

Intervento al seminario dei giuristi “Il diritto dei bambini all’autonomia” del 26/05/05

Siamo stati invitati qui oggi per dare il nostro contributo giuridico al fine di raggiungere due obiettivi principali, riassunti da Francesco Tonucci nella lettera di convocazione: l'autonomia e la partecipazione dei bambini.

Da parte mia, cercherò di analizzare e di dare una risposta al quesito n. 2 della convocazione, relativo alle difficoltà di natura giuridica opposte da alcune istituzioni alla realizzazione del progetto "A Scuola ci andiamo da soli". Non me ne vogliate se la risposta consisterà nell'aprire altre domande.

Personalmente, da tempo mi sono imbattuta negli scogli della nostra legislazione e prima ancora della nostra cultura, in materia di bambini e adolescenti.

Ho ritenuto opportuno portare del materiale che potrebbe essere di aiuto, anche se pensato con riferimento a fasce di età più grandi (ragazzi da 14 a 18 anni) che presentano esigenze diverse rispetto ai bambini della scuola elementare di cui ci occuperemo oggi.

Per la prima volta, mi sono posta il problema della inadeguatezza del nostro attuale sistema legislativo quando un responsabile di un presidio pubblico che si occupa di salute mentale degli adolescenti e che effettua interventi preventivi nelle scuole mi ha chiesto come poteva rispondere alla garanzia di riservatezza che il giovane che si rivolgeva al Servizio pretendeva dagli operatori anche nei confronti della famiglia.

Da allora, forse anche grazie alla nascita dei miei quattro nipoti, non ho più smesso di occuparmi dell'argomento. Poi ho avuto il piacere di conoscere i progetti del CNR attraverso i libri di Francesco Tonucci e in un nostro incontro, ormai più di un anno fa, gli lasciai una bozza di un documento che andavo elaborando e che ancora è un torrente in piena espansione, al quale non riesco mai a mettere un punto.

Troverete in cartellina due documenti: il primo è un intervento pubblicato su "Articolo 32", un giornale diffuso nelle ASL e diretto principalmente ad operatori sanitari in cui sollevo la problematica della validità del consenso al trattamento psico-sanitario espresso direttamente dal minore senza coinvolgere i genitori. Il secondo è un approfondimento tecnico-giuridico della materia.

Vi anticipo subito che, a mio modesto avviso, molto si può fare allo stato attuale della legislazione per interpretare le norme in senso progressista attraverso i principi affermati nelle Convenzioni Internazionali e nella nostra Costituzione, ma molto di più possiamo fare cominciando a lavorare su un'ipotesi di riforma legislativa, che avrà bisogno di molti approfondimenti, di numerosi dibattiti, di un largo coinvolgimento dell'opinione pubblica per poter passare prima come discorso culturale diffuso e poi come norma di legge. Mi riferisco alla opportunità di modificare l'attuale sistema della incapacità di agire dei minori degli anni 18, regolato dall'art. 2 del codice civile.

L'attuale concetto di infanzia e di adolescenza, come elaborato dalle scienze psico-pedagogiche, è frutto di una lunga evoluzione storica, che ha consentito l'individuazione della specificità e delle differenze tra le diverse età evolutive.

Come pure è frutto di una lenta e progressiva conquista di civiltà l'affermazione dei diritti dei bambini, sin dalla più tenera età, e l'elaborazione culturale della centralità dell'infanzia nello sviluppo dell'essere umano.

Oggi, in una società che voglia definirsi civile i bambini, il loro benessere, la loro salute, la possibilità di crescere sani e felici debbono essere al centro delle scelte degli adulti. Essi costituiscono, infatti, la risorsa più preziosa dell'intera collettività.

Tuttavia, nonostante la conquista e l'affermazione dei loro diritti, nelle moderne democrazie occidentali i bambini non partecipano mai ai processi decisionali, ma sono sempre oggetto delle scelte degli adulti.

La nostra cultura considera, infatti, i bambini e anche gli adolescenti come soggetti passivi, da proteggere ed educare, incapaci di agire autonomamente, dotati di diritti di cittadinanza meno completi di quelli degli adulti, per cui non possono prendere parte attiva ai processi decisionali. Al massimo, i bambini sono concepiti come futuri cittadini.

Conseguentemente, l'attuale ordinamento giuridico italiano, che è espressione della società storicamente determinata, pur riconoscendo al minore degli anni diciotto la capacità giuridica, non gli attribuisce la capacità di agire. La capacità di compiere atti giuridici è ritenuta sussistente, infatti, solo dal compimento del diciottesimo anno, con l'acquisto della maggiore età (art. 2 codice civile).

La norma si fonda sulla presunzione che solo a 18 anni la persona sia ormai pienamente formata e capace di intendere e di volere.

IN PARTICOLARE SUL DIRITTO DI ANDARE A (E TORNARE DA) SCUOLA DA SOLI

Qui non si pone, a differenza del caso dei trattamenti sanitari, un problema di contrasto tra genitori e figli perché il progetto in argomento viene condiviso con gli alunni e i loro genitori.

L'iniziativa "A scuola ci andiamo da soli" nasce, infatti, come un progetto partecipato in cui vengono coinvolti insegnanti, genitori, bambini e cittadini dei quartieri interessati. Le difficoltà di attuazione vengono preliminarmente discusse per attuare una serie di interventi a maggiore tutela e sicurezza dei bambini.

Ciò nonostante apprendiamo con stupore che alcuni dirigenti scolastici, con l'avallo dell'Avvocatura dello Stato di Bologna, avrebbero frapposto difficoltà di natura giuridica a lasciare uscire gli alunni da scuola senza affidarli a un genitore o a un loro delegato, nonostante l'autorizzazione scritta in tal senso rilasciata dai genitori esercenti la potestà. Tale rigida interpretazione degli obblighi di vigilanza degli operatori scolastici, particolarmente estensiva, ha provocato parecchi disagi tra gli insegnanti e i dirigenti scolastici e il disorientamento di molti genitori e rischia di compromettere la realizzazione del progetto educativo stesso.

Cercheremo di confutare le argomentazioni addotte in campo sia penale che civile e di dimostrare come la *ratio* dell'eccezione sollevata trovi fondamento più che nel diritto, in argomentazioni di natura metagiuridica, per non dire culturale, sociale, storica o meglio antistorica se è vero, come è vero, che all'inizio degli anni 70 circa l'80% dei bambini andava a scuola a piedi e senza essere accompagnato dai genitori.

Osservazioni circa la configurabilità del reato di abbandono di incapaci

Occorre, in primo luogo, sgombrare il campo dalla ipotizzata configurabilità del reato di cui all'articolo 591 del codice penale che punisce "chiunque abbandona una persona minore degli anni quattordici, ovvero una persona incapace ... e della quale abbia la custodia o debba avere cura" con la reclusione da 6 mesi a 5 anni.

Non sussiste il reato di abbandono di persone minori o incapaci perché manca, in primo luogo, l'elemento materiale. L'abbandono consiste, infatti, nel lasciare il soggetto in balia di se stesso o di terzi in modo che ne derivi pericolo per la vita o l'incolumità dell'abbandonato. Nell'iniziativa "a scuola ci andiamo da soli" le uscite dei bambini non vengono improvvisate, viceversa c'è un lavoro di preparazione teso proprio ad azzerare il pericolo per l'incolumità degli alunni, in primo luogo con riferimento al traffico cittadino.

Teniamo a mente, infatti che, l'esperienza prevede un percorso definito, sempre uguale, per un tempo limitato e con la contemporanea partecipazione di molti bambini di diverse età. Prima di avviare il progetto si effettuano degli interventi per limitare l'invasione delle automobili e costruire una rete di accoglienza e di solidarietà sociale coinvolgendo i diversi protagonisti della vita di quartiere.

Ad esempio, si invitano gli anziani ad assumere un ruolo di vigilanza e assistenza essendo semplicemente presenti in strada in quelle fasce orarie per fare la spesa, passeggiare leggere il giornale e contemporaneamente per dare un'occhiata attenta eppur discreta, pronti ad intervenire in caso di necessità. Inoltre, si chiede ai negozianti del quartiere che stando sulla strada possono essere d'aiuto ai bambini di offrire le proprie risorse (il bagno, il telefono, oltre che la necessaria attenzione) ai bambini che vanno a scuola da soli. I negozi degli aderenti recano sulle vetrine un adesivo dell'iniziativa, conosciuto dai bambini, che qualifica l'esercizio come "amico dei bambini".

Si può, anzi, affermare che per le modalità sopra riportate si realizzi una vigilanza diffusa e rafforzata e, nei fatti, una maggiore sicurezza (che non vuol dire necessariamente "prendere per mano").

Poiché nel reato di cui all'articolo 591 del codice penale l'evento consiste proprio nel pericolo di danno fisico o morale al quale il minore/incapace abbandonato a se stesso, va incontro, tale pericolo, secondo la dottrina maggioritaria va provato. E' vero che parte della giurisprudenza ritiene sufficiente un pericolo solo potenziale e non effettivo, ma le sentenze vanno lette senza mai perdere di vista l'esame della fattispecie concreta. Del resto, nel nostro sistema non costituiscono precedenti vincolanti (natura diversa ha, infatti, la funzione di nomofilachia della Corte di Cassazione).

Ebbene, leggendo i casi che hanno originato le sentenze ci accorgiamo che si tratta di fattispecie diverse ontologicamente da quella di cui ci occupiamo. Ad es. in dottrina è fortemente discusso se l'abbandono temporaneo possa integrare o meno gli estremi del reato previsto dall'art. 591 cod. penale. Autorevole dottrina (Pisapia) sostiene che l'abbandono sia tale solo se compiuto con l'intenzione di lasciare definitivamente e non soltanto momentaneamente l'abbandonato.

Sebbene la giurisprudenza appaia orientata a riconoscere l'esistenza del reato ogniqualvolta dall'abbandono temporaneo sia derivato un pericolo per la vita o l'incolumità, quando andiamo a leggere le fattispecie concrete comprendiamo meglio la condanna. Così Cass. 1983/7774 che ha affermato che l'abbandono è punibile anche se temporaneo, riguardava il caso di un minore ricoverato in istituto che, invece di frequentare la scuola elementare, si era recato a giocare con altri compagni nei pressi di una discarica ove aveva riportato gravi lesioni. La differenza tra l'abbandono che comporta un disinteresse tale da lasciare che un bambino si rechi a giocare in una discarica e la partecipazione ad un progetto in cui si consente che il bambino, adeguatamente preparato a questa esperienza torni a casa a piedi insieme ai suoi compagni senza la presenza di adulti è talmente evidente che non merita commenti. Mi limito solo a rilevare che l'abbandono, anche temporaneo, presuppone che l'autore del reato non sappia, né voglia sapere dove andrà il soggetto abbandonato, cosa farà e con chi starà nel periodo dell'abbandono. Invece, nelle esperienze di autonomia, i genitori e gli insegnanti sono a conoscenza del percorso, condividono insieme ai bambini l'esperienza per averla preparata, manifestano nel modo più autentico il loro interesse per la corretta crescita dei loro figli o alunni. Abbandonare presuppone una totale indifferenza rispetto alle sorti dell'abbandonato, rendere più autonomi e indipendenti i bambini presuppone un percorso di crescita insieme agli adulti i quali dopo aver garantito tutte le condizioni di sicurezza (il che impedisce la situazione di pericolo) si limitano a fare un passo indietro, a non essere una presenza ingombrante, a stare dietro le quinte, pronti a intervenire in caso di bisogno.

Effettivamente, mi torna in mente una provocazione che Tonucci lancia in una nota del suo libro "*Se i bambini dicono: adesso basta!*": si abbandonano i propri figli consentendo loro di partecipare a progetti educativi che valorizzano le capacità di autonomia responsabilizzandoli e facendoli crescere, oppure lasciandoli soli in casa (dove sono frequenti gli incidenti domestici) o parcheggiandoli davanti al televisore provocando in loro non il solo pericolo di danno, ma i danni sicuri evidenziati da tanta letteratura scientifica?

Inoltre, è interessante provare ad analizzare il concetto di abbandono anche dal punto di vista del soggetto passivo del reato, ossia proprio dal punto di vista del minore "abbandonato". Non credo che un bambino inserito in un'attività progettuale assieme ai compagni di classe alla quale hanno contribuito i propri insegnanti e genitori, si possa sentire "solo", in balia di se stesso, vittima di un reato. La presenza affettiva delle persone che hanno cura di lui è anzi sicuramente più evidente a livello psicologico nel tornare a casa da soli, realizzazione di cui saranno orgogliosi, piuttosto che nel rimanere davvero soli davanti al televisore o alla *play station*. La verifica è nel rapporto: i bambini non mancheranno di raccontare con entusiasmo le esperienze vissute durante il percorso, che saranno momenti di crescita condivisa con i compagni e con le figure adulte significative.

Tuttavia, quand'anche questi argomenti, che a me paiono molto forti, non fossero ritenuti sufficienti, la condotta degli insegnanti o dei direttori scolastici che lasciano uscire i bambini da scuola senza consegnarli a un adulto o dei genitori che lasciano uscire i bambini da casa da soli per recarsi a scuola con i compagni, non potrebbe mai integrare gli estremi del reato di abbandono, soprattutto per mancanza dell'elemento soggettivo. L'elemento psichico consiste, infatti, nella coscienza e volontà di abbandonare la persona minore o incapace.

Concludendo, il progetto "a scuola ci andiamo da soli" non solo non espone i bambini ad alcun pericolo, ma soprattutto, non nasce con l'intenzione di abbandonare o lasciare gli alunni in balia di se stessi, bensì è un'iniziativa partecipata, che vede coinvolti insegnanti, genitori, alunni, cittadini del quartiere, commercianti, automobilisti, anziani, vigili urbani per garantire un processo di crescita e di conquista graduale di spazi di autonomia da parte dei più piccoli, con una progettualità che mira proprio ad azzerare i rischi di qualunque genere.

Consentire e partecipare ad iniziative come "andiamo a scuola da soli" o, più in generale, tutte quelle connesse alla "Città dei bambini" vuol dire in realtà adempiere nel senso più pieno del termine sia ai doveri connessi alla potestà genitoriale, sia all'attività educativa scolastica. L'iniziativa si pone, infatti, come parte integrante del piano di offerta formativa dell'istituto scolastico, costituendo un serio e valido programma di educazione ambientale e stradale.

Lasciare che i bambini tornino a casa in autonomia, lungi dal costituire violazione degli obblighi di vigilanza, vuol essere invece una scelta, consapevole e ponderata, da inquadrarsi nell'obbligo educativo svolto dai genitori in collaborazione con la scuola.

Influenza delle Convenzioni internazionali sull'interpretazione delle nostre leggi

Sgombrato il campo da ogni coinvolgimento della sfera penale, si tratta ora di vedere se il comportamento ostativo, manifestato da questi esponenti delle istituzioni non sia addirittura in contrasto con le numerose convenzioni internazionali che regolano la materia, con la nostra Carta Costituzionale e con le stesse leggi dello Stato italiano.

La Comunità internazionale è stata la più sensibile ad evidenziare che il soggetto in formazione è portatore di diritti che gli ordinamenti interni devono non solo riconoscere, ma anche garantire e promuovere.

La prima dichiarazione internazionale in cui si ravvisa l'affermazione dei diritti di libertà dei minori, anche da costrizioni e interferenze degli adulti, è la Convenzione Onu sui diritti del fanciullo adottata a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con L. 27/5/91 n. 176.

L'art. 3 della Conv. Onu espressamente sancisce che : "in tutte le azioni riguardanti bambini, se avviate da istituzioni di assistenza sociale, private e pubbliche, tribunali, autorità amministrative, corpi legislativi, i maggiori interessi del bambino devono costituire oggetto di primaria importanza". Tale principio è stato assorbito anche nel nostro ordinamento attraverso la legge di ratifica citata (179/91) e si pone, perciò, come criterio interpretativo di tutte le norme. L'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile (c.d. Preleggi) rinvia, infatti, ai "principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato" come criterio interpretativo delle norme. Del resto, la giurisprudenza, sia di merito, sia di legittimità, ha fatto spesso ricorso alla Conv. Onu per interpretare diverse norme interne in modo più favorevole alle esigenze dei minori.

Se, come prevede la Convenzione Onu il "superiore interesse del minore" deve essere una considerazione preminente, in base ad esso è legittimo anche ritenere che nel caso in cui l'esercizio della potestà genitoriale o l'esercizio della vigilanza da parte della scuola, sia in contrasto con l'interesse del minore, quest'ultimo debba prevalere.

Va, tuttavia, precisato che l'espressione "interesse del minore" pur avendo un preciso significato nella Conv. Onu e pur avendo svolto una funzione di strategica importanza nell'evoluzione giurisprudenziale, rischia di divenire approssimativa e di essere riempita di contenuti di volta in volta diversi e contraddittori. Per questo, autorevole dottrina ha sentito l'esigenza di ribadire la centralità del diritto soggettivo come categoria per una nuova tutela della minore età.

Successivamente, è stata adottata la Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, firmata a Strasburgo il 25/1/1996 e ratificata solo di recente dall'Italia, con L. 77/2003.

La Convenzione Europea ribadisce il diritto di partecipazione dei minori ai procedimenti che li riguardino fondando sulla "capacità di discernimento" la possibilità di accedere in prima persona all'esercizio dei propri diritti. Rafforza l'autonomia decisionale del minore nelle controversie giudiziarie. Sembrerebbe accogliere la teoria liberazionistica "che considera la capacità di agire in giudizio come il presupposto per un autentico riconoscimento della soggettività giuridica del minore". Tuttavia si colgono ancora oscillazioni e risentimenti dell'orientamento paternalistico.

Da ultimo va citata la Costituzione Europea, il trattato è stato firmato a Roma il 29/10/2004 e ratificato in Italia con L. 7/04/2005 n. 57.

Nella parte II "Carta dei diritti fondamentali dell'unione" ritroviamo nell'art. 84 "diritti del minore" l'affermazione dell'interesse superiore del minore che deve essere considerato preminente in tutti gli atti relativi ai minori.

Per tutte le proclamazioni internazionali indicate, l'interesse del minore è dunque stato recepito nel nostro sistema giuridico attraverso le leggi di ratifica, come principio generale dell'ordinamento e, dunque, come criterio interpretativo di tutte le norme interne. Pertanto, se l'obbligo di vigilanza delle autorità scolastiche, interpretato rigorosamente appare in contrasto con l'esclusivo benessere del minore e con il suo diritto a ricevere una educazione che faciliti un sereno sviluppo della personalità, deve prevalere il progetto educativo che realizza il suo superiore interesse.

L'interesse del minore nella Costituzione e nella legislazione ordinaria italiana

Ma l'interesse del minore è principio cardine del nostro ordinamento non solo perché introdotto dalla Conv. Onu, bensì anche per specifiche indicazioni costituzionali (artt. 2 e 31 Cost.) e del legislatore ordinario. In particolare, l'art. 31 comma 2 della Costituzione afferma che la Repubblica "protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo".

Accanto all'interesse come categoria generale sussistono, però, veri e propri diritti soggettivi del minore riconosciuti dalla Costituzione, rimasti per lungo tempo inattuati.

Il soggetto in età evolutiva non è una "cosa" in proprietà dei genitori, ma una autonoma persona le cui attitudini devono essere riconosciute e rispettate, è un essere umano avente una sua personalità che, per essere in formazione, merita una più attenta tutela. Sono stati così riconosciuti, a partire dagli anni Settanta, in giurisprudenza, il diritto alla vita, allo sviluppo della personalità, alla propria identità, tutti i diritti di libertà (di informazione, di manifestazione del pensiero, di coscienza, di religione, di associazione ecc.), il diritto alla riservatezza e alla educazione, nonché i diritti sociali (all'istruzione, al lavoro, alla salute ecc.).

Nel codice civile la norma di riferimento è l'art. 147 che impone ai coniugi "l'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli". Norma che va correlata con l'art. 30 della Costituzione "E' dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio" e che deve essere interpretata alla luce anche delle Convenzioni internazionali esaminate.

La disposizione dell'art. 30 comma 1 della Costituzione sottolinea come i genitori abbiano prima un *dovere* e poi un *diritto* all'educazione dei figli, riconoscendo ai figli un diritto (e non una semplice aspettativa) allo svolgimento della funzione educativa e sancendo che i diritti dei genitori non sono diritti *sul* figlio, ma *per* il figlio, funzionali allo sviluppo della sua personalità. La potestà attribuita ai genitori sui figli non è quindi un diritto soggettivo ma un potere-dovere, un *munus*, un *officium*, ossia una funzione e perciò un potere non discrezionale, ma strumentale al fine, che consiste nell'adeguato svolgimento del processo educativo del figlio minore.

La giurisprudenza ha chiarito che l'art. 30 Cost. esprime un precetto inequivocabile: "educare non in termini precettistici ed abilitanti ma educare per fare l'uomo capace di opzioni libere e coscienti".

La funzione educativa non può essere un addestramento ma un " porsi accanto " per aiutare il bambino a sviluppare completamente le proprie capacità.

Man mano che il figlio cresce il genitore deve sapersi ritrarre in modo che il bambino abbia la possibilità di sperimentare, pur nella sicurezza della presenza affettiva dei genitori, la propria autonomia senza avere sempre dinanzi la figura che altrimenti rischia di divenire paralizzante, dei genitori.

Il legislatore ordinario nel 1997 ha approvato la legge 285 dal titolo "Disposizioni per la promozione dei diritti ed opportunità per l'infanzia e l'adolescenza" in base alla quale sono stati finanziati numerosi progetti. Tuttavia, rimane ancora una confusione tra interventi di promozione della partecipazione e interventi di protezione. Si tratta di concetti antitetici. La promozione della partecipazione si basa, infatti, sulla "autonomia", la protezione sulla "dipendenza". Si tende ancora a concepire il bambino e l'adolescente come soggetto di cui difendere l'innocenza e nello stesso tempo gli si richiede di entrare improvvisamente in un ruolo sociale adulto.

I bambini vengono rinchiusi in contesti sociali iperprotettivi: famiglia, scuola, attività educative in genere, sempre organizzate dagli adulti in base alla percezione di pericoli che portano ad escluderli dalla vita sociale pubblica. In tal modo molti, una volta divenuti adolescenti, rifiutano quei ruoli preconfezionati che i genitori e la società gli hanno preparato e magari manifestano il loro dissenso in forme trasgressive che nei casi più gravi degenerano in devianza o in disagio psichico.

Per questa contraddizione di fondo, ancora presente nella nostra cultura sociale prima che giuridica, neanche leggi sia pure apprezzabili come la 285/97 hanno finora saputo

affrontare il nocciolo del problema, ossia che riconoscere la titolarità del diritto senza la possibilità di esercitarlo effettivamente significa, in molti casi, non riconoscere alcun diritto.

Osservazioni in materia di responsabilità civile

Le norme di riferimento sono gli articoli del codice civile 2047 (danno cagionato dall'incapace) e 2048 (responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte) inseriti nel titolo IX (dei fatti illeciti) che si apre con l'art. 2043 "risarcimento per fatto illecito". L'ottica è quella di risarcire i danni arrecati a terzi dai figli/alunni minori. Quelle indicate non sono norme dettate per difendere i minori da eventuali pericoli di danno, ma disposizioni inserite nel contesto sistematico della responsabilità civile che obbliga colui che ha commesso un fatto doloso a colposo che abbia cagionato ad altri un danno ingiusto a risarcire il danno. Si sanziona mediante un obbligo risarcitorio la violazione del fondamentale principio di convivenza civile del *neminem laedere*.

Non risponde delle conseguenze del fatto dannoso solo chi non aveva la capacità di intendere e di volere al momento in cui lo ha commesso (2046). È dunque imputabile chi ha la capacità naturale, a nulla rilevando in materia di illecito la c.d. capacità legale ed in particolare la capacità di agire. In caso di illecito l'ordinamento ritiene che anche un minore di età sia in grado di comprendere le conseguenze dannose che da un certo comportamento possono derivare. Nel penale è fissata la soglia minima dei 14 anni, nel civile, invece, la legge ha lasciato il giudice libero di valutare caso per caso se, con riferimento alle concrete circostanze, il soggetto aveva la capacità naturale.

Ciò nonostante, è apparso giusto al legislatore far ricadere anche sui genitori le conseguenze negative degli atti illeciti commessi dai figli minori, in considerazione soprattutto del fatto che, di regola, costoro non hanno un patrimonio che possa garantire il risarcimento del danno.

Si tratta di una responsabilità diretta anche se presunta (*iuris tantum* perchè è ammessa la prova contraria) che si basa per i precettori sulla *culpa in vigilando* (ossia omesso rispetto dell'obbligo di vigilanza) e per i genitori anche sulla *culpa in educando* (violazione dei precetti imposti dall'art. 147 c.c.).

Sia l'obbligo di vigilanza, sia il dovere di educare vanno, tuttavia, interpretati alla luce dei principi costituzionali e internazionali tenendo conto che il minore non è un ostaggio nè un prigioniero ma un soggetto libero e meritevole di tutela nel suo superiore interesse. Pertanto, in caso di contrapposizione tra l'esercizio della vigilanza e il superiore interesse del bambino a partecipare ad un progetto educativo capace di aumentare le sue capacità relazionali e di crescita, quest'ultimo deve prevalere. Del resto, l'obbligo di vigilanza da parte degli istituti scolastici non può essere più inteso in senso "custodialistico", ma come predisposizione di un contesto educativo che favorisca l'armonioso sviluppo della personalità e il processo di crescita.

Illuminante a tal proposito il parere espresso dal Ministero della Solidarietà sociale che interpretando la L. 1997/285 afferma che "i bambini non possono essere ostaggio di nessuno: non della famiglia, non della scuola o di chicchessia. I bambini vanno aiutati ad esprimersi, a occupare spazi e tempi della città e nella città perché questo significa essere cittadini".

I genitori e precettori sono liberati dalla responsabilità soltanto se provano di non aver potuto impedire il fatto. Pur non trattandosi di responsabilità oggettiva in senso stretto, la norma addossa a detti soggetti il rischio dell'impossibilità della prova.

Secondo la C. Cass. (1994/5063) la prova liberatoria "si concreta per i genitori nella dimostrazione di avere impartito al minore un'educazione conforme alle sue condizioni familiari e sociali, e di avere esercitato una vigilanza adeguata all'età, al carattere ed all'indole del medesimo...la vigilanza deve essere intesa in senso non assoluto ma relativo, cosicché non occorre dimostrare la ininterrotta presenza fisica del genitore accanto al figlio minore,

qualora, avuto riguardo all'età in rapporto al grado di educazione impartita ed al livello di maturità raggiunto, nonché alle caratteristiche dell'ambiente in cui viene lasciato libero di muoversi, risultino correttamente impostati i rapporti del minore stesso con la vita extrafamiliare, facendo ragionevolmente presumere che non possono costituire fonte di pericolo per sé e per i terzi".

In maniera conforme Cass. Sez. III 3088/1997 e 4481/2001 "la prova liberatoria richiesta ai genitori dall'art. 2048 c.c. di non aver potuto impedire il fatto illecito commesso dal figlio minore, capace di intendere e di volere, si concreta, normalmente, nella dimostrazione, oltre di avere impartito al minore un'educazione consona alle proprie condizioni sociali e familiari, anche di avere esercitato sul medesimo una vigilanza adeguata all'età. A tal fine non occorre che il genitore provi la sua costante ed ininterrotta presenza fisica accanto al figlio quando, per l'educazione impartita, per l'età del figlio e per l'ambiente in cui egli viene lasciato libero di muoversi, risultino correttamente impostati i rapporti del minore con l'ambiente extrafamiliare, facendo ragionevolmente presumere che tali rapporti non possano mai costituire fonte di pericoli per sé e per i terzi".

Ebbene, a mio modesto avviso, l'esercente della potestà genitoriale come può delegare un altro adulto ad accompagnare o ad andare a prendere a scuola il figlio, così può autorizzare il proprio figlio minore, ritenuto per l'educazione impartita, per il livello di maturità e responsabilità raggiunto ma anche per la partecipazione ad un progetto condiviso, perfettamente in grado di rientrare a casa da solo (*rectius* con i compagni) all'uscita da scuola. Rientrando nella potestà genitoriale, l'autorizzazione in tal senso rilasciata solleva la scuola da ogni responsabilità civile.

DE IURE CONDENDO: LIVELLI CRESCENTI DI CAPACITÀ DI AGIRE DEL MINORE

Le esigenze dei bambini e degli adolescenti, finora invisibili a livello politico, devono diventare i parametri di fondo della normativa. Il loro interesse deve essere il principio direttivo di ogni azione che li riguardi, direttamente o indirettamente in modo da rendere finalmente i giovani protagonisti consapevoli anche nelle scelte politiche.

Al sistema giuridico, oggi impegnato a tracciare i confini della capacità di agire del minore, spetterebbe invece il compito di promuovere una maggiore partecipazione sociale dei giovani. Partecipazione assistita e graduale a seconda dell'acquisizione da parte del minore della capacità di discernimento e di valutazione dei propri interessi.

Anziché stabilire una generale incapacità, salvo poi introdurre, in maniera contraddittoria, di volta in volta, la capacità del minore rispetto a determinati atti, l'ordinamento si dovrebbe far carico di promuovere la cittadinanza dei minori garantendo opportune forme di partecipazione, di espressione, di intervento.

Ma non è facile per la politica accettare il punto di vista dei minorenni.

Lo stesso termine "minori" andrebbe evitato perché frutto di una ideologia che considera i bambini e gli adolescenti "meno" degli adulti.

L'ordinamento giuridico non fa che recepire la concezione sociale del bambino, considerato pericoloso per sé e per gli altri perché non ancora soggetto al dominio della ragione. Soggetto da educare all'osservanza del patto sociale, inteso come Super-Io.

Già diversi autori (c.d. liberazionisti) hanno evidenziato come il diritto fondamentale per garantire la dignità dei minorenni sia quello all'autodeterminazione: il diritto di decidere sulle questioni che li interessano direttamente. Le teorie più recenti della sociologia dell'infanzia e della psicologia concordano nel ritenere che sin dai primi giorni di vita il bambino entri in relazione con gli adulti mostrando capacità cognitive e comunicative. Secondo l'orientamento liberazionista ai minori vanno attribuiti tutti i diritti fondamentali che

nelle società democratiche sono attribuiti agli adulti, prevedendo interventi volti a sollecitare il loro diretto coinvolgimento.

Occorre dunque, a nostro avviso, ripensare l'intero sistema giuridico fondandolo sulla valorizzazione dell'età evolutiva.

Molte sono le modifiche legislative da mettere in atto per attribuire ai giovani spazi crescenti di partecipazione alla vita sociale e politica.

In tale ottica, non solo vanno difese, ma promosse iniziative come quella della Città dei Bambini e tutti i progetti collegati che ci dimostrano nei fatti come i bambini abbiano capacità di autonomia e determinazione che gli adulti costantemente reprimono in nome di un'ansia di protezione che ne ostacola il processo di crescita.

È naturale che la promozione delle forme di partecipazione sociale si accompagni alla crisi degli obiettivi educativi, così come sono stati concepiti e strutturati nella società moderna.

La svolta culturale consiste nel concepire finalmente il bambino e l'adolescente come attori sociali, protagonisti della società e nel costruire quindi contesti di partecipazione attiva ai processi decisionali e progettuali.

Noi riteniamo che, vista anche la disamina delle numerosissime eccezioni che nel tempo il legislatore è stato costretto ad apportare (per un'analisi compiuta rimandiamo al documento allegato), il brusco passaggio dalla incapacità di agire alla capacità con il compimento del diciottesimo anno sia concetto ormai del tutto superato. Si tratta di un impianto che non conosce sfumature e zone grigie che non corrisponde affatto allo sviluppo del bambino il quale viene paternalisticamente considerato incapace di tutto e poi catapultato improvvisamente a diciotto anni nel mondo degli adulti con l'assunzione di diritti e di conseguenti responsabilità alle quali, proprio in virtù del limbo in cui è stato tenuto che non gli ha permesso di compiere scelte di importanza via via crescente, arriva inesorabilmente impreparato.

Sono maturi i tempi per cominciare quanto meno a riflettere sulla opportunità di sostituire tale antiquato modello con un sistema che riconosca volta per volta la capacità di autodeterminarsi del minore in relazione alle varie attività e situazioni della vita.

Con un intervento legislativo, le soluzioni alla situazione attuale di incertezza potrebbero essere diverse.

Noi riteniamo che la via più radicale, sebbene più difficile da attuare sia la preferibile. Si tratterebbe di modificare il testo dell'art. 2 del cod. civ. riconoscendo l'acquisizione della capacità di agire, come per la capacità giuridica, già al momento della nascita, salvo i casi espressamente previsti dalla legge. Mentre oggi la capacità di agire si acquista con il compimento dei 18 anni, salvo i casi per i quali non sia stabilita dalla legge un'età diversa, capovolgendo il metodo si avrebbe una generale capacità di agire sin dalla nascita salvo le deroghe previste dal legislatore.

Si potrebbe così porre un limite alla capacità negoziale (lasciando, in ipotesi l'attuale soglia dei 18 anni), ma non alla capacità di esercitare i diritti della personalità, i diritti fondamentali, ovvero quei diritti essenziali cui nessun uomo può rinunciare, bambino o adulto che sia.

Già alcuni autori hanno evidenziato che la dicotomia tra capacità giuridica e capacità di agire, se è ammissibile nell'ambito dei rapporti patrimoniali, suscettibili di scissione tra titolarità ed esercizio del diritto, non appare invece applicabile ai diritti fondamentali della personalità. Per questi ultimi, infatti, concedere la titolarità del diritto senza l'esercizio vuol dire di fatto negare la situazione giuridica soggettiva.

In un'ipotesi alternativa, invece del riconoscimento della capacità di agire sin dalla nascita, la riforma potrebbe prevedere che la capacità di agire si acquisti nel momento in cui si presume che il minore sia sufficientemente maturo per autodeterminarsi in relazione ai

singoli, specifici atti. Quindi, atti più complessi che richiedono una maggiore capacità di valutazione e di autonomia potrebbero essere compiuti a partire da un'età più elevata rispetto a semplici atti della vita quotidiana che richiedono livelli minimi di autodeterminazione.

Se si vuole considerare il minore soggetto di diritto a pieno titolo, bisogna consentirgli di autodeterminarsi nelle scelte che concernono la sua persona quando abbia raggiunto la capacità di discernimento.

Il problema, in questo più articolato modello sarebbe individuare a chi spetti di stabilire di volta in volta il sufficiente livello di capacità e con quali parametri. Si potrebbe, tuttavia, superare tale ostacolo con un griglia presuntiva affidata alla elaborazione giurisprudenziale, sulla base di alcuni parametri individuati dal legislatore. Del resto, già oggi il giudice è chiamato a valutare la capacità naturale anche mediante presunzioni (quali l'età o il tipo di studi compiuti).

In ogni caso, riteniamo che l'elaborazione e gestione del progetto di legge dovrebbe coinvolgere i ragazzi nelle scuole per realizzare quella partecipazione cui sopra si accennava.

Ci preme comunque sottolineare che una riforma legislativa, nel senso sopra indicato, non costituisce una mera innovazione tecnico-giuridica, in quanto non può prescindere da una scelta politica di fondo e da una riflessione seria sull'evoluzione delle categorie culturali e sociali.

È giunto il momento di concentrarsi sulle esigenze del minore che devono necessariamente prevalere su quelle delle istituzioni e di porsi l'interrogativo di individuare i modi, i mezzi e le risorse per attuare un intervento tempestivo ed efficace. Per far questo è necessario sconfiggere il pregiudizio di una legislazione e di una società per soli adulti.

Avv. Romina Parodi