalienabili, che tra questi diritti ci sono, in primo luogo, la vita, la libertà e la ricerca della felicità».

Da questo momento in poi i diritti naturali (di cui i diritti umani, se vogliamo, costituiscono la versione novecentesca) non sono più l'oggetto di mere rivendicazioni contenute in trattati filosofici, ma diventano vere e proprie pretese giuridiche riconosciute e protette contro eventuali violazioni da parte dei privati cittadini e dei pubblici poteri.

Si tratta della prima fase della c.d. positivizzazione dei diritti umani, ma a scandire la storia della progressiva affermazione dei diritti umani contribuiscono ulteriori tappe.

La prima, che trasforma i diritti proclamati nelle dichiarazioni di fine Settecento in diritti pubblici soggettivi, seppure nell'ambito ristretto dei confini di una nazione, è stata la loro costituzionalizzazione: costituzionalizzazione che si è realizzata attraverso la ricezione delle dichiarazioni dei diritti dapprima nelle costituzioni liberali ottocentesche (costituzioni *flessibili* che il legislatore poteva modificare) e successivamente nelle costituzioni democratiche novecentesche (costituzioni *rigide* nelle quali i diritti operano come limite al potere legislativo).

La seconda tappa, iniziata a metà del XX secolo con la Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948 come risposta alle tragiche esperienze delle guerre mondiali e del totalitarismo, consiste nella c.d. internazionalizzazione dei diritti umani, per effetto della quale la loro tutela si sposta dal sistema interno al sistema internazionale, offrendo per la prima volta, almeno in linea teorica, la possibilità a ciascun individuo di far valere i suoi diritti anche oltre i confini nazionali ed eventualmente contro il proprio Stato.

La terza tappa - ma in questo caso più che di una tappa bisognerebbe parlare di un'evoluzione continua tuttora in atto, trasversale alle precedenti tappe - coinvolge direttamente i bambini e consiste in quello che, come ricordavo all'inizio, Norberto Bobbio ha denominato come processo di "moltiplicazione dei diritti umani per specificazione".

Tale processo di moltiplicazione dei diritti per specificazione si è realizzato su due fronti: quello dei contenuti e quello dei titolari.

Per quanto riguarda il primo fronte, se le dichiarazioni di fine Settecento contemplavano un paniere piuttosto ristretto di diritti (il diritto alla vita, alla proprietà, alla libertà, alla sicurezza, alla ricerca della felicità e pochi altri), il Novecento vede una progressiva estensione del catalogo dei diritti umani, che rende

necessario il ricorso a un nuovo, e oggi molto diffuso criterio classificatorio: il criterio di classificazione dei diritti umani per “generazioni”.

Così, nella *prima* generazione di diritti si fanno in genere rientrare i diritti di libertà: non solo quelli previsti dalle dichiarazioni di fine Settecento (diritto alla vita, diritto di proprietà, diritto alla libertà di opinione, le garanzie processuali), ma anche altri diritti di libertà a contenuto c.d. negativo, il cui riconoscimento è stato più tardivo (per es. il diritto di associazione, che non era contemplato neppure dallo Statuto Albertino e per decenni rimase in balia del diritto di polizia).

Dopo i diritti di libertà, è stata la volta dei diritti politici (o diritti di *seconda* generazione), ascritti prima ai soli uomini colti e ricchi, poi ai soli uomini e, infine, estesi anche alle donne nel corso del Novecento.

Con le costituzioni democratiche del secondo dopoguerra si è giunti poi al riconoscimento dei diritti c.d. sociali o diritti di *terza* generazione (come il diritto alla salute, all'istruzione, al lavoro), il cui soddisfacimento dipende da un intervento *attivo* da parte dello Stato o di altre istituzioni pubbliche, e per questo motivo sono anche detti diritti a contenuto c.d. positivo.

Infine, si parla in genere di diritti di *quarta* generazione per riferirsi a una categoria alquanto eterogenea in cui confluirebbero, ad esempio, i diritti culturali, i diritti a un ambiente salubre, i diritti alla pace e alla sicurezza internazionale, nonché i diritti c.d. bioetici, legati allo sviluppo delle scoperte scientifiche e delle nuove tecnologiche soprattutto in campo biomedico.

Come accennato, però, il processo di specificazione dei diritti umani si sviluppa anche su un altro fronte, decisivo per i bambini, e cioè sul fronte dei soggetti titolari.

Anche se le dichiarazioni dei diritti di fine Settecento sembrano fare riferimento a un modello di soggetto umano astrattamente considerato e, dunque, in apparenza “neutrale”, in realtà - come già avevano notato a loro tempo Marx e, ancor prima, alcune antesignane del femminismo come Olympe de Gouges - il concetto di umano sotteso alla grammatica dei diritti è, almeno da un punto di vista storico, profondamente condizionato dall'appartenenza a una certa classe sociale, a un certo genere, a una certa fascia d'età, e così via. L'“essere umano” dei diritti umani denota, in altri termini, un tipo particolare di uomo: maschio, bianco, proprietario, borghese, occidentale, eterosessuale e, possiamo aggiungere, anche adulto e razionale.

Di qui l'esigenza - che comincia a trovare espressione a livello internazionale nel corso della metà del Novecento - di rideclinare il linguaggio dei diritti tenendo conto delle specifiche esigenze e pretese legate alla condizione di donna, di bambina/o, di soggetto disabile, e così via. Un'esigenza per la verità non condivisa da tutte le femministe né da tutti i difensori della causa dei bambini, ma sì da coloro che ritengono che l'origine particolaristica del linguaggio dei diritti non infici il carattere universale delle istanze rivendicate attraverso l'impiego di questo linguaggio. Personalmente condivido la tesi metodologica secondo cui si può, e anzi si deve, distinguere analiticamente la questione relativa alla genesi dei diritti dalle questioni relative al loro status ed alla loro legittimazione [in questo senso cfr. L. Bacelli, *Il particolarismo dei diritti. Poteri degli individui e paradossi dell'universalismo*, Carocci, Roma 1999; O. Höffe, *Déterminer les droits de l'homme à travers une discussion interculturelle*, in "Revue de métaphisique et de morale", 4, 1997, pp. 461-495].

Con specifico riferimento ai bambini - ma considerazioni analoghe potrebbero valere anche in relazione ad altre categorie di soggetti "deboli" o percepiti come tali - occorre certo fare i conti con le difficoltà derivanti dal fatto che il concetto di diritto in senso soggettivo sia nato e si sia successivamente sviluppato avendo come esclusivo punto di riferimento i bisogni, gli interessi e le aspettative di un certo modello di soggetto titolare, con le caratteristiche tipiche dell'adulto (razionalità, capacità di agire e così via), ma ciò non rende necessariamente superfluo o inadeguato l'impiego del linguaggio dei diritti in relazione ai bambini, come pure alcune autrici e autori sostengono [ad esempio: O. O'Neill, *Children Rights and Children Lives* (1998), ora in P. Alston, S. Parker, J. Seymour, eds., *Children, Rights and the Law*, Clarendon Press, Oxford 1992, pp. 24-42; C. Wellman, *The Growth of Children's Rights*, in "Archiv für Rechts und Sozialphilosophie", 1984, pp. 441-453; E.H. Wolgast, *The Grammar of Justice* (1987), trad. it. a cura di S. Coyaud, *La grammatica della giustizia*, Ed. Riuniti, Roma 1991].

Peraltro, così come nel corso dei secoli il catalogo dei diritti umani si è progressivamente ampliato, qualcosa di analogo si è verificato, a partire dal secondo dopo guerra, in relazione al catalogo dei diritti specificatamente riconosciuti ai bambini. Infatti, se le prime dichiarazioni internazionali dedicate ai diritti dei bambini (segnatamente, la già citata Dichiarazione di Ginevra del 1924 e la Dichiarazione internazionale sui diritti del fanciullo del 1959) si limitavano a

enunciare alcuni diritti sociali, culturali ed economici, nel 1989, la Convenzione sui diritti dei bambini approvata dall'Assemblea delle Nazioni Unite (e ratificata dal Parlamento italiano con la Legge 176/1991) riconosce in capo ai minori il godimento di alcuni diritti di libertà, come la libertà di coscienza, espressione e religione, considerati tradizionalmente esclusiva prerogativa degli adulti (si tratta, appunto, dei “nuovi” diritti del bambino, sui quali torneremo alla fine della lezione). Il percorso di riconoscimento dei diritti dei bambini si è realizzato, dunque, in senso contrario rispetto a quanto è avvenuto in relazione agli adulti: infatti, mentre per questi ultimi, la tensione espressa dagli accordi internazionali, come dalle costituzioni novecentesche, sembra segnare la necessità di sostanziare le c.d. libertà borghesi nella lotta alle diseguaglianze economiche, sociali e culturali, per il minore, la codificazione, per certi versi già acquisita, dei diritti di c.d. terza e in parte di quarta generazione tende ad estendersi, solo alla fine degli anni Ottanta, alle libertà civili e politiche.

## **II. *Dall'indifferenza nei confronti della condizione infantile alla “invenzione” del bambino***

Specie a partire dalla fine degli anni Settanta, anche in concomitanza alla diffusione in quasi tutto l'Occidente di istanze riformatrici del diritto di famiglia, questo “nuovo” fenomeno dei diritti dei bambini sembra riscuotere un progressivo successo, a livello di cultura giuridica sia esterna, sia a interna, tanto in Europa continentale, quanto nel contesto anglosassone (in quest'ultimo contesto il tema dei diritti dei bambini trova tuttavia maggiore approfondimento sul piano teorico). Sintomo di tale successo è, ad esempio, il fatto che la già citata Convenzione ONU sui diritti del fanciullo del 1989 sia ancor oggi il trattato internazionale in materia di diritti umani ad aver raccolto il più ampio numero di adesioni nella storia: tutti gli Stati del mondo, a eccezione degli Stati Uniti e della Somalia, hanno provveduto alla sua ratifica pur con eventuali riserve.

Sul successo riscosso a livello internazionale dai diritti dei bambini, pesano diversi fattori culturali, sociali, politici, non ultima la centralità rivestita nel dibattito etico contemporaneo dai discorsi in termini di diritti. Benché le attuali politiche di governo dei fenomeni sociali sembrano, a ben vedere, privilegiare il linguaggio dei divieti piuttosto che quello dei diritti, nel dibattito teorico-politico occidentale si tende a considerare i diritti umani come una sorta di codice etico e

giuridico universale, una sorta di “religione laica”, capace di offrire la cornice normativa entro la quale i problemi sociali possono essere affrontati e gestiti. Nel caso specifico dei diritti dei bambini, ritengo tuttavia che un ruolo rilevante debba essere riconosciuto a un fenomeno che, pur venendo da lontano, ha prodotto effetti significativi sull’atteggiamento della cultura giuridica tardo novecentesca nei confronti dei bambini. Mi riferisco al fenomeno della “scoperta” o “invenzione” del bambino.

A partire dalla pionieristica, e forse per questo assai nota, analisi condotta da Ph. Ariès negli anni Sessanta [*L’enfant et la vie familiale sous l’Ancien Régime* (1960), trad. it. *Padri e figli nell’Europa medievale e moderna*, Laterza, Bari, 1981] è opinione molto diffusa che la categoria dell’infanzia, almeno così come siamo abituati a percepirla noi oggi, quale fase distinta e autonoma dell’esistenza umana meritevole di particolari cure e attenzioni, non abbia sempre fatto parte del patrimonio culturale occidentale, rappresentando piuttosto un prodotto della modernità, grosso modo risalente alla fine del XVII secolo. Per quanto ci sia disaccordo sull’esatto periodo storico a cui far risalire la nascita di quello che Ariès chiama il “sentimento dell’infanzia” - cui è legato il sentimento di maternità e paternità (sentimenti molto meno innati e “naturalisti” di quanto saremmo portati a credere) - quel che conta è che anche i bambini, un po’ come i loro diritti, sono un prodotto della modernità. O meglio, a essere un prodotto della modernità non sono certo i bambini come persone in carne e ossa, bensì il nostro *concetto* di bambini come soggetti dotati di caratteristiche tipicamente infantili, ovvero di quelle prerogative, per lo più psicologiche (di debolezza, immaturità, dipendenza, e così via), che, secondo un diffuso modo di pensare, contraddistinguono la condizione del bambino rispetto a quella dell’adulto. Fra le altre, la considerazione che si tratti di un soggetto in continua evoluzione: idea, questa, difficilmente concepibile nell’ambito di un costrutto sociale (si pensi all’epoca medievale, ma non solo) dove il bambino, da una condizione di “cucciolo d’uomo” da svezzare, passava, senza soluzione di continuità, a quella di “piccolo uomo”, non appena la sopravvivenza alle malattie infantili o la capacità di sopportare la fatica di un lavoro glielo permettessero.

Quel che è importante rilevare è che un po’ in tutti i campi, questo processo di “invenzione” dell’infanzia si realizza all’insegna del riconoscimento delle caratteristiche distintive tra adulti e bambini e coincide, potremmo dire, con il

superamento di un diffuso atteggiamento di indifferenza nei confronti della specificità della condizione infantile.

Un atteggiamento culturale, quello dell'indifferenza, ben rappresentato nell'arte rinascimentale dove i bambini vengono raffigurati come adulti in miniatura, e che trova espressione teorica nelle dottrine creazioniste che dominano il clima intellettuale pre-illuminista. Mi riferisco alle dottrine c.d. preformazioniste, secondo le quali ciascun essere umano è il prodotto di un atto istantaneo di creazione e, dunque, fin dal suo nascere, un uomo o una donna in formato ridotto: le differenze tra adulti e bambini sono meramente quantitative, riguardano le dimensioni del corpo, non aspetti qualitativi, come la razionalità, le competenze logiche e cognitive (ciò giustifica, ad esempio, l'adozione di sistemi educativi molto rigidi, che non tengono conto delle limitate capacità di apprendimento dei più piccoli).

La stessa indifferenza ha costituito per secoli, del resto, l'unica possibile risposta adattiva a circostanze economico-sociali nelle quali, specie tra le classi più povere, le numerose bocche da sfamare e gli alti tassi di mortalità infantile non concedevano molto spazio allo sviluppo di atteggiamenti di tenerezza e di considerazione nei confronti della specificità della condizione infantile.

La "invenzione" del bambino, dicevo, si realizza in tutti i campi, ivi compreso l'ambito giuridico, sotto il segno dell'identificazione e della valorizzazione delle differenze tra adulti e non adulti, ora non più negate: illuminante, a questo proposito, è quanto avviene in Europa a seguito del processo di codificazione. Qui l'agnosticismo mostrato dai codici liberali ottocenteschi nei confronti delle esigenze materiali e psicologiche legate alle età delle persone (funzionale anche all'esigenza illuministica di semplificazione, a cui ben risponde il modello di soggetto unico di diritto: cfr. G. Tarello, *Ideologie settecentesche della codificazione e strutture dei codici*, in S. Castignone, R. Guastini, G. Tarello, a cura di, *Introduzione teorica allo studio del diritto*, E.C.I.G., Genova 1984) è ancora il riflesso del paradigma della indifferenza, i cui strascichi sono evidenti nell'impianto originario del codice civile italiano del '42. Tale paradigma, nel nostro paese come altrove in Europa, viene superato grazie al consolidarsi di un opposto atteggiamento ideologico, ispirato al principio del c.d. *favor minoris*, che ispirerà le grandi riforme legislative introdotte in materia di diritto di famiglia tra gli anni Sessanta e Settanta in quasi tutti gli ordinamenti occidentali. Si tratta di riforme basate per lo più sulla considerazione



secondo cui la minore età, nel rilevare alcune differenze specifiche, comporta l'esigenza di un trattamento giuridico differenziato: un'esigenza che viene ben presto tradotta nella creazione di una nuova e autonoma branca del diritto – il c.d. diritto minorile – e nell'istituzione, in molti paesi, di tribunali specializzati (è il caso del Tribunale per i minorenni operante in Italia dal 1934).

All'affermazione del modello della *differenza* legato alla “invenzione” del bambino contribuiscono diversi fattori: tra gli altri, un certo e diffuso modo di concepire e interpretare lo sviluppo del bambino (in termini di stadi evolutivi) tuttora prevalente nel campo delle scienze sociali e psicologiche. Mi riferisco alla concezione evolutiva, teorizzata, tra gli altri, dallo psicologo francese Jean Piaget [*La naissance de l'intelligence chez l'enfant* (1936), trad. it. *La nascita dell'intelligenza nel bambino*, La Nuova Italia, Firenze 1973] e ispirata all'idea che lo sviluppo del bambino avvenga attraverso una successione di stadi in cui si maturano tipi sempre più complessi di competenze concettuali fino all'acquisizione delle capacità logico-formali e al raggiungimento del carattere “universale” dell'età adulta, ossia la razionalità.

Lo stesso paradigma della differenza è peraltro quello dominante nella tradizione filosofica e politica di stampo liberale, dove il minorenni è in genere concepito come soggetto debole da proteggere, cittadino solo potenziale, tendenzialmente escluso dal godimento dei diritti di libertà, almeno fino all'acquisto della capacità di agire. Così era per John Locke – notevole precursore del modello della differenza e, non a caso, acerrimo critico dell'innatismo che permeava le dottrine preformazioniste di cui si è detto –, che, dovendo individuare un criterio distintivo in base al quale stabilire chi poteva rientrare nella cerchia dei contraenti nel patto istitutivo della società, fonda tale criterio sul possesso della capacità di agire e della razionalità, lasciando fuori le donne (considerate ai tempi, come noto, soggetti irrazionali per definizione) e ovviamente i bambini. Ma non molto diversa è la soluzione adottata, secoli dopo, da John Rawls [*A Theory of Justice* (1971), trad. it. a cura di U. Santini, *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano 1991], il quale esclude i bambini dalla sfera degli eguali nella posizione originaria, compiendo così un'operazione poco coerente con l'impianto interno della sua *Theory of Justice*. Dopo aver escogitato l'espedito del “velo di ignoranza” al precipuo scopo di rendere i decisori inconsapevoli della propria condizione di partenza (per cui a ciascuno di essi conviene mettersi nei panni di “tutti”), stabilisce, infatti, che i

bambini vengano invece rappresentati da un capofamiglia il quale, più che calarsi nel ruolo di bambino, sembra promuovere i suoi interessi come se si trattasse di interessi di una persona diversa da sé, ciò peraltro in contrasto alla definizione rawlsiana di famiglia come istituzione sociale - comunità non naturale, bensì convenzionale - alla quale, come tale, dovrebbe essere esteso, senza eccezioni, il paradigma contrattuale e individualistico previsto in *A Theory of Justice*.

Nonostante il suo duraturo successo, il modello interpretativo della minore età ispirato al modello evolutivo della differenza conosce alterne vicende, ed è a più riprese contestato, ora da chi rivendica l'importanza del ruolo del bambino, da intendersi come *già* cittadino, nel funzionamento del sistema della rappresentanza democratica [A. Baratta, *Infanzia e democrazia. Per una interpretazione dinamica della Convenzione internazionale sui diritti del bambino*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", XXIX, 2, 1999, pp. 495-525], ora da chi, come i cultori della c.d. nuova sociologia dell'infanzia, ne enfatizza le capacità in termini di attore sociale competente. In buona sostanza, questi sociologi, in aperta critica alla concezione evolutiva di Piaget e alla teoria tradizionale della socializzazione, sostengono che i bambini, fin da piccoli, lungi dall'imitare passivamente i modelli comportamentali degli adulti, avrebbero un ruolo attivo nella conoscenza del mondo e, attraverso l'interazione con il gruppo dei pari e con gli adulti, sarebbero in grado di sviluppare le competenze necessarie alla riproduzione di un proprio mondo sociale [ad esempio L. Alanen, *Rethinking Childhood*, in "Acta Sociologica", XXXI, 1, 1988, pp. 53-67; Qvortrup, J., *Childhood in Europe: A New Field of Social Research*, in L. Chisholm, P. Buchner, H. Kruger, M. du Bois-Reymond, eds., *Growing Up in Europe: Contemporary Horizons in Childhood and Youth Studies*, DeGruyter, Berlin 1995].

### **III. Specificità dei diritti umani della/del bambina/o**

Il successo riscosso dal linguaggio dei diritti dei bambini - un linguaggio che, lungi dal venir univocamente inteso, nasconde in realtà non poche ambiguità e contraddizioni [P. Ronfani, *I diritti del minore. Cultura giuridica e rappresentazioni sociali*, Guerini, Milano 1995] - serve non solo a misurare la distanza con il mondo reale, lo scarto tra essere e dover essere, suscitando quindi qualche legittima riserva sul piano dell'effettiva applicazione di questi diritti (che spesso si rivelano

meri diritti di “carta”). Sul piano del dibattito teorico esso tende spesso a oscurare la problematicità che, sotto diversi profili, caratterizza la relazione tra diritti e bambini. Una relazione che non solo mette a confronto due nozioni controverse e costruite sotto il segno di contrasti teorici e ideologici, ma risente, per così dire, di una sfasatura temporale.

Per dirla in termini un po' tranchant, la “invenzione” dei diritti – nella loro prima versione storica che è quella dei diritti naturali – anticipa, come abbiamo visto all'inizio, la “invenzione” del bambino nel senso sopra chiarito, e cioè del bambino come siamo abituati a percepirlo noi oggi, come soggetto diverso dall'adulto e dunque meritevole di uno speciale trattamento sul piano morale e giuridico. Conseguentemente, la grammatica dei diritti umani non poteva che nascere e svilupparsi avendo come punto di riferimento i bisogni, gli interessi, le aspettative di un certo modello antropologico, che, come detto, oltre a essere maschio, bianco, borghese, proprietario, eterosessuale, è sicuramente già adulto.

Ma proprio nella problematicità della relazione bambini-diritti, risiede forse il suo principale motivo di interesse teorico che consiste, come ho cercato di dimostrare nella mia ricerca, nel catturare alcune aporie, forzature, condizionamenti ideologici che caratterizzano l'apparato teorico/concettuale dei diritti in generale, portando alla ribalta questioni e nodi irrisolti, se non del tutto trascurati da parte della teoria liberale classica.

In particolare, a essere in chiamato in causa è l'approccio liberale più fedele alla tradizione, responsabile: *i*) non solo, come accennato nella sezione precedente, di una certa caratterizzazione della minore età, intesa come sinonimo di incapacità, irrazionalità, esclusione dai processi di deliberazione democratica, che ha giocato una significativa influenza negli ordinamenti giuridici liberali, *ii*) ma altresì di una caratterizzazione in senso minimalista dei diritti, concepiti ora come strumenti di rivendicazione di sfere protette di autonomia e controllo à la Herbert Hart [H.L.A. Hart, *Are there any Natural Rights?* (1955), trad. it. *Esistono diritti naturali?*, in V. Frosini, a cura di, *Contributi all'analisi del diritto*, Giuffrè, Milano 1964, pp. 81-104; Id., *Legal Rights* (1973), ora in Id., *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford 1982, pp. 162-193], ora come strumenti di tutela della libera capacità di agire degli individui in vista del raggiungimento di scopi razionali [così M. Ignatieff, *Human Rights as Politics and*

*Idolatry*, ed. by A. Gutmann, (2001), trad. it., *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Feltrinelli, Milano 2003.].

A questo proposito e a mo' di conclusione, mi limiterò ad accennare a due nodi problematici che, a mio parere, l'applicazione del linguaggio dei diritti umani ai bambini contribuisce a porre in evidenza.

Il primo problema, spesso e ingannevolmente presentato come problema di carattere concettuale, ma che in realtà riguarda più la "ragione" dei diritti che non la definizione del relativo termine, concerne la stessa plausibilità di considerare il bambino, in quanto essere privo delle caratteristiche tipiche dell'agente morale, come soggetto titolare di diritti.

Il problema, così formulato, può destare un certo stupore, almeno alla luce dei sempre più numerosi documenti normativi che attribuiscono diritti ai bambini. In realtà, la questione messa in discussione riguarda se tali diritti (e mi riferisco, in particolare, a diritti a contenuto positivo del minore, come il diritto a un'adeguata protezione sociale o il diritto all'educazione, i primi, lo abbiamo visto, ad aver trovato riconoscimento giuridico a livello internazionale), siano da intendersi, al di là della terminologia impiegata da legislatori e giudici, come veri diritti.

In effetti, stando a una certa concezione dei diritti e, in particolare, a quella più fedele alla tradizione giuridica liberale, altrimenti nota come concezione volontaristica dei diritti o, nei contesti anglosassoni, come *will* o *choice theory*, l'elemento che definisce un diritto soggettivo è il potere: la volontà o discrezionalità del titolare in relazione al contenuto del diritto. Nell'opinione di uno dei più insigni sostenitori di questa concezione, Herbert Hart, ciò che rende certa l'affermazione che un soggetto abbia un diritto è che questi si trovi nella condizione morale o giuridica, a seconda dei casi, di poter determinare, mediante un atto di scelta individuale, il comportamento di un altro soggetto, interferendo in tal modo nella sua sfera di libertà. Per usare l'efficace metafora hartiana, il titolare di un diritto soggettivo gode tipicamente di una "posizione speciale", paragonabile a quella di un "sovrano su scala ridotta", in quanto libero di scegliere «as to whether the corresponding duty shall be performed or not» [H.L.A. Hart, *Definition and Theory in Jurisprudence* (1953), ora in Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford 1983, pp. 21-48, p. 35].

Ora, è chiaro che, in base a tale concezione, dalla cerchia ristretta dei “veri” diritti, o presunti tali, rimangono fuori i diritti che è più plausibile riconoscere ai bambini (come i già citati diritti a un’adeguata protezione sociale e all’educazione), ma, in generale, tutte quelle aspettative, anche degli adulti, il cui soddisfacimento non dipende da un atto volontaristico o potestativo del titolare ma è rimessa all’iniziativa altrui: è il caso appunto di diritti a contenuto positivo o diritti a una certa prestazione come i diritti sociali. Proprio per questo motivo, il filosofo del diritto scozzese Neil MacCormick, in un famoso saggio pubblicato nel 1976, indicò i diritti dei bambini come un “banco di prova” per le teorie dei diritti, criticando la concezione volontaristica proprio in quanto incapace di dar conto della sensatezza dell’attribuzione di diritti ai bambini [N. MacCormick, *Children’s Rights: a Test-case for Theories of Rights*, in “Archiv für Rechts and Sozialphilosophie”, LXII, 1976, pp. 305-317]. La concezione alternativa difesa da MacCormick, e con lui da molti altri autori, è la c.d. *interest theory* (o teoria degli interessi), secondo cui l’elemento caratterizzante dei diritti non è un elemento di carattere soggettivo (come il potere o la volontà), bensì un elemento di carattere oggettivo (“oggettivo” almeno in relazione ai fini perseguiti dal sistema normativo di riferimento) ravvisabile nella tutela di interessi o necessità umane (come l’alimentazione, la salute, l’educazione, e così via) considerati di tale importanza per il soggetto da giustificare l’imposizione di doveri in capo a terzi.

Al di là della polemica tra sostenitori della *will theory* e sostenitori della *interest theory*, ci interesse notare come il caso dei bambini consenta, a una più attenta analisi, di porre in luce un malinteso essenzialismo che vizia buona parte dell’attuale dibattito contemporaneo sui diritti: dibattito in cui si tendono a fornire le stesse indistinte risposte tanto a problemi di definizione concettuale, quanto a problemi etico-normativi. Così, considerazioni legate a precise opzioni di carattere etico-normativo (ad esempio l’idea che i diritti possano essere attribuiti solo a soggetti capaci di agire, ossia ad agenti morali capaci di far valere le proprie posizioni soggettive favorevoli), vengono presentate come constatazioni circa la “vera” natura dei diritti o il “vero” concetto di diritto soggettivo.

Almeno se ci riferiamo a uno dei più noti e collaudati impianti analitici sui diritti – quello elaborato da Wesley N. Hohfeld nel 1929 [W. N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* (1923), trad. it. a cura di M. G. Losano, *Concetti giuridici fondamentali*, Einaudi, Torino 1969] – e alla tesi della

correlazione logica tra diritti e doveri che caratterizza tale impianto, non ci sono ragioni (concettuali) per negare che anche i bambini piccoli siano titolari dei diritti (diritti-pretesa) correlativi ai doveri (degli adulti), il cui esercizio, e i connessi diritti-poteri, sono attribuiti a rappresentanti capaci di agire.

Altro tipo di ragioni, non concettuali, bensì normative, sottostanno invece alle questioni relative a *quali* diritti siano ascrivibili ai bambini (rispettivamente, “piccoli” e “grandi”), alla loro portata e ai loro limiti, specie in relazione ai correlativi doveri, di protezione e tutela, degli adulti.

E proprio su questo terreno sicuramente più fecondo che si radica il secondo ordine di problemi, squisitamente etico-normativo, ma con importanti risvolti sul piano concettuale e su quello tecnico-giuridico. Un ulteriore nodo problematico per la teoria liberale, che concerne però, questa volta, i “nuovi” diritti del bambino menzionati alla fine della prima sezione.

Con l'espressione ‘nuovi diritti del bambino’ ci si riferisce in genere a due diverse categorie di diritti: da un lato, i già citati diritti di libertà enunciati dagli articoli 13, 14, 15 e 16 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo del 1989 (libertà di opinione, di informazione, di coscienza e di religione, diritto alla privacy) e, dall'altro, gli specifici diritti procedurali previsti dalla Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori adottata a Strasburgo nel 1996, dei quali il c.d. diritto all'ascolto rappresenta il fulcro portante.

Proprio il - timido, invero, come vedremo tra poco - riconoscimento giuridico di alcuni spazi di libertà al bambino ha contribuito a portare alla ribalta il problema del paternalismo e delle misure di tutela nei confronti del minore, considerato però da un punto di vista del tutto inedito nella tradizione liberale: ossia quello dei limiti e della giustificazione di tali misure. Il problema che ci si pone è: fino a che punto gli adulti, intesi sia come singoli, sia come istituzioni, possano legittimamente interferire nelle scelte personale operate dai minorenni (soprattutto se non più bambini), sostituendo la propria volontà alla loro, specie se dal punto di vista dell'adulto tale interferenza risponde alla necessità di evitare un danno futuro?

Si tratta, dicevo, di un problema in genere trascurato. Come sappiamo, la tradizione liberale è proverbialmente restia ad ammettere limitazioni della libertà del singolo, ivi comprese quelle sortite da norme o condotte di tipo paternalistico, che non risultino giustificate dal principio del danno ad altri. Ma ciò solo quando il

singolo in questione sia un soggetto adulto. Nel caso dei bambini, invece, quest'atteggiamento di riluttanza viene generalmente meno.

Già Locke, vale a dire il riconosciuto fondatore dell'antipaternalismo liberale aveva messo in guardia contro qualsiasi forma di assimilazione tra potere politico e potere paterno (e dunque, può inferirsi, anche tra paternalismo politico e paternalismo in ambito familiare: cfr. J. Locke, *Two Treatises of Government*, cit.), e nella stessa ottica, per Kant, se rientra nell'ordine naturale delle cose trattare i bambini siano come soggetti incapaci di distinguere tra il bene e il male, lo stesso trattamento nei confronti dei sudditi adulti convertirebbe i governanti nei peggiori despoti che si possano immaginare [I. Kant, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), trad. it a cura di G. Vidari, *La metafisica dei costumi*, Laterza, Bari 1970, spec. parte II, § 49, p. 146]. Ma soprattutto, il classico argomento della c.d. distanza paternalistica, secondo cui ognuno va considerato come il miglior giudice dei propri interessi, non risulta applicabile, a detta dello stesso John Stuart Mill, autore dell'argomento, ai minorenni (come del resto agli incapaci in generale, oltre che alle società «in cui la razza stessa può essere considerata minorenni»: cfr. J.S. Mill, *On Liberty* (1859), trad. it. *Saggio sulla libertà*, Il Saggiatore, Milano 1983).

Questo ovviamente non significa che gli ordinamenti giuridici liberali non ammettano norme e misure paternaliste rivolte a soggetti adulti. L'aspetto che intendo evidenziare è piuttosto che, in un'ottica liberale, la legittimità di tali norme e misure necessita di ulteriori giustificazioni e non può basarsi sulla mera presunzione d'incapacità, da parte dei soggetti destinatari, di proteggersi da soli, come succede in genere nel caso dei bambini.

E il motivo di tale eccezione è facilmente intuibile. In relazione ai bambini – percepiti, lo si è visto, come agenti soltanto potenziali, soggetti legalmente incapaci e di fatto incompetenti a decidere razionalmente della propria vita – non si pone alcun problema di salvaguardare spazi di libertà o di autonomia. Stando almeno a questa versione “classica” del paternalismo liberale – che nei confronti dei minori non suona più come un ossimoro – questi vanno piuttosto «protetti da loro stessi», come raccomandava il già citato John Stuart Mill. Di conseguenza, gli interventi paternalistici nei loro confronti, in quanto diretti a realizzare loro interessi e/o evitare danni che i bambini non sarebbero in grado di evitare, sono da considerarsi doverosi, o comunque non richiedono alcuna ulteriore giustificazione.

Tale modello ha avuto peraltro una notevole influenza nella configurazione dello stato giuridico del minore nell'ambito degli ordinamenti liberali, dove a lungo la categoria dogmatica dell'incapacità d'agire (nata in realtà per soddisfare esigenze di natura patrimoniale) ha costituito l'esclusiva chiave di lettura della condizione di chi non ha ancora raggiunto la c.d. maggiore età legale.

Ebbene, prendere sul serio i diritti di libertà del minore obbliga a un ripensamento dell'influente modello milliano/liberale, costruito sull'idea che l'acquisto della maggiore età segni un momento di decisiva rottura nella storia personale di ciascun individuo, per cui da una fase di costruzione del soggetto autonomo alla quale il minorenni, in quanto tale, non partecipa attivamente, si passerebbe, senza soluzione di continuità, a una successiva in cui il maggiorenne, oltretutto cittadino, diverrebbe anche l'unico artefice del proprio piano di vita.

In questa direzione di ripensamento si muovono, del resto, le più recenti dottrine sui diritti dei bambini che, pur con significative differenze, non solo si esprimono criticamente nei confronti della caratterizzazione della minore età in termini di incapacità e irrazionalità (senza distinguere, ad esempio, tra bambini piccoli e adolescenti), ma dimostrano una certa attenzione al problema della giustificazione di quelle misure di tutela che comportano una limitazione dei diritti di libertà del minorenni, ora richiamandosi ad argomenti tipicamente utilizzati in ambito deontologico per giustificare le condotte paternalistiche nei confronti degli adulti (come quello del consenso ipotetico, dell'autonomia individuale o della irrazionalità), ora basandosi, in un'ottica consequenzialista, sulla convenienza dell'interesse prodotto in capo al minore destinatario dell'intervento paternalistico (e destinato talvolta a prevalere sull'interesse dell'adolescente a godere di alcuni spazi di libertà).

Sotto altro profilo, prendere sul serio i nuovi diritti dei bambini impone di prendere le distanze dall'atteggiamento di acritico entusiasmo con cui tali diritti sono stati salutati nell'ambito dell'eterogenea comunità scientifica di "esperti" dei bambini.

Stando almeno alla configurazione giuridica di questi diritti, ci sono buoni motivi per ridimensionare gli entusiasmi. Mi limito a due rilievi che mi sembrano, a questo proposito, molto significativi. In primo luogo, il fatto che l'art. 14 della citata Convenzione ONU del 1989 affidi ai genitori il ruolo di "guida" nell'esercizio dei diritti di libertà (religiosa, di coscienza, di opinione) ascritti ai minori: agli stessi



soggetti, cioè, che presumibilmente sono anche i principali destinatari o soggetti passivi dei diritti in questione. In secondo luogo, il richiamo va al tanto celebrato “diritto all’ascolto” del bambino, capace, a detta dei più, di restituire voce a coloro che, come suggerisce la stessa etimologia del vocabolo *infantes*, per diverso tempo sono stati considerati incapaci di esprimersi. Tale diritto, nella formulazione che riceve all’art. 12 della stessa Convenzione ONU, risulta composto da un diritto negativo (il diritto del bambino a formarsi una propria opinione) e da un diritto positivo (a ottenere che le proprie opinioni ricevano, da parte di coloro cui sono rivolte, il giusto peso relativamente alla sua età e maturità). Nell’interpretazione più diffusa, almeno tra i giudici italiani, le norme espresse dall’art. 12 non farebbero tuttavia riferimento alle “squisite” opinioni del bambino, ma solo alle opinioni che sono ritenute sensate sulla scorta di un giudizio di maturità da parte degli adulti: solo a quelle si dovrebbe dare libertà di espressione, mentre sono l’ “età” e alla “maturità” i parametri di identificazione del bambino cui è riconosciuto il diritto di essere ascoltato.

Tali rilievi non devono stupire: essi mostrano solo come i nuovi diritti del bambino non coincidano con i corrispondenti diritti di libertà dell’adulto. Si tratta piuttosto di diritti *specifici* rispetto al paradigma tradizionale dei diritti umani, la cui specificità risiede, dal punto di vista strutturale, nel più ingombrante regime di limiti che caratterizza il loro esercizio e, quindi, il loro contenuto. In particolare, limiti previsti da norme di competenza che attribuiscono poteri in capo a terzi. Così al giudice, a cui spetta, in base al diritto interno e internazionale, il potere di decidere quale sia il migliore interesse del minore, a dispetto delle eventuali scelte e opinioni espresse da quest’ultimo. Oppure ai genitori a cui, ad esempio, come si è appena visto, la Convenzione Onu del 1989 riconosce, con esiti non poco paradossali, il potere di guida nell’esercizio dei diritti di libertà religiosa e di opinione da parte dei figli minorenni.

Sul piano etico-normativo, il carattere di specificità dei nuovi diritti del minore deriva dalla ovvia necessità di contemperare l’esigenza di tutelare alcune manifestazioni di autodeterminazione del minore (presumibilmente ormai adolescente) con quella di evitare che dette manifestazioni compromettano il suo sviluppo psico-fisico. In altre parole, anche i nuovi diritti di libertà del minore devono fare i conti con l’intervento degli adulti; ciò anche nel caso in cui alla rappresentazione del bambino come soggetto debole e agente solo potenziale si

preferisca quella del bambino come “attore sociale competente”, oggi in voga nella nuova sociologia dell’infanzia di cui si è accennato alla fine della precedente sezione.

I diversi modi di concepire il bambino (dalla concezione evolutiva alla teoria dell’attore sociale competente) paiono, infatti, rivestire un ruolo, non tanto nella scelta fra la logica della tutela e la logica della promozione dell'autonomia del minore (dilemma insuperabile, se non in relazione al caso concreto, e forse per questo mal posto), quanto piuttosto nel modo di esercitare la tutela stessa. In altri termini, è l'ottica generale della tutela a costituire la cornice etico-normativa entro cui gli specifici (“vecchi” e “nuovi”) diritti umani del/della bambino/a trovano collocazione, ma sul modo di intendere questa tutela inciderà non poco il modello interpretativo della minore età che verrà accolto.