

Capitolo 15

Il rapporto fra genitori e figli e la responsabilità genitoriale

1. I rapporti fra genitori e figli: i principi

Il principio – già accennato sopra – di responsabilità per la procreazione fa sorgere a carico dei genitori il diritto e l'obbligo di educare, assistere moralmente, istruire e mantenere i figli anche oltre la minore età, tenendo conto delle loro capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni (artt. 315-*bis*, 147 e 279, art. 48 legge 184). L'obbligo grava su entrambi i genitori, allo stesso modo. Nell'adempierlo, essi hanno il diritto di non subire interferenze ingiustificate da parte dell'autorità pubblica (art. 30 c. 1° cost. e art. 8 c. 1° CEDU).

Con la costituzione del rapporto giuridico di filiazione sorge in capo ai genitori la *responsabilità parentale* sui figli minorenni (art. 316). Entrambi ne sono titolari e di regola devono esercitarla di comune accordo, con l'unico scopo di perseguire il bene dei figli stessi. Qualora la esercitino in modo scorretto, può intervenire il giudice, a salvaguardia del bene dei figli. I genitori che esercitano la responsabilità sono i legali rappresentanti dei figli minorenni, ne amministrano gli eventuali beni e sono titolari dell'usufrutto legale su essi (art. 320).

I figli minorenni – oltre al diritto di essere educati, assistiti moralmente, istruiti e mantenuti – hanno il diritto di mantenere rapporti significativi con i parenti di entrambi i rami parentali (artt. 315-*bis* c. 2° e 337-*ter* c. 1°) e di essere ascoltati in tutte le questioni e le procedure che li riguardano (art. 315-*bis* c. 3°). Essi inoltre hanno in linea di principio il dovere di vivere insieme con i loro genitori (art. 318). A qualunque età i figli hanno il dovere, privo di sanzione, di rispettare i propri genitori e sono obbligati, finché convivono con loro, a contribuire al mantenimento della famiglia, in proporzione alle proprie sostanze e al proprio reddito (art. 315-*bis* c. 4°).

In tutte le questioni che coinvolgano i figli minorenni, *il loro interesse deve avere una considerazione prioritaria*: questo principio è menzionato dalla legge non soltanto a proposito dei rapporti fra genitori e figli, ma in generale per tutti gli aspetti della condizione minorile ⁽¹⁾.

¹ Il riferimento va principalmente alle seguenti norme: art. 3 conv. ONU 1989, art. 316 c. 1°, art. 317-*bis* c. 2°, art. 321, art. 336 c. 3°, art. 336-*bis* c. 1°, art. 337-*ter* c. 2° e 3°, art. 337-*quater* c. 1°, 2° e 3°, art. 336-*sexies* c. 1°, art. 337-*octies* c. 1° e 2°.

Il diritto dei figli di avere rapporti con i propri genitori, ma anche con i parenti di ciascuno di essi, presenta una caratteristica fondamentale: è un diritto *relazionale*, cioè un diritto che spetta sia agli uni che agli altri in modo reciproco; le sue limitazioni sono però ammesse soltanto nell'interesse dei figli. Nella giurisprudenza della CtEDU è comunemente qualificato come *diritto alla reciproca frequentazione*, cioè a costruire e a mantenere una relazione reciproca connotata dall'intimità familiare, senza interferenze ingiustificate da parte dell'autorità pubblica (cfr. cap. 7 §§ 3, 3.2 e 3.4®).

2. Gli obblighi dei genitori: educare, assistere moralmente e istruire i figli

La legge enuncia il dovere ⁽²⁾ di educare, assistere moralmente, istruire e mantenere, i figli come se costituissero un insieme unitario. Invece non è affatto così, almeno in linea di principio.

Educare significa, oggi, che i genitori hanno il compito di guidare sotto ogni aspetto (fisico, psicologico, culturale, spirituale) il percorso di formazione complessiva dell'essere umano che hanno generato e che le vicende della vita hanno affidato alle loro cure. Dovrebbero saper costituire un'autorità che sia autorevole e nello stesso tempo non autoritaria, che accompagni il figlio verso l'autonomia, che lo aiuti a sviluppare in modo compiuto e armonico la sua personalità e le sue potenzialità, con il fine di formare un adulto libero, cosciente e responsabile. Dovrebbero fornire al bambino le determinazioni principali di ciò che è giusto e di ciò che è ingiusto; dovrebbero elaborare e indicargli nei tratti fondamentali la via da seguire per la costruzione del suo io, della sua personalità, in maniera tale da sviluppare le caratteristiche peculiari del suo modo di essere, secondo i suoi bisogni, e da favorire la realizzazione concreta delle sue aspirazioni.

L'educazione, così intesa, comprende in sé anche la nuova locuzione opportunamente introdotta dalla riforma del 2012-2013: *assistere moralmente*. Ciò significa offrire loro una presenza affettuosa e attenta, collaborare con loro nell'affrontare i problemi esistenziali davanti ai quali vengono a trovarsi, consigliarli e cercare di indirizzarli verso la soluzione migliore per i figli stessi, con modalità ovviamente assai diverse secondo l'età e il grado di maturità.

Quest'opera educativa deve svolgersi in un ambiente che abbia due caratteristiche, come si ricava dall'art. 2 legge 184: dev'essere *familiare* e *idoneo*.

Il fatto che l'ambiente debba essere *familiare* significa che i genitori di oggi non hanno più la facoltà di collocare a proprio piacimento i figli in strutture di accoglienza, quali istituti o collegi, o presso terzi: in precedenza invece, e ancora fino ai primi decenni del XX secolo, i genitori avevano tale potere e ne face-

² In questa materia le parole "obbligo" e "dovere" sono impiegate entrambe, indifferentemente.

vano largo uso, senza incontrare alcuna riprovazione sociale, anzi.

Nei secoli passati, infatti, era molto frequente che una famiglia povera collocasse uno o più dei propri figli in un istituto, per lo più religioso, ove era accolto gratuitamente e magari avviato alla carriera ecclesiastica, o che lo mandasse a servizio presso altre famiglie più ricche, ove lavorava in casa o nei campi almeno fino alla fine dell'adolescenza e viveva in uno stato servile, soggetto a regole spesso simili a una sorta di malcelata schiavitù. Com'era anche frequente che una famiglia di ceto sociale medio o elevato collocasse uno o più dei propri figli in un collegio, spesso religioso o (per i soli maschi) militare, ove riceveva un'educazione impersonale, rigida e formalistica, affettivamente povera e in ogni caso mai attenta alle sue caratteristiche personali, alle sue capacità e alle sue aspirazioni; un'educazione che aveva più che altro lo scopo di insegnargli ad assumere nella società il posto spettantegli per la sua nascita, cioè secondo la condizione sociale, le tradizioni della famiglia da cui proveniva e la specifica volontà del padre.

Il fatto che l'ambiente debba essere *idoneo* significa che la vita familiare deve svolgersi in condizioni morali e materiali tali da permettere al bambino una crescita armonica ed equilibrata, ricca al massimo di stimoli e di potenzialità, pur entro gli ovvi limiti imposti dalle possibilità culturali, sociali ed economiche dei genitori.

Se l'ambiente familiare non appare idoneo, dev'essere attivato l'intervento pubblico dei servizi di assistenza sociale, con lo scopo di cercar di porre rimedio alla situazione: sia collaborando con i genitori, affinché il bambino abbia intorno a sé una situazione di sufficiente vivibilità materiale, di attenzione e di affetto, sia aiutando direttamente il bambino stesso. Qualora i genitori non collaborino o non permettano intromissioni esterne, con pregiudizio del bambino, si può ricorrere a provvedimenti giudiziari che limitino il loro potere di interdizione, dei quali tratteremo nel cap. 17.

Istruire ha una pluralità di significati. Da un lato si riferisce all'imprescindibile attività di insegnare un uso corretto del proprio corpo e di trasmettere l'infinita quantità di sapere che emerge di continuo nello svolgimento della vita quotidiana, soprattutto nei primissimi anni di vita; in questo senso è difficilmente distinguibile dall'obbligo di educare. Dall'altro lato va inteso come *procurare* istruzione, dal momento che questa, intesa in senso stretto, è da tempo demandata alla scuola. In questo secondo significato, il più rilevante, ricomprende tanto l'obbligo di far sì che il figlio frequenti la scuola (per la scuola dell'obbligo, il dovere dei genitori è anche sanzionato penalmente), quanto l'obbligo di erogare i mezzi economici necessari affinché possa ricevere l'istruzione cui ha diritto nelle varie strutture che la società offre a tal fine.

I doveri dei genitori di educare e assistere moralmente i figli (e un aspetto dell'istruirli) hanno un contenuto non patrimoniale e costituiscono un insieme funzionalmente unitario. Il loro adempimento è la principale espressione dell'*esercizio* della responsabilità parentale: solo i genitori che la esercitano so-

no tenuti ad adempiere questi doveri in modo davvero totale. Quando invece la responsabilità è esercitata da un solo genitore, l'altro, purché ne resti titolare, vi è tenuto nella limitata misura in cui ha il potere e dovere di controllarne l'esercizio da parte dell'altro e, di solito, anche quello di partecipare a prendere le decisioni sulle questioni più importanti.

Gli obblighi di carattere non patrimoniale verso i figli, come tutti gli obblighi familiari a contenuto non patrimoniale consistenti in un fare, non sono direttamente coercibili, cioè non sono suscettibili di *essere eseguiti in via forzata*. Il diritto non dispone di alcuno strumento coercitivo diretto per obbligare un genitore a educare, assistere moralmente e istruire i suoi figli, qualora egli non lo voglia o non lo sappia fare. Gli strumenti coercitivi sono solo indiretti: il giudice può adottare un provvedimento limitativo o ablativo della responsabilità (artt. 330 e 333); in tal caso il genitore, invece di essere costretto ad adempiere i suoi doveri non patrimoniali, viene privato in tutto o in parte del potere stesso di farlo.

Il *mantenimento*, di cui tratteremo nel paragrafo successivo (e la parte più rilevante dell'istruzione) si configurano in modo assai diverso dai doveri che precedono: sono vere e proprie obbligazioni, aventi contenuto *patrimoniale*, e svolgono una funzione in gran parte strumentale rispetto agli altri doveri. A differenza di questi, derivano dal rapporto biologico di filiazione, come espressione del principio di responsabilità per la procreazione (cfr. cap. 14 § 1.2®): non sono pochi né marginali i casi nei quali il mantenimento (compensivo dei costi dell'istruzione) è legato dall'esercizio della responsabilità genitoriale. Al contrario dei doveri non patrimoniali, il dovere di mantenere i figli, come pure la parte patrimoniale del dovere d'istruirli, può essere oggetto di esecuzione forzata.

Un'osservazione conclusiva: come accennato all'inizio del paragrafo, educare, assistere moralmente, istruire e mantenere i figli possono davvero essere considerati, vissuti come un insieme unitario solo quando la famiglia è unita, convive, e le relazioni fra i suoi componenti sono connotate dalla gratuità, dallo spirito del dono piuttosto che da quello dello scambio. Il mantenimento dei figli appare allora come un aspetto fondamentale del dovere di contribuire economicamente alla vita del nucleo familiare, cui sono tenuti tutti i suoi componenti, dai coniugi in quanto tali (art. 143 c. 2°), ai genitori sia in generale (art. 316-*bis*), sia in quanto usufruttuari legali (art. 324 c. 2°), ai figli conviventi, se aventi redditi propri (art. 315-*bis* c. 4°).

Quando però il nucleo familiare è diviso e il figlio non convive più o non ha mai convissuto con entrambi i genitori, è inevitabile che la situazione si presenti in modo radicalmente diverso. Emergono allora in modo chiaro e pieno le differenze fra i doveri di contenuto patrimoniale e non patrimoniale; emerge soprattutto l'autonomia del dovere di mantenimento (compensivo dei costi dell'istruzione) rispetto ai doveri di educare e di assistere moralmente.

È frequente, almeno se non vi è mai stata la convivenza o se la relazione è

molto deteriorata, che anche i rapporti fra i figli e il genitore con cui non convivono ricadano nella logica della corrispettività, cioè nella logica che domina la società al di fuori dei rapporti familiari più stretti. Non a caso, infatti, il contenuto e le modalità di adempimento dei doveri patrimoniali verso i figli sono oggetto di decisioni giudiziali pressoché soltanto in caso di liti giudiziarie fra coppie di genitori che non convivono più o che non hanno mai convissuto.

3. Gli obblighi dei genitori: mantenere i figli

I genitori devono adempiere il loro obbligo in proporzione alle sostanze, ai redditi e alle capacità di lavoro professionale e casalingo di ciascuno (art. 316-*bis* c. 1°). Devono assicurare ai figli un tenore di vita adeguato alle proprie risorse, non solo a quelle attuali ma anche a quelle potenziali: devono pertanto compiere tutto quanto è in loro potere per adempiere al meglio il proprio obbligo, con ogni sforzo, anche con sacrificio personale. Il loro obbligo è *solidale*: pertanto il figlio ha diritto di ottenerne l'adempimento per intero da parte di ciascuno dei coobbligati (art. 1292). Chi ha adempiuto per l'intero ha diritto di ottenere dall'altro il rimborso della quota che gli compete ⁽³⁾.

Quando entrambi i genitori non hanno mezzi sufficienti, gli ascendenti hanno l'obbligo di *fornire i mezzi necessari ai genitori stessi* (art. 316-*bis* c. 1°); non è dunque un obbligo diretto verso i nipoti. In ogni caso l'obbligo degli ascendenti è *sussidiario* rispetto a quello dei genitori, sicché non può esserne preteso l'adempimento soltanto per il fatto che uno dei genitori si rifiuti di adempiere, nonostante ne abbia la possibilità economica; né può essere preteso che il mantenimento sia erogato in proporzione alle sostanze dei nonni, nell'ipotesi in cui quelle del genitore inadempiente siano significativamente inferiori.

Qualora uno dei genitori sia inadempiente, il figlio può agire in giudizio per ottenere il mantenimento che gli spetta, che sia stato generato nel matrimonio o fuori da esso (artt. 316-*bis* e 147). Se il rapporto di filiazione non è stato costituito, può tutelare il suo diritto seguendo due diverse vie:

- agire in giudizio per costituirlo, mediante la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità: la sentenza può condannare il genitore dichiarato tale a contribuire economicamente al suo mantenimento, istruzione ed educazione (art. 277 c. 2°: cfr. cap. 14 § 8.2®); un'analoga possibilità non è espressamente prevista per il caso dell'azione di reclamo, neppure dopo la riforma del 2012-2013: ci sembra ragionevole estendere in via analogica la disposizione dell'art. 277 c. 2° anche a questo caso, altrimenti ne verrebbe una disparità di trattamento priva di giustificazione;

³ Il caso si verifica soprattutto qualora il figlio sia stato riconosciuto e mantenuto dalla sola madre e il rapporto di filiazione con il padre sia stato costituito mediante la dichiarazione giudiziale di paternità (cfr. cap. 14 § 8.2®).

- agire in giudizio contro il genitore per ottenere una somma di denaro corrispondente a quanto dovuto per il suo mantenimento, istruzione ed educazione (art. 279; cfr. cap. 14 § 9®).

In caso di inadempimento possono essere impiegati tutti i normali mezzi coercitivi. Inoltre, su istanza di chiunque vi abbia un interesse fondato sui rapporti familiari o sul fatto di aver fornito aiuti economici al minore – anzitutto l'altro genitore, ma per esempio anche i nonni, gli zii o un convivente non parente – il tribunale può ordinare che una quota dei redditi dell'obbligato sia versata direttamente a chi provvede a mantenerlo, di solito quindi all'altro genitore; il decreto costituisce titolo esecutivo; può essere modificato se mutano le circostanze (art. 316-*bis* c. 2° e segg.).

L'inadempimento all'obbligazione di mantenere i figli può essere fonte di responsabilità civile e penale:

- responsabilità *civile*, con conseguente risarcimento del danno per la perdita di occasioni nella vita, di possibilità di avere una vita migliore, derivanti dalla decisione del genitore di sottrarsi al proprio obbligo (cfr. cap. 14 § 8.2®);
- responsabilità *penale*: far mancare al figlio i mezzi di sussistenza, salvo l'impossibilità materiale fornirli, integra il reato di *violazione degli obblighi di assistenza familiare* (art. 570 CP).

Il diritto al mantenimento e agli aspetti patrimoniali dell'istruzione perdura oltre il raggiungimento della maggiore età, per tutto il tempo necessario affinché il figlio compia il percorso di studi prescelto e venga poi avviato al lavoro. Il diritto di essere mantenuto ha termine soltanto nel momento in cui ha acquistato un'adeguata capacità di guadagno autonoma; cessa però se i genitori hanno posto il figlio in condizioni di essere economicamente autosufficiente, ma questi non ne ha approfittato, tenendo comportamenti negligenti o pigri.

La legge non stabilisce una precisa scadenza. Per determinare il momento in cui si estingue, occorre guardare alla scelta del percorso di studio e dell'attività lavorativa e tener conto di molti fattori: anzitutto delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni dei figli, ma anche, seppure in via rigorosamente subordinata, della strada sulla quale i figli sono stati avviati dai genitori quando erano ancora minorenni, senza che ne avessero dissentito. Occorre inoltre tener conto, con il necessario realismo, delle condizioni economiche e sociali della famiglia: dalla giurisprudenza emerge che il diritto del figlio di essere mantenuto fino al raggiungimento di un'adeguata autonomia economica è tanto più certo e incontrovertibile, quanto più le sue scelte sono state concordate con i genitori o rientrano a grandi linee nell'alveo delle scelte fatte dalla generazione precedente della sua famiglia.

I problemi si pongono soprattutto quando l'autonomia economica del figlio è parziale, perché la retribuzione che percepisce è appena sufficiente a sopravvivere, o è altalenante, perché l'occupazione trovata è a tempo determinato e non ci sono prospettive ragionevolmente sicure di impiego successivo. Sono circostanze purtroppo molto frequenti della situazione attuale del mercato del

lavoro, soprattutto giovanile. Le indicazioni di principio date dalla giurisprudenza sono troppo astratte per essere una guida sicura: per esempio, si legge spesso che il figlio va considerato economicamente indipendente quando percepisce «un reddito corrispondente alla professionalità acquisita in relazione alle normali condizioni di mercato» ⁽⁴⁾.

Le regole che abbiamo ora esposto non sono stabilite in modo espresso dalla legge, ma hanno origine nella giurisprudenza: sono state elaborate, in applicazione del principio generale di responsabilità per la procreazione, dalla molte sentenze che hanno deciso le controversie fra i genitori non più conviventi, aventi per oggetto la collaborazione al mantenimento dei figli da parte del genitore che non convive abitualmente con loro. Rinviamo in proposito al cap. 16®.

Cessato il diritto al mantenimento, i figli conservano comunque per tutta la vita il diritto agli *alimenti* (art. 433), qualora vengano a trovarsi in stato di bisogno.

4. La responsabilità genitoriale

4.1. Dalla patria potestà alla responsabilità genitoriale

I principi ispiratori della regolazione dei rapporti tra genitori e figli hanno subito un cambiamento estremamente radicale nel corso della seconda metà del XX secolo, tanto in Italia quanto nei paesi di matrice culturale europea.

Nel sistema ereditato dalla tradizione, il rapporto era costruito come un diritto del padre, una vera e propria signoria sui figli: nella letteratura giuridica del passato era spesso qualificato come una *magistratura domestica* ed era definito *diritto di patria potestà*. Non era soggetto ad alcun significativo controllo giudiziale; anzi, quando il giudice era chiamato a intervenire, le finalità erano addirittura opposte a quelle caratteristiche degli interventi d'oggi: l'art. 319 c. 1° (abrogato nel 1975) stabiliva che «il padre che non riesce a frenare la cattiva condotta del figlio può [...] collocarlo in un istituto di correzione, con l'autorizzazione del presidente del tribunale». La patria potestà era esercitata dalla madre solo se il padre non poteva esercitarla.

La riforma del 1975 ha operato il cambiamento radicale: ha sostituito la *patria potestà* con la *potestà dei genitori*, da esercitarsi da entrambi di comune accordo. Ma soprattutto le ha dato una configurazione assai diversa dal passato: ha posto fortemente l'accento sul principio secondo il quale i diritti dei genitori **sono** strettamente *subordinati* e rigorosamente *strumentali* rispetto all'adempimento dei loro doveri nei confronti dei figli. Ha fatto della potestà, davvero e fino in fondo, un *potere-dovere*, una *funzione*, che non può essere esercitata in modo arbitrario, per fare del figlio ciò che si vuole, per costruirlo

⁴ Così, fra le molte, Cass. 4555/2012.

a propria immagine e somiglianza senza curarsi delle sue propensioni e aspirazioni, o per perseguire i propri interessi. La potestà **deve** quindi essere esercitata in modo corretto, *per il bene del figlio stesso e nel suo interesse*, al fine di sviluppare in modo compiuto e armonico la sua personalità e le sue potenzialità, **per** farne un adulto libero, cosciente e responsabile. In caso di abuso, sia omissivo (disinteresse, abbandono) sia commissivo (costrizioni o divieti ingiustificati, maltrattamenti), si **apre** in modo effettivo, e non solo a parole come in precedenza, uno spazio di intervento a protezione del minore da parte del tribunale per i minorenni, adottando i provvedimenti opportuni, il cui contenuto **è** interamente lasciato alla sua prudente discrezionalità (art. 333). Ne tratteremo ampiamente in seguito (cfr. cap. 17 § 6 e segg.®).

Con la riforma del 2012-2013 la parola *potestà* è stata sostituita con la parola *responsabilità*, senza che ciò però corrisponda, a nostro avviso, a un cambiamento effettivo e profondo del sistema dei rapporti tra genitori e figli. Può forse avere un qualche rilievo sul piano della psicologia sociale, per il diverso valore semantico delle due parole: potestà richiama alla mente la condizione di chi ha un potere, mentre responsabilità la condizione di chi deve rispondere ad altri di ciò che fa. L'ispirazione più diretta della nuova parola viene dal diritto dell'Unione europea, che la impiega nel regolamento CE 2201/2003 sul riconoscimento nei diversi paesi dell'Unione delle decisioni in materia di divorzio e di responsabilità parentale. Tuttavia ci sembra abbia anche radici più lontane, e precisamente costituisca un modo per ribadire la centralità nel sistema **del** principio di *responsabilità per la procreazione* (cfr. cap. 14 § 1.2®), che governa il diritto contemporaneo della filiazione e dei rapporti tra genitori e figli.

I genitori, oltre ad avere obblighi verso i propri figli, hanno anche il *diritto* di educarli (art. 30 c. 1° cost.): come già sottolineato in precedenza, la costituzione intende così garantire loro il diritto di decidere a modo proprio, secondo il proprio sistema di valori, come indirizzare l'educazione dei figli, senza dover sottostare a indirizzi imposti dall'autorità pubblica ⁽⁵⁾. Questo *diritto* non ha evidentemente nulla in comune con il *diritto di patria potestà* del passato, cui abbiamo fatto cenno sopra.

L'insieme dei diritti e degli obblighi reciproci che legano genitori e figli indica che **essi** hanno il diritto *relazionale* di costituire e di mantenere un rapporto personale, privato, in cui l'autorità pubblica non può interferire, se non in casi ben determinati dalla legge, con modalità ragionevoli e per finalità accettabili in uno stato democratico. Tutto ciò viene indicato nella giurisprudenza della CtEDU come *diritto alla reciproca frequentazione* e costituisce uno degli aspetti della *vita familiare* protetti dall'art. 8 CEDU: la corte è costante nel

⁵ Come normalmente avviene nei regimi dittatoriali: per esempio, secondo il testo originario (1942) dell'art. 147 l'educazione doveva conformarsi «ai principi della morale e al sentimento nazionale fascista».

giudicare come interferenza illecita dello Stato ogni intromissione in tale diritto, salvo sia giustificata dall'esigenza obiettiva di proteggere l'interesse del figlio stesso. Ne abbiamo fatto cenno in precedenza, cap. 7 §§ 3, 3.2 e 3.4®.

4.2. La titolarità e l'esercizio della responsabilità genitoriale

Con la costituzione del rapporto giuridico di filiazione, il genitore diventa *titolare* della responsabilità parentale sul figlio minorenni.

Se il rapporto si costituisce nei confronti di entrambi i genitori, ne diventano titolari entrambi (artt. 316 c. 1°): in tal caso entrambi hanno in via di principio il diritto e il dovere di *esercitarla*, di comune accordo fra loro. Altrimenti tanto la titolarità quanto l'esercizio spettano esclusivamente al genitore con il quale si è costituito il rapporto.

L'esercizio consiste, in linea di massima, nella facoltà del genitore di *svolgere l'opera* di educazione, di assistenza morale e di istruzione descritta sopra, di *prendere le decisioni* che riguardano la persona e l'eventuale patrimonio del figlio minorenni, e di *compiere gli atti giuridici* opportuni in nome e per conto suo, come suo legale *rappresentante*.

Con il termine *titolarità* della responsabilità si indica un aspetto statico e formale, che consegue alla semplice costituzione del rapporto giuridico di filiazione, mentre con il termine *esercizio* si indica un aspetto dinamico e sostanziale. L'*esercizio* della responsabilità, dunque, dev'essere tenuto distinto dalla sua *titolarità* astratta. Si tratta di una distinzione che mantiene anche nel diritto vigente una certa importanza, benché inferiore a quella che ha avuto in tempi passati: sia prima del 1975, quando entrambi i genitori erano titolari della *patria potestà*, ma di regola solo il padre poteva esercitarla; sia, in modo diverso, prima del 2006, quando in caso di separazione e divorzio la *potestà parentale* era esercitata di regola dal solo genitore affidatario, restando all'altro la semplice titolarità.

I genitori esercitano la responsabilità insieme, *di comune accordo*: in seguito alla legge del 2006 sull'affidamento condiviso, confermata con qualche modifica dalla riforma del 2012-2013, questa è la regola che si applica in ogni caso, tanto se i genitori sono conviventi quanto se non lo sono. La regola presenta varie eccezioni.

a) «Nel caso di lontananza, di incapacità o di altro impedimento che renda impossibile a uno dei genitori l'esercizio della responsabilità, questa è esercitata in modo esclusivo dall'altro», senza necessità di un provvedimento del giudice (art. 317).

Qui si pone un problema pratico per le decisioni di contenuto non patrimoniale aventi una certa importanza, che necessiterebbero quindi dell'accordo dei genitori: quando la decisione coinvolge terze persone, quale certezza queste possono avere sulla sussistenza delle circostanze indicate dall'art. 317, in assenza di documenti che le certifichino? Quando dunque possono ritenere

sufficiente la decisione del genitore presente, senza pretendere anche il consenso dell'altro? Gli esempi sono molti, dalle decisioni sul consenso ai trattamenti sanitari non rientranti nella normalità quotidiana al consenso a svolgere attività sportive pericolose, alla richiesta di un documento valido per l'espatrio del figlio, e così via.

La necessità di garantire adeguatamente al terzo che l'atto compiuto da un solo genitore sia legittimo spiega perché in questi casi il genitore presente possa aver interesse a chiedere al tribunale ordinario, competente per le controversie sull'esercizio della responsabilità (art. 316 c. 2° e segg.), un provvedimento che lo indichi come esercente esclusivo, accertate le circostanze indicate dall'art. 317 ⁽⁶⁾. Per il rilascio del passaporto, l'art. 3 legge 1185/1967 prevede espressamente che in qualunque caso manchi il consenso dell'altro genitore è necessaria l'autorizzazione del giudice tutelare, che decide in funzione dell'interesse del minore.

b) Nel caso in cui il giudice, al momento della divisione della coppia dei genitori, affidi i figli a uno solo di loro, giudicando contrario al loro interesse l'affidamento condiviso, la responsabilità è esercitata in via esclusiva dall'affidatario (art. 337-*quater* c. 3°); in capo all'altro permangono il poterdovere di collaborare a prendere le decisioni di maggiore interesse per i figli e il diritto-dovere di vigilare sulla loro educazione e istruzione.

La legge non prende espressamente in considerazione i casi in cui nella vita del figlio, fin dalla sua nascita, è esistito nei fatti solo un genitore, di solito la madre: ciò accade a volte quando i genitori non hanno mai convissuto, pur avendo entrambi riconosciuto il figlio; e accade pressoché sempre quando il secondo rapporto di filiazione è stato costituito contro la volontà del padre, mediante la dichiarazione giudiziale di paternità. In queste situazioni, soprattutto nella seconda (art. 277 c. 2°), il giudice può disporre, oltre all'affidamento a un solo genitore, anche l'*esclusione* dell'altro dal poterdovere di collaborare a prendere le decisioni di maggiore interesse per i figli. Tuttavia residua in ogni caso il diritto-dovere di vigilare sulla loro educazione e istruzione (art. 337-*quater* c. 3°).

c) Nel caso in cui un genitore sia decaduto dall'esercizio della responsabilità (art. 330), questa è esercitata in via esclusiva dall'altro.

4.3. Le modalità di esercizio della responsabilità genitoriale

Nel diritto vivente contemporaneo la responsabilità dei genitori ha un contenuto estremamente ampio e non presenta confini determinati con precisione;

⁶ È controverso se tale provvedimento possa essere preso anche dal giudice tutelare, in base alla competenza che gli attribuisce l'art. 361 nell'ipotesi, però ben diversa, in cui non sia ancora stato nominato il tutore.

né sarebbe possibile altrimenti, poiché in materie come questa il diritto non può dar altro che indicazioni generali, di principio.

Il genitore che esercita la responsabilità ha un potere non soltanto persuasivo: ha un potere *forte*, quello di *costringere* il figlio a fare ciò che questi non vorrebbe, o a non fare ciò che vorrebbe fare. Per ottenere che il figlio si conformi alle sue decisioni, non può comunque impiegare forme di violenza, neppure modeste (art. 19 c. 1° conv. ONU 1989). Il ricorso sistematico alla violenza può integrare il reato di *abuso dei mezzi di correzione* (art. 571 CP).

I poteri del genitore subiscono profondissime modifiche man mano che il figlio cresce. La formazione della personalità e l'educazione all'autoresponsabilità e alla libertà costituiscono un processo evolutivo continuo, dall'età neonatale all'adolescenza: le esigenze del minorenni si modificano continuamente con la crescita e per conseguenza richiedono un'azione educativa in continua evoluzione, cui corrispondono in capo al genitore poteri diversi e, soprattutto, modalità di esercizio anch'esse in continua evoluzione.

Nell'infanzia il potere decisionale del genitore, come pure l'esigenza di sorvegliare il figlio in modo continuativo, raggiungono la loro massima ampiezza; correlativamente lo spazio di autonomia lasciato al figlio è estremamente ristretto. Poi, con il passare del tempo, tutti i poteri del genitore di regola diminuiscono progressivamente, in correlazione con la crescita continua dell'autonomia del figlio, fino al momento in cui questi raggiunge dapprima la libertà di compiere alcune scelte di vita unicamente per propria decisione e sotto la propria responsabilità (sono i cosiddetti limiti esterni alla responsabilità: cfr. sotto, § 5®), e successivamente la libertà di compiere in autonomia tutte le proprie scelte di vita, che consegue con il raggiungimento della maggiore età.

L'adeguatezza di ciascuna decisione imposta dal genitore al figlio dev'essere valutata, oltre che nel suo contenuto, in proporzione al grado di maturità raggiunto dal figlio. È ovvio che un certo divieto, che in ipotesi sarebbe giustificato se imposto a un bambino di pochi anni, può essere invece ingiustificato se imposto a un adolescente.

L'elaborazione giurisprudenziale sull'adeguatezza dei metodi educativi dei genitori, delle loro decisioni, come anche sulla sussistenza stessa del potere di decidere in sostituzione del figlio e contro la sua volontà, trae per lo più occasione dalle controversie in cui è chiamato a decidere il tribunale per i minorenni, in base all'art. 333.

Al genitore che non riesca a ottenere dal figlio minorenne un adeguamento più o meno spontaneo alle sue decisioni, il diritto non offre strumenti coercitivi. Unica eccezione è data dal caso in cui il figlio si è allontanato dalla residenza familiare contro il volere del genitore: questi ha il potere, particolarmente forte (art. 318), di riportarlo personalmente a casa, anche contro la sua volontà, senza con ciò commettere i reati di sequestro di persona (art. 605 CP) o di violenza privata (art. 610 CP), purché non ricorra alla violenza fisica: esercita infatti un potere attribuitogli dalla legge.

In alternativa può ricorrere al giudice tutelare, il quale può adoperarsi affinché il figlio rientri in famiglia; altrimenti, se ritiene che ciò sia inopportuno, segnala il caso alla procura della Repubblica presso il tribunale per i minorenni. Il tribunale potrà poi adottare, di regola su richiesta del pubblico ministero, ma in «caso di urgente necessità» anche d'ufficio, un provvedimento *temporaneo* che autorizzi il figlio a non fare rientro in famiglia (artt. 333 e 336 c. 3°). In ogni caso l'autorità giudiziaria può attivare un intervento dei servizi sociali territoriali, affinché svolgano un'opera di mediazione e di pacificazione fra le parti in conflitto, valendosi della competenza tecnica di cui dispongono.

4.4. La rappresentanza legale e il consenso ai trattamenti sanitari

I genitori esercenti la responsabilità sono i *legali rappresentanti* del minore: hanno il potere e il dovere di *compiere in nome e per conto suo gli atti giuridici* necessari o anche solo opportuni per il suo bene, riguardanti la sua persona e il suo eventuale patrimonio: di questi ultimi tratteremo più avanti (§ 7®).

Fra gli atti riguardanti la persona del minore, particolarmente delicato e importante è il consenso ai trattamenti sanitari: nel darlo o negarlo, i genitori devono decidere unicamente per il bene del figlio. Qualora lo rifiutino, il medico che ha in cura il minore e in tale veste ha consigliato il trattamento, ha il dovere di segnalare il rifiuto al pubblico ministero (art. 37 c. 2° CDM), affinché valuti l'opportunità di chiedere al tribunale per i minorenni un provvedimento di cui all'art. 333 (cfr. cap. 17 § 6®). Questo può avere diversi contenuti: limitare la responsabilità dei genitori, cioè vietare loro di opporsi al trattamento, oppure *sospenderli dall'esercizio* per il tempo necessario a effettuarlo, nominando contestualmente un tutore provvisorio che dia il consenso. In caso di estrema urgenza, tale per cui sarebbe troppo pericoloso attendere il tempo necessario affinché l'autorità giudiziaria possa decidere, il medico ha il dovere di intervenire comunque per salvare la vita e la salute del minore, allo stesso modo in cui ha il dovere di intervenire per salvare la vita e la salute di un adulto che non sia in grado di dare il suo consenso (art. 36 CDM).

La maggior parte dei casi portati davanti ai giudici riguarda le vaccinazioni obbligatorie, le trasfusioni di sangue e i trattamenti oncologici. L'autorità giudiziaria adotta per lo più un atteggiamento interventista a protezione della salute dei minori soprattutto quando l'invasività e la dolorosità dei trattamenti sono *modeste*, a fronte di vantaggi ragionevolmente *certi* per il minore: è il caso delle vaccinazioni obbligatorie e delle trasfusioni di sangue.

Riguardo alle *vaccinazioni obbligatorie*, occorre ricordare che al momento di iscrivere il bambino alla scuola dell'obbligo dev'essere certificato che sono state effettuate, mediante documenti sanitari o autocertificazione; in mancanza, il capo dell'istituto scolastico deve farne segnalazione all'ASL di appartenenza. Il bambino ha comunque il diritto di essere *ammesso a frequentare la scuola* (art. 47 d.p.r. 1518/1967, modificato in questo senso dal d.p.r. 355/1999). In precedenza, invece, il bambino non vaccinato non era ammesso

a frequentarla, sicché l'autorità pubblica disponeva di uno strumento di pressione molto forte per indurre a effettuare la vaccinazione. Dopo questa modifica le controversie sulle vaccinazioni obbligatorie sono divenute molto rare e non risultano più ricorsi ai provvedimenti di cui all'art. 333.

Riguardo alle *trasfusioni di sangue*, rifiutate soprattutto dai Testimoni di Geova, è preliminarmente necessario valutare se si possa ricorrere ad altre terapie che producano gli stessi risultati terapeutici in modo ragionevolmente sicuro: per esempio, se non vi è urgenza, piuttosto che alle trasfusioni si deve ricorrere alle cosiddette autotrasfusioni (cioè trasfondendo il sangue della persona stessa, prelevato da lei più volte in precedenza). Se non c'è tempo per seguire questa strada, è frequente che il giudice intervenga in modo impositivo.

Il caso dei *trattamenti oncologici* è ben più delicato dei precedenti, per l'invasività e la dolorosità che li contraddistinguono, ma anche per la minore certezza dei loro esiti ⁽⁷⁾: la giurisprudenza si è mossa con molta circospezione e in molti casi, ma non in tutti, ha adottato provvedimenti limitativi di cui all'art. 333. Quando è intervenuta, ha compiuto un attento bilanciamento fra i pro e i contro, **considerando soprattutto** quattro parametri: le prospettive di successo delle cure basate sulla medicina scientifica, la gravità e la probabilità delle conseguenze derivanti della loro mancata effettuazione, la loro invasività, la loro durata ⁽⁸⁾. Nelle decisioni non è certo rimasto indifferente il fatto che i trattamenti oncologici, soprattutto quelli chemioterapici, si svolgono con plurime sedute, ripetute a **distanza di tempo per un periodo** piuttosto lungo, sicché in tali casi è molto importante per il successo della cura che si formi la cosiddetta "alleanza terapeutica" fra i tre protagonisti, il medico, il paziente minorenne e la sua famiglia.

Per l'esecuzione dei trattamenti in caso di rifiuto del minorenne capace di discernimento, cfr. sotto, § 6®.

4.5. I conflitti fra i genitori nell'esercizio della responsabilità

Quando una decisione dev'essere presa dai genitori di comune accordo, ma questo manca, la legge detta una regola per risolvere il conflitto, che si applica però solo alle questioni «di particolare importanza» (art. 316 c. 2°): ciascun genitore può ricorrere al giudice, senza formalità, «indicando i provvedimenti che ritiene più idonei». La competenza appartiene al tribunale ordinario. È un procedimento di volontaria giurisdizione (cfr. cap. 8 § 3®), per il quale non è necessaria l'assistenza tecnica di un avvocato.

Il giudice tenta una conciliazione e suggerisce la soluzione che ritiene più

⁷ Questo caso ha avuto un periodo ben determinato e fortunatamente breve di frequenza, fra il 1998 e il 2000, al tempo della diffusione della fede nella multiterapia anticancro Di Bella, risultata poi inefficace.

⁸ Cfr. i casi citati sotto nel § 6®.

opportuna «nell'interesse del figlio e dell'unità familiare», sentiti i genitori e il minore che abbia compiuto 12 anni, o anche di età inferiore se capace di discernimento. Se il tentativo non riesce, attribuisce il potere di decidere al genitore «che, nel singolo caso, ritiene il più idoneo a curare l'interesse del figlio» (art. 316 c. 3°). Il provvedimento è reclamabile in appello, ma non è ricorribile in cassazione.

Questo intervento giudiziale conciliativo – introdotto nel 1975 e allora assegnato alla competenza del tribunale per i minorenni – ha avuto negli anni un'applicazione scarsa, poiché nella realtà dei fatti il conflitto riguardante una decisione importante da prendere si risolve secondo le particolari dinamiche psicologiche della coppia e della famiglia, che portano al prevalere della volontà di un genitore su quella dell'altro, senza lasciare spazio effettivo per interventi di un'autorità esterna.

Quando invece la coppia dei genitori non convive, l'intervento del giudice sembra rientrare piuttosto fra quelli diretti a regolare l'esercizio della responsabilità secondo gli artt. 337-ter e 337-quinquies, ove il limite delle questioni «di particolare importanza» non opera (cfr. anche cap. 16 § 5®). Comunque sia, siccome con la riforma del 2012-2013 queste controversie sono sempre di competenza del giudice ordinario, opportunamente anche l'intervento di cui all'art. 316 c. 2° e segg. è stato attribuito alla sua competenza.

4.6. *L'esercizio della responsabilità nelle famiglie multiculturali*

Il numero delle famiglie i cui componenti provengono da culture e costumi altri è in costante crescita e deriva da due diversi fenomeni: da un lato vi è la crescita numerica dei matrimoni misti, fra italiani e persone originarie di paesi di matrice culturale non europea; dall'altro lato vi è una grande quantità di minorenni figli di genitori stranieri i quali, vivendo tutta la loro infanzia e adolescenza in Italia e magari essendovi anche nati, frequentando le scuole e i gruppi di coetanei, hanno assunto cultura, costumi e atteggiamenti analoghi a quelli degli italiani e si sono così allontanati dai costumi e dalle tradizioni culturali dei paesi d'origine dei loro genitori.

È in particolare quest'ultima situazione che qui interessa. Ne derivano infatti difficoltà, a volte anche gravi, di dialogo fra le generazioni: tra figli cresciuti nel contesto sociale e culturale dell'Italia contemporanea e genitori legati alla cultura e alle tradizioni della propria origine. Si tratta di conflitti che presentano una forte somiglianza con quelli che si erano verificati negli anni '60 e '70 del secolo scorso, in seguito alla migrazione di milioni di persone dalle campagne dell'Italia meridionale e insulare verso le città industriali dell'Italia settentrionale.

I conflitti che possono presentarsi in questi contesti sociali e familiari impongono una riflessione sul contenuto e sulle modalità dell'esercizio della responsabilità. Vi sono due *poli estremi*: da un lato affermare la prevalenza dei principi dell'ordinamento internazionale e costituzionale in materia di diritti

fondamentali dei minorenni, applicando le norme e le prassi che ne derivano, senza distinguere fra italiani e non; dall'altro lato rispettare le diversità culturali, fino al limite estremo di costruire un sistema quasi di statuti personali, di modo che si applichino regole diverse secondo la cultura e le tradizioni delle persone interessate.

Nella realtà delle relazioni sociali e familiari, i punti più delicati e conflittuali sono principalmente tre: il grado di libertà e autonomia concesso ai minori adolescenti, soprattutto alle ragazze, sia nella vita quotidiana sia nelle scelte esistenziali di lungo periodo (studi e lavoro, sessualità, procreazione e matrimonio); i tipi di punizioni inflitte ai figli minori, soprattutto qualora comportino l'uso della violenza; la questione delle mutilazioni genitali femminili, imposte da alcune tradizioni extraeuropee, pur senza legami effettivi con determinate fedi religiose.

Sui primi due punti in questa sede ci dobbiamo limitare a un'indicazione generale: i principi del sistema internazionale e costituzionale dei diritti dei minorenni e le regole di legge che ne derivano non possono essere disattesi per seguire, invece, regole nate da tradizioni culturali diverse. Ciò premesso, è però necessario che le prassi applicative poste in essere dai servizi sociali e dall'autorità giudiziaria tengano conto delle differenze culturali.

Sul piano del *metodo di lavoro* ciò significa che è necessario muoversi con un atteggiamento mite, che unisca fermezza sui principi con capacità di comprensione dei casi concreti, che ponga al centro lo sforzo anzitutto di comprendere il linguaggio delle culture diverse dalla nostra, e poi di mediare e di persuadere.

Sul piano dei *contenuti* ciò significa che occorre un adattamento ragionevole, di modo che, senza transigere sui principi, si giunga però poi a stabilire regole di comportamento per le parti in lite che siano davvero comprese e reciprocamente accettate nella massima misura possibile, pur entro i limiti, comunque invalicabili, imposti dal rispetto dei principi di fondo del sistema dei diritti umani, con particolare riferimento ai minori di età.

Sul terzo punto, invece, non vi sono dubbi: si tratta di pratiche vietate, la cui realizzazione, anche se avviene all'estero, costituisce reato (art. 583 *bis* CP, introdotto dalla legge 7/2006).

5. I limiti esterni alla responsabilità genitoriale

Vi sono alcune materie nelle quali la responsabilità parentale incontra precisi limiti legislativi, comunemente detti *limiti esterni*: la legge – in via di eccezione al principio generale dell'*incapacità di agire* – attribuisce autonomia decisionale al minorenne che ha raggiunto un certa età, differente secondo i casi, ed esclude quindi che in tali materie i genitori possano agire come suoi legali rappresentanti.

A volte si tratta di un'autonomia decisionale completa; altre volte limitata,

soggetta cioè a un controllo sovraordinato, per lo più da parte dell'autorità giudiziaria, effettuato con lo scopo di perseguire il bene del minorenni stesso; altre volte ancora dev'essere integrata dal consenso del genitore. In questi casi il compito del giudice non è quello di valutare se la decisione del minorenni sia opportuna o meno, nel suo stesso interesse, o se una decisione diversa sarebbe per lui migliore. È invece quello di valutare, oltre alla ricorrenza delle eventuali circostanze oggettive previste dalla legge, se il minorenni cui è attribuito il potere decisionale sia in grado di comprendere fino in fondo il significato, la portata e le conseguenze della decisione che ha preso, o almeno sia in grado di comprenderla come la potrebbe comprendere un diciottenne di normale maturità.

Si tratta di regole legislative molto eterogenee, che non lasciano intravedere alcun disegno razionale e unitario di politica del diritto, ma solo la tendenza generale ad ampliare lo spazio di autonomia del minorenni in alcuni campi, soprattutto in quelli della vita familiare e affettiva, dei comportamenti sessuali, della fede religiosa, dell'attività lavorativa.

a) Il minorenni che ha compiuto i 14 anni può, per sua decisione autonoma:

- assentire al proprio riconoscimento tardivo (art. 250 c. 3°);
- consentire al genitore esercente la responsabilità di iniziare o proseguire l'azione di dichiarazione giudiziale di paternità o maternità (art. 273 c. 2°);
- richiedere al giudice di nomina di un curatore speciale che eserciti le azioni di disconoscimento di paternità (art. 244 c. 6°), di impugnazione del riconoscimento per falsità (art. 264), di reclamo dello stato di figlio (art. 249 c. 5°) e di contestazione dello stesso (art. 248 c. 5°);
- dare il consenso alla propria adozione, senza il quale **questa** non ha effetto (artt. 25 c. 1° e 45 c. 1° legge 184);
- avere rapporti sessuali volontari, senza che ciò costituisca reato per l'altra persona (artt. 609 *quater* CP); se però un minore di 14 anni ha un rapporto sessuale con un minore di 18 anni, quest'ultimo non è punibile se la differenza di età tra i due soggetti non supera i 3 anni.

b) Il minorenni che *frequenta la scuola secondaria superiore* può liberamente scegliere se seguire o meno l'insegnamento della religione cattolica (art. 1 legge 281/1986).

c) Il minorenni *adolescente* può liberamente ottenere la somministrazione di mezzi anticoncezionali; per alcuni di questi è però necessaria la prescrizione medica (art. 2 legge 194).

d) Il minorenni che ha compiuto i 15 anni può prestare lavoro subordinato: il contratto di lavoro che sta alla base del rapporto dev'essere concluso in sua rappresentanza dal genitore esercente la responsabilità, ma non può essere stipulato contro la volontà del minorenni, sicché è necessario il concorso della volontà del genitore e di quella del figlio; invece può liberamente esercitare le azioni a difesa dei suoi diritti di lavoratore (art. 2 c. 2°).

e) Il minorenni che ha compiuto i 16 anni può, per sua decisione autonoma:

- riconoscere il proprio figlio naturale (art. 250 c. 5°);
- esercitare il diritto morale d'autore;
- compiere tutti gli atti giuridici relativi all'utilizzazione economica delle proprie opere dell'ingegno ed esercitare le azioni che ne derivano (artt. 20 e segg. e 108 legge 633/1941 sul diritto d'autore); la norma è applicabile anche a ipotesi affini, quali i diritti degli interpreti e degli esecutori (artt. 80 e segg. legge 633/1941).

f) Il minorenni è sottratto al potere decisionale dei genitori esercenti la responsabilità, ma le sue decisioni restano soggette a un controllo esterno, svolto dal giudice:

- se ha compiuto i 16 anni può contrarre matrimonio, previa autorizzazione del tribunale per i minorenni (art. 84; cfr. cap. 9 § 2.4®);
- se ha meno di 16 anni può riconoscere il proprio figlio naturale, previa autorizzazione del tribunale ordinario (art. 250 c. 5°; cfr. cap. 14 § 4®).

g) Caso particolare è quello dell'interruzione volontaria della gravidanza della minorenni, qualunque età abbia: può chiederla personalmente (nessuno può chiederla in sua vece), ma deve ottenere il consenso dei genitori esercenti la responsabilità oppure, se le è stato rifiutato o non intende chiederlo, l'autorizzazione del giudice tutelare; se lo ritiene opportuno, questi può anche non ascoltare i genitori.

La libertà in materia sessuale dei minorenni, che emerge dalle regole sui rapporti sessuali volontari, sull'interruzione volontaria della gravidanza e sulla somministrazione di mezzi anticoncezionali, non significa però ch'essi non restino soggetti anche in questo campo all'azione educativa dei genitori.

5.1. Le piccole operazioni giuridiche della vita quotidiana compiute dal minore

Nonostante la generale incapacità di agire del minorenni, nella vita quotidiana ci si imbatte con estrema frequenza in situazioni nelle quali questi si comporta *come se fosse capace di agire*, e le persone che hanno rapporti giuridici con lui ripongono piena fiducia nella validità dei suoi atti, pur sapendo che sono stati compiuti da un minore. Si tratta di uno sfasamento tra disciplina legale e prassi sociale, al quale si può cercare di rimediare solo con artifici interpretativi, sfruttando le possibilità offerte in proposito dalla legge.

L'artificio interpretativo più comunemente utilizzato consiste nel *presumere* che il minore che stipula un contratto abbia ricevuto a tal fine un incarico tacito da parte dei genitori, senza distinguere se egli stipula il contratto nell'interesse suo personale o di tutta la sua famiglia. Questa presunzione, com'è ovvio, opera soltanto se quel contratto rientra fra le *normali operazioni giuridiche* che si può immaginare che un minorenni possa compiere con il consenso dei suoi genitori, secondo quanto comunemente accade nella società e tenendo conto della sua età. Questo modo d'impostare il problema, alquanto artificioso, permette però

di giungere al risultato che secondo la prassi sociale si impone, cioè alla validità delle piccole operazioni giuridiche della vita quotidiana compiute da un minorenne: e ciò pure in assenza di espresse indicazioni legislative sul punto, che invece si trovano nel diritto di molti altri paesi europei.

I contratti stipulati da un minorenne che abbia nascosto la sua minore età con raggiri – non è quindi sufficiente che dichiari di essere maggiorenne – non può essere annullato (art. 1426).

Occorre comunque ancora ricordare che, nella maggior parte dei casi, l'annullamento di queste operazioni giuridiche non porterebbe alcun risultato pratico: infatti se venisse annullato il contratto nel quale una prestazione è già stata adempiuta e non può essere restituita in natura, poiché consiste in un servizio che è già stato fruito (per esempio, trasporto, ingresso a uno spettacolo) o in un bene che è già stato consumato (per esempio, cibo), la parte che ha ottenuto la prestazione sarebbe comunque obbligata a pagarne il giusto prezzo (art. 1443).

6. *L'autodeterminazione del minore e i trattamenti sanitari*

Il minore, in quanto incapace di agire, non potrebbe in linea di principio dare il consenso ai trattamenti sanitari che lo riguardano, né opporsi alla loro effettuazione. Le cose tuttavia non stanno esattamente così: benché la legge non contenga precise regole procedurali sul punto, l'opinione del minore non è affatto irrilevante, purché questi abbia una sufficiente capacità di *discernimento*. Il problema si pone in concreto con drammaticità nei casi in cui *il minorenne rifiuta il trattamento in accordo con i suoi genitori*, nonostante sia stato assunto un provvedimento di limitazione della loro responsabilità, che permette di superare la mancanza del loro consenso.

I principi fondamentali in materia sono posti dall'art. 6 c. 2° della Convenzione di Oviedo sui *diritti dell'uomo e la biomedicina* (⁹). La prima frase della norma ribadisce il principio consueto (cfr. § 4.4®): «qualora secondo la legge un minore non abbia la capacità di dare il consenso a un intervento, questo non può essere effettuato senza l'autorizzazione del suo rappresentante, di un'autorità, di una persona o di un'istanza indicata dalla legge». La seconda frase, invece, merita attenzione per la *novità del suo contenuto*, rispetto alla tradizione del diritto italiano: «l'opinione del minore è presa in considerazione come fattore sempre più determinante, in funzione della sua età e del suo gra-

⁹ La convenzione, datata 4 aprile 1997, è stata stipulata nell'ambito del Consiglio d'Europa e la sua ratifica autorizzata con legge 145/2001; però la procedura di ratifica non è stata completata, sicché non è formalmente in vigore in Italia. I suoi principi vengono però abitualmente applicati dalla giurisprudenza italiana, in quanto considerati tanto come *guida per interpretare* le norme vigenti, quanto come *specificazioni analitiche di principi generali* del sistema costituzionale e internazionale di protezione dei diritti fondamentali dell'uomo.

do di maturità». Una formulazione simile dello stesso principio si legge nell'art. 24 c. 1° della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: l'opinione dei minori «viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità».

Finché il minorenne, per la sua età e la sua immaturità, dev'essere considerato privo di facoltà di discernimento, come accade nei primissimi anni di vita, non è dubbio che la sua opinione sia irrilevante; deve però essere informato, ove possibile, in modo che sappia che cosa sta per succedergli.

Da quando diviene capace di discernimento, invece, dev'essere anzitutto *informato e ascoltato*: ciò significa che dev'essergli ben spiegato che cosa si intende fare e quali ne sono i pro i contro, in modo da cercar di persuaderlo a concordare con la decisione sanitaria. Inoltre, e soprattutto, si deve tener conto, nel processo decisionale, della sua opinione: questa *deve diventare tanto più determinante quanto più cresce la sua consapevolezza*, cioè quanto più è capace di comprendere la situazione in cui si trova e di decidere con sufficiente razionalità e consapevolezza quali effetti potrà avere la decisione sulla sua vita futura.

L'indicazione di principio è assai generica: che cosa significa *determinante*? *Determinante* per che cosa? Il problema che si pone non è tanto quello della formale dichiarazione di consenso: in queste circostanze di solito è data dal tutore appositamente nominato dal giudice nel provvedimento che sospende i genitori dall'esercizio della responsabilità, per superare lo sbarramento costituito dal loro rifiuto (cfr. sopra § 4.4®). Il problema vero e delicatissimo che si pone è quello del *rifiuto del minore*, evidentemente influenzato dalla decisione dei suoi genitori, cioè delle persone nelle quali è naturale che riponga la massima fiducia.

In questi casi si tratta di stabilire il confine fra i casi in cui il rifiuto espresso dal minore, se capace di discernimento, può essere superato, sicché l'esecuzione del trattamento può essere imposta al minore, e i casi in cui ciò non è ammissibile: in questa seconda ipotesi il suo rifiuto assume un valore *determinate*.

Nel caso dei trattamenti oncologici, cui abbiamo fatto cenno in precedenza (cfr. § 4.4®), i bambini che si opponevano – in accordo con i loro genitori e nonostante la sospensione della responsabilità parentale decisa dal tribunale per i minorenni (art. 333) – erano stati considerati capaci di discernimento a tal fine, benché la loro età fosse compresa fra i 9 e i 10 anni. A conclusione del procedimento giudiziario, i giudici avevano sempre deciso di *non imporre* loro il trattamento sanitario consigliato (chemioterapia, in un caso anche l'amputazione di un arto), giudicando che la sua imposizione costituisse una forma di violenza, lesiva della loro personalità, quindi sempre e comunque contraria al loro interesse ⁽¹⁰⁾.

¹⁰ Cfr., fra le altre, Trib. min. Brescia, 28 dicembre 1998 e App. min. Brescia, 13

Nel caso della malattia mentale, se i genitori in accordo con il medico chiedono il ricovero del minore adolescente in un reparto psichiatrico, il suo eventuale rifiuto non può essere superato se non con un *trattamento sanitario obbligatorio* (art. 35 legge 833/1978) ⁽¹¹⁾, come se fosse maggiorenne, purché ne ricorrano le circostanze: si tratta infatti di un provvedimento che limita la libertà personale. Pertanto, in analogia con il diritto di impugnare le condanne penali e le misure di sicurezza inflittegli, legittimato opporsi con ricorso al tribunale è il minore stesso ⁽¹²⁾.

Per alcuni trattamenti sanitari vi sono norme specifiche di legge:

- la richiesta d'intervento riabilitativo per il minorenne tossicodipendente può essere fatta, oltre che dai genitori esercenti la responsabilità, anche personalmente dall'interessato (art. 120 d.p.r. 309/1990 sulla tossicodipendenza); in tal caso gli operatori devono garantire il segreto anche verso i genitori, salvo ritengano indispensabile la loro collaborazione, nell'interesse del minore;
- l'effettuazione di esami medici sulla sieropositività può essere richiesta personalmente dal minorenne e la relativa informazione può essere data solo al diretto interessato; il testo di legge (art. 5 c. 4° legge 135/1990 sulla sieropositività) non dà un'indicazione certa in questo senso: ci sembra però, per coerenza logica con la normativa sulla tossicodipendenza, che il minorenne abbia diritto al segreto e che i genitori possano esserne informati solo se ciò appare necessario nell'interesse stesso del minorenne, per ottenere la loro collaborazione.

7. L'usufrutto legale e l'amministrazione dei beni del figlio minore

I genitori che esercitano la responsabilità sono titolari dell'*usufrutto legale* sugli eventuali beni di proprietà del figlio minore, salvo quelli che ha acquistato con i proventi del proprio lavoro (art. 324 e segg.).

A differenza dell'usufrutto comune (art. 978 e segg.), è caratterizzato dallo spirito di solidarietà e di gratuità tipici delle relazioni familiari: i genitori hanno il diritto di utilizzare i beni dei figli minori e di trarne i frutti, da destinare a soddisfare le esigenze di vita della famiglia; possono modificarne la destinazione economica e non sono tenuti a redigere l'inventario né a dare il rendiconto della loro gestione; ciò neppure se continuano a utilizzarli dopo che i figli sono divenuti maggiorenni ma restano a convivere con loro. L'usufrutto legale, finché i beni restano in proprietà dei minori, è inalienabile e non può essere sottoposto a esecuzione forzata da parte dei creditori dei genitori.

febbraio 1999, Trib. min. Brescia, 22 maggio 1999 e App. min. Brescia, 24 novembre 1999, tutte in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 204; App. min. Ancona, 26 marzo 1999, in *Dir. fam. pers.*, 1999, 659.

¹¹ Ne faremo cenno nel cap. 19 § 3®.

¹² Cfr. il caso deciso da Trib. min. Milano, 30 marzo 2010, in *Dejure*.

I genitori che esercitano la responsabilità, in quanto *legali rappresentanti* dei figli minori, hanno il diritto e il dovere di amministrare i loro beni. Le regole in materia, molto analitiche e spesso poco funzionali per la loro rigidità, sono poste a salvaguardia dell'interesse dei figli (art. 320).

Occorre distinguere fra:

- atti di *ordinaria amministrazione*: possono essere compiuti da ciascun genitore da solo;
- contratti per *prendere o dare in locazione* un immobile di proprietà del minore: possono essere stipulati dai genitori solo congiuntamente;
- atti di *straordinaria amministrazione*: possono essere compiuti dai genitori solo congiuntamente e con l'autorizzazione del giudice tutelare o del tribunale, secondo i casi; questa è data se l'atto appare necessario o di evidente utilità per il figlio; l'elenco degli atti soggetti all'autorizzazione è contenuto nei commi 3°, 4° e 5° dell'art. 320.

I genitori non possono acquistare beni o diritti dei figli, neppure per interposta persona (art. 323).

Gli atti compiuti in violazione di tutte queste regole sono *annullabili* (artt. 322 e 323 c. 2°).

In caso di disaccordo, ciascun genitore può chiedere l'intervento del giudice (art. 316 c. 2°).

Qualora sorgano conflitti di interessi tra i figli, o tra i genitori e i figli, oppure i genitori non possano o non vogliano compiere atti di straordinaria amministrazione che sarebbero opportuni nell'interesse dei figli, il giudice tutelare, su richiesta dei figli, nomina loro un curatore speciale (art. 321).

Il genitore che amministra male il patrimonio del figlio minore può essere rimosso dall'amministrazione, privato dell'usufrutto legale e della rappresentanza: queste spettano allora in via esclusiva all'altro genitore, o in mancanza a un curatore speciale (art. 334); può esservi riammesso quando le ragioni che avevano giustificato la rimozione sono venute meno (art. 335). La rimozione dall'amministrazione, estremamente rara nella pratica, non ha alcuna conseguenza sui rapporti personali fra genitore e figlio, in particolare sull'esercizio della responsabilità con riguardo alle decisioni concernenti la persona del minore. Il procedimento è di competenza del tribunale per i minorenni (art. 38 disp. att.).

8. La responsabilità dei genitori per i fatti illeciti dei figli minori

I genitori sono responsabili per i fatti illeciti commessi dai loro figli minori, e sono quindi tenuti a risarcire i danni che questi producono ai terzi. Come già detto in precedenza (cfr. cap. 5 § 2.4[Ⓢ]), risponde dei suoi fatti illeciti chi è capace d'intendere e di volere (art. 2046), cioè è in grado di comprendere il significato del comportamento dannoso che pone in essere, quanto sia pericoloso, quanto sia probabile che ne derivi un danno.

La responsabilità dei genitori è regolata diversamente, secondo se il minore è o non è capace d'intendere e di volere.

Il minore *incapace di intendere e di volere* non risponde dei danni che produce. I genitori sono responsabili al posto suo, in quanto *sorveglianti* di un incapace (art. 2047); possono andare esenti da responsabilità se provano «di non aver potuto impedire il fatto» (art. 2047 c. 2°).

Il minore *capace di intendere e di volere*, invece, risponde personalmente dei danni che produce a terzi; deve cioè risarcirli con i suoi beni, se ne ha. I suoi genitori, purché convivano con lui, sono *corresponsabili in solido*: ciò significa che il danneggiato può chiedere l'intero risarcimento al minore o ai genitori, a sua scelta (art. 2048 c. 1°). Nei fatti, il risarcimento del danno è quasi sempre interamente a carico dei genitori, poiché non è frequente che il figlio abbia già un patrimonio personale durante la minore età.

I genitori possono liberarsi dalla responsabilità solo se dimostrano «di non aver potuto impedire il fatto» (art. 2048 c. 3°): secondo l'interpretazione che la giurisprudenza dà a questa locuzione, devono dimostrare di avere adeguatamente *sorvegliato* ed *educato* il figlio. Man mano che questi cresce, aumenta il rilievo dato all'educazione impartita e diminuisce il rilievo dato alla sorveglianza: alle soglie della maggiore età la sorveglianza, com'è intuitivo, ha perso ogni rilievo.

La responsabilità dei genitori spesso finisce con l'essere pressoché oggettiva, poiché è molto raro che riescano a dare la prova liberatoria: per lo più infatti la giurisprudenza afferma che il fatto stesso che il minore abbia tenuto quel comportamento dannoso costituisce la prova che non è stato sufficientemente sorvegliato o, soprattutto, che non ha ricevuto un'educazione adeguata⁽¹³⁾.

¹³ Cfr., quali esempi fra i molti, Cass. 7270/2201, 19357/2000, 6741/1998.