



Associazione Italiana dei Magistrati per i Minorenni e per la Famiglia

XXVIII Convegno nazionale

**"Infanzia e diritti al tempo della crisi: verso una nuova giustizia per i
minori e la famiglia"**

GUIDO ROSSI

L'ORIZZONTE DEI DIRITTI IN UNA SOCIETÀ IMPAURITA

1. Nel ventennio della Convenzione dell'ONU sui diritti dei minori (1989) si è verificata una profonda modifica nella storia della società umana. La globalizzazione ha cambiato radicalmente la vita economica, politica e sociale dei popoli e degli individui, senza che i diritti umani, ma potrei più semplicemente dire il diritto, ne abbiano seguito e disciplinato l'evolversi.

Delle "quattro libertà" che il Presidente F.D. Roosevelt, già nel suo messaggio del 6 gennaio 1941 al Congresso americano, ripreso nella Carta atlantica, indicava come obiettivi della futura politica: "libertà di opinione, libertà di religione, libertà dal bisogno, libertà dalla paura", è proprio quest'ultima che oggi è più che mai venuta a mancare. Nel mondo globalizzato non è fiorita la libertà dalla paura, quanto piuttosto è emersa strisciante la schiavitù nella paura. Strisciante perché indissolubilmente legata all'affabulazione che domina la società

dell'informazione, dei media e in generale di tutto il mondo politico e sociale. Jacques Derrida nei suoi seminari su *La Bestia e il Sovrano* (Jaca Book, 2009, p.61) ha fatto un esempio illuminante, chiedendosi quale sarebbe stata l'efficacia dello sventramento delle Torri Gemelle del World Trade Center dell'11 settembre 2001, se l'immagine non fosse stata registrata, filmata, indefinitamente riproducibile e compulsivamente trasmessa in tutti i Paesi del mondo. Il ritorno a Hobbes, dove lo Stato, il Leviatano, altro non è che una macchina per far paura e la paura è l'unica cosa che motiva l'obbedienza alla legge, induce a concludere che "siccome non c'è legge senza sovranità (...) questa chiama, suppone, provoca la paura". Sarà poi il pericoloso filosofo del diritto tedesco, Carl Schmitt, a precisare che "*Protego ergo obbligo è il cogito ergo sum* dello Stato". Ma lo Stato attuale nella sua dimensione politico-mediatica ha strumenti per la creazione di paura e quindi di esigenze di protezione o addirittura di omologazione con la *Gewalt*, cioè la violenza, ben maggiori di quanti se ne potessero immaginare. La cronaca quotidiana, purtroppo, mi esime da qualsivoglia esemplificazione.

E' la protezione da parte dello Stato-nazione che ha finito dunque per creare anch'essa la paura e che per proteggere il cittadino è stata autorizzata a sospendere il diritto e a collocarsi al di sopra della legge.

E' allora su una prospettiva contraria che bisogna affrontare il problema. Più la società è impaurita, più i diritti, di qualsivoglia natura siano, devono porsi sopra le eccezioni, e quindi anche sopra le leggi,

quando queste li infrangono. Le esigenze di sicurezza proposte dal Leviatano non possono prevaricare i diritti fondamentali, e qui intendendo quelli genericamente considerati come diritti umani e/o diritti costituzionali, laddove le Costituzioni, almeno quelle che derivano dalla “Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino” del 1789 li prevedano.

E’ a questo incrocio che l’orizzonte dei diritti si accomuna ai concetti di libertà e di giustizia, sicché la loro difesa può e deve contrastare, opporsi e persino negare le ragioni d’eccezione a loro contrarie, poste dalla pretesa di sicurezza. La tutela del cittadino lo fa altrimenti schiavo della paura e rinunciatario ai suoi fondamentali diritti. L’antinomia si fa allora lotta, fra la violenza dello Stato e i diritti, lotta dalle conseguenze incerte, come dimostrò, fin dal 1921, Walter Benjamin nell’inquietante testo *Zur Kritik der Gewalt*.

Non è certo un caso che la più sconcertante antinomia fra Stato e diritti si sia storicamente evidenziata nel terrore rivoluzionario francese, che è poi e non solo lessicalmente, il fondamento derivativo del terrorismo attuale, cioè di quella Rivoluzione dalla quale sono nate le più importanti dichiarazioni universali dei diritti dell’uomo.

Paura, sicurezza, diritti si confondono allora in un incerto e inquietante squilibrio, dove la prevaricazione diventa confusa mediazione politica, giuridica e civile. E’ così che la paura diventa terrore, e il terrorismo, senza né Stato né confine, giustifica guerre e violazioni di diritti civili, quelli che Norberto Bobbio ebbe a definire storicamente

di prima generazione, e ai quali potremmo genericamente riferirci come diritti individuali fondamentali di libertà. Così ancora di fronte alla paura del terrorismo, l'orizzonte dei diritti si oscura, fino a eclissarsi.

2. Sei settimane dopo l'11 settembre 2001, data della distruzione delle *Twin Towers*, viene emanato il *Patriot Act*, il quale, oltre al resto, dà poteri al governo americano di procedere ad investigazioni segrete anche nelle case private di cittadini americani e persino di chiedere i tabulati delle persone che hanno acquistato libri e chiesto a prestito nelle pubbliche biblioteche libri che possono avere qualche attinenza con ideologie riferibili al terrorismo.

Intanto nella guerra al terrorismo, più di seicentocinquanta detenuti nella base di Guantanamo (ma altri in Iraq, in Afganistan, nell'Isola Diego Garcia nell'oceano indiano) vivono in condizioni definite "inumane", soggetti solo alle Corti marziali, senza diritto alla difesa e senza alcuna possibilità di appello se non al Presidente degli Stati Uniti o al Ministro della Difesa.

Il reclutamento dei presunti terroristi, privati di qualunque diritto anche quello proprio dei prigionieri secondo la Convenzione di Ginevra, viene giustificato qualificandoli "*enemy combatants*" e di conseguenza, in quanto tali, privi di qualsivoglia diritto, anche quello di non subire torture d'ogni genere. La magia delle parole ridicolizza a volte il diritto.

Il principio è che la sicurezza è prioritaria, sicché ogni misura iniqua o indegna, ancorché solo marginale o teorica è giustificata.

Fra le tanti voci che si levano contro, vi è quella particolarmente autorevole di uno dei maggiori filosofi viventi, Ronald Dworkin che in un lungo saggio del 6 novembre 2003 dal titolo "*Terror and the Attack on Civil Liberties*" (sulla *New York Review of Books*), denuncia il Governo Americano per la violazione dei diritti civili. Né il diritto penale, né il diritto di guerra ammettono che ragioni di sicurezza siano al primo posto e garantiscano l'applicazione del principio di eccezione, di derivazione Schmittiana, per calpestare i diritti.

3. Ho voluto citare il *Patriot Act* e Guantanamo, perché sono forse fra gli esempi più clamorosi della sconfitta del diritto di fronte alla paura. Ma il tema travalica i confini del giurista per entrare in un ancor più allargato circuito di cultura e di civiltà.

Che l'esigenza di sicurezza possa contrastare con i più elementari principi di giustizia è argomento, infatti, più volte affrontato dalla letteratura. Permettetemi una stravaganza letteraria che mi giustifica una magnifica citazione di F. Nietzsche "Abbiamo l'arte per non perire a causa della verità". Basterà ricordare il capolavoro di Herman Melville: *Billy Budd*, già studiato insieme con i fratelli Karamazov, di F. Dostoevskij, oltre che da R. Posner, da Daniel J. Solove. La storia è nota: il bel, ma balbuziente, giovane Billy Budd si imbarca sulla nave *Bellipotent*, dove Claggart, il capo responsabile del mantenimento dell'ordine, prende a malvolere, anzi a odiare, Billy Budd fino a de-

nunciarlo di tentato ammutinamento di fronte al capitano Vere. Billy Budd incapace di difendersi a parole con un involontario manrovescio colpisce Claggart che cade, batte la testa e muore. Viene allora organizzata una approssimativa e segreta Corte marziale sulla nave e Billy Budd viene condannato a morte. La difesa di Vere è parzialmente veritiera, descrittiva sì, ma fortemente incompleta a sfavore di Billy Budd, il cui stato d'animo, la confusione mentale e la grave balbuzie sono completamente trascurati. Ma la ragione vera del comportamento del Comandante Vere sta soprattutto nella considerazione che, essendoci stati su altre navi casi recenti di ammutinamento, l'uccisione di un comandante non seguita dalla pena di morte del colpevole avrebbe reso l'equipaggio più insicuro e più incline ad ammutinarsi. Non è un caso che l'articolo di Solove sulla *Cardoso Law Review* del 2005, 2442, si intitoli "*Melville's Billy Budd and Security in Times of Crisis*". Molti fatti sono nascosti, le apparenze senza motivazioni ingannano.

La verità è spesso manipolata in nome della sicurezza. E' così che la categoria degli "*enemy combatants*" ha tolto a costoro, dopo l'11 settembre, ogni diritto a un giusto processo, ad una normale istruttoria, all'assistenza di un avvocato, ad un regolare dibattimento. Purtroppo neppure la Corte suprema, altre volte ben più attenta, nel caso *Hamdi v. Rumsfeld* (124, S.Ct. 2633 [2004], è riuscita a garantire quei diritti a chi viene definito "*enemy combatant*", anche se si trattava di un cittadino americano: il tutto in nome della sicurezza. Queste le conclusioni dei più autorevoli giuristi americani, che hanno preso spunto da Billy Budd. Sempre identica è la conclusione: la violenza del Leviatano

no per proteggerti dalla paura (questa volta dei terroristi) colpisce sempre i più deboli.

4. Né è possibile sottacere che l'impero della violenza, e quindi quello omonimo della paura, è diventato planetario e trascende la *Gestalt* del Leviatano. La letteratura apocalittica è ormai immensa. Mi limiterò qui a citare solamente tre testi recenti che ne danno un quadro complessivo, abbastanza preciso, ancorché forse non completo.

Il primo è l'ultima opera di René Girard (*Portando Clausewitz all'estremo*, Milano 2008, 312) il quale dimostra come la violenza e le guerre nel mondo siano portate all'estremo e come l'accelerazione della storia crei nel genere umano una inconscia angosciante corsa verso l'apocalisse. Precisa Girard in conclusione che "il riscaldamento climatico del pianeta e l'aumento della violenza sono due fenomeni assolutamente legati (...) e questa confusione di naturale e artificiale rappresenta forse il messaggio più forte contenuto nei testi apocalittici". E ovviamente la globalizzazione ha reso la sorte dei minori più precaria, poiché – ripeto – la violenza si scarica sempre sui più deboli. Ha scritto al riguardo Antonio Cassese (*Il sogno dei diritti umani*, Milano, 2008, 44) una pagina illuminante: "La disgregazione del tessuto familiare e sociale e il crescente individualismo lasciano i minori senza un'importante rete di protezione. Le tensioni etniche e religiose e i conflitti sociali si sono moltiplicati. Le guerre sono diventate endemiche, e i primi a soffrirne sono i bambini, o come vittime (ne sono morti due milioni nell'ultimo decennio e sei milioni sono

rimasti feriti) o come protagonisti-vittime (negli ultimi anni sono stati arruolati circa tremila “bambini soldato”).

Martin Rees, il cui saggio *“Our Final Century”* (London, 2003) lascia poche speranze di sopravvivenza, entro la fine di questo secolo, non solo per il pericolo delle armi atomiche, al quale siamo fortunatamente scampati nel secolo scorso, ma per gli altrettanto gravi pericoli ai quali ci sottopongono ora le biotecnologie, piuttosto che gli errori, sempre più frequenti, negli esperimenti scientifici e nelle tecnologie di vario tipo. E ciò, indipendentemente dalle ulteriori osservazioni di R. Posner (*Catastrophe*, Oxford, 2004), sui rischi catastrofici delle malattie pandemiche, piuttosto che sulle possibili collisioni astrali e via discorrendo. Con una popolazione mondiale che, secondo i calcoli di Levy-Strauss, nel 2050 ammonterà a più di 9 miliardi di individui, difficilmente sfamabili ma soggetti a rischi di carestia. La sottovalutazione della portata di questi rischi non riduce certo la loro costante riproposizione nei *media* e il conseguente aumento collettivo dello stato di paura e di angoscia nel mondo.

A questi rischi apocalittici si è ora aggiunta una grave crisi economica mondiale che nelle sue ricadute sull’economia reale e in particolare sulla disoccupazione aumenta in tutti i Paesi la sensazione di instabilità e di minaccia alla sopravvivenza. La crisi ha dimostrato i limiti di un’ideologia basata sulla ricerca individualistica della ricchezza che ha portato all’autodistruzione del sistema in una recessione economica mondiale che colpisce soprattutto i Paesi più poveri. Per di più in un sistema, dove vige la forza, chi è destinato a perdere

è sempre il minore che è sprovvisto di forza contrattuale, l'unica alla quale un'ostinata volgare ideologia continua ad attribuire valore anche agli effetti risolutivi della crisi.

Senza contare che lo stesso sviluppo economico orientato sempre più verso il consumismo ha provocato un fenomeno brillantemente descritto di recente da Robert Reich (Supercapitalismo, 2009). La spinta all'estremo della concorrenza fra le imprese, al fine di ridurre sempre più i prezzi dei prodotti, per conquistare i consumatori, ha necessariamente portato alla riduzione dei costi, laddove era più facile e cioè come sempre nei confronti dei più deboli, vale a dire i lavoratori. Questi si sono visti via via sottrarre i diritti che avevano faticosamente conquistato: il diritto al posto di lavoro, la protezione dal lavoro minorile, dal lavoro nero o dal "lavoro forzato", le tutele sindacali, le misure di sicurezza, il diritto alla pensione. Insomma, l'interesse del consumatore ha avuto la meglio sui diritti del cittadino e così la concorrenza ha sconfitto la democrazia e la sicurezza. Quella sicurezza che il termine latino derivava nella *securitas* dalla contrazione *sine cura*, cioè quell'assenza d'inquietudine e di paura, corrispondente all'*ataraxia* greca e che faceva scrivere a Seneca "*Securitas autem proprium bonum sapientis est*" (*De constantia sapientis*, XIII, 5): la sicurezza è propria del saggio!

Quella sicurezza, che con la paura, e i diritti è diventata oggetto di inquietanti antinomie: si calpestano i diritti per garantire la sicurezza, ma con quelle violazioni si creano paure e così in un circolo vizioso torna la violenza del Leviatano.

5. Di fronte alle società impaurite dai pericoli, gli Stati sovrani aumentano la loro protezione nei confronti delle comunità in generale, obbligando a volte i singoli a seguire imposizioni che spesso neppure il più blando paternalismo giuridico potrebbe sopportare o giustificare, sottraendo loro altre volte i più elementari diritti, quale quello certamente più conculcato, cioè il diritto alla *privacy*, o altre volte imponendo sanzioni o scatenando punizioni ingiuste e palesemente inique. E' questo, dunque, così inquietante e negativo l'orizzonte dei diritti nell'era moderna?

La risposta è no. La dottrina dei diritti umani, apparsa dal 1945, in modo dirompente sulla scena internazionale ha soffocato le ambizioni di distruzione e di violenza del Leviatano, imponendo spesso alla comunità mondiale l'affermazione di principi di democratizzazione degli Stati e la condivisione di diritti umani che sopravanzano la sovranità dei singoli Stati. La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo approvata il 10 dicembre 1948 dalle Nazioni Unite ne è un compendio, cui sono poi seguite Convenzioni a livello universale, fra le quali quella, che compie vent'anni, sui diritti dei minori (1989).

E' pur vero che come ci hanno insegnato sia N. Bobbio, sia M. Ignatieff i diritti umani, pur nella loro pretesa di universalità, sono assolutamente storici e neppure assoluti. Alla loro base, tuttavia, nella diversità delle culture, esiste un *minimum* senza il quale le società non potrebbero sopravvivere. E' in quel *minimum* che si sconfigge il loro supposto relativismo ed è in quel *minimum* che oggi G.B. Vico

riconoscerebbe il senso comune insito nella facoltà dell'*ingenium* propria a tutto il genere umano, ed alla sua naturale propensione alla giustizia. A quella giustizia, alla quale il filosofo napoletano riconduceva altresì la "sapienza volgare" dei popoli primitivi.

6. Se il sistema dei diritti umani è il primo pilastro che deve interrompere la violenza del Leviatano, il secondo altrettanto importante e che pure ha una straordinaria valenza storica è quello dell'applicazione dei principi giuridici laddove la norma positiva sia inadeguata. Il problema dei principi e della loro validità negli ordinamenti giuridici è stato da tempo indagato soprattutto nell'ambito della filosofia del diritto ed è andato di pari passo con quella straordinaria categoria giuridica che va sotto il nome di "*Rule of Law*". Principi e norme, paritetici fondamenti dei diritti, la cui applicazione deve essere rispettosa della realtà per evitare che il mondo del diritto diventi iniquo e ingiusto.

Uno dei maggiori esponenti di questa corrente di pensiero è, attualmente, Ronald Dworkin, le cui elaborazioni partono da un'antica decisione della Corte d'Appello di New York del 1889 (22 N.E. 188) nel caso famoso *Riggs v. Palmer*, nel quale si doveva decidere se un nipote nominato erede universale dal nonno, che aveva assassinato, poteva ricevere l'eredità, mancando ogni norma sull'indegnità a succedere. La Corte negò il diritto all'erede in base a una delle "*general, fundamental maxims of the common law*", cioè che nessuno può trarre profitto da un suo illecito, o acquistare proprietà di un bene attraverso un crimine.

Si tratta dunque di massime generali, di *standards*, pur difforni dalle norme positive, il cui contenuto si ritrova nei principi soprattutto costituzionali e poi anche morali di comune accettazione, rappresentati da quel *minimum* di cui ho sopra parlato. Ed è questo il momento dell'incontro fra diritto ed etica, a fini di giustizia e lontano invece dalle equivoche e fuorvianti formule di codici etici o della responsabilità sociale, o peggio ancora morale, delle imprese.

Il contenuto di questi principi, di questi *standards* è estremamente vario e complesso. La letteratura e altre discipline e la scienza possono aiutare ad elaborare nuovi principi di civiltà. Le recenti teorie della *Law and Litterature* possono al riguardo essere di valido aiuto, come ho sopra indicato con la citazione di Melville. Il richiamo più rilevante è alla realtà delle fattispecie che esigono comprensione al di là di astrazioni ideologiche.

Quel che non può stupire è che l'applicazione del principio costituzionale di solidarietà abbia condotto alla elaborazione da parte di G. Zagrebelsky del "diritto mite" e della revisione dello stesso concetto di sovranità, cioè della *Gestalt* del Leviatano.

Le interpretazioni del caso Serena, riprese nel bellissimo libro di Franco Occhiogrosso, *Manifesto per una giustizia minorile mite*, costituiscono la più efficace elaborazione per ricordare il ventennale della Convenzione sui diritti dei minori e il notevole passo in avanti fatto dalla magistratura minorile in Italia.

Non posso, tuttavia, chiudere il mio intervento senza presentare un ulteriore arricchimento a queste tendenze che servono soprattutto, ma non solo, a decidere gli *hard cases*, cioè i casi difficili dove la norma manca o è lacunosa, senza citare una straordinaria sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso *Roper v. Simmons* del 1° marzo 2005. Si trattava di giudicare sulla pena di morte sentenziata a carico di Christopher Simmons per un assassinio da lui commesso quando aveva 17 anni. E' noto che l'art. 37 della Convenzione del 1989 stabilisce, tra l'altro, che: "Né la pena capitale né l'imprigionamento a vita senza possibilità di rilascio devono essere decretati per reati commessi da persone di età inferiore ai 18 anni". Ma è altrettanto noto che gli Stati Uniti e la Somalia sono gli unici due Paesi al mondo che non hanno sottoscritto la Convenzione. Ebbene, la Corte Suprema, nella sua magistrale sentenza, concluse che: "E' corretto che noi si consideri il peso determinante dell'opinione internazionale contro la pena di morte nei confronti dei minori, consistente in larga misura sull'instabilità e labilità emozionale dei minori che può essere spesso fattore del crimine". E ancora "comunque la nostra costituzione contiene ampi principi che assicurano la libertà individuale preservando la dignità umana". E così la pena di morte non fu applicata, perché, secondo l'estensore, il Giudice Anthony Kennedy, sarebbe stata, tra l'altro, contro gli "*evolving standards of decency*". La decenza dunque come principio fondamentale del diritto! Il riferimento all'opinione internazionale nell'interpretare la Costituzione americana è stata poi oggetto di ampie discussioni, che alla fine hanno confermato il principio statuito dalla Corte Suprema.

La conclusione è che i diritti umani e i principi di un *Rule of Law* (globalizzato), che non manca certo di tradizione nei maggiori nostri pensatori, a partire da G.B. Vico, sono il più civile orizzonte dei diritti che, invano, il Leviatano per fugare la paura tende sempre più a conculcare.

Vorrei, come finale meditazione, concludere che in presenza di alluvioni normative e amministrative scoordinate e sovente contraddittorie da parte dei poteri legislativi ed esecutivi non solo italiani od europei, ma di tutto il mondo, l'orizzonte del diritto si può aprire soltanto se i giudici sia interni, sia internazionali, di qualunque categoria, in tutti i Paesi democratici, continueranno impegnando la loro dignità e indipendenza, a rivendicare con vigore i principi delle libertà democratiche e della giustizia, sia con valutazioni corrette della realtà, sia con riferimento, quando necessario, agli *standards* di civiltà per bloccare la violenza e le iniquità del Leviatano.

Mi piace allora terminare con l'ultima frase scritta da Ronald Dworkin ne "L'impero del diritto" (Milano, 1989): "L'atteggiamento del diritto è costruttivo: il suo scopo, nello spirito interpretativo, è quello di far prevalere il principio sulla prassi per indicare la strada migliore verso un futuro migliore, mantenendo una corretta fedeltà nei confronti del passato. Infine, esso rappresenta un atteggiamento fraterno, un'espressione del modo in cui pur divisi nei nostri progetti, interessi e convinzioni le nostre esistenze sono unite in una comuni-

tà. Questo è comunque ciò che è diritto per noi: per gli individui che vogliamo essere e la comunità in cui vogliamo vivere”.