

ARCHIVIO GIURIDICO SASSARESE

L'autodeterminazione del minore nella
contemporaneità

Tomo I

a cura di Maria Teresa Nurra e Margot Musson

Emanuela Andreola, Nadia Beddiar, Pierre Bordais,
Laura Buffoni, Claudio Colombo,
Maria Alessandra Iannicelli, Guillaume Kessler,
Piergiuseppe Lai, Arturo Maniaci,
Julie Mattiussi, Patrizio Messina,
Claudia Milli, Federica Rasso,
Enzo Vullo.

XXIX

2024-1

Gennaio - Giugno

INSCHIBOLETH

ARCHIVIO GIURIDICO SASSARESE

RIVISTA INTERNAZIONALE DI DIRITTO PRIVATO ANTICO E CONTEMPORANEO

Direttore scientifico

Giovanni Maria UDA (Università di Sassari)

Co-Direttore scientifico

Rosanna ORTU (Università di Sassari)

Comitato di direzione

Francesco CAPRIGLIONE (Università LUISS “Guido Carli” – Università telematica G. Marconi); Claudio COLOMBO (Università di Sassari); José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE (Università di Valencia); Andrea DI PORTO (Sapienza Università di Roma); Catherine GINESTET (Università di Tolosa); Mauro GRONDONA (Università di Genova); Gabor HAMZA (Univ. Eötvös Loránd Budapest); Alessandro HIRATA (Università di San Paolo “USP”); Valerio LEMMA (Università di Roma G. Marconi); Agustin LUNA SERRANO (Università Ramon Llul Barcelona); Salvatore PATTI (Sapienza Università di Roma); Mirella PELLEGRINI (Università LUISS “Guido Carli”); Diego ROSSANO (Università di Napoli “Parthenope”); Illa SABBATELLI (Università Telematica San Raffaele Roma); Andrea SACCO GINEVRI (Università telematica internazionale Uninettuno); Christoph SCHMID (Università di Brema); Marco SEPE (Università di Roma Unitelma Sapienza); Vincenzo TROIANO (Università di Perugia); Alberto URBANI (Università di Venezia Ca’ Foscari)

Comitato di redazione

Davide ACHILLE (Università del Piemonte Orientale); Carlo ATTANASIO (Università di Sassari); Claudia BENANTI (Università di Catania); Tania BORTOLU (Università di Sassari); Gianluca DE DONNO (Università di Sassari); Dario FARACE (Università di Roma “Tor Vergata”); Massimo FOGLIA (Università di Bergamo); Stefania FUSCO (Università di Sassari); Lorenzo GAGLIARDI (Università statale di Milano); Domenico GIURATO (Università di

Sassari); Daniele IMBRUGLIA (Sapienza Università di Roma); Arturo MANIACI (Università statale di Milano); Raimondo MOTRONI (Università di Sassari); Luigi NONNE (Università di Sassari); Maria Teresa NURRA (Università di Sassari); Laurent POSOCCO (Università di Tolosa); Federico PROCCHI (Università di Pisa); Giuseppe Werther ROMAGNO (Università di Sassari); Maria Gabriella STANZIONE (Università di Salerno) Fabio TORIELLO (Università di Sassari); Maria Manuel VELOSO GOMES (Università di Coimbra)

Comitato dei revisori

Luigi GAROFALO (Presidente – Università di Padova)

Emanuela ANDREOLA (Università Telematica UniCusano); Marco AZZALINI (Università di Bergamo); Federico AZZARRI (Università di Pisa); Angelo BARBA (Università di Siena); Vincenzo BARBA (Sapienza Università di Roma); Maria Vittoria BRAMANTE (Università Telematica Pegaso); Pierangelo BUONGIORNO (Università di Münster); Fausto CAGGIA (Università “Kore” di Enna); Ilaria Amelia CAGGIANO (Università “Suor Orsola Benincasa” di Napoli); Maria Luisa CHIARELLA (Università di Catanzaro); Alberto Giulio CIANCI (Università di Perugia); Maria Rosa CIMMA (Università di Sassari); Laura D’AMATI (Università di Foggia); Iole FARGNOLI (Università statale di Milano); Sara CORRÊA FATTORI (Università di Araraquara “UniAra”); Maurizio FELICI (Università LUMSA di Palermo); Emanuela FUSCO (Università della Campania “Luigi Vanvitelli”); Lucilla GATT (Università “Suor Orsola Benincasa” di Napoli); Andrea GENOVESE (Università “La Tuscia” di Viterbo); Fulvio GIGLIOTTI (Università di Catanzaro); Claudia IRTI (Università di Venezia Ca’ Foscari); Umberto IZZO (Università di Trento); David KREMER (Université Paris Descartes); Paola LAMBRINI (Università di Padova); Lorenzo MEZZASOMA (Università di Perugia); Massimo MIGLIETTA (Università di Trento); Eleonora NICOSIA (Università di Catania); Francesco Paolo PATTI (Università “Luigi Bocconi” di Milano); Aldo PETRUCCI (Università di Pisa); Guido PFEIFER (Università Goethe di Frankfurt am Main); Fabrizio PIRAINO (Università di Palermo); Johannes PLATSCHEK (Università di München “LMU”); Roberto PUCCELLA (Università di Bergamo); Francesca REDUZZI MEROLA (Università di Napoli “Federico II”); Nicola RIZZO (Università di Pavia); Giacomo ROJAS ELGUETA (Università di Roma Tre); Anna Maria SALOMONE (Università di Napoli “Federico II”); Gianni SANTUCCI (Università di Bologna); Roberto SCEVOLA (Università di Padova); Roberto SENIGAGLIA (Università di Venezia Ca’ Foscari); Eduardo Cesar SILVEIRA VITA MARCHI (Università di San Paolo “USP”); Laura TAFARO (Università di Bari “Aldo Moro”); Elena TASSI (Sapienza Università di Roma); Mario VARVARO (Università di Palermo); Paola ZILIO (Università di Udine)

Segreteria di redazione

Roberta BENDINELLI; Lorenzo BOTTA; Federica CHIRONI; Giovanni GANDINO; Roberta GUAINELLA; Maria Cristina IDINI; Pietro LIBECCIO; Claudia MARASCO; Salvatore MISTRETTA; Enrico NIEDDU; Anna Maria PANCALLO; Edoardo PINNA; Pietro Giovanni Antonio SANTORU; Laudevino Bento DOS SANTOS NETO DA SILVEIRA

Volume finanziato nell'ambito del "Secondo bando mobilità giovani ricercatori"
dalla Regione Autonoma della Sardegna (Legge regionale 7 agosto 2007, n. 7
"Promozione della Ricerca Scientifica e dell'Innovazione Tecnologica in Sardegna")

Tutti i contributi in materia di autodeterminazione del minore rientrano nel progetto di cui è responsabile scientifica la Dottoressa Maria Teresa Nurra, finanziato nell'ambito del "Secondo bando mobilità giovani ricercatori" dalla Regione Autonoma della Sardegna (Legge regionale 7 agosto 2007, n. 7 "Promozione della Ricerca Scientifica e dell'Innovazione Tecnologica in Sardegna") e sono stati sottoposti a valutazione da parte del Comitato di Direzione della Rivista. Si pubblica nel fascicolo n. 1 della Rivista la prima parte della ricerca. I contributi successivi sono destinati alla pubblicazione sul fascicolo n. 2.

Rivista on line open access. Indirizzo web: www.archiviogiuridicosassarese.org.

Registrazione: Tribunale di Sassari n° 11 del 26/01/1974.

Prima serie: Archivio Storico Sardo di Sassari, pubblicata in formato cartaceo dal 1975 al 1992.
Seconda serie: Archivio Storico e Giuridico Sardo di Sassari, pubblicata in formato cartaceo dal 1994 al 1998 e in formato digitale dal 1999 al 2019 (ISSN print: 2240-4856; ISSN on line: 2240-4864). Periodicità: semestrale.

Serie attuale: Archivio Giuridico Sassarese.

ISSN print: 2785-034X

ISSN on line: 2785-0803

ISBN print: 978-88-5529-575-8

© 2024, Associazione Giuridica Sassarese.

Editore: Inschibboleth edizioni – via G. Macchi, 94, 00133, Roma – Italia, email: info@inschibbolethedizioni.com. Direttore responsabile: Emiliano Tolu. Proprietario della pubblicazione: Associazione Giuridica Sassarese, email: rivista@archiviogiuridicosassarese.org. Sede della pubblicazione: Sassari, Associazione Giuridica Sassarese, c/o Studio Legale Berlinguer, via Cavour 88, 07100 Sassari, SS.

Fascicolo n. 1/2024, gennaio-giugno, pubblicato online il 30 settembre 2024.

INDICE

L'autodeterminazione del minore nella contemporaneità

Tomo I

a cura di

Maria Teresa Nurra e Margot Musson

EMANUELA ANDREOLA, <i>L'attività negoziale on line del minore</i>	p. 11
NADIA BEDDIAR, <i>L'adhésion du mineur délinquant à la relation éducative</i>	p. 27
PIERRE BORDAIS, <i>L'autodétermination numérique du mineur : le délicat équilibre entre liberté et protection</i>	p. 41
LAURA BUFFONI, <i>Il minore nella Costituzione, ovvero per una lettura minore della Costituzione</i>	p. 61
CLAUDIO COLOMBO, <i>Riflessioni sull'art. 1426 c.c. e sulla responsabilità precontrattuale del soggetto minore di età</i>	p. 93
MARIA ALESSANDRA IANNICELLI, <i>L'ascolto del minore tra autodeterminazione ed esigenze di tutela del suo migliore interesse</i>	p. 111
GUILLAUME KESSLER, <i>Autodétermination du mineur et transition de genre: réflexions comparatives</i>	p. 129
PIERGIUSEPPE LAI, <i>Ordini di protezione e tutela del minore dopo la riforma Cartabia del processo civile</i>	p. 149
ARTURO MANIACI, <i>L'ascolto del minore d'età nei processi della crisi genitoriale (dopo la c.d. Riforma Cartabia)</i>	p. 167
JULIE MATTIUSI, <i>La détermination de l'apparence physique des mineurs</i>	p. 181

FEDERICA RASSU, *L'affermazione dello status fondamentale di cittadino europeo del minore nella giurisprudenza della Corte di giustizia* p. 199

ENZO VULLO, *Note in tema di ascolto del minore nel processo civile ai sensi dell'art. 473 bis. 4 c.p.c.* p. 213

PATRIZIO MESSINA - CLAUDIA MILLI, *La cartolarizzazione a valenza sociale quale strumento di finanza alternativa. Riflessioni a margine del Disegno di Legge n. 669/2024* p. 227

L'attività negoziale *on line* del minore

Emanuela Andreola

Sommario: 1. Il minore come utente vulnerabile della rete Internet. – 2. L'attività negoziale mediante contratto telematico. – 3. I profili patologici dell'acquisto *on line* dell'incapace legale. – 4. La tutela secondo il Codice del consumo. – 5. Il ruolo dei genitori.

1. *Il minore come utente vulnerabile della rete Internet*

Con la diffusione delle piattaforme digitali e di *e-commerce*, i minori hanno un accesso sempre più agevole a beni e servizi *on line*, con implicazioni legali complesse poiché il fenomeno dell'attività negoziale del minore in *Internet* è un fenomeno che si colloca all'incrocio tra diritto civile, diritto della Rete e tutela dei minori.

L'evoluzione della tecnologia dell'informazione in un sistema globalizzato ha reso l'operatività telematica una forma normale e automatica di negoziazione a distanza, a prescindere dalle qualità soggettive e dalla capacità di agire dei contraenti. Tra questi, i minori devono essere considerati utenti deboli in quanto non pienamente consapevoli del contenuto e degli effetti degli atti telematici che pongono in essere. Per tale carenza essi potrebbero essere ricondotti alla categoria degli "utenti vulnerabili" se si considera che il termine "vulnerabilità" presenta ampi significati e accezioni che tengono conto, oltre che delle caratteristiche individuali del soggetto agente, come l'età, la razza, la competenza individuale, anche del contesto sociale, delle pratiche commerciali, delle manipolazioni del mercato e degli schemi contrattuali in concreto utilizzati. Come è stato efficacemente sottolineato¹, la letteratura consumeristica distingue due filoni principali: la vulnerabilità come risultato

¹ Cfr. A. VECCHIARUTTI, *Il consumatore medio e il consumatore vulnerabile in ragione dell'età*, in *Contr. e impr.*, 2024, p. 656. L'Autore analizza il modo con il quale l'attuale regolamentazione consente di dare rilievo giuridico alle situazioni di vulnerabilità nell'ambito del rapporto di consumo mettendo in luce come una particolare attenzione debba essere dedicata alle declinazioni della vulnerabilità che emergono nelle interazioni della persona con le nuove tecnologie.

di svantaggi causati da caratteristiche individuali e la vulnerabilità quale effetto di fattori contestuali, relazionali o di manipolazioni del mercato². Mentre in generale il consumatore è occasionalmente il soggetto debole del contratto, in base ai predetti fattori variabili, il minore lo è invece per *status*, per la condizione soggettiva di incapace legale. In questo senso esso può definirsi il più debole tra i consumatori, il soggetto più debole tra i deboli, cui l'ordinamento è tenuto a prevedere una protezione rafforzata, sia come persona, sia come contraente.

Con riferimento all'ambiente digitale, occorre considerare che il minore, quale "nativo digitale", manovra con scioltezza i supporti tecnologici, ma a detta capacità tecnica si contrappone l'incapacità di cogliere il significato giuridico di atti telematici. Il fulcro del problema è allora se l'istituto dell'incapacità di agire sia idoneo a proteggere il minore nei rapporti contrattuali *on line*. Nell'indagine occorre considerare, da un lato, che l'art. 2 c.c. introduce una presunzione di immaturità del soggetto; dall'altro, che esistono settori e profili in cui, nonostante la minore età, al soggetto è riconosciuta una limitata capacità di agire. Nel contesto telematico caratterizzato da una "spersonalizzazione" dei rapporti, si richiede di verificare l'attualità delle categorie civilistiche tradizionali in una relazione dinamica tra tecnica e diritto, dove la volontà della persona è espressa da procedure automatizzate³.

2. L'attività negoziale mediante contratto telematico

I minori utilizzano la Rete per attività con molteplici funzioni: didattica, di ricerca, ricreativa, ludica e soprattutto di comunicazione nelle relazioni sociali. Si vuole prescindere in questa sede dall'esaminare gli effetti della navigazione cibernetica sui diritti della persona, sulla riservatezza, sull'integrità dell'immagine, o sulla reputazione del minore, effetti legati principalmente all'accesso ai servizi di messaggistica e di *social network*, come disciplinato dal

² Cfr. E. BATTELLI, *Vulnerabilità della persona e debolezza del contraente*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, p. 939, secondo il quale la "vulnerabilità" è presa in considerazione dal diritto a partire dalla sua dimensione riferita alla situazione ("dimensione situazionale"), in uno dei diversi contesti nei quali determinati fatti comprimono la libertà di scelta del contraente compromettendo l'accesso a ciò che si ritiene importante per il proprio *well-being*. Ancora sul concetto di vulnerabilità riferito al contesto di negoziazione, si vedano F. GALLI, *La pubblicità mirata al tempo dell'intelligenza artificiale: quali regole a tutela dei consumatori?*, in *Contr. e impr.*, 2022, p. 3; A. BARBA, "Patente di immunità" e discriminazione distributiva del consumatore vulnerabile al contagio, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p.50 ss.

³ Cfr. S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Roma-Bari 2014, p. 33. L'Autore, già un decennio fa, metteva in luce che nella «società dell'algorithm» svaniscono le garanzie che avrebbero dovuto mettere le persone al riparo dal potere tecnologico, dall'espropriazione della loro individualità da parte delle macchine. In questo contesto si dovrebbe adottare «il principio di precauzione» costruendo un adeguato quadro istituzionale per evitare che il rapporto tra uomo e macchina venga governato solo dalla logica economica.

reg. UE 2016/679⁴ e dalla legislazione nazionale di attuazione (art. 2 *quinquies* c. *privacy*, introdotto dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101)⁵. Occorre comunque tener presente che il citato regolamento per la gestione dei dati personali ha introdotto una “capacità telematica speciale” anticipandola a un tempo anteriore al compimento della maggiore età prevista dall’art. 2 c.c. Inoltre appare necessario mettere in luce che detta fonte europea, nella parte in cui fa salve le disposizioni generali del diritto dei contratti degli Stati membri sulla validità, formazione ed efficacia del contratto concluso dal minore (art. 8, ultimo paragrafo, reg. UE 2016/679), mantiene sul piano sistematico la distinzione dei requisiti di capacità (contrattuale e non contrattuale) senza alcun coordinamento almeno per quelle fattispecie in cui esiste uno stretto collegamento tra consenso al trattamento e consenso nella conclusione del contratto a causa della chiara implicazione “patrimoniale” dell’atto telematico (art. 1321 c.c.).

In tale contesto, le relazioni commerciali “spersonificate” del *web* si svolgono mediante la conclusione di contratti telematici⁶. Al di là della definizione di “contratto telematico” che talvolta pone l’accento sull’oggetto, o sul mezzo tecnologico come forma della dichiarazione negoziale, ovvero sul fondamento dell’atto come espressione dell’autonomia privata, sembra si sia giunti alla conclusione che, superata l’originaria critica giunta alla qualificazione come «scambio senza accordo»⁷, la disciplina ad esso applicabile sia quella del con-

⁴ Cfr. art. 8 reg. UE 2016/679, rubricato «Condizioni applicabili al consenso dei minori in relazione ai servizi della società dell’informazione», il quale afferma che, relativamente all’offerta diretta di servizi della società dell’informazione ai minori, «il trattamento di dati personali del minore è lecito ove il minore abbia almeno 16 anni. Ove il minore abbia un’età inferiore ai 16 anni, tale trattamento è lecito soltanto se e nella misura in cui tale consenso è prestato o autorizzato dal titolare della responsabilità genitoriale. Gli Stati membri possono stabilire per legge un’età inferiore a tali fini purché non inferiore ai 13 anni». Sul punto cfr. Considerando n. 38 reg. UE 2016/679.

⁵ Che ha stabilito il termine di quattordici anni per il consenso del minore al trattamento dei propri dati personali in relazione all’offerta diretta di servizi della società dell’informazione. Cfr. parere dell’Autorità garante del 22 maggio 2018, n. 312. Cfr. A. MANTELERO, *Teens online and data protection in Europe*, in *Contr. impr. Europa*, 2014, pp. 442 ss. Il principio risulta in parte temperato nella guida adottata l’11 febbraio 2009 dall’Article 29 Data Protection Working Party (*Opinion 2/2009 on the protection of children’s personal data*, specialmente p. 9), ove, sul presupposto che talvolta le leggi nazionali consentono la conclusione autonoma di negozi giuridici a minorenni, questi ultimi potrebbero prestare un valido consenso anche al trattamento dei propri dati. Si afferma che, nella valutazione del *best interest of the child* deve tenersi in debita considerazione, nel caso concreto, il livello di maturità fisica e psicologica che rende il minore in grado di compiere scelte consapevoli sulle questioni che lo riguardano.

⁶ Sulla definizione di contratto telematico, cfr. G. FINOCCHIARO, *Il contratto informatico*, in S. PATTI (a cura di), *Diritto privato*, Padova 2022, pp. 627 ss., secondo la quale la categoria può designare sia il contratto concluso con mezzi informatici, sia quello che ha ad oggetto beni o servizi informatici. La categoria ha una finalità descrittiva e non individua un nuovo tipo contrattuale. Cfr. inoltre R. SCOGNAMIGLIO, *La conclusione e l’esecuzione del contratto telematico*, in S. SICA-P. STANZIONE (a cura di), *Commercio Elettronico e categorie civilistiche*, Milano 2002, p. 73; C.M. BIANCA, *I contratti digitali*, in *Studium Juris*, 1998, pp. 1035 ss.; G. FINOCCHIARO, *I contratti ad oggetto informatico*, Padova 1993, pp. 22 ss.

⁷ Cfr. N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, pp. 362 ss., secondo

tratto in generale (soggetti, accordo, forma, contenuto) anche riguardo alla sua esecuzione, pur con i necessari adattamenti alla specificità della materia⁸. Resta tuttavia da risolvere una serie di questioni tra le quali essenzialmente l'imputazione dell'atto telematico negoziale e la rilevanza della condizione soggettiva del contraente in un rapporto "personalizzato".

Nel sistema di contrattazione c.d. *point and click*, infatti, con la pressione del tasto di «conferma ordine» o «acquista», manca propriamente una dichiarazione (rinvenibile invece nello scambio via *e-mail*). Né può escludersi una manifestazione di volontà per il solo fatto che non sussiste una dichiarazione bilaterale di consenso, poiché per la stipulazione di un contratto non formale sono sufficienti fatti concludenti⁹. Ma ci si chiede come individuare esattamente il soggetto cui imputare la manifestazione di volontà contrattuale. Se infatti facilmente si può risalire al supporto tecnologico (*computer, smartphone, tablet, ecc.*) da cui è partita la digitazione, più difficilmente si può conoscere la reale identità e, a maggior ragione, la condizione soggettiva e il percorso volitivo della persona fisica che di quel mezzo si è servita¹⁰.

cui, nel contratto concluso mediante il mezzo telematico, lo scambio non risulta da un accordo, ossia dalla congruenza di dichiarazioni rivolte dall'una all'altra parte, ma da «atti indirizzati alla cosa e iscritti in un "sistema" di mercato». Tali atti non hanno lo scopo di far sapere alcunché ad altri, ma di esporre e di scegliere una cosa. Per il dibattito sulla natura dei rapporti telematici di contenuto patrimoniale, cfr. S. PATTI, *Diritto privato e codificazioni europee*, Milano 2007, p. 136, il quale osserva che ciò che difficilmente si riscontra nel mercato moderno e tende a scomparire, non solo nei supermercati ma anche nei mercatini più tradizionali, è lo svolgimento di trattative, per cui si dovrebbe parlare non di «scambi senza accordo» ma di «scambi senza dialogo» e l'assenza del dialogo non fa venir meno l'accordo, mentre fa venir meno certamente le trattative; C.M. BIANCA, *Acontrattualità dei contratti di massa?*, in *Vita not.*, 2001, I, pp. 1120 ss., il quale, criticando la «sterilità» della tesi dei contratti senza accordo, afferma che gli accordi possono concludersi anche senza parlare e l'uso della parola non vale comunque a cambiarne la natura; G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, pp. 525 ss.

⁸ Generalmente la classificazione per modelli di contrattazione *on line* distingue i seguenti schemi: contratti conclusi tra soggetti che posseggano entrambi la qualifica di professionisti (modello c.d. *business to business* B2B); contratti conclusi tra un soggetto che posseda la qualifica di professionista e l'altro che operi in qualità di consumatore (modello c.d. *business to consumer* B2C); contratti conclusi tra soggetti entrambi in veste di consumatori, operando ambedue i soggetti su un terreno estraneo alla propria attività professionale (dove il consumatore è protagonista sia dal lato dell'offerta, proponendo la vendita dei propri prodotti, sia da quello della domanda – l'esempio più tipico cui fare riferimento è quello delle aste *on line*; modello c.d. *consumer to consumer* C2C).

⁹ Sul valore del consenso nel contratto telematico e su quelli conclusi mediante apparecchi automatici, cfr. R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, Torino 2016, pp. 125-127 e 333-336.

¹⁰ Le soluzioni possono differire a seconda che il *computer* sia un mero strumento di trasmissione della volontà negoziale già compiutamente formatasi (come nella contrattazione via *e-mail* e nella contrattazione *point and click*), ovvero strumento di formazione o integrazione della volontà negoziale (ciò che accade nella c.d. contrattazione cibernetica), nel qual caso sarà da valutare in che misura l'attribuzione di intelligenza artificiale alla macchina incida sul contenuto dell'operazione.

3. I profili patologici dell'acquisto on line dell'incapace legale

Al fine di individuare il regime del contratto concluso *on line* dal minore, occorre muovere dalla sua condizione di incapace legale. Il codice civile, come ogni ordinamento giuridico europeo, fissa le condizioni alle quali gli adolescenti (o gli adulti parzialmente capaci di intendere e di volere) acquistano la capacità di agire e con essa la possibilità di concludere contratti validi e vincolanti. Lo scopo è quello di risolvere un conflitto tra l'esigenza di protezione del soggetto debole – non ancora in possesso delle facoltà mentali per comprendere il significato dell'operazione contrattuale – e l'interesse del contraente capace a far valere la validità dell'impegno. Si è da tempo messo in luce che i minori di età non trarrebbero alcun vantaggio da una previsione di inefficacia *tout court* del loro contratto, né la collettività avrebbe interesse a considerare sempre privi di effetti i contratti degli adolescenti che attivamente partecipano al traffico commerciale¹¹. Nel diritto europeo si è andato così affermando il principio generale della non vincolatività del contratto concluso dal minore¹². In via di eccezione, si considera tuttavia vincolante il contratto che, alla luce del contenuto e delle circostanze concrete, sia utile per il minore, ne soddisfi le sue esigenze e si conformi alle sue condizioni personali di vita¹³. Nel diritto inglese da anni la giurisprudenza afferma che il contratto con cui il minore acquista i «*necessaries*» è vincolante¹⁴. Secondo il diritto francese, sono valide le dichiarazioni dei minori finalizzate alla conservazione o alla garanzia di un diritto. Per «i negozi della vita quotidiana» gli artt. 389, comma 3, e 450 *Code civil* dispongono che non è necessaria la rappresentanza legale, in quanto si presume che essi non esponano il minore a rischi rilevanti. Per il diritto spagnolo i contratti conclusi dal minore sono nulli (artt. 1301, 1304 *Código civil es.*), mentre sono validi e vincolanti quelli relativi ai beni e ai servizi della vita corrente propri della loro età e conformi agli usi sociali (art. 1262 *Código civil es.*). In altri sistemi giuridici come quello tedesco, svizzero e austriaco, in linea di principio, l'atto è valido soltanto se i genitori del minore (o altro

¹¹ Cfr. H. KÖTZ-S. PATTI, *Diritto europeo dei contratti*, Milano 2017, pp. 183 ss., in cui si sottolinea che la collettività beneficia della partecipazione degli adolescenti al traffico commerciale in quanto essi imparano al più presto ad assumere un atteggiamento responsabile all'interno della società e che molteplici sono gli argomenti per riconoscere l'efficacia di un negozio concluso dal minore che sia favorevole ai suoi interessi e presenti un contenuto equilibrato.

¹² Cfr. §§ 105, comma 1, BGB, nel testo tradotto a cura di S. PATTI, *Codice Civile Tedesco. Bürgerliches Gesetzbuch. Traduzione e presentazione*, Milano 2013 («Se un incapace maggiore di età pone in essere un negozio della vita quotidiana che può essere eseguito con mezzi di basso valore, il contratto da lui concluso è valido in considerazione della prestazione e, in quanto concordata, della controprestazione, nel momento in cui la prestazione e la controprestazione sono eseguite»); § 21 ABGB e § 865 ABGB; art. 1108 *Code civil* francese.

¹³ Cfr. KÖTZ-S. PATTI, *Diritto europeo dei contratti*, cit., pp. 185 ss.

¹⁴ Secondo la definizione contenuta nella s. 3 del *Sale of Goods Act* 1979, sono *necessaries* i beni «*suitable to the condition in life of the minor (...) and to his actual requirements at the time of the sale and delivery*».

rappresentante) manifestino il loro consenso con autorizzazione preventiva o approvazione successiva alla stipulazione¹⁵.

Nel diritto italiano, come è noto, vige la regola dell'annullabilità del contratto (art. 1425, comma 1, c.c.) a prescindere dal danno che sia derivato all'incapace e dalla circostanza che lo stato di incapacità fosse conosciuto o conoscibile dall'altro contraente. È stato acutamente osservato che, secondo una logica astratta, nel contratto dell'incapace (come quello del folle fuggito dal reparto psichiatrico) manca del tutto la volontà di una parte, e che, in difetto del requisito dell'accordo richiesto dagli artt. 1325 e 1418, comma 2, c.c., il contratto dovrebbe ritenersi nullo. In realtà, come sopra accennato, le esigenze di protezione dell'autonomia privata e dell'integrità della volontà, che imporrebbero la sanzione della nullità del contratto non voluto, vanno temperate con altre esigenze che riguardano la sicurezza della circolazione dei beni e la necessità di ridurre il più possibile i casi di nullità del contratto per la stabilità dei rapporti commerciali¹⁶.

L'invalidità meno grave del contratto, rappresentata dall'annullabilità, consente all'atto viziato di produrre effetti precari. Si impone tuttavia ai soggetti che rappresentano legalmente il minore, come il titolare della responsabilità genitoriale, un ulteriore comportamento per eliminare gli effetti dannosi, mediante l'intervento del giudice, con sentenza costitutiva di annullamento¹⁷. In ogni caso, la sanzione di invalidità coglie il profilo patologico dell'operazione in quanto si presume che il minore non sia in grado di realizzare in via autonoma i propri interessi per difetto di volontà e di conoscenza¹⁸. Resta, anche per il nostro ordinamento, una sorta di "anticipazione" della capacità del minore per il compimento di determinati atti giuridici di contenuto patrimoniale, gli

¹⁵ Cfr. § 107 BGB e art. 19 ZGB. Secondo il § 151, comma 3, ABGB, è valido il contratto stipulato usualmente da minori della stessa età avente ad oggetto un bene secondario della vita quotidiana, a condizione che il minore abbia adempiuto la propria obbligazione contrattuale. Secondo il § 151, comma 2, ABGB, il minore di anni quattordici può validamente disporre del proprio reddito da lavoro, a condizione che non comprometta il soddisfacimento delle proprie necessità.

¹⁶ Cfr. F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale. Le obbligazioni e i contratti. Obbligazioni in generale. Contratti in generale*, II-1, Padova 2004, pp. 370 ss.

¹⁷ Cfr. in generale C. GRANELLI, *Minore età e contratto*, in *Contratti*, 2022, p. 377; C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, 3, Milano 2015, pp. 669 ss. (in particolare ntt. 102-103 sulla legittimazione all'azione).

¹⁸ L'istituto della capacità di agire è teso a tutelare il soggetto in relazione agli atti che potrebbero pregiudicare un suo interesse (cfr. A. FALZEA, voce *Capacità*, in *Enc. dir.*, VI, Milano 1960, p. 8). Si è sottolineato che se una proposta contrattuale venisse accettata da un bambino di pochi anni che rispondesse affermativamente a chi gli chiedesse di permutare un oggetto di grande valore con un giocattolo, non si potrebbe dire di essere in presenza di un contratto annullabile per incapacità di agire, ma piuttosto di un contratto inesistente, mancherebbe infatti la base essenziale dell'accordo. Sul punto cfr. F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., p. 373, nt. 46, il quale, citando V. PIETROBON, *Gli atti e i contratti dell'incapace naturale*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 767, ricorda che secondo il § 107 BGB, sono inefficaci gli atti del minore di sette anni.

atti minuti della vita quotidiana (*necessaries acts*), di cui abbiamo un riferimento normativo nella previsione dell'art. 409, comma 2, c.c., secondo cui il beneficiario dell'amministrazione di sostegno conserva la capacità per gli atti «necessari a soddisfare le esigenze della vita quotidiana»¹⁹. Inoltre quando il minore agisca in rappresentanza di soggetti muniti di capacità di agire, egli può concludere un contratto valido ed efficace purché capace di intendere e di volere (art. 1389 c.c.)²⁰.

Con riferimento dell'acquisto *on line* del minore, come autorevolmente chiarito, gli atti telematici sono riconducibili alle categorie conosciute (proposte, rinunce, revoche, ecc.) poiché la novità digitale riguarda solo la forma della dichiarazione, non la sostanza dell'atto negoziale²¹, rispetto al quale va quindi in ogni caso verificata la validità del consenso. Sotto tale ultimo aspetto, si consideri che il minore è facilmente influenzabile e che i dispositivi tecnologici di cui dispone (*smartphone*, ecc.) gli consentono di effettuare acquisti in completa solitudine, senza supervisione e controllo dei genitori o dei soggetti che esercitano la responsabilità genitoriale. Come far valere allora le tradizionali regole sulla patologia del contratto che si fondano sull'accertamento delle caratteristiche soggettive del contraente, quando invece in *Internet* è difficile imputare l'attività contrattuale e la fattispecie presenta particolari caratteristiche?²².

Prima di esaminare i profili patologici del contratto concluso *on line*, ci si chiede anzitutto quali norme del codice civile possono applicarsi alla formazione del contratto telematico²³. Per rispondere alla domanda occorre soffermarsi sulle diverse modalità di presentazione dell'offerta *on line*. Il contratto si perfeziona in momenti diversi a seconda che l'offerta sia indicata su un sito *web* (quindi rivolta a un pubblico vasto e indeterminato di utenti) oppure indirizzata a un destinatario determinato tramite *e-mail*. Nel primo caso, la proposta si ritiene qualificabile come offerta al pubblico, ai sensi dell'art. 1336 c.c.,

¹⁹ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, I, *La norma giuridica. I soggetti*, Milano 2002, p. 238, il quale accenna alla disciplina dell'autorizzazione preventiva, assente nel nostro ordinamento, desumendola dal § 110 BGB; F. GIARDINA, voce *Minore*, I) *Diritto civile*, in *Enc. giur.* Trecani, XX, Roma 1990, p. 1. Secondo G. FRANZONI, *Dell'annullabilità del contratto*, in *Comm. Schlesinger*, Milano 2005, *sub art.* 1426 c.c., p. 93, la giustificazione, in mancanza di espressa previsione di legge, deve trovarsi nelle norme sulla rappresentanza.

²⁰ Non è rilevante, ai fini della valida conclusione di un contratto, l'incapacità naturale del rappresentato essendo sufficiente, ai sensi dell'art. 1389, comma 1, c.c., che quest'ultimo sia legalmente capace e che il rappresentante abbia la capacità d'intendere e di volere (cfr. Cass., 13 gennaio 1984, n. 275, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, c. 362, con nota di P. MARINO, *Preliminare, eccessiva onerosità sopravvenuta, offerta di riduzione ad equità*).

²¹ Cfr. R. SENIGAGLIA, *L'identità personale del minore di età nel cyberspazio tra autodeterminazione e parentale control system*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, p. 1568; C.M. BIANCA, *I contratti digitali*, cit., p. 1035 ss.

²² Cfr. G. FINOCCHIARO, *Il contratto informatico*, cit., pp. 714 ss.; A. SPANGARO, *Tutela dei minori e delle fasce deboli*, in G. FINOCCHIARO-F. DELFINI (a cura di), *Diritto dell'informatica*, Milano 2014, p. 236.

²³ Cfr. A. GENTILI, *L'inefficacia del contratto telematico*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, pp. 769 ss.

ove contenga chiaramente gli estremi essenziali del contratto²⁴; nel secondo, invece, la fattispecie sarebbe riconducibile alla previsione dell'art. 1335 c.c., secondo cui, salvo prova contraria, nel momento in cui giunge all'indirizzo del destinatario (in questo caso, l'indirizzo di posta elettronica), la proposta si ritiene conosciuta. Nel caso della contrattazione via *e-mail*, il contratto è concluso nel momento in cui l'accettazione giunge nella casella di posta elettronica del proponente, mentre in caso di impiego della modalità c.d. *point and click*, il contratto è concluso tramite la pressione del tasto appositamente predisposto per l'invio dell'ordine, cui segue la conferma del venditore (di regola, via *e-mail* generata automaticamente), riassuntiva degli estremi del contratto e rispetto alla quale l'acquirente è qualificato come proponente e il venditore come accettante mediante conferma d'ordine. Poiché inoltre la proposta contrattuale è per lo più formulata mediante condizioni di contratto, ad essa saranno applicabili gli artt. 1341, 1342 e 1469 *bis* c.c., che disciplinano i casi di asimmetria contrattuale²⁵.

Se a concludere il contratto è un minore, in linea di principio può applicarsi la regola generale di cui all'art. 1425 c.c. con le eccezioni di cui al successivo art. 1426 c.c. fondate sul principio «*malitia supplet aetatem*» che va adattato al mondo digitale. In generale si è chiarito che la furbizia del minore configura uno stato di capacità naturale che può diventare presupposto eccezionale di validità di un atto altrimenti annullabile²⁶. Detta regola è stata anche interpretata come una sanzione per la condotta fraudolenta tenuta dal minore in occasione della stipulazione del contratto²⁷. La disposizione eccezionale, laddove conserva la validità del contratto, appare in realtà realizzare un con-

²⁴ L'art. 10, lett. a, dir. 2000/31/CE sul commercio elettronico, prescrive l'obbligo per il prestatore di fornire, in modo chiaro, comprensibile e inequivocabile, prima dell'inoltro dell'ordine da parte del acquirente, indicazioni relative alle varie fasi tecniche di conclusione del contratto.

²⁵ Quanto al luogo di perfezionamento del vincolo contrattuale che presenti elementi di transnazionalità, rilevante ai fini della determinazione della legge applicabile, ai sensi dell'art. 1326 c.c., si ritiene essere quello in cui si trova il proponente nel momento in cui viene a conoscenza dell'accettazione della controparte. In un contratto B2C (*business to consumer*), la legge processuale applicabile è quella del luogo di residenza abituale del consumatore, a condizione che il professionista svolga o diriga la sua attività in quel Paese e salvo che le parti non abbiano indicato nel contratto la legge applicabile. Sulle norme del codice civile applicabili al contratto informatico, cfr. G. FINOCCHIARO, *Il contratto informatico*, cit., p. 719. Con specifico riferimento alla disciplina delle clausole vessatorie nella compravendita in *Internet*, cfr. G. CASSANO-I.P. CIMINO, *Contratto via Internet e tutela della parte debole*, in *Contratti*, 2002, p. 869.

²⁶ Cfr. A. FALZEA, voce *Capacità*, cit., pp. 38 ss., secondo cui non può avvalersi dell'azione di annullamento il minore che ha dimostrato sicura maturità nell'ingannare la controparte. In questo senso, cfr. anche Cass., 4 luglio 2012, n. 11191, in *Fam. pers. succ. online*, 2012; F. MACARIO (a cura di), *Annulabilità del contratto. Osservatorio di legittimità*, con la collaborazione di G. OREFICE-F.P. PATTI, in *Contratti*, 2012, p. 771.

²⁷ Parte della dottrina ravvisa nella norma principalmente una sanzione a carico del minore autore della *machinatio*: così, G. FRANZONI, *Dell'annulabilità del contratto*, cit., p. 207 ss., secondo cui la *ratio* della norma non è di attribuire al minore una patente di maturità, bensì quella di punirlo per aver carpito la buona fede altrui.

temperamento fra opposti interessi (la tutela del minore e la protezione della buona fede dell'altro contraente) superando la presunzione legale di immaturità del minore, il quale con una condotta ingannevole ha dimostrato una destrezza e uno sviluppo psichico superiori a quelli dell'età effettiva e quindi non bisognoso di tutela²⁸. La dottrina e la giurisprudenza hanno comunque messo in luce che, affinché operi la deroga al regime di annullabilità, occorrono raggiri consistenti in una vera e propria attività o condotta efficiente e non nella mera dichiarazione di essere maggiorenne²⁹. Non basta in altre parole che il minore taccia sulla sua età, ma si richiede, ad esempio, che egli alteri il proprio documento di identità, o dia una serie di informazioni per indurre in errore la controparte sul suo stato di incapace³⁰.

Chiarito in astratto il concetto di «raggiri», si pone in concreto il problema di adattarlo al caso del negozio telematico rispetto al quale sono compatibili le regole generali sul contratto. L'ostacolo maggiore è rappresentato dalla individuazione del soggetto cui debba essere imputata la manifestazione di volontà contrattuale. E il minore nell'acquisto *on line* utilizza il supporto informatico senza avvalersi della firma digitale, che renderebbe sufficientemente certa l'imputabilità dell'atto. Se il minore compie atti digitali (come la compilazione del *form*) spacciandosi per un'altra persona (ad esempio, usando il terminale del genitore, la sua *password*, il suo indirizzo *e-mail* e il codice della sua carta di credito), il contratto è concluso sotto falso nome, e, in difetto di autorizzazione del titolare, è nullo per carenza assoluta di consenso³¹.

Se il minore contratta invece a proprio nome, inserendo i propri dati, dovrebbe scattare la citata disciplina di cui agli artt. 1425-1426 c.c. Viene tuttavia da chiedersi se l'impiego dello strumento informatico integri, di per sé, i «raggiri» diretti all'occultamento della minore età, o se invece la combinazione dell'uso della tecnologia telematica con la dichiarazione di maggiore età rilasciata al *computer* ricevente cliccando sul tasto virtuale, o compilando il *form*

²⁸ La tesi riportata, secondo cui il raggiri compiuto dal minore ha la forza di derogare alla regola per tre concorrenti ragioni, è invece formulata da E. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica-Zatti, Milano 2001, p. 770, secondo cui, in questo caso, il minore, in concreto, si rivela essere meno bisognoso di tutela; per la sua condotta fraudolenta non merita tutela; può suscitare nella controparte un affidamento particolarmente solido sulla capacità del contraente.

²⁹ Cfr. F. MESSINEO, voce *Annullabilità e annullamento*, in *Enc. dir.*, II, Milano 1958, pp. 476 ss., secondo cui il raggiri deve consistere in una «macchinazione efficiente» analogamente alla previsione dell'art. 1439, comma 1, c.c.

³⁰ Cfr. F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., p. 371; Cass., 21 luglio 1954, n. 2616, in *Foro pad.*, 1955, I, c. 438, secondo cui i raggiri devono consistere in una condotta attiva e non in una mera dichiarazione sull'età.

³¹ Cfr. A. GENTILI, *L'inefficacia del contratto telematico*, cit., pp. 769 ss., secondo cui, se sussiste un comportamento oggettivamente autorizzativo del *dominus*, il contratto è valido ed efficace; se invece il *dominus* è estraneo all'attività falsamente posta in essere dal contraente, il negozio è nullo per mancanza di accordo. In generale, sul contratto sotto falso nome, cfr. C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., pp. 61 ss.; G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Il contratto telematico sotto nome altrui. Apparenza e regole di imputazione della dichiarazione negoziale*, Napoli 2018, pp. 65 ss.

elettronico configuri attività decettiva. Dall'altro lato, il contraente capace che, impiegando il mezzo telematico, accetti il rischio di non essere in condizione di accertare la piena capacità di agire della controparte, potrebbe dirsi disonesto³², poiché il principio «*nemo ignarus esse debet condicionis eius, cum quo contrahit*»³³ opera anche nel commercio elettronico.

Nella pratica commerciale è frequente che i siti di *e-commerce* non richiedano neppure al contraente di specificare la propria età o la data di nascita. In tal caso la condotta del minore acquirente non solo non configura un raggirio "validante" ma nemmeno integra una dichiarazione sulla (maggiore) età. Inoltre l'utilizzo da parte del minore della carta di credito del genitore è un atto esecutivo di natura solutoria che prescinde da un atto telematico negoziale di vendita *on line*³⁴. La comunicazione del numero di carta di credito e la conseguente autorizzazione al pagamento pongono il problema di stabilire se un tale comportamento integri gli effetti della convalida tacita del contratto annullabile (concluso dal minore), ai sensi del comma 2 dell'art. 1444 c.c.³⁵.

4. La tutela secondo il Codice del consumo

La vulnerabilità del minore è considerata presupposto di tutela anche secondo il Codice del consumo³⁶. La condizione di fragilità psichica nel-

³² Cfr. M. CINQUE, *Il minore e la contrattazione telematica tra esigenze del mercato e necessità di apposite tutele*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, pp. 19 ss.

³³ Cfr. F. MESSINEO, voce *Annulabilità e annullamento*, cit., p. 476, secondo cui, anche se la legge non lo dice espressamente, grava sulla controparte (il sito *e-commerce*, nel nostro caso) l'onere di accertarsi sulla situazione giuridica di colui con cui stringe il contratto.

³⁴ L'inserimento dei dati della carta di credito nel modulo di accettazione trasmesso per *point and click* costituisce pagamento e quindi esecuzione del contratto. A.M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, Milano 1997, p. 240 mette in luce che l'uso della carta di credito costituisce l'*idealtypus* di pagamento nell'*electronic commerce*. Considerato che la spendita della carta di credito da parte del titolare è un vero e proprio atto solutorio, esso configura accettazione per esecuzione (*ex art. 1327, comma 1, c.c.*). L'invio dell'ordine che perverrà telematicamente all'indirizzo elettronico dell'offerente vale quale comportamento esecutivo concludente e come "pronto avviso" dell'avvenuta esecuzione *ex art. 1327, comma 2, c.c.* Nello stesso senso, cfr. E. TOSI, *La conclusione di contratti «online»*, in E. TOSI (a cura di), *I problemi giuridici di Internet*, Milano 1999, p. 16; F. DELFINI, *Il D.P.R. 513/97 e il contratto telematico*, in *Contratti*, 1998, p. 297 («Il pagamento del prezzo rientra tra le prestazioni contrattuali e la sua esecuzione tramite invio dell'ordine alla società emittente la carta di credito integra l'ipotesi di cui all'art. 1327 cod. civ.»). Nel caso del pagamento telematico ci si chiede come operi l'art. 1327 c.c. con riferimento al contratto annullabile. Sulla prova del pagamento con mezzi elettronici, cfr. G.M. UDA, *La prova del pagamento*, Padova 2028, pp. 189 ss.

³⁵ «Il contratto è pure convalidato se il contraente al quale spettava l'azione di annullamento vi ha dato volontariamente esecuzione conoscendo il motivo di annullabilità» (art. 1444, comma 2, c.c.). Sugli effetti dell'utilizzo della carta di credito dei genitori da parte del minore, cfr. E. ANDREOLA, *Minori e incapaci in Internet*, Napoli 2019, pp. 214-215.

³⁶ Sulla accentuata vulnerabilità e incapacità del minore di età nell'ambiente *on line* cfr. I. GARACI, *Il «superiore interesse del minore» nel quadro di uno sviluppo sostenibile dell'ambiente digitale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, p. 800.

la valutazione delle proposte commerciali *on line* rileva infatti agli effetti del divieto delle «pratiche commerciali scorrette» contemplato dall'art. 20 c. cons. Come è noto, la norma (art. 20, comma 2, c. cons.) contribuisce a definire la scorrettezza della pratica dell'imprenditore sul piano oggettivo, consistente in comportamenti contrari alla diligenza professionale, tale da dimostrarsi falsa o comunque idonea a falsare «in modo apprezzabile» la valutazione del prodotto³⁷. Sul piano soggettivo, inoltre, la pratica è scorretta quando raggiunge un gruppo di consumatori «particolarmente vulnerabili» (art. 20, comma 3, c. cons. e art. 21, penultimo comma, c. cons.) a motivo della loro «infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità» e che, come tali, meritano di essere protetti dalla slealtà dell'imprenditore nel commercio elettronico³⁸. È stato efficacemente sottolineato che qualora i messaggi promozionali siano rivolti a una categoria più vulnerabile, come i bambini o gli adolescenti, detto fattore incide ulteriormente sul parametro di ingannevolezza della pubblicità³⁹.

La disciplina delle pratiche commerciali scorrette, da alcuni accostata per *ratio* a quella della violenza morale di cui al codice civile (artt. 1433-1435 c.c.), persegue finalità diverse rispetto a quest'ultima. Mentre nel caso di violenza morale come vizio del consenso si ha riguardo all'atto del soggetto debole per renderlo inefficace mediante l'annullamento, le regole consumeristiche fanno invece riferimento all'attività del contraente forte, quando questa mira a condizionare il libero convincimento del consumatore⁴⁰. Sulla base di questa differenza si ravvisa l'autonomia delle regole relative alle pratiche commerciali scorrette rispetto a quelle del contratto in generale⁴¹. In ogni caso, i principi di

³⁷ Sulle differenze terminologiche tra testo nazionale e testo comunitario sulla nozione di «scorrettezza» e «slealtà», di falsità «apprezzabile» o «rilevante», cfr. F. MASSA, in V. CUFFARO (a cura di), *Comm. c. cons.*, Milano 2015, sub art. 20, pp. 138 ss.; in particolare cfr. G. DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali sleali. La nozione generale di pratica commerciale "sleale" e i parametri di valutazione della "slealtà"*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori: la direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, Torino 2007, pp. 117 ss.

³⁸ A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, Padova 2017, p. 32, riferendosi al minore quale soggetto vulnerabile *medium* del consumatore (il genitore), ritiene che configuri senz'altro una pratica aggressiva includere in un messaggio pubblicitario un'esortazione diretta ai bambini affinché acquistino o convincano i genitori ad acquistare loro i prodotti reclamizzati.

³⁹ Cfr. N. ZORZI GALGANO, *Il consumatore medio ed il consumatore vulnerabile nel diritto comunitario*, in *Contr. e impr. Europa*, 2010, pp. 549 ss., la quale mette in luce che la pubblicità diretta a bambini o adolescenti è valutata sempre in base a una soglia inferiore.

⁴⁰ Sulla distinzione tra le discipline riferite agli atti e le discipline correlate alle attività, cfr. G. ALPA, *Considerazioni conclusive*, in E. MINERVINI-L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, Milano 2007, pp. 360 ss.

⁴¹ Cfr. N. ZORZI GALGANO, *Sull'invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, in *Contr. e impr.*, 2011, pp. 921 ss., secondo la quale la disciplina comunitaria in tema di pratiche commerciali scorrette comporta due precetti: 1) detta disciplina si aggiunge a quella del contratto; 2) ciò non significa che essa non abbia alcuna ricaduta sul contratto, in particolare sulla invalidità dell'accordo concluso a valle di una pratica commerciale scorretta. Secondo M.R. MAUGERI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale sui contratti*, in

diritto comunitario a tutela del consumatore non possono non riflettersi sulla tutela del codice civile, incrementandola⁴², anche se il divieto normativo di pratiche commerciali contrarie alla diligenza professionale rimane, per come è stato concepito e costruito, una regola di mercato la cui violazione determina conseguenze amministrative. Mentre la tutela consumeristica assume quale parametro di valutazione un modello standard di comportamento dell'imprenditore commerciale, la tutela civilistica, invece, guarda alla concreta vicenda contrattuale e alle caratteristiche oggettive del singolo consumatore⁴³, in un sistema di doppio «binario di tutele»⁴⁴. Sia che si ragioni in termini di nullità di protezione⁴⁵, sia che si ravvisi un'ipotesi di annullabilità del contratto del minore per pubblicità ingannevole⁴⁶, la fattispecie appare rilevante per la qualificazione in termini di illiceità della pratica commerciale, la quale implica un giudizio di colpevolezza in capo al contraente forte. Il consumatore minorenni può così invocare il diritto a una adeguata informazione e a una corretta pubblicità (art. 2 c. cons.), secondo i principi di buona fede, correttezza e lealtà, nella prospettiva di un'azione risarcitoria⁴⁷.

Quanto all'acquisto già concluso, al minore – tramite il proprio rappresentante legale – spetterebbe lo *ius poenitendi* (artt. 52 ss. c. cons., come modificati dal d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, attuativo della dir. 2011/83/UE). Il rimedio, che consente al consumatore di recedere dal contratto stipulato a distanza, senza onere di motivazione né addebito di costi ulteriori rispetto a quelli di restituzione del bene⁴⁸, presuppone una rivalutazione dell'operazione nego-

A. GENOVESE (a cura di), *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, Padova 2008, pp. 265-268 ss., la direttiva ha volutamente rinunciato a prendere posizione sugli effetti delle pratiche sleali rispetto alla validità del contratto, lasciando ai diversi ordinamenti la scelta attraverso il rinvio al sistema.

⁴² Cfr. S. PATTI, *Parte generale del contratto e norme di settore nelle codificazioni*, in E. NAVARRETTA (a cura di) *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore. Atti del Convegno di Pisa, 25-26 maggio 2007*, Milano 2007, pp. 547 ss.; P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, pp. 227 ss.

⁴³ Cfr. N. ZORZI GALGANO, *Sull'invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, cit., pp. 921 ss. e in particolare p. 952, secondo la quale una pratica ingannevole può condurre a un vizio del consenso. L'Autrice si chiede se, affinché il contratto sia annullabile, occorranza tutti i requisiti del codice civile che prevede l'annullamento o se basti accertare che la pratica commerciale sia scorretta, siano per ciò stessi dimostrati il dolo o la violenza.

⁴⁴ L'espressione è di R. CALVO, *Le azioni e le omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune*, in *Contr. e impr.*, 2007, pp. 71 ss.

⁴⁵ M.R. MAUGERI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale dei contratti*, cit., p. 268 non esclude comunque la nullità del contratto per altre ragioni autonome.

⁴⁶ Cfr. Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, in *Contratti*, 2008, pp. 221 ss. sulla questione della nullità di protezione come nullità virtuale.

⁴⁷ C. TENELLA SILLANI, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, in *Obbl. contr.*, 2009, p. 781, richiama Cass., Sez. Un., 15 gennaio 2009, n. 794, in *Giur. it.*, 2009, 12, c. 2641, secondo cui il messaggio ingannevole lede il diritto del consumatore alla libera determinazione intorno alla scelta e all'uso del prodotto (art. 21, comma 2, c. cons.).

⁴⁸ In caso contrario, il diritto di recesso risulterebbe menomato in partenza, se il consumatore temesse di dover riconoscere un qualche importo al professionista, con l'effetto di scorrag-

ziale in termini brevissimi⁴⁹, che si giustificano in base all'esigenza di certezza dei rapporti giuridici e alla tutela dell'affidamento del professionista⁵⁰. Nei fatti accade spesso tuttavia che i genitori siano all'oscuro della contrattazione del figlio e che il rimedio del recesso in tempi così ristretti sia impraticabile⁵¹.

In aggiunta al rimedio del recesso, il vincolo contrattuale potrebbe infine essere reso inefficace relativamente a singole clausole contrattuali particolarmente pregiudizievoli in quanto vessatorie. Poiché tale natura è rimessa alla discrezionalità del giudice ai sensi dell'art. 33, comma 1, c. cons., egli dovrà tener conto, quale circostanza della contrattazione (art. 34 c. cons.), della minore età del consumatore.

In via stragiudiziale, si contempla l'opzione delle «procedure volontarie di composizione extragiudiziale» per la risoluzione, anche in via telematica, delle controversie nazionali e transfrontaliere, tra consumatori e professionisti residenti e stabiliti nell'Unione europea (c.d. ADR, *Alternative Dispute Resolution*)⁵². La gratuità del rimedio e l'inesistenza di un obbligo di assistenza legale (art. 141 *quater*, comma 3, c. cons.) potrebbero agevolare una soluzione equilibrata di fronte al pregiudizievole acquisto *on line* del minore, con garanzia di imparzialità, indipendenza e competenza (art. 141 *bis*, comma 4, c. cons.).

5. Il ruolo dei genitori

Rispetto all'attività negoziale del minore nei siti commerciali *on line*, acquista un ruolo nuovo e determinante la funzione protettiva dei genitori, il cui

giarlo all'esercizio in concreto del suo diritto (E. GUERINONI, *Diritto di recesso*, in V. CUFFARO (a cura di), *Comm. c. cons.*, cit., *sub* art. 52, p. 449).

⁴⁹ Il termine per l'esercizio del diritto di recesso è detto *cooling-off period*. F.P. PATTI, *Il recesso del consumatore: l'evoluzione della normativa*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, pp. 1007 ss., mette in luce che, nei contratti a distanza, l'attribuzione al consumatore del diritto di recesso è giustificata proprio dalla lontananza che separa i due contraenti, da cui deriverebbe, per il consumatore, la difficoltà di accertare la serietà dell'altro contraente, l'impossibilità di esaminare materialmente il bene e, dunque, di valutare se risponda alle proprie esigenze.

⁵⁰ A norma dell'art. 53 c. cons., qualora il professionista non fornisca al consumatore le informazioni sul diritto di recesso, in violazione dell'art. 49, comma 1, lett. h, c. cons., il termine è di dodici mesi dopo la fine del periodo di recesso iniziale, o comunque di quattordici giorni dopo quello in cui il consumatore riceve le informazioni. Sul punto vedi N. ZORZI GALGANO, *Lo jus se poenitendi del consumatore*, in *Vita not.*, 2007, 2, 1, p. 558.

⁵¹ Cfr. M. CINQUE, *Il minore e la contrattazione telematica tra esigenze del mercato e necessità di apposite tutele*, cit., pp. 19 ss.

⁵² L'istituto è disciplinato dagli artt. 141 ss. c. cons., come sostituiti dal d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130, attuativo della dir. 2013/11/UE (c.d. direttiva sull'ADR), il cui oggetto è quello di contribuire al funzionamento del mercato interno e al raggiungimento di un elevato livello di protezione del consumatore, garantendo che la risoluzione di eventuali controversie sia demandata a organismi in grado di fornire procedure imparziali, trasparenti ed efficaci di risoluzione alternativa delle controversie (art. 1). A tal fine, la direttiva ha stabilito i requisiti minimi di armonizzazione, lasciando ampio spazio alla discrezionalità degli Stati membri nel conservare o introdurre ulteriori misure di tutela.

obbligo di istruire ed educare i figli (artt. 147 e 315 *bis* c.c.), include quello di controllare le fonti di apprendimento e le modalità di realizzazione delle attitudini dei soggetti sottoposti a responsabilità genitoriale. Nell'era digitale, la disciplina codicistica sulla rappresentanza legale e sui poteri di controllo impone un aggiornamento dei più specifici contenuti del dovere di educazione e di supervisione⁵³. È noto che la costante giurisprudenza, in tema di responsabilità *ex art.* 2048 c.c., individua quali criteri di imputazione, il potere-dovere di vigilare la condotta dei figli svolgendo adeguata attività formativa e di educazione al rispetto delle regole nei rapporti con il prossimo e nello svolgimento delle attività extrafamiliari⁵⁴. Le insidie della Rete e il mutato scenario in cui si estrinseca il ruolo genitoriale cambiano però i parametri educativi, i quali, da un lato presuppongono la conoscenza dell'ambiente telematico, dall'altro, richiedono il rispetto di spazi di autonomia, riservatezza e libertà dei figli⁵⁵. In concreto, la limitazione quantitativa e qualitativa a scopo preventivo⁵⁶ può rivelarsi insufficiente considerato che gli strumenti informatici

⁵³ Cfr. R. SENIGAGLIA, *Responsabilità genitoriale e responsabilità dei genitori nella complessità generata (anche) dalla vita sociale digitale*, in *Dir. succ. fam.*, 2022, p. 1031; ID., *L'identità personale del minore di età nel cyberspazio tra autodeterminazione e parental control system*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, p. 1568, particolarmente con riferimento al rapporto tra il dovere di vigilanza dei genitori, il ruolo educativo e il diritto del figlio allo sviluppo della propria personalità.

⁵⁴ Cfr., ad es., Cass., 6 dicembre 2011, n. 26200, in *Giur. it.*, 2012, p. 1529, con nota di L. AIROLA TAVAN, *La responsabilità dei genitori di cui all'art. 2048 c.c. e il dovere di educazione dei figli*; in *Danno e resp.*, 2012, p. 257, con nota di V. CARBONE, *Responsabilità dei genitori per carenze educative: danni provocati dal figlio minore in una sosta della partita di calcio*; in *Fam. e dir.*, 2012, p. 722, con nota di G. TOSCANO, *Culpa in educando e responsabilità genitoriale*; Cass., 22 aprile 2009, n. 9556, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 1136, con nota di F. ESPOSITO, *Autonomia del minore e responsabilità dei genitori*. Per una rassegna della giurisprudenza più risalente, cfr. A. CHIANALE, *Responsabilità dei genitori (art. 2048 c.c.)*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, II, p. 277; L. ROSSI CARLEO, *La responsabilità dei genitori ex art. 2048 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, II, p. 125.

⁵⁵ Cfr. Cass. pen., 17 luglio 2014, n. 41192, in *Foro it.*, 2014, 11, 2, p. 564. Nel caso concreto, la Suprema Corte ha affermato che risponde del reato di cui all'art. 617, comma 1, c.p. (cognizione di comunicazioni o conversazioni telegrafiche o telefoniche) il padre che registra clandestinamente le conversazioni telefoniche tra la moglie separata e i figli minori della coppia, non potendosi invocare come causa di giustificazione il diritto-dovere del genitore di vigilare sulle comunicazioni effettuate o ricevute dai figli minori.

⁵⁶ Sono noti gli strumenti tecnologici di «filtraggio» per proibire, già nella fase dell'accesso, la consultazione di contenuti vietati, pericolosi o inopportuni. Si tratta di *software* creati e offerti dagli stessi intermediari della Rete, come i motori di ricerca, allo scopo di filtrare vocaboli osceni, pornografici o che incitano all'odio e alla violenza (G. FINOCCHIARO, *Filtering e responsabilità del provider*, in *AIDA*, 2010, p. 304 ss.). Esistono anche sistemi semplici basati sulla creazione di *black list* selezionate da un programma installato sul *computer* o sul *router*, oppure offerti da un servizio telematico. In generale, i sistemi di *parental control*, opportunamente configurati per fascia di età, pur non garantendo una protezione totale dalle insidie della Rete, realizzano delle misure utili a evitare i peggiori rischi (Cfr. M. COLANGELO, *Internet e sistemi di filtraggio tra enforcement del diritto d'autore e tutela dei diritti fondamentali: un commento ai casi Scarlet e Netlog*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 571, nota a Corte Giust. UE, 24 novembre 2011, causa C-70/10 e Corte Giust. UE, 16 febbraio 2012, causa C-360/10).

(*smartphone, computer, tablet*) si prestano a un impiego individuale, intimo e lontano da occhi indiscreti⁵⁷. Per quanto i genitori, con gli appositi strumenti di *filtering*, inibiscono l'accesso dei figli a siti sconvenienti o ne impongano un limite temporale di frequentazione, difficilmente potranno avere il controllo sui contenuti visitati dai figli o su quelli indirettamente percepiti attraverso i *social network*, che veicolano interessi commerciali. Soltanto la competenza sull'uso dei dispositivi tecnologici può impartire una cultura del corretto uso e una consapevolezza dei rischi che, riferiti all'attività negoziale, incidono sulla formazione di un valido consenso.

Quando il contratto concluso *on line* dal minore è annullabile – in base alle regole del codice civile o per gli effetti della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette – e il vincolo ha, come è noto, efficacia precaria, il genitore quale rappresentante legale ha l'onere di un'ulteriore attività nell'interesse dell'incapace, quella di valutare il pregiudizio dell'affare e di sciogliere il contratto, essendo legittimato a proporre l'azione di annullamento o la relativa eccezione⁵⁸. Inoltre l'uso della carta di credito da parte dell'acquirente minorenni richiede di qualificare la condotta del genitore sotto il profilo autorizzatorio⁵⁹. Se il genitore ha messo a disposizione del figlio il mezzo di pagamento telematico, si potrebbe presumere l'autorizzazione del titolare all'esecuzione del contratto o alla conclusione mediante esecuzione (art. 1327 c.c.) e conseguentemente considerarsi preclusa l'impugnazione del contratto da parte di chi esercita la responsabilità genitoriale⁶⁰.

Se infine la scaltrezza del minore raggirante ha determinato la conclusione di un valido contratto e il genitore non può invocare l'incapacità quale causa di annullamento, quest'ultimo dovrà considerarsi responsabile secondo lo schema dell'art. 2048 c.c., e anzi le modalità truffaldine di contrattazione *on line* rivelerebbero una mancanza di educazione digitale del minore nonché, in definitiva, una carenza di strumenti formativi imputabile all'esercente la responsabilità genitoriale.

⁵⁷ Cfr. Trib. Teramo, 16 gennaio 2012, n. 18, in *Dejure*.

⁵⁸ La legittimazione ad agire per l'annullamento, oltre che al minore dopo che abbia compiuto la maggiore età, spetta anche all'avente causa del minore, coerentemente con altre previsioni (come per l'impugnazione degli atti compiuti dal rappresentante legale dell'incapace senza l'autorizzazione giudiziale e degli atti compiuti dall'interdetto). Sul punto cfr. C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 670, nota 103.

⁵⁹ L'uso frequente degli strumenti telematici da parte degli adolescenti, compreso il mezzo di pagamento mediante carta di credito, ha agevolato la diffusione delle carte prepagate che possono essere intestate anche a chi non dispone di un conto corrente bancario. Alcuni istituti di credito, in particolare, hanno immesso nel mercato carte esclusivamente destinate ai giovani o agli studenti minorenni per il cui rilascio sono richiesti i dati identificativi del minore e del genitore.

⁶⁰ Per questo aspetto, assume particolare importanza l'obbligo di custodia degli strumenti elettronici di pagamento da parte del titolare e quindi l'impegno al controllo preventivo del genitore sui mezzi (telematici) messi a disposizione del minore. L'inosservanza potrebbe agevolare l'altro contraente *on line* alla dimostrazione del significato conclusivo del pagamento tramite carta, agli effetti della convalida tacita *ex art.* 1444 c.c.

Abstract [Ita]

L'evoluzione della tecnologia digitale e la diffusione di siti di *e-commerce* aprono sempre maggiori spazi di contrattazione *on line* ai minori che dispongono di mezzi idonei agli acquisti telematici. Essi partecipano al traffico giuridico quali utenti e consumatori vulnerabili in quanto non pienamente consapevoli del contenuto e degli effetti degli atti che pongono in essere. I rimedi predisposti dall'ordinamento, anche sovranazionale, tengono conto sia di una certa autonomia negoziale che gli incapaci legali hanno negli atti della vita quotidiana, sia di quelle condotte che dimostrano una maturità tale da non meritare alcuna tutela contrattuale. Rispetto alle modalità con cui i minori accedono alla rete *Internet* assume particolare rilevanza il ruolo educativo dei genitori, ai quali tuttavia, nell'ambiente digitale, è richiesta una particolare competenza nel tramettere ai figli un'educazione sui rischi dell'accesso alla Rete e sull'uso corretto dei dispositivi telematici.

Parole chiave: minori; contrattazione *on line*; *Internet*; consumatore vulnerabile; responsabilità genitoriale.

Abstract [Eng]

The digital technology evolution and the spread of *e-commerce* sites are increasingly opening up spaces for online negotiations for minors who have the means to make online purchases. They join the legal traffic as vulnerable users and consumers because they are not fully aware of the content and effects of acts they carry out. The remedies provided by the legal system, including supranational ones, take into account both a certain contractual autonomy that legally incapable persons have in everyday life acts, and those conducts that demonstrate such maturity that they don't deserve any contractual protection. About the ways in which minors access the *Internet*, the educational role of parents takes on particular importance. However, in the digital environment, they are required to have particular expertise in transmitting to their children an education on the risks of accessing the *Internet* and on the correct use of digital devices.

Keywords: minors; online negotiations; *Internet*; weak consumer; parents' responsibility.

L'adhésion du mineur délinquant à la relation éducative

Nadia Beddiar

Résumé : 1. L'adhésion à la relation éducative comme expression d'une autodétermination favorable au mineur. – 1.1. Le principe d'une éducation sous contrainte. – 1.2. L'adhésion du mineur, condition indispensable à la relation éducative. – 2. La participation du mineur délinquant comme reconnaissance de son auto-détermination. – 2.1. La souplesse des modes d'organisation pour encourager la participation des mineurs. – 2.2. L'intérêt du questionnaire de satisfaction. – 2.3. La place des représentants légaux du mineur.

Il peut sembler surprenant, voire incongru, de penser l'auto-détermination du mineur quand celui-ci est impliqué dans une procédure pénale en qualité d'auteur d'infraction.

La justice pénale, comme idée qu'une peine juste permet au criminel de se reconstruire¹, ainsi que la contrainte émanant de toute peine peuvent amener l'observateur à considérer, dans un premier temps, la position de soumission et de passivité du délinquant, forcé de vivre une situation colorée par un contrôle et une répression plus ou moins exacerbés.

Pourtant, cette première impression est à nuancer. Si la justice pénale n'est effectivement pas synonyme de quiétude et de gaieté pour la victime et l'auteur, il n'en demeure pas moins que l'organisation de la justice juvénile en France est pensée pour réserver un rôle actif et déterminant au mineur dans le sens qu'il souhaite donner à sa trajectoire de vie.

Le droit pénal des mineurs s'est véritablement spécialisé en France à partir de 1945. Cette année est marquée par la publication de l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante et la création d'une nouvelle administration publique chargée de rééduquer les mineurs délinquants, l'Éducation surveillée.

Au cours de l'histoire contemporaine, l'Éducation surveillée est devenue la Protection judiciaire de la Jeunesse, en 1990, pour répondre à de nouveaux enjeux de modernisation institutionnelle et la célèbre ordonnance du 2 février 1945 a été récemment remplacée, en septembre 2021, par le premier code de

¹ A. GARAPON et al., *Et ce sera justice. Punir en démocratie*, Odile Jacob, 2001, p. 332.

la justice pénale des mineurs (CJPM). Ces changements notables perpétuent toujours la philosophie originelle portée par l'ordonnance de 1945 à savoir une spécialisation des juridictions, une atténuation de la responsabilité pénale des mineurs et la primauté de l'action éducative sur la réponse punitive². Ces principes s'articulent en particulier autour de la figure du juge des enfants et celle de l'éducateur de la PJJ. Bien qu'ils aient été malmenés par certaines lois sécuritaires, ils demeurent l'expression de l'espoir d'une réinsertion et d'un développement favorable du mineur, en vue de devenir un adulte responsable et intégré. D'ailleurs, l'article préliminaire du CJPM souligne bien l'objectif de la justice juvénile : la recherche du relèvement éducatif et moral du mineur.

Le droit pénal des mineurs prévoit ainsi un ensemble de mesures éducatives qui côtoient des mesures plus coercitives telles que le contrôle judiciaire ou le placement³. Le juge des enfants apprécie, grâce aux évaluations réalisées par les éducateurs auprès du mineur et de sa famille, la ou les mesures appropriées à la personnalité de l'auteur. L'action judiciaire ne peut que se conjuguer avec une individualisation de la prise en charge. Peu importe la nature de la mesure ordonnée par le magistrat, l'éducateur aura la lourde charge d'identifier les leviers qui permettront au mineur d'améliorer son estime de lui-même et les moyens qui l'amèneront à investir pleinement la mesure judiciaire.

« On peut amener un cheval à la rivière, mais pas le forcer à boire de l'eau ». Cette maxime bien connue exprime toute la difficulté de la relation éducative. C'est sur ce terrain, qui se caractérise donc par l'individualisation, la confiance et le respect, que le mineur pourra, s'il le souhaite, retrouver un libre arbitre, un espace d'auto-détermination, de réflexion et d'émulation, destinés à l'éloigner de la délinquance et à envisager des projets de vie, réduisant ainsi les risques de récidive.

L'analyse de cette problématique est particulièrement vaste et suppose de mobiliser plusieurs sciences humaines telles que la psychologie, la sociologie, les sciences de l'éducation, le droit, etc. En conséquence, cette contribution restreint le champ disciplinaire et fait le choix de s'intéresser à deux manifestations de l'espace d'auto-détermination reconnu au mineur délinquant. La première s'inscrit dans une approche individuelle et se penche sur la volonté du mineur d'adhérer ou non à la relation éducative, tissée avec l'éducateur PJJ (1). La seconde porte sur le terrain institutionnel et a pour objectif de comprendre comment l'administration de la PJJ organise la prise en charge des mineurs pour consacrer leur droit à la participation durant la mesure de placement éducatif (2).

² Ces trois grands principes du droit pénal des mineurs ont valeur constitutionnelle depuis une décision rendue par le Conseil constitutionnel le 29 août 2002.

³ Nous ne retiendrons ici que le placement pénal et non le placement civil qui ne relève pas de la compétence des services éducatifs de la PJJ.

1. L'adhésion à la relation éducative comme expression d'une autodétermination favorable au mineur

Sans revenir sur les spécificités procédurales qui encadrent la décision judiciaire, il convient de comprendre l'ambiguïté caractérisant une éducation sous la contrainte dans laquelle le degré d'autonomie du mineur semble, à première vue, très restreint (1.1). Pourtant, il existe des ressorts au sein de la relation éducative qui ne peuvent être positifs que si le mineur décide d'investir la mesure éducative en acceptant d'entrer dans la relation avec son éducateur (1.2).

1.1. Le principe d'une éducation sous contrainte

Voici une formulation très paradoxale, qui pourtant jalonne l'ensemble du dispositif de prise en charge des mineurs délinquants.

Si le droit pénal des mineurs repose durablement sur un paradigme articulant sanction pénale et accompagnement éducatif, le mineur délinquant est confronté à un choix exprimé inévitablement dans la contrainte : refuser l'aide proposée et poursuivre sa trajectoire de délinquance ou accepter cette aide et se remettre en question. Naturellement, un mineur, dont la maturité intellectuelle et cognitive n'est pas celle d'un adulte, ne peut être placé simplement au centre de cette dichotomie. La plupart des mineurs délinquants présente un parcours de vie fracturé, déployé dans un environnement privé et familial douloureux et lacunaire. De nombreuses études soulignent les carences affectives, la pauvreté, le décrochage scolaire, la maladie, l'incarcération, la toxicomanie au sein des familles⁴. Autant de facteurs de paupérisation qui fragilisent le mineur, noyé dans ces problématiques individuelles et familiales, et qui ne peut décider seul d'une vie équilibrée. L'acte de délinquance peut alors être interprété comme un symptôme de ces problématiques⁵.

Face à cette réalité, l'éducateur PJJ impose un cadre (souvent absent dans le milieu familial⁶) et se mobilise auprès du mineur et de sa famille, réunit d'autres acteurs pour préserver l'intérêt supérieur de l'enfant et aider les familles par des actions soutenues de parentalité. Lorsque le juge estime qu'un éloignement du mineur de sa famille est bénéfique alors il ordonne un placement. Cette séparation temporaire peut être un moment privilégié pour encadrer et travailler avec le mineur de manière plus soutenue, dans un cadre

⁴ Voir notamment, M. CUSSON, « Les relations paradoxales entre la pauvreté et la délinquance », *Les cahiers de la sécurité*, n° 4, 2008, p. 110-116.

⁵ D. BACHET, « La délinquance juvénile : Notions théoriques et conséquences pratiques », *Raison présente*, n° 42, avril/juin 1977, p. 87-93 ; C. BLATIER, C. CHAUTANT, « Mineurs délinquants aux limites de la prise en charge », *Bulletin de psychologie*, tome 52, n° 441, 1999, p. 321-328 ; J. FAGET, « Les perspectives actuelles de la sociologie de la délinquance et de la justice pénale » in *Sociologie de la délinquance et de la justice pénale*, Erès, 2013, p. 105-156.

⁶ C. GIMENEZ, C. BLATIER, « Famille et délinquance juvénile : état de la question », *Bulletin de psychologie*, 2007/3, numéro 489, p. 257-265.

contraint. Et c'est précisément dans ce cas que l'équipe éducative recherche quotidiennement l'adhésion du mineur pour donner un sens et un contenu à cette mesure de placement.

Mais quel est le sens de cette quête ? Sans parler de transformation de la personne, un auteur démontre que l'action éducative a pour objectif « une conversion de l'habitus » du mineur. Cette formule est définie comme « un changement profond et durable des dispositions qui structurent un individu, c'est-à-dire des schèmes pratiques et cognitifs qui le guident dans ses actions et ses réflexions »⁷. Dans le champ pénal, cette impulsion n'est pas déterminée par le mineur lui-même mais elle est imposée par une personne extérieure, à savoir le juge et l'éducateur.

C'est une note du 22 octobre 2015 relative à l'action éducative dans le cadre du placement judiciaire qui précise les caractères de cette mesure. Elle doit d'abord être éducative. Le texte souligne l'importance d'anticiper « *les éventuelles réactions d'opposition, de rejet, voire de confrontation au nouveau cadre qui s'impose à l'adolescent* ». Elle doit également être contenante⁸, ce qui est permis grâce au projet individualisé. En effet, ce projet fait état des ressources et des besoins du mineur et se construit en tenant compte de son évolution. Enfin, elle est contraignante puisque tout placement requiert un contrôle et une surveillance accrue du mineur, dans un espace collectif plus ou moins marqué par la promiscuité.

C'est tout le paradoxe du travail éducatif que d'éduquer un mineur en le contraignant, ce qui semble effacer tout espace de liberté de choix pour le jeune.

Il a été démontré que l'architecture exerce une influence sur les liens interindividuels⁹ ce qui invite à penser que les différents types de structure d'hébergement exercent une influence sur l'acceptation ou le rejet du mineur. Le centre éducatif fermé, forme très coercitive de placement en deçà de l'incarcération, suscite généralement peu l'adhésion du mineur¹⁰. Il n'est pas rare qu'il tente alors de fuguer. Les unités d'hébergement plus classiques n'offrent pas un environnement de privations, ce qui amène à penser que le mineur, moins frustré, moins contrôlé, sera ainsi moins tenté de fuguer. Il n'en

⁷ R. GÉNY, « Réponse éducative » de la PJJ et conversion des habitus », *Sociétés et jeunesse en difficulté* [En ligne], n° 2 | Automne 2006, mis en ligne le 17 octobre 2006, consulté le 19 septembre 2024. URL : <http://journals.openedition.org/sejed/183>.

⁸ Protection judiciaire de la jeunesse - La contenance éducative Document thématique à l'appui des pratiques professionnelles de la contenance éducative. Direction de la Protection judiciaire de la jeunesse - Sous-direction des missions de protection judiciaire et d'éducation bureau des méthodes et de l'action éducative - 2017 », *Journal du droit des jeunes*, 2017/6, n° 366-367, 2017, p. 61-71.

⁹ A. RAPAPORT, *Pour une anthropologie de la maison*, Dunod, 1996 ; S. CHABLOZ, *L'architecture comme catalyseur de contacts sociaux*, thèse d'ingénieur, Université de Fribourg, soutenue le 25 juin 2013.

¹⁰ D. FAURE, « Le centre éducatif fermé de Moissannes » in D. ATTIAS, L. KHAÏAT, *Le placement des enfants*, Ères, 2014, p. 155-169.

demeure pas moins que la contrainte du placement induit nécessairement une forme de violence pour le mineur. Il cherche alors à remettre en question la légitimité de la prise en charge¹¹. L'encadrement éducatif vise à renverser cette première appréhension en démontrant au mineur que des opportunités sont possibles pour penser et construire un avenir de manière plus sereine. L'équipe de professionnels prend le temps de pacifier les rapports avec le mineur pour trouver un accord, c'est-à-dire une porte ouverte par le mineur pour établir la connaissance et la confiance dans un premier temps.

Pour parvenir à cet objectif, l'offre éducative, plus ou moins dense selon les structures et les territoires, est un véritable outil pédagogique qui permet au mineur d'accéder à des activités culturelles, artistiques et sportives, mais également à un suivi psychologique et médical. Elle vise à rétablir la confiance, l'estime de soi, à développer les compétences relationnelles, à travailler le rapport au corps et aux autres. Pour l'éducateur, elle fournit un terrain pour mettre en œuvre une pédagogie du « faire avec ». Cette expression, formulée par Rémi Casanova, renvoie à une posture professionnelle dans laquelle l'éducateur construit une démarche participative en prenant le risque du « faire contre » c'est-à-dire, « une posture professionnelle de défiance quasi généralisée vis-à-vis d'un contexte considéré bien souvent comme totalement hostile »¹². Malgré les difficultés, il est certain que la socialisation permet au jeune de « dominer ses pulsions et ses instincts grâce à l'intériorisation de valeurs et de normes qui régissent le monde social »¹³. Les activités offrent alors un espace à l'engagement volontaire du mineur comme « processus actif »¹⁴, sachant que le mineur peut se montrer stratège dans ses relations avec l'éducateur, en manifestant une adhésion à géométrie variable.

1.2. *L'adhésion du mineur, condition indispensable à la relation éducative*

La relation éducative ne peut être construite sans confiance¹⁵. Celle-ci est le préalable nécessaire au recueil de l'adhésion du mineur.

Outre le besoin de sécurité¹⁶ qui implique notamment une ritualisation du quotidien¹⁷, repérer et analyser les besoins fondamentaux du mineur forme une tâche indissociable à l'établissement de la confiance. L'évaluation constitue

¹¹ R. GÉNY, *op. cit.*

¹² R. CASANOVA, « Faire avec... vers un ancrage pédagogique », *Les Cahiers Dynamiques*, 2008/2, n° 42, p. 30-34.

¹³ T. FALCHUN, L. ROBÈNE, T. TERRET, « L'habitus professionnel spécifique aux éducateurs de la Protection Judiciaire de la Jeunesse », *Déviance et Société*, 2016/1, Vol. 40, p. 101-129.

¹⁴ PH. JAMMET, *L'adolescent face à son corps, Adolescence*, 1995, 13(2), p. 337-342.

¹⁵ D. YOUNG, « Éduquer au pénal », *Les cahiers dynamiques*, janvier 2010, n° 45, p. 18 à 22.

¹⁶ Démarche de consensus sur les besoins fondamentaux de l'enfant en protection de l'enfance. Synthèse du rapport remis par le Dr Marie-Paule Martin-Blachais à Laurence Rossignol, Ministre des familles, de l'enfance et des droits des femmes, 28 février 2017.

¹⁷ PH. MEIRIEU, « Le pari de l'éducabilité », *Les Cahiers Dynamiques*, avril 2009, vol. 43, p. 4-9.

une mission essentielle tant elle favorise l'efficacité de l'intervention¹⁸. Pour gagner la confiance du mineur, l'éducateur peut adopter, selon Carl Rogers, plusieurs postures : la congruence, la considération empathique et la considération positive inconditionnelle¹⁹. En fonction des savoirs-être et des savoirs-faire des éducateurs, la relation se tisse progressivement à l'image d'une alliance thérapeutique²⁰. Si le mineur perçoit le bénéfice de l'action éducative, il sera plus disposé à accepter la prise en charge.

Les travaux de Pourtois et Desmets proposent une typologie des besoins psycho-sociaux dont la prise en compte favorise le développement de la personne. Dans la relation éducative, « l'axe résistance-désistance renvoie aux stratégies d'accommodation positive face au vécu traumatique afin d'éviter l'effondrement identitaire »²¹. Ainsi, en pratique, le mineur peut, face à une aide contrainte, opérer des choix²² par lesquels il peut soit résister au cadre pour diverses raisons personnelles – dont la volonté de maîtriser la situation²³ –, soit accepter les règles de manière réelle et honnête. Mais, il peut également adopter des stratégies d'adaptation qui peuvent prendre la forme d'une consommation des activités, sans véritablement engager une réflexion sur l'infraction commise ni sur son parcours. Le mineur se soumet faussement au cadre pour ne pas aggraver sa situation et propose une conformité de façade²⁴. Dans ce cas, il est souvent bien difficile pour l'éducateur de connaître les motivations réelles du mineur. Dans le cadre du placement, on peut émettre l'hypothèse, grâce aux travaux de Paul Fustier, que le mineur adopte cette stratégie face à une situation de perte de repères qui s'exprime par ses interactions avec une équipe éducative. L'éducateur référent n'étant pas continuellement présent auprès du mineur, les rotations de personnels imposent au mineur des interactions avec différents éducateurs ayant des pratiques propres, qui peuvent, selon les structures, éloigner les perspectives d'une réponse éducative collective. Pour illustrer cette réalité, Paul Fustier développe la notion de « situations en écart » à travers lesquelles l'équipe éducative, « confrontée au désir de ses membres²⁵ »

¹⁸ Circulaire du 13 décembre 2016 de politique pénale et éducative relative à la justice des mineurs, NOR : JUSD1636978C.

¹⁹ C. ROGERS, *Le développement de la personne*, Dunod, 2005.

²⁰ E.S. BORDIN, « The generalizability of the psychoanalytic concept of the working alliance », *Psychotherapy: Theory, Research & Practice*, vol 16, n° 3, 1979, p. 252-260.

²¹ J. POURTOIS, H. DESMET, « Mineur.e.s en danger : Satisfaction des besoins et émancipation », *Les Cahiers Dynamiques*, 2019/3 n° 76, 2019, p. 18-30.

²² G. HARDY, *S'il te plaît ne m'aide pas ! L'aide sous injonction administrative ou judiciaire*, Erès, 2012, p. 31-32.

²³ M. WEBER et al., « Pourquoi non ? Quand l'opposition s'installe chez l'enfant », *Enfances & Psy*, 2017/1, n° 73, 2017, p. 42-56.

²⁴ Les représentants légaux peuvent également adopter ce type de posture. Voir C. SELLENET et al. « Chapitre 23. L'accueil de jour en protection de l'enfance : Une immersion dans la banalité du quotidien », in N. TOUYA et al., *Travailler en MECS Maisons d'enfants à caractère social*, Dunod, 2020, p. 419-433.

²⁵ P. FUSTIER, « L'écart entre l'individu et l'équipe », in *Le travail d'équipe en institution Clinique de l'institution médico-sociale et psychiatrique*, Dunod, 2021, p. 151.

doit s'adapter « entre la toute puissance du désir et la distanciation professionnelle²⁶ », autrement dit elle se situe entre l'intérêt de l'établissement et du collectif et l'intérêt particulier. Construire et entretenir une relation éducative ne s'improvise donc pas, surtout dans un environnement judiciaire dans lequel le consentement du mineur au suivi éducatif n'est pas requis.

Qu'il s'agisse de l'assistance éducative ou de l'action pénale, l'adhésion de la famille est aussi précieuse que celle du mineur. Elle en est même un préalable et dépasse le seul respect des prérogatives de l'autorité parentale. La recherche de l'adhésion des familles est un travail long et progressif car il s'agit d'un cheminement réflexif, jamais définitivement acquis, qui s'inscrit nécessairement dans un climat d'empathie et de communication²⁷. L'adhésion, par la quête de la confiance, permet de valoriser les personnes et de donner une plus grande légitimité à la décision judiciaire. Ce point est souligné par Laurence Cornu qui considère justement : « *la confiance comme relation émancipatrice est plutôt l'occasion, le défi même, de penser l'action éducative non pas comme une « action sur », mais comme une action entre, non pas sur un objet, mais entre sujets, opérant par des actes de reconnaissance* »²⁸.

Le mineur, en tant que témoin de cette entreprise, sera plus disposé à accorder également sa confiance pour permettre à l'éducateur de travailler sur ses besoins et ainsi donner un sens au suivi éducatif.

Donner un rôle actif au justiciable pour favoriser son émancipation et assumer ses responsabilités est un objectif qui est également suivi par la PJJ en tant qu'institution publique. Elle met en œuvre un droit important reconnu par le législateur en 2002, à savoir le droit à la participation qui s'appréhende comme une instance d'expression et de décision pour le mineur.

2. La participation du mineur délinquant comme reconnaissance de son autodétermination

La loi sociale du 2 janvier 2002 a introduit une généralisation des processus de participation des usagers à la vie des établissements. Dans le cadre d'un placement pénal, la PJJ a dû adapter l'organisation de son travail afin qu'il puisse prendre en compte des formes de participation des mineurs, plus ou moins abouties (2.1). Parmi les axes stratégiques proposés par le code de l'action sociale et des familles (CASF) figure le questionnaire de satisfaction. Il constitue un outil souvent délaissé par les services de la PJJ alors qu'il permet de compenser, en partie, l'inconstance des groupes de participation en recueillant l'opinion et les préoccupations des mineurs (2.2). Évidemment, l'ensemble

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ A. BRUEL, « La croisée des savoirs - Le sens de l'autorité - La recherche de l'adhésion dans la justice des mineurs », *Les cahiers de la justice*, 2013, p. 143.

²⁸ L. CORNU, « La confiance », *Le Télémaque*, 2003/2, n° 24, 2003, p. 21-30.

des initiatives proposées par l'établissement doit associer les représentants légaux des mineurs accueillis afin de permettre au système de prise en charge de réellement contribuer et soutenir l'amélioration du respect des droits (2.3).

2.1. *La souplesse des modes d'organisation pour encourager la participation des mineurs*

De façon certaine, les modes de participation collective sont « un très bon moyen d'identification des besoins des usagers sur les sources de violation des droits, préalable obligatoire à la détermination et à l'application des réponses adaptées ». Ainsi, l'approche individuelle de la loi du 2 janvier 2002 ne l'a pas empêché de penser une instance de participation collective en son article 10. L'article D. 311-1 du CASF ne pose pas d'obligation à la mise en place du conseil de la vie sociale (CVS) selon le type d'établissement. Toutefois une précaution est prise en prévoyant une diversité dans les modes de participation : le groupe d'expression, la consultation des personnes accueillies, des groupes d'initiatives ou groupes de projets. De plus, l'article L. 311-9 du CASF précise que : « Dans les établissements ou services prenant en charge habituellement les mineurs faisant l'objet de mesures éducatives ordonnées par l'autorité judiciaire en application des dispositions législatives relatives à l'enfance délinquante ou à l'assistance éducative, le directeur ou son représentant siège en tant que président avec voix délibérative ». Cette disposition vient parfaitement souligner l'importance d'une telle instance au sein des établissements d'hébergement de la PJJ, mais elle vient aussi limiter l'influence des mineurs sur les délibérations adoptées.

Les sujets traités par l'instance de participation ne sont volontairement pas définis par le pouvoir réglementaire compte tenu de l'emploi de l'adverbe « notamment », laissant un vaste panel de possibilités au profit de l'établissement éducatif. Mais ils doivent définir un cadre, dans leur règlement de fonctionnement, destiné à organiser la participation des mineurs qui offre, par ailleurs, un espace intéressant pour poursuivre l'action éducative. D'ailleurs, la note DPJJ du 24 décembre 2015 souligne cette importance et encourage les instances de participation des usagers, sans oublier les familles : « Il importe d'associer en continu, voire de façon collective, les familles à la vie de l'unité ou de l'établissement en dehors du seul accompagnement individuel et des situations de crise. La mise en place de groupes de parole de jeunes ou de commissions de vie sociale comme prévue par le Code de l'action sociale et des familles (CASF), sont des initiatives à favoriser bien que nos structures ne rentrent pas dans les catégories où ces instances sont impératives » .

En pratique, la pratique des établissements est à nuancer. Si tous les règlements font référence à une instance de participation des usagers, prenant différentes appellations « réunions jeunes », « groupe d'expression », « groupe projets » (rendus obligatoires par le législateur), certains énoncés font état de confusions. Il a été démontré précédemment que ces instances sont des lieux

de participation illusoire puisqu'elles se traduisent par la seule consultation des usagers. Considérer, comme certains règlements de fonctionnement le prétendent, ces espaces comme le lieu d'exercice d'une voie de recours en cas d'atteinte à un droit protégé semble relever de l'imprudence.

S'il existe des difficultés pour mobiliser les familles et les mineurs, le recours aux « boîtes à mots » ne semble pas conforme à l'esprit de la loi de 2002 qui envisage une participation plus active .

Aucun règlement de fonctionnement ne prévoit, même en annexe, les dispositions régissant cette participation, à travers par exemple l'élaboration d'un ordre du jour ou la rédaction d'un compte rendu, seule l'existence de ces instances est soulignée.

D'après le dernier rapport d'audit, cet écueil se retrouve également au sein des réunions institutionnelles, rythmant la vie de l'établissement, ce qui pose un problème de fond lié à une faible traçabilité de l'ensemble des décisions prises dans la structure, directement rattachée à l'histoire d'une culture orale de l'institution.

Il semble alors qu'au regard des développements *supra*, l'implication et l'expression du mineur soit plus forte dans le cadre de la relation éducative construite dans les rapports interindividuels entre éducateurs et mineurs, plutôt que sur le terrain institutionnel et collectif.

2.2. L'intérêt du questionnaire de satisfaction

L'article D. 311-21 du CASF prévoit un instrument alternatif et obligatoire en cas d'impossibilité de recourir aux autres formes de participation : le questionnaire de satisfaction. La forme définie par le pouvoir réglementaire en 2004 pourrait aller plus loin en élaborant un questionnaire qui serait un véritable outil d'adaptation et de modernisation de l'action éducative. Un questionnaire intitulé « Comment vas-tu ? » constituerait pour les services publics de la PJJ un moyen souple destiné à ne pas brider la parole de l'usager et favoriserait une meilleure adaptation de l'action éducative aux besoins de l'enfant. Cet outil de mesure présente donc un double intérêt. Le premier est de permettre de donner et de valoriser la parole du mineur et celle de ses représentants légaux ; le second repose sur la source d'informations intéressantes qu'offre le questionnaire pour permettre aux professionnels de « faire le bilan » du suivi et d'ajuster l'action éducative à l'avenir.

Ce questionnaire concerne deux destinataires : le mineur et ses représentants légaux, sachant que les questions sont exclusives selon le destinataire sur leur fond et sur leur forme.

Il pourrait être mis en place à partir du 1er mois de placement et à la fin de la mesure de placement, à destination de tous les mineurs pris en charge pour une durée minimale de 3 mois. Le postulat retient cette durée pour mieux apprécier les effets du placement.

Naturellement, un tel dispositif, accessible en ligne, n'aurait de sens que si les données sont exploitées par des personnes qualifiées en matière de statistiques et que l'analyse des informations n'appartient pas à l'établissement d'accueil, mais plutôt à un échelon situé au niveau départemental voire d'un prestataire extérieur spécialisé pour conserver le potentiel d'objectivité et de transparence des résultats.

Les dispositions relatives au secret professionnel et celles relatives à la protection des données personnelles sont régies à travers la réglementation de la CNIL et doivent être respectées avec attention.

Le questionnaire de satisfaction, qui peut donner une impression de logique commerciale ou de démarche-client issues du secteur économique, s'inscrit pleinement dans les programmes de transformation des services publics de plusieurs façons : par l'optimisation des moyens, la recherche de la performance et de la qualité du service. Il permet également aux niveaux hiérarchiques supérieurs d'entretenir une connaissance précise de l'état de la prise en charge dans les foyers d'hébergement du territoire donné. En cela, la gouvernance interne en sera améliorée. Il constitue un instrument au service de l'un des axes de travail souligné par la note d'orientation de la PJJ, c'est-à-dire « l'identification et le renforcement des modalités reconnaissant le jeune et sa famille comme co-acteurs de la prise en charge ».

L'intérêt de son recours pour les mineurs placés est pertinent, car il viendrait pallier les insuffisances du dispositif légal.

Marquée d'un certain « individualisme juridique », la loi du 2 janvier 2002 n'atteint pas l'équilibre entre les différents intérêts présents car le règlement de fonctionnement est un document rédigé par l'institution après « consultation » des usagers ou leurs représentants ; l'intensité du terme employé est faible, l'usager reste passif et il semble que le « dernier mot » revienne à l'institution qui aura entendu la parole des usagers, peu déterminante ici. La loi est silencieuse dans le cas où cette consultation ne porterait pas ses fruits, hormis envisager la quasi-systématisation de l'application du règlement de fonctionnement.

2.3. La place des représentants légaux du mineur

Concernant la substance même du droit du mineur de participer à la définition des modalités de la vie collective, les apports de l'importation de mécanismes de démocratie directe sont, indéniablement et par nature, affaiblis. L'exercice des prérogatives liées à l'autorité parentale conduit à l'instauration de mécanismes de participation proches de la démocratie représentative. Le mineur sera alors représenté par ses représentants légaux qui sont les interlocuteurs privilégiés de l'établissement. Sa parole d'usager sera subordonnée à celle des titulaires de l'autorité parentale, qui peuvent avoir une vision éloignée de l'intérêt de l'enfant, telle que l'enfant le définit lui-même. En cas de désaccord entre l'enfant et ses représentants légaux, il est très probable que le dernier mot revienne aux parents.

Toutefois, la parole du mineur est prise en compte de façon intéressante dans le conseil de la vie sociale des établissements accueillant des enfants. En effet, le décret du 25 mars 2004 prévoit que les représentants des usagers siégeant auprès de cette instance peuvent assurer ce mandat dès l'âge de onze ans. Reste à déterminer quel sera le poids de cette jeune parole au sein de ces institutions. Cette parole peut être justement portée et défendue par les associations d'usagers.

Il est regrettable que la loi du 2 janvier ne les ait pas intégrés alors que ces associations existent dans le secteur hospitalier. Aujourd'hui, la frontière entre le secteur médico-hospitalier et le secteur social est devenue perméable. De nombreux professionnels de la PJJ font état d'une prise en charge éducative difficile pour des mineurs souffrant de troubles mentaux ou somatiques graves, a priori plus nombreux. Aucune passerelle n'est pensée par la loi sociale concernant les situations dans lesquelles les représentants légaux d'un mineur faisant l'objet d'un traitement ou d'un suivi en milieu hospitalier participent à une association de patients. Ils ne pourraient pas, dans le champ social, s'organiser pour exercer leurs droits collectifs, puisque l'équivalent n'existe pas sur le terrain social. L'absence de parallélisme entre les dispositifs de la loi sanitaire et ceux de la loi sociale forme une lacune certaine et une réflexion permettant de penser un relais entre ces deux secteurs d'activités devrait être encouragée. Cependant, les limites connues liées au système démocratique se retrouveraient dans ces modes de représentation puisque les déclarations de candidatures insuffisantes, peu pertinentes ou l'absence d'unité parmi les représentants légaux autour d'intérêts partagés ne sont pas à écarter.

Mais, plus largement, cette question de la représentation collective des mineurs usagers implique de resituer les droits de l'utilisateur dans les débats contribuant à l'élaboration des politiques, sans quoi ces droits resteraient une pure abstraction.

Enfin, la question de l'effectivité de la participation des usagers se pose avec d'autant plus de force étant donné que la prise en charge en hébergement collectif est subie. Plusieurs écueils sont retenus : la minorité peut encore être perçue comme un frein à la participation de l'individu, de même que la situation d'extrême précarité de certains milieux familiaux pour lesquels l'absence d'implication dans un dispositif participatif serait anticipée sans fondement. Les droits collectifs, exprimés par un groupe de jeunes, peuvent aussi susciter de la méfiance de la part des professionnels.

Favoriser l'expression de la parole du mineur et encourager *in fine* son auto-détermination impose de redoubler d'efforts, car l'intervention éducative a pour finalité la construction d'une citoyenneté au profit d'un mineur fragilisé qui peut aussi présenter une aptitude à la communication réduite. En cela, l'information adéquate des mineurs est fondamentale et la pédagogie du professionnel éducatif est essentielle.

La citoyenneté, exprimée de façon normative par le droit à la participation, est un apprentissage qui « se fonderait sur les expériences complexes et variées

que les jeunes vivent pour après jour²⁹ », et ne se réduit pas à « un processus unidimensionnel³⁰ » voire horizontal, qui ferait revenir l'administration à des pratiques archaïques de domination et d'assujettissement. Faire vivre les droits de l'enfant suppose donc des efforts constants pour contribuer notamment à la construction de l'identité du mineur, à sécuriser son parcours et permettre ainsi son épanouissement.

²⁹ R. LAWY et G. BIESTA, « Citizenship-as-practice : the Educational Implications of an Inclusive and Relational Understanding of Citizenship », *British Journal of Educational Studies*, 54(1), p. 34-50, cité par M. LIEBEL, *Enfants, droits et citoyenneté : Faire émerger la perspective des enfants sur leurs droits*, L'Harmattan, 2011, p. 159.

³⁰ *Ibidem.*

Abstract [Fr]

Symbole fort de la coercition et de la répression à l'encontre des auteurs d'infractions pénales, la justice juvénile se veut spécifique et vise la rééducation du mineur avant sa sanction. La construction d'une relation éducative suppose la recherche de l'adhésion du mineur à l'accompagnement proposé par l'éducateur. Celui-ci doit, au préalable, obtenir la confiance comme élément essentiel au recueil de l'adhésion. Cette démarche offre alors au mineur un espace et un temps, rares en matière pénale, pour s'ouvrir et exprimer sa volonté, ses besoins et ses émotions.

S'inscrivant dans un mouvement plus profond de valorisation des personnes et de respect des droits fondamentaux, les établissements de placement pour mineurs délinquants sont désormais obligés de favoriser et de prendre en compte la parole des mineurs. Encourager l'implication active et soutenue des mineurs permet de consacrer des parenthèses, dans un quotidien contrôlé, dans lesquelles le mineur peut s'autodéterminer et se penser.

Mots clés : justice pénale ; adhésion ; relation éducative ; confiance ; décision.

Abstract [Eng]

Criminal justice is a strong symbol of coercion and repression against those who commit criminal offences. But the juvenile justice is intended to be specific and aims to re-educate minors before they are punished. Building an educational relationship means seeking the minor's agreement to the support offered by the educator. The educator must first gain the minor's trust, which is an essential element in gaining his support. This approach offers the minor a space and time, rare in criminal matters, to express his wishes and emotions.

As part of a broader movement to value individuals and respect fundamental rights, institutions for juvenile offenders are now obliged to encourage and take into account the views of minors. Encouraging the active and sustained involvement of juveniles allows them to take a break from their daily routine, where they can determine and reflect on their own lives.

Keywords: criminal justice; agreement; educational relationship; trust; decision.

L'autodétermination numérique du mineur : le délicat équilibre entre liberté et protection

Pierre Bordais

Résumé : Introduction. – I. Une restriction de liberté justifiée par le contexte numérique. A. Internet : un espace particulièrement dangereux pour le mineur. – B. Un état d'hétéronomie parfois accentué. – 1. Une protection centrée sur le rôle des tiers. – 2. Un arsenal défensif propre au mineur sur internet. – II. La promotion de l'autodétermination du mineur : un exercice d'équilibriste. – A. Une volonté d'équilibre partagée. – B. Une volonté d'équilibre suffisante ? – 1. Un équilibre toutefois difficile à trouver. – 2. L'exemple des enfants influenceurs et du jeu vidéo. – Conclusion.

Introduction

Dans l'ère numérique contemporaine, la question de l'autodétermination numérique du mineur s'impose comme un enjeu sociétal majeur. Comme le rappelle la CNIL, « les mineurs, qui représentent un tiers des utilisateurs d'internet et 40 % des nouveaux utilisateurs »¹ et l'omniprésence des technologies numériques dans la vie quotidienne des jeunes générations, soulève des interrogations cruciales quant à leur autonomie décisionnelle dans l'espace numérique. Les réseaux sociaux, les plateformes de streaming, les jeux en ligne et les applications diverses constituent désormais une part intégrante de leur socialisation et de leur développement. Cette immersion précoce et intensive dans le monde numérique expose les mineurs à des risques multiples : cyberharcèlement, exploitation des données personnelles, contenus inappropriés, manipulation psychologique, ou encore addiction aux écrans. Paradoxalement, ces mêmes technologies représentent aussi des opportunités considérables en termes d'apprentissage, de créativité, de développement personnel et d'insertion sociale. Réglementer la présence de l'enfant sur internet est alors un exercice d'équilibriste entre la protection nécessaire des mineurs dans un espace dangereux et le respect de leur autonomie grandissante (garantie par les textes nationaux et internationaux).

¹ <https://www.cnil.fr/fr/la-cnil-publie-8-recommandations-pour-renforcer-la-protection-des-mineurs-en-ligne>.

Avant d'examiner plus en profondeur les dangers inhérents au numérique et les règles entourant la protection du mineur, il convient de revenir sur la notion d'autodétermination numérique qui présente des spécificités au regard de l'enfant.

La notion d'autodétermination numérique, qui désigne la capacité d'un individu à exercer un contrôle sur ses données et sa présence en ligne, prend une dimension particulière lorsqu'elle concerne les mineurs, juridiquement définis comme les personnes n'ayant pas atteint l'âge de la majorité civile et privées (au moins en partie) de capacité juridique. L'autodétermination numérique recoupe en tout ou partie la notion d'autodétermination informationnelle, concept fondamental garantissant à la personne humaine une certaine autonomie sur le versant informationnel de sa personnalité². Elle repose notamment sur l'idée que chaque individu, y compris les mineurs, doit être en mesure de contrôler ses données personnelles dans l'espace numérique. Cette notion englobe le droit de décider des données collectées, des modalités de leur traitement, et des éventuelles implications liées à leur diffusion. Le RGPD en est donc, en partie, la transcription réglementaire. Plus largement, il s'agit pour la personne de pouvoir interagir avec l'environnement numérique en toute sécurité à l'instar de son environnement physique. La notion d'autodétermination numérique représente alors la recherche d'un équilibre entre autonomie décisionnelle et sécurité dans l'espace numérique. Toutefois, chez les mineurs, cette faculté se heurte à des obstacles spécifiques : un manque de maturité, une compréhension souvent limitée des mécanismes numériques et des environnements de plus en plus sophistiqués qui exploitent leurs vulnérabilités pour maximiser l'engagement en ligne. Par exemple, les réseaux sociaux, grâce à des interfaces engageantes et des algorithmes performants, incitent les jeunes à partager des contenus personnels sans toujours comprendre les risques associés. Pour les mineurs, l'effectivité de leur autodétermination numérique revêt alors une importance accrue car elle touche directement à leur droit à la vie privée, leur intégrité et leur identité numérique future (pouvant impacter leur vie personnelle mais aussi professionnelle). En l'absence de mécanismes adaptés, les mineurs risquent de subir les conséquences à long terme de décisions prises sous influence ou dans l'ignorance en raison de la permanence des traces numériques laissées sur Internet. Par conséquent, l'autodétermination numérique devient une exigence incontournable pour garantir non seulement la protection des droits des mineurs, mais aussi leur épanouissement en tant qu'individus partiellement autonomes.

On le comprend aisément, avec l'intégration croissante de la technologie numérique dans notre vie quotidienne, la question de l'autodétermination des mineurs sur l'internet est devenue une préoccupation urgente. Le paysage virtuel présente à la fois des opportunités et des risques pour les jeunes utili-

² P. BORDAIS, *Essai d'une théorie générale de l'autodétermination de la personne humaine*, Mare et Martin, 2021.

sateurs, nécessitant un équilibre prudent entre leur autonomie numérique et la nécessité de les protéger.

Les droits de l'enfant dans la sphère numérique se sont souvent concentrés sur un versant défensif, reconnaissant les vulnérabilités auxquelles les mineurs sont confrontés en ligne. Cependant, la tension entre la volonté de protéger le mineur et la volonté de leur donner plus de liberté est de plus en plus reconnue³, car les jeunes utilisateurs recherchent une plus grande indépendance pour naviguer dans le monde numérique. En ce sens, reconnaître les besoins spécifiques des enfants en matière de protection de la vie privée et introduire des garanties supplémentaires peut conduire à limiter les possibilités des enfants en ligne sans tenir compte de l'évolution de leurs capacités et de leur intérêt supérieur. Certains chercheurs en font l'analyse en matière d'application du RGPD⁴. Plus largement, c'est le discours juridique et politique sur les enfants et les médias numériques qui doit prendre en compte tous les droits de l'enfant, afin de garantir une approche globale et équilibrée. Les gouvernements, les parents, les éducateurs, l'industrie et la société civile ont tous un rôle à jouer dans la recherche d'un équilibre entre protection et liberté de l'enfant sur internet⁵. La popularité croissante de l'internet et des médias sociaux a créé des défis nouveaux et uniques pour les parents et les adolescents en ce qui concerne les limites entre le contrôle parental et l'autonomie de l'adolescent dans les espaces virtuels. À mesure que les adolescents accèdent directement et sans intermédiaire aux espaces virtuels, la dynamique du pouvoir se modifie, les adolescents étant souvent mieux informés que leurs parents sur les espaces et les technologies en ligne. Les parents peuvent avoir recours à des stratégies indirectes de contrôle des limites, telles que la surveillance secrète, ce qui brouille les frontières entre les expériences en ligne des parents et celles des adolescents⁶. Parmi les exemples récents, on peut citer l'utilisation des *airtags* d'Apple afin de surveiller les déplacements quotidiens de l'enfant⁷.

Au-delà des risques inhérents à internet et aux réseaux sociaux pouvant impactant tout utilisateur, il existe certains risques spécifiques pour les mineurs. En effet, les dangers encourus par les mineurs dans l'espace numérique prennent des formes variées et parfois insidieuses. Le cyberharcèlement, par

³ E. LIEVENS et al., « Children's Rights and Digital Technologies », in *International human rights*. Springer Nature, 2018, p. 487. doi:10.1007/978-981-10-4184-6_16.

⁴ M. MACÉNAITÉ, « From universal towards child-specific protection of the right to privacy online: Dilemmas in the EU General Data Protection Regulation », *New Media & Society*. SAGE Publishing, 2017, p. 765. doi:10.1177/1461444816686327.

⁵ E. LIEVENS et al., « Children's Rights and Digital Technologies », in *International human rights*. Springer Nature, 2018, p. 487. doi:10.1007/978-981-10-4184-6_16.

⁶ L. ERICKSON et al., « The boundaries between: Parental involvement in a teen's online world », *Journal of the Association for Information Science and Technology*, Wiley, 2015, p. 1384. doi:10.1002/asi.23450.

⁷ <https://www.leparisien.fr/societe/famille/flicage-ou-prevention-ces-parents-qui-localisent-leurs-enfants-a-laide-de-trackers-27-12-2023-LYRJFPHIXZFUFJR5T1265TRXII.php>.

exemple, touche de nombreux jeunes, avec des conséquences graves sur leur santé mentale et leur intégrité morale. En parallèle, l'exploitation de leur image, souvent exacerbée par le phénomène du *sharenting* (partage excessif d'images par les parents), soulève des enjeux de sécurité et de dignité.

D'autres risques, tels que l'exposition à des contenus inappropriés ou la collecte abusive de données personnelles, traduisent une violation des droits fondamentaux des enfants⁸. La collecte massive de données par les plateformes numériques pose des questions éthiques et juridiques complexes, d'autant plus que les mineurs, souvent naïfs face aux implications de leur consentement, se trouvent dans une position particulièrement vulnérable. Par exemple, les jeux en ligne et les applications éducatives, qui apparaissent comme des environnements ludiques et pédagogiques, dissimulent parfois des pratiques agressives de collecte de données, ce qui soulève des enjeux cruciaux en matière de transparence et de protection juridique.

Enfin, les mécanismes incitant à une surexposition numérique, qu'il s'agisse des algorithmes des réseaux sociaux ou des pressions sociales exercées sur les plateformes, alimentent un cercle vicieux où les jeunes deviennent non seulement des consommateurs mais aussi des produits. Cette dynamique expose les mineurs à des formes de surveillance et de manipulation inédites, posant un défi majeur aux régulateurs et aux éducateurs.

Face à ces constats, une question se pose : comment protéger efficacement les mineurs dans l'environnement numérique tout en leur permettant de développer leur autonomie ? Les législations récentes⁹, telles que la loi n° 2024-120 sur le respect du droit à l'image des enfants, illustrent la volonté de créer un cadre juridique protecteur tout en laissant une marge de manœuvre aux enfants. Ce texte impose aux parents de protéger le droit à l'image de leur enfant, tout en associant celui-ci, selon son âge et sa maturité, à l'exercice de ce droit. Cependant, ces initiatives restent parfois insuffisantes ou mal adaptées face à la rapidité d'évolution des technologies et des pratiques en ligne. Mais surtout, cette problématique souligne une tension fondamentale entre deux impératifs. D'une part, il est essentiel de protéger les mineurs contre les dangers numériques en instaurant des cadres stricts et des dispositifs de contrôle. D'autre part, il est tout aussi crucial de leur permettre de développer une conscience critique et des compétences pour naviguer de manière autonome dans ces environnements numériques complexes. Cela implique une approche globale combinant législation, éducation et responsabilisation des acteurs privés¹⁰. Au demeurant, l'enjeu dépasse la simple protection juridique pour aborder des questions éthiques et éducatives : comment concevoir des outils pédagogiques

⁸ G. LOISEAU, « Mineurs - La « fast » législation : le droit à l'image des enfants mineurs », *JCP G* n° 14, 8 avril 2024, doct. 463.

⁹ A. DENIZOT, « La protection des mineurs renforcée », *RTD Civ.* 2024, p. 510.

¹⁰ M. MUSSON, « La protection préventive du mineur sur Internet hors du cadre familial », *Droit de la famille* n° 11, Novembre 2023, dossier 26.

efficaces pour sensibiliser les mineurs à leurs droits numériques ? Comment s'assurer que les parents et éducateurs disposent des connaissances nécessaires pour accompagner les jeunes dans cet apprentissage ?

Dès lors, comment concilier la protection des mineurs dans l'espace numérique avec leur besoin légitime d'autonomie et d'apprentissage ? Dans quelle mesure le cadre juridique et les dispositifs techniques actuels permettent-ils de garantir une autodétermination numérique pour les mineurs ? Cette étude propose d'analyser les enjeux et les perspectives de l'autodétermination numérique des mineurs, en examinant les mécanismes de protection existants et en explorant les pistes d'amélioration possibles pour un équilibre entre sécurité et liberté.

Il convient de revenir dans un premier temps sur les raisons légitimes de restreindre la liberté du mineur sur internet (I). Ces freins à la liberté s'inscrivent dans la continuité des restrictions juridiques entourant l'autodétermination du mineur dans son quotidien. Puis dans un second temps nous verrons comment le droit tente de promouvoir de plus en plus l'autodétermination du mineur sur internet tout en recherchant le délicat équilibre entre autonomie et protection (II).

I. Une restriction de liberté justifiée par le contexte numérique

Internet est notoirement connu comme un espace de liberté où la créativité est à son comble. Mais comme tout espace de liberté, il est également un lieu où certains comportements d'utilisateurs se révèlent dangereux pour autrui. Si le mineur est confronté comme tout utilisateur à ces dangers, il est également exposé à des risques qui lui sont propres. Une rétrospective de ces derniers apparaît nécessaire (A) pour comprendre pourquoi l'hétéronomie juridique inhérente au mineur se trouve parfois accentuée sur les espaces virtuels (B).

A. Internet : un espace particulièrement dangereux pour le mineur

Il suffit de constater les problèmes rencontrés par des utilisateurs aguerris du net pour mesurer l'ampleur des dangers à l'encontre des enfants sur les réseaux de communications. Traitement de données personnelles illicites, phishing, cyberattaques, la liste des atteintes potentielles aux personnes et à leur vie privée est extrêmement longue. Ces risques pourraient justifier à eux seuls un renforcement de la protection des mineurs sur les réseaux puisque l'enfant est une personne vulnérable qui mérite par principe une protection renforcée. Toutefois, la protection renforcée de l'enfant se justifie essentiellement en raison des risques qui lui sont propres. Nous nous concentrerons ici sur l'exposé de ces risques plus spécifiques au mineur.

Les risques psychologiques et sociaux. L'un des principaux dangers réside dans le cyberharcèlement, une forme de violence qui touche un nombre croissant de jeunes. Selon l'OMS, près de 15 % des adolescents européens déclarent avoir été victimes de cyberharcèlement, une expérience qui peut avoir des conséquences graves sur leur santé mentale et leur bien-être. Les réseaux sociaux amplifient ces phénomènes en permettant une diffusion massive et rapide des contenus nuisibles. D'autres formes de violence psychologique incluent l'exposition à des contenus inappropriés (pornographiques ou violents) et le phénomène de pression sociale numérique, où l'absence de biens virtuels (comme les «skins» dans les jeux vidéo) devient un marqueur d'exclusion. Ces dynamiques renforcent l'anxiété, l'isolement social et la baisse de l'estime de soi.

L'exploitation économique et commerciale. La collecte et l'exploitation des données personnelles des mineurs constituent un autre danger majeur. Les mineurs sont souvent la cible de pratiques commerciales intrusives, allant des publicités ciblées à la manipulation algorithmique visant à maximiser leur engagement sur les plateformes, d'autant plus qu'ils acceptent souvent les conditions générales d'utilisation des sites web et des applications sans en comprendre leurs implications. Les jeux vidéo gratuits, par exemple, recourent à des modèles économiques basés sur les microtransactions, piégeant les jeunes utilisateurs dans des mécanismes addictifs. On retrouve également ici le délicat encadrement des enfants influenceurs, qui produisent du contenu sur les plateformes de partage de vidéos, dont l'exploitation commerciale peut être abusive ainsi que l'encadrement des joueurs professionnels mineurs de jeux vidéo¹¹.

Les menaces pour la vie privée et la dignité. Enfin, l'utilisation de l'image des mineurs sur les réseaux sociaux pose des enjeux critiques en matière de vie privée et de dignité. Les enfants peuvent partager des informations ou des images d'eux-mêmes ou de leurs amis sans réaliser les conséquences potentielles sur leur vie privée. La publication de photos de famille par les parents sur les réseaux sociaux pose également des risques, car ces images peuvent être détournées à des fins malveillantes, notamment la pédopornographie. On appelle cela le *sharenting* qui expose les enfants à des risques de cyberharcèlement et d'exploitation sexuelle. Or, près de 50 % des images échangées sur les forums pédopornographiques proviennent de contenus publiés par les parents eux-mêmes¹². Dans le même ordre d'idée, on constate la pratique du *Groo-*

¹¹ Le régime juridique applicable aux compétitions d'e-Sport a été mis en place par la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

¹² Statistiques rappelées dans l'exposé des motifs de la loi n° 2024-120 du 19 février 2024 visant à garantir le respect du droit à l'image des enfants témoignage d'une prise de conscience des enjeux par le législateur.

ming où les prédateurs sexuels peuvent utiliser les jeux en ligne pour entrer en contact avec des mineurs et les manipuler à des fins sexuelles. De manière générale, les mineurs sont exposés à des contenus violents, pornographiques ou incitant à la haine, à la discrimination ou à des comportements dangereux. Enfin, rappelons que les données des mineurs peuvent être collectées et utilisées à des fins commerciales sans leur consentement éclairé.

Sans être exhaustif, cet exposé des dangers issus d'une utilisation régulière d'internet permet d'appréhender les raisons d'un encadrement plus sévère des mineurs. Ceux-ci ont une marge de liberté moins grande que les majeurs en raison de leur particulière vulnérabilité. Cet état d'hétéronomie juridique inhérent à l'enfant se retrouve alors parfois accentué en matière de numérique.

B. Un état d'hétéronomie parfois accentué

Si, en France et dans de nombreux pays, l'être humain adulte et majeur voit sa liberté réduite sur la quasi-totalité des aspects de sa vie afin de lui assurer une protection suffisante et de garantir la liberté d'autrui, il conserve malgré tout une liberté de principe au travers du principe d'autodétermination¹³. À l'inverse, le mineur se voit conférer une hétéronomie de principe en raison de son inaptitude à correctement apprécier les dangers inhérents à notre société. Parmi les mesures juridiques mettant en place son hétéronomie, on peut citer l'incapacité juridique, le statut des personnes protégées, l'interdiction de contracter, de travailler, etc. Certes, l'enfant proche de la majorité est en passe d'avoir une véritable capacité juridique mais il ne l'a qu'imparfaitement, toujours limité aux actes de la vie courante.

La question se pose toutefois de savoir comment se met en place l'hétéronomie numérique. Est-elle composée de règles particulières ? L'incapacité juridique s'applique-t-elle sur internet de la même manière que dans le monde réel ? La partie de la réglementation qui révèle la véritable spécificité de l'hétéronomie numérique du mineur est celle relative au rôle des tiers dans sa protection (1). En effet, et c'est un concept essentiel au sein du droit des personnes protégées, on admet ici qu'un tiers puisse prendre des décisions à la place du mineur, symbole d'une réduction drastique de l'autonomie décisionnelle. En outre, et de manière générale on retrouve un arsenal juridique très protecteur des comportements du mineur en ligne (2). Malgré tout, certaines mesures semblent permettre d'entrevoir une véritable forme d'autodétermination numérique notamment lorsque le mineur se rapproche de la majorité.

¹³ P. BORDAIS, *Essai d'une théorie générale de l'autodétermination de la personne humaine*, Mare et Martin, 2021.

1. Une protection centrée sur le rôle des tiers

Les parents : premiers responsables de la protection numérique. Les parents sont traditionnellement considérés comme les principaux protecteurs des mineurs. La loi leur confère un rôle central dans l'encadrement des activités numériques de leurs enfants. En France, c'est l'autorité parentale qui représente ce pouvoir de surveillance et de contrôle et qui peut prendre la forme d'un contrôle parental sur internet. Les parents sont censés autoriser ou interdire l'accès à certains contenus, régler les paramètres de confidentialité, et sensibiliser leurs enfants aux dangers du numérique. La loi n° 2022-300 du 2 mars 2022 visant à renforcer le contrôle parental impose notamment aux fabricants de dispositifs électroniques (smartphones, tablettes, ordinateurs, consoles de jeux) d'intégrer un logiciel de contrôle parental « aisément accessible et compréhensible » permettant aux parents de restreindre l'accès à certains contenus ou services en ligne. Cette loi s'applique également aux équipements d'occasion, afin d'assurer une protection homogène pour tous les mineurs¹⁴. L'objectif est de protéger les mineurs dès la conception des équipements en rendant le contrôle parental plus systématique et convivial. La loi SREN n° 2024-449 du 21 mai 2024 est venue renforcer ce dispositif en imposant aux fabricants d'équiper les terminaux permettant d'accéder à internet (incluant les consoles de jeux) d'un dispositif de contrôle parental permettant de restreindre l'accès aux contenus potentiellement nuisibles aux mineurs.

Cependant, ce rôle des parents est confronté à plusieurs limites. Malgré l'amélioration des interfaces utilisateurs, de nombreux parents se sentent dépassés par la rapidité des évolutions technologiques, admettant ne pas maîtriser les outils numériques nécessaires pour protéger efficacement leurs enfants. En outre, la fracture numérique exacerbe cette difficulté pour les familles moins favorisées, qui ont souvent un accès limité à des outils ou des formations appropriées.

Par ailleurs, des comportements parentaux inadaptés, tels que le *sharenting* (publication massive d'images des enfants sur les réseaux sociaux), exposent directement les mineurs à des risques de cyberharcèlement ou d'exploitation sexuelle. Cela pose la question de la formation des parents, qui devraient être éduqués autant que les mineurs eux-mêmes à un usage responsable du numérique.

Les plateformes numériques : des acteurs centraux mais controversés. Les plateformes numériques, telles que les réseaux sociaux, les moteurs de recherche et les jeux en ligne, occupent une place prépondérante dans la vie numérique des mineurs. Ces acteurs ont une responsabilité croissante en ma-

¹⁴ Pour un état des lieux, v. Cl. BOUCHENARD, J. DARCEL, A. TAVERNE, « Où en est-on dans la mise en œuvre de la loi n° 2022-300 visant à renforcer le contrôle parental sur les moyens d'accès à internet ? », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, N° 199, 1er janvier 2023.

tière de protection des jeunes utilisateurs, notamment en garantissant des mécanismes de contrôle efficaces, la limitation de la collecte des données personnelles, et l'accès sécurisé à leurs services¹⁵.

Certaines initiatives positives peuvent être soulignées. Par exemple, des plateformes comme YouTube ou Instagram ont introduit des fonctionnalités spécifiques pour les mineurs, telles que des comptes privés par défaut, des limitations sur la messagerie ou encore des outils permettant de signaler des comportements inappropriés. Toutefois, ces efforts restent souvent insuffisants ou contournables. Les systèmes de vérification d'âge, par exemple, sont régulièrement critiqués pour leur inefficacité, car ils reposent souvent sur une simple déclaration de l'utilisateur sans contrôle réel.

En outre, les modèles économiques de nombreuses plateformes reposent sur la collecte massive de données personnelles et l'exploitation algorithmique des comportements des mineurs pour maximiser leur engagement. Ces pratiques, bien qu'encadrées par la loi, posent un problème éthique majeur et témoignent d'un manque de responsabilisation des entreprises numériques.

Les éducateurs et le système scolaire : un rôle clé dans la sensibilisation. Le rôle des éducateurs et des établissements scolaires dans la protection numérique des mineurs est crucial, en particulier dans un contexte où les jeunes passent une grande partie de leur journée à l'école. Les programmes scolaires incluent de plus en plus des modules d'éducation aux médias et à l'utilisation responsable d'Internet, visant à développer l'esprit critique des élèves face aux contenus en ligne et à leur propre comportement numérique. Cependant, ces initiatives restent inégalement déployées et leur impact varie selon les établissements et les enseignants. Les éducateurs, comme les parents, ne sont pas toujours formés pour aborder ces questions complexes, ce qui limite leur capacité à jouer un rôle pleinement efficace. Une formation systématique des enseignants et une intégration plus forte de l'éducation numérique dans les programmes scolaires sont nécessaires pour combler ces lacunes, d'autant plus que les écoles jouent un rôle essentiel dans la prévention du cyberharcèlement, en instaurant des campagnes de sensibilisation et des mécanismes de signalement accessibles. Ces initiatives peuvent non seulement protéger les mineurs victimes, mais aussi responsabiliser les jeunes agresseurs, en leur faisant prendre conscience des conséquences de leurs actes.

Les autorités publiques et les associations : un filet de sécurité. Les autorités publiques et les associations spécialisées dans la protection de l'enfance complètent le dispositif en jouant un rôle d'intervention et de régulation. Des

¹⁵ Le *Digital Services Act* intervient à plusieurs niveaux pour assurer la protection des mineurs face à certains contenus. Les très grandes plateformes doivent d'ailleurs évaluer les risques en ligne auxquels les mineurs peuvent être exposés dans le cadre de la lutte contre les risques systémiques.

organismes comme la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) veillent à ce que les plateformes respectent les lois en matière de données personnelles et de protection des mineurs. Elle a notamment émis des recommandations pour renforcer la protection des données des mineurs et a annoncé que la collecte des données des mineurs serait une de ses thématiques prioritaires en 2024¹⁶.

De même, des initiatives comme les lignes d'assistance pour signaler les contenus illicites ou les abus en ligne constituent des ressources essentielles pour les enfants et leurs familles. Les associations jouent également un rôle crucial dans la sensibilisation et l'accompagnement des victimes puisqu'elles organisent des campagnes d'éducation, fournissent des outils pratiques pour protéger les mineurs, et interviennent auprès des pouvoirs publics pour renforcer les dispositifs existants. Toutefois, leur action est souvent limitée par un manque de financement et de soutien institutionnel.

Les pairs et la communauté : une influence souvent négligée. Enfin, les pairs des mineurs, qu'il s'agisse de leurs amis ou des membres de leurs communautés en ligne, jouent un rôle important mais souvent négligé. Les jeunes utilisateurs apprennent beaucoup de leurs interactions avec leurs pairs, qui peuvent à la fois renforcer les comportements responsables et exposer à des pratiques risquées. Par exemple, des études montrent que les jeunes sont plus susceptibles de modifier leurs paramètres de confidentialité ou de signaler des contenus inappropriés lorsqu'ils en discutent avec leurs amis.

Si ces derniers acteurs n'ont pas d'obligation légale dans la protection des mineurs, ils contribuent malgré tout à la création d'un environnement plus sain. Voyons à présent les mesures concrètes garantissant une protection effective de l'enfant.

2. Un arsenal défensif propre au mineur sur internet

Face à la prolifération de contenus illicites et préjudiciables en ligne, les législateurs français et européen ont mis en place un arsenal juridique visant à protéger les mineurs, considérés comme des utilisateurs particulièrement vulnérables. On peut distinguer un volet préventif et un volet répressif.

Le volet préventif. Parmi les mesures visant à prévenir les risques liés à l'usage des réseaux, on peut citer la loi n° 2023-566 du 7 juillet 2023 qui fixe

¹⁶ <https://www.cnil.fr/fr/la-cnil-publie-8-recommandations-pour-renforcer-la-protection-des-mineurs-en-ligne>.

Rajoutons que la loi récente de février 2024 donne pouvoir au président de la CNIL de saisir en référé le juge « en cas d'atteinte grave et immédiate aux droits et libertés mentionnés à l'article 1^{er} de la présente loi ou, lorsqu'il s'agit d'un mineur, en cas de non-exécution ou d'absence de réponse à une demande d'effacement des données à caractère personnel ».

la majorité numérique à 15 ans. Ainsi, un mineur de moins de 15 ans doit obtenir l'accord d'un titulaire de l'autorité parentale pour s'inscrire sur un réseau social. Cette loi vise à responsabiliser les parents et à les impliquer davantage dans la vie numérique de leurs enfants. Des mesures plus strictes peuvent être mises en place. On pense au blocage de sites internet ordonné par le juge ou par l'ARCOM pour empêcher l'accès à des sites internet diffusant des contenus illicites, notamment des sites pédopornographiques, ou encore au déréférencement des sites auprès des moteurs de recherche.

Depuis l'entrée en vigueur de la *Digital Services Act* (DSA) en février 2024, le contrôle opéré par les plateformes en ligne s'est accentué. Celles-ci ont l'obligation de mettre en place un dispositif de signalement permettant aux utilisateurs de signaler des contenus illicites. Le DSA prévoit notamment que les plateformes «accessibles aux mineurs» doivent rédiger leurs conditions générales de manière compréhensible pour les mineurs et mettre en place des mesures pour garantir leur vie privée, leur sûreté et leur sécurité. On citera dans le même sens la loi n° 2020-1266 du 19 octobre 2020 encadrant l'exploitation commerciale de l'image des enfants influenceurs et qui vise à protéger les mineurs de moins de 16 ans contre l'exploitation commerciale de leur image sur les plateformes en ligne. Elle impose notamment aux plateformes de partage de vidéos de retirer un contenu non conforme aux obligations d'agrément préalable de l'emploi d'un mineur de moins de 16 ans, sur demande de l'autorité judiciaire.

Le volet répressif. Du côté répressif, le Code pénal vient sanctionner la diffusion de messages à caractère violent, pornographique, incitant au terrorisme ou portant atteinte à la dignité humaine, susceptibles d'être vus par un mineur (Article 227-24 du Code pénal). Dans le même sens, l'article 227-3 du Code pénal punit la diffusion d'images pédopornographiques qui constitue un fléau amplifié par Internet. On retrouve ici des peines sévères pour lutter contre ce phénomène et protéger les mineurs. Plus récemment, la loi n° 2024-120 du 19 février 2024 garantissant le respect du droit à l'image des enfants a placé l'exercice du droit à l'image du mineur sous le contrôle conjoint des titulaires de l'autorité parentale et elle renforce surtout les pouvoirs d'intervention des autorités contre les utilisations abusives de l'image des mineurs¹⁷. Au-delà de l'image, ce sont les traitements illicites des données personnelles du mineur qui font l'objet de sanction par le biais du RGPD. Celui-ci confère également un droit à l'effacement des données personnelles

¹⁷ M. DOUCHY-OUODOT, « Contentieux familial - Droit à l'image des enfants », *Procédures* n° 4, Avril 2024, comm. 92 : « Toute utilisation de l'image d'un mineur sans l'autorisation de ceux-ci constitue, ainsi, l'infraction d'atteinte à la vie privée, aux conditions de l'article 226-1 du Code pénal. Par application de ce dernier texte, toute captation des paroles prononcées, à titre privé ou confidentiel, tout enregistrement de l'image du mineur se trouvant dans un lieu privé, ou toute transmission de la localisation en temps réel ou différé du mineur, suppose le consentement des titulaires de l'autorité parentale ».

afin de supprimer les données illicitement traitées. On pourrait considérer que les mesures de type répressif éludent la réflexion sur l'autonomie du mineur, privilégiant la question de sa protection. Or, il apparaît cohérent de les envisager davantage comme un socle juridique défensif permettant justement la mise en place de mesures autonomistes. Nous allons le voir mais la marge de liberté du mineur sur internet augmente sans cesse et notamment à mesure qu'il vieillit. Or, une telle augmentation de l'autonomie de l'enfant ne peut s'envisager qu'en présence d'un corps de règles venant sanctionner les abus. À l'instar du droit de la consommation qui nous permet de signer des conditions générales d'utilisation sans nous soucier de son contenu, ce versant répressif (et préventif d'ailleurs) crée un matelas de sécurité à l'action de l'enfant sur internet. Mais comment le droit parvient-il à offrir un espace de liberté numérique au mineur ?

La majorité numérique : une ouverture vers l'autonomie numérique ? Individu juridiquement hétéronormé, le mineur n'a toutefois pas la même marge d'autonomie tout au long de son enfance. Plus il s'approche de la majorité, plus son autonomie juridique augmente et tend à se rapprocher de celle des majeurs. Cette logique perdure en matière d'autonomie numérique et va même au-delà. En effet, le concept de majorité numérique tend à conférer au mineur âgé de plus de 15 ans une véritable autodétermination numérique pour certains aspects de ses interactions avec internet et les réseaux.

Le principe régissant l'autonomie juridique du mineur est celui d'une augmentation de celle-ci à mesure que son âge évolue (ainsi que sa capacité de discernement). Loin d'être un critère idéal, l'âge permet malgré tout d'opérer une augmentation encadrée et progressive de l'autonomie de l'enfant. On retrouve cette logique dans la loi n° 2024-120 du 19 février 2024 visant à garantir le respect du droit à l'image des enfants, qui impose aux parents de protéger l'image de leur enfant tout en associant celui-ci à l'exercice de ce droit selon son âge et sa maturité¹⁸. Plus l'enfant est âgé, plus son avis doit être pris en compte dans la diffusion de son image sur internet. Afin de préciser ce type de dispositif et d'officialiser l'apparition d'une véritable capacité de discernement, les législateurs de plusieurs pays ont alors créé une majorité numérique. L'enfant, toujours mineur, se voit alors conférer une majorité fictive lui permettant d'agir de manière plus autonome sur certains pans de son autodétermination informationnelle. Ainsi, la majorité numérique, fixée à 15 ans par la loi n° 2023-566 du 7 juillet 2023, conditionne l'inscription des mineurs sur les réseaux sociaux à l'autorisation parentale. Si cette mesure vise à renforcer le contrôle des parents sur les usages numériques de leurs enfants avant 15 ans, elle aboutit inéluctablement à diminuer ce contrôle après cet âge, et confère alors au mineur une certaine capacité juridique puisque l'inscription

¹⁸ A. BOURRAT-GUÉGUEN, « Respect du droit à l'image des enfants : ce que change la loi du 19 février 2024 », *Dalloz actualité*, 28 février 2024.

sur un réseau social est un contrat. D'autres cadres internationaux, comme le Children's Online Privacy Protection Act (COPPA) aux États-Unis, ont offert très tôt des protections similaires en exigeant le consentement parental pour les enfants de moins de 13 ans¹⁹. Au niveau européen, le Règlement Général sur la Protection des Données (RGPD) constitue l'un des principaux cadres protecteurs pour les mineurs mais également un moteur d'autonomie numérique. Son article 8 fixe un seuil minimal de 16 ans pour le consentement aux traitements de données, avec la possibilité pour les États membres de l'abaisser à 13 ans.

II. *La promotion de l'autodétermination du mineur : un exercice d'équilibriste*

La mise en place de l'autodétermination numérique du mineur peut revêtir plusieurs formes illustrant divers degrés d'autonomie. Schématiquement on peut en identifier trois : une simple demande d'avis de l'enfant, l'exigence d'un consentement conjoint de l'enfant avec le titulaire de l'autorité parentale et enfin l'exigence du seul consentement du mineur à la réalisation de l'acte ou de l'action. Le choix entre ces trois formes d'autonomie décisionnelle dépendra du contexte et notamment de la dangerosité de l'opération envisagée. Le juste équilibre entre protection et autonomie se fera souvent au gré du choix entre ces trois formes.

On constate que la volonté de créer une autodétermination numérique équilibrée est partagée par de nombreux pays²⁰ (A) qui tentent par des moyens similaires de conserver une protection de l'enfant sur internet tout en lui conférant un cadre de liberté accrue d'année en année. L'exercice se révèle malgré tout extrêmement difficile à tel point que l'on peut s'interroger sur sa réussite (B).

A. *Une volonté d'équilibre partagée*

Un équilibre recherché à l'échelle nationale. Comme le souligne la doctrine, il existe une tension inhérente entre la protection des mineurs contre les préjudices en ligne et la possibilité pour eux d'exercer leurs droits et de développer leur autonomie dans la sphère numérique²¹. Cette tension est au

¹⁹ Pour une analyse des évolutions de la législation américaine post COPPA, v. A. D. THIERER, « Kids, Privacy, Free-Speech & the Internet : finding the Right Balance », August 12, 2011, lien URL : ssrn.com/abstract=1909261.

²⁰ L. PÉCAUT-RIVOLIER « Enfants et écrans : une régulation ancienne, en renouvellement permanent », *AJ Famille* 2024 p.281 : « Tous les pays font de la protection des mineurs une priorité »

²¹ M. MACÉNAITÉ, « From universal towards child-specific protection of the right to privacy online: Dilemmas in the EU General Data Protection Regulation », *New Media & Society*.

cœur des efforts déployés pour trouver un équilibre entre ces priorités concurrentes, alors que les décideurs politiques et les législateurs sont aux prises avec les complexités de l'ère numérique et les besoins et vulnérabilités uniques des mineurs. Le dilemme de l'équilibre entre la protection et l'autonomie est un thème central dans le discours entourant les droits et les garanties en ligne pour les mineurs. La notion d'autodétermination de l'enfant fait alors l'objet d'un intérêt croissant dans le domaine du droit de l'enfance, puisque la notion repose sur l'idée de trouver un équilibre entre la protection de la vulnérabilité de l'enfant et la promotion de son autonomie. Dans le contexte juridique français, cette notion produit ses effets, notamment dans le cadre des procédures de protection de la jeunesse²², de la protection des données personnelles, du droit à l'image ou de manière générale dans la conclusion d'acte juridique. Nous l'avons vu, l'approche de la majorité confère à l'enfant une autodétermination grandissante. Citons la possibilité pour le mineur de 16 ans de tester (article 904 du Code civil) ou encore de constituer une association (L. n° 2011-893, 28 juill. 2011). Il peut, dans certains cas, requérir la convocation du conseil de famille et à assister à ses réunions à titre consultatif ou encore peut intenter une action en recherche de filiation ou à fins de subsides au nom de son enfant contre son autre parent (article 328 Code civil). En matière numérique, on peut citer l'article 45 de la loi informatique et libertés qui permet au mineur de plus de 15 ans de consentir seul au traitement de données personnelles et exige le double consentement du mineur de moins de 15 ans et du titulaire de l'autorité parentale²³. Plus encore et indépendamment de l'âge, la loi du 19 octobre 2020 permet au mineur d'exercer seul son droit à l'effacement des données à caractère personnel prévu à l'article 51 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978. Cette marge supplémentaire de liberté dans l'application du RGPD apparaît tout à fait cohérente puisqu'elle permet une meilleure effectivité de la protection des données personnelles (gain de temps substantiel dans les démarches) tout en n'augmentant pas le risque pour le mineur (la suppression d'une donnée personnelle n'étant pas censé entraîner de conséquence négative). Au demeurant, nous mentionnions précédemment le rôle des associations dans le renforcement de l'effectivité de l'autodétermination numérique. En la matière, on peut citer l'initiative « jenesuispasuneda-

SAGE Publishing, 2017, p. 765. doi:10.1177/1461444816686327 ; A. SOFIAN et al., « A Brief Review: Children Online Privacy Protection in Indonesia », *Advances in Social Science and Culture*, 2021. doi:10.22158/assc.v3n3p12.

²² M. PARÉ et D. BÉ, « La participation des enfants aux procédures de protection de la jeunesse à travers le prisme de la vulnérabilité », *Les Cahiers de droit*, Faculté de droit de l'université Laval, 2020, p. 223.

²³ « En application du 1 de l'article 8 du règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016, un mineur peut consentir seul à un traitement de données à caractère personnel en ce qui concerne l'offre directe de services de la société de l'information à compter de l'âge de 15 ans. Lorsque le mineur est âgé de moins de 15 ans, le traitement n'est licite que si le consentement est donné conjointement par le mineur concerné et le ou les titulaires de l'autorité parentale à l'égard de ce mineur ».

ta » de l'association UFCQueChoisir²⁴ permettant d'exercer avec une grande facilité ses droits RGPD.

Un équilibre recherché à l'échelle internationale. La protection des mineurs dans le cyberspace est une question complexe et à multiples facettes, avec divers instruments juridiques et organismes de réglementation qui abordent différents aspects du problème. Au niveau international, la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant sert de document de base, reconnaissant les droits fondamentaux des enfants, y compris leur droit à la vie privée, à l'information et à la liberté d'expression. Son adaptation aux enjeux d'internet est depuis longtemps un enjeu de réflexion²⁵. Peu à peu, les principes de la Convention ont été développés et contextualisés à l'ère numérique, le Conseil de l'Europe et l'Union européenne ayant publié une série de directives et de recommandations pour guider les législations et les politiques nationales. On peut citer les lignes directrices relatives au respect, à la protection et à la réalisation des droits de l'enfant dans l'environnement numérique²⁶ ou encore la Stratégie pour les droits de l'enfant (2022 - 2027)²⁷.

Dans de nombreux pays, ces lignes directrices internationales ont été traduites en lois et réglementations nationales pour relever les défis spécifiques posés par le paysage numérique. Ces cadres réglementaires comprennent souvent des dispositions relatives à la confidentialité des données, à la modération du contenu et à la mise en place d'environnements en ligne adaptés à l'âge des utilisateurs. Par exemple, les États-Unis ont adopté la loi sur la protection de la vie privée des enfants en ligne (Children's Online Privacy Protection Act) en 1998, qui impose aux fournisseurs de services en ligne d'obtenir le consentement des parents avant de collecter des informations personnelles auprès d'enfants de moins de 13 ans. Plus récemment c'est l'adoption par le Sénat américain en 2024 du Kids Online Safety Act (KOSA) qui introduit des mesures supplémentaires pour protéger les enfants sur Internet (interdiction d'accès aux réseaux sociaux pour les enfants de moins de 13 ans, mise en place d'un contrôle parental renforcé pour les jeunes entre 13 et 17 ans).

De manière générale, ces évolutions législatives visent à reconnaître le droit des mineurs à participer au paysage numérique. Il s'agit essentiellement de l'idée de « participation », condition nécessaire à la réalisation des droits du mineur²⁸, que l'on retrouve à l'article 12 de la Convention relative aux

²⁴ <https://www.jenesuispasunedata.fr/>.

²⁵ J.E. WILSON and K. MCALONEY-KOCAMAN, « Upholding the Convention on the Rights of the Child: A Quandary in Cyberspace », *Child Care in Practice*, Taylor & Francis, 2010, p. 167. doi:10.1080/13575270903520861.

²⁶ <https://rm.coe.int/lignes-directrices-relatives-au-respect-a-la-protection-et-a-la-realisation/16808d881b>.

²⁷ <https://www.coe.int/fr/web/children/strategy-for-the-rights-of-the-child>.

²⁸ N. CORREIA, et al., « Teachers' ideas about children's participation within Portuguese early childhood education settings », *Children and Youth Services Review*. Elsevier BV, 2020, p. 104. doi:10.1016/j.childyouth.2020.

droits de l'enfant : « Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité ». On retrouve également cette idée à l'article 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui dispose que « les enfants ont droit à la protection et aux soins nécessaires à leur bien-être. Ils peuvent exprimer leur opinion librement. Celle-ci est prise en considération pour les sujets qui les concernent, en fonction de leur âge et de leur maturité ».

B. Une volonté d'équilibre suffisante ?

1. Un équilibre toutefois difficile à trouver

Une mise en œuvre complexe. Si de nombreux cadres juridiques semblent reconnaître le principe de la participation des enfants, la mise en œuvre pratique de ce droit reste une question complexe et nuancée. D'aucuns soulignent la nécessité de mieux comprendre la relation entre les concepts de vulnérabilité de l'enfant et de participation active, qui peuvent sembler contradictoires à première vue, mais qui sont en fait étroitement liées et devraient être considérées en tandem²⁹. Certains auteurs ont toutefois identifié divers obstacles à la participation effective des enfants aux processus décisionnels. Ils citent notamment l'importance excessive accordée à l'âge et l'absence de reconnaissance adéquate de la diversité des activités participatives auxquelles se livrent les enfants dans le cadre de leur vie de tous les jours³⁰. Il ne faut également pas penser la protection de l'enfant dans l'espace numérique comme déconnectée du quotidien social³¹.

Une effectivité relative. Au regard de l'effectivité de la réglementation, les principales critiques se concentrent sur la fragmentation du droit, la disparité des règles, et la complexification de celles-ci. Le Professeur Loiseau parle ainsi de « fast législation » en citant la loi du 19 février 2024 et critique l'intégration du droit à l'image des enfants dans le Code civil, créant une « excroissance insolite » au lieu de s'intégrer dans un cadre plus global de protection de l'enfant, reflétant alors un manque de recul et de réflexion d'ensemble³².

²⁹ M. PARÉ et D. BÉ, « La participation des enfants aux procédures de protection de la jeunesse à travers le prisme de la vulnérabilité », *Les Cahiers de droit*, Faculté de droit de l'université Laval, 2020, p. 223.

³⁰ D. HORGAN et al., « Children's participation: moving from the performative to the social, » *Children's Geographies*, Taylor & Francis, 2016, p. 274. doi:10.1080/14733285.2016.1219022.

³¹ M. SAULIER, « La protection des mineur(e)s dans le système numérique : état des lieux et perspectives », *AJ Famille*, 2024, p. 278.

³² G. LOISEAU, « Mineurs - La « fast » législation : le droit à l'image des enfants mineurs », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 14, 8 avril 2024, doct. 463.

Il souligne également les problèmes d'articulation de ce nouvel exercice de l'autorité parentale avec des règles spéciales comme « la loi du 7 juillet 2023 qui, ajoutée à celles de la loi du 6 janvier 1978 sur la protection des données à caractère personnel, instaure une majorité numérique ». Une auteure souligne ici une « regrettable incohérence sur le fond qui témoigne du cloisonnement des réflexions en matière de protection de l'enfant et d'autorité parentale »³³. Plus généralement, la loi du 19 février 2024 est critiquée pour son manque d'ambition en matière d'autonomie décisionnelle empêchant l'enfant de décider seul de la diffusion de son image alors qu'il peut décider seul d'utiliser un réseau social à partir de 15 ans³⁴. Il nous apparaît toutefois cohérent ici de ne pas conférer une totale autonomie décisionnelle à l'enfant sur la diffusion de son image compte tenu des risques associés, tandis que l'inscription à un réseau social permet un accès à l'information et accroître la communication avec ses pairs. Parfois, c'est la mise en œuvre des mesures autonomistes qui s'avère délicate. Par exemple, au regard de la protection des données personnelles, l'exigence du consentement conjoint du mineur de moins de 15 ans et de ses parents peut être difficile à mettre en œuvre en pratique, notamment en raison des différences de maturité entre les enfants. Pour illustrer ce dernier point, l'évolution de la législation en matière d'enfant influenceur et du monde du jeu vidéo est assez éclairante.

2. L'exemple des enfants influenceurs et du jeu vidéo

La régulation des mondes virtuels. Dans un contexte de numérisation croissante des pratiques ludiques, les jeux vidéo occupent une place prépondérante dans le quotidien des mineurs. Selon une étude du Syndicat des éditeurs de logiciels de loisirs (SELL) publiée en octobre 2023, 66% des joueurs enfants (10-17 ans) jouent quotidiennement, dont plus de la moitié plusieurs fois par jour. Cette immersion massive dans l'univers vidéoludique expose les mineurs à différents risques qui nécessitent un encadrement juridique adapté. Le cyberharcèlement constitue l'une des principales menaces. L'étude « Hate Is No Game » (2022) révèle que 66% des joueurs mineurs sont victimes de harcèlement dans les jeux, ce chiffre atteignant 70% pour la tranche des 10-12 ans. Le législateur a pris la mesure de ce phénomène en instituant des sanctions pénales renforcées lorsque le cyberharcèlement vise un mineur (trois ans

³³ B. MALLEVAEY, « Loi du 19 février 2024 sur le droit des enfants au respect de leur image : l'illustration parfaite d'un texte incohérent, inutile et incomplet ? », 31/05/2024, *Petites affiches*, n° 05, p. 36 : « dorénavant les parents sont explicitement tenus d'associer leur enfant à l'exercice de son droit à l'image, mais le Code civil ne les exhorte pas expressément à le faire pour les décisions qu'ils prennent à propos de sa santé, de sa scolarité ou encore de son éducation religieuse ».

³⁴ G. LOISEAU, « Mineurs - La « fast » législation : le droit à l'image des enfants mineurs », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 14, 8 avril 2024, doct. 463.

d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende)³⁵. Le «grooming», pratique par laquelle un majeur manipule un mineur à des fins sexuelles, représente également un danger significatif. Le jeu vidéo peut servir de vecteur d'approche, le rapport «Enfants et écrans» rendu en Avril 2024³⁶ soulignant la vulnérabilité particulière des mineurs face à la pédocriminalité via les jeux en ligne. A cela s'ajoutent les risques patrimoniaux via les achats intégrés et des mécanismes d'achat facilités par des «dark patterns», pouvant conduire à des dépenses inconsidérées. Outre le système PEGI constituant un premier niveau de protection en permettant aux parents d'identifier les contenus adaptés à l'âge des enfants, et l'obligation d'installation d'un dispositif de contrôle parental sur les équipements d'accès aux jeux en ligne, le législateur a, via la loi SREN de 2024 introduit également de nouvelles sanctions comme l'interdiction temporaire d'utiliser certains services de plateforme en ligne. L'efficacité de ces dispositifs repose toutefois largement sur l'implication parentale, comme en témoigne l'augmentation significative du nombre de parents attentifs à la classification PEGI (72,1% en 2023). Cette évolution positive ne doit cependant pas masquer la nécessité d'une vigilance constante face à l'émergence de nouveaux risques liés aux évolutions technologiques.

L'encadrement des enfants influant. Parmi les phénomènes complexes à encadrer, on retrouve le cas des enfants influenceurs³⁷. Il s'agit de mineurs qui créent et diffusent des contenus (vidéos, photos, publications) sur les plateformes en ligne, souvent à des fins commerciales. L'exposition des enfants sur les réseaux sociaux, parfois dès leur plus jeune âge, a suscité des préoccupations quant à la protection de leurs droits, notamment leur droit à l'image et à la vie privée³⁸. Or, deux situations diamétralement opposées existent ici. D'un côté, la situation d'un enfant influenceur en bas âge exploité commercialement par ses parents (ou un acteur économique quelconque). De l'autre côté, un enfant influenceur, souvent plus âgé, exploitant son image en connaissance de cause et générant des revenus conséquents. Dans ce dernier cas de figure, l'incapacité juridique inhérente à la minorité nuit conséquemment à son autodétermination numérique.

L'idée du dispositif légal est alors de trouver un compromis entre la protection de l'enfant, à l'instar des mesures visant à ce que les activités d'influence ne compromettent pas la scolarité et le développement de l'enfant, et le dé-

³⁵ Article 222-33-2-2 du Code pénal.

³⁶ bit.ly/Enfants_Ecrans_Rapport2024.

³⁷ Encadré par la loi n° 2020-1266 du 19 oct. 2020 visant à encadrer l'exploitation commerciale de l'image d'enfants de moins de 16 ans sur les plateformes en ligne puis par la loi n° 2023-451 du 9 juin 2023 visant à encadrer l'influence commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux.

³⁸ La loi du 19 octobre 2020 incite les plateformes à adopter des chartes favorisant l'information des mineurs quant aux conséquences psychologiques et juridiques liées à la diffusion de leur image et à son impact sur leur vie privée.

veloppement de son autonomie numérique (et ici financière)³⁹. Le dispositif légal ne manque pas de règles protectrices puisque le mineur de moins de 16 ans⁴⁰ bénéficie de la protection du Code du travail et des règles du secteur artistiques lui assurant une durée maximale de travail et la protection de ses revenus jusqu'à sa majorité. Un agrément est par ailleurs exigé des représentants légaux pour que l'enfant puisse commencer son activité d'influenceur professionnel. Deux écueils existent toutefois. Le premier tient à la disproportion entre les mesures protectrices et les mesures autonomistes. Le second tient à l'effectivité du dispositif. Comme le souligne Madame Sereno, la double protection spéciale instaurée pour les enfants influenceurs est critiquée pour son manque d'effectivité, en raison des incertitudes sur son champ d'application et ses modalités de mise en œuvre⁴¹. En effet, la distinction entre l'activité amateur et l'activité semi-professionnelle basée sur des seuils quantitatifs est critiquée car elle ne prend pas en compte les critères qualitatifs de l'activité.

Conclusion

Le concept d'autodétermination de l'enfant en droit français est un domaine complexe et évolutif, qui nécessite une compréhension nuancée de l'équilibre entre protection et autonomie. Alors que le cadre juridique continue à se développer, il est crucial de s'assurer que les droits des enfants à la participation sont effectivement mis en œuvre, tout en abordant les défis et les obstacles pratiques qui peuvent entraver leur participation significative aux processus de prise de décision. Si l'équilibre parfait n'existe pas, une vigilance accrue face aux phénomènes numériques est nécessaire afin de limiter les risques que rencontrent les enfants sur les réseaux et maintenir une forme correcte d'autodétermination numérique.

³⁹ L. CARRIÉ, « Enfant influenceur : le contrôle parental sous contrôle de l'administration, du juge, des plateformes de partage de vidéos, du CSA... et de l'enfant », *Légipresse*, 2020.

⁴⁰ Ch. NGUYEN DUC LONG, « Droit au respect de l'image des mineurs : interdictions et prévention », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, N° 215, 1er juin 2024.

⁴¹ S. SERENO, « Les enfants influenceurs : une protection légale en trompe-l'oeil ? », *AJ Famille* 2024, p.286 : Elle souligne que l'absence de décrets d'application pour certaines dispositions législatives prive ces dernières de toute efficacité.

Abstract [Fr]

Partant du constat des risques auxquels les mineurs sont exposés dans le monde numérique, la contribution est divisée en deux parties. Tout d'abord, les motivations qui sous-tendent la nécessité de restreindre la liberté des mineurs dans le monde numérique sont analysées : la cyberintimidation, l'exploitation commerciale et économique des mineurs, ainsi que les menaces constantes et profondes à l'intégrité et à la dignité des mineurs. Une attention particulière est également accordée aux moyens de protection, en premier lieu le rôle joué par les parents, le réseau scolaire et les interventions civiles et pénales elles-mêmes, telles que la loi n° 2023-566 du 7 juillet 2023, qui fixe à 15 ans l'âge minimal pour s'inscrire sur les plateformes sociales. Dans la deuxième partie, des solutions d'équilibre sont recherchées dans la relation complexe entre l'autodétermination des mineurs et leur protection dans le monde numérique.

Mots clés : autodétermination numérique des mineurs ; équilibre entre protection et liberté ; cyberintimidation ; risques du monde numérique ; dignité des mineurs.

Abstract [Eng]

Starting from the risks faced by minors in the digital world, the contribution is divided into two parts. Firstly, it analyses the reasons why it is necessary to restrict the freedom of minors in the digital world: cyberbullying, the commercial and economic exploitation of minors and the constant and profound threats to the integrity and dignity of minors. Particular attention is also paid to the means of protection, in particular the role of parents, the school network and civil and criminal measures such as law 2023-566 of 7 July 2023, which sets the minimum age for registration on social platforms at 15. The second part looks at how to strike a balance in the complex relationship between the self-determination of minors and their protection in the digital world.

Keywords: digital self-determination for minors; balance between protection and freedom; cyberbullying; digital world risks; dignity of minors.

Il minore nella Costituzione, ovvero per una lettura minore della Costituzione

Laura Buffoni

Sommario: 1. Il minore e il popolo. – 2. Il movimento di democratizzazione. – 3. Il minore come fatto politico. – 4. Il minore non è il sovrano. – 5. Gli *status* del minore. – 5.1. La natura e la cultura. – 6. *L'essere* minore. – 7. Il *divenire* minore. – 8. La costruzione dell'identità minore.

Il bambino è il padre dell'uomo.
(S. Freud)

1. *Il minore e il popolo*

L'autodeterminazione del minore, ovvero il diritto del minore di età di essere e disporre di se stesso, è la declinazione nel diritto privato della autodeterminazione del popolo nel diritto pubblico. Il minore mostra, infatti, una isomorfia concettuale con un certo concetto di popolo. L'uno e l'altro sono stati a lungo minoranze involontarie, «loro malgrado»¹. Entrambi sono stati determinati per negazione, come chi non ha autorità, chi non è maggiore di età, gli incapaci, i non privilegiati, i sommersi che non sempre si salvano, il proletariato, la parte che non partecipa al plusvalore, gli esclusi, l'uno dal padre, l'altro dal re². L'autodeterminazione rispetto alla loro esistenza è la partecipazione del minore e del popolo, del soggetto individuale e di quello collettivo, alla sovranità, al potere sovrano, che appare legittimo in quanto coloro che sono obbligati all'obbedienza sono anche gli autori del comando³. L'uno stabilisce la propria forma di vita individua, la «prima costituzione», l'altro la forma di vita politica, la costituzione comunitaria⁴.

¹ Si mutua l'espressione adoperata ad altro riguardo da A. PIZZORUSSO, *Le minoranze nel diritto pubblico interno*, Giuffrè, Milano, 1967, 126 ss.

² È il concetto di popolo di C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione* (1928), Giuffrè, Milano, 1984, 318-9.

³ Il legame tra l'autodeterminazione e la sovranità del popolo è, riconvertendo l'autovincolamento della sovranità dello Stato di Jellinek, in D. GRIMM, *Sovranità. Origine e futuro di un concetto chiave* (2009), Laterza, Roma-Bari, 2023, 13 ss.

⁴ Il virgolettato lo si adopera nel preciso senso di G.B. CONTRI, *La prima costituzione*, Sic Edizioni, Milano, 2024, ossia di «Costituzione dell'individuo», «Costituzione del nostro

Non rileva quale autodeterminazione sia logicamente anteriore. Il diritto pubblico è nato da quello privato, come la comunità organizzata, il corpo collettivo, da un insieme di individui. L'antecedenza logica del diritto privato rispetto al diritto pubblico è iscritta nel suo etimo *privatum* che deriva da *privu(m)*, che sta davanti, isolato o che è imparentato con *primus*, «il primo è chi, stando davanti a tutti, non vede nessun altro, e dunque è distinto e separato dagli altri, è appunto il singolo che vede solo sé stesso e la propria utilità»⁵. Potrebbe, però, invertirsi il movimento, perché l'individuo, ove lo si intenda come costituzione del sé, è la meta e non l'origine della dimensione pubblica e condivisa: è l'effetto di un processo di individuazione che dal comunitario va all'individuale, che pure è presupposto, singolarizzandolo. Non toglie che l'individuazione sia possibile perché esiste qualcosa come un individuo, su cui retroagisce ciò che è generale/universale ma da cui dipende, così come il genere dipende dalla specie. In ogni caso, anche se si presuppone che la linea di evoluzione va dal diritto soggettivo a quello oggettivo, dall'autodeterminazione dell'Io al Noi, la giuridificazione del politico, del collettivo, si è convertita in una nuova forma logica di soggettività giuridica⁶ e la nuova soggettività giuridica, il Noi che si auto-costituisce sovrano, ha creato, in un gioco di rimandi ulteriori, il soggetto/individuo sovrano e lo ha assoggettato. In direzione contraria, però, il diritto privato ha intessuto relazioni, legami, con la dimensione del comune, del collettivo, del molteplice, fino ad immaginare l'inversione del destino riservatogli dalla storia⁷. Il soggetto autodeterminato non è il sovrano che dice Io a se stesso.

La conclusione è che non vi è una relazione di anteriorità della costituzione dell'Io al Noi minore che si autodetermina o viceversa, ma una doppia dipendenza costitutiva. Si sostiene teoricamente con il modello discorsivo di Costituzione teorizzato da Habermas, che poggia sulla co-originarietà di autonomia pubblica e privata, perché «l'autonomia pubblica dei cittadini dello Stato non è immaginabile a prescindere dalla autonomia privata dei membri della società, e viceversa. Entrambe le autonomie si presuppongono reciprocamente»⁸. Il popolo, il Noi collettivo, che si costituisce da sé, stabilendo il proprio *status*,

corpo [...] È una Costituzione universale a sede individuale, che chiamo san(t)a sede. Il primo costituzionalista della Costituzione di cui sto parlando è stato Freud.

⁵ Lo coglie V. ROPPO, *Diritto (e rovesci) di una storia che riguarda tutti. Il racconto della legge*, Baldini&Castoldi, Milano, 2019, 203.

⁶ Come notava R. ORESTANO, *Verso l'unità della 'conoscenza giuridica'*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1984, n. 3, 651.

⁷ La direzione inversa è tratteggiata nella critica storicizzante mossa al diritto privato moderno e, per esso, al diritto soggettivo, la cui relazione di necessaria co-implicazione con quello pubblico è il portato della «forma della politica moderna: sovrana e borghese», da M. SPANÒ, *Fare il molteplice. Il privato alla prova del comune*, Rosenberg & Sellier, Torino, 2020. Ma, come riconosce lo stesso autore, l'intuizione è in A. SCHIAVONE, *Storiografia e critica del diritto: per una "archeologia" del diritto privato moderno*, De Donato, Bari, 1980.

⁸ J. HABERMAS, *Tempo di passaggi* (1998), Feltrinelli, Milano, 2004, 103; sul punto specifico L. CEPPEA, *Il diritto della modernità. Saggi habermasiani*, Trauben, Torino, 2011, 66.

la propria forma e specie di unità politica, è condizione dell'autocostituzione dell'Io minore, dentro la Famiglia e dentro lo Stato e questa retroagisce sulla forma del popolo, condizionandola. Tra le due forme di convivenza, privata e politica, vi è insomma un legame ambiverso e non una dicotomia⁹.

2. Il movimento di democratizzazione

Un libro di qualche anno fa di Charles Tilly¹⁰, un teorico della democrazia, aiuta a comprendere la relazione tra la forma democratica dello Stato e la costruzione della soggettività, non assoggettata, del minore nella famiglia e nella società perché lega il processo di democratizzazione di un regime non democratico e quello inverso di de-democratizzazione della democrazia alla decostruzione della sovranità delle comunità chiuse di consanguinei e, in particolare, del capofamiglia e, quindi, alla emersione di relazioni eguali e mutuamente vincolanti tra i suoi componenti.

Non è un legame scontato, naturale. Fin dal diritto greco, le due sfere del δῆμιον e dell'ἴδιον convivono nello stesso individuo, ma sono distinte: nel βασιλεύς è ἴδιον ciò che attiene all'οἶκος, è pubblico ciò che attiene alla πόλις. La distinzione non corre, però, tra polo della libertà e dell'autorità: anzi la gestione degli interessi privati è molto più autoritaria di quella degli interessi pubblici, messi in pubblico, tanto che il capo dell'οἶκος è definito οἰκοῦ ἀναξ¹¹; la sfera domestica, economica, è gerarchica e naturalmente dispari, mentre la città, la vita politica che sradica i legami familiari, è ugualitaria e per questo libera¹². L'analisi del movimento di democratizzazione, che considera la dinamica democratica, ovvero i processi che influiscono in modo specifico sulla trasformazione del regime politico in senso democratico o nel suo contrario, ci dice che la forma della casa è condizione necessaria, seppure non sufficiente, della democratizzazione della città. Il minore partecipa di entrambe, come figlio e come cittadino. È sensato che i mutamenti dell'una e dell'altro ne determinino la sua 'figura'.

La teoria della democrazia spiega la democratizzazione con alcuni processi che la promuovono. Muove da un'idea molto generale della forma politica democratica: grossomodo la democrazia è il regime che presenta una consul-

⁹ Questa doppia relazione fonda metodologicamente sia la lettura della libertà individuale di autodeterminazione secondo la forma politica collettiva, come in S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione Libertà Democrazia*, in *Dirittifondamentali.it*, 2024, n. 3, 83 ss., sia, nel verso opposto, la lettura della forma di governo secondo la categoria del patriarcato, muovendo dal parallelo tra *patria potestas* e *pater patriae*, di I. RUGGIU, *Mutamenti della forma di governo e integrazione europea. Gli influssi sulle istituzioni e sul formante patriarcale*, in *Rivista Aic*, 2024, n. 1, 349 ss.

¹⁰ C. TILLY, *La democrazia*, il Mulino, Bologna, 2007.

¹¹ E. CANTARELLA, *Diritto greco. Appunti delle lezioni*, Unicopli, Milano, 2012, 123 ss. e spec. 127.

¹² È la distinzione tra οἶκος e πόλις delineata da Hannah Arendt e ripresa di recente da D. DI CESARE, *Democrazia e anarchia. Il potere nella polis*, Einaudi, Torino, 2024, 148 ss.

tazione ampia, uguale, protetta e mutuamente vincolante dei cittadini rispetto all'agire dello Stato¹³. Ciò in apparenza non è utile per interpretare la Costituzione positiva, perché il minore è precisamente colui che, in quanto non è maggiore di età, non ha diritto di voto *ex art. 48* della Costituzione¹⁴. Ma è una apparenza che inganna. Affinché la democratizzazione avvenga, affinché lo Stato sia sottomesso al controllo della sfera politica e questa sia soggetta al controllo popolare, devono, infatti, realizzarsi almeno tre processi: l'integrazione delle reti fiduciarie interpersonali nella sfera politica, il distacco della sfera politica dalle diseguaglianze di categoria e l'eliminazione o la neutralizzazione dei centri di potere autonomo che esercitano coercizione e controllo¹⁵. Le reti fiduciarie fondamentali sono connessioni interpersonali che costituiscono legami forti inclini a separarsi dallo Stato. Tra queste vi sono storicamente le reti tessute a difesa del casato dai capifamiglia, ovvero le comunità naturali fondate sui legami di sangue. Se quelle reti restano isolate e distaccate dalla sfera politica, non vi sono incentivi alla partecipazione ampia alla comunità politica ma, all'opposto, alla protezione di quelle relazioni dall'azione statale. Il governo di quelle reti fiduciarie e, quindi, la dissoluzione delle reti isolate e soprattutto, nel loro seno, della mediazione del patrono, del patriarca e del padre, aprono, invece, la porta alla democratizzazione. A sua volta, l'integrazione delle reti fiduciarie nella sfera politica innesca l'affidamento, la fiducia, nello Stato per il mantenimento di queste reti e la condivisione del progetto collettivo. La responsabilità, l'*accountability*, diviene il dispositivo che garantisce e sanziona il legame tra le reti fiduciarie, prima distaccate, e la sfera pubblica¹⁶. In pari modo, la democratizzazione è più probabile quando i processi politici evitano la traduzione delle diseguaglianze quotidiane di categoria, tra le quali quelle di genere e per nascita, nella sfera politica. Ne segue che le relazioni diseguali e gerarchiche che caratterizzano un nucleo familiare impediscono la politica democratica ove permeino le relazioni e interazioni tra Stato e cittadini¹⁷. Infine, la costituzione di legami parentali e consanguinei come centri di potere autonomo che controllano i mezzi di coercizione influenza negativamente la possibilità che la sfera politica si indirizzi verso una consultazione ampia, uguale, protetta e mutualmente vincolante. Al contrario, la limitazione della sovranità di questi centri di potere autonomo agevola l'aumento dell'influenza popolare sulla sfera politica e la subordinazione dello Stato alla sfera politica¹⁸.

La lettura dei teorici della democrazia è promettente per il costituzionalista perché aiuta ad impostare il discorso sulla soggettività giuridica del minore come fatto politico, come fatto che inerisce l'esistenza politica, il popolo, quin-

¹³ C. TILLY, *La democrazia*, cit., 59.

¹⁴ La definizione minimale di minore ricavabile dalle corrispondenze interne al testo è colta da G. MATUCCI, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, Cedam, Padova, 2015, 4.

¹⁵ C. TILLY, *La democrazia*, cit., 115 ss.

¹⁶ *Ivi*, 127-37.

¹⁷ *Ivi*, 157.

¹⁸ *Ivi*, 191.

di lo *status* politico di cittadino e non solo la sfera privata dell'uomo-individuo. Ci dice che la democratizzazione politica non si dà se la famiglia resta un fatto privato, una comunità chiusa, un'«isola», distaccata e non integrata nella sfera politica, solo «lambita»¹⁹ e non regolata dal diritto legislativo²⁰. Se, infatti, la sua autonomia si converte in sovranità, in indipendenza dentro lo Stato, la premienza dei rapporti fiduciari blocca la possibilità di una ampia partecipazione popolare alla sfera politica. La privatizzazione e la patrimonializzazione della famiglia sono, cioè, tutt'uno con la aristocratizzazione della casa e della città. Così come la democratizzazione è improbabile in presenza di relazioni gerarchicamente ordinate nel seno della famiglia ed è impedita se la forma di quelle relazioni interne ipoteca, all'esterno, quelle tra i cittadini e lo Stato. In una, il processo di democratizzazione è impossibile se il minore è, dentro e fuori la famiglia, suddito e non cittadino. Con movimento di retroazione, però, la democratizzazione della originaria aristocraticità del governo rappresentativo reagisce sulla forma della famiglia che regola e include nella forma di stato e determina i movimenti di pubblicizzazione, socializzazione ed egualitarizzazione dei soggetti minori.

Ma il giurista positivo non deve limitarsi alla constatazione della normalità sociale, della linearità o dell'inversione dei processi reali di democratizzazione, della anteriorità della democratizzazione della città rispetto a quella della casa o viceversa e non deve muovere da una concezione della democrazia piuttosto che da un'altra, perché la scelta dell'una o dell'altra concezione sul terreno della teoria della democrazia, che non è una scienza normativa, non potrebbe che essere arbitraria. Deve muovere dalle regole costituzionali che rendono democratica la forma di stato e quindi che fondano la autonomia pubblica e, al contempo, quella privata. Non è detto che l'esito però sia opposto a quello dei teorici della democrazia, perché non c'è un dover essere senza essere e quindi non c'è una normatività dualisticamente separata dalla normalità.

3. *Il minore come fatto politico*

La Costituzione vigente, a differenza dello Statuo albertino, ha stabilito che la regolazione del minore di età è materia costituzionale nei limiti posti dal testo. È regolazione della sua condizione nella famiglia, nella società e nella comunità politica che presuppone un modo, una forma, della convivenza

¹⁹ È forse superfluo ricordare che il virgolettato è tratto da C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania*, III-1948, 22, ma pare di certo utile segnalare la recente, attenta, lettura di N. LIPARI, S. PATTI, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, Giuffrè, Milano, 2024, 16 ss.

²⁰ Sembra una lettura utile per comprendere il processo storico di democratizzazione della famiglia e, nel caso dell'ordinamento italiano, in che misura la democratizzazione della famiglia sia passata dalla statualizzazione della famiglia compiuta dal fascismo. In ogni caso, dal fascismo all'ordinamento repubblicano il fattore della capacità statale è mutato per qualità ed intensità.

privata e pubblica. Più precisamente, il minore rientra nel programma della 'grande trasformazione' sociale e politica del progetto costituzionale, la cui decisione fondamentale, se non è la 'liberazione' dei soggetti minori, che solo le forze politiche possono attuare nel divenire, è però la garanzia giuridica di una libertà effettiva che implica la rimozione degli «ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese». È un programma che appartiene al Secolo delle grandi visioni e narrazioni, di un tempo carico di storia, di ordine e di desideri collettivi, che non conosce vita privata e decisioni personali che non assumano un significato pubblico: in quel progetto l'esistenzialismo non si dà senza normativismo. Quindi, il problema di diritto costituzionale positivo è elaborare un'interpretazione delle disposizioni costituzionali sui minori, persone, figli, studenti, lavoratori e cittadini, coerente con i principi di democraticità e sovranità popolare che sono posti a fondamento della Repubblica italiana e della politicizzazione della società²¹. Questa interpretazione è, però, orientata dalla teoria della democrazia che ci ha detto che sono come una sola faccia del nastro di Moebius.

Nella Costituzione dello Stato democratico-sociale, contro la netta separazione tra diritti civili e politici dello Stato borghese di diritto, la sovranità politica è frammentata e diffusa nella società, con la caduta della separazione tra società civile e Stato, cosicché alla spoliticizzazione liberale della società e, con essa, della famiglia è seguita la sua politicizzazione e, quindi, la socializzazione dello Stato. La politicizzazione della famiglia è un momento della politicizzazione della società. È vero che per l'art. 29 la Repubblica democratica «riconosce» i diritti della famiglia, come l'art. 2 «riconosce e garantisce» i diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali, ma perciò stesso la famiglia non è un ordinamento separato e indipendente, quindi non è sovrana. Nella Costituzione vigente può discorrersi, come si è diffusamente discusso, della famiglia come di una formazione privilegiata rispetto alle altre per l'autonomia di indirizzo o normativa, del livello minimo di autogoverno e di «*interna corporis*» quale rivendicazione di autonomia della famiglia al cospetto della sua statalizzazione²², al pari dell'origine storica della dottrina degli *interna corporis acta* come rivendicazione di autonomia del Parlamento dal re e dai giudici. Ma il suo significato polemico non converte l'autonomia in sovranità della famiglia o in potere di *autodichia*, secondo l'ideologia liberale o giusnaturalista: resta

²¹ È la prospettiva che muoveva L. CARLASSARE, *Posizione costituzionale dei minori e sovranità popolare*, in M. DE CRISTOFARO, A. BELVEDERE (a cura di), *L'autonomia dei minori fra famiglia e società*, Giuffrè, Milano, 1980, 39 ss. e che già aveva mosso P. CATALANO, *Nuovi strumenti della sovranità popolare: scuole delle famiglie*, in *Studi Saresi*, 437 ss.

²² È la tesi di P. RESCIGNO, *Immunità e privilegio*, in *Rivista di diritto civile*, 1961, I, 415 ss., sul cui declino nel diritto legislativo S. PATTI, *Il declino della immunity doctrine nei rapporti familiari*, *ivi*, 1981, I, 378 ss.

un ordinamento la cui autonomia è derivata da norme e non dalla natura²³. Metodologicamente la forma democratico-sociale dello Stato e della famiglia fonda il superamento della visione particolaristica del diritto di famiglia, considerato, secondo la nota formula di Angelo Falzea, quale «regione del diritto civile». Non significa, però, in direzione verticale, una riattualizzazione della statalizzazione della famiglia e, soprattutto, di quella concezione pubblicistica e paternalistica che sacrificava i diritti individuali sull'altare del superiore interesse dell'istituzione familiare²⁴. La Costituzione ha una matrice pianificatoria, ma il piano è aperto, incompleto, quindi, imperfetto e non chiuso, totale, compiuto, organico. Lo Stato, nel pluralismo politico, sociale e territoriale, lontano dal velleitarismo e monismo progettuale del costituzionalismo illuministico, si apre alla società plurale e consente diverse forme organizzative perché non ne presuppone nessuna. È forma di vita e la vita è il molteplice. Così, la Costituzione non pianifica la formazione e, per essa, l'istruzione e l'educazione dei minori-figli, ma ne attribuisce, all'art. 30, comma 1, il dovere/diritto ai genitori. Non pone limiti espliciti, ma non è neppure una «delega in bianco»²⁵. I limiti sono quelli della loro compatibilità con il pluralismo comprensivo del progetto costituzionale, ovvero della compatibilità del progetto parziale con il progetto del composito soggetto unitario. Pena l'elisione dell'art. 2 e l'incoerenza del testo costituzionale, quel diritto non può annullare il soggetto di diritto minore, anche se dissenziente e antagonista. È più difficile stabilirne i limiti materiali nei confronti di terzi. Potrebbe argomentarsi, secondo il noto paradosso popperiano della tolleranza, che in ambiente pluralista il solo confine ammissibile alla libera formazione di un soggetto è quello escludente la libertà eguale dell'altro e, con essa, la concreta possibilità di una vita 'comune'. Ma qui valgono un po' le stesse questioni che pongono i limiti alla libertà di manifestazione del pensiero dell'art. 21, per i quali il libertarismo obietta all'egualitarismo che è un non-senso teorico escludere il pensiero antipluralista dall'ipotesi pluralista, pena la sua stessa auto-confutazione o che nelle relazioni internazionali pone il diritto di autodeterminazione dei popoli, che non coincide, salvo la sua autocontraddizione, con la necessità della decisione di un governo democratico²⁶. Se ci atteniamo al testo, la Costituzione limita l'autonomia della famiglia per realizzare il principio di eguaglianza sostanziale:

²³ La naturalità della famiglia è infatti la barriera più resistente all'intervento dello Stato fin dal noto scritto di P. SCHLESINGER, *L'unità della famiglia*, in *Studi Sassaesi*, II, *Famiglia e società sarda*, Giuffrè, Milano, 1971, 376, ma a neutralizzarne gli argomenti basta C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in *ID.*, *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954, 136.

²⁴ E. LAMARQUE, *Famiglia (dir. cost.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Giuffrè, Milano 2006, 2418 ss.

²⁵ L'espressione è di P. RESCIGNO, *Presentazione*, in L. GIARDINA, *La condizione giuridica del minore*, Jovene, Napoli, 1984, XIII.

²⁶ G. PALMISANO, *Autodeterminazione dei popoli*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VI, Giuffrè, Milano, 2012, 122 ss.

si intromette quel tanto che basta per ripristinare l'equilibrio a difesa di chi è in condizione di svantaggio. Così, al comma 2 dell'art. 30, prevede la regolazione con legge dell'intervento sostitutivo o sussidiario pubblico nel solo caso di «incapacità» dei genitori ad assolvere i loro compiti istruttivi ed educativi. Qui sta il fondamento costituzionale degli istituti del diritto civile che, dinanzi alla perdita di consistenza della famiglia di sangue, disciplinano l'affidamento del minore, l'adozione, *ex speciale* o in casi particolari, e così via. Impone di infrangere l'autonomia privata per garantire ai figli naturali «ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima», secondo la riserva di legge rinforzata del comma 3 dell'art. 30, per agevolare con misure economiche e altre provvidenze l'adempimento dei compiti relativi alla formazione, in particolare, delle famiglie numerose e per proteggere la maternità, l'infanzia e la gioventù, secondo le norme promozionali dell'art. 31. A rovescio, queste disposizioni immettono la famiglia, la sfera privata, nella forma politica dello Stato. A seguire, il 'livello' dell'eguaglianza proietta il minore nella dimensione pubblica della Repubblica che provvede ai minori che sono lavoratori con le speciali tutele economico-sociali dell'art. 37, ultimo comma, e garantisce il diritto all'educazione e all'avviamento professionale agli inabili e minorati dell'art. 38, comma 3.

È conseguente alla democraticità della Repubblica la democratizzazione interna della famiglia, che non è il benefico effetto dell'umanitario impolitico e della naturalità dei rapporti interni, ma della sua giuridicizzazione e politicizzazione nel senso detto. Al suo interno non vi è posto per alcun sovrano illimitato ed irrinunciabile che, al modo della patria potestà, fa la legge della casa. Nella Costituzione la sovranità nella città è in 'forma' dentro il diritto, contro la sua infondatezza, abissalità e trascendenza politica o, al contrario, contro la sua fattualità bruta. L'art. 1, comma 2, dispone che il popolo esercita la «sovranità» che gli appartiene «nelle forme e nei limiti della Costituzione». Da ciò il giurista positivo non può trarre che non si tratta di sovranità perché non è, nel senso austriano, potere illimitato e illimitabile, appunto perché il diritto posto dice il contrario. Lo stesso discorso può farsi per la distinta categoria, teorica e dogmatica, della sovranità dello Stato quale ordine delle competenze statali presupposto dagli artt. 7 e 11 della Costituzione. Il primo presuppone che vi siano almeno due ordini indipendenti e sovrani, quindi, esclude che la sovranità sia una e illimitata; nel secondo la sovranità dello Stato coesiste con la pari sovranità degli altri Stati e consente espressamente proprie «limitazioni». Se la Costituzione consentisse un sovrano di qualità differente nella casa, contraddirebbe o comunque non garantirebbe, come la teoria democratica dimostra, i presupposti per la democrazia nella città. A seguire, è coerente, pena la disintegrazione del testo, che nella famiglia della Repubblica democratica dell'art. 1 le relazioni interne siano di pari-ordinazione: l'autonomia *della* famiglia dello Stato liberale si converte nello Stato democratico-sociale nella autonomia *nella* famiglia. In natura, infatti, tra libertà ed eguaglianza vi è opposizione o, comunque, la loro compatibilità non

è necessaria, perché dipende dalla natura umana, che può essere benefica o malefica²⁷. È l'artificio dello Stato costituito dalla Costituzione che rende possibile la libertà eguale, senza la quale non si dà libertà di tutti. Vi converge l'antecedenza dei diritti inviolabili dell'uomo come singolo prima che nelle formazioni sociali dell'art. 2, nonché la pari dignità sociale di tutti i cittadini e l'eguaglianza senza distinzioni di condizioni personali e sociali dell'art. 3, comma 1. Ne è una concretizzazione l'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi dell'art. 29, comma 1, di cui è una specificazione il pari dovere/diritto di mantenere, istruire ed educare i figli dell'art. 30. È vero che la Costituzione fa salvi «i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare». Ma quell'unità nell'ordinamento pluralista, a cui la famiglia, come tutte le altre formazioni sociali, partecipa, non può che essere una unità sostanziale plurale da raggiungere nella situazione concreta e non una unità formale presupposta da difendere, con le inevitabili tensioni immanenti al principio pluralista in cui la differenza e la molteplicità non sono una condizione negativa e patologica da eliminare in nome di una antistorica ed idolatrica *reductio ad unum*: dunque, uguaglianza e unità stanno e cadono insieme. Nelle relazioni tra genitori e figli, è qui, nella 'società tra eguali', il fondamento costituzionale del movimento del diritto legislativo che è passato dalla patria potestà alla potestà dei genitori, fino alla responsabilità dei genitori²⁸, che riscrive nel diritto civile l'*accountability* propria, nei teorici della democrazia, della direzione discendente della relazione governati-governanti. Guardato dal punto di vista dei minori, quel movimento implica la non eterodeterminazione, la non soggezione e la non derivazione del minore, di cui i genitori, secondo la formula dell'art. 147 del codice civile, devono assecondare la capacità, le inclinazioni naturali e le aspirazioni. È qui il movimento della depatrimonializzazione della famiglia e dei figli nel diritto civile ovvero della subordinazione delle situazioni patrimoniali a quelle esistenziali: il *patrimonio*, il compito del padre, di colui che protegge e nutre, speculare al *matrimonio*, al compito della madre, la genitrice, sta e cade, infatti, con l'ordine gerarchico della famiglia e con l'assoggettamento del figlio.

²⁷ La naturalità dei rapporti personali è precisamente ciò che fa resistenza al principio di eguaglianza dentro la famiglia secondo il noto studio di C.M. BIANCA, *Le autorità private* (1977), ora in ID., *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, vol. I, t. I, Giuffrè, Milano, 2002, 47 ss. e spec. 55. Di recente, l'opera è al centro della ricerca di P. SIRENA, A. ZOPPINI (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione. A quarant'anni da "Le autorità private" di C.M. Bianca*, Roma Tre-Press, Roma, 2018.

²⁸ Come noto, la trasfigurazione degli obblighi di mantenimento, di istruzione e di educazione dei figli nel «principio di responsabilità genitoriale» la si deve alla giurisprudenza costituzionale che ha preceduto il d.lgs. n. 154 del 2013: tra le molte Corti cost., sentt. nn. 99 del 1997, 166 del 1998 e 394 del 2005. In dottrina, l'ingresso della responsabilità civile nelle relazioni familiari è debitrice della riflessione di S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1984.

4. *Il minore non è il sovrano*

Ma tutto questo non significa che il minore sia divenuto il sovrano. Non lo è perché la paritarietà delle relazioni tra i cittadini per dignità sociale e senza distinzione di condizioni personali esclude che il minore possa sostituire il Padre. Teoricamente, l'abdicazione del potere paterno a suo favore ne costituirebbe un meccanismo di ricarica interno, perché l'antisovrano non è la negazione, l'opposizione polare, del sovrano. Appartiene al medesimo paradigma, seppure rovesciato: «è come voler distruggere il lupo introducendosi comodamente nelle sue fauci»²⁹. Dogmaticamente, nella famiglia il minore vive in una forma di con-vivenza, che esige la co-esistenza di tutte le parti eguali che la compongono, che sono titolari di specifiche competenze e di cui la legge garantisce l'unità. La famiglia è, infatti, un «rapporto avente per contenuto «lo svolgimento della personalità di *ciascuno* di coloro che ne sono membri»»³⁰. La pari-ordinazione delle posizioni, con la orizzontalità ed uguaglianza in luogo della verticalità e della gerarchia, non implica l'identità ma la complementarità: il dovere/diritto di educare è dei genitori e non dei figli e quelli devono educare questi nel senso etimologico di 'trarre fuori' il figlio dal suo stato naturale, partendo, però, da quello stato e da quel sé. Nella società e nella città il minore è soggetto di diritto e dei diritti, con la sola testuale esclusione del diritto di voto *ex art.* 48, tra soggetti di diritto e dei diritti. La democrazia esige la libertà eguale, l'uguaglianza nella libertà, la autodeterminazione di tutti e non solo di uno, che quindi non puoi mai davvero essere 'padrone' di sé, chiunque esso sia.

Il minore è, però, un soggetto privilegiato nell'attuazione delle misure promozionali che la Repubblica deve adottare per la rimozione di quegli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e la partecipazione dei lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese. I minori, la cui persona è in formazione, sono infatti i soggetti che incontrano maggiori ostacoli e impedimenti a sviluppare con pienezza la propria persona e quindi ad esercitare i diritti inviolabili di libertà, sia come singoli sia nelle formazioni sociali³¹. Le libertà per i minori sono una lotta continua con il proprio sé, in costruzione, e con gli altri, in posizione eguale o superiore per natura o cultura. La loro condizione, giocoforza, di minorità giustifica, pertanto, quelle forme di privilegio, superiorità, esclusività, preminenza o prevalenza dell'interesse della «sana crescita del minore» o dell'«interesse superiore del fanciullo» nei bilanciamenti (inequali) con gli interessi contrapposti che

²⁹ R. BARTHES, *L'impero dei segni*, Einaudi, Torino, 2004, 13.

³⁰ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, il Mulino, Bologna, 1984, 351. Il corsivo è aggiunto.

³¹ Guarda ai minori tra «la 'polarità' della protezione del minore, come soggetto di bisogni, e la 'polarità' del minore come soggetto di diritti» C. DI COSTANZO, *La tutela costituzionale del minore: identità, salute e relazioni*, Giappichelli, Torino, 2023, 9.

il diritto giurisprudenziale costituzionale riconosce, appunto, per colmare lo scarto e riequilibrare le relazioni³². Così come in via decrescente fonda, nella composizione dei conflitti che costellano la vita del minore e la costituzione della sua persona nella famiglia e nella società, il criterio del migliore (e non del superiore) interesse o, più correttamente, consideratone il carattere necessariamente concreto e situato, dei «migliori interessi dei bambini», originariamente elaborato nel diritto internazionale dei diritti umani e sovranazionale³³. Funziona al modo dei mandati di ottimizzazione di Alexy, che in relazione alle concrete possibilità di fatto e di diritto operano nella misura massima, appunto, a favore di chi è minoranza e restituiscono regole mobili adattabili ai casi³⁴. Questo medesimo criterio può, poi, funzionare come argomento di principio nel foro pubblico per neutralizzare tutte le differenze di *status* di minori, genitori e famiglie, idonee a pregiudicare la formazione dei primi. Il problema è, però, che quei migliori interessi non si danno in natura, ma sono sempre il frutto di valutazioni o dell'autorappresentazione del minore o delle rappresentazioni, mediazioni e consultazioni di chi, nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità, ovvero nella sfera privata o in quella pubblica, sta al suo posto a seconda della natura dei diritti e della concreta capacità di

³² È il criterio della preminenza del superiore interesse del minore nel caso concreto che sostiene, tra le molte, Corte cost., sentt. nn 31 e 257 del 2012; 7 del 2013; 239 del 2014; 205 del 2015; 17, 76 e 27e del 2017; 189 del 2019; 102 del 2020. Il suo fondamento costituzionale è ricavato dal principio personalista dell'art. 2, dalla «cura della persona prescritta» dall'art. 30 e dall'art. 31, «arricchito» dal contenuto esplicito degli artt. 3 e 8 della Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989 e dell'art. 24, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché dal contenuto implicito dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: il virgolettato è tratto da Corte cost., sent. n. 102 del 2020. Fa il punto su questa giurisprudenza costituzionale M. PICCHI, *La mancanza di dialogo fra legislatore e Corte costituzionale nella tutela del superiore interesse del minore*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2024, n. 3, 220 ss.

³³ Il criterio dei migliori interessi del bambino compare, tra le tante, in Corte cost., sentt. nn. 102 del 2020 e 79 del 2022. In proposito, E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2016, 77 ss., avanza critiche alla retorica del *best interest of the child*, revocando in dubbio che sia sempre rivolto a salvaguardare nel caso concreto l'interesse del minore.

³⁴ S. SILEONI, *L'autodeterminazione del minore tra tutela della famiglia e tutela dalla famiglia*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, n. 3, 620, compendia la soluzione dei conflitti che coinvolgono i minori nell'opzione per un valore (quello personalistico), un fine (quello della tutela della sana crescita del minore), un metodo (quello casistico e concreto) e per tre criteri (autonomia della famiglia, integrità psico-fisica del minore e volontà del minore). È la *ratio* che, nella giurisprudenza costituzionale, ha fondato, nel superiore interesse del minore alle relazioni familiari, in cui «concretamente si trova» e nelle quali «soltanto essa [la persona] si può sviluppare» e al mantenimento di un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei due genitori, le dichiarazioni di illegittimità costituzionale degli automatismi legislativi, quali quelli inerenti la sospensione o la perdita della potestà/responsabilità genitoriale per delitti: dopo l'originaria ordinanza di inammissibilità n. 723 del 1988, cfr. sentt. nn. 31 del 2012; 7 del 2013; ord. n. 150 del 2013 e, da ultimo, sent. n. 102 del 2020, da cui sono tratti i virgolettati e su cui basti per il profilo in considerazione il commento di G. MATUCCI, «Cecità» della legge e interesse concreto del minore. *Sull'incostituzionalità dell'automatica sospensione della responsabilità genitoriale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2020, n. 3, 1220 ss.

giudizio del minore³⁵. Ma la priorità dello svolgimento della «personalità» e dello sviluppo della «persona umana», che si ricava rispettivamente dagli artt. 2 e 3³⁶, prescrive la norma generale di privilegiare la autorappresentazione del sé nell'attuazione legislativa e nell'applicazione giudiziale della Costituzione, salvo ovviamente l'accertamento nei casi concreti, a protezione del minore, del suo giudizio e della sua volontà nelle forme dell'ascolto o simili e l'interpretazione della sua voce oltre l'intenzione della significazione.

Si va così meglio definendo la misura costituzionalmente imposta e il limite costituzionalmente consentito dell'autodeterminazione del minore da cui siamo partiti e intesa come la libertà di determinarsi in conformità di una legge propria e, dunque, di autonormatività e autogoverno. La grande questione che sta sullo sfondo e che andrebbe preliminarmente affrontata è lo studio della soggettività o meglio delle soggettività accolte nella Costituzione e, specificatamente, se il testo consente di passare dal soggetto al se stesso e, a seguire, dal diritto all'identità personale al diritto ad essere se stessi, ove l'essere dell'individuo è qualcosa di presupposto, di già dato, che il diritto dovrebbe riflettere e assicurare³⁷. Più limitatamente, possiamo qui dire che il fondamento di diritto costituzionale positivo dell'autodeterminazione sta nel diritto inviolabile dell'uomo allo svolgimento della propria personalità dell'art. 2, nella libertà personale dell'art. 13³⁸ e nel diritto al nome come creazione del diritto dell'art. 22. In più, per il tramite delle porte aperte dagli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., il diritto all'autodeterminazione del minore attinge alle norme interposte dell'art. 8 della CEDU, recante «Diritto al rispetto della vita privata e familiare» e dell'art. 24 della CDFUE, sui «diritti del minore», almeno quando la fattispecie legislativa interna è disciplinata dal diritto europeo. Ma questo ci dice poco nelle relazioni del minore con l'altro da sé, perché la maggiore parte di quei diritti di libertà sono di ogni persona, minore o maggiore che sia. Partiamo allora da ciò che l'autodeterminazione del minore non è. Non la si può innanzitutto

³⁵ Sono le questioni che, tipicamente, si pongono per le decisioni del minore di interruzione volontaria della gravidanza, di rifiuto di trattamenti sanitari, di fine vita, di identità sessuale e di genere e a seguire.

³⁶ L'art. 2 riferisce la «personalità» all'«uomo» e non alla persona: se ne trae che nella Costituzione la personalità è, a rigore, la qualità, il valore, dell'uomo e non della persona. È sensato, perché la «persona» è già una qualità del soggetto individuo e diversamente si tratterebbe della qualità di una qualità. È, quindi, positivamente fondata la prospettiva teorica di T. GAZZOLO, *Dal soggetto a se stesso*, in *Storia Metodo Cultura nella scienza giuridica, Le soggettività*, 2024, n. 3, 66-7.

³⁷ Una articolata critica nella Costituzione democratico-sociale al diritto all'autodeterminazione del soggetto secondo l'egocentrismo volontarista del diritto ad essere se stessi, alla libera costruzione del sé come un progetto autonomamente voluto e deciso e, quindi, all'arbitrarietà e, al contempo, all'impossibilità dell'autodeterminazione, che è sempre e già eterodeterminata, è in S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2009, n. 2-3, 158 ss. e F. PIZZOLATO, *Mutazioni del potere economico e nuove immagini della libertà*, in *Costituzionalismo.it*, 2017, n. 1, 18 ss.

³⁸ Il diritto fondamentale della persona all'autodeterminazione è ricavabile dagli artt. 2 e 13, comma 1, per, tra le molte, Corte cost., sentt. nn. 307 del 1990; 438 del 2008 e 253 del 2009.

intendere come autocausalità, ovvero assenza di condizioni e limiti e, dunque, causa e principio di sé. Non solo la fallacia di questa accezione di libertà del sé è ormai un luogo comune nella filosofia, ma soprattutto quella accezione è infondata nel diritto costituzionale positivo, in cui le libertà, perché eguali, sono poste, finite, condizionate e limitate. Le libertà costituzionali non sono libertà immunitative, ma sono libertà sociali. Attingendo a Benveniste, la libertà è, infatti, originariamente comunitaria, *impropria* in senso etimologico³⁹: non è mai autonoma o, se lo è, lo è nel senso kantiano del soggetto che si dà una regola individuale che, al contempo, soddisfa i requisiti trascendentali della legge, cioè una regola individuale che vale come legge universale; non può essere che comune, di tutti e di ciascuno perché non è propria di nessuno e perciò non può che essere libertà *nel* rapporto, libertà *come* rapporto, che non si dà senza l'altro⁴⁰. A seguire, significa che la volontà privata, per avere rilievo giuridico, non può fondarsi sulla decisione individuale, ma deve essere universalizzabile o, almeno, generalizzabile. È ancora più vero per un soggetto in divenire, che ha il diritto ad essere istruito ed educato *ex art.* 30, comma 1 e la cui determinazione del sé è, quindi, il prodotto bidirezionale di contaminazioni tra il sé e l'altro⁴¹, tra ciò che si è e ciò che si deve essere: la costruzione del sé minore è un po' il punto di incontro tra la natura e la cultura, tra l'essere e il benessere, tra l'ontologia e la deontologia. A catena, è escluso che l'autodeterminazione del minore sia il volere per il volere, il volere che si fa norma o una qualsiasi forma di soggettivismo puramente volontaristico, demiurgico e individualista, perché tutta la Costituzione è attraversata da un ordinato – seppure, per certi versi, disperato – tentativo di razionalizzazione, oggettivazione e socializzazione delle libertà e, quindi, del potere: ad un potere spersonalizzato corrisponde, infatti, un io socializzato. Insomma, l'autonomia della soggettività del minore partecipa a pieno titolo della forma democratica dello Stato costituito dalla Costituzione vigente e, per ciò stesso, dei suoi limiti. È il potere di dare a se stesso un indirizzo entro i limiti della Costituzione/legge⁴².

L'argomento politico-democratico è una spiegazione della lotta per il riconoscimento del minore nell'ordinamento costituzionale più precisa dell'argomento umanitario, impolitico. Ricorrere alla 'dignità umana', al modo del giusmoralismo contemporaneo e, in particolare, del costituzionalismo

³⁹ Sulla nota indagine etimologica di Benveniste, che traccia il legame tra la radice indoeuropea, greca e latina di libertà e la catena semantica dell'affetto e dell'amicizia, R. ESPOSITO, *Libertà in comune*, in J.-L. NANCY, *L'esperienza della libertà*, Einaudi, Torino, 2000, XIII ss.

⁴⁰ I limiti alla libera affermazione di sé sono diffusi nella giurisprudenza costituzionale: in particolare, Corte cost., sent. n. 221 del 2019 (e, poi, in termini simili, sent. n. 230 del 2020), che, nel caso della fecondazione eterologa e quindi della alterazione «delle dinamiche naturalistiche del processo di generazione degli individui», nega l'esistenza di un diritto costituzionale incondizionato all'espressione della generale libertà di autodeterminarsi.

⁴¹ La Corte costituzionale trae dall'art. 30 il fondamento di una «mutua relazione» tra ciascun genitore e il figlio: Corte cost., sent. n. 102 del 2020.

⁴² M.S. GIANNINI, *Autonomia. B) Teoria generale e diritto pubblico*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959, 365.

giusmoralista, per sostenere l'Io del minore è un'operazione scivolosa. Ora, l'appello alla dignità umana come schema interpretativo della Costituzione dei diritti, quale meta-valore ultimo, assoluto, irrelato o un fuor-valore, è divenuto un super-argomento, un argomento mitico, capace di chiudere una discussione, con una strategia non molta diversa dallo 'sbattere i pugni sul tavolo'. Sarebbe metro della bilancia e non valore bilanciabile. Invero, la sua indeterminatezza concettuale, che oscilla tra una concezione olistico-eteronoma ed una soggettivo-liberale, tra la trascendenza e l'immanenza, pare renderla una misura incerta. Non si intende attingere alla critica radicale all'idea di dignità della persona umana, quale espressione di «un orientamento fondamentalmente antiliberal e critico della modernità dei diritti dell'uomo»⁴³, che implica un impegno ideologico a favore di una certa filosofia del diritto. Il punto è piuttosto che per il diritto costituzionale positivo la dignità umana, la si ricavi dall'art. 2 o dall'art. 41, comma 2, Cost. o dal particolare della pari dignità sociale dell'art. 3 e dell'esistenza dignitosa dell'art. 36, Cost., sarebbe predicabile della persona, quindi, sia del soggetto minore che maggiore, rendendo irrisolvibili i conflitti, in astratto e tanto meno in concreto, tra diritti ed interessi dell'uno e dell'altro. In più, la trascendenza della dignità rispetto alla soggettività dell'individuo rinvia ad un soggetto astratto, astrattizzato dalla concretezza della vita singolare, con l'esito del sostanziale svuotamento di ciò che è propriamente individuo e concretamente umano. Gioca, cioè, ambigualmente ora come limite all'autodeterminazione ora come suo fondamento, auto-contraddicendosi.

A questo punto, per delimitare la soggettività giuridica del minore occorre tessere la relazione tra minori e diritti nel testo costituzionale. I diritti riempiono di contenuto la libertà di quella persona.

5. *Gli status del minore*

Nella Costituzione la condizione del soggetto minore di età non è mai un fatto naturale, biologico, ma sempre un fatto qualificato dal diritto, nel senso proprio dell'ontologia sociale. Il fatto di essere minore di età è la base materiale a cui la Costituzione attribuisce qualità, valore, funzioni di *status* appunto. L'essere minore per il diritto costituzionale è, cioè, una costruzione culturale che 'qualifica' perché attribuisce qualità alla normatività naturale⁴⁴.

È lo 'stato' del minore propriamente costituito dalla Costituzione di uno 'Stato' che non è datità ma normatività. Lo Stato è il presupposto e, al contem-

⁴³ O. CAYLA, *Il diritto di lamentare danni. Analisi del caso (e dell'anti-caso) Perruche*, in O. CAYLA, Y. THOMAS, *Il diritto di non nascere*, Giuffrè, Milano, 2004, 44.

⁴⁴ Il minore partecipa così di ciò che è propriamente umano nell'uomo della Costituzione, astratto e concreto, culturale e naturale: così, profittando di Guido Alpa, L. TRUCCO, *Natura e sentimento nel diritto*, Mimesis, Milano, 2023, 55 e 59.

po, l'oggetto, il prodotto, della Costituzione che ne disegna la figura politica: è esistenza e norma, perché muove dalla condizione esistenziale, contingente, di ciò che è per diventare ciò che deve essere secondo i fini costituzionali, che ne sono la 'causa finale'. Nel suo diritto non sono il fatto, la vita, la natura, la biologia, che fondano il diritto come diritto e così non forniscono modelli ideali di diritto, criteri di giustizia sociale, etc., ma è il diritto che porta quei fatti ad una esistenza giuridica. I diritti naturali non esistono o esistono diritti naturali senza naturalismo: presuppongono di essere riconosciuti, ma solo una norma può prescrivere il vincolo del diritto alla natura. Anche laddove, agli artt. 2 e 29, quei diritti sembrano presupporre di essere riconosciuti come diritti naturali anteriori alla legge, è impressione fallace: è la norma costituzionale che prescrive il vincolo del diritto alla natura e non questa che limita quella. La Costituzione-norma, dover essere, non presuppone mai pre-condizioni 'esistenziali', date, ma le crea, le costituisce normativamente nelle relazioni che si costituiscono all'interno del testo. Non elide la naturalità, il fatto nella sua durezza, ma gli attribuisce significati. La realtà giuridica non coincide con quella naturale, secondo l'idea, propria del determinismo naturalistico o del biologismo determinista, che è ingiusto il diritto innaturale che viola le prerogative biologiche o la percezione, sempre neurobiologicamente fondata, che gli individui hanno della propria natura. Al contrario, la cultura trascende e non rispecchia la natura, secondo il contributo del pensiero critico che salva dalla monotona ricorsività di una natura e di un diritto invariabili. Ma poggia sempre sulla normatività naturale propria degli uomini in carne ed ossa: è il loro corpo, con la specifica dotazione biologica umana, che reca in sé la mente cosciente, critica, creativa, libera e, quindi, la possibilità della cultura e della storia e, con esse, del diritto. Dunque, solo nella persistente e irrisolvibile relazione tensiva tra natura e cultura può darsi la possibilità del diritto deliberato e non dato da sempre. Con un doppio movimento, infatti, è la natura che riscatta la possibilità della cultura e questa mette in forma quella. La norma costituzionale è, quindi, norma della possibilità e libertà, che giocano nell'aperto e non nel chiuso della necessità del determinismo naturalistico. È esattamente ciò che accade nella definizione di famiglia dell'art. 29. È sensato che tra lo 'stato di coppia' e lo Stato vi sia una qualche corrispondenza. Il primo è il modo più semplice, naturale ed immediato di stare insieme, di convivere, ma è già attraversato dalla tensione tra il sentimento e la ragione come lo Stato lo è tra la natura e l'artificio: tra stato di natura e stato civile, però, non vi è dualismo ma contiguità. È già una comunità, un microstato, quindi ha una minima organizzazione: come tale ha anch'esso un'esistenza normativa, è simbolico, rappresentativo, perché rinvia a qualcosa che trascende la natura ma non la elimina, nel medesimo modo in cui il generale e il collettivo trascende ma non elimina il particolare e il singolo. Qui, «non siamo di fronte all'assurdo di una norma costituzionale che fa «sorgere» una società naturale *dal* matrimonio», ma «la famiglia è una società naturale» nel preciso senso che «il vincolo matrimoniale [...] è null'altro che un rapporto giuridico che si aggiunge a quello

di fatto», al «profilo comunitario»⁴⁵, alla famiglia come stato di prossimità alla sfera di naturalità umana, dunque, luogo naturale ovvero originario, primordiale ed elementare degli affetti e della realizzazione della propria personalità secondo la naturalità dell'«impulso dell'uomo alla formazione della famiglia»⁴⁶. L'aggettivo naturale sarebbe, infatti, pleonastico se la famiglia protetta fosse solo la società fondata sul matrimonio; è, invece, sensato se la protezione costituzionale, *ex art. 2* ed *ex art. 29*, comma 1, include la famiglia «naturale» in quanto famiglia «di fatto»⁴⁷ e «luogo privilegiato della formazione della personalità adulta»⁴⁸. Dunque, la natura qui sta per fatto: è il sostrato di fatto, la naturalità di una entità sociologica, alla quale si attribuisce una qualificazione giuridica. Può essere, poi, che dall'art. 29, comma 1, sia ricavabile un favore, un privilegio o per lo meno una differenziazione per «la famiglia *ad instar naturae*»⁴⁹. Non scandalizza: la strutturazione umana in coppie ha contribuito alla conservazione della specie umana ed è la società intermedia più resistente nella storia dell'umanità. Ma è sempre la Costituzione che vincola alla natura. In più la naturalità della famiglia entra nel diritto già trasfigurata e trasformata in cultura. L'art. 29, infatti, nel riconoscere i diritti della famiglia «*come*» società naturale, appartiene al registro del 'come se' dell'intenzionalità. Compie una operazione di qualificazione e di valutazione della natura, ovvero la costituisce come valore e, quindi, come prodotto di una qualificazione giuridica: istituisce la natura. Il fondamento naturale così non prescrive un modello naturalisticamente determinato di famiglia e consente la pluralità di famiglie. In ogni caso, anche per il riconoscimento dei diritti della famiglia di fatto sono gli art. 2 e 29 che prescrivono il vincolo del diritto costituzionale alla natura e non è la natura che determina il diritto.

È per queste medesime ragioni e in questo medesimo senso che la condizione del minore è plurale. Gli *status* del minore non sono, nel significato antico, le condizioni predeterminate e permanenti di vita della persona, le appartenenze necessarie, le posizioni date una volta per tutte o le gerarchie naturali dell'ordine cetuale. Dentro la semplificazione del rapporto individuo/Stato, sono *status* molteplici, mobili e normativi: al soggetto minore sono attri-

⁴⁵ È l'interpretazione esperita per evitare la disintegrazione di senso dell'art. 29, comma 1, da P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 351-2, che si sostiene con il noto commentario di M. BESSONE, *Art. 29*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma 1976, 1 ss. La norma resta, invece, ossimorica per R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium Iuris*, 2000, n. 10, 1066 ss., perché è contraddittorio che «una "società naturale", preesistente al diritto, sia da questo riconosciuta solo quando assume precise connotazioni formali, determinate dal diritto stesso».

⁴⁶ Il virgolettato è tratto da M. LUCIANI, *I punti qualificanti della disciplina costituzionale dei rapporti etico-sociali. La famiglia*, in *Stato della Costituzione*, Il Saggiatore, Milano 1998, 153.

⁴⁷ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 355.

⁴⁸ *Ivi*, 370.

⁴⁹ Corte cost., sent. n. 221 del 2019; ma conf. ordd. nn. 276 del 2010 e 4 del 2011 e sent. n. 138 del 2010.

buite le qualità, i 'ruoli', di persona, di figlio e di lavoratore/cittadino, rispettivamente, nella società, nella famiglia, e nella comunità politica per colmare la differenza tra ciò che è e ciò che deve essere⁵⁰. Ma il soggetto minore non è presupposto. Quegli *status*, con movimento retroverso, costituiscono e definiscono il soggetto minore di diritto in funzione degli stessi diritti e doveri, poteri e obbligazioni, che gli riconoscono e che egli esercita, a dire ancora che i diritti del soggetto non hanno nulla di naturale, non legalizzano la natura e non determinano la realtà naturale: i soggetti del diritto esistono per il diritto, sono maschere, non sostanze o la sostanza è ciò che è *di diritto*. È precisamente l'esercizio individuo dei diritti che costituisce il sé del soggetto che li esercita: i diritti non sono la proiezione di ciò che il minore già è, ma sono il modo singolare con cui il minore si costituisce come quella persona, quel figlio, quel lavoratore e, quindi, diviene differente da ciò che naturalmente è. Ogni persona, ogni modo di considerare un uomo, da questo punto di vista, è persona giuridica, è *status* giuridico, è statuto, è volto coperto, è persona *rappresentativa*. Non significa affatto che la persona sia una finzione, una menzogna, un inganno, bensì solo che la persona è costituita giuridicamente, ma che è reale e non finta, immaginata o falsa. La psicoanalisi ci dice piuttosto che è il «volto nudo» ad essere «già di suo una maschera» e che non si è mai «autentici se non indossando una maschera e identificandosi appieno»⁵¹. Anche a lasciare perdere la psicoanalisi, la norma non è imprudente perché ha compreso i propri limiti: la normatività non è vuota, ma muove dalla naturalità e ne tiene conto.

Nei rapporti civili, il minore è l'uomo/individuo, la persona o il cittadino a cui è attribuita la titolarità dei diritti inviolabili di libertà. Non conta la giovinezza o l'anzianità perché la Costituzione disincarna il corpo, il fisico, il biologico, che viene trasfigurato nell'astrazione giuridica della 'persona', l'artefatto che dissocia il soggetto di diritto moderno dal corpo o nella costruzione del cittadino. Non vi è una alleanza biopolitica tra la legge e la medicina per disciplinare l'uomo del diritto in base all'età biologica. La Costituzione non dispone, infatti, limitazioni generali per il minore all'esercizio di quelle libertà. Non è incapace né naturale né legale: è uomo naturale e civile⁵². La

⁵⁰ Una elaborazione analoga del concetto moderno di *status*, quale presupposto e titolo, tra natura e cultura, di una pluralità di specifici diritti, poteri e doveri la si deve, nel diritto civile, a C.M. BIANCA, G. PATTI e S. PATTI, *Lessico di diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1991, 730. Ne ricostruiscono utilmente una storia concettuale G. CIANFEROTTI, *Il concetto di status nella scienza giuridica del Novecento*, Giuffrè, Milano, 2013, ma soprattutto G. ALPA, *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma-Bari, Laterza, 1993, 30 e 205, che connota gli *status* moderni rispetto a quelli antichi perché questi erano a protezione dei più forti, quelli al contrario dei più deboli.

⁵¹ S. ŽIŽEK, *Libertà, una malattia incurabile*, Ponte delle Grazie, Milano, 2023, 318.

⁵² Qui, la dottrina costituzionalistica delle libertà incontra, da tempo, quella civilistica. Se P. BARILE, *Le libertà nella Costituzione. Lezioni*, Cedam, Padova 1966, 31, scriveva che «sui diritti di libertà l'età non spiega, di regola, alcuna influenza» e, a seguire, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Cedam, Padova 2003, 311 e P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *Diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino 2021, 80 ss., dicono che

soggettività giuridica del minore, la capacità giuridica dell'art. 22, è piena ma è propria di un soggetto, un uomo nella prospettiva universale e un individuo in quella singolare, in divenire: è allora possibile – perché il dover essere del minore non si dà senza il suo essere, la cultura senza la natura – che la legge, nello svolgimento della Costituzione, e la giurisdizione, nell'applicazione della Costituzione e della legge, stabiliscano le forme e i limiti all'esercizio della sua sovranità, incluse, sul modello della sovranità politica, le forme di rappresentazione di chi ha il dovere di mantenerlo, istruirlo ed educarlo, modulate sulla sua concreta capacità di intendere e volere⁵³. Nei rapporti etici, il minore è il figlio costituito dai diritti degli artt. 30 e 31. Il primo diritto è, significativamente, un diritto culturale, che però tiene conto delle condizioni materiali dell'esistenza. Il minore è, infatti, tale perché deve essere istruito, quindi etimologicamente fabbricato, costruito, composto, ed educato dai genitori, ma prima deve essere mantenuto per quello che è: è l'unità indivisa di corpo e mente. La dimensione biologica è il sostrato del soggetto di diritto, della qualità di figlio: il fatto della nascita, del legame genetico tra genitori e figli, rileva per il diritto perché l'art. 30, comma 1, vi ricollega l'insorgere di quel dovere e diritto. È corretto che «la verità biologica della procreazione» è «una componente essenziale» dell'interesse del minore perché garantisce al figlio «il diritto alla propria identità e precisamente alla affermazione di un rapporto di filiazione veridico»⁵⁴, ma a patto che non si perda l'altro pezzo dell'identità perché va escluso che «la verità biologica e genetica dell'individuo costituisca un valore di rilevanza costituzionale assoluta, tale da sottrarsi a qualsiasi bilanciamento»⁵⁵. Il comma 2 dell'art. 30 interrompe, infatti, il vincolo di diritto tra il minore e la famiglia di sangue nel caso di incapacità dei genitori: è misura eccezionale ma implica che la natura non determina i diritti, perché è sempre

nella titolarità dei diritti fondamentali positivizzati nel testo costituzionale non si può disgiungere «la titolarità astratta di diritti dall'esercizio concreto degli stessi», che solo giustifica la distinzione civilistica tra capacità giuridica (art. 1 c.c.) e capacità di agire (art. 2), nella dottrina civilistica, F.D. DONATO BUSNELLI *Immagini vecchie e nuove della tutela della salute del minore*, in A. BUCELLI (a cura di), *Identità e salute del minore. Problematiche attuali*, Pacini Editore, Pisa 2021, 14, afferma che «la protezione costituzionale dei minori non si risolve integralmente nel dogma codicistico dell'incapacità legale di agire», ma più radicalmente P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Jovene, Napoli, 1975, 263, 317, 332 ss., affermava che «l'età non è né può essere, nel disegno costituzionale e nella vigenza dei principi fondamentali, elemento che divide gli uomini in classi: al di sopra della maggiore età si è 'persone' completamente, al di sotto di quella si meno 'persona'».

⁵³ La giurisprudenza comune ha elaborato il criterio della modulabile capacità di discernimento del minore, ai fini, ad esempio, dell'imputabilità del minore per fatto illecito ex art. 2043 c.c., in disparte la autonomia responsabilità dei genitori ex art. 2048 c.c. e il legislatore ne ha graduato le facoltà in funzione dell'età, stabilendo convenzionalmente, sulla base della comune esperienza, l'età idonea per l'ascolto obbligatorio, facoltativo, etc., nonché dal lato dei doveri la soglia minima per l'imputabilità ai fini della responsabilità penale, etc.

⁵⁴ Corte cost., sent. n. 170 del 1999; ma in termini analoghi sentt. nn. 216 del 1997; 322 del 2011; 272 del 2017 e 127 del 2020.

⁵⁵ Corte cost., sent. n. 272 del 2017.

il diritto che si vincola alla – e quindi svincola dalla – natura. A conferma del suo antinaturalismo, il diritto costituzionale positivo non discorre mai di figli ‘naturali’, ma di figli nati fuori dal matrimonio, come non discorre nell’art. 2 di diritti naturali bensì di diritti inviolabili. Ma soprattutto il verso della Costituzione è, in direzione ostinata e contraria al naturalismo, la parificazione nei diritti tra i figli che sono tali per natura e i figli ‘legittimi’, tra la natura del fatto generativo e il rapporto giuridico che si aggiunge. La famiglia è legittima non già in opposizione a quella illegittima, ma nella distinzione da quella naturale. Per ciò stesso, però, non implica la medesimezza tra naturalità e legittimità, tra ciò che è naturale e ciò che è legittimo. Resta lo scarto perché l’art. 30, comma 3, discorre di «compatibilità» di ogni tutela giuridica e sociale assicurata dalla legge ai figli nati fuori dal matrimonio «con i diritti dei membri della famiglia legittima»: ma ciò significa non già diversi diritti, pena l’incoerenza del testo che contiene quella straordinaria livellatrice delle differenze delle vite naturali degli uomini che è il principio di eguaglianza dei cittadini⁵⁶, ma che quei figli continuano a non fare parte del rapporto giuridico della famiglia legittima. Nei rapporti sociali ed economici, il minore è il destinatario delle provvidenze a favore della famiglia di cui fa parte, è lo studente da istruire o il capace e meritevole, ma bisognoso, da coltivare, nonché il lavoratore da tutelare con norme speciali. Partecipa, quindi, del corpo socio-economico e perciò stesso della comunità politica, considerata l’inclusione dei lavoratori nel processo di decisione politica *ex art. 3, comma 2*. Una connotazione biopolitica emerge, però, nel riferimento all’infante o al giovane, svincolato dalla dimensione filiale, da proteggere *ex art. 31, comma 2*, e al bambino di madre lavoratrice dell’art. 37, comma 1. Infine, nei rapporti politici, la capacità giuridica dell’art. 22 del minore di età, che è parte del popolo, fonda la massima espansione dei diritti politici del cittadino in costruzione. Nella Costituzione, contro le teorie moniste, non vi è identità tra popolo e Stato, ma la persona, l’identità dell’individuo, è legata, tramite la cittadinanza, all’identità dello Stato. La sola espressa esclusione dalla città che colpisce il minore pertiene al diritto di voto *ex art. 48*. Da qui può ricavarsi il fondamento nel testo costituzionale della, limitata, possibilità dello scarto tra la capacità giuridica e quella di agire del minore, generalmente riservata, nel diritto privato, alla maggiore età: il diritto di voto costituisce, infatti, l’atto tipico della partecipazione del soggetto alla comunità politica come il contratto lo è della società civile⁵⁷.

⁵⁶ H. ARENDT, *Il tramonto dello stato nazionale e la fine dei diritti umani*, in EAD., *Le origini del totalitarismo (1951)*, Einaudi, Torino, 2009, 417-8.

⁵⁷ R. MANFRELOTTI, *La legge Basaglia nel contesto della realizzazione giurisdizionale dei diritti della persona*, in *BioLaw Journal*, 2024, n. 4, 88. Quell’idea fa capolino, approfittando dell’elaborazione teorica di S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1947, 190-1, in C. LAVAGNA, *Capacità di diritto pubblico*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Giuffrè, Milano, 1960, 101-2, che distingue la capacità giuridica, che, come qualità del soggetto di diritto e attitudine alla titolarità e all’esercizio di situazioni giuridiche soggettive, si può limitare ma non escludere, dalla capacità di agire degli artt. 22 e 38, commi 2 e 3 e dalla capacità politica

In una, nel diritto costituzionale vigente gli *status* del minore, tanto contro la dicotomia tra natura e cultura, quanto contro la simbiosi e la confusione tra il biologico e il legale, vivono nella tensione fra innato e acquisito: aggiungono al sostrato naturale una costruzione culturale, che è il prodotto dell'azione dell'intenzionalità collettiva.

5.1. *La natura e la cultura*

Nello spazio costituzionale aperto dallo scarto tra il naturale e il legale il diritto legislativo non deve né legalizzare la natura né naturalizzare ciò che è legale.

Nella Costituzione, infatti, il sangue rileva ma non scrimina la condizione del minore nel suo *status* giuridico di figlio. In particolare, se dall'art. 30, commi 1 e 3, si trae la norma generale di equiparare negli effetti giuridici i figli nati fuori dal matrimonio a quelli nati dentro, è costituzionalmente fondato lo stato giuridico unico di filiazione, che sgancia lo stato di figlio dallo stato di famiglia. Non è però segno che il *favor veritatis* o *naturae* prevale sul *favor legitimatis* o *iuris*⁵⁸, ma, al contrario, è segno che la potenza del diritto neutralizza la natura perché la trasfigura in uno stato giuridico: la natura differenzia e il diritto livella. Va nella stessa direzione il riconoscimento del medesimo *status* ai figli incestuosi avvenuto per effetto della giurisprudenza costituzionale che ha rimosso il divieto legislativo per i figli concepiti da soggetti appartenenti alla stessa cerchia familiare di ottenere lo *status filiationis* attraverso la dichiarazione giudiziale della paternità e maternità naturale e ha così posto fine alla loro «*capitis deminutio*»⁵⁹. Ma, così facendo, ha sottratto la qualificazione giuridica del soggetto, con i suoi diritti e doveri, a quel particolare stato di natura: ciò che conta è che sono figli per il diritto. È per questo che, in direzione opposta, l'antinaturalismo del diritto ha potuto fondare, senza contraddirsi, l'inclusione nello stato unico, accanto alla filiazione naturale e a quella legittima, della filiazione sociale. Come ebbe, infatti, a dire la Corte costituzionale, il diritto educativo dei genitori del sangue ha costituzionalmente «un carattere <funzionale>», che «sta e viene meno in relazione alla capacità di assolvere i compiti previsti nel primo comma dell'art. 30 della Costituzione»⁶⁰. Il principio di eguaglianza

dell'art. 48, comma 1, entrambe escludibili in base all'età. Ma, come detto, nel diritto pubblico resta controversa la rilevanza della distinzione civilistica tra capacità giuridica e capacità di agire e, comunque, la derivabilità di tale scissione dall'art. 48: basti, G. ABBAMONTE, *Età, d) Diritto pubblico*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVI, Giuffrè, Milano, 1967, 92 ss. Ricapitola i termini del dibattito a ordinamento vigente C. DI COSTANZO, *La persona minore di età nell'ordinamento costituzionale: alcuni spunti su capacità e diritti del minore*, in *Bioetica*, 2023, n. 3, 1 ss.

⁵⁸ M. BESSONE, *Art. 30-31*, in *Commentario*, cit., 94 scriveva che da quelle disposizioni si sarebbe ricavata la «preminenza del fatto della procreazione sulla qualificazione giuridica della filiazione».

⁵⁹ Corte cost., sent. n. 494 del 2002.

⁶⁰ Corte cost., sent. n. 11 del 1981.

e il *favor minoris* hanno fatto il resto a sostegno della unicità della condizione giuridica dei figli, sganciata non solo dalla famiglia ma anche dal matrimonio.

Ma, in entrambe le direzioni, è esattamente lo scarto – e non l'identificazione o, al lato opposto, la dicotomia – tra il diritto e la natura ciò che consente di equiparare giuridicamente il pluralismo di fatto tra i figli della famiglia di sangue e quelli della famiglia di affetti e, quindi, di rendere irrilevanti per lo stato giuridico della filiazione dell'art. 315 del codice civile gli aggettivi legittimi, naturali e adottivi. È ciò che fa dell'identità di figlio un significato⁶¹. È ciò che lo libera perché è ciò che emargina la logica dell'appartenenza esclusiva e del 'confitto di fedeltà' tra natura e cultura, tra il legame di sangue e quello sociale: l'assolutizzazione del primo identifica il figlio con la sua carne, con il corpo; il secondo lo trasforma in puro artefatto, in una costruzione sociale irrealistica. Così, a prova del salto che sempre permane tra diritto e natura, la giuridicizzazione della natura e, quindi, la cultura nella filiazione adottiva non ha escluso la contestuale ricerca della migliore relazione del figlio adottato con il genitore biologico e con la famiglia di origine. Nella giurisprudenza costituzionale ha fondato la disgiunzione della «genitorialità giuridica», irreversibilmente rinunciata, dalla «genitorialità naturale», la cui rinuncia è invece reversibile e ha sancito, attingendo alla scelta costituzionale di «favorire, per sé stessa, la genitorialità naturale», la fine del dogma della segretezza dei genitori biologici: deve infatti essere sempre consentita la revoca della scelta per l'anonimato della madre biologica su iniziativa del figlio adottato, titolare del diritto a conoscere le proprie origini ai fini della tutela dei suoi diritti fondamentali⁶². È vero che la separazione tra la famiglia biologica e la famiglia adottiva è tornata più rigida nella decisione n. 183 del 2023, che per l'adozione 'piena' discorre di «rinascita nella famiglia adottiva». Resta però che la Corte, interpretando conformemente a Costituzione l'art. 27, comma 3, l. n. 183 del 1984, distingue tra «rapporti giuridico-formali» e «relazioni socio-affettive» con la famiglia di origine: la disposizione prescrive la cessazione dei primi, ma non delle seconde, che compete al giudice nel caso concreto valutare secondo il preminente interesse del minore alla sua identità⁶³. Ma al contempo quello scarto ha fondato nell'adozione nei casi particolari il diritto del minore, che mantiene il rapporto di filiazione e di parentale con la famiglia biologica, alla piena inclusione nelle relazioni parentali della famiglia adottiva⁶⁴, nonché la

⁶¹ Nelle parole della Corte costituzionale lo *status filiationis* è il «nucleo dell'identità giuridica e sociale della persona» e «la rappresentazione sintetica della personalità individuale, che nel tempo si arricchisce progressivamente di significati»: sent. n. 131 del 2022.

⁶² Corte cost., sent. n. 278 del 2013.

⁶³ Sulla recisione dei rapporti con la famiglia biologica quale *extrema ratio* secondo la Costituzione vigente F. FERRARI, *Interesse del minore e tecniche procreative. Principi costituzionali e ordine pubblico*, FrancoAngeli, Milano, 2022, 30 ss.

⁶⁴ Corte cost., sent. n. 79 del 2022. La rilevanza dei «rapporti affettivi sull'identità personale» e quindi «la valorizzazione di una storia affettiva» nell'interesse del figlio è tornata in Corte cost., sent. n. 5 del 2024.

rilevanza dei «rapporti affettivi sull'identità personale» e «la valorizzazione di una storia affettiva» nell'adozione del maggiorenne⁶⁵. Con coerenza, la coesistenza di innato e acquisito vive nella giurisprudenza costituzionale sul nome e, quindi, sulla costruzione dell'identità personale del minore⁶⁶: il figlio naturale può conservare il cognome originario unitamente a quello del genitore che lo ha successivamente riconosciuto e il figlio naturale non riconosciuto può aggiungere al cognome adottivo quello originariamente attribuito perché il nome è segno dello «*status* identitario acquisito» della persona nella vita di relazione ed è profilo innato della «personalità naturale»⁶⁷. È l'identità della persona naturale e civile.

Il punto di vista della filiazione sociale potrebbe, infine, dirci qualcosa sul minore/figlio di madre surrogata. Per la Costituzione non fa problema il padre. Dalla disposizione dell'art. 30, ultimo comma, secondo cui «la legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità», si ricava la de-biologicizzazione e la de-naturalizzazione della nozione di padre perché separa la nozione di genitorialità biologica da quella di «genitore legale (anche se non legittimo) che è l'unica qualifica che abbia rilievo costituzionale»⁶⁸. La paternità deve, infatti, essere ricercata, ricostruita, mediante prove, storicamente mutevoli: non c'è un padre già da sempre dato. Anzi, dall'art. 30 può più estesamente dedursi⁶⁹ che la Costituzione «non ha attribuito un valore indefettibilmente preminente alla verità biologica rispetto a quella legale», ma ha, al contrario, attribuito «prevalenza al consenso alla genitorialità e all'assunzione della conseguente responsabilità rispetto al *favor veritatis*». Il che, però, significa anche che la maternità, che non deve essere provata, è sempre e soltanto da accertare ovvero che è il fatto certo del parto e, quindi, il fatto della nascita, del legame tra neonato e partoriente, a fare di una madre una madre: la Corte discorre di una «esperienza profondamente naturale ed emotivamente intensa come la maternità»⁷⁰. Lo conferma l'art. 37, comma 1, che implica la costituzione della relazione di maternità a partire dal fatto storico del parto e dalla condizione di donna: la madre, il soggetto che procrea, è anche una donna. Potrebbe dirsi che, comunque, lo *status* di donna per il diritto, per la legge, non coincide necessariamente, realmente, con le prerogative biologiche e anatomiche, come sostengono le teorie di genere che distinguono il 'sesso' dal 'genere' femminile e come dimostra la legislazione sul diritto alla rettifica del sesso. Ma l'art. 37 non contempla la possibilità di scarto tra l'essere madre e l'essere donna:

⁶⁵ Corte cost., sent. n. 5 del 2024.

⁶⁶ Il passaggio del nome del minore dalla logica proprietaria a quella della personalità, della qualità della persona individua, è in Corte cost., sentt. nn. 13 del 1994; 297 del 1996 e 120 del 2001.

⁶⁷ L. TRUCCO, *Natura e sentimento*, cit., 98.

⁶⁸ C. ESPOSITO, *Famiglia e figli*, cit., 150.

⁶⁹ Come deduce Corte cost., sent. n. 127 del 2020, ma già sentt. nn. 216 del 1997; 170 del 1999; 322 del 2011 e 272 del 2017.

⁷⁰ Corte cost., sent. n. 272 del 2017.

chi si sente solo donna, ma non ne ha le qualità anatomiche, non potrà essere partoriente. Ad ogni modo tutto ciò riguarda l'identità di madre, determinata dalla nascita di un figlio. Ma il favore per la madre partoriente non toglie che, se la madre gestante rinuncia ai propri diritti e doveri della genitorialità, non è genitore secondo lo *status* costituito dal dovere/diritto dell'art. 30, comma 1. Ciò vale nel caso della surrogazione di maternità, proprio come è valso nel caso di non riconoscimento o abbandono del neonato. Quindi, rientra nello spazio del costituzionalmente possibile attribuire rilevanza giuridica ai genitori committenti, intenzionali o sociali⁷¹, biologici o meno che siano, un po' come l'incapacità dei genitori dell'art. 30, comma 2, ha fondato l'istituto dell'adozione e, quindi, la scissione tra la madre, lì sia biologica che di parto e il genitore sociale. Il criterio del miglior interesse del figlio/bambino potrebbe, poi, convertire il costituzionalmente possibile in costituzionalmente necessario: una volta nato, infatti, l'interesse del figlio è argomento che sostiene le pretese di genitorialità sociale o intenzionale, il riconoscimento dello *status* di figlio, persona e cittadino, evitandone l'iscrizione ai nati non riconoscibili, e, comunque, la soluzione in concreto più adeguata per inserire il figlio nella famiglia intenzionale, quale, a diritto legislativo vigente, l'estensione dell'adozione nei casi particolari, prevista dall'art. 44, primo comma, lett. d) della legge n. 183 del 1983.

Però, dalla giurisprudenza costituzionale sulla gestazione per altri emerge la recessività, piuttosto che la superiorità, dell'interesse del bambino, laddove la Corte ha ritenuto non solo che «l'interesse del bambino non può essere considerato automaticamente prevalente rispetto a ogni altro controinteresse in gioco», ma soprattutto che «gli interessi del minore dovranno essere allora bilanciati, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore»⁷². È invero un argomento inusuale e discriminatorio. È inusuale perché l'interesse del minore ha generalmente funzionato come il super-argomento idoneo a chiudere ogni discussione. È discriminatorio rispetto alla superiorità riconosciuta all'interesse del figlio nel caso di figli incestuosi, quindi sempre di figli di condotte penalmente rilevanti⁷³. Ciononostante, il punto di vista del figlio/bambino non pare, comunque, sufficiente per sostenere, contro la giurisprudenza costituzionale, il diritto costituzionale delle coppie omosessuali alla procreazione e quindi all'accesso alle pratiche di procreazione medicalmente assistita o di gestazione per altri: occorre prima dimostrare che il diritto a procreare è un diritto costituzionale, che la Costituzione, laddove all'art. 31 dispone letteralmente di proteggere la

⁷¹ La categoria è in Corte cost., sentt. nn. 32 e 33 del 2021, 79 del 2022, 131 del 2022 e 183 del 2023.

⁷² Corte cost., sent. n. 33 del 2021, ma già sent. 272 del 2017.

⁷³ Come rileva R. BIN, *Tecniche procreative, ordine pubblico, interesse del minore. Conclusioni*, in *BioLaw Journal*, 2021, n. 3, 147 ss.

maternità, consente la scissione tra l'atto sessuale e la procreazione, dunque, consente la procreazione artificiale e che i genitori, la madre e il padre, possono essere dello stesso sesso. Ma lo scarto tra la natura e la cultura, su cui si fonda il dover essere del diritto costituzionale, potrebbe aiutare a impostare e risolvere diversamente dalla giurisprudenza costituzionale queste questioni preliminari.

6. *L'essere minore*

La costituzionalizzazione degli *status* del minore, che è tutt'uno con la politicizzazione e la de-naturalizzazione del soggetto, si fonda su una matrice comune: tutte le disposizioni costituzionali che regolano specificatamente la condizione del minore sottendono una logica garantistico-difensiva, immunitativo-protettiva, di chi è minore.

La cifra narrativa comune è, infatti, il dispositivo tutorio. Specificatamente, l'art. 29 «garantisce», l'art. 30 «assicura», l'art. 31 «protegge» e l'art. 37 «tutela» e, di nuovo, «garantisce» i minori. Presuppongono un'identità fissa, una essenza di quella identità⁷⁴, una condizione di separatezza e una deroga o, come si legge di sovente nella giurisprudenza costituzionale sulla condizione del minore, di privilegio. Solo, infatti, la difesa, la garanzia, di qualcosa di pre-costituito, di isolato e separato dall'altro, di realtà intangibili, richiede *tutela*, che è dispositivo essenziale alla conservazione dell'ordine costituito. Quella che si tutela è sempre una condizione necessaria, perché esistenziale. Rinvia all'antropologia negativa delle *discrete and insular minorities* della giurisprudenza della Corte Suprema americana degli anni '40, che, in quanto argomento contro-maggioritario, presuppone una concezione difensiva di chi è minore e minoranza, che sempre rinvia a una maggioranza. I minori appaiono l'ultima minoranza, necessaria e non volontaria.

Ma riconoscersi, identificarsi, nella propria separatezza da qualcosa porta con sé sempre quel qualcosa che, immancabilmente, diviene il centro, il modello, di ciò che si separa: la deroga presuppone la regola. È una logica interna a quella di chi è 'maggiore' e di chi è 'maggioranza'. È la tutela, la garanzia, della minoranza che pre-esiste come qualcosa di minore rispetto alla maggioranza: è la logica della riserva indiana, del resistere dei meno dinnanzi ai più. Ma per ciò stesso è meccanismo di ricarica interna dell'essere maggiore e maggioritario. Di essa è, dunque, al più predicabile un pluralismo limitato, quel pluralismo che accetta, che tollera chi è minore ma che non lo perequa, non lo livella come parte davvero uguale.

A conferma, nel testo costituzionale i modelli di raffronto della garanzia, della tutela e della protezione dei minori sono i figli della famiglia legittima, i figli di genitori capaci, il lavoro adulto e maschile e così via. Chi protegge è, infatti, il padre, anzi il *potere paterno* o il *patriota*, che nell'origine pro-

⁷⁴ Discorre di «essenza» del rapporto di filiazione Corte cost., sent. n. 394 del 2005.

to-indoeuropea rinviano, appunto, all'azione di protezione. Dunque, i minori esistono, sono identificati, riconosciuti, a partire dal modello, in posizione di inferiorità, di *minorità*, logica prima che giuridica. Ne segue che il minore non è un soggetto differente dal maggiore, ma appartiene al medesimo paradigma, perché tende al medesimo modello. La condizione del minore è una condizione sopportata, finché non si diviene maggiore o come chi è maggiore, che è lo schema da imitare. Ma così elide la differenza e viola l'eguaglianza sostanziale, consapevole delle differenze. Per questo, però, il minore che è specchio, imitazione, del maggiore e della maggioranza è e sarà sempre, per definizione, conservatore. Questa Costituzione minore è, in una, l'apologia di chi è maggiore. Sempre per questo, il meccanismo della 'tutela', la concezione identitaria del minore, ha poco a che vedere con la libertà o, meglio, con il pensiero della liberazione, della emancipazione del minore e con il pluralismo. È un non senso chiedere la protezione della propria autonomia. Tutelare significa, infatti, assoggettare: ma questo pone il problema di quale sia il limite da non superare per non trasformare il *soggetto* da tutelare in oggetto, fino a che punto il soggetto possa essere *assoggettato* senza perdere la propria soggettività, con buona pace dell'autodeterminazione del minore. Ma l'insidia è nello stesso principio di autodeterminazione che, nell'etimo, rinvia a *terminus*, alla apposizione di confini, a ciò che è netto, definito perché limitato. L'autodeterminazione del minore definisce soggettività sovrane e immuni nei loro confini, appunto insulari. Il problema è che, nel caso del minore, la soggettività è già naturalmente, prima che giuridicamente, un divenire, una costruzione incompiuta, il cui compimento non è la chiusura dei confini, che presuppongono una soggettività data, ma la loro apertura.

7. Il divenire minore

Il testo costituzionale reca, però, in sé inscritta anche la possibilità di una concezione diversa, *differente*, di minore, quale parte eguale o, finanche, di individuo minoritario che non duplica, non riproduce su piccola scala, il discorso di chi è maggiore e maggioranza. È la concezione comunitaria, plurale, mobile, che porta al *divenire* minore e che attinge alla dottrina americana del pluralismo comprensivo come ideale critico controfattuale che sostiene la norma sostanziale fondamentale delle Costituzioni pluraliste⁷⁵. Non sottende l'identità del minore come pensiero della separazione, di ciò che è dato, identificato, necessario, esistenziale, ma rinvia alla relazione, alla differenza interna all'identità. Il che non significa solo banalmente che l'identità del minore è relazionalità tra il sé e gli altri, ma che la relazione comunitaria del minore

⁷⁵ Si attinge alla dimensione normativa del pluralismo comprensivo come metodo dell'interpretazione giuridica nelle Costituzioni pluraliste di M. ROSENFELD, *Interpretazioni. Il diritto tra etica e politica*, il Mulino, Bologna, 2000, spec. 336 ss.

nella famiglia, nella società e nella comunità politica modifica sia il sé che l'altro ovvero la struttura del 'sé' è struttura del 'con'.

Il fondamento testuale del minore come libertà 'di', autonomia mobile, differenza e divergenza e non fissità da controllare è l'art. 2 della Costituzione, la priorità dei diritti dell'uomo come singolo prima che come associato: è il primato dell'individuo sulla «formazione sociale», con quel tanto di costrizione che questa porta sempre con sé, del minore sulla famiglia e sulla società, è la priorità della differenza in quanto differenza rispetto alla differenza-identità. Si sviluppa e si rafforza nelle disposizioni che riconoscono al minore (uomo/cittadino) i diritti di libertà e in particolare il diritto all'opinione dissenziente, cuneo di contraddizioni e di alterità, implicato dall'art. 9, cioè dalla *promozione* della 'cultura', nonché dagli artt. 18, 19, 21 e 49. Così come il diritto di esistere del minore, in quanto diverso, lo si trova nell'art. 10: la condizione di chi non vota è, infatti, simile a quella dello *straniero* nella città. La disposizione dell'art. 2 e i suoi corollari sono, però, insufficienti a disegnare un ordinamento pluralista autenticamente comprensivo e, quindi, il minore come parte eguale. Il polo della libertà può al più garantirne la versione limitata, che accetta le differenze che esistono di fatto, ma conserva chi è maggiore; non garantisce – come richiede il principio comprensivo – la perequazione di tutte le parti, di tutte le concezioni del bene, la loro coesistenza imparziale, che presuppone la libertà ma che non ne è necessariamente implicata. Ma anche il diritto all'eguale trattamento ha fondamento costituzionale. Si fonda sulla logica livellatrice, a-gerarchica, dell'uguaglianza e dell'imparzialità degli artt. 3 e 97. La logica promozionale e non difensiva del «pieno sviluppo della persona umana» dell'art. 3, comma 2, è la norma che restituisce il dover essere del pluralismo comprensivo ed egualitario. Vale soprattutto per il minore, per la persona in divenire. La seconda livella le parti, le include e destituisce, in nome dell'imparzialità, la preminenza di una sull'altra. Il livellamento non implica identità, non implica tensione del minore al modello maggioritario, che neppure esiste in un pluralismo che sia tale. All'uguaglianza come identità l'interpretazione pluralista oppone l'uguaglianza come differenza: nella prima l'altro riproduce l'io, il sé, gli omosessuali rivendicano un riconoscimento ufficiale dei matrimoni omosessuali; nella ricerca dell'uguaglianza come differenza, invece, si cercano regolazioni differenti o addirittura libertà dalle regole delle tradizionali relazioni coniugali⁷⁶. La co-esistenza di tutte le parti, la comprensione di tutte le concezioni, incontra il solo limite della conservazione della Costituzione. Nel linguaggio del diritto costituzionale vigente,

⁷⁶ L'esempio è tratto da M. ROSENFELD, *op. cit.*, 415. Ma un qualche assonanza la si rinviene in quella giurisprudenza costituzionale che, come la decisione n. 166 del 1998, contro l'omologazione, ha considerato che «la convivenza *more uxorio* rappresenta l'espressione di una scelta di libertà dalle regole che il legislatore ha sancito in dipendenza dal matrimonio: da ciò deriva che l'estensione automatica di queste regole alla famiglia di fatto potrebbe costituire una violazione dei principi di libera determinazione delle parti».

l'altro, il diverso, il minore, è accettato, meglio promosso, finché non viola la Costituzione e, primi fra tutti, i diritti costituzionali dell'altro, i suoi diritti all'eguale libertà e all'eguale trattamento: dall'ipotesi pluralista di minoranze sono escluse quelle antipluraliste⁷⁷.

Il fondamento costituzionale, individuale ed egualitario, fa del minore una minoranza che, costitutivamente, è spirito critico della maggioranza, del modo di esistere di chi è maggiore e per ciò stesso vuole restare tale, non vuole *divenire* maggiore. Ma al contempo è la minoranza che non perde la natura critica nei confronti di se stessa, che non è fedele a se stessa e che quindi si percepisce come un divenire in costruzione e non un essere da cui partire ed a cui tornare.

Ciascuno di noi ha allora il diritto di *divenire* minore: il divenire non è un dato di fatto, ma un movimento, una linea di fuga, una decisione, una scelta. E il divenire non è una riproduzione o un'imitazione, ma è un'eccedenza, un plusvalore. La concezione difensiva di minore è rovesciata: nel divenire non è il minore che imita la maggioranza, ma è il maggiore che può divenire minore, che si de-centra, che impara a 'balbettare', che diviene straniero nella propria lingua nel preciso senso della «letteratura minore» di Deleuze e Guattari. «Una letteratura minore non è la letteratura d'una lingua minore ma quella che una minoranza fa in una lingua maggiore», è qualcosa di diverso da «una letteratura d'autore o di maestri», ma non è neppure una «letteratura marginale» rispetto a quella «grande (o stabilita)»: è piuttosto «un esercizio minore d'una lingua anche maggiore»⁷⁸. L'uso minore, *intensivo*, della lingua maggiore, spinta fino al suo valore limite, alla sua soglia estrema, sostiene teoricamente un nuovo punto di vista da cui guardare alle questioni del minore e della sua identità. Abitua all'idea che il minore non è chi deve uscire da una condizione di inferiorità, di incapacità, di inabilità per divenire maggiore e che il maggiore non è il 'grande', il 'maestro'. Anzi, può imparare dal minore l'uso diverso, minore, della sua lingua maggiore e, nell'usarla intensamente, può trasformarla, può attenuarne la funzione *maggiore*, oppressiva. «Kafka parla di strappare il bambino dalla culla, di ballare su una corda tesa»⁷⁹.

Se si traduce questo pensiero della differenza, non senza un poco di violenza, nel linguaggio giuridico, la tutela del minore non è più la sua riserva indiana, la protezione e la difesa del minore incapace, inferiore, insufficiente, ma è la rivendicazione della differenza, della creatività dell'Io minore, che ne costituisce l'identità.

⁷⁷ Al paradigma della protezione della Costituzione e al limite all'inclusione rinvia la XII disp. trans. e fin.

⁷⁸ J. DELEUZE, F. GUATTARI, *Kafka. Per una letteratura minore*, Quodlibet, Macerata, 2010, 29 ss.

⁷⁹ *Ivi*, 35.

8. La costruzione dell'identità minore

Passare dall'essere minore al *divenire* minore e, quindi, da una eteronomia mascherata, ma rassicurante ad una autonomia rischiosa non significa emarginare l'identità del minore, che tanta parte ha nella soluzione dei conflitti di tono costituzionale che lo riguardano o svuotarla di contenuto, di materia. Implica, però, l'abbandono di una concezione fissista, essenzialista, di identità come «identicità»⁸⁰.

Potrebbe allora pensarsi all'inversione della relazione che dal padre va al bambino. Volgarizzando Freud, nell'ordine psicologico e non biologico, una frase di Wordsworth, «il bambino è il padre dell'uomo»⁸¹, posto in esergo di questo scritto, ricorda all'uomo, che ha perso la memoria dell'infantile, chi era suo padre. Il bambino è creativo, è procreatore dell'uomo, perché non è primitivo, non rinvia ad uno stato nascente dell'umanità, ma attinge nella sua storia individuale alla storia della specie, alla ripetizione di ciò che è stato, alla filogenesi che si riattiva nell'ontogenesi. Dunque, il bambino è il padre dell'adulto, ha una funzione paterna, nel senso che è principio generatore. Più precisamente, il bambino è la verità inconscia che permane nell'adulto: il bambino invecchia, ma l'infantile è senza età, quindi, l'inconscio della vita psichica è infantile. Così, il bambino codetermina l'essere dell'adulto. Il bambino, però, non esiste perché è difficile abitare la propria infanzia, ma la raggiunge *après-coup*, come adulto infantile. Alla fine della serie, l'adulto si sperimenta figlio del bambino. Questa inversione è stata tradotta in termini biologici nella decrescita che dall'adulto va al bambino. Permettendoci un'evasione letteraria, «Un bebè di quattordici lustri [...] E un bastone, babbo. Voglio un bastone [...] Come mi chiamerai, papà? [...] Penso che ti chiameremo Matusalemme [...] I genitori [...] davano sempre l'impressione in un certo senso, di avere soggezione di lui e nonostante l'autorità dittatoriale che esercitavano sul figlio spesso lo chiamavano “signore” [...] furono anni di normale decrescita»⁸². Ma, in fondo, in entrambi, nell'*après-coup* come nella decrescita, non si esce dalla logica di una qualche linearità dello sviluppo, poiché l'inversione presuppone il verso seppure rovesciato e della ricerca di una identità che sa sempre di passato, di essere identici a se stessi.

⁸⁰ P. RICOEUR, *Sé come un altro*, Jaca Book, Milano, 1993, contrappone l'identità derivante dall'individualità (*selfhood*) all'identità derivante dall'identicità (*sameness*). Più in generale, la polemica contro una concezione fissista ed essenzialista dell'identità, ricostruita nella relazione identità/differenza, è in Roland Barthes. Nella dottrina costituzionalistica sul «divenire» identità A. CERRI, *Libertà, eguaglianza, pluralismo nella problematica della garanzia delle minoranze*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1993, 289 ss.; A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. IX, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1989, 20 ss.

⁸¹ S. FREUD, *L'interesse per la psicoanalisi*, 1913, in ID., *Opere 7, Totem e tabù e altri scritti (1912-1914)*, vol. VII, Bollati Boringhieri, Torino, 2013, 3144.

⁸² F. SCOTT FITZGERALD, *Il curioso caso di Benjamin Button*, in ID., *Racconti*, Feltrinelli, Milano, 2014, 9 ss.

Nel *divenire* minore della norma costituzionale pluralista ed egualitaria, invece, l'identità del minore va pensata a partire dalla differenza, dalla differenza in quanto tale, che è, questa sì, l'essenza della sua identità, dell'identità della differenza, in cui l'identità non si distingue dalla differenza⁸³. L'identità del minore implica, infatti, il sé che è anche un altro: implica l'essere-in-relazione, l'essere-con, ove è il «con» a fare il «sé»⁸⁴ e «essere-con significa far senso in modo vicendevole»⁸⁵. Nella Costituzione democratico-pluralistica l'autodeterminazione del minore non rimanda, cioè, ad una soggettività insulare, ma una concezione relazionale dell'identità, che non significa né sovranità del minore né obbedienza del minore. Così, nella relazione fondativa con i genitori, questi consentono al figlio l'*autonomia* morale per resistere alle pressioni sociali dei suoi pari e il figlio attiva la loro *autorità* morale. «L'educazione non è forse in primo luogo il necessario ordine del rapporto tra le generazioni e dunque, se di dominio si vuole parlare, il dominio non dei bambini [da parte degli adulti], ma di quel rapporto?»⁸⁶. Significa non solo che l'identità è relazionalità tra il sé minore e gli altri, ma che l'io, il sé, è già un altro, perché la relazione familiare, sociale e comunitaria modifica sia il sé che l'altro: l'identità minore è allora costitutivamente apertura e non chiusura dei confini. Il *divenire* della persona minore è un processo sempre incompleto. Significa che la sua identità non gli pre-esiste ma esiste solo nell'integrazione e non nella separazione, nella pluralità delle relazioni, delle appartenenze e delle intersezioni, che non si escludono a vicenda ma co-esistono e svelano il *cum*, ciò che le unisce-distingue. Quell'identità dipende quindi dalle altre parti e dal tutto: l'identità individuale è una costruzione sociale, non esiste in natura. L'identità, con il suo «mandato simbolico»⁸⁷, è sempre rappresentativa: io sono io, sono quello che sono, perché sono quello che rappresento ma lo sono perché gli altri mi trattano, mi riconoscono, come tale; l'autoidentificazione non è mai separata dalla eteroidentificazione. È 'lotta per il riconoscimento' ma non tra servo e padrone. Con le parole dell'art. 30 della Costituzione, l'istruzione, ossia la costruzione e la fabbricazione del minore e l'educazione, la sua formazione, sono procedimenti artificiali che funzionano – e torniamo all'inizio, alla forma politica del divenire minore – un po' come il dispositivo rappresentativo. Non ci si riferisce alla rappresentanza privatistica del genitore o del terzo che sta al posto del minore nel compimento del singolo atto, ma alla rappresentazione politica. La rappresentazione pone la regola di come deve essere il popolo ma muove da un popolo reale che esiste. Allo stesso modo, l'identità del minore

⁸³ Sulla scia di Heidegger, della co-appartenenza di identità e differenza, la differenza in quale tale, la differenza *stessa*, è, semplificando molto, il non-punto comune del pensiero della differenza di Lévinas, Nancy, Ricoeur, Foucault, Deleuze, Derrida...

⁸⁴ J.-L. NANCY, *Essere singolare plurale*, Einaudi, Torino, 2001, 45 e 128.

⁸⁵ *Ibidem*, 111.

⁸⁶ W. BENJAMIN, *Strada a senso unico. Scritti 1926-1927*, in ID., *Opere*, a cura di G. Agamben, vol. IV, Einaudi, Torino, 1983, 68.

⁸⁷ La citazione è da S. ŽIŽEK, *Libertà, una malattia incurabile*, cit., 287.

non è il riflesso di ciò che naturalmente è o crede di essere, perché quell'essere è già un divenire e, in ogni caso, perché l'identità si identifica negli *status* e nell'uso dei diritti correlati, ma non è neppure la sua costituzione dal nulla, perché il minore, prima di essere istruito ed educato, deve essere 'mantenuto' in ciò che è: è la norma dell'esistente, ma la normatività non può essere separata dall'esistente, proprio come non si dà dover essere senza essere. L'identità è, quindi, il punto di incontro tra il fatto e la regola e la relazione è bidirezionale: biunivocamente, muove dall'esistenza del minore per determinarne normativamente la deontologia e, quindi, modificarne, con movimento inverso, l'esistenza.

Ma solo assieme, minore e maggiore, bambino e adulto, costruiscono la propria identità perché per dirsi se stessi è necessario distinguersi e per distinguersi è necessario il rapporto con ciò da cui ci si distingue.

«Un vecchio e un bambino si preser per mano e andarono insieme incontro alla sera [...] il vecchio parlava e piano piangeva: con l'anima assente, con gli occhi bagnati, seguiva il ricordo di miti passati. I vecchi subiscono le ingiurie degli anni, non sanno distinguere il vero dai sogni [...] Il bimbo ristette, lo sguardo era triste, e gli occhi guardavano cose mai viste e poi disse al vecchio con voce sognante: "Mi piaccion le fiabe, raccontane altre!"» (Francesco Guccini, *Il vecchio e il bambino*, 1972).

Abstract [Ita]

Il saggio muove dalla relazione teorica di duplice dipendenza costitutiva tra l'autodeterminazione del minore nel diritto privato e l'autodeterminazione del popolo nel diritto pubblico per trarne conseguenze normative nella interpretazione delle disposizioni costituzionali che regolano lo stato del minore nella famiglia e nella società, civile e politica, ove la democratizzazione della condizione plurale del minore è legata alla democraticità della Repubblica.

Parole chiave: minore; autodeterminazione; democrazia; libertà eguale; diritto all'identità personale.

Abstract [Eng]

The essay moves from the theoretical relationship of dual constitutive dependence between the self-determination of the minor in private law and the self-determination of the people in public law to draw normative consequences in the interpretation of the constitutional provisions regulating the status of the minor in the family and in society, civil and political, where the democratization of the plural condition of the minor is linked to the democratic nature of the Republic.

Keywords: child; self-determination; democracy; principle of equal liberty; right to personal identity.

Riflessioni sull'art. 1426 c.c. e sulla responsabilità precontrattuale del soggetto minore di età

Claudio Colombo

Sommario: 1. I minori e la capacità negoziale: profili generali. – 2. L'art. 1426 c.c.: i raggiri atti ad occultare la minore età, come causa di esclusione dell'annullabilità del contratto. – 3. L'applicabilità della norma alle altre ipotesi di incapacità (o di limitata capacità) legale. – 4. La responsabilità precontrattuale del minore.

1. I minori e la capacità negoziale: profili generali

Le questioni che formano oggetto delle brevi riflessioni esposte in questo saggio si inseriscono nel contesto più generale delle interferenze tra capacità negoziale e minore età. Da tempo, ormai, la dottrina più avveduta ha messo in evidenza come – anche *de iure condito* – l'affermazione in termini assoluti di una totale incapacità di agire dei soggetti infradiciottenni, con conseguente indefettibile regime di annullabilità dei negozi da loro compiuti direttamente (come invece parrebbe desumibile sulla scorta di una lettura spesso definita affrettata degli artt. 2 e 1425 c.c.), non possa più essere sostenuta, specie per quei negozi che siano funzionali al perseguimento di interessi connaturati allo sviluppo della persona¹.

¹ Senza pretesa di esaustività, meritano di essere citati – a riguardo – gli studi di P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975 (dello stesso A., vedi più recentemente – e nella specifica prospettiva del contratto – ID., *I contratti del minore*, in *Europa e dir. priv.*, 2014, p. 1237 ss.); di F.D. BUSNELLI, *Capacità ed incapacità di agire del minore*, in *Dir. fam. pers.*, 1982, p. 54 ss.; di F. GIARDINA, *La condizione giuridica del minore*, Napoli, 1984, spec. p. 69 ss. per quanto concerne l'ambito negoziale. Coevo a queste opere è, poi, il volume a più voci a cura di M. DE CRISTOFARO – A. BELVEDERE, *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, Milano, 1980.

Più recentemente, si vedano tra gli altri F. BOCCHINI, *L'interesse del minore, nei rapporti patrimoniali*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 277 ss.; M. GIORGIANNI, *In tema di capacità del minore di età*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, p. 103 ss.; G. ALPA, *I contratti del minore. Appunti di diritto comparato*, in *Contratti*, 2004, p. 517 ss.; M. CINQUE, *Il minore contraente*, Padova, 2007; G. CAPILLI, *La capacità negoziale dei minori. Analisi comparata e prospettive di riforma*, Torino, 2012, spec. p. 35 ss.; E. MOSCATI, *Il minore nel diritto privato, da soggetto da proteggere a persona da valorizzare (contributo allo studio dell'“interesse del minore”)*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 1141 ss.

Del resto, la soluzione piuttosto drastica adottata dal legislatore italiano del 1942 – come detto, apparentemente orientata ad escludere qualsivoglia profilo di capacità negoziale in capo ai soggetti (allora) minori di 21 anni, con invero rare eccezioni testualmente previste nell'ambito dei negozi di diritto familiare, e con la sola previsione dell'emancipazione come possibile veicolo di anticipazione della capacità di agire – si poneva in evidente contraddizione con le scelte operate, anche qualche decennio prima, da altri ordinamenti; primo tra tutti, quello tedesco, che sin dalla prima versione del B.G.B. prevedeva (come tuttora prevede) un'incapacità negoziale assoluta solo per i soggetti che non abbiano compiuto i sette anni (§ 104, n. 1), mentre per i soggetti che abbiano compiuto detta età il § 107 prevedeva (come tuttora prevede) il consenso del rappresentante legale soltanto per le *Willenserklärungen* non destinate ad ottenere unicamente un vantaggio giuridico («*einen rechtlichen Vorteil*») a favore del minore².

Anche presso la dottrina e la giurisprudenza francese, pur in presenza di un sistema normativo originariamente non caratterizzato in senso – per così dire – *moderno*, come quello tedesco, e nel complesso assai più simile a quello italiano (del quale, come noto, esso costituiva la matrice), ha avuto fortuna la categoria dei c.d. *grands enfants*, con l'affermazione della piena capacità degli stessi – beninteso condizionata al raggiungimento di una sufficiente capacità di discernimento – in relazione ai c.d. *actes de la vie courante*³. Analoghe affermazioni, peraltro, da tempo si rinvengono comunemente presso la dottrina italiana, anche manualistica, nel condivisibile presupposto che l'esclusione di qualsivoglia profilo di capacità negoziale in ordine agli atti, anche a contenuto patrimoniale, c.d. della vita quotidiana, finirebbe per trasmutare l'istituto della minore età da strumento «*di protezione in strumento di emarginazione del minore dal consorzio sociale*»⁴.

Va sottolineato peraltro – in relazione all'ordinamento francese – che con la riforma del 2016 il sintagma *actes courants* è divenuto parte integrante del dettato normativo (artt. 1148 e 1149), prevedendosi a riguardo un regime di eccezione, correlato, oltre che alla legge, anche alla consuetudine (*usage*), rispetto alla sanzione di *nullité relative* in generale statuita dall'art. 1147, in

Meritano poi una specifica menzione lo studio sistematico di R. SENIGAGLIA, *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, Torino, 2020, ed il saggio di C. GRANELLI, *Minore età e contratto*, in *Contratti*, 2022, p. 377 ss.

La questione è trattata, infine, con specifico riferimento ai problemi implicati dall'uso delle nuove tecnologie da E. ANDREOLA, *Minori e incapaci in internet*, Napoli – Camerino, 2019.

² Per gli opportuni approfondimenti, in merito al sistema tedesco, cfr. per tutti P. STANZIONE, *I contratti del minore*, cit., p. 1268 ss.; vedi anche E. MOSCATI, *op. cit.*, p. 1154 ss., nonché R. SENIGAGLIA, *op. cit.*, p. 44 ss.

³ Ancora, P. STANZIONE, *I contratti del minore*, cit., p. 1263 ss.; sul sistema del *Code Napoléon*, vedi soprattutto F. GIARDINA, *op. cit.*, p. 6 ss., nonché R. SENIGAGLIA, *op. cit.*, p. 37 ss.

⁴ Così, esemplificativamente e per tutti, A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, XXV ed., Milano, 2021, p. 99 s.

combinato disposto con l'art. 1146 in tema di capacità di contrattare⁵. Non solo: quanto statuito dall'art. 1151, primo comma (norma applicabile a tutti gli incapaci di contrattare, non solo ai minorenni), a proposito della possibilità per il contraente capace di opporsi all'annullamento, fornendo la prova che l'atto è risultato utile al soggetto protetto e che non vi è stata lesione, ovvero che il soggetto protetto ne ha approfittato, finisce per consentire in qualche modo un parallelismo tra il sistema francese a quello tedesco, nella misura in cui quest'ultimo – come si è visto – fa leva sul concetto di vantaggio (e, per converso, di svantaggio) allo scopo di individuare il discrimine tra atto impugnabile e atto non impugnabile: con la differenza, tuttavia, di non poco momento, che il vantaggio evocato nella norma del B.G.B. è espressamente qualificato come giuridico, mentre l'attuale dettato del *Code civil* pare evocare più che altro il tema del vantaggio economico o pratico⁶.

Alla luce di quanto si è detto, dunque, l'ordinamento italiano – al di là delle apprezzabili aperture interpretative favorevoli a limitare il dogma dell'assoluta incapacità negoziale dei soggetti infradiciottenni (salvo eccezioni)⁷ – tra i grandi ordinamenti continentali risulta tuttora contraddistinto da una certa rigidità a livello normativo, in linea del resto con una tradizione davvero poco incline, anche da un punto di vista sociologico, a favorire l'acquisizione in un'età quanto più anticipata possibile di prerogative di autonomia (giuridica e non), come del resto è dimostrato, anche per i soggetti maggiori di età, dalla disciplina di cui all'art. 337 *septies* c.c., specie per come lo stesso viene interpretato ed applicato presso le Corti.

Nondimeno, chi scrive è dell'opinione che – anche con riferimento alle disposizioni normative che formeranno oggetto delle considerazioni contenute nelle pagine a seguire – meriti di essere privilegiato un orientamento

⁵ Va specificato peraltro che siffatto regime è comunque espressamente condizionato alla sussistenza, nel concreto, di condizioni economiche *normales* (art. 1148).

⁶ È opportuno osservare che mentre nel *Code civil* e nel B.G.B. il concetto di *vantaggio* è dunque utilizzato, sia pure come si è visto in termini non del tutto identici, al fine di escludere l'annullamento dell'atto, nel nostro ordinamento l'art. 1443 c.c. lo evoca, rispetto ai casi di annullamento per incapacità (da qualunque causa dipendente), quale causa di limitazione dell'obbligo restitutorio del soggetto tutelato.

⁷ Nella letteratura più recente, si distingue, sotto questo profilo, in particolare il pensiero di R. SENICAGLIA, *op. cit.*, spec. p. 54 ss., p. 146 ss. (sulla capacità di discernimento come criterio di definizione della capacità contrattuale), e p. 182 ss. (sull'interesse del minore come criterio ordinante l'affidamento e la stabilità degli effetti del contratto), il quale prospetta una soluzione intesa a salvaguardare tutti gli atti utili, vantaggiosi, non pregiudizievole e posti in essere con mezzi propri, o messi a disposizione del minore. Sul punto, tuttavia, cfr. la parziale critica di C. GRANELLI, *op. cit.*, p. 381, il quale sostiene che la tesi in questione finirebbe per contraddistinguersi più per una tensione ideale, che per effettivi risultati pratici, posto che ben difficilmente formerebbero oggetto di impugnativa gli atti utili, e che il tema – piuttosto – sarebbe invece quello di stabilire «la sorte dei contratti che, pur conclusi da un infradiciottenne dotato di sicura «capacità di discernimento», abbiano pur tuttavia a rivelarsi per lui pregiudizievole o, comunque, non utili o non opportuni».

interpretativo che tenga opportunamente conto del contesto evoluto, in cui le stesse continuano ad essere chiamate ad operare.

2. *L'art. 1426 c.c.: i raggiri atti ad occultare la minore età, come causa di esclusione dell'annullabilità del contratto*

La disposizione di cui all'art. 1426 c.c.⁸ affonda le proprie radici nel diritto romano. Nel *Codex giustiniano* (2.42.0), dopo la rubrica «[S]i minor se maiorem dixerit vel probatus fuerit», è dettata la regola (2.42.3) secondo la quale «[S]i alterius circumveniendi causa minor aetate maiorem te probare ad spectu laboraveris, cum malitia suppleat aetatem, restitutionis auxilium tam sacris constitutionibus quam rescriptorum auctoritae denegari statutum est».

Il sintagma *malitia supplet aetatem* sarebbe poi divenuto un brocardo, che le tesi più tradizionali hanno reputato costituire il fondamento delle regole dettate in materia dai codici moderni⁹.

Occorre infatti ricordare che il Codice italiano del 1865 conteneva una norma simile, ma non del tutto identica, a quella dell'attuale Codice, a tenore della quale «[L]'obbligazione non si può impugnare da quel minore, che con raggiri o mezzi dolosi ha occultato di essere tale. Ma a costituire in dolo il minore non basta la dichiarazione da lui fatta di essere maggiore» (art. 1305)¹⁰. La seconda parte della disposizione era peraltro mutuata dall'art. 1307 del *Code Napoléon*, a mente del quale «[L]a simple déclaration de majorité, faite par le mineur, ne fait point obstacle à sa restitution».

Nell'originaria formulazione del *Code civil* la regola era collocata all'interno della disciplina dell'azione *en rescision pour lesion*, e mancava peraltro una disposizione espressa in tema di non impugnabilità del contratto, da parte del minore in dolo; la lacuna però era colmata in via interpretativa dalla giurisprudenza¹¹. Con la riforma del 2016, il legislatore francese – nel riproporre, all'attuale art. 1149, secondo comma, la regola in tema di «*simple déclaration de majorité, faite par le mineur*» – ha riferito la stessa non più al tema della *restitution*, ma a quello della *annulation*: in questo senso l'ordinamento d'Ol-

⁸ «Il contratto non è annullabile, se il minore ha con raggiri occultato la sua minore età; ma la semplice dichiarazione da lui fatta di essere maggiorenne non è di ostacolo all'impugnazione del contratto».

⁹ Vedi, ad esempio, A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937, p. 233; ID., *Dolo (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, VI, Torino, 1960, p. 154; E. COLAGROSSO, *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, Roma, 1948, p. 209; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, II, in *Tratt. Cicu – Messineo*, Milano, 1972, p. 314.

¹⁰ A riguardo, per un'esegesi, cfr. F. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, VI, Torino, 1880, p. 425.

¹¹ Sul punto, cfr. F. GIARDINA, *Art. 1426. Raggiri usati dal minore*, in *Comm. Gabrielli al c.c.*, Torino, 2011, p. 41; EAD., *L'art. 1426 c.c. tra annullabilità del contratto a tutela del minore e validità del contratto come «rimedio» a favore dell'altro contraente*, in E. DEL PRATO (a cura di), *Studi in onore di Antonino Cataudella*, II, Napoli, 2013, p. 1074.

tralpe ha dunque di fatto adeguato il proprio lessico (e, con esso, il proprio orizzonte concettuale) a quello italiano¹², nel quale – come si è visto – già nel Codice del 1865 veniva esplicitamente evocato il tema della *impugnazione* (sia pure riferita all'obbligazione e non al contratto), poi declinata più specificamente, nel Codice del 1942, in termini di *annullamento* (e con riferimento non più all'obbligazione, ma al contratto).

Sul piano esegetico, oltre alle già rilevate differenze terminologiche (*impugnazione / annullamento; obbligazione / contratto*), individuabili tra l'art. 1305 c.c. del 1865 e l'art. 1426 c.c. del 1942, va osservato che la disposizione abrogata si riferiva, oltre che ai *raggiri*, anche ai *mezzi dolosi*; e che la «*dichiarazione da lui fatta di essere maggiorenne*» non era accompagnata dall'aggettivazione «*semplice*». Sotto questo specifico secondo aspetto, dunque, il testo dell'attuale disposizione risulta maggiormente allineato a quello dell'art. 1307 del Codice napoleonico, oggi riproposta – con la variazione poc'anzi segnalata – nell'ambito dell'art. 1149, secondo comma, del *Code civil* novellato.

Nondimeno, non pare che a siffatti ultimi due elementi di diversità possa ricondursi una particolare valenza interpretativa, atteso da un lato che il concetto di *raggiri* è sempre stato utilizzato dal legislatore – in continuità, del resto, con un'antica tradizione – allo scopo di definire il dolo, quale vizio del consenso (art. 1115 c.c. del 1865; art. 1439 c.c. del 1942); ed atteso dall'altro che in sede interpretativa gli esegeti dell'art. 1305 c.c. del 1865 precisavano che «*occorre (...) che alla dichiarazione si accoppi qualche altro maneggio atto ad ingannare usato dal minore, acciò questi possa essere ritenuto in dolo (...)*»¹³.

Sul piano invece del fondamento giustificativo della regola, la dottrina si è nel corso del tempo in prevalenza progressivamente distaccata dall'idea di una «*presunzione iuris et de iure di maturità del minore che si comporta dolosamente*»¹⁴, tale da determinare un'ipotesi di anticipato acquisto della capacità da parte dello stesso, alla stregua dunque di una sorta di capacità di agire speciale¹⁵.

¹² Per un sintetico commento agli attuali artt. 1147 e ss. del *Code civil*, vedi G. CHANTEPIE – M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations*, III ed., Paris, 2024, p. 361 ss.

¹³ Così, ad esempio, F. RICCI, *op. loc. cit.* Con ciò non intendiamo beninteso affatto affermare che l'aggettivazione (*semplice*) che si accompagna al sostantivo *dichiarazione* non possieda alcuna rilevanza sul piano ermeneutico (sul punto, cfr. in particolare R. SENIGAGLIA, *op. cit.*, p. 175); intendiamo solo dire che la mancanza di tale aggettivazione non esitava, sotto il vigore della vecchia norma, in un'interpretazione poi molto diversa da quella riferita alla disposizione attualmente in vigore.

¹⁴ La frase virgolettata è di F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, p. 101, il quale considera inaccettabile detta presunzione, siccome fondata su una finzione.

¹⁵ Scriveva ad esempio A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, cit., p. 234, con riferimento alla disposizione di cui all'art. 1305 c.c. del 1865: «[È] presumibile che il minore, il quale abbia già uno sviluppo tale da sembrare di età maggiore, e tanta astuzia da preparare la messa in scena che faccia cadere la controparte in errore sul suo stato, abbia anche sufficiente capacità per assumere un obbligo».

Da alcuni si è quindi fatto ricorso al concetto di sanzione, o di pena, a carico del minore, che abbia dolosamente occultato la propria condizione, sanzione consistente nella «*definitiva e irrevocabile imputazione a lui degli effetti del contratto*»¹⁶. Accanto, tuttavia, a tale orientamento, si è fatto strada un indirizzo incline a porre maggiormente in luce una *ratio* ulteriore, ovvero sia quella di «*assicurare la certezza dei traffici e un'adeguata tutela dei terzi contraenti*»¹⁷.

In realtà, le ultime due *rationes* individuate parrebbero potersi ritenere nel complesso coesistenti, poiché – come è stato rilevato in dottrina – la norma, riguardata dal lato del minore, rendendone irrilevante lo stato di incapacità che lo protegge, ben può essere considerata alla stregua di una sanzione; riguardata invece dal lato del contraente capace, la stessa «*propone un rimedio del tutto originale: preclude un'impugnativa contrattuale altrui, garantendo, in sostanza, la validità di un contratto altrimenti annullabile*»¹⁸.

La prospettiva del *rimedio* si colloca peraltro in linea di continuità con le tesi, oggi prevalenti, che la assumono con riferimento allo stesso istituto della annullabilità¹⁹, nonché con l'idea che le forme di impugnazione del negozio

¹⁶ Così, F. CARRESI, *Il contratto*, I, in *Tratt. Cicu – Messineo*, Milano, 1987, p. 142; nello stesso senso, G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, III ed., Torino, 1980 (rist. 1987), p. 525, e R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, III ed., in *Tratt. Grosso – Santoro Passarelli*, IV, 2, Milano, 1977, p. 24 s. Esclude, invece, che si possa parlare di vera e propria sanzione, G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, p. 176, nota 25.

¹⁷ F.D. BUSNELLI, *op. cit.*, p. 69. Analogamente, E. DEL PRATO, *Le annullabilità*, in *Tratt. contr. Roppo*, IV, *Rimedi – I*, II ed., Milano, 2023, p. 220; E. MOSCATI, *op. cit.*, p. 1143; M.L. CHIARELLA, *Paradigmi della minore età. Profili e modelli di regolazione giuridica tra autonomia, tutela e responsabilità. Profili di diritto comparato*, s.l., ma Soveria Mannelli, 2008, p. 88 s., nota 96. M. FRANZONI, *Dell'annullabilità del contratto*, in *Comm. Schlesinger*, II ed., Milano, 2005, p. 207 s., pur seguitando ad utilizzare il concetto di sanzione, specifica però che «*con la privazione dell'azione di tutela al minore in dolo, si garantisce la sicurezza della circolazione, consentendo all'altro contraente di opporgli il contratto*».

¹⁸ Così, F. GIARDINA, *L'art. 1426 c.c. tra annullabilità del contratto a tutela del minore*, cit., p. 1076; evidenziano, tra gli altri, la duplice *ratio* anche A. VENCHIARUTTI, *Raggravi dell'inabilitato per occultare la propria incapacità: il contratto non sarà annullabile?*, nota a Cass. 4 luglio 2012, n. 11191, in *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 45, nonché F. GALGANO, *Dell'annullabilità del contratto*, in *Comm. Scialoja – Branca*, Bologna – Roma, 1998, p. 274, e V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica – Zatti*, II ed., Milano, 2011, p. 720. Invero, la tesi della coesistenza di diverse *rationes* era stata peraltro avallata anche da A. TRABUCCHI, *Dolo*, cit. p. 154.

¹⁹ Vedi, per tutti, E. DEL PRATO, *op. cit.*, p. 183: «*[L]annullabilità rappresenta una forma di invalidità volta, tendenzialmente, a proteggere l'interesse di uno dei contraenti rimediando ad un vizio della formazione del contratto o ad una patologia del suo contenuto che riveli, o rifletta nella valutazione normativa, un'anomalia della fase formativa*».

Non è questa peraltro la sede per analizzare diffusamente l'annosa questione circa la configurazione del contratto annullabile come contratto invalido (ma provvisoriamente efficace), o come contratto valido (ma la cui efficacia è suscettibile di venire meno a seguito della tempestiva proposizione dell'azione di annullamento): sul punto, per una sintesi delle diverse impostazioni, vedi già M. PROSPERETTI, *Contributo alla teoria dell'annullabilità*, Milano, 1973, p. 17 ss. Chi scrive propende peraltro per la prima delle due tesi, ravvisando una certa difficoltà nel tenere insieme il concetto di patologia con quello di validità. A ciò va aggiunto che, a voler assumere la validità del contratto annullabile, ne discenderebbe la totale inapplicabilità allo stesso dell'art. 1338 c.c., anche nella misura residuale sostenuta da una parte degli interpreti (G. PATTI, in

– con conseguente rimozione dei suoi effetti – rimesse alla esclusiva determinazione del soggetto protetto, siano assimilabili ad ipotesi di riparazione del pregiudizio in forma specifica²⁰; con la differenza che, nel caso in esame, la riparazione in forma specifica verrebbe integrata non già dall'invalidità dell'atto, ma dalla sua validità²¹.

A prescindere dalla effettiva configurabilità, o meno, di un'ipotesi di riparazione in forma specifica, è comunque certo il dato – desumibile dalla lettera della legge – che nel caso di cui all'art. 1426 c.c. «*il contratto non è annullabile*», e dunque, secondo la prospettiva da noi privilegiata²², esso è valido, ancorché, in considerazione della specificità che caratterizza l'istituto in esame, sia il contraente capace ad essere gravato dell'onere di provare la ricorrenza degli elementi idonei ad affermare la suddetta validità, e non viceversa, come invece ordinariamente avviene nelle altre figure in cui sia in discussione la sussistenza, o meno, di una causa di annullabilità (e, dunque, di invalidità)²³.

Il contraente capace, quindi, a fronte della domanda di annullamento (o a fronte dell'eccezione volta a paralizzare la sua domanda di adempimento del contratto) sarà assoggettato ad un articolato onere probatorio, ove intenda far scattare le conseguenze di cui all'art. 1426 c.c.: in primo luogo, infatti, dovrà dimostrare la sussistenza dei raggiri posti in essere ai suoi danni dal minore²⁴; in secondo luogo – in ragione di quanto statuito dalla seconda parte della norma, in forza della quale non è sufficiente la semplice dichiarazione del minore a garantire la protezione dell'affidamento del contraente capace – egli dovrà dimostrare di avere diligentemente tentato di accertare l'età del proprio interlocutore contrattuale²⁵. Se è vero, infatti, che la buona fede del contra-

G. PATTI – S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1993, p. 179 ss.); depongono, poi, nel senso dell'invalidità del contratto annullabile anche gli artt. 1276 c.c. e 1757 c.c., a tenore dei quali l'annullabilità viene espressamente individuata come ipotesi di invalidità.

²⁰ R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Tratt. Sacco*, Torino, 1993, p. 159, p. 375, p. 430, p. 499. La tesi era stata già espressa in nuce nello scritto giovanile R. SACCO, *Responsabilità del committente e culpa in contrahendo del commesso*, nota a Cass. 30 luglio 1947, in *Riv. dir. comm.*, 1948, II, p. 3 ss.

²¹ Per una critica, rispetto a questa impostazione, cfr. F. BENATTI, *op. cit.*, p. 101 s.

²² Cfr. *supra*, in nota 19.

²³ Infatti «*sul piano processuale la causa di esclusione è oggetto di eccezione alla pretesa di annullamento; l'onere di provare la sussistenza di raggiri è, quindi, a carico della parte che resiste alla pretesa stessa*»: così, G. MIRABELLI, *op. cit.*, p. 526.

²⁴ Si ritiene, peraltro, che se il raggirò non è posto in essere direttamente dal minore, ma da un terzo, ed il minore, pur consapevole, si sia limitato a profittarne, senza partecipare attivamente alla macchinazione, non vi sia spazio per l'applicazione dell'art. 1426 c.c.: in questo senso, F. GALGANO, *op. cit.*, p. 274; M. FRANZONI, *Il contratto annullabile*, in *Tratt. Bessone*, *Il contratto in generale*, VII, Torino, 2002, p. 192.

²⁵ Ciò, sulla scorta del principio in virtù del quale *nemo ignarus esse debet conditionis eius, cum quo contrahit* (v., sul punto, già E. COLAGROSSO, *op. cit.*, p. 209; F. MESSINEO, *op. cit.*, p. 314; ma anche, più recentemente, M.L. CHIARELLA, *op. cit.*, p. 89), anche alla luce della libera consultabilità degli atti dello stato civile (cfr. per tutti G. STOLFI, *Sulla responsabilità precontrattuale del minore*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, I, p. 273).

ente capace può ravvisarsi anche a prescindere dal grado di diligenza tenuta, è altrettanto vero che la diligenza «*rileva come elemento conformatore della sua tutela*»²⁶.

Il menzionato onere probatorio gravante sul contraente capace, tuttavia, deve oggi indiscutibilmente fare i conti con la mutata condizione del traffico giuridico. Rispetto all'epoca in cui la norma venne scritta (e, vieppiù, rispetto all'epoca in cui venne scritta la disposizione di cui all'art. 1305 c.c. del 1865), il contesto della contrattazione è radicalmente cambiato²⁷, in particolare in virtù della diffusione della tecnologia e, con essa, delle tecniche a distanza, fortemente spersonalizzate.

Il problema, invero, non si colloca ormai più, nella stragrande maggioranza dei casi, su profili quali l'aspetto fisico del minore, *qui laboraverit maiorem se probare aspectu*²⁸, per cui scarsa utilità rivestono gli sporadici precedenti giurisprudenziali *in subiecta materia*, i quali – anche in ragione di una certa loro vetustà – proprio su tali profili risultano essere incentrati²⁹.

Quando infatti alla tradizionale contrattazione individuale, in compresenza delle parti, si affianca una sempre più frequente modalità in cui i contraenti non hanno la benché minima contezza circa la precisa identità del proprio interlocutore (ciò che, peraltro, nei contratti B2C a distanza vale essenzialmente per il soggetto professionale, che si relaziona con una massa indistinta di controparti); quando – come è stato autorevolmente ed efficacemente rilevato ormai oltre un quarto di secolo addietro – alla figura del contraente *loquens* si va sempre più sovente sostituendo quella del contraente *videns*³⁰; quando le tecniche di contrattazione a distanza affidano la dichiarazione di essere maggiorenne ad un «*segno di spunta*», o alla «*pronuncia di un mo-*

²⁶ Così, condivisibilmente, E. DEL PRATO, *op. cit.*, p. 220.

²⁷ In generale, V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, IV ed., Torino, 2020, in particolare p. 17 ss. per i problemi in tema di formazione del contratto.

²⁸ A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, cit., p. 234.

²⁹ Vedi, ad esempio, Cass. 21 luglio 1954, n. 2616, in *Foro pad.*, 1955, I, c. 438 ss., con nota di F. GIANNI, *Sugli effetti del contratto stipulato da un minore*; Trib. Roma 11 marzo 1961, in *Temi romana*, 1961, p. 420 ss.; Pret. Roma 31 gennaio 1967, in *Temi romana*, 1967, p. 256 s.; Pret. Napoli 21 giugno 1969, in *Dir. giur.*, 1971, p. 126 ss. Occorre peraltro rilevare che la risposta delle Corti, rispetto alla pretesa di vedere applicato l'art. 1426 c.c., è sempre stata nel senso di non ritenere *ex se* sufficiente l'apparente maturità dell'adolescente, riconducibile ad un suo precoce sviluppo fisico, necessario invece essendo – in coerenza con il dettato normativo – che il minore abbia veramente indotto in errore (scusabile) la controparte capace: sul punto, cfr. A. VENCHIARUTTI, *op. cit.*, p. 45 s.

³⁰ N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 347 ss., spec. p. 353. Come noto la questione diede origine ad un intenso, quanto raffinato, dibattito tra alcuni dei più prestigiosi esponenti della civilistica: vedi, in particolare, G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 525 ss. (nonché la risposta ai rilievi ivi contenuti rispetto alle sue tesi di N. IRTI, *È vero, ma ...*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 273 ss.); C.M. BIANCA, *Acontrattualità dei contratti di massa?*, in *Vita not.*, 2001, I, p. 1120 ss.; nonché, con specifico riferimento ai contratti telematici, A. GENTILI, *L'inefficacia del contratto telematico*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 747 ss.

*nosillabo, preceduta da una domanda, pure essa standardizzata*³¹, si rende evidentemente necessario analizzare i problemi implicati dall'art. 1426 c.c. sotto un'ottica differente, rispetto a quella tradizionale. E ciò, nella duplice prospettiva tanto della valutazione delle conseguenze che una dichiarazione così espressa – dietro alla quale «non è associato un volto, un pensiero, un'identità fisica da cui poter cogliere indizi sulla maturità, anche razionale, della persona»³² – è destinata ad avere ai fini dell'eventuale applicazione della norma qui indagata, quanto di quella dell'individuazione degli estremi, per potersi ritenere integrati i raggiri finalizzati all'occultamento dell'età, la cui presenza condiziona la tutela dell'affidamento del contraente capace (e la contestuale sanzione a carico del contraente incapace).

Secondo una recente indagine³³, le cui conclusioni appaiono nel complesso persuasive, con riferimento in particolare ai contratti perfezionati in via telematica – che sono peraltro quelli che i minorenni concludono in misura nettamente preponderante – la circostanza che il soggetto capace (*id est*: l'impresa che opera nel settore del commercio elettronico) non disponga di alcun mezzo idoneo ad accertare la reale età della propria controparte, suggerisce l'adozione di un modello valutativo che consideri anzitutto il fatto che gli estremi dei raggiri non debbano necessariamente ritenersi integrati in presenza solo di una sofisticata *mise en scène*, ben potendo, a certe condizioni, il mero mendacio, o anche la reticenza, costituire dolo rilevante ai sensi dell'art. 1439 c.c. (e, dunque, anche ai sensi dell'art. 1426 c.c.)³⁴.

La questione dei raggiri, peraltro, si risolve nella loro concreta idoneità ad indurre in errore la controparte e va valutata, a nostro parere, tenendo in debito conto le interrelazioni che si determinano tra le parti, alla luce delle modalità di contrattazione in concreto adottate.

Ebbene, affermare per tutti i contratti telefonici o telematici l'insufficienza del monosillabo pronunziato o del meccanismo *point and click*, rispetto alla protezione dell'affidamento del contraente capace, finirebbe a ben vedere per rappresentare un serio disincentivo all'utilizzo di tali tecniche di contrattazione, le quali invece – come noto – hanno determinato notevoli benefici, sul piano della speditezza e della facilità, in ordine all'approvvigionamento di beni e servizi da parte di una platea sempre più vasta di consumatori e utenti³⁵. La dichiarazione di essere maggiorenne così resa, nel contesto della contrattazione di massa a distanza, si attegga dunque a non poter essere ritenuta

³¹ Così, R. SENIGAGLIA, *op. cit.*, p. 171, nonché E. ANDREOLA, *op. cit.*, p. 208 s.

³² Di nuovo, R. SENIGAGLIA, *op. cit.*, p. 172.

³³ Si tratta di quella condotta da R. SENIGAGLIA, *op. cit.*, p. 170 ss.

³⁴ A riguardo, sia consentito rinviare a C. COLOMBO, *Il dolo nei contratti: idoneità del mezzo fraudolento e rilevanza della condotta del deceptus*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, I, p. 347 ss., spec. p. 374 ss.

³⁵ Come rileva A. GENTILI, *op. cit.*, p. 769 «l'annullamento di contratti conclusi da minori che si siano valse del mezzo telematico per dissimulare la propria incapacità, va certamente in controtendenza rispetto alle ragioni per le quali queste tecnologie hanno conosciuto diffusione».

semplice e nel contempo appare idonea, unitamente allo stesso dato rappresentato dall'utilizzo del mezzo telematico, a costituire elemento sufficiente a trarre in inganno la controparte, con conseguente salvaguardia degli effetti del contratto concluso dal minore³⁶.

Naturalmente ciò è destinato a valere, essenzialmente, rispetto a quei contratti che, per la loro relativa importanza, tanto sul piano del tipo di vincolo giuridico assunto, quanto sul piano del loro valore economico, non abbisognano di un grado di tutela più intenso. Invero, quando la posta in gioco, giuridicamente o economicamente, risulta essere di una certa rilevanza, la scelta dell'operatore commerciale di accontentarsi del monosillabo pronunziato, o del meccanismo *point and click*, seguiterà invece ad esporlo al pericolo dell'annullamento del contratto concluso dal minore. Se, infatti, almeno allo stato attuale dell'evoluzione tecnologica e normativa, non si può ragionevolmente pretendere – ad esempio – che ad ogni contratto telematico sia allegata la copia del documento e/o della tessera sanitaria dell'utente, onde poterne accertare la maggiore età, è altrettanto vero che rispetto a certi contratti, che si caratterizzano come particolarmente sensibili sotto i profili dianzi rilevati, tale allegazione al contrario sembra davvero imporsi.

Un modello così congegnato, peraltro, finisce opportunamente anche per evitare di addossare interamente sugli operatori commerciali il rischio derivante dall'utilizzo da parte dei minorenni dei mezzi telematici, e di richiamare dunque chi esercita la responsabilità genitoriale ad una maggiore attenzione nel controllo di detto utilizzo³⁷, oltre che di quello degli strumenti di pagamento, che risultano pressoché sempre necessari per perfezionare i contratti nel contesto telematico³⁸.

3. *L'applicabilità della norma alle altre ipotesi di incapacità (o di limitata capacità) legale*

Sotto il vigore dell'art. 1305 del 1865 si era formato, tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza, un orientamento in prevalenza favorevole all'applicabilità della norma anche alle altre situazioni di incapacità, o di limitata capacità

³⁶ Di diverso orientamento è, invece, G. CAPILLI, *op. cit.*, p. 47 ss., la quale ritiene che il sistema attuale non sia «sufficientemente malleabile per affrontare le questioni che possono scaturire da certi comportamenti» (p. 54) ed auspica dunque un'opera di riforma, la quale tenga conto delle specificità del commercio elettronico del minorenne e delle diverse ipotesi problematiche che possono concretamente prospettarsi in relazione ad esso.

³⁷ Del resto, il modello del c.d. controllo parentale, che implica per l'appunto il richiamo alla sinergia tra operatori commerciali ed esercenti la responsabilità genitoriale, è quello recentemente adottato, in funzione protettiva dei minori, dal c.d. "Decreto Caivano" (art. 13, d.l. 15 settembre 2023, n. 123, conv. in l. 13 novembre 2023, n. 159).

³⁸ In dottrina è stato, ad esempio, ritenuto riconducibile ai raggiri, di cui all'art. 1426 c.c., l'utilizzo della carta di credito dei genitori: G. COMANDÈ – S. SICA, *Il commercio elettronico*, Torino, 2001, p. 79.

di agire³⁹. Presso la Corte di Cassazione questo orientamento sarebbe stato confermato, con riferimento al caso degli inabilitati, anche da una sentenza successiva all'entrata in vigore al codice del 1942, ma relativa ad una fattispecie disciplinata dalla vecchia disposizione⁴⁰.

Particolarmente critica, rispetto a tale indirizzo, era invece la posizione di un illustre Autore⁴¹, la quale avrebbe poi finito per risultare sostanzialmente decisiva – una volta entrato in vigore l'art. 1426 c.c. – per determinare un radicale mutamento di opinioni in dottrina⁴².

Anche la Corte di Cassazione, in un arresto dello scorso decennio, si è allineata alla prevalente opinione dottrinarina, affermando l'eccezionalità della norma e, con essa, l'inapplicabilità ai casi di occultamento dello stato di incapacità da parte dell'inabilitato o dell'interdetto⁴³.

Le argomentazioni con le quali la Corte ha sostenuto la stretta applicabilità della disposizione sono state tuttavia fatte oggetto di critica, da parte di chi ha evidenziato anzitutto non essere vero, in termini assoluti, che negli interdetti e, *a fortiori*, negli inabilitati, non residui mai una sia pur parziale capacità di intendere e di volere, compatibile con «*la lucida rappresentazione del proprio stato e la consapevole volontà diretta a mascherarlo*»⁴⁴; in questo senso dunque, anche facendo leva sul mutato assetto degli istituti di protezione dei soggetti affetti da infermità che ne pregiudicano o limitano la capacità di intendere e di volere, a séguito dell'entrata in vigore delle disposizioni sull'amministrazione di sostegno, la dottrina qui esaminata propende per una possibile estensione dell'applicazione dell'art. 1426 c.c. al di fuori del suo ambito letterale, essenzialmente in chiave di tutela dell'affidamento del contraente capace⁴⁵.

Per quanto apprezzabilmente argomentata, la tesi in parola non ci sembra convincente. Il fatto che il legislatore, nel redigere la norma di cui all'art. 1426 c.c., abbia ritenuto di confermare l'ambito già individuato nell'art. 1305 c.c. del

³⁹ Vedi, ad es., R. BOLAFFI, *Le teorie sull'apparenza giuridica*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, p. 135; per ulteriori riferimenti, anche giurisprudenziali, cfr. A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, cit., p. 234, nota 2; nonché A. VENCHIARUTTI, *op. cit.*, p. 46, nota 9.

⁴⁰ Si tratta di Cass. 29 maggio 1946, n. 679, in *Foro It.*, 1947, c. 619 ss., con nota redazionale critica di A. (T.)ABET.

⁴¹ A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, cit., p. 234 s., il quale avrebbe poi confermato la propria posizione, anche con riferimento alla disposizione del c.c. del 1942 in *ID.*, *Dolo*, cit., 154.

⁴² Cfr., ad es., E. COLAGROSSO, *op. cit.*, p. 209; F. CARRESI, *op. cit.*, p. 142; G. MIRABELLI, *op. cit.*, p. 526; M. FRANZONI, *Dell'annullabilità del contratto*, cit. p. 209.

È curioso peraltro osservare che le poche voci dissonanti risultano espresse da alcuni Autori che si sono occupati della questione dall'angolo prospettico degli istituti dell'interdizione, dell'inabilitazione e dell'emancipazione: cfr., G. GIUNTA, *Incapacità di agire. Interdizione, inabilitazione, incapacità naturale*, Milano, 1965, p. 132; E.V. NAPOLI, *L'inabilitazione*, Milano, 1985, p. 178; G. CATTANEO, *Emancipazione*, in *Dig. disc. civ., Sez. priv.*, VII, Torino, 1991, p. 427.

⁴³ Cass. 4 luglio 2012, n. 11191, in *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 39 ss., con la già citata nota di A. VENCHIARUTTI.

⁴⁴ Queste sono le parole che si leggono nella motivazione di Cass. 4 luglio 2012, n. 11191, cit.

⁴⁵ La tesi qui sintetizzata è quella di A. VENCHIARUTTI, *op. cit.*, p. 46 ss.

1865, costituisce elemento nel complesso dirimente, ai fini della soluzione del problema qui in discussione. Come si è visto, il dibattito circa l'applicazione estensiva della norma contenuta nel codice abrogato era già vivace, sicché – ove il legislatore del 1942 avesse inteso, ad esempio, dare séguito alle interpretazioni prevalenti, di cui in precedenza si è riferito – ben avrebbe potuto introdurre nel testo della norma in modo esplicito un riferimento alla posizione dell'interdetto, o magari anche solo dell'inabilitato.

È vero che, nel già riferito mutato contesto delle contrattazioni a distanza, è data senza dubbio occasione di ravvisare analoghe esigenze di tutela del contraente capace, ed è altrettanto vero che anche gli interdetti, gli inabilitati e i beneficiari di amministrazione di sostegno (per ragioni correlate a situazioni in cui la capacità di intendere e di volere risulta totalmente o parzialmente compromessa) possono avere anche facilmente accesso a strumenti che consentono la contrattazione a distanza. Ma è altrettanto vero che le esigenze di protezione di questi soggetti – il cui stato di incapacità naturale è stato fatto oggetto di preventivo accertamento giudiziale – appaiono in buona misura diverse da quelle concernenti il soggetto minore di età.

D'altra parte, anche in ragione del fatto che attualmente l'interdizione giudiziale viene riservata essenzialmente a soggetti la cui capacità di intendere e di volere è gravemente compromessa, appare invero assai difficile individuare in concreto dei casi in cui residui negli stessi quella sia pur parziale lucidità e consapevolezza, che sarebbe comunque necessaria ai fini dell'ipotetica applicazione estensiva dell'art. 1426 c.c.

Quanto, invece, alle persone inabilite e a quelle assoggettate all'amministrazione di sostegno, va detto che le prerogative di autonomia che sono loro legittimamente consentite in via diretta finiscono per rendere davvero marginali le ipotesi di possibile applicazione estensiva dell'art. 1426 c.c.

A ciò si aggiunga il fatto che le cause che giustificano tanto l'amministrazione di sostegno, quanto l'inabilitazione, non necessariamente sono, come noto, correlate a situazioni di stabile compromissione della capacità di intendere e di volere. Si pensi, volendoci limitare ai casi di inabilitazione, alla posizione dei soggetti prodighi, o di coloro che abusano di alcoolici o di sostanze stupefacenti: in tali ipotesi l'occultamento doloso della propria situazione di limitata capacità legale sarebbe invero assai agevole, da parte del soggetto tutelato, ma è del tutto evidente che l'applicazione estensiva dell'art. 1426 c.c. avrebbe come conseguenza quella di vanificare pressoché *in toto* la finalità protettiva del provvedimento di inabilitazione (o, *mutatis mutandis*, di assoggettamento all'amministrazione di sostegno).

Alla luce dunque di quanto precede, appare nel complesso preferibile l'interpretazione fornita dalla dottrina prevalente e della giurisprudenza della Corte di Cassazione, nel senso dell'inapplicabilità della norma a soggetti diversi dai minorenni.

Relativamente, infine, ai minori emancipati, davvero non si ravvedono criticità di sorta. Infatti, se l'atto compiuto rientra tra quelli non bisognosi dell'as-

sistenza del curatore, *nulla quaestio*, poiché l'atto è perfettamente valido; se invece l'atto esorbita dalle prerogative di autonomia da lui esercitabili in forma diretta, il minore emancipato non si trova invero in una situazione differente rispetto a quella di qualsiasi altro minore, con la conseguenza che ad esso sarà senza dubbio applicabile l'art. 1426 c.c.

4. La responsabilità precontrattuale del minore

Il tema della responsabilità precontrattuale del soggetto minore di età implica l'analisi – e la conseguente risposta – ad alcuni quesiti, che possono essere così schematizzati:

(i) se, in caso di annullamento del contratto per sua incapacità, può il minore essere chiamato a rispondere in via risarcitoria *ex art.* 1338 c.c., laddove non abbia “*dato notizia all'altra parte*” della propria condizione;

(ii) se, quando il contratto concluso è inficiato (in via esclusiva – per effetto dell'applicabilità alla fattispecie dell'art. 1426 c.c. – o in via concorrente) da altra causa di annullabilità, diversa dall'incapacità legale del soggetto (ad esempio, in caso di vizio del consenso del contraente capace), il minore può essere chiamato a rispondere in via risarcitoria;

(iii) se, quando il contratto è concluso, ma non è annullabile – o in concreto non ne viene domandato l'annullamento – può essere il minore chiamato a risarcire comunque il danno subito dal contraente capace;

(iv) se può essere chiamato il minore a risarcire il danno patito dalla parte capace, qualora abbia interrotto ingiustificatamente una trattativa in corso.

La risposta al primo dei tre quesiti (i) è evidentemente correlata all'insussistenza dei presupposti in base ai quali risulta applicabile l'art. 1426 c.c.; se infatti sono sussistenti detti presupposti, il contratto non è invalido e, dunque, semmai si potrebbero porre le questioni di cui al secondo e al terzo dei quesiti che si sono prospettati.

In dottrina, su tale prima questione è prevalsa tradizionalmente l'opinione negativa⁴⁶, che ha trovato séguito anche nella giurisprudenza di legittimità, sia pure in un lontano precedente⁴⁷. I capisaldi argomentativi di questo indirizzo possono essere così riassunti: a) lo speciale obbligo di notizia *ex art.* 1338 c.c. non potrebbe gravare sul minore, stante l'affermata antitesi tra detto obbligo e la condizione di incapacità legale; b) l'art. 1426 c.c. avrebbe la funzione

⁴⁶ Vedi, anzitutto, G. STOLFI, *op. cit.*, p. 271 ss., il quale ebbe a sostenere la propria opinione con una particolare *verve* polemica; nonché, tra gli altri, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli – Camerino, 1994 (rist. corretta della II ed.), p. 113; C.M. BIANCA, *Il contratto*, III ed., Milano, 2019, p. 150 s.; G. MIRABELLI, *op. cit.*, p. 526; F. MESSINEO, *op. cit.*, p. 314; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Scialoja – Branca*, Bologna – Roma, 1987 (rist. dell'edizione del 1970), p. 221. Più recentemente, F. GIARDINA, *L'art. 1426 c.c. tra annullabilità del contratto a tutela del minore*, cit., p. 1076 s.

⁴⁷ Cass. 21 luglio 1954, n. 2616, cit.

di preservare comunque la posizione del minore, con la sola eccezione della sussistenza degli estremi della sua condotta fraudolenta; c) risulterebbe in ogni caso difficile ritenere il contraente capace privo di colpa, stante l'agevole accertabilità dell'altrui condizione di incapacità legale correlata alla minore età; d) la previsione di una responsabilità *ex art.* 1338 c.c. del minore finirebbe per rappresentare un disincentivo all'impugnazione del contratto annullabile per incapacità legale⁴⁸.

Nel dibattito dottrinale, tuttavia, si è evidenziato come un inquadramento della responsabilità precontrattuale in chiave di responsabilità aquiliana⁴⁹, dovrebbe viceversa condurre ad un differente esito, in virtù di quanto disposto dagli artt. 2046 e 2047, secondo comma, c.c.⁵⁰, ed in effetti non sono mancate voci, anche autorevoli, in tal senso⁵¹.

Peraltro, pure all'infuori di detto inquadramento, è stata altresì sostenuta la tesi della responsabilità del minore *ex art.* 1338 c.c., argomentandosi come la questione andrebbe risolta nel quadro normativo delle regole sulla correttezza nelle trattative e che, ove si possa dimostrare un affidamento non colposo del contraente capace, si dovrebbe ritenere applicabile siffatta forma di responsabilità⁵².

Altra dottrina, poi, nel manifestare delle perplessità in ordine alle argomentazioni tradizionalmente addotte nel senso dell'irresponsabilità del minore *ex*

⁴⁸ Per quest'ultimo rilievo, cfr. in particolare R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 571: «con una diversa soluzione, la sua responsabilità *ex art.* 1338 c.c. dipenderebbe non tanto dalla conclusione del contratto, quanto dalla impugnativa del medesimo, impugnativa che cesserebbe, a quel punto, di essere libera – con notevole, e contraddittoria, menomazione della protezione minorile →».

⁴⁹ Non può qui ovviamente analizzarsi *funditus* l'annosa questione inerente alla natura (contrattuale o extracontrattuale) della responsabilità precontrattuale. Per gli opportuni ragguagli, si rinvia dunque, per tutti, a M. ORLANDI, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir., I tematici, I, Contratto* (a cura di G. D'AMICO), Milano, 2021, p. 996 ss. Appare tuttavia opportuno comunque segnalare che la qualificazione "contrattuale" della responsabilità precontrattuale, ormai da tempo prevalente in dottrina (a partire da L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 360 ss.), ha cominciato a trovare accoglimento anche in giurisprudenza, la quale invece per lungo tempo era stata granitica nel qualificarla come "extracontrattuale": v., per il cambio di orientamento, Cass. 12 luglio 2016, n. 14188, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 942 ss., con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità precontrattuale e «contatto sociale qualificato»*, nonché in *Contratti*, 2017, p. 35 ss., con nota di F. PIRAINO, *La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale (ipotesi sull'immunità)*.

⁵⁰ F. GALGANO, *op. cit.*, p. 275: «chi considera la responsabilità precontrattuale come responsabilità per fatto illecito dovrebbe perciò concludere per la responsabilità del minore, se naturalmente capace».

⁵¹ V, ad esempio, F. CARRESI, *In tema di responsabilità precontrattuale*, in *Temi*, 1965, p. 455 s., il quale tuttavia avrebbe poi esplicitamente mutato opinione sul punto: cfr. ID., *Il contratto*, II, in *Tratt. Cicu – Messineo*, Milano, 1987, p. 719; v. anche, più recentemente, M. FRANZONI, *Dell'annullabilità del contratto*, cit., p. 209.

⁵² G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, p. 273 ss.; per argomentazioni non dissimili, vedi anche A. CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regola di correttezza*, Padova, 1977, p. 273 ss.; G. GRISI, *op. cit.*, p. 175 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Responsabilità civile e minore età*, Napoli, 1994, p. 126 ss.

art. 1338 c.c., si è tuttavia interrogata sulla possibilità di ritenere l'art. 1426 c.c. norma idonea ad esaurire tutti i doveri di informazione gravanti sul minore, sicché la stessa finirebbe per assorbire, in un regime eccezionale, la rilevanza degli ulteriori spazi coperti dall'art. 1338 c.c.⁵³.

Non è poi mancato anche chi, ritenendo che l'art. 1338 c.c. non sanzionerebbe l'illecito consistente nel porre in essere la causa di invalidità del contratto, ma unicamente quello di chi omette la comunicazione all'altra parte di una causa di invalidità da lui conosciuta o conoscibile, esclude che il minore possa rispondere in via risarcitoria ai sensi di detta norma, e che semmai si dovrebbe porre la questione dell'eventuale responsabilità dell'altro contraente, il quale non abbia fatto rilevare l'altrui condizione di incapacità legale. Tale responsabilità, tuttavia, sarebbe esclusa nel caso in cui il minore capace di intendere e di volere conosceva o avrebbe potuto conoscere – come normalmente accade – la propria condizione di soggetto legalmente incapace di agire; analogamente, la responsabilità non vi sarebbe, nel caso in cui il minore disveli la propria incapacità, manifestando al contempo la volontà di concludere il contratto, e quest'ultimo venga poi effettivamente concluso. Quanto precede, tuttavia, non esclude – secondo l'opinione qui esaminata – che il minore possa essere chiamato a rispondere, in ordine ai danni cagionati, sulla base del disposto di cui all'art. 1337 c.c.⁵⁴.

Infine, secondo una recente indagine, la circostanza che la capacità di discernimento vada considerata quale criterio di legittimazione delle scelte autonome del minore – con conseguente affermazione dell'idoneità a porre in essere contratti in capo al soggetto che detta capacità possiede – avrebbe come conseguenza logica e necessitata l'affermazione a tutto tondo della responsabilità precontrattuale in capo a detto minore, tanto ai sensi dell'art. 1337 c.c., quanto ai sensi dell'art. 1338 c.c., con il solo limite della sussistenza di uno stato di incapacità di intendere e di volere, non derivante da sua colpa⁵⁵.

Come si vede, le opinioni risultano essere piuttosto diversificate, anche se, in buona sostanza, quale che sia la norma da prendere in considerazione (l'art. 1337 c.c., o l'art. 1338 c.c.), le stesse possono essere ripartite in due categorie, a seconda che si ritenga, o meno, il minore responsabile del danno subito dall'altra parte, nel caso in cui il contratto venga annullato per incapacità.

Va detto, a riguardo, che la presenza dell'art. 1426 c.c. fornisce invero solidi argomenti alla tesi negativa, perché parrebbe in effetti circoscrivere la rilevanza, in termini di illegittimità, della condotta *in contrahendo* del minore alla sola ipotesi ivi contemplata, e che l'unica conseguenza "sanzionatoria" possibile sarebbe, dunque, quella della perdita dell'azione di annullamento; così come non può essere sottovalutato l'argomento fondato sull'effetto dissuasivo,

⁵³ L'interrogativo è posto da E. DEL PRATO, *op. cit.*, p. 222.

⁵⁴ È la tesi sostenuta da G. PATTI, *op. cit.*, p. 209 ss., ed alla quale mostra di aderire E. ANDREOLA, *op. cit.*, p. 236 ss.

⁵⁵ Così, R. SENIGAGLIA, *op. cit.*, p. 196 ss.

che la previsione di un possibile risarcimento a favore del contraente capace potrebbe finire per determinare rispetto alla decisione di avvalersi, o meno, della tutela finalizzata alla declaratoria di annullamento.

Tuttavia, non ci si deve nascondere il fatto che l'affermazione di una totale irresponsabilità risarcitoria del minorenni in via precontrattuale, in caso di annullamento per incapacità, finirebbe verosimilmente per forzare una risposta negativa anche in ordine ai quesiti *sub (ii)* e *sub (iii)*, con la conseguenza che andrebbe affermata, ad esempio, l'irresponsabilità in via risarcitoria del minorenni, il quale abbia estorto il consenso altrui con violenza, o abbia tenuto una condotta integrante gli estremi del dolo determinante (non relativo all'occultamento della propria condizione), o del dolo incidente, in danno dell'altra parte.

D'altro canto, anche in difetto dei presupposti per l'applicazione dell'art. 1426 c.c., esiste pur sempre l'eventualità che il contratto affetto da invalidità per incapacità legale non venga in concreto impugnato, sicché i relativi effetti sono dunque destinati ad acquisire definitiva stabilità.

Escludere, pertanto, in termini assoluti che il minorenni possa essere passibile di incorrere in responsabilità per mala fede *in contrahendo* appare nel complesso garantire allo stesso un'eccessiva sfera di immunità, che sembra andare oltre le ragioni che ne giustificano, in funzione protettiva, l'incapacità contrattuale.

Va da sé poi che – come si è visto – l'affermazione della responsabilità precontrattuale del minorenni parrebbe assolutamente ineludibile, laddove si accogliesse la tesi della natura *aquiliana* della stessa: in tal caso, infatti, la capacità legale di agire non giocherebbe alcun ruolo, rilevante essendo la sola capacità naturale.

Tuttavia, anche a volerla considerare avente natura *contrattuale*, come la considera la dottrina maggioritaria e ora anche la giurisprudenza della Corte di Cassazione⁵⁶, in alcuni suoi arresti, resta che trattasi comunque di qualcosa di diverso, rispetto alla responsabilità scaturente dalla rilevanza obbligatoria di un contratto valido (rilevanza che impone in primo luogo l'adempimento della prestazione, e che solo in difetto di adempimento implica che il contraente sia tenuto a risarcire il danno).

In questo senso – e qui veniamo all'ultimo dei quesiti che ci eravamo posti (*iv*) – non ci sembra infondato sostenere che il minorenni possa rispondere in via risarcitoria nel caso in cui abbia interrotto ingiustificatamente una trattativa intrapresa ai fini della conclusione di un contratto.

L'argomento sovente addotto in senso contrario, e cioè quello in base al quale, stante l'invalidità (per incapacità legale) che inficerebbe il perfezionando contratto, la sua mancata conclusione sarebbe invero esito conforme a legge, e dunque non potrebbe implicare responsabilità risarcitoria, non è infatti persuasivo.

⁵⁶ *Supra*, nota 48.

Atteso infatti che la responsabilità precontrattuale si fonda non già sul valore giuridicamente vincolante del patto o della promessa, ma sulla circostanza che il soggetto ha tenuto una condotta non conforme a buona fede nel corso delle trattative e/o in occasione della formazione del contratto, nulla sembra ostare a ritenere irrilevanti le norme in tema di capacità legale di agire, dovendosi dunque fare esclusivo riferimento alle disposizioni in tema di capacità naturale.

D'altro canto, anche a livello letterale, deve segnalarsi che l'art. 2 c.c. è espressamente riferito agli "atti", e la menzione della legale "capacità di contrattare" di cui all'art. 1425, primo comma, c.c., ha quale punto di riferimento l'atto, e non già una mera condotta, qual è quella che viene posta in essere da chi prende parte a una trattativa, o si limita a porre in essere i prodromi di un contratto, che poi non viene concluso.

E se il fatto da cui origina la responsabilità non è il contratto, ma tale condotta, non vi è alcuna ragione, come detto, per ritenere rilevante il requisito della capacità legale di agire.

Abstract [Ita]

L'Autore approfondisce la tematica di cui all'articolo 1426 c.c., riguardante la non annullabilità del contratto nel caso in cui il minore, con i propri raggiri, abbia occultato la propria minore età. Dopo un inquadramento generale della capacità negoziale del minore, con riferimenti anche all'ordinamento francese, e alle origini della disposizione in esame, vengono messe in luce le difficoltà applicative della norma nell'attuale sistema dei traffici giuridici. Particolare attenzione viene rivolta alla possibilità di applicare l'articolo 1426 c.c. anche alle altre ipotesi di incapacità o di limitata capacità legale del soggetto contraente, e al possibile riconoscimento di una responsabilità precontrattuale in capo al minore.

Parole chiave: articolo 1426 del Codice civile; inganno; annullabilità del contratto; contratto concluso dal minore; responsabilità precontrattuale del minore.

Abstract [Eng]

The author examines the subject of Article 1426 of the Civil Code, which concerns the non-voidability of a contract where the minor has concealed his age by deception. After a general overview of minors' capacity to negotiate, including references to French law, and the origins of the provision in question, the difficulties of applying the rule in the current system of legal transactions are highlighted. Particular attention is paid to the possibility of applying Article 1426 of the Civil Code to other hypotheses of incapacity or diminished capacity of the contracting party and to the possible recognition of a pre-contractual liability of the minor.

Keywords: article 1426 of the Civil Code; deception; voidability of the contract; contract concluded by the minor; pre-contractual liability of the minor.

L'ascolto del minore tra autodeterminazione ed esigenze di tutela del suo migliore interesse

Maria Alessandra Iannicelli

Sommario: 1. La valenza “sostanziale” e “processuale” del diritto del minore all’ascolto. – 2. La capacità di discernimento e le opinioni del minore. – 3. Autodeterminazione del minore e perseguimento del suo migliore interesse in sede di ascolto.

1. La valenza “sostanziale” e “processuale” del diritto del minore all’ascolto

La Riforma della giustizia familiare e minorile¹ ha dedicato specifica attenzione all’ascolto del minore e al ruolo della sua opinione nelle decisioni giudiziali, valorizzando – più che in passato – la relazione intercorrente tra diritto all’ascolto e primario interesse del minore, nel senso della imprescindibilità del primo purché non sia pregiudicato il secondo.

Per effetto delle modifiche apportate dalla legge delega n. 206/2021 e dal successivo d.lgs. di attuazione n. 149/2022², l’ascolto non è più contemplato nel codice civile.

Gli artt. 336-*bis* e 337-*octies* c.c., introdotti oltre un decennio fa dalla Riforma della filiazione³, sono stati abrogati e la disciplina in materia di ascolto è stata trasferita nel codice di procedura civile ovvero negli artt. 473 *bis*.4 e 473 *bis*.5 c.p.c. e negli artt. 152-*quater* e 152-*quinquies* disp. att. c.p.c., oltre che – con riferimento ad ipotesi specifiche – negli artt. 473 *bis*.6⁴ e 473 *bis*.45

¹ Introdotta dalla l. 26 novembre 2021, n. 206, «Delega al Governo per l’efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata», in *G.U.* n. 292 del 9 dicembre 2021.

² D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, in *G.U.* n. 243 del 17 ottobre 2022, s.o. n. 38.

³ Ad opera della l. 10 dicembre 2012, n. 219, «Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali», in *G.U.* n. 293 del 17 dicembre 2012, e del successivo d.lgs. di attuazione 28 dicembre 2013, n. 154, «Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell’art. 2, l. 10 dicembre 2012, n. 219», in *G.U.* n. 5 dell’8 gennaio 2014.

⁴ In caso di rifiuto del minore di incontrare uno o entrambi i genitori – di cui si dirà più avanti – e in occasione di condotte, poste in essere da un genitore, di ostacolo al mantenimento di rapporti continuativi tra il minore e l’altro genitore o tra il minore e gli ascendenti o altri parenti di ciascun ramo genitoriale.

c.p.c.⁵. Siffatta trasposizione non ha comunque inciso sulla natura sostanziale del diritto del minore ad essere ascoltato in quanto le nuove norme contemplate dal codice di procedura civile, riconoscendo in modo generalizzato il diritto del minore all'ascolto⁶, sono da ritenersi espressione del completamente "procedurale" di quanto già previsto in via "sostanziale" dall'art. 315 *bis*, comma 3, c.c.⁷.

Del resto, la norma di cui all'art. 473 *bis*.4, comma 1°, c.p.c. sancisce chiaramente il diritto del minore ad essere ascoltato «nei procedimenti nei quali devono essere adottati provvedimenti che lo riguardano» (nei limiti dell'ambito applicativo di cui all'art. 473 *bis*, comma 1°, c.p.c.)⁸. E il successivo comma 2, che contempla le ipotesi in cui «il giudice non procede all'ascolto», certamente non smentisce la natura dell'ascolto quale "diritto fondamentale", in considerazione della sua funzionalizzazione alla esclusiva realizzazione del migliore interesse del minore.

Le novità introdotte dalle norme del codice di procedura civile in materia di ascolto del minore sono ascrivibili al compimento dell'*iter* normativo che

⁵ In ordine a situazioni di violenza domestica o di genere. In argomento, v. M. VELLETTI, *L'ascolto del minore nei procedimenti con allegazioni di violenza*, in M. BIANCA - F. DANOVÌ (a cura di), *La nuova giustizia familiare e minorile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, p. 1290 ss.

⁶ Nella relazione illustrativa al d.lgs. n. 149/2022, in *G.U.* n. 245 del 19 ottobre 2022, s.s. n. 5, p. 51, l'ascolto è chiaramente contemplato come «diritto» del minore, ove si afferma che: «È attribuita una portata generale all'ascolto del minore, il quale vanta un vero e proprio diritto di esprimere il proprio pensiero in tutte le questioni e le procedure finalizzate a incidere nella propria sfera individuale».

⁷ Come opportunamente e condivisibilmente precisato in C.M. BIANCA, *Diritto civile 2.1, La famiglia*, 7ª ed. a cura di M. BIANCA e P. SIRENA, Milano 2023, p. 246 ss., «La nuova disciplina conferma l'ascolto quale diritto fondamentale, a valenza sostanziale e processuale. Lo spostamento nel codice di procedura civile dell'ascolto nei procedimenti non ha intaccato la sua natura sostanziale. L'ascolto, infatti, continua ad essere disciplinato nel codice civile quale diritto fondamentale che, insieme ad altri, compone lo statuto dei diritti fondamentali del figlio».

⁸ Si precisa che per effetto del d.lgs. 31 ottobre 2024, n. 164, in *G.U.* n. 264 dell'11 novembre 2024, contenente disposizioni correttive e di coordinamento del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 – per un commento del quale con riferimento alle norme per il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie, si rinvia a R. DONZELLI, *Le modifiche al processo familiare e minorile. Prime note illustrative al d.lgs. n. 164 del 31 ottobre 2024*, in *www.judicium.it*, 19 novembre 2024 – è stato parzialmente modificato l'art. 473 *bis* c.p.c., di cui è stata altresì integrata la rubrica che ora è «Ambito di applicazione. Mutamento del rito». In ogni caso, restano in vigore e, dunque, sopravvivono alle norme di carattere generale introdotte dall'opera di riordino della Riforma Cartabia (anche dopo il decreto correttivo suindicato) le norme speciali previste nell'ambito dei procedimenti volti alla dichiarazione di adottabilità e in quelli di adozione di minori di età e, in particolare, le norme di cui agli artt. 7 comma 3, 10 comma 5 e 15 comma 2, l. n. 184/1983.

Con riferimento ai minori stranieri non accompagnati restano in vigore le norme speciali di cui all'art. 18, commi 2-*bis* e 2-*ter*, d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142.

Infine, nei procedimenti per abbandono di minore o in caso di grave pregiudizio e pericolo per l'incolumità psicofisica del minore nell'ambiente familiare, il novellato art. 403, comma 5, c.c. prevede che in udienza il giudice relatore «procede all'ascolto del minore direttamente e, ove ritenuto necessario, con l'ausilio di un esperto».

ha consentito, negli ultimi decenni, di minare progressivamente il “sistema adultocentrico”⁹ e ridisegnare il processo della famiglia nel suo complesso, collocandosi in quella “prospettiva paidocentrica” che considera il minore, non più soggetto incapace, mero destinatario di protezione, bensì titolare di diritti fondamentali – con riferimento ai quali l’ascolto è senza dubbio imprescindibile – che l’ordinamento deve non solo riconoscere ma altresì garantire e promuovere in via prioritaria¹⁰.

Rispetto alla disciplina previgente, il diritto del minore ad essere ascoltato è evidentemente rimasto inalterato «anche nella sua collocazione topografica data dall’art. 315-*bis*, comma 3, c.c.» e «resta fermo il principio per il quale l’ascolto è un momento fondamentale per la tutela dei diritti del minore in tutte le questioni che lo riguardano»¹¹.

In tema di ascolto del minore, la Riforma della giustizia familiare e minorile è, dunque, inevitabilmente espressione della continuità – sul piano processuale – della Riforma della filiazione¹²: fermo restando il “diritto fondamentale” del minore di essere ascoltato sancito dall’art. 315-*bis*, comma 3, c.c., le norme recanti la disciplina dell’ascolto sono state trasposte nel codice di rito in ossequio all’idea che, da questo punto di vista, l’ascolto sia “istituto processuale” e rielaborate mediante la cristallizzazione di principi fissati dalla giurisprudenza e sulla scorta di una nuova e più attenta sensibilità giuridica¹³. La nuova disciplina dell’ascolto soddisfa, così, l’esigenza di prevedere una collocazione più logica e coerente all’interno del codice di procedura civile proprio perché l’ascolto è disposto dal giudice nel processo. E, quando esercitato nel processo, il diritto del minore di essere ascoltato richiede di essere bene integrato all’interno del procedimento e delle sue garanzie¹⁴.

⁹ In argomento, v. A. MORACE PINELLI, *Curatore speciale e autodeterminazione del minore d’età*, in M. BIANCA - F. DANOVI (a cura di), *La nuova giustizia familiare e minorile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, p. 969 ss.

¹⁰ Sul punto, v. M. SESTA, *La prospettiva paidocentrica quale fil rouge dell’attuale disciplina giuridica della famiglia*, in *Fam. e dir.*, 2021, p. 763 ss. In argomento, v. altresì ID., *La riforma e il diritto di famiglia. La prospettiva paidocentrica dal diritto sostanziale al diritto processuale*, in M. BIANCA - F. DANOVI (a cura di), *La nuova giustizia familiare e minorile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, p. 1054 ss.; ID., *La filiazione*, in S. PATTI (a cura di), *Diritto privato*, Padova 2019, p. 903 ss.; ID., voce *Filiazione (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, Annali VIII, Milano 2015, p. 445 ss.

¹¹ Così, F. DANOVI, *Il valore sistematico di un rito unitario e i suoi principi generali*, in M. BIANCA - F. DANOVI (a cura di), *La nuova giustizia familiare e minorile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, p. 808 ss.

¹² Rileva la continuità della disciplina processuale rispetto a quella previgente introdotta dalla Riforma della filiazione, anche F. MOLINARO, *Ascolto del minore (artt. 473-bis.4, 473-bis.5, 473-bis.6 c.p.c.)*, in R. TISCINI (a cura di), *La Riforma Cartabia del processo civile*, p. 770 ss.

¹³ Così, F. DANOVI, *Il valore sistematico di un rito unitario e i suoi principi generali*, cit., p. 809.

¹⁴ Sul punto, v. S. TROIANO, *La Riforma “Cartabia”. Osservazioni di un civilista*, in *Fam. dir.*, 2023, p. 936 e M. BIANCA, *Parole introduttive*, in M. BIANCA - F. DANOVI (a cura di), *La nuova giustizia familiare e minorile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, p. 791 ss.

Se per la prima volta – ad opera della Riforma della filiazione – l’ascolto è stato espressamente annoverato, ai sensi dell’art. 315-*bis*, comma 3, c.c.¹⁵ tra i diritti fondamentali del figlio¹⁶, quale titolare effettivo di un diritto soggettivo e non più soltanto portatore di un primario (ma pur sempre generico) interesse «in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano», a distanza di circa un decennio, la Riforma della giustizia familiare e minorile ha concretizzato, anche nella “declinazione processuale” dei diritti fondamentali del minore (e, dunque, inevitabilmente del diritto all’ascolto), l’adozione di quella prospettiva paidocentrica, sopra richiamata¹⁷, da cui l’intera disciplina della filiazione non può prescindere. Il legislatore ha così confermato che, in tema di ascolto del minore, il diritto processuale ha pienamente rispettato dogmi e linee di fondo del diritto sostanziale.

Resta, comunque, fermo il principio secondo cui l’ascolto è un momento fondamentale per la tutela dei diritti del minore anche – e innanzitutto – “fuori dal processo”.

La doppia valenza sostanziale e processuale del diritto all’ascolto enfatizza l’idea che l’ascolto non sia soltanto quello disposto dal giudice, essendo la famiglia il primo luogo in cui tale diritto deve trovare espressione¹⁸.

Secondo una corretta interpretazione della norma di cui all’art. 315-*bis*, comma 3, c.c., l’ascolto – quando si tratta di questioni che riguardano il minore – dovrebbe esplicarsi prima ancora che in ambito giurisdizionale, nel contesto delle relazioni familiari¹⁹, identificandosi così nella modalità attraverso la quale si realizza l’assistenza morale del figlio nella famiglia, in un momento essenziale del percorso educativo in termini di estrinsecazione della personalità del minore.

¹⁵ Inserito dall’art. 1, comma 8, l. n. 219/2012, sancisce «il diritto del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano». L’enunciazione del diritto all’ascolto all’interno del codice civile si è rivelata degna del più ampio apprezzamento perché, sebbene previsioni sul diritto del minore ad essere ascoltato fossero già contenute nella Convenzione di New York del 1989 (art. 12), nella Convenzione di Strasburgo del 1996 (artt. 3 e 6), nella Carta di Nizza del 2000 (art. 24) e nel Regolamento CE n. 2201/03 (ora abrogato), l’ascolto del minore era largamente estraneo alla pratica dei nostri tribunali.

¹⁶ Secondo C.M. BIANCA, *Il diritto del minore all’ascolto*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 546, per effetto della Riforma della filiazione, l’ascolto è stato riconosciuto in termini generali dal codice civile «quale diritto che concorre a formare lo statuto dei diritti del figlio».

¹⁷ V. nota 10.

¹⁸ Questa idea è stata chiaramente riconosciuta dal legislatore, che nella Relazione illustrativa al d.lgs. n. 149/2022 rinvia anche all’ascolto in famiglia.

¹⁹ In questo senso, C.M. BIANCA, *Il diritto del minore all’ascolto*, cit., p. 546. V. anche G. FERRANDO, *La nuova legge sulla filiazione: Profili sostanziali*, in *Corriere giur.*, 2013, p. 529.

Secondo G. RECINTO, *Legge n. 219 del 2012: responsabilità genitoriale o astratti modelli di minori di età?*, in *Dir. fam. e pers.*, 2013, p. 1475: «forse preliminarmente sarebbe stato opportuno fissare ... il diritto del minore ad essere ascoltato in famiglia e in ogni altra formazione sociale ove svolge la sua personalità, quali luoghi fisiologici e naturali di manifestazione dei suoi bisogni, delle sue capacità, delle sue istanze».

L'ascolto del minore serve ad accertare le sue aspirazioni, le sue esigenze, i suoi sentimenti. Una “proficua” azione educativa dovrebbe dunque essere perseguita dai genitori anzitutto mediante l'ascolto attuato con il dialogo²⁰, al fine di promuovere lo sviluppo della personalità dei figli minori²¹.

In verità, l'ascolto – quale diritto fondamentale del minore – sussiste nei confronti di chiunque entri in relazione con il minore e sia chiamato ad interagire con lui nella sua sfera giuridica²².

2. La capacità di discernimento e le opinioni del minore

L'art. 473 *bis*.4 c.p.c. prevede che sia ascoltato il minore “dodicenne” nonché “infradodicenne capace di discernimento”, come già espressamente riconosciuto dall'art. 315-*bis* c.c. e dagli abrogati artt. 336-*bis* e 337-*octies* c.c.

Si coglie evidentemente, anche nell'art. 473 *bis*.4, comma 1°, c.p.c. il legame di causa-effetto che intercorre tra capacità di discernimento e diritto all'ascolto, giacché la prima assume a requisito di riconoscimento del secondo²³.

La capacità di discernimento dell'infradodicenne è da intendersi – pur sempre nell'ambiguità della locuzione riproposta dal legislatore²⁴ – come capacità del minore di esprimere consapevolmente la propria volontà e le proprie aspirazioni con un apprezzabile margine di autonomia ovvero di orientarsi nelle decisioni, distinguendo le scelte conformi da quelle contrarie al proprio migliore interesse²⁵. Siffatta capacità dipende dalle condizioni “singolari” del

²⁰ Secondo C.M. BIANCA, *Realtà sociale ed effettività della norma*, Torino 2024, p. 301: «C'è da essere “gelosi” in qualche modo dei tedeschi, che hanno un codice civile che bene esprime l'idea del dialogo che deve intercorrere tra i genitori e i figli. La norma sulla *elterliche Sorge* prevede infatti che i genitori parlano (*besprechen*) con il figlio dei problemi della sua cura e tendono a risolverli assieme (§ 1625)».

²¹ Che la partecipazione dei minori nei processi decisionali sia preziosa per una crescita armoniosa è, del resto, confermato dall'art. 24, comma 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, secondo cui i bambini: «possono esprimere liberamente la propria opinione; questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità».

²² Si pensi, a titolo esemplificativo, al medico o all'insegnante.

²³ In argomento, v. R. SENIGAGLIA, *I principi e le categorie del diritto civile minorile*, in CORDIANO e SENIGAGLIA (a cura di), *Diritto civile minorile*, Napoli 2022, p. 44, il quale afferma che: «nel momento in cui in capo a una persona minorenni matura la capacità di discernimento, quest'ultima genera in capo a quella stessa persona il diritto di essere ascoltato in ogni questione che la riguardi».

²⁴ Mutuata nel nostro ordinamento dall'art. 12, comma 1°, della Convenzione di New York ove si fa riferimento ad un fanciullo «*who is capable of forming his or her own view*» ovvero capace di formarsi una propria visione o opinione delle cose.

²⁵ Per una ricostruzione del concetto di capacità di discernimento, v. F. GIARDINA, *La maturità del minore nel diritto civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004 (suppl.), p. 100 ss.

Definisce la capacità di discernimento come «la consapevolezza in concreto raggiunta nell'ambito delle relazioni personali del minore e l'attitudine ad orientarsi e determinarsi in

minore, dalla sua maturità razionale, ma anche dal contesto familiare di appartenenza ed è inevitabilmente espressione di un concetto mobile e in evoluzione, in considerazione della crescente acquisizione di competenze logiche e risorse intellettuali che permettono al minore – oggi più che in passato – di riconoscere e valutare dati, stimoli e informazioni provenienti dall'esterno e di rielaborarli secondo il proprio sentire, formandosi un convincimento personale riguardo ad essi. Ne consegue, pertanto, che in ragione di «una sorta di processo evolutivo collettivo» che caratterizza il mutamento del contesto sociale, il minore possa essere ritenuto in grado di raggiungere la capacità di discernimento ben prima del compimento dei dodici anni, consentendo così l'individuazione di una soglia di età sempre più bassa²⁶.

Il reiterato richiamo alla capacità di discernimento per gli infradodicesenni nell'art. 473 *bis*.4, comma 1°, c.p.c. è suscettibile di maggiore apprezzamento rispetto all'indicazione contenuta nell'abrogato art. 336-*bis* c.c. perché risulta ora opportunamente vincolato al riferimento espresso alla necessità di una “valutazione” delle opinioni del minore, che devono essere dal giudice «tenute in considerazione avuto riguardo alla sua età e al suo grado di maturità»²⁷ e, dunque, in base al “reale” livello di comprensione del minore²⁸.

È innegabile che, al di fuori dell'ambito processuale, prima ancora del giudice, i soggetti deputati ad individuare la capacità di discernimento del minore siano i genitori. Questi ultimi, nell'esercizio della responsabilità genitoriale, nel momento in cui ravvisano nel proprio figlio quella maturità razionale e morale che gli consente di distinguere e apprezzare ciò che è conforme al suo

ordine alle conseguenti scelte esistenziali», G. SERGIO, *La ratifica della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli: una tappa decisiva verso il riconoscimento della soggettività dei minori nelle relazioni familiari*, in *Psicologia e Giustizia*, 2003, 2, p. 2. Sul punto, v. anche F. OCCHIOGROSSO, *Discernimento*, in G. CONTRI (a cura di), *Minori in giudizio. La Convenzione di Strasburgo*, Milano 2012, p. 49, secondo il quale la capacità di discernimento deve essere intesa come «consapevolezza» del minore «riguardo alle sue relazioni personali» e «attitudine a determinarsi nelle scelte esistenziali relative a tali relazioni»; si esprime, invece, in termini di «sensatezza sufficiente sul piano psicologico» tale da consentire al minore di «valutare le circostanze in cui si trova, l'importanza della decisione da prendere, i valori e gli interessi che vi sono in gioco», L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 99.

²⁶ A tal riguardo, v. F. DANOVI, *Ascolto del minore, capacità di discernimento e obbligo di motivazione (tra presente e futuro)*, in *Fam. e dir.*, 2022, p. 997 ss.

²⁷ Critica la portata autenticamente innovativa della norma, G. DE CRISTOFARO, *Le modificazioni apportate al codice civile dal decreto legislativo attuativo della “Legge Cartabia” (D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149). Profili problematici delle novità introdotte nella disciplina delle relazioni familiari*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, p. 1453, secondo il quale l'esistenza del relativo precetto poteva già agevolmente desumersi dalle convenzioni internazionali.

²⁸ Sulla capacità di discernimento correlata alla gradualità dello sviluppo della persona e ritenuta dalla dottrina non commisurabile in assoluto, bensì su base individuale, in relazione alle concrete situazioni e agli specifici interessi, v. P. STANZIONE, *Minori (condizione giuridica dei)*, in *Enc. dir.*, Annali, IV, Milano 2011, p. 725 ss.; G. SCARDACCIONE, *La capacità di discernimento del minore*, in *Dir. fam. e pers.*, 2006, p. 1327 ss.

migliore interesse, sono chiamati ad ascoltare le opinioni del minore, a dargli la parola, a decidere “con” lui e non semplicemente “per” lui²⁹.

I genitori sono chiamati a porsi in perenne ascolto del migliore interesse del minore, fino a far maturare nel figlio la capacità di discernimento e, dunque, la libertà di autodeterminarsi³⁰.

Se, come detto, la capacità di discernimento è riconducibile alle condizioni “peculiari” di ogni singolo minore, è bene distinguere tra età effettivamente incompatibili con la capacità di discernimento ed età con riferimento alle quali tale capacità deve essere verificata in concreto, caso per caso. Se nelle prime ipotesi, infatti, può essere sufficiente il riferimento del giudice unicamente all'età del minore per escludere l'ascolto del medesimo in giudizio, per tutti quei minori che abbiano un'età prossima ai dodici anni è necessaria una motivazione puntuale in ordine al mancato adempimento dell'ascolto³¹. La capacità

²⁹ Secondo R. SENIGAGLIA, *I principi e le categorie del diritto civile minorile*, in A. CORDIANO - R. SENIGAGLIA (a cura di), *Diritto civile minorile*, Napoli 2022, p. 60: «In definitiva, l'assistenza che caratterizza il ruolo genitoriale a partire dal momento in cui il figlio acquisisce la capacità di discernimento, si traduce nella valorizzazione della sua capacità, specialmente per il tramite dell'ascolto: dandogli la parola per decidere ciò che è maggiormente conforme al proprio interesse; sostenendolo nella conduzione dei processi di valutazione per fargli comprendere obiettivamente la realtà; rappresentandogli tempestivamente i rischi e i costi sottesi alle scelte che intende compiere o che ha già compiuto».

³⁰ R. SENIGAGLIA, *L'identità personale del minore di età nel cyberspazio tra autodeterminazione e parental control system*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, p. 1597 precisa che: «mentre con riferimento al “piccolo minore” sprovvisto della capacità di discernimento la lettura del suo migliore interesse è operata anzitutto dai genitori nel rispetto delle sue capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni; relativamente al “grande minore” con capacità di discernimento – che il nostro ordinamento presume al compimento del dodicesimo anno (art. 315 *bis* c.c.) – i genitori, dovendo ascoltarlo, sono chiamati a recepire la lettura *libera e informata* che egli conduce del proprio migliore interesse. Il ruolo dei genitori, in questa fase, si traduce, quindi, nel vigilare affinché la libertà del figlio, nel suo esplicarsi sia effettiva e nell'intervenire, in funzione *sostitutiva*, soltanto quando, sulla base della loro sensibilità genitoriale, risulti evidente che il minore si sta orientando a scelte contrastanti con il suo *best interest*, perché turbate, nei percorsi valutativi, da condizionamenti esterni».

³¹ Sul punto, *ex multis*, v. Cass. civ., 7 marzo 2023, n. 6802; Cass. civ., 3 marzo 2023, n. 6503; Cass. civ., 23 gennaio 2023, n. 2001; Cass. civ., 8 novembre 2022, n. 32876; Cass. civ., 18 maggio 2022, n. 16071; Cass. civ., 24 marzo 2022, n. 9691; Cass. civ., 2 settembre 2021, n. 23804; Cass. civ., 11 giugno 2021, n. 16569; Cass. civ., 25 gennaio 2021, n. 1474; Cass. civ., 30 luglio 2020, n. 16410; Cass. civ., 24 maggio 2018, n. 12957; Cass. civ., 29 settembre 2015, n. 19327; Cass. civ., 2 luglio 2014, n. 15143 (consultabili *online* in *www.dejure.it*). Con riferimento alla giurisprudenza più risalente, v. Cass. civ., 17 maggio 2012, n. 7773, in *Foro it.*, 2013, I, p. 1839; Cass. civ., 11 agosto 2011, n. 17201, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, p. 1236; Cass. civ., Sez. un., 21 ottobre 2009, n. 22238, in *Foro it.*, 2010, I, p. 903, secondo cui «l'eventuale omissione immotivata dell'ascolto è ritenuta causa di nullità assoluta rilevabile in ogni stato e grado del giudizio, in quanto vizio insanabile».

Con specifico riferimento all'ascolto dei minori “ultradodicesenni” nei procedimenti che li concernono, secondo Cass. civ., 10 settembre 2014, n. 19007, in *Foro it.*, 2014, I, p. 3077, con nota di G. CASABURI, «l'omissione immotivata di tale adempimento comporta la nullità della sentenza, che può essere fatta valere nei limiti e secondo i principi fissati dall'art. 161 c.p.c., ed è quindi deducibile con l'appello».

di discernimento del minore infradodicesimo, infatti, non può essere esclusa con mero rinvio al dato anagrafico del minore, se esso non sia di per sé solo univocamente indicativo in tal senso³². Essa può presumersi in genere ricorrente nei minori soggetti ad obblighi scolastici e, quindi, normalmente in grado di comprendere l'oggetto del loro ascolto e di esprimersi in modo consapevole³³.

In linea di massima, soltanto quando il minore sia in età prescolare o comunque abbia un'età inferiore agli otto anni – fermo restando che, come precisato, i limiti temporali sono ovviamente suscettibili di oscillazioni –, il giudice può presumere che il bambino non abbia capacità di discernimento.

In età successiva, non appare opportuno escludere sistematicamente l'ascolto del minore infradodicesimo sulla base della capacità di discernimento ovvero in ragione di un più incerto riferimento (rispetto a quello oggettivo rappresentato dall'età infantile) che necessita di essere approfondito in sede giudiziale e, dunque, da valutarsi soltanto dopo avere ascoltato il minore stesso³⁴.

3. Autodeterminazione del minore e perseguimento del suo migliore interesse in sede di ascolto

L'ascolto rappresenta lo strumento privilegiato attraverso il quale il minore può esprimere liberamente la propria opinione. In particolare, nell'ambito del processo si configura quale adempimento che consente al giudice di valutare i bisogni e le preferenze del minore nonché come «unica tecnica di tutela in grado di correggere la disparità di “forza processuale” del minore»³⁵.

Il diritto all'ascolto tutela, dunque, l'interesse primario del minore a che le decisioni importanti per la sua vita e la sua crescita siano assunte tenendo conto della sua volontà e dei suoi sentimenti³⁶.

Il legislatore ha opportunamente deciso di introdurre nell'art. 473 *bis*.4 c.p.c. una previsione mancante nell'abrogato art. 336-*bis* c.c., enfatizzando la

³² Sebbene il compimento dell'età di dodici anni coincida con il valore di soglia minima e indeclinabile per considerare acquisita la capacità di discernimento e, di conseguenza, configurare l'ascolto come adempimento necessario, il limite individuato dal legislatore – attingendo dai risultati delle scienze cognitive – vuole essere soltanto tendenziale e di massima e può, pertanto, essere oggetto di differente valutazione. Come ben evidenziato da R. SENIGAGLIA, *I principi e le categorie del diritto civile minorile*, cit., 44, si tratta, infatti, di «una situazione unicamente legata alla condizione razionale del singolo individuo».

³³ Sul punto, v. Cass. civ., 19 gennaio 2015, n. 752, in *Guida al dir.*, 2015, 14, p. 69.

³⁴ A tal riguardo, F. DANOVI, *Ascolto del minore, capacità di discernimento e obbligo di motivazione (tra presente e futuro)*, cit., p. 997, condivisibilmente afferma che «a rigore, una compiuta valutazione della capacità di discernimento può essere effettuata soltanto a posteriori, a seguito dell'ascolto stesso, sulla scorta non soltanto del contenuto delle risposte fornite dal minore, quanto anche delle modalità con le quali lo stesso abbia a interfacciarsi con il giudice nella gestione di tale incombenza».

³⁵ In questi termini si esprime G. CARAPEZZA FIGLIA, *Prospettiva “paidocentrica” e attuazione dei doveri genitoriali nella nuova giustizia familiare*, in *Fam. dir.*, 2024, p. 107.

³⁶ Così, C.M. BIANCA, *Diritto civile, 2.1., La famiglia*, cit., p. 385.

necessità che le opinioni del minore siano debitamente «tenute in considerazione».

Come si legge nella Relazione illustrativa al d.lgs. n. 149/2022³⁷, si è così inteso «tutelare l'autodeterminazione e la personalità del minore, che designa il patrimonio individuale del singolo da individuarsi non solo nelle capacità e inclinazioni naturali ma anche nelle aspettative del minore».

La norma in questione si adegua evidentemente a quanto raccomandato nel “Manifesto sulla partecipazione dei minorenni”, presentato dall’Autorità Garante per l’infanzia e l’adolescenza nel 2021, in occasione della Giornata mondiale dell’infanzia. In particolare, al punto n. 2, l’Autorità Garante raccomanda ai titolari del potere legislativo di «adottare specifiche normative che disciplinino, agevolino e sostengano – con risorse adeguate – la partecipazione attiva dei minorenni alle decisioni di carattere generale che li riguardano prevedendo meccanismi volti a far sì che le opinioni di bambini e ragazzi siano tenute in adeguata considerazione nel rispetto del principio del superiore interesse»³⁸.

Maggiore è la capacità di discernimento del minore e più si impone l’esigenza di tenere conto delle sue inclinazioni ed aspirazioni, quale soggetto che partecipa attivamente non solo alla vita familiare, ma anche ai procedimenti in cui devono essere adottati provvedimenti che lo riguardano, acquisendo – così – a pieno titolo una posizione di parte sostanziale del processo³⁹.

Quanto alla “valutazione” delle opinioni formulate dal minore capace di discernimento e, quindi, dotato di maturità sufficiente, è riconosciuta al giudice la possibilità di discostarsi dalle indicazioni ricevute: è indubbio che, nell’ambito dei procedimenti giurisdizionali, il giudice chiamato ad assumere decisioni riguardanti minori di età sia sempre tenuto ad individuare ed elaborare la soluzione più e meglio rispondente al primario interesse del minore, sebbene possa risultare in contrasto con quanto dal medesimo espresso⁴⁰.

³⁷ Si veda p. 52.

³⁸ Sulla rilevanza di una comunicazione “efficace” tra professionisti e minori in sede di ascolto, v. M. DIALLO, C. FOUSSARD, M.M. TOMA, S. VERONESI, *La giustizia a misura di minore in Europa*, in *Fam. dir.*, 2023, p. 380.

³⁹ Secondo Cass. civ., sez. III, 11 dicembre 2023, n. 34560, in *Diritto & Giustizia*, 12 dicembre 2023, l’ascolto del minore «nei procedimenti nei quali devono essere adottati provvedimenti che lo riguardano», lungi dall’aver valenza meramente processuale, quale elemento, pur necessario, dell’istruzione probatoria, costituisce piuttosto, una modalità, tra le più rilevanti, di riconoscimento del diritto fondamentale del minore ad essere informato ed esprimere la propria opinione, con la conseguenza che esso è obbligatorio in tutti i procedimenti in cui il minore, pur non rivestendo la qualità di parte in senso formale, riveste tuttavia quella di parte in senso sostanziale, quale portatore di interessi sui quali il procedimento è in grado di incidere. (Nella specie la Suprema Corte ha escluso l’obbligatorietà dell’ascolto nell’ambito di un giudizio, vertente tra i genitori, di responsabilità per danno da privazione del rapporto genitoriale, in quanto destinato a culminare in una pronuncia non concernente la sfera giuridica del minore, che non produce alcuna modificazione delle situazioni giuridiche soggettive inerenti al rapporto di filiazione con ciascuno dei genitori, né incide sui suoi specifici interessi).

⁴⁰ In tal caso, è ineludibile una puntuale giustificazione della decisione assunta in contrasto con le dichiarazioni del minore.

La norma di cui all'art. 473 *bis*.4, comma 1°, c.p.c. segue la scia tracciata dalla l. n. 219/2012, collocandosi nella prospettiva di una marcata ricerca dell'effettività della tutela garantita al minore attraverso l'ascolto, laddove con proposizione assertiva sancisce che il minore (dodicenne e anche di età inferiore ove capace di discernimento) «è ascoltato» dal giudice, quasi come a voler sottolineare l'inderogabilità del diritto all'ascolto⁴¹, salvo i casi di cui ai successivi commi 2⁴² e 3⁴³ in ragione della “funzionalizzazione” di siffatto diritto alla realizzazione del migliore interesse del minore.

L'ascolto – non riconducibile a mezzo di prova volto ad acclarare fatti di causa⁴⁴, bensì configurabile quale mezzo indirettamente strumentale alla mag-

⁴¹ Sul punto, v. S. TARRICONE, *L'ascolto del minore è garanzia di effettività della tutela giurisdizionale*, in *Fam. e dir.*, 2023, p. 33.

⁴² Oltre ai casi in cui l'ascolto sia in contrasto con l'interesse del minore o manifestamente superfluo (già contemplati dagli abrogati artt. 336-*bis* e 337-*octies* c.c. e, con riferimento ai quali, si rinvia a G. BALLARANI, *Contenuto e limiti dell'ascolto del nuovo art. 336 bis c.c.: il legislatore riconosce il diritto del minore a non essere ascoltato*, in *Dir. fam. e pers.*, 2014, p. 841 ss.), la previsione di non procedere all'ascolto in caso di «impossibilità fisica o psichica del minore o se quest'ultimo manifesta la volontà di non essere ascoltato» rappresenta una novità rilevante.

Riguardo alle ipotesi in cui – ex art. 473 *bis*.4, comma 2, c.p.c. – «il giudice non procede all'ascolto, dandone atto con provvedimento motivato», v. G. BALLARANI, *Il diritto a non essere ascoltato*, in M. BIANCA - F. DANOVÌ (a cura di), *La nuova giustizia familiare e minorile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, p. 1083 ss. Sul punto, v. altresì M. TRIMARCHI, *Diritto di esprimere liberamente le proprie opinioni e ascolto del minore*, in *Fam. dir.*, 2024, p. 601 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Le modificazioni apportate al codice civile dal decreto legislativo attuativo della “Legge Cartabia” (D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149). Profili problematici delle novità introdotte nella disciplina delle relazioni familiari*, cit., p. 1453 ss., secondo il quale le innovazioni apportate nel 2022 alla elencazione dei casi in cui il giudice può considerarsi esonerato dal dovere di procedere all'ascolto del minore sono tali da «suscitare seri dubbi in merito al futuro ruolo dell'ascolto».

⁴³ L'art. 473 *bis*.4, comma 3, c.p.c. dispone che «nei procedimenti in cui si prende atto di un accordo dei genitori relativo alle condizioni di affidamento dei figli, il giudice procede all'ascolto soltanto se necessario». A tal riguardo, la Relazione illustrativa al d.lgs. n. 149/2022 precisa che la norma in questione «mira a tutelare l'interesse del minore a non essere ulteriormente esposto a possibili pregiudizi derivanti dal rinnovato coinvolgimento emotivo nelle questioni relative alla rottura del nucleo familiare, qualora il giudice prenda atto dell'accordo tra i genitori e ritenga non indispensabile procedere all'ascolto».

La nuova norma – che sostituisce l'abrogato art. 337-*octies*, comma 1°, c.c. – sembra muovere, rispetto alla disciplina previgente, dal presupposto diametralmente opposto per cui il giudice non procede (di regola) all'ascolto salvo che lo ritenga strettamente necessario. Sul punto, v. criticamente G. DE CRISTOFARO, *Le modificazioni apportate al codice civile dal decreto legislativo attuativo della “Legge Cartabia” (D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149)*, cit., p. 1455 ss. In argomento, v. altresì R. LOMBARDI, *Il “mancato” ascolto del minore nelle procedure di separazione e divorzio su accordo dei genitori: una discrasia tra fonti sovranazionali e fonti interne?*, in *Giusto proc. civ.*, 2020, p. 461 ss.

In giurisprudenza, Cass. civ., sez. I, ord. 18 settembre 2023, n. 26698, ha precisato che: «In tema di affidamento dei figli minori, l'ascolto del minore infradodicenne capace di discernimento costituisce adempimento previsto a pena di nullità, a tutela dei principi del contraddittorio e del giusto processo, finalizzato a raccogliere le sue opinioni ed a valutare i suoi bisogni, dovendosi ritenere del tutto irrilevante che il minore sia stato sentito in altri precedenti procedimenti pur riguardanti l'affidamento».

⁴⁴ Così Cass. civ., 19 ottobre 2011, n. 21651, in *Foro it.*, 2012, I, p. 821; Cass. civ., 10 giugno 2011, n. 12739, in *Guida al dir.*, 2011, 36, p. 72; Cass. civ., 26 gennaio 2011, n. 1838, in *Giust.*

giore acquisizione di elementi valutativi attraverso cui il giudice vuol conoscere l'opinione del minore al fine di individuarne il concreto interesse – è condizione di procedibilità del giudizio⁴⁵ e può essere omesso – dandone atto con provvedimento motivato – soltanto per le ragioni di cui all'art. 473 *bis*.4 c.p.c.

Nei procedimenti in cui devono essere adottati provvedimenti che riguardano un minore, quest'ultimo non solo deve essere ascoltato, ove ne ricorrano i presupposti, ma l'ascolto diviene in concreto una modalità di esercizio del suo diritto di difesa anche per un soggetto che, pur non essendo parte in senso formale e processuale del procedimento, è pur sempre parte in senso sostanziale perché destinatario a pieno titolo degli effetti di una decisione che riguarda la sua vita, i suoi diritti fondamentali, i suoi interessi esistenziali e primari⁴⁶.

“Ascoltare” un minore nei procedimenti in cui devono essere adottati provvedimenti che lo riguardano, ai sensi dell'art. 473 *bis*.4 c.p.c., non significa che il giudice debba limitarsi a prendere atto della volontà manifestata verbalmente da quel minore ed attuarla; occorre, invece, perseguire il concreto ed effettivo interesse del minore, carpirne i bisogni profondi, comprendere se i desideri del minore siano frutto di scelte autentiche, consapevoli e mature o siano piuttosto derivanti da pressioni esterne, e disporre quanto è possibile per tutelarne una crescita serena ed equilibrata⁴⁷.

L'ascolto diviene garanzia di effettività della tutela del migliore interesse del minore al quale assicurare non soltanto il diritto a formarsi una propria opinione e ad esprimerla, in merito alle vicende che lo riguardano, ma altresì

civ., 2011, p. 1483; Cass. civ., 26 marzo 2010, n. 7282, in *Guida al dir.*, 2010, 23, p. 66; Cass. civ., 5 giugno 2009, n. 12984, in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 1442. Sul punto, vi è unanimità di consensi anche in dottrina.

⁴⁵ La giurisprudenza di legittimità è ormai orientata in tal senso. V., *ex multis*, Cass. civ., 2 settembre 2021, n. 23804; Cass. civ., 25 gennaio 2021, n. 1474; Cass. civ., 11 giugno, 2019, n. 15728; Cass. civ., 4 giugno 2019, n. 15254; Cass. civ., 7 maggio 2019, n. 12018; Cass. civ., 13 dicembre 2018, n. 32309 (consultabili *online* in *www.dejure.it*). Già Cass. civ., 15 maggio 2013, n. 11687, in *Foro it.*, 2013, I, p. 1839, con nota di G. CASABURI, statuiva che «alla mancata ottemperanza del dovere di ascolto da parte del giudice segue, in linea generale, l'invalidità dell'intero *iter* processuale».

⁴⁶ A tal proposito, Cass. civ., 30 luglio 2020, n. 16410, *cit.*, espressamente chiarisce che: «in generale, i minori, nei procedimenti giudiziari che li riguardano, non possono essere considerati parti formali del giudizio perché la legittimazione processuale non risulta loro attribuita da alcuna disposizione di legge; essi sono tuttavia parti in senso sostanziale, in quanto portatori di interessi comunque diversi quando non contrapposti, rispetto ai loro genitori. La tutela del minore in questi giudizi si realizza mediante la previsione che deve essere ascoltato e costituisce pertanto violazione del principio del contraddittorio e dei diritti del minore il suo mancato ascolto, quando non sia sorretto da un'espressa motivazione sull'assenza di discernimento, tale da giustificare l'omissione».

⁴⁷ Cass. civ., sez. I, ord. 5 giugno 2023, n. 15170 ha precisato che: «costituisce necessario corollario del diritto del minore a essere ascoltato, la regola secondo la quale l'autorità giudiziaria, chiamata a pronunciarsi su decisioni che lo riguardano, debba esaminare in maniera dettagliata e analitica le dichiarazioni rese, in sede di ascolto, dal minore». Pertanto, nel caso di specie ovvero di opposizione del minore al trasferimento all'estero, è stata ritenuta obbligatoria la verifica di tutte le circostanze fattuali tali da giustificare il rifiuto, al fine di pervenire a conclusioni che tengano in considerazione il migliore interesse del minore.

quello alla autodeterminazione in ordine alla gestione dei propri interessi⁴⁸. Resta pur sempre imprescindibile la necessità che il giudice non possa limitarsi né sentirsi vincolato alla volontà espressa dal minore⁴⁹ e che il provvedimento adottato debba – pertanto – ritenersi “sintesi” di ciò che il minore reputi costituire il proprio interesse, di quel che i genitori valutino essere interesse primario del figlio e di ciò che il giudice consideri tale⁵⁰.

In particolare, il giudice chiamato ad assumere una decisione riguardante la vita di un minore dovrà abbandonare ogni preconcetto e idea personale per mettersi “nei panni del bambino” e, da questa prospettiva, individuare ciò che più conta per la vita del medesimo e che possa garantirgli il massimo benessere possibile (*child's well-being*).

La decisione finale dovrà pertanto tendere a realizzare la soluzione migliore per quel minore che si trovi in una determinata situazione concreta, senza tuttavia trascurare o pretermettere i diritti degli adulti che sono in relazione con lui e che – comunque – continuano a mantenere un peso nel bilanciamento giudiziale e che richiedono di essere considerati ai fini della decisione stessa.

Proprio nell’ottica di funzionalizzazione dell’ascolto al perseguimento del migliore interesse del minore, l’art. 473 *bis*.5, comma 1°, c.p.c. esclude espressamente la delega ed indica l’ascolto “diretto” (o, al più, “assistito” ovvero condotto dal giudice togato con l’assistenza di un ausiliario o esperto in psicologia o psichiatria infantile) quale unica modalità possibile⁵¹. È il giudice che deve

⁴⁸ Sulla necessità di garantire effettività all’interesse del minore, di cui «non basta proclamare la vigenza sia pure nei termini di un preminente interesse fondamentale», si veda V. SCALISI, *L’interesse superiore del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 408 ss.

⁴⁹ Trib. Cremona, 15 gennaio 2021, in *www.osservatoriofamiglia.it*, ha sottolineato, a proposito della manifestazione di volontà del minore di cambiare il luogo del proprio collocamento principale, la necessità di tener conto delle sue esigenze salvo che si tratti di richiesta palesemente pretestuosa o «sorretta da un motivo inaccettabile (ad esempio, perché determinata da una capricciosa “ripicca” del figlio verso il genitore “già collocatario” o da un inopportuno schieramento del figlio nella conflittualità fra i genitori)» ovvero derivante «dalla volontà del figlio di interrompere, senza alcun serio motivo, qualunque relazione con il genitore “già collocatario” o quando tale tipo di richiesta risulti addirittura pregiudizievole per il minore (chiedendo il minore il suo collocamento presso un genitore inadeguato)».

⁵⁰ In argomento, v. G. SICCHIERO, *La nozione di interesse del minore*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 74 ss.

Più in generale, sul principio del *best interest of the child*, si rinvia a M. BIANCA (a cura di), *The best interest of the child*, Roma 2021. Sulla necessità di tradurre il principio in lingua italiana con locuzioni più vicine al suo reale significato, evitando ambiguità, v. E. LAMARQUE, *Pesare le parole. Il principio dei best interests of the child come principio del migliore interesse del minore*, in *Fam. dir.*, 2023, 365 ss.

⁵¹ Cass. civ., sez. I, 31 maggio 2023, n. 15383, in *Fam. dir.*, 2023, p. 785 ss., precisa che «l’ascolto del minore infradodicesenne capace di discernimento costituisce adempimento previsto a pena di nullità, a tutela dei principi del contraddittorio e del giusto processo, finalizzato a raccogliere le sue opinioni ed a valutare i suoi bisogni» e che siffatto adempimento «non può essere sostituito dalle risultanze di una consulenza tecnica d’ufficio», che adempie alla diversa esigenza di fornire al giudice altri strumenti di valutazione per individuare la soluzione più confacente all’interesse del minore, evidenziando l’esigenza che l’ascolto sia «effettivamente

ascoltare perché è il giudice che deve accertare quale sia l'intervento più aderente all'interesse del minore. La *ratio* di siffatta previsione normativa è infatti individuabile nella circostanza che il giudice, essendo a contatto diretto con il minore, possa riuscire a coglierne a pieno l'opinione autentica: la possibilità di vedere fisicamente il bambino, di osservarne il contegno, la mimica e la gestualità con cui accompagna le parole proferite, di ascoltarlo, di valorizzare la sua opinione⁵², consente all'organo giudicante di conoscere la condizione del minore e le dinamiche relazionali in cui è coinvolto, nonché di verificarne gli orientamenti e l'adesione ad un progetto di vita che lo riguarda, al fine di formulare – all'esito dell'ascolto – un giudizio che tenga nel debito conto la sua volontà⁵³.

Il giudice attento, sensibile, capace di interpretare correttamente la delicatezza del contesto e delle implicazioni del proprio ruolo, entra in rapporto di fiducia con il minore⁵⁴: sul piano sociologico e non strettamente giuridico, si coglie il passaggio ad un'idea di partecipazione “strutturale” del minore – anziché “concessa” al minore – nel procedimento che lo riguarda⁵⁵.

finalizzato ad adempiere il dovere di informare il minore e metterlo in condizione di esprimere il proprio punto di vista sulle questioni devolute nel processo che lo riguardano».

⁵² Sulla finalità propria dell'ascolto di garantire al minore la possibilità concreta ed effettiva di esprimere la sua opinione, v. Cass. civ., 23 gennaio 2023, n. 2001 (consultabile *online* in *www.dejure.it*).

⁵³ Cass. civ., 24 maggio 2018, n. 12957, in *Foro it.*, 2018, I, p. 2364, con nota di G. CASABURI, precisa che l'ascolto del minore «è una relazione tendenzialmente diretta fra il giudice e il minore che dà spazio, all'interno del processo, alla partecipazione attiva del minore al procedimento che lo riguarda».

⁵⁴ Nell'ottica di garantire che i giudici assegnati al Tribunale unico per le persone, per i minorenni e per le famiglie (le norme relative alla istituzione del quale sarebbero dovute entrare in vigore decorsi due anni dalla pubblicazione in *G.U.* del d.lgs. n. 149/2022 che le ha introdotte ovvero dal 17 ottobre 2022, ma il d.l. 4 luglio 2024, n. 92 recante «Misure urgenti in materia penitenziaria, di giustizia civile e penale e di personale del Ministero della giustizia» ne ha rinviato l'entrata in vigore posticipandola ad ottobre 2025) siano scelti tra coloro effettivamente dotati di specifiche competenze, è stato previsto che non si applichi il limite dell'assegnazione decennale nella funzione. Pertanto, al fine di consentire che i magistrati non disperdano il *know how* acquisito, il novellato art. 50, r.d. 30 gennaio 1941, n. 12 («Ordinamento giudiziario») prevede che: «I giudici addetti al tribunale per le persone, i minorenni e le famiglie esercitano le relative funzioni in via esclusiva, e ad essi non si applica il limite di permanenza nell'incarico presso lo stesso ufficio previsto dall'articolo 19 del decreto legislativo 5 aprile 2006, n. 160».

Sull'opportunità che il giudice, in sede di ascolto del minore, sviluppi le cosiddette *soft skills* o “competenze trasversali” ovvero quelle capacità di comunicazione e comprensione funzionali ad un ascolto rispettoso del minore ma anche utile, v. R. RUSSO, *La partecipazione del minore al processo nella riforma del rito civile*, in *Fam. e dir.*, 2022, p. 649 ss.

⁵⁵ Come si evince dalla disciplina concernente le «modalità dell'ascolto» contemplate dall'art. 473 bis.5 c.p.c., è importante che chi è chiamato ad ascoltare il minore sia in grado di farlo mettendolo nelle migliori condizioni di esprimersi, secondo procedure e formalità adeguate e rispettose della sua sensibilità, ispirate al principio della minima offensività, in conformità a quanto prescritto dalle «Linee guida del Consiglio di Europa per una giustizia a misura di minore», adottate dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 17 novembre 2010.

Profili di novità – anche terminologica – si rinvergono, in particolare, nell'art. 473 bis.5, comma 4, c.p.c., ove è previsto che l'onere di informativa sia assolto dal giudice «tenuto conto

Si individua, pertanto, una rilevante valorizzazione dell'autonomia del minore munito di capacità di discernimento, ulteriormente rafforzata dall'art. 473 *bis*.5, comma 4, c.p.c. che prevede l'obbligo del giudice che procede all'ascolto del minore ultraquattordicenne di informarlo della possibilità di chiedere la nomina di un curatore speciale ai sensi dell'art. 473 *bis*.8 c.p.c.⁵⁶.

La capacità di discernimento – intesa come idoneità a saper distinguere le scelte conformi da quelle contrarie al proprio migliore interesse – genera in capo al minore il diritto di essere ascoltato in tutte le questioni che lo riguardano e, proprio per il tramite dell'ascolto, il minore è in grado di esprimere le proprie opinioni affermando, così, la sua autonomia. In tal senso risulta orientata la nuova ipotesi, contemplata tra le altre previste dall'art. 473 *bis*.4, comma 2, c.p.c.⁵⁷, di esclusione dell'ascolto fondata sulla volontà contraria manifestata al giudice dal minore. Mediante la previsione secondo cui «il giudice non procede all'ascolto, dandone atto con provvedimento motivato, ... se il minore manifesta la volontà di non essere ascoltato», si riconosce piena rilevanza ad una decisione del minore e la considerazione della sua volontà contraria conferma, pertanto, la centralità dei suoi interessi nel processo, cosicché «sebbene vi siano esigenze processuali che richiederebbero la dichiarazione del fanciullo, la norma attribuisce preminente rilevanza alla volontà negativa del minore»⁵⁸. Emerge, dunque, in concreto la consapevolezza che l'ascolto imposto al minore contro la sua volontà sia suscettibile di arrecare al medesimo un notevole turbamento psichico.

dell'età e del grado di maturità del minore» e «con modalità che ne garantiscono la serenità e la riservatezza». In argomento, v. R. BENDINELLI e F. MAOLI, *Il diritto del minore a ricevere adeguate informazioni nei procedimenti civili che lo riguardano*, in *Famiglia*, 2021, p. 517 ss.; M. DIALLO, C. FOUSSARD, M.M. TOMA, S. VERONESI, *La giustizia a misura di minore in Europa*, cit., p. 380 ss.

⁵⁶ La norma di cui all'art. 473 *bis*.5, comma 4, c.p.c. mira a dare concreta attuazione a quanto previsto dall'art. 473 *bis*.8 c.p.c. che prevede la nomina del curatore speciale da parte del giudice, qualora sia il minore quattordicenne a richiederlo. A tal riguardo si segnala che, pur non essendo più l'ascolto del minore formalmente delegabile, ai sensi dell'art. 473 *bis*.8, comma 3, c.p.c., il nuovo ruolo del curatore speciale riconosce in capo al medesimo il potere di procedere direttamente all'ascolto ai sensi dell'art. 315 *bis*, comma 3, c.c. e nel rispetto dei limiti di cui all'art. 473 *bis*.4 c.p.c. Come opportunamente precisato in C.M. BIANCA, *Diritto civile 2.1, La famiglia*, cit., p. 387, comunque «si tratta di un ascolto diverso da quello processuale svolto dal giudice in quanto in questo caso il curatore speciale rappresenta e svolge le funzioni che normalmente spetterebbero ai genitori». In argomento, v. R. SENIGAGLIA, *Il curatore speciale: parte sostanziale*, in M. BIANCA - F. DANOVI (a cura di), *La nuova giustizia familiare e minorile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, p. 978 ss.; M.G. RUO, *Il curatore speciale: parte processuale*, in M. BIANCA - F. DANOVI (a cura di), *La nuova giustizia familiare e minorile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, p. 993 ss.

⁵⁷ Sulle ipotesi di esclusione dell'ascolto previste dall'art. 473 *bis*.4, commi 2 e 3, c.p.c., v. *supra* note 42 e 43.

⁵⁸ In questi termini si esprime F. MOLINARO, *Ascolto del minore (artt. 473-bis.4, 473-bis.5, 473-bis.6 c.p.c.)*, cit., p. 771.

Il minore, ritenuto ordinariamente non in grado di esprimere un'opinione vincolante nel processo⁵⁹, in questa sede sembra invece ritenuto pienamente capace, al punto che una sua manifestazione di volontà produce l'effetto desiderato di non dover partecipare attivamente al processo.

D'altra parte, non si può ignorare che – inquadrata la situazione giuridica dell'ascolto entro i paradigmi del diritto soggettivo assoluto della personalità – il diritto del minore ad essere ascoltato deve includere in positivo la facoltà di esprimersi, e in negativo, l'opposta facoltà di astenersi dall'esprimersi. Pertanto, «il diritto del minore ad essere ascoltato non può non comprendere il diritto del minore a non essere ascoltato. Del resto, se si dovesse ammettere in capo al giudice il potere di imporre l'ascolto, il diritto del minore degraderebbe ad obbligo di esprimersi»⁶⁰.

Naturalmente, la dichiarazione del minore deve essere vagliata dal giudice con molta attenzione, così da escludere manifestazioni di volontà superficiali, frutto di condizionamenti o minacce, in considerazione della particolare vulnerabilità in cui taluni minori versano, soprattutto nei momenti di crisi familiare, tale da renderli più agevolmente persuasi della falsa idea della superfluità o nocività dell'ascolto.

La consapevolezza del legislatore circa la imprescindibilità dell'esigenza di valorizzare il ruolo del minore, riconoscendo espressamente la necessità di considerare le opinioni dal medesimo manifestate, emerge altresì con riferimento alla nuova norma di cui all'art. 473 bis.6, comma 1°, c.p.c.⁶¹ che disciplina le ipotesi di rifiuto del minore di incontrare uno o entrambi i genitori, prevedendo che in questi casi il giudice ascolti il minore «senza ritardo»⁶², onde valutare le ragioni del rifiuto ed indagare su possibili fatti di violenza intrafamiliare⁶³. Premessa ovviamente la necessità di un approfondimento basato su dati concreti, sull'anamnesi storica del contesto e sulla raccolta di testimonianze,

⁵⁹ Il giudice, pur dovendola adeguatamente considerare può – come si è precisato – disattenderla.

⁶⁰ Così, G. BALLARANI, *Il diritto a non essere ascoltato*, in M. BIANCA - F. DANOVÌ (a cura di), *La nuova giustizia familiare e minorile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, p. 1088.

⁶¹ Ai sensi dell'art. 473 bis.6 c.p.c., rubricato «Rifiuto del minore a incontrare il genitore»: «Quando il minore rifiuta di incontrare uno o entrambi i genitori, il giudice procede all'ascolto senza ritardo, assume sommarie informazioni sulle cause del rifiuto e può disporre l'abbreviazione dei termini processuali.

Allo stesso modo il giudice procede quando sono allegare o segnalate condotte di un genitore tali da ostacolare il mantenimento di un rapporto equilibrato e continuativo tra il minore e l'altro genitore o la conservazione di rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale».

⁶² Il che non significa “immediatamente” ovvero *inaudita altera parte* poiché – come si dirà e com'è ovvio che sia – è necessario comunque un vaglio approfondito da parte del giudice, che dovrà valutare la sussistenza e la corretta allegazione di specifici elementi concreti, di documentazione e di idonei elementi di prova.

⁶³ In argomento, v. C. IRTI, *Il rifiuto del figlio di incontrare il genitore*, in M. BIANCA - F. DANOVÌ (a cura di), *La nuova giustizia familiare e minorile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, p. 1285 ss.

al fine di comprendere i reali motivi alla base della problematica esecuzione del diritto di visita collegata al rifiuto del minore, resta preponderante – anche in queste ipotesi – il richiamo alla volontà del minore, quando dimostri sufficiente maturità per esprimere una valutazione in qualche modo meditata e ponderata.

Abstract [Ita]

Dopo aver rimarcato la doppia valenza “sostanziale” e “processuale” del diritto del minore all’ascolto, si indaga il legame di causa-effetto tra capacità di discernimento e diritto del minore di essere ascoltato. Maggiore è la capacità di discernimento del minore e più si impone l’esigenza di tenere conto delle sue inclinazioni, quale soggetto che partecipa attivamente alla vita familiare e anche ai procedimenti in cui devono essere adottati provvedimenti che lo riguardano.

La valorizzazione dell’autonomia del minore munito di capacità di discernimento caratterizza le nuove norme contemplate dal Codice di procedura civile in materia di ascolto. Quest’ultimo diviene garanzia di effettività della tutela del migliore interesse del minore, al quale assicurare non soltanto il diritto a formarsi ed esprimere una propria opinione in merito alle vicende che lo riguardano, ma altresì quello alla autodeterminazione in ordine alla gestione dei propri interessi. Resta imprescindibile la necessità che il giudice non possa limitarsi né sentirsi vincolato alla volontà espressa dal minore e che il provvedimento adottato debba – pertanto – ritenersi “sintesi” di ciò che il minore reputi costituire il proprio interesse, di quel che i genitori valutino essere interesse primario del figlio e di ciò che il giudice consideri tale.

Parole chiave: ascolto del minore; capacità di discernimento; migliore interesse del minore; opinioni del minore; partecipazione del minore.

Abstract [Eng]

After having highlighted the dual “substantial” and “procedural” value of the minor’s right to be heard, the author explores the cause-effect link between the minor’s capacity for discernment and his/her right to be heard. The greater the minor’s capacity for discernment, the higher is the need to consider his/her inclinations, as a subject who actively participates not only in family life, but also in the proceedings where measures concerning him/her are adopted.

The valorization of the autonomy of the minor with the capacity for discernment characterizes the new provisions outlined in the Code of Civil Procedure regarding the hearing of the minor. The hearing becomes a guarantee of the effectiveness of protecting the minor’s best interests, ensuring not only the right to form and express his/her own opinion on matters concerning him/her, but also the right to self-determination in managing his/her own interests. However, the judge cannot just rely on or feel bound by the minor’s expressed will, and that the measure adopted must, therefore, be considered a “summary” of what the minor considers to constitute his/her own interest, of what the parents evaluate as the child’s primary interest and of what the judge deems to be so.

Keywords: hearing of the minor; capacity for discernment; best interests of the minor; opinions of the minor; participation of the minor.

Autodétermination du mineur et transition de genre : réflexions comparatives

Guillaume Kessler

Résumé : 1. L'autodétermination du mineur dans le cadre du changement d'état civil. – 2. L'autodétermination du mineur en vue d'un traitement médical réversible. – 3. L'autodétermination du mineur en vue de traitements irréversibles. – 4. Conclusion.

La transidentité est l'une, si ce n'est la question de société la plus discutée des années 2020. Le sujet est extrêmement polarisant, au point d'avoir figuré parmi les thèmes de campagne lors de la dernière élection présidentielle américaine. Le candidat fraîchement élu Donald Trump a ainsi, pendant la campagne, fustigé le colistier de Kamala Harris, Tim Walz, gouverneur du Minnesota, accusé d'être militant pro trans, tandis que son propre colistier aujourd'hui vice-président, JD Vance, l'accusait d'avoir, à travers des lois votées en avril 2023, enlevé des enfants à leurs parents¹. Le débat est tout aussi virulent en Europe, les partis politiques conservateurs ne manquant jamais d'y voir le marqueur fondamental du développement du « wokisme » dénoncé comme une menace existentielle pour la société occidentale. Cette forte politisation, qui empêche malheureusement souvent d'avoir un débat rationnel, est très largement renforcée lorsque la transition de genre est revendiquée par des mineurs.

Si certains parents accompagnent leur enfant dans leur démarche, conscients que celle-ci, loin d'être un caprice d'adolescent, est parfois une nécessité vitale², d'autres s'y opposent vivement et considèrent parfois que cette démarche a été guidée par des forces extérieures telles que les réseaux sociaux ou le système éducatif. La transition peut d'autant plus être mal vécue par les parents qu'elle peut être assimilée à une forme d'auto-engendrement, une nouvelle naissance qui peut conduire ceux-ci à se sentir dépossédés

¹ <https://www.npr.org/sections/shots-health-news/2024/10/01/nx-s1-5103113/minnesota-trans-refuge-walz-vance-transgender-rights>.

² Le taux de suicide est particulièrement élevé chez les mineurs transgenres. V. sur ce point E. IKUTA, « Overcoming the Parental Veto: How Transgender Adolescents Can Access Puberty-Suppressing Hormone Treatment in the Absence of Parental Consent under the Mature Minor Doctrine », 25:1 *S Cal Interdisc LJ* 2016, p. 181.

dans leur parenté. Tous les éléments de la transition, qu'ils soient physiques ou beaucoup plus simplement associés à un changement de prénom, représentent une sorte de rupture avec l'enfant que les parents ont eu. Le fait que celui-ci se choisisse un nouveau prénom, abandonne son « *dead name* »³, est révélateur de cet effacement d'un passé auquel les parents peuvent légitimement être attachés. La violence de la réaction parentale face au processus de transition s'explique en grande partie par le fait que celui-ci touche à ce qui a été le plus important dans leur vie. Contestés dans les choix qu'ils ont pu faire pour leur enfant, ils peuvent avoir l'impression de s'être fait voler celui-ci par des tiers qui auraient exploité son mal-être adolescent. L'un des principaux soutiens de Donald Trump, le multimilliardaire Elon Musk, a ainsi déclaré avoir « perdu » son enfant lorsque celui-ci a atteint l'âge de 16 ans, en raison de sa contamination par le « virus woke »⁴.

La question est tout aussi brûlante en France. La publication de deux ouvrages très critiques à l'égard de l'impact de la théorie du genre sur les mineurs, *La fabrique de l'enfant transgenre* de Caroline Eliacheffé et Céline Masson⁵, et *Transmania*, de Dora Moutot et Marguerite Stern⁶, a engendré une polémique violente. Leurs auteures ont été qualifiées de complotistes et transphobes, et même poursuivies en justice pour propos haineux pour les secondes. Les affiches faisant la publicité de *Transmania* ont été interdites par les maires de plusieurs grandes villes et des conférences ont été interdites ou annulées en raison de risques de troubles à l'ordre public. Le fait que des mineurs soient concernés cristallise encore un peu plus un conflit idéologique qui semble s'enliser toujours un peu plus dans l'excès et la démesure. Il ne faudrait pas oublier que, derrière ces enjeux politiques, de jeunes enfants, adolescents voire préadolescents, souffrent de dépression, de troubles alimentaires, de harcèlement ou d'idées suicidaires⁷. Il importe d'autant plus de déterminer avec précision quel protocole doit être suivi afin d'assurer une prise de décision sereine et réfléchie. Faut-il donner le dernier mot aux parents, titulaires de l'autorité parentale, qui ont le devoir, pour reprendre la formule de l'article 371-1 du Code civil de protéger l'enfant « dans sa sécurité, sa santé, sa vie privée et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne » ? Faut-il plutôt laisser décider les équipes médicales, psychiatres et médecins, qui ont l'avantage de ne pas être impliqués sur le plan émotionnels et qui peuvent ainsi prendre des décisions

³ Sur le sujet, v. par ex. S. STEADMAN, « «That Name Is Dead to Me»: Reforming Name Change Laws to Protect Transgender and Nonbinary Youth », 55 *U. Mich. J.L. Reform* 2021, p. 3.

⁴ <https://www.washingtonpost.com/business/2024/07/26/musk-transgender-vivian-grimes/>.

⁵ C. ELIACHEFFE et C. MASSON, *La fabrique de l'enfant transgenre*, Editions de l'observatoire, 2022.

⁶ D. MOUTOT et M. STERN, *Transmania*, Editions Magnus, 2024.

⁷ Sur le risque de stigmatisation du mineur et le consensus scientifique en faveur de l'accompagnement de celui-ci, v. A. ALESSANDRIN, « Les mouvements antagonistes de politisation de la question des mineurs trans et non-binaires », *Politiser l'enfance*, Burn out, 2023.

réfléchies au vu de leur expertise scientifique et de leur expérience ? Ou faut-il confier cette charge à l'enfant lui-même si celui-ci est suffisamment mature pour décider de son identité et de ce qu'il veut faire de son corps ?

C'est là qu'intervient la notion d'autodétermination du mineur. Cette notion, qui apparaissait déjà dans le domaine de la tutelle, par exemple, a pris une ampleur nouvelle avec le développement du numérique⁸ et pourrait trouver dans la transidentité un nouveau terrain d'élection lorsque les parents s'opposent à la décision de leur enfant. La question est extrêmement délicate et donne lieu à des réponses très contrastées dans le monde, ce qui rend l'analyse comparative d'autant plus intéressante. Compte tenu de la diversité des législations et de leur caractère très fluctuant, il ne s'agira pas ici d'établir un tableau exhaustif des réponses apportées au problème, mais d'identifier des idées et des tendances dans une démarche prospective, afin de dégager des pistes de solutions qui pourraient inspirer les législateurs occidentaux. Pour ce faire, nous commencerons par examiner la question du changement d'état civil, qui n'a pas d'impact sur le corps du mineur (1), avant de nous intéresser aux traitements médicaux réversibles (2) et, enfin, de conclure par la question encore plus sensible des procédures médicales irréversibles et des traitements chirurgicaux (3).

1. L'autodétermination du mineur dans le cadre du changement d'état civil

Consacré par la Cour européenne des droits de l'homme pour les personnes transgenres sur le fondement de l'article 8 de la Convention⁹, le principe d'autodétermination des personnes transgenres est consacré en droit français depuis la loi du 18 novembre 2016 qui a introduit dans le Code civil un article 61-5 qui énonce que « toute personne majeure ou mineure émancipée qui démontre par une réunion de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue peut en obtenir la modification » et un article 61-6 aux termes duquel « le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande ». La preuve peut être rapportée par tous moyens, mais l'article 61-5 évoque comme éléments essentiels le fait que la personne concernée « se présente publiquement comme appartenant au sexe revendiqué », qu'elle soit « connue sous le sexe revendiqué de son entourage familial, amical ou professionnel » ou, enfin, qu'elle ait obtenu « le changement de son prénom afin qu'il corresponde au sexe revendiqué ».

⁸ Sur ce sujet, v. M. MUSSON, *Le droit de la personnalité du mineur à l'ère numérique*, thèse, Lyon III, 2023.

⁹ CEDH, 29 avr. 2002, n° 2346/02, *Pretty c/ Royaume-Uni* : JurisData n° 2002-210706 ; JCP G 2003, II, 10062, obs. C. Girault ; *Dr. famille* 2003, chron. 9.

L'autodétermination est également la règle dans la plupart des provinces canadiennes¹⁰. Seuls le New Brunswick, l'Ontario et le Saskatchewan exigent une lettre écrite par un professionnel de santé (médecin ou psychologue) confirmant l'identité de genre du requérant. La situation est beaucoup plus complexe aux Etats-Unis en raison de la multiplicité des Etats et de la répartition des compétences, qui conduit à distinguer, par exemple, la question du changement de genre dans l'établissement du passeport, des registres de sécurité sociale ou du permis de conduire¹¹. S'agissant de la délivrance de ce dernier, une bonne vingtaine d'Etats ont déjà consacré le principe d'autodétermination et n'exigent donc aucune démonstration d'un changement physique, au contraire, par exemple, de la Géorgie, qui exige à la fois la preuve d'une opération chirurgicale et qu'un *court order* a été obtenu afin de valider le changement de genre¹². Le Tennessee et l'Ohio sont les seuls Etats qui interdisent totalement la modification des marqueurs de genre dans les certificats de naissance¹³.

Ce principe peut-il être appliqué aux mineurs ? Ceux-ci pourraient-ils bénéficier d'une double autodétermination ? La première vis-à-vis de leurs parents, en s'affranchissant de leur accord pour prendre la décision de changer de genre et la seconde conformément à celle dont bénéficient les adultes pour changer d'état civil sans avoir à faire la démonstration d'une modification de leur apparence, d'un traitement médical ou d'une opération chirurgicale. L'absence d'impact au niveau de la santé et le fait que le genre soit considéré comme une construction sociale, à l'inverse du sexe qui serait une donnée naturelle¹⁴ pourraient inciter à le penser. Le danger que représente un tel changement pourrait sembler suffisamment mesuré face au bénéfice qu'il pourrait engendrer pour l'enfant en souffrance. Il est acquis depuis longtemps que les enfants transgenres sont beaucoup plus sujets que les autres au harcèlement, aux troubles alimentaires, à la dépression voire au suicide¹⁵.

Plusieurs provinces canadiennes ont déjà consacré cette idée. Au Québec, les mineurs âgés de plus de 14 ans peuvent ainsi demander à changer de genre

¹⁰ F. ASHLEY, « Gender self determination as a medical right », *Canadian Medical Association Journal* 2024, p. 833.

¹¹ R. GILROY et al., « Transgender Rights and Issues », 22 *Geo. J. Gender & L.* 2020-2021, p. 417 et s.

¹² *Ibid.*, p. 482.

¹³ *Ibid.*, p. 483.

¹⁴ A. BARIL, « De la construction du genre à la construction du 'sexe' : les thèses féministes postmodernes dans l'œuvre de Judith Butler », *Recherches féministes*, 2007, p. 63.

¹⁵ V., pour la France, A. CONDAT et D. COHEN, « La prise en charge des enfants, adolescentes et adolescents transgenres en France : controverses récentes et enjeux éthiques », *Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence* 2022, p. 413, pour les Etats-Unis, M. PRIEST, « Transgender Children and the Right to Transition: Medical Ethics When Parents Mean Well but Cause Harm », 19 *Am. J. Bioethics* 2019, p. 51 et, pour le Canada L. LIU et al., « Suicidality and protective factors among sexual and gender minority youth and adults in Canada: a cross-sectional, population-based study », *BMC Public Health* 2023, p. 1469 et s.

sans avoir besoin d'obtenir l'accord de leurs parents¹⁶. Il en va de même en Nouvelle-Ecosse pour les mineurs de plus de 15 ans et à Terre Neuve pour les mineurs de plus de 16 ans¹⁷. En Europe, la plupart des Etats exigent le consentement parental jusqu'à la majorité du requérant, même si certains admettent, en cas de désaccord, que celui-ci puisse saisir les tribunaux pour passer outre ce refus. C'est le cas en Belgique depuis l'entrée en vigueur de la loi du 25 juin 2017 réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'une modification de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets¹⁸. Cette loi permet à tout mineur, dès l'âge de 12 ans, de solliciter la modification de son prénom et de saisir le tribunal de la famille en cas d'opposition des parents ou des représentants légaux. Le changement de genre est possible dans les mêmes conditions à compter de l'âge de 16 ans mais nécessite une attestation d'un pédopsychiatre confirmant que l'intéressé « dispose d'une faculté de discernement suffisante pour avoir la conviction durable que le sexe mentionné dans son acte de naissance ne correspond pas à son identité de genre vécue intimement »¹⁹. On retrouve cette limite de 16 ans en Espagne²⁰ et en Suisse²¹. En France comme aux Etats-Unis, l'accord des parents reste par contre exigé jusqu'à 18 ans : la transition juridique ne peut se faire contre l'avis de ces derniers.

Le changement de genre à l'état civil peut cependant être anticipé, dans un pays comme dans l'autre, par le jeu de l'émancipation. En France, l'article 61-5 déjà cité vise explicitement les mineurs émancipés, si bien qu'un mineur en conflit avec ses parents²² à propos de sa transition pourrait parfaitement saisir la justice comme le lui permet l'article 413-2 du Code civil à condition de justifier « de justes motifs ». L'irrésistible besoin d'un changement face au malaise qu'il ressent pourrait en effet être considéré comme tel²³, même si la

¹⁶ <https://www.etatcivil.gouv.qc.ca/fr/changement-sexe.html>.

¹⁷ <https://aristotlefoundation.org/study/comparing-teenagers-children-and-gender-transition-policy-in-canada-the-united-states-and-europe/#section1>.

¹⁸ Loi du 25 juin 2017 réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'une modification de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets, *Le Moniteur Belge*, 10 juillet 2017.

¹⁹ E. BRIBOSIA, N. GALLUS et I. RORIVE, « Une nouvelle loi pour les personnes transgenres en Belgique », *J.T.*, 2018, p. 265.

²⁰ *Droit de la famille* n° 4, Avril 2023, alerte 52.

²¹ <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/gesellschaft/gesetzgebung/archiv/geschlechteraenderung.html>.

²² On notera toutefois qu'un mineur encouragé par ses parents pourrait également demander l'émancipation dans l'unique but d'obtenir une modification à l'état civil avant sa majorité, ce qui a conduit la Cour d'appel de Chambéry en 2022 à autoriser par exception un changement de genre d'un mineur avec l'accord de ses parents en utilisant le mécanisme du contrôle de conventionnalité. Sur ce point, v. not. M.-X. CATTO, « Le sexe assigné contesté et modifié avant la majorité », note ss CA Chambéry, 25 janv. 2022, n° 21/01282 : *RTDH* 29 mars 2022.

²³ P. AUFFIÈRE et Ch. BAROUSSE, « Des prémices de la jurisprudence aux permissions de la loi », *AJ famille* 2016, p. 580.

doctrine est très partagée sur ce sujet²⁴. Cette solution est également envisagée par la doctrine américaine qui relève qu'il n'est pas rare que les adolescents transgenres en rupture avec leur famille se retrouvent à vivre en dehors de leur foyer, ce qui rend l'émancipation d'autant plus nécessaire²⁵.

A défaut d'être retenue dans le cadre de la transition juridique, l'autodétermination pourrait au moins l'être dans le contexte de la transition sociale, dans le contexte scolaire notamment. Ca n'est cependant pas le cas en France. La circulaire sur l'accompagnement des élèves transgenres en milieu scolaire, dite « circulaire Blanquer », validée au mois de décembre 2023²⁶, subordonne en effet le changement de prénom d'usage de l'enfant dont l'état civil n'a pas été modifié à l'accord de ses représentants légaux. Aux Etats-Unis, de la même façon, les Etats qui autorisent un tel changement requièrent que celui-ci soit soutenu, si ce n'est demandé, par les parents du mineur qui en fait la demande²⁷. De nombreux auteurs américains estiment que cette règle devrait être assouplie s'agissant de l'usage du prénom dans le cadre scolaire : un mineur qui n'aurait pas encore pu changer de genre et de prénom à l'état civil devrait être en droit d'utiliser le prénom qu'il a choisi de manière anticipée²⁸. Le mouvement semble cependant aller dans le sens inverse. Avant même l'élection de Donald Trump, la Chambre des représentants a commencé à examiner un projet de loi intitulé « *Parental Rights Over the Education and Care of Their Kids* », désigné aussi de manière plus rapide sous l'intitulé « *Protect Kids Act* », visant à exiger que tout changement en matière de marqueur de genre, de choix du prénom ou de préférence s'agissant des toilettes ou des vestiaires, dans le cadre scolaire, soit approuvé par les parents, tout manquement à ce principe pouvant conduire à une perte du financement fédéral²⁹.

Lorsqu'elle n'a pas d'incidence sur le corps du mineur, l'autodétermination ne pose de difficulté que dans la mesure où elle implique une immixtion du monde judiciaire et/ou administratif dans un conflit qui oppose un adolescent et ses parents. Il n'est pas surprenant, dans ces conditions, que certaines provinces canadiennes aient pu, comme nous l'avons vu, fixer l'âge à partir duquel une personne transgenre peut demander à modifier son état civil avant, voire bien avant la majorité. S'il est évidemment nécessaire de préserver les jeunes enfants, cette solution, lorsqu'elle est appliquée à des adolescents de 14 ou 15 ans, pourrait parfois éviter des situations tragiques. Afin d'éviter des décisions irréfléchies dues à un mal-être passager, il conviendrait toutefois de requérir dans tous les cas une expertise par un pédopsychiatre spécialisé dans ces questions et organiser, au préalable, une médiation avec les parents pour tenter de

²⁴ V. les obs. de M.-X. CATTO, op. cit.

²⁵ E. Ikuta, op. cit., p. 196.

²⁶ CE, 29 déc. 2023, n° 463697 : JurisData n° 2023-024220 : *Droit de la famille* 2024, alerte 38.

²⁷ S. STEADMAN, op. cit., p. 22.

²⁸ Ibid., p. 33.

²⁹ <https://www.congress.gov/congressional-report/118th-congress/house-report/706/1>.

les convaincre d'adhérer au projet de leur enfant et mettre ainsi fin au conflit. Les droits parentaux ne devraient pas constituer un obstacle à la réalisation des droits de l'enfant³⁰ s'il est établi par des professionnels compétents que celui-ci est effectivement transgenre et qu'il ne s'agit pas d'une « passade ». La décision de transition sociale « mérite d'être interrogée, élaborée, pesée, avec l'enfant, avec sa famille, en équipe pluridisciplinaire »³¹. Des réunions de concertation rassemblant des professionnels de différentes disciplines qui reçoivent ces enfants et ces adolescents ont déjà été mises en place en France³² et au Québec³³. Il ne s'agit bien évidemment pas d'exclure les parents du cheminement de leur enfant ou de nier l'importance de leur engagement, mais bien « de reconnaître à la personne mineure transgenre les prérogatives dont elle est titulaire, et ce, à la lumière du droit et de la science »³⁴.

2. L'autodétermination du mineur en vue d'un traitement médical réversible

La question de la capacité du mineur transgenre à passer outre le consentement de ses parents est bien plus délicate encore lorsque le processus de transition implique des actes médicaux. Il faut rappeler à cet égard que l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) considère l'incongruence de genre, c'est-à-dire la discordance entre le sexe biologique et le genre auquel une personne s'identifie comme une « condition liée à la santé sexuelle »³⁵. Elle ne la considère plus depuis 2018 comme une maladie, mais cela n'empêche pas la nécessité pour la personne concernée de bénéficier d'un accompagnement médical en vue de sa transition. La dysphorie de genre, c'est-à-dire la détresse causée car l'incongruence entre l'identité de genre de la personne concernée et le sexe qui lui a été attribué à la naissance, peut nécessiter, chez les adolescents prépubères, la prise de produits tels que des bloqueurs de puberté dans le but de prévenir des problèmes psychologiques graves pouvant parfois mener au suicide³⁶. Selon Johanne Clouet, au Québec, qui cite plusieurs études à l'appui de son affirmation, « l'adéquation entre les caractéristiques corporelles développées par l'hormonothérapie et l'identité de genre permettrait

³⁰ D. LAMBELET COLEMAN, « Transgender Children, Puberty Blockers, and the Law: Solutions to the Problem of Dissenting Parents », 19:2 *Am J Bioethics* 2019, p. 82.

³¹ A. CONDAT et D. COHEN, op. cit., p. 420.

³² E. REMAUD, « Des pistes de réflexion sur les enjeux éthiques de l'accompagnement et de la reconnaissance de l'autonomie des mineurs transgenres en France », *Médecine/Science* 2023, p. 41.

³³ J. CLOUET, « Transition de genre : réflexion critique sur l'autonomie décisionnelle de l'enfant transgenre », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 2022, p. 25.

³⁴ Ibid.

³⁵ [https://www.who.int/fr/news/item/18-06-2018-who-releases-new-international-classification-of-diseases-\(icd-11\)](https://www.who.int/fr/news/item/18-06-2018-who-releases-new-international-classification-of-diseases-(icd-11)).

³⁶ T. BRIK et al., « Trajectories of Adolescents Treated with Gonadotropin-Releasing Hormone Analogues for Gender Dysphoria », 49 *Archives of Sexual Behavior* 2020, p. 2611 et s.

non seulement de réduire la dysphorie ressentie, mais également de cultiver un rapport plus positif au corps et de favoriser le bien-être psychosocial »³⁷. Les changements corporels pouvant s'avérer insupportables pour les jeunes en début de puberté, un accompagnement médical, et non plus seulement psychologique, peut s'avérer nécessaire pour favoriser le bon développement psychoaffectif de l'enfant et éviter tout stress traumatique³⁸. C'est aux Pays-Bas, dans les années 1990, que l'idée de bloquer la puberté pour donner du temps à l'adolescent, sa famille et les cliniciens, pour mieux définir son genre, a été défendue pour la première fois³⁹.

La prise de bloqueurs de puberté présente l'avantage d'être réversible. Les personnes assignées en tant que femme à la naissance ne développeront pas de seins et ne commenceront pas à avoir leurs règles et les personnes assignées en tant qu'hommes n'auront pas la voix qui mue, les épaules qui deviendront plus large et la barbe qui commencera à pousser.⁴⁰ La puberté commencera à partir du moment où le traitement prendra fin. Si la volonté de transition se confirme, il sera possible à l'inverse, vers l'âge de 16 ans, de poursuivre le processus sous la forme de la prise d'estrogènes ou de testostérone. Le traitement ne sera alors que partiellement réversible⁴¹.

La question de l'autodétermination du mineur dans les décisions relatives à sa santé n'est pas nouvelle⁴², mais, dans le contexte de la transition de genre, elle revêt une dimension particulière. La prise de bloqueurs de puberté concerne en effet des enfants très jeunes et va avoir un impact majeur sur leur développement. On comprend dès lors que les parents aient vocation à accompagner leur enfant dans sa démarche. En France, la Haute autorité de santé indique ainsi que « le consentement de l'adolescent et de ses deux parents est requis tant que l'adolescent est mineur »⁴³. Le Sénat a par ailleurs adopté en première lecture une proposition « visant à encadrer les pratiques médicales mises en œuvre dans la prise en charge des mineurs en questionnement de genre »⁴⁴ qui vise à encadrer la prescription des bloqueurs de puberté aux mineurs en créant des « centres de référence pluridisciplinaires » et en exigeant un suivi médical d'au moins 2 ans⁴⁵. La prudence et l'exigence de l'accord parental est également de mise aux Etats-Unis où aucune distinction n'est

³⁷ V. les études citées par J. CLOUET, op. cit., p. 23.

³⁸ A. CONDAT et D. COHEN, op. cit., p. 413.

³⁹ P.T. COHEN-KETTENIS, H. A. DELEMARRE-VAN DE WAAL, L. J. GOOREN, « The treatment of adolescent transsexuals: changing insights », 5 *J Sexual Med* 2008, p. 1892.

⁴⁰ V. sur ce point les descriptifs réalisés par la World Professional Association for Transgender Health : <https://www.wpath.org/>.

⁴¹ A. CONDAT, D. COHEN, op. cit., p. 409.

⁴² A. PICARD, « Le concept d'autonomie à l'épreuve des décisions de santé relatives aux mineurs », *Le sociographe* 2013/5, p. 69.

⁴³ Haute autorité de santé, Parcours de transition des personnes transgenres, 7 septembre 2022.

⁴⁴ Proposition de loi n° 435 [2023-2024].

⁴⁵ *Droit de la famille* 2024, alerte 86.

faite entre les traitements réversibles et irréversibles⁴⁶. Il faut dire que la Cour suprême a affirmé, dans son célèbre arrêt *Troxel v. Granville* rendu en 2000, que le clause de « *due process* » prévue par le 14^e amendement protège le droit fondamental des parents à prendre les décisions qui concerne leur enfant⁴⁷ et dans son arrêt *Parham v. JR* rendu en 1979 que ceux-ci sont présumés agir dans l'intérêt de ce dernier⁴⁸. Elle a par ailleurs justifié la limitation des droits des mineurs par le fait que ceux-ci ne sont pas en capacité de se prendre en charge⁴⁹ et manquent d'expérience et de jugement leur permettant d'éviter des choix qui pourraient leur être préjudiciables⁵⁰. Le consentement parental est également exigé au Canada par l'ensemble des provinces, même si l'âge à partir duquel le traitement peut débiter peut varier⁵¹.

Plusieurs Etats d'Europe du Nord avaient fait le choix de leur côté de laisser le dernier mot aux autorités médicales et de favoriser ainsi l'autodétermination du mineur, suivant les conseils de l'*Endocrine Society* qui a considéré, dans ses lignes de conduite (*guidelines*), que le consentement parental devait être encouragé mais non exigé⁵². En Allemagne, les équipes médicales pouvaient ainsi décider d'autoriser un tel traitement au bénéfice d'un mineur de plus de 12 ans. Il en allait de même sans condition d'âge à partir de 15 ans au Danemark. Dans ces deux Etats, les autorités médicales sont cependant revenues en arrière, estimant qu'il fallait être plus prudent face au phénomène de « *gender-affirming care* »⁵³.

Cette position est jugée trop restrictive par de nombreux auteurs, en Europe comme en Amérique du Nord. Le droit à l'autodétermination du mineur dans la prise de bloqueurs de puberté est défendu en raison de l'inégalité que l'exigence du consentement parental implique au détriment des enfants ne bénéficiant d'aucun support de leurs parents⁵⁴. Une comparaison pourrait ainsi être faite avec la question de l'avortement. En France, comme dans de nombreux autres pays⁵⁵, une mineure n'a pas besoin du consentement parental pour avorter et doit simplement être accompagnée par une personne majeure

⁴⁶ E. IKUTA, op. cit., p. 187.

⁴⁷ *Troxel v. Granville*, 530 U.S. 57,66 (2000).

⁴⁸ *Parham v. J. R.*, 442 U.S. 584, 624 (1979).

⁴⁹ *Schall v. Martin*, 467 U.S. 253, 265 (1984).

⁵⁰ *Bellotti v. Baird*, 443 U.S. 622, 635 (1979).

⁵¹ https://aristotlefoundation.org/study/comparing-teenagers-children-and-gender-transition-policy-in-canada-the-united-states-and-europe/#elementor-toc__heading-anchor-5.

⁵² E. IKUTA, op. cit., p. 190.

⁵³ V., pour l'Allemagne : <https://segm.org/German-resolution-restricts-youth-gender-transitions-2024>, et, pour le Danemark : <https://segm.org/Denmark-sharply-restricts-youth-gender-transitions>.

⁵⁴ M. PRIEST, op. cit., p. 45.

⁵⁵ La situation est plus contrastée aux Etats-Unis, tout particulièrement depuis que l'arrêt *Dobbs v. Jackson* rendu le 24 juin 2022 est revenu sur le fameux arrêt *Roe v. Wade* en affirmant que la Constitution ne garantit pas le droit à l'avortement : <https://www.guttmacher.org/state-policy/explore/parental-involvement-minors-abortion>.

de son choix⁵⁶. La prise de bloqueurs de puberté pourrait de la même façon être décidée de façon discrétionnaire après que le mineur a reçu toutes les informations nécessaires et qu'une équipe pluridisciplinaire se soit assurée du sérieux de son consentement⁵⁷. On pourrait, de la même façon, faire un parallèle avec les décisions en matière de contraception⁵⁸ ou de prévention des maladies sexuellement transmissibles⁵⁹.

Certains auteurs évoquent de leur côté la notion de soins urgents. Un mineur pourrait arguer du fait que le traitement qu'il requiert constitue une urgence médicale dans la mesure où la détresse qu'il subit en raison de la modification de son corps pourrait nuire à sa santé, voire même à sa vie⁶⁰ : « d'un point de vue éthique, en considérant le principe d'autonomie, imposer au jeune de renoncer à un traitement parce que sa capacité à consentir serait jugée insuffisante pourrait être plus problématique que d'accepter son choix exprimé même à considérer que ce choix serait seulement partiellement éclairé du fait d'une capacité à consentir qui ne serait pas totale »⁶¹.

Au Québec, une distinction est faite entre les soins requis et les soins non requis par l'état de santé de la personne mineure. S'agissant de la transition de genre, les tribunaux semblent aller plutôt vers une qualification de « soins non requis présentant un risque sérieux et pouvant causer des effets graves et permanents »⁶². Si les bloqueurs de puberté ne satisfont pas le critère de permanence exigé par la loi, Johanne Clouet estime cependant qu'ils devraient intégrer la catégorie des soins requis en ce qu'ils « visent « à soulager [s]es souffrances, à corriger une déficience physique ou psychologique, à améliorer [s]a qualité de vie [...], à assurer sa survie ou préserver son intégrité ». Le fait de considérer les traitements nécessaires à la transition médicale comme des soins non requis témoignerait, selon elle, d'une méconnaissance de la réalité de la dysphorie ou de l'incongruence de genre et des effets positifs de ces soins sur la santé mentale des jeunes transgenres »⁶³. Cette qualification permettrait au tribunal d'autoriser les soins en cas de refus injustifié des parents ou représentants légaux du mineur de moins de 14 ans et à celui de plus de 14 ans d'y consentir seul dès lors qu'il est apte à comprendre les enjeux des soins demandés⁶⁴.

Cette question s'est posée en Angleterre dans une affaire jugée par la *Court of Appeal* en 2021⁶⁵. L'affaire *Bell v. Tavistok* concernait un mineur de

⁵⁶ Article L. 2212-4 du Code de la santé publique.

⁵⁷ D. LAMBELET COLEMAN, op. cit., p. 84.

⁵⁸ E. IKUTA, op. cit., p. 197.

⁵⁹ CAL. FAM. CODE § 6925-26.

⁶⁰ E. IKUTA, op. cit., p. 196.

⁶¹ A. CONDAT et D. COHEN, op. cit., p. 420.

⁶² J. CLOUET, op. cit., p. 14 et s.

⁶³ Ibid., p. 24.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ *Bell v. Tavistock*, (2021) EWCA Civ. 1363.

moins de 16 ans qui souhaitait prendre des bloqueurs de puberté. La Cour a considéré que la décision devait être prise par les équipes médicales et non les tribunaux. Elle s'est référée à la notion de compétence « *Gillick* » en référence à un arrêt de la Chambre des Lords rendu en 1986⁶⁶ qui a établi les règles en matière de consentement médical des mineurs de moins de 16 ans dans le cas où leurs parents ignorent leur situation ou s'opposent à leur décision. Les professionnels de santé doivent alors tenir compte de l'âge du mineur, de sa maturité et de ses capacités mentale, de sa capacité à comprendre le problème et ce qu'il implique, mais aussi les risques et les implications de la décision qu'il pourrait prendre. Ils doivent aussi vérifier que rien ni personne ne fait pression sur lui ou cherche à l'influencer. Alors que la *High Court* avait considéré que la compétence *Gillick* ne pouvait pas s'appliquer s'agissant de bloqueurs de puberté, la *Court of Appeal* a considéré que celle-ci n'aurait pas dû se prononcer sur cette question qui relève de la compétence exclusive des médecins⁶⁷. On notera que cette position rejoint celle retenue par le législateur belge dans la loi précitée de 2017, malgré les critiques de la doctrine qui s'inquiète de la formation des professionnels concernés par l'évaluation du discernement de l'enfant, notamment lorsque celui-ci a moins de 12 ans⁶⁸. Le gouvernement anglais est en tout cas revenu en arrière en 2024 en établissant des règles strictes afin d'encadrer ce qui a été perçu comme une potentielle dérive⁶⁹. Les travaillistes ayant depuis remplacé les conservateurs au pouvoir, il faudra voir comment la situation évoluera dans les années à venir.

La capacité du mineur à consentir à un traitement hormonal réversible s'était également posée en Australie dès le début des années 2000 dans une affaire jugée par la Cour de la famille. Même si cette décision ne consacre pas directement le principe d'autodétermination dans la mesure où le représentant légal de l'enfant, qui avait été confié en famille d'accueil, avait consenti à la procédure, elle est néanmoins riche d'enseignements dans la mesure où elle consacre l'idée qu'un mineur peut être suffisamment mature pour consentir à un tel traitement⁷⁰. Cette idée fait l'objet d'un débat doctrinal aux Etats-Unis, qui connaissent depuis longtemps déjà ce que les tribunaux appellent la doctrine du « mineur mature » (*mature minor doctrine*). Les mineurs qui sont capables de comprendre la nature et les conséquences des traitements médicaux qui leurs sont proposés se voient ainsi reconnaître la possibilité d'y consentir ou de les refuser⁷¹. C'est cette doctrine qui s'applique lorsqu'un mineur témoin de Jéhovah devrait bénéficier pour se soigner d'une transfusion

⁶⁶ *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1986] AC 112.

⁶⁷ S. GIORDANO, *Children and Gender : Ethical issues in clinical management of transgender and gender diverse youth from early years to late adolescence*, Oxford University Press 2023, p. 210.

⁶⁸ E. BRIBOSIA, N. GALLUS et I. RORIVE, op. cit., p. 265.

⁶⁹ <https://www.gov.uk/government/news/new-restrictions-on-puberty-blockers>.

⁷⁰ *Re Alex* [2004] FamCA 297, 242.

⁷¹ E. IKUTA, op. cit., p. 182.

sanguine et que ses parents s’y opposent⁷². Si les choix religieux des parents ne doivent pas interférer dans la vie du mineur, qui a le droit d’avoir ses propres convictions, on devrait considérer de la même façon que leur rejet de la transidentité ne devrait pas empêcher le mineur d’accéder aux traitements dont il a besoin⁷³. Cette vision est globalement soutenue par la communauté médicale⁷⁴, mais certains auteurs la trouvent trop restrictive dans la mesure où de jeunes mineurs transgenres pourraient être considérés comme n’étant pas suffisamment matures pour consentir à la prise de bloqueurs de puberté alors même qu’ils en ont réellement besoin⁷⁵. La seconde critique qui revient souvent réside dans le caractère très incertain et imprévisible de cette doctrine, qui risque de recevoir des applications très différentes selon le juge saisi⁷⁶.

Un autre concept revient de façon récurrente dans les pays de *Common Law* : celui de *parens patriae*, qui est utilisé dans le contexte de la protection de l’enfance, lorsque l’Etat doit intervenir à l’encontre d’un parent abusif ou négligeant. Florence Ashley s’y réfère ainsi au Canada pour justifier une potentielle intervention des tribunaux pour permettre à l’enfant de se conformer à l’identité qu’il s’est choisie malgré le désaccord de ses parents⁷⁷. On peut citer, dans le même sens, aux Etats-Unis, les travaux de Frederica Vergani qui y voit la justification possible d’un contournement judiciaire du refus opposé par les parents à l’enfant, qui pourrait s’appuyer sur son droit fondamental au respect de sa vie privée (*privacy*) et de son droit à l’autonomie individuelle⁷⁸. L’Etat aurait même selon elle une obligation d’intervenir, la décision parentale étant susceptible de nuire gravement aux intérêts du mineur et de l’affecter dans sa santé physique et mentale⁷⁹. Pour Daliah Silver, l’opposition parentale au désir de transition de leur enfant pourrait rentrer dans la définition de l’abus donné par le *Child Abuse Prevention and Treatment Act*⁸⁰ qui vise tout acte ou négligence de la part d’un parent qui entraîne pour l’enfant un risque sérieux et imminent de dommage physique ou émotionnel⁸¹.

Cette vision est cependant considérée comme excessive par une partie de la doctrine qui met en avant les risques liés à la prise de bloqueurs de puberté, tels que les problèmes de densité osseuse, les risques au niveau des capacités

⁷² M. PRIEST, op. cit., p. 52.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ V. les références citées par E. IKUTA, op. cit., p. 204.

⁷⁵ M. PRIEST, op. cit., p. 52.

⁷⁶ C. D. WATTS, « Asking Adolescents: Does a Mature Minor Have a Right to Participate in Health Care Decisions? », 16 *Hasting Women’s L.J.* 2005, p. 242.

⁷⁷ F. ASHLEY, « Parental rights over transgender youth : furthering a pressing and substantial objective ? », 62 *Alberta Law Review* 2024, p. 87 et s.

⁷⁸ F. VERGANI, « Why Transgender Children Should Have the Right to Block Their Own Puberty with Court Authorization », 13 *FIU L. Rev.* 2019, p. 905.

⁷⁹ Ibid., p. 909.

⁸⁰ *Child Abuse Prevention and Treatment Act* (Public Law 93–247).

⁸¹ D. SILVER, op. cit., p. 250.

reproductives⁸², ou encore le manque de développement des tissus dans la perspective d'une éventuelle vaginoplastie si la transition H-F se confirme⁸³. Des médecins vont même jusqu'à dénoncer une recherche non-éthique pratiquée sur des enfants traités comme des cobayes. Il est très difficile de se prononcer sur des pratiques qui ne font pas l'objet d'un consensus scientifique suffisant et qui sont trop récentes pour que l'on puisse bénéficier d'un recul suffisant pour peser les risques et les avantages. Le problème majeur réside dans l'absence de garantie totale de l'absence de conséquences à long terme, et donc du caractère véritablement réversible, de la prise de bloqueurs de puberté. Il apparaît en effet très difficile d'envisager une autodétermination du mineur lorsque le traitement aura des implications définitives sur sa santé.

3. L'autodétermination du mineur en vue de traitements irréversibles

Si l'autodétermination du mineur transgenre est envisageable dans le contexte de la transition juridique et sociale, et de façon plus mesurée lorsqu'il s'agit de la prise de bloqueurs de puberté, on peut par contre s'interroger davantage sur son opportunité s'agissant d'actes médicaux irréversibles. Les deux procédures concernées sont la prescription d'hormones croisées, dont la prise régulière entraînera une modification du corps qui ne sera que partiellement réversible, et les traitements chirurgicaux (vaginoplastie, phalloplastie, torsoplastie, laryngectomie...) , dont les conséquences sont cette fois-ci irréversibles.

Une différence est faite dans certains Etats ou provinces entre ces deux pratiques. Au Canada, la province d'Alberta autorise ainsi librement les mineurs de plus de 16 ans à consentir à un traitement hormonal alors que seuls les majeurs de plus de 18 ans sont autorisés à recourir à la chirurgie⁸⁴. La Colombie-Britannique va encore plus loin puisqu'elle utilise la doctrine du « *mature minor* » déjà évoquée afin de justifier un possible traitement hormonale malgré le désaccord des parents. Le principe a été posé par la *Court of Appeal* dans une affaire jugée en 2020⁸⁵. Un mineur en transition a demandé à bénéficier d'un traitement hormonal avec le soutien de sa mère qui l'a accompagné dans sa démarche à la suite de rencontres avec un psychologue, un psychiatre et un endocrinologue pédiatrique qui ont confirmé le diagnostic de dysphorie de genre. Le père s'y est opposé et a engagé une procédure visant à empêcher le traitement. Tout en rejetant la qualification de « violence familiale » à l'égard du père, la Cour a considéré que le mineur était en capacité

⁸² De ROO C, TILLEMANN K, T'SJOEN G, DE SUTTER P., « Fertility options in transgender-people », 28 *Int Rev Psychiatry* 2016, p. 112.

⁸³ S. GIORDANO, op. cit., p. 131 et s.

⁸⁴ <https://www.alberta.ca/advancing-policies-to-support-the-health-care-system>.

⁸⁵ A.B. v. C.D., 2020 BCCA 11.

de suivre un tel protocole et qu'il était suffisamment mature pour en mesurer les conséquences. On notera que les procédures chirurgicales ne sont, de leur côté, autorisées que pour les personnes âgées de plus de 19 ans⁸⁶. Aux Etats-Unis, c'est l'Oregon qui est l'Etat le plus permissif dans la mesure où il permet un tel traitement à partir de 15 ans sans le consentement des parents⁸⁷. Il faut toutefois, là encore, atteindre l'âge de la majorité pour pouvoir bénéficier d'une opération chirurgicale. En Europe, de nombreux États autorisent la prise d'hormones croisées à partir de 16 ans sans requérir l'autorisation des parents (Islande, Pays-Bas, Norvège...), mais aucun n'autorise d'opération avant 18 ans⁸⁸, à l'exception de l'Irlande, qui l'autorise dès 16 ans, mais sous réserve du consentement des parents⁸⁹.

L'argument essentiel mis en avant par les partisans du recours anticipé à la chirurgie réside dans le fait que les transitions hormonales et chirurgicales sont plus complexes pour des adultes que pour des jeunes qui n'ont pas complété leur puberté⁹⁰. Même si cela est très rare, il arrive, en France, que des torsoplasties soient réalisées, avec l'accord des parents, lorsque le développement de la poitrine « suscite une dysphorie importante, pouvant majorer un risque suicidaire ou confinant l'adolescent à domicile, limitant ses relations sociales et activités, le contraignant à porter un binder compressif très inconfortable voire traumatique et/ou lui interdisant la pratique de la plupart des sports »⁹¹. Certains auteurs, particulièrement aux Etats-Unis, vont plus loin et considèrent qu'il faudrait pouvoir, comme pour la transition sociale ou la prise de bloqueurs de puberté, contourner l'opposition parentale si celle-ci entraîne, pour le mineur, un préjudice psychologique majeur. Un mineur transgenre devrait se voir reconnaître un droit fondamental à bénéficier des actes médicaux nécessaires à sa transition⁹². La décision de suivre un protocole de transition serait, selon Frederica Vergani, encore plus « personnelle et sensible » que la décision d'avorter ou de recourir à la contraception dans la mesure où elle touche à l'identité profonde de la personne concernée⁹³. Il serait en conséquence d'autant plus nécessaire de laisser la décision à celle-ci sans laisser à ses parents un droit de veto qui risquerait de provoquer chez elle souffrance, anxiété et dépression. Un risque sanitaire peut également être évoqué s'agis-

⁸⁶ <https://www.vch.ca/en/service/gender-surgery-program-bc>.

⁸⁷ <https://www.oregon.gov/oha/HPA/DSI-HERC/FactSheets/Gender-dysphoria.pdf>.

⁸⁸ <https://aristotlefoundation.org/study/comparing-teenagers-children-and-gender-transition-policy-in-canada-the-united-states-and-europe/#section5>.

⁸⁹ <https://www.citizensinformation.ie/en/birth-family-relationships/legal-recognition-of-preferred-gender>.

⁹⁰ D. SILVER, « Transforming America's Perspective: How Recognizing the Rights of Transgender Youth Will Empower the Next Generation », 39 *Child Legal Rts J* 2019, p. 239.

⁹¹ A. CONDAT et D. COHEN, op. cit., p. 418.

⁹² M. PRIEST, op. cit., p. 46. V. aussi K. R. OLSON, « Prepubescent transgender children: What we do and do not know », 55 *Journal of the American Academy of Child Adolescent Psychiatry* 2016, p. 155.

⁹³ F. VERGANI, op. cit., p. 918.

sant des traitements hormonaux dans la mesure où les mineurs transgenres en conflit avec leurs parents pourraient être tentés de se procurer les produits dont ils ont besoin sur un marché noir en pleine expansion⁹⁴.

Jens Scherpe, professeur à l'Université d'Aalborg, au Danemark, s'attache de son côté au caractère artificiel de l'âge de la majorité, qui n'est qu'une fiction légale. Il affirme ainsi que personne ne peut sérieusement croire qu'une personne de 17 ans et 364 jours est moins apte à se prononcer qu'elle le sera le jour de ses 18 ans⁹⁵ et que la reconnaissance du genre choisi par l'enfant devrait être considéré comme relevant de son intérêt supérieur⁹⁶. Même si une décision aussi importante ne saurait être prise à la légère et laissée à l'entière appréciation de celui-ci, il pourrait être souhaitable de s'appuyer davantage sur les équipes médicales spécialisées et moins sur les parents. Maura Priest estime ainsi qu'il faudrait ouvrir des établissements spécialisés, sur le modèle du planning familial, afin de permettre aux adolescents de consulter des psychiatres et des endocrinologues spécialisés, sans avoir besoin de requérir la permission de leurs parents, et de décider ensuite, si l'équipe médicale valide son projet, d'entamer le processus de transition⁹⁷.

Cet enthousiasme doctrinal est toutefois loin de se refléter dans la pratique législative. Le mouvement de reflux déjà observé à propos des bloqueurs de puberté est encore plus visible s'agissant des traitements partiellement ou non réversibles. En France, une proposition de loi interdisant la prescription d'hormones croisées et la réalisation de chirurgies de réassignation aux mineurs a ainsi été déposée au Sénat⁹⁸. Tout médecin contrevenant à ces règles s'exposerait à des sanctions pénales pouvant aller jusqu'à 2 ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende. Aux Etats-Unis, une bonne vingtaine d'Etats ont déjà légiféré en ce sens. La loi la plus représentative est sans aucun doute l'*Alabama Vulnerable Child Compassion and Protection Act*, adopté en 2022⁹⁹. Ce texte qualifie de délit le fait de fournir à un mineur des moyens médicaux afin d'altérer son apparence pour lui permettre d'affirmer sa perception de genre ou de sexe et vise expressément la thérapie hormonale, la chirurgie de réassignation et toute opération conduisant à enlever une partie du corps ou des tissus sains ou non affectés par une maladie. L'Idaho a suivi le même chemin peu de temps après¹⁰⁰. La majorité des Etats du centre et du sud du pays ont depuis adopté des législations similaires¹⁰¹. En application d'un dispositif

⁹⁴ N. SPACK, « Transgenderism », 12 *Lahey Clinic Med. Ethics J.* 2005, p. 2.

⁹⁵ J. M. SCHERPE (dir.), *The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons*, Intersentia, 2015, p. 626.

⁹⁶ Ibid, p. 627.

⁹⁷ M. PRIEST, op. cit., p. 54.

⁹⁸ *Droit de la famille* 2024, alerte 86.

⁹⁹ *Alabama Vulnerable Child Compassion and Protection Act* - AL SB184.

¹⁰⁰ Sur ces textes, v. E. RAHRIG, « Transgender and Nonbinary Persons' Rights and Issues », *Georgetown Journal of Gender and the Law* 2023, p. 868.

¹⁰¹ <https://www.kff.org/other/dashboard/gender-affirming-care-policy-tracker>.

analogue, l'*attorney general* du Texas, Ken Paxton, a engagé des poursuites à l'encontre d'un médecin qui aurait traité 21 mineurs transgenres¹⁰². Il est possible que ces actions conduisent par la suite à une décision de la Cour suprême qui jugera de la compatibilité de ces lois prohibitives aux principes constitutionnels.

Sans aller jusque-là, plusieurs Etats qui s'étaient montrés plutôt ouverts à l'idée d'autodétermination des mineurs entre 16 et 18 ans sont revenus en arrière en raison du scepticisme de médecins et psychologues qui ont exprimé leurs doutes face à l'ampleur du phénomène et leurs craintes liées aux conséquences de la prise d'hormones. En Suède, l'agence pour l'évaluation des technologies de santé a averti le gouvernement de risques de développement de cancers, de maladies cardiovasculaires et d'ostéoporose et convaincu celui-ci d'exiger à nouveau le consentement des parents en présence d'une personne mineure¹⁰³. La Finlande a fait de même après avoir constaté une surreprésentation de jeunes filles se tournant vers les cliniques pédiatriques de genre dont la plupart présentaient de graves troubles psychiatriques (dépression, anxiété, anorexie)¹⁰⁴. Au Royaume-Uni, c'est une affaire de détransition qui a défrayé la chronique et encouragé le législateur à revoir sa copie. En 2020, une jeune femme, Keira Bell, a intenté un procès contre la clinique *Tavistock* qui lui avait prescrit des hormones croisées et des bloqueurs de puberté à l'âge de 13 ans et qui lui avait par la suite retiré les seins. L'affaire a entraîné l'ouverture d'une enquête par le *National Health Service* qui a conclu à l'insuffisance des études cliniques dans ce domaine et à la nécessité de revoir la politique en matière de traitement médical des mineurs transgenres¹⁰⁵. Comme le relève Marie Lamarche à propos de la proposition du Sénat français précédemment évoquée, « la « *détransition médicale* » devient (...) une préoccupation majeure, le sentiment d'appartenance à un genre pouvant fluctuer dans le temps, ce qui impliquerait que l'irréversibilité de la transition de genre n'est pas compatible avec l'autodétermination »¹⁰⁶.

Appliquée à des traitements irréversibles, l'autodétermination est dangereuse dans la mesure où elle pourrait conduire le mineur à prendre une décision de manière hâtive en subissant une influence extérieure : « en réalité, on ne demande pas à un jeune s'il « consent » à recevoir un traitement (bloqueur de puberté et hormonothérapie) puisque c'est lui qui le demande.

¹⁰² <https://www.texasattorneygeneral.gov/news/releases/attorney-general-ken-paxton-sues-doctor-illegally-providing-harmful-gender-transition-treatments>.

¹⁰³ <https://www.theguardian.com/world/2024/apr/17/sweden-passes-law-lowering-age-to-legally-change-gender-from-18-to-16>.

¹⁰⁴ <https://www.tabletmag.com/sections/science/articles/finland-youth-gender-medicine>

¹⁰⁵ H. CHU, « Consent to Treatment for Transgender Youth: The Next Chapter – *Bell & Anor v The Tavistock and Portman NHS Foundation Trust & Ors* », 86 *The Modern Law Review* 2023, p. 214.

¹⁰⁶ M. LAMARCHE, « Transidentité : autodétermination juridique et médicale de l'identité de genre », *JCP G* 2024, doctr. 580.

Il apprend sur les réseaux sociaux le *modus operandi* : menacer de se suicider, dénoncer ses parents « maltraitants » est très efficace. Or, c'est l'adulte qui est sommé d'obtempérer et doit « consentir » ... à lui obéir, cédant par là même à l'autorité qu'il doit exercer et à sa fonction de protection »¹⁰⁷. Il est possible, là encore, que la solution passe par l'émancipation. En cas de conflit majeur entre l'enfant de plus de 16 ans et ses parents à propos de sa transition, le juge pourrait décider, après réalisation d'une expertise pluridisciplinaire établissant de manière suffisamment convaincante le diagnostic de dysphorie de genre et la nécessité d'engager un traitement hormonal ou chirurgical, que celui-ci doit être émancipé. Dans les autres cas, il serait sans doute plus prudent, en l'état actuel de la recherche, de requérir le consentement des parents, ce qui posera un autre problème : celui de la dissension parentale.

En Colombie-Britannique, la Cour d'appel a considéré, dans une affaire dans laquelle la mère soutenait la décision de transition de genre d'un mineur transgenre et avait consenti à ce que celui-ci suive un traitement hormonal, que le père ne pouvait s'y opposer¹⁰⁸. Tout en refusant de qualifier cette opposant de « violence familiale », la Cour a cependant ordonné à celui-ci de cesser toute communication publique à propos de son fils, tout particulièrement dans les médias. Dans une décision plus ancienne rendue en 2007 dans une affaire *Smith v. Smith*¹⁰⁹, la *Court of Appeals* de l'Ohio, a validé inversement la décision prise par le juge de première instance autorisant le père à interdire à une jeune fille transgenre de porter des vêtements féminins et d'utiliser un prénom féminin alors même que la garde principale (*primary custody*) avait été attribuée à la mère qui soutenait sa transition. Le soutien parental à la transition est par contre mis en avant dans une récente loi californienne sur l'identité de genre¹¹⁰ votée par les instances législatives, mais à laquelle le gouverneur, Gavin Newsom, a opposé son veto considérant que les implications de la loi devaient être analysées par la Cour suprême de Californie¹¹¹. Le texte ferait du soutien à la transition de genre un critère essentiel dans la détermination de la garde juridique de l'enfant en cas de séparation parentale. Un parent pourrait se voir privé de ses droits en cas de refus de considérer l'enfant en fonction du genre qu'il a choisi plutôt que de celui qui lui a été assigné à la naissance. Si la question devait se poser en France, il appartiendrait au juge aux affaires familiales d'autoriser ou non la transition médicale, en fonction de l'intérêt de l'enfant, sachant qu'un tel traitement ne saurait évidemment être considéré comme un acte usuel.

¹⁰⁷ C. ELIACHEFF et C. MASSON, « L'enfant-transgenre, une mystification contemporaine ? », *Les cahiers de la justice* 2021, p. 555.

¹⁰⁸ *Court of Appeal of British Columbia*, *A.B. v. C.D.*, 2020 BCCA 11.

¹⁰⁹ *Smith v. Smith*, No. 05 JE 42, 2007 WL 901599 (Ohio Ct. App. Mar. 23, 2007).

¹¹⁰ *AB – 957 Family law : gender identity* (2023-2024).

¹¹¹ https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billStatusClient.xhtml?bill_id=202320240AB957.

4. *Conclusion*

Il est excessivement difficile d'aborder la question de l'autodétermination du mineur transgenre de manière sereine. Si les législations diffèrent parfois, aucun Etat n'échappe à la controverse. Le débat sur le sujet est, de manière systématique, compliqué par le caractère éminemment polémique du sujet. On ne saurait comparer la détermination du genre aux autres questions qui touchent à la santé du mineur. La transition est, pour ce dernier, comme une nouvelle naissance. Il est donc compréhensible que les parents soient désespérés. Il est absolument essentiel que les équipes médicales travaillent de concert avec eux, fassent un travail de pédagogie, pour éviter des situations de conflit qui seront nuisibles à l'enfant déjà fragilisé par sa dysphorie de genre. L'autodétermination ne devrait être possible que dans des cas extrêmes dans lesquels une transition rapide est jugée comme absolument nécessaire et où les parents s'y opposent pour autant avec une détermination absolue.

Abstract [Fr]

L'essai aborde la question de l'autodétermination du mineur dans le cadre de la transition de genre dans une perspective comparative, en commençant tout d'abord par les dispositions des articles 61-5 et 61-6 du Code civil, introduites en 2016, qui concernent la possibilité d'obtenir un changement d'actes d'état civil même en l'absence de traitement médical ou chirurgical. L'auteur aborde ensuite les différentes conséquences en termes de conditions et d'effets des traitements médicaux réversibles, tels que les traitements hormonaux, et des traitements médicaux irréversibles de changement de sexe, qui soulèvent plusieurs questions, notamment en ce qui concerne la possibilité d'autorisation du traitement par les parents et les dangers pour la santé des mineurs.

Mots clés : autodétermination du mineur dans le cadre d'un changement de sexe ; articles 61-5 et 61-6 du Code civil français ; traitements hormonaux ; autorisation parentale ; traitements médicaux réversibles et irréversibles de changement de sexe.

Abstract [Eng]

The essay examines the issue of a minor's self-determination in the context of gender reassignment from a comparative perspective, starting with the provisions of Articles 61-5 and 61-6 of the Civil Code, introduced in 2016, which concern the possibility of obtaining a change in civil status documents even in the absence of medical or surgical treatment. The author then goes on to discuss the different consequences in terms of the conditions and effects of reversible medical treatments, such as hormone treatments, and irreversible medical sex reassignment treatments, which raise several issues, particularly with regard to the possibility of parental authorisation for treatment and the risks to the health of minors.

Keywords: minor's self-determination in the context of gender reassignment; articles 61-5 and 61-6 of the French Civil Code; hormone treatments; parental authorization; reversible and irreversible medical sex reassignment treatments.

Ordini di protezione e tutela del minore dopo la riforma Cartabia del processo civile

Piergiuseppe Lai

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il difficile coordinamento tra giudice ordinario e giudice minorile. – 3. Giudizi sulla responsabilità genitoriale e condotte pregiudizievoli per il minore. – 4. Le novità introdotte con la riforma del processo civile e il decreto correttivo. – 5. L'ordine di protezione del minore nel sistema del rito unitario.

1. Introduzione

Gli ordini di protezione civili contro gli abusi familiari, seppure inizialmente sconosciuti ai nostri codici, possono vantare già quasi un quarto di secolo di intensi studi e costante applicazione, essendo stati introdotti – salvo successive e circoscritte modifiche¹ – dalla l. 4 aprile 2001, n. 154². Nella formulazione ori-

¹ Si è trattato, in particolare, della modifica all'art. 342-*bis* c.c. operata con la l. 6.11.2003, n. 304, che ha eliminato l'originaria previsione secondo cui la tutela non poteva essere invocata quando «il fatto non costituisca reato perseguibile d'ufficio», una soluzione limitativa giustamente criticata da alcuni commentatori, cfr. D. ABRAM-M. ACIERNO, *Le violenze domestiche trovano una risposta normativa*, in *Quest. giust.*, 2001, p. 225 ss.

² Per una prima bibliografia, centrata sui profili processuali dell'istituto, cfr. F. AULETTA, *L'azione civile contro la violenza nelle relazioni familiari (art. 736 bis c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 1045 ss.; A. FIGONE, *La legge sulla violenza in famiglia*, in *Fam. dir.*, 2001, p. 355 ss.; C. PETITTI, *Le misure contro la violenza nelle relazioni familiari: modalità applicative e problemi procedurali*, in *Fam. dir.*, 2002, p. 398 ss.; G. DE MARZO, *Ordini di protezione: le applicazioni della giurisprudenza*, in *Fam. dir.*, 2002, p. 628 ss.; L.A. SCARANO, *L'ordine di allontanamento dalla casa familiare*, in *Fam. dir.*, 2003, p. 331 ss.; F. ERAMO, *La legge n. 154 del 2001: nuove misure contro la violenza familiare*, in *Dir. fam. pers.*, 2004, p. 230 ss.; A.G. CIANCI, *Gli ordini di protezione familiare*, 2° ed., Milano, 2005; C. DELLE DONNE, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari*, in *Giur. mer.*, 2005, suppl. al n. 9, p. 95 ss.; E. VULLO, *L'esecuzione degli ordini civili di protezione contro la violenza nelle relazioni familiari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 129 ss.; E. D'ALESSANDRO, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari: profili processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 225 ss.; G. BASILICO, *Profili processuali degli ordini di protezione familiare*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1116 ss.; T.C. COMBERIATI, *Spunti in tema di ordine di protezione contro gli abusi familiari emesso nel corso di una separazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 257 ss.; E. VULLO, *Dei procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone*, II, *Dei procedimenti speciali*, nel *Commentario del codice di procedura civile* a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2013, p. 125 ss.; A. SCALERA, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari*, in *Giur. mer.*, 2013, p. 231 ss.; F. DANOVÌ, *Ordini*

ginaria, tuttavia, la loro disciplina appariva disarticolata perché distribuita tra la legge istitutiva, il codice civile e il codice di procedura civile: in particolare, nel secondo erano regolati i presupposti e i contenuti dell'ordine (negli artt. 342-*bis* e 342-*ter* c.c.), mentre nel terzo la disciplina dell'agile procedimento (all'art. 736-*bis* c.p.c.).

La recente novella del processo civile ha inteso porre rimedio a questa singolare condizione spostando nel codice di rito l'intera materia: l'art. 473-*bis*.69 c.p.c. definisce ora i presupposti per la concessione della misura protettiva, il successivo art. 473-*bis*.70 c.p.c. indica i possibili contenuti del decreto, l'art. 473-*bis*.71 c.p.c. descrive i tratti essenziali del procedimento sommario *ante causam* e, infine, l'art. 473-*bis*.72 c.p.c. estende la tutela oltre il perimetro soggettivo del rapporto coniugale, dell'unione civile e della convivenza, fino a ricomprendere qualunque componente del nucleo familiare³.

Le nuove disposizioni costituiscono all'apparenza una semplice trasposizione del contenuto dei "vecchi" artt. 342-*bis* e 342-*ter* c.c., art. 736-*bis* c.p.c. e art. 5 della l. 154/2001 (i primi due espressamente abrogati solo dal decreto correttivo della Riforma Cartabia), mentre in realtà introducono modifiche di rilevanza tale da contribuire in modo decisivo a superare alcune difficoltà emerse in precedenza e, in particolare, quella dei rapporti tra questa speciale misura di protezione e la tutela dei minori nelle controversie familiari.

La prima vistosa modifica apportata nel passaggio dall'art. 342-*bis* c.c. all'art. 473-*bis*.69 c.p.c. investe i presupposti della misura che, conformemente alle indicazioni della legge delega⁴, non richiede più la convivenza (attuale) dei soggetti coinvolti: d'ora in avanti sarà possibile fruire dell'ordine di protezione indipendentemente dall'allontanamento dell'abusante (o dell'abusato), rendendo ancor più duttile il provvedimento del giudice che, pertanto, avrà per contenuto minimo necessario solo l'ordine di cessare la violenza o l'abuso⁵.

di protezione e competenza del giudice del conflitto familiare, in *Fam. dir.*, 2017, p. 1073 ss.; C. CECHELLA, *Diritto e processo nelle controversie familiari e minorili*, Torino, 2018, p. 84 ss.; M.L. SERRA, Art. 736-*bis*, in *Codice di procedura civile Commentario* diretto da C. Consolo, 6° ed., IV, Milano, 2018, p. 821 ss.; A.R. EREMITA, *Ordini di protezione familiare e processo civile*, Napoli, 2019; A. NASCOSI, *Gli ordini di protezione civili contro gli abusi familiari a vent'anni dalla loro introduzione*, in *Fam. dir.*, 2021, p. 1189 ss.

³ L'art. 473-*bis*.72 c.p.c. è stato recentemente inserito nel codice di rito dal primo correttivo alla riforma Cartabia (D.lgs. n. 164/2024), sul quale v. F. DANOVI, *Il decreto correttivo e la giustizia familiare e minorile: snodi risolti e questioni ancora aperte*, in *Fam. dir.*, 2024, p. 1139 ss.

⁴ Lo prevedeva l'art. 1, ventitreesimo comma, lett. b) della L. 26 novembre 2021, n. 206.

⁵ Soluzione peraltro già raggiunta dalla giurisprudenza di merito, quasi *contra legem* pur di assicurare una tutela urgente ai soggetti deboli nelle relazioni familiari, ad esempio nel caso della vittima allontanata dalla casa familiare per sfuggire alla condotta pregiudizievole di un altro familiare, cfr. Trib. Firenze, 15 luglio 2002, in *Foro it.*, 2003, I, c. 948 ss.; Trib. Padova, 31 maggio 2006, in *Foro it.*, 2007, I, c. 3572; Trib. min. Milano, 3 dicembre 2010, in *Banche Dati DeJure*; Trib. Salerno, 13 aprile 2012, in *Banche Dati DeJure*; Trib. Bari, 11 aprile 2013, in *Dir. fam. pers.*, 2014, I, p. 191; Trib. Perugia, 7 agosto 2020, in *Banche Dati DeJure*, che in motivazione richiama ulteriori conformi precedenti di merito); considerano

Resta inteso, però, giacché si tratta di una tutela operante all'interno dell'organizzazione familiare, che una convivenza debba esservi stata almeno in passato, con ciò escludendo l'ammissibilità di una richiesta di protezione rivolta a un soggetto che non abbia mai convissuto con la vittima; altrimenti la fattispecie non sarebbe riconducibile nell'alveo di quella violenza domestica che delimita i confini applicativi del rimedio, anche in ambito internazionale⁶. Tuttavia, aver considerato rilevante anche una convivenza pregressa solleva nella pratica l'esigenza di stabilire un congruo lasso di tempo oltre il quale la cessata convivenza impedisce l'adozione della misura protettiva.

La seconda novità, anch'essa di significativa importanza e oggetto principale di queste note, riguarda le ipotesi in cui il soggetto passivo della violenza o dell'abuso sia un minore, anche solo indirettamente, come accade nelle situazioni di c.d. violenza assistita⁷. Prima di esaminare la nuova disciplina introdotta dalla novella è opportuno descrivere brevemente le difficoltà applicative alle quali il legislatore ha inteso porre rimedio con il suo intervento.

2. Il difficile coordinamento tra giudice ordinario e giudice minorile

Nella stesura originaria, l'art. 342-*bis* c.c. non recava alcun espresso richiamo alla figura del minore e i lavori preparatori alla l. 154/2001 svelano l'intenzione del legislatore di individuare nel giudice penale l'organo più adatto all'accertamento di eventuali condotte abusive nei confronti di minori⁸. Tutta-

invece presupposto insuperabile l'attualità della coabitazione/convivenza il recente decreto del Tribunale di Bologna, 28 aprile 2021, in www.osservatoriofamiglia.it; nonché Trib. Rieti, 6 marzo 2006, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 606; Trib. Napoli, 2 novembre 2006, in *Corr. mer.*, 2007, p. 162; dopo la riforma, v. specialmente G. FOTI, *Gli ordini di protezione. La violenza familiare nella riforma Cartabia tra sostanza e processo: il disvelamento della fattispecie*, in *Giust. civ.*, 2022, p. 606 ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA-C. PETTA, *Ordini di protezione contro gli abusi familiari*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, p. 1267 s.

⁶ R. SENIGAGLIA, *La Convenzione di Istanbul contro la violenza nei confronti delle donne e domestica tra ordini di protezione e responsabilità civile endofamiliare*, in *Riv. dir. priv.*, 2015, p. 111 ss.; G.M. RICCIO-G. GIANNONE CODIGLIONE, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari*, in *Il Codice civile Commentario* fondato da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2019, p. 23 ss.

⁷ Sul tema, da ultimo, cfr. A. CORDIANO, *Violenze assistite, domestiche e di genere nelle disposizioni del nuovo procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie*, in *Dir. fam. pers.*, 2023, p. 665 ss.

⁸ Così si esprime infatti la Relazione illustrativa al disegno di legge 5979-A trasmesso dal Presidente del Senato della Repubblica il 4 maggio 1999 e reperibile sul sito www.senato.it «Nel caso in cui vittime della violenza siano i figli o le figlie minori, in ragione della rilevanza dell'interesse protetto, è necessario affidare comunque il vaglio al giudice penale. Invece, se vittima della violenza è una persona adulta, quest'ultima avrà la possibilità di scegliere in prima istanza una soluzione meno traumatica, anche se più a rischio di inadempimento»: occorre tuttavia precisare che questo proposito – nella stesura del testo definitivo – non si è tradotto in un'espressa attribuzione, in via esclusiva, al giudice penale della cognizione sulla condotta pregiudizievole solo o anche nei confronti del minore.

via, l'art. 5 della l. 154/2001⁹, nel disporre che «Le norme di cui alla presente legge si applicano, in quanto compatibili, anche nel caso in cui la condotta pregiudizievole sia stata tenuta da altro componente del nucleo familiare diverso dal coniuge o dal convivente, *ovvero nei confronti di altro componente del nucleo familiare diverso dal coniuge o dal convivente*», lasciava aperta la possibilità di estendere la tutela anche a beneficio del minore¹⁰.

Va ricordato altresì che, nell'ambito dei rapporti tra genitori e figli, l'art. 330 c.c. – dopo le modifiche apportate dalla l. n. 149/2001 di riforma dell'adozione¹¹ – sanziona con la decadenza dalla responsabilità genitoriale il genitore quando, abusando delle sue prerogative, arreca un «grave pregiudizio» al figlio e, in tal caso, al ricorrere di gravi motivi «il giudice può ordinare l'allontanamento del figlio dalla residenza familiare ovvero *l'allontanamento del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore*»; inoltre, quando la condotta non è tanto grave da giustificare la decadenza ma «comunque pregiudizievole al figlio, il giudice, secondo le circostanze può adottare i provvedimenti convenienti e può anche disporre l'allontanamento di lui dalla residenza familiare ovvero *l'allontanamento del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore*» (così l'art. 333 c.c.); il provvedimento, in questi casi, può essere adottato «su ricorso dell'altro genitore, dei parenti o del pubblico ministero» e, «in caso di urgente necessità», anche d'ufficio dal giudice competente (art. 336 c.c.)¹².

Com'è agevole osservare, l'allontanamento del genitore o del convivente, in questi casi, pur inserendosi incidentalmente nel giudizio promosso per la decadenza dalla responsabilità genitoriale o la soluzione del conflitto di carattere educativo tra genitori e figli, costituisce un provvedimento analogo all'ordine di protezione sia per contenuto (*allontanamento*) sia per presupposti (*grave pregiudizio*)¹³; l'esistenza di questa «sostanziale duplicazione dell'area

⁹ La disposizione è stata abrogata dal recente correttivo alla riforma Cartabia (D.lgs. 164/2024) e sostanzialmente trasferita nel nuovo art. 473-bis.72 c.p.c.

¹⁰ D. ABRAM-M. ACIERNO, *Le violenze domestiche*, cit., p. 227 s.; A. DI FLORIO, *Violenza in famiglia e nuovi poteri del giudice minorile*, in *Quest. giust.*, 2002, p. 879 ss.; C. MARINO, *Sulla competenza del giudice del conflitto familiare a decidere degli ordini di protezione contro gli abusi familiari*, in *Fam. dir.*, 2019, p. 1031; G.M. RICCIO-G. GIANNONE CODIGLIONE, *Gli ordini di protezione*, cit., p. 95.

¹¹ Sulla quale v. specialmente L. SACCHETTI, *Allontanamento dell'autore della violenza dalla casa familiare: un problema aperto*, in *Fam. dir.*, 2001, p. 664 ss.

¹² Un'efficace illustrazione – insieme ad un'articolata proposta di soluzione – delle difficoltà di coordinamento segnalate nel testo si trova in C.B. PUGLIESE, *I soggetti degli ordini di protezione*, in AA. VV., *Gli abusi familiari* a cura di M. Paladini, Padova, 2009, p. 55 ss.

¹³ Lastratta sovrapponibilità tra le due misure è negata da quella parte della dottrina che intende il pregiudizio fondante i provvedimenti ablativi della potestà genitoriale riconducibile al compimento di atti di violenza sessuale sul minore o sfruttamento del minore al fine di ricavarne un profitto, cfr. A.G. CIANCI, *Gli ordini di protezione*, cit., p. 134; P. VERCELLONE, *Gli aspetti personali della potestà dei genitori*, in AA. VV., *Filiazione* a cura di G. Collura, L. Lenti e M. Mantovani, 2° ed., II, nel *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, Milano, 2012, p. 1331 s.; A. RENDA, voce *Abusi familiari e ordini di protezione*, in *Enc. dir.*, I tematici, IV, Milano, 2022, p. 22 s.

di intervento»¹⁴ non è priva di conseguenze applicative in quanto le misure incidenti sulla responsabilità genitoriale possiedono comunque alcune caratteristiche particolari quali: la competenza esclusiva del tribunale per i minorenni in composizione collegiale, prescritta dal controverso art. 38-bis disp. att. c.c.¹⁵, la durata del provvedimento¹⁶ e l'elemento soggettivo della condotta pregiudizievole¹⁷.

Dunque, per un verso la disciplina dettata dagli artt. 330, 333 e 336 c.c. non esaurisce le ipotesi di abusi familiari nei confronti dei minori, in quanto si focalizza sui soli rapporti genitori-figli, e per altro quando si sovrappone agli abusi familiari solleva un problema non semplice di coordinamento tra i due giudici, quello ordinario e quello minorile. A ciò si aggiunga che l'ordine di protezione se, come detto, è analogo al provvedimento sulla responsabilità genitoriale quanto all'allontanamento del genitore, tuttavia attribuisce al giudice ordinario ulteriori e incisivi poteri che non trovano puntuale riscontro nelle scarse prescrizioni dettate dagli artt. 330 e 333 c.c. per il giudice minorile: anzitutto l'ordine di cessazione della condotta pregiudizievole e quindi ulteriori misure incisive sui diritti e le libertà dell'autore della condotta illecita come l'ordine di non avvicinarsi ai luoghi abitualmente frequentati dalla vittima, come il luogo di lavoro, il domicilio della famiglia d'origine o di altri prossimi congiunti ovvero, ancora, ai luoghi di istruzione dei figli della coppia, quando

¹⁴ Riprendo l'efficace espressione di F. AULETTA, *Misure (civili) contro la violenza nelle relazioni familiari: ipotesi ricostruttive della legge n. 154/2001*, in *Fam. dir.*, 2003, p. 295; di «manifesta affinità» tra i due istituti discorre anche F. TOMMASEO, *Abuso della potestà e allontanamento coattivo dalla casa familiare*, in *Fam. dir.*, 2002, p. 637; da ultimo, v. anche L. LENTI, *Diritto della famiglia*, nel *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2021, p. 1132.

¹⁵ La disposizione è stata ulteriormente modificata dalla novella, ma senza incidere sul profilo esaminato in questa sede, cfr. A. FIGONE, *La riscrittura dell'art. 38 disp. att. c.c.*, in *Fam. dir.*, 2022, p. 430 ss.

¹⁶ La durata degli ordini di protezione civili è fissata nel limite massimo di un anno, prorogabile per gravi motivi, mentre l'allontanamento disposto quale misura accessoria al provvedimento limitativo o ablativo della responsabilità genitoriale perde efficacia solo nel caso di successiva reintegrazione del genitore, cfr. G.M. RICCIO-G. GIANNONE CODIGLIONE, *Gli ordini di protezione*, cit., p. 96.

¹⁷ Una parte della dottrina civilista sostiene infatti che l'ordine di protezione, in quanto riconducibile allo schema dell'atto illecito, presupponga il dolo o la colpa dell'autore della condotta (R. PACIA DEPINGUENTE, *Presupposti soggettivi degli ordini di protezione e problemi di coordinamento con gli artt. 330 c.c. ss.*, in *Famiglia*, 2004, p. 772; A.G. CIANCI, *Gli ordini di protezione familiare*, cit., p. 157 ss.), mentre i provvedimenti ablativi o limitativi della responsabilità genitoriale escludono rilievo decisivo all'elemento soggettivo della condotta, trattandosi di inadempimento di un obbligo/dovere prima che un illecito (cfr., per tutti, P. VERCELLONE, *Gli aspetti personali della potestà dei genitori*, cit., p. 1321). Più recenti contributi hanno però esteso quest'ultima soluzione anche alle misure protettive, le quali richiedono esclusivamente: «a) l'abuso familiare; b) il grave pregiudizio all'integrità fisica, psichica, morale o alla libertà del familiare; c) il nesso di causalità che connette la condotta dell'abusante al grave pregiudizio subito» così: G.M. RICCIO-G. GIANNONE CODIGLIONE, *Gli ordini di protezione*, cit., p. 106; nello stesso senso, cfr. A. RENDA, voce *Abusi familiari e ordini di protezione*, cit., p. 13; DE MARZO, *La legge sulla violenza familiare: uno studio interdisciplinare*, in *Fam. dir.*, 2002, p. 537 ss.

la frequentazione non sia necessaria per esigenze di lavoro ovvero – a séguito della riforma – di salute.

Accanto alle misure restrittive di carattere personale, l'art. 473-*bis*.69 c.p.c., adeguandosi al precedente art. 342-*ter* c.c., contempla anche provvedimenti accessori a contenuto patrimoniale volti ad evitare che l'allontanamento del convivente possa arrecare un pregiudizio economico alla vittima, privandola di una fonte di reddito indispensabile al nucleo familiare.

A fronte della duttilità dell'ordine di protezione, suscettibile di assicurare una migliore tutela alla vittima, è sorto fin da subito il problema, quando l'allontanamento sia disposto dal tribunale per i minorenni ai sensi degli artt. 330 o 333 c.c., di ampliare i poteri di quest'ultimo giudice fino a ricomprendervi le stesse prerogative del giudice ordinario.

Infine, ulteriore e significativa differenza tra il provvedimento di allontanamento reso dal tribunale ordinario e quello disposto dal giudice minorile risiedeva nel fatto che solo il primo riceveva una tutela penale per il caso di elusione dell'ordine di protezione¹⁸.

3. Giudizi sulla responsabilità genitoriale e condotte pregiudizievoli per il minore

L'allontanamento dell'autore della molestia costituisce una misura accessoria del provvedimento di decadenza o sospensione della responsabilità genitoriale e, come tale, pone anzitutto il tema della sua adozione: a) nei confronti di un soggetto diverso dal genitore ovvero b) nelle situazioni in cui la condotta pregiudizievole, pur diretta verso un altro convivente, è tuttavia lesiva per il minore in via indiretta, ad esempio per il rapporto affettivo che lo lega alla vittima¹⁹.

Nel primo caso evidenziato la disciplina non lascia dubbi circa la possibilità di ordinare ex art. 330 o 333 c.c. l'allontanamento anche (o solo) del convivente che abbia tenuto una condotta pregiudizievole nei confronti del minore, ancorché ciò debba avvenire nel corso del giudizio sulla responsabilità del genitore e solo a condizione che sia pronunciata in via principale la decadenza o sospensione della responsabilità genitoriale²⁰. Tuttavia, le regole del giudizio

¹⁸ F. AULETTA, *L'azione civile contro la violenza*, cit., p. 1054. L'art. 6 della l. 154/2001, nella formulazione originaria, stabiliva infatti che «Chiunque elude l'ordine di protezione previsto dall'articolo 342-*ter* del codice civile, ovvero un provvedimento di eguale contenuto assunto nel procedimento di separazione personale dei coniugi o nel procedimento di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio è punito con la pena stabilita dall'articolo 388, primo comma, del codice penale. Si applica altresì l'ultimo comma del medesimo articolo 388 del codice penale». Non manca tuttavia, chi reputa comunque estensibile la tutela penale anche al caso dell'elusione della misura dell'allontanamento disposta ai sensi dell'art. 330-333 c.c., cfr. P. VERCELLONE, *Gli aspetti personali della potestà dei genitori*, cit., p. 1333.

¹⁹ L. CARRERA, *Violenza domestica e ordini di protezione contro gli abusi familiari*, in *Fam. dir.*, 2004, p. 398; C. DELLE DONNE, *Gli ordini di protezione*, cit., p. 108 s.

²⁰ L. SACCHETTI, *Allontanamento dell'autore della violenza*, cit., p. 664; L. CARRERA, *Violenza domestica e ordini di protezione*, cit., p. 399, nt. 64; E. VULLO, *Dei procedimenti*, cit.,

sulla responsabilità genitoriale dettate dall'art. 336 c.c. nel testo antecedente alle recenti modifiche, suscitavano fondati dubbi sulla loro compatibilità – sotto il profilo del diritto di difesa – con un provvedimento di allontanamento indirizzato al solo convivente²¹. Quando, invece, la condotta pregiudizievole del convivente fosse indipendente dal corretto esercizio della responsabilità del genitore, si considerava praticabile la strada dell'ordine di protezione civile davanti al giudice ordinario²².

Se la condotta abusiva si indirizza esclusivamente verso l'altro coniuge o il partner, non è escluso che questa possa avere ripercussioni negative sia pure indirette sui figli minori, tanto da arrecare loro un concreto pregiudizio (c.d. *violenza assistita*)²³: in questi casi la scelta tra giudice ordinario (ordine di protezione) o giudice minorile (procedimento ablativo della responsabilità genitoriale) poteva riuscire davvero problematica²⁴.

Altro nodo delicatissimo, ma collegato alle considerazioni appena svolte, riguardava l'estensione dei poteri del giudice minorile nel momento in cui dispone – con misura accessoria al provvedimento ablativo della responsabilità – l'allontanamento del genitore o del convivente; infatti, il giudice ordinario può arricchire l'ordine di protezione di ulteriori prescrizioni (anche a carattere patrimoniale) che, come segnalato, la legge non include – almeno espressamente – tra i poteri del giudice minorile.

La descritta asimmetria sul piano strutturale, osservata la sostanziale omogeneità di presupposti e funzioni tra le due figure, è stata considerata per lo più ingiustificata e – per superarla – sono state proposte soluzioni diverse: vi è anzitutto chi ha ritenuto di poter valorizzare il richiamo contenuto nell'art. 333 c.c. al potere del giudice minorile «secondo le circostanze» di «adottare

p. 130, nt. 16; G. SERGIO, *La giustizia minorile. Dalla tutela del minore alla tutela civile dei diritti relazionali*, in AA. VV., *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia* a cura di L. Lenti, 2° ed., nel *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, VI, Milano, 2012, p. 101; A. RENDA, voce *Abusi familiari e ordini di protezione*, cit., p. 22.

²¹ Si leggano, in proposito, le fondate riserve di L. SACCHETTI, *Allontanamento dell'autore della violenza*, cit., p. 666, e R. PACIA DEPINGUENTE, *Presupposti soggettivi degli ordini di protezione*, cit., p. 774 s.

²² L. SACCHETTI, *Allontanamento dell'autore della violenza*, cit., p. 666 s., pur prospettando, in caso di inerzia del genitore legittimato, uno spazio per l'intervento residuale del giudice minorile ablativo o limitativo della responsabilità genitoriale, conf. L. CARRERA, op. loc. ult. cit.

²³ R. SENIGAGLIA, *La Convenzione di Istanbul*, cit., p. 149.

²⁴ In proposito, autorevole dottrina riteneva percorribile la soluzione del contestuale svolgimento dei due giudizi, uno dinanzi al giudice ordinario per la tutela dell'adulto e l'altro davanti al giudice speciale per la tutela del minore, il cui risultato era però destinato a convergere sul punto dell'allontanamento del soggetto violento, cfr. C. CECHELLA, *Gli ordini di protezione*, cit., p. 37; nonché A. RENDA, voce *Abusi familiari e ordini di protezione*, cit., p. 23, il quale auspica un coordinamento tra i due giudizi quanto alle misuri patrimoniali conseguenti all'allontanamento; altri ancora ritengono possibile un intervento immediato del giudice ordinario e la successiva investitura di quello minorile per il profili relativi alla limitazione o decadenza della responsabilità genitoriale, su istanza dell'altro genitore, di un parente o del pubblico ministero, cfr. A. NASCOSI, *Gli ordini di protezione civili*, cit., p. 1199.

i provvedimenti convenienti»: questa “norma in bianco” gli consentirebbe di applicare le stesse misure accessorie che caratterizzano gli ordini di protezione adottati dal giudice ordinario²⁵; altri, più cautamente, segnalava la scarsa tenuta sul piano costituzionale della previsione riferita al giudice minorile e auspicava la declaratoria di illegittimità costituzionale o l'intervento correttivo/integrativo del legislatore²⁶.

Vi sono, poi, ulteriori ipotesi che hanno sollevato dubbi anzitutto quando la condotta pregiudizievole sia tenuta dal genitore nei confronti del minore e sia instaurato il giudizio dinanzi al giudice ordinario per ottenere l'ordine di protezione. In tale situazione ci si chiede se il giudice ordinario, investito della richiesta di tutela interdittale, possa provvedere sulla domanda o debba invece rimettere le parti dinanzi al giudice minorile e in caso affermativo, ci è chiesto se il giudice ordinario possa, oltre all'ordine di allontanamento, anche provvedere sulla responsabilità genitoriale, come è in suo potere quando sia investito della domanda di separazione o divorzio (ai sensi dell'art. 38, primo comma, disp. att. c.c.).

La soluzione al primo quesito è stata raggiunta – a livello d'inquadramento generale – tracciando un rapporto fra genere e specie tra le due forme di tutela, nel senso di riconoscere all'ordine di protezione una funzione residuale e confinata alle ipotesi in cui la lesione sul minore sia indipendente dalle vicende della responsabilità genitoriale²⁷: una condizione che, a mio avviso, non può realizzarsi quando il genitore sia anche l'autore della violenza o dell'abuso²⁸.

Una rigida applicazione di questa impostazione dovrebbe portare, nell'esempio formulato, ad un provvedimento del giudice ordinario – investito della domanda di tutela protettiva – di rimessione della controversia dinanzi al giudice minorile, affinché quest'ultimo possa statuire sulla responsabilità genitoriale e contestualmente disporre l'allontanamento del genitore (o del minore).

²⁵ F. TOMMASEO, *Abuso della potestà*, cit., p. 637 s., ma escludendo che alcuni profili della disciplina generale siano compatibili con i giudizi sulla responsabilità genitoriale, ad esempio la necessità di stabilire un finale di efficacia del provvedimento; C. MARINO, *Sulla competenza del giudice del conflitto familiare*, cit., p. 1032; C. CECHELLA, *Gli ordini di protezione*, cit., p. 37; A. RENDA, voce *Abusi familiari e ordini di protezione*, cit., p. 23; *contra*, invece, R. PACIA DEPINGUENTE, *Presupposti soggettivi degli ordini di protezione*, cit., p. 776 s.; nello stesso senso, ma implicitamente, A. NASCOSI, *Gli ordini di protezione civili*, cit., p. 1199, in quanto, dopo avere ottenuto l'allontanamento insieme al provvedimento *de potestate*, ritiene possibile adire il giudice ordinario per conseguire le misure accessorie (in particolare quelle a contenuto patrimoniale) previste solo per l'ordine di protezione.

²⁶ L. SACCHETTI, *Allontanamento dell'autore della violenza*, cit., p. 664; L. CARRERA, *Violenza domestica e ordini di protezione*, cit., p. 400.

²⁷ A. FIGONE, *La legge sulla violenza*, cit., p. 357; R. PACIA DEPINGUENTE, *Presupposti soggettivi degli ordini di protezione*, cit., p. 768 s.; G. BASILICO, *Profili processuali*, cit., p. 1123 s.; E. VULLO, *Dei procedimenti*, cit., p. 129; A. RENDA, voce *Abusi familiari e ordini di protezione*, cit., p. 23.

²⁸ Un cenno in senso conforme si trova in A. FIGONE, *La legge sulla violenza*, cit., p. 357; P. VERCELLONE, *Gli aspetti personali della potestà dei genitori*, cit., p. 1333; C. MARINO, *Sulla competenza del giudice del conflitto familiare*, cit., p. 1032.

Ritengo, tuttavia, che quando la domanda formulata al giudice ordinario si limiti alla richiesta di allontanamento e non si estenda all'adozione di misure ablative della responsabilità genitoriale, l'esigenza di tutela immediata del minore debba prevalere e consenta al giudice originariamente investito di disporre l'allontanamento temporaneo del genitore violento per poi rimettere al giudice minorile l'approfondimento della questione relativa alla responsabilità genitoriale, la quale rientra indiscutibilmente nella competenza esclusiva di quest'ultimo organo²⁹. Questa conclusione assicura una tutela immediata ed efficace del minore e costituisce espressione di quel principio di concentrazione delle tutele relative ai figli minori che, inizialmente elaborato dalla più sensibile dottrina, ha infine trovato accoglimento nella giurisprudenza di legittimità e – almeno in parte – anche nella legge.

Residuano, infine, i casi in cui autore della condotta pregiudizievole o violenta sia proprio il minore e quest'ultima sia rivolta – rispettivamente – ai genitori, ai conviventi o altri soggetti minori (ad es. fratelli o sorelle) appartenenti al medesimo nucleo familiare. Nei primi due casi, in cui la violenza è diretta verso un genitore o convivente (*lato sensu* inteso), è stato condivisibilmente indicato il rimedio nell'ordine di protezione³⁰, anche se l'eventuale allontanamento del minore violento non può non avere ripercussioni sull'esercizio della responsabilità genitoriale; nell'ultimo caso, violenza del minore contro altro minore, non essendo implicata la responsabilità genitoriale, la soluzione obbligata sotto le vecchie norme era offerta dall'ordine di protezione, con esclusione del coinvolgimento del giudice minorile.

4. Le novità introdotte con la riforma del processo civile e il decreto correttivo

Dopo la sintetica illustrazione delle principali questioni sollevate dalla disciplina dell'ordine di protezione nella tutela di soggetti minori, è ora possibile stabilire il contributo della nuova disciplina – introdotta dapprima con la Riforma Cartabia del processo civile (D.lgs. n. 149/2022) e, poi, con il primo decreto correttivo (D.lgs. n. 164/2024) – alla loro soluzione.

La prima e più importante novità, anche in questo settore della giustizia minorile, consiste nell'introduzione di regole processuali comuni per la trattazione di tutte le controversie familiari. Invero, l'omogeneità delle regole processuali nei giudizi *de responsabilitate*, in apparenza assicurata dall'introduzione di un rito unitario (compreso negli artt. 473-*bis*.11 fino a 473-*bis*.29 c.p.c.) è ridimensionata per la necessità di integrarlo con le speciali regole dettate per i «procedimenti di separazione, di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento dell'unione civile e di regolamentazione dell'esercizio della responsabilità genitoriale, nonché di modifica delle

²⁹ A. NASCOSI, *Gli ordini di protezione civili*, cit., p. 1199.

³⁰ COSÌ A. RENDA, voce *Abusi familiari e ordini di protezione*, cit., p. 23.

relative condizioni» (artt. 473-*bis*.47 ss. c.p.c.) e, quindi, con quelle relative alla violenza domestica o di genere (artt. 473-*bis*.40 ss. c.p.c.).

Quanto agli ordini di protezione familiare, il nuovo art. 473-*bis*.69 c.p.c. costituisce la trasposizione del precedente art. 342-*bis* c.c. ma arricchito di un nuovo comma nel quale è significativamente stabilito che «Quando la condotta può arrecare pregiudizio ai minori, i medesimi provvedimenti possono essere adottati, anche su istanza del pubblico ministero, dal tribunale per i minorenni»: in tal modo oggi il potere di adottare le misure protettive previste dall'art. 473-*bis*.70 c.p.c. (e in precedenza dall'art. 342-*ter* c.c.) è esteso anche al tribunale per i minorenni.

Si tratta di una modifica che rientra in un più ampio disegno teso a favorire l'accesso alla tutela, anche con un approccio trasversale tra i vari procedimenti e organi giudiziari investiti delle questioni relative alla crisi familiare, in attesa della definitiva messa a regime del Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie³¹.

Il nuovo ultimo comma dell'art. 473-*bis*.69 c.p.c. per un verso scioglie ogni dubbio intorno alla competenza del tribunale per i minorenni e, per altro, a mio giudizio amplia significativamente la soglia di operatività degli ordini di protezione poiché, quando sono coinvolti i minori, l'ordine può essere adottato sulla base della semplice *idoneità astratta* del comportamento a pregiudicare «l'integrità fisica o morale ovvero ancora la libertà» del minore, mentre in ogni altro caso «la sufficienza di un mero pericolo di pregiudizio non solo contrasta con un'esegesi letterale [...], ma pure è smentita da un'interpretazione sistematica e teleologica»³².

La previsione, tuttavia, non chiarisce se il tribunale per i minorenni possa adottare l'ordine solo quale misura accessoria al provvedimento sulla responsabilità genitoriale (330-333 c.c.) ovvero se possa essere adito anche in via principale (*ante causam*) con un'istanza volta esclusivamente all'emanazione della misura protettiva, come accade per il tribunale ordinario.

Della prima conclusione non è possibile dubitare giacché è proprio l'esigenza di concentrazione delle tutele dinanzi allo stesso organo giudiziario ad avere sollecitato l'intervento del legislatore: evitare insomma che la vittima dell'abuso fosse costretta a duplicare le iniziative – prima di fronte al tribunale per i minorenni e, poi, a quello ordinario – per conseguire una tutela completa ed effettiva della propria sfera giuridica³³; in tal modo sono state accolte le indicazioni emerse nella copiosa letteratura dedicata alla protezione del minore e al contempo è riuscita confermata la bontà delle decisioni di merito

³¹ L'entrata in funzione del nuovo organo giurisdizionale, inizialmente stabilita per il mese di ottobre 2024 è stata posticipata di ulteriori dodici mesi dall'art. 12 del d.l. n. 92/2024, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 112/2024; per un primo inquadramento, cfr. C. CECHELLA, *Il tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie della legge delega di riforma del processo civile*, in *Quest. giust.*, 2021.

³² A. RENDA, voce *Abusi familiari e ordini di protezione*, cit., p. 12.

³³ R. SENIGAGLIA, *La Convenzione di Istanbul*, cit., p. 32.

che, pur in un contesto positivo ostile, avevano ammesso la tutela interdittale dinanzi al giudice minorile.

È stata superata così anche la tradizionale ritrosia ad ammettere una competenza del giudice minorile in materia patrimoniale³⁴, poiché non vi è dubbio che il richiamo, formulato al plurale, ai provvedimenti di cui all'art. 473-bis.70 c.p.c. si estende alla condanna dell'autore della violenza alla corresponsione di un assegno periodico in favore del minore quando, in conseguenza dell'allontanamento, rimanga privo «di mezzi adeguati».

In merito alla possibilità, invece, che il tribunale per i minorenni possa pronunciare l'ordine all'esito di un autonomo giudizio, indipendentemente da una domanda di decadenza o limitazione della responsabilità genitoriale, la soluzione affermativa è senz'altro coerente con l'idea che l'ordine di protezione abbia natura cautelare e che in tal caso sarebbe possibile chiedere e ottenere l'ordine *ante causam* quando non sia possibile, in relazione al caso concreto, attendere i tempi del giudizio sulla responsabilità genitoriale³⁵.

Vi è tuttavia da osservare come il nuovo ultimo comma dell'art. 473-bis.69 c.p.c., nel riconoscere al tribunale per i minorenni il potere di adottare gli ordini di protezione, precisa che ciò può avvenire «anche su istanza del pubblico ministero»: l'indicazione è decisiva per stabilire la reale portata della nuova disposizione.

Infatti, se – come sembra suggerire anche la Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo – l'adozione dell'ordine di protezione richiede la pendenza di un giudizio promosso ai sensi degli artt. 330 o 333 c.c., la precisazione secondo cui l'istanza può essere proposta anche dal pubblico ministero è del tutto superflua, posto che l'art. 336 c.c., nel regolare la legittimazione ad agire nelle azioni *de responsabilitate* dispone come segue: «I provvedimenti indicati negli articoli precedenti sono adottati su ricorso dell'altro genitore, dei parenti, del curatore speciale se già nominato o *del pubblico ministero* [...]» e poiché l'ordine di protezione si risolve in una misura accessoria al provvedimento sulla responsabilità è evidente che il pubblico ministero è sempre legittimato a formulare la relativa istanza già sulla base dell'art. 336 c.c.

La legittimazione ad agire del pubblico ministero è insomma riconosciuta in via generale per tutti i giudizi sulla responsabilità genitoriale e l'inciso inserito nell'art. 473-bis.69 c.p.c., se riferito a questi giudizi, riesce del tutto superfluo in quanto ribadisce una conclusione che già in via generale si ricava con sicurezza dalla legge sostanziale.

³⁴ Sulla quale, cfr. P. VERCELLONE, *Gli aspetti personali della potestà dei genitori*, cit., p. 1334 s.

³⁵ In tal senso indirizzano anche le parole usate nella *Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo di attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206*, p. 91 s., laddove ripetutamente la misura protettiva è descritta come «un intervento cautelare del giudice», un rito «che presenta analogie con il procedimento cautelare» e si ammette l'istanza «sia in pendenza del procedimento di merito, innanzi al giudice che lo conduce, oppure *ante causam*».

È perciò ragionevole sostenere che il legislatore non abbia voluto semplicemente ribadire una previsione già chiarissima nel testo dell'art. 336 c.c., ma piuttosto consentito che lo speciale procedimento oggi regolato dall'art. 473-*bis*.71 c.p.c. possa svolgersi dinanzi al giudice minorile tutte le volte in cui la condotta del familiare sia pregiudizievole per il minore e ciò indipendentemente dalla pendenza attuale di un giudizio sulla potestà genitoriale e dalla posizione di genitore o familiare del soggetto autore del pregiudizio³⁶.

In questa diversa prospettiva si spiega la legittimazione oggi riconosciuta al pubblico ministero: difatti l'istanza per l'ordine di protezione spetta ordinariamente, ai sensi dell'art. 473-*bis*.69 c.p.c., alle sole parti e quindi comprensibilmente il legislatore, per assicurare la migliore tutela della posizione del minore, ha esteso al pubblico ministero, nelle forme della legittimazione straordinaria, il potere di promuovere l'istanza³⁷.

Quando poi l'ordine sia adottato per la tutela di un minore, il pubblico ministero sarà legittimato altresì a formulare l'istanza di proroga del termine di durata iniziale della misura restrittiva e/o patrimoniale, quando sussistano «gravi motivi per il tempo strettamente necessario».

Infine, quando la misura di protezione è chiesta una parte privata ma sempre per la tutela del minore, al procedimento dovrà necessariamente partecipare anche il pubblico ministero in quanto soggetto legittimato straordinario alla proposizione dell'istanza (art. 70, n. 1, c.p.c.)³⁸, il quale potrà – ai sensi dell'art. 79 c.p.c. – formulare istanza al giudice per la nomina del curatore speciale del minore.

Per effetto della novella del processo civile, dunque, la competenza del tribunale per i minorenni è stata ampliata e si estende ora all'adozione dell'ordine

³⁶ La conclusione è esplicitamente ammessa da G. DE CRISTOFARO, *Le modificazioni apportate al codice civile dal decreto legislativo attuativo della “Legge Cartabia”* (d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149). *Profili problematici delle novità introdotte nella disciplina delle relazioni familiari*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, p. 1459 s.; e ripresa da M.A. LUPOI, *I procedimenti speciali*, in AA. VV., *Il processo civile dopo la riforma Cartabia* a cura di A. Didone e F. De Santis, Padova, 2023, p. 595, i quali prospettano, infatti, difficoltà di coordinamento tra il giudizio promosso in via principale per l'adozione dell'ordine di protezione e quello ablativo o limitativo della responsabilità genitoriale fondato sulle medesime circostanze.

³⁷ Il prefigurato ampliamento delle competenze del giudice minorile deve però fare i conti con la previsione, fortemente limitativa, tuttora presente nell'art. 38 disp. att. c.c. che, al penultimo comma, dispone «Sono emessi dal tribunale ordinario i provvedimenti relativi ai minori per i quali non è espressamente stabilita la competenza di una diversa autorità giudiziaria»: ritengo in proposito che il nuovo ultimo comma dell'art. 473-*bis*.69 c.p.c., sia formulato in modo sufficientemente chiaro da costituire una espressa deroga alla generale competenza del giudice ordinario.

³⁸ Quando invece l'ordine di protezione non coinvolge soggetti minori, si è giustamente osservato che la partecipazione necessaria del pubblico ministero non trova sostegno nel testo della legge, non potendosi le controversie in esame ricondurre alle cause matrimoniali che, ai sensi dell'art. 70 c.p.c., rendono obbligatorio l'intervento dell'organo pubblico, cfr. E. VULLO, *Dei procedimenti*, cit., p. 146; in senso contrario, cfr. A.G. CIANCI, *Gli ordini di protezione*, cit., p. 239 ss., anche sul rilievo che il pubblico ministero nelle situazioni di violenza domestica svolgerebbe un'importante funzione di garanzia e di controllo.

di protezione in tutte le fattispecie in cui la condotta del familiare (genitore, convivente o altro membro della famiglia) possa arrecare un pregiudizio al minore.

Resta da capire come comportarsi quando la condotta sia direttamente pregiudizievole per un convivente adulto e solo indirettamente anche per il minore, come accade nei ricordati casi di c.d. violenza assistita. Da questo punto di vista la riforma non ha modificato l'assetto precedente e di fatto rende ancora oggi possibile che dalla medesima condotta possano scaturire due istanze di protezione diverse e parallele, una rivolta al tribunale ordinario per la tutela dell'adulto e l'altra a quello per i minorenni per la tutela del minore.

Ad evitare questa duplicazione di procedimenti, che per un verso rischia di attingere risultati diversi e, per altro, costituiscono sempre un dispendio di risorse e di tempi, in precedenza giustificata con l'idea che il giudice minorile non potesse pronunciare l'ordine di protezione, può soccorrere una ragionevole applicazione del principio – già ricordato – della concentrazione delle tutele³⁹. In questo modo si dovrebbe consentire alle vittime l'accesso ad una tutela giurisdizionale effettiva e completa del pregiudizio sofferto e al pericolo di subirne in futuro, ammettendo che entrambe le istanze possano essere cumulate davanti ad unico giudice secondo lo schema del giudizio civile litisconsortile.

Alla luce di queste indicazioni, benché sia chiara la scelta del legislatore nel senso di investire il giudice minorile della cognizione sulle domande di protezione del minore, deve escludersi che l'istanza promossa davanti al tribunale ordinario e riferita ad una condotta pregiudizievole per l'adulto ma anche indirettamente lesiva del minore possa essere considerata inammissibile o improcedibile: in tal caso il giudice adito potrà trattare anche il profilo relativo alla tutela del minore con lo stesso decreto e le regole del giudizio dovranno adeguarsi a questo peculiare contenuto, come subito si vedrà.

5. L'ordine di protezione del minore nel sistema del rito unitario

Sebbene l'ultimo comma dell'art. 473-bis.71 c.p.c. stabilisca che «Per quanto non previsto dal presente articolo, si applicano al procedimento, in quanto compatibili, gli articoli 737 e seguenti», considerata la rarefatta disciplina dei giudizi in camera di consiglio e conseguentemente la scarsa utilità pratica di questo rinvio⁴⁰, a mio avviso quando il giudice deve accertare una condotta che

³⁹ Sul quale, per tutti, cfr. F. DANOVÌ, *Responsabilità genitoriale e regolamento di competenza: partita a scacchi tra il diritto e il tempo del minore*, in *Fam. dir.*, 2020, p. 355 ss.; F. TOMMASEO, *I procedimenti de potestate e la nuova legge sulla filiazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 529 ss.

⁴⁰ È ben fondata, pertanto, l'osservazione di E. VULLO, *Dei procedimenti*, cit., p. 138 secondo cui «tale richiamo ha scarso rilievo pratico, visto che il nuovo procedimento trova una disciplina quasi completa nel predetto articolo e nelle altre norme della legge n. 154/2001,

sia direttamente o indirettamente pregiudizievole per soggetti minori, possono e anzi devono trovare ingresso nel corpo dell'agile procedimento alcune prescrizioni a valenza generale dettate a tutela dei minori nell'ambito del nuovo rito unitario della famiglia⁴¹.

Infatti, la scelta del legislatore di collocare l'ordine di protezione all'interno del nuovo rito unitario, sia pure tra le disposizioni speciali, esprime una chiara direttiva intesa a uniformare anche questo giudizio ai principi stabiliti per tutti i procedimenti familiari. La speciale disciplina processuale contenuta nel ricordato art. 473-bis.71 c.p.c., quando si presenti una lacuna, può essere così integrata con le disposizioni del rito unitario, le quali – ai sensi dell'art. 473-bis c.p.c. - «si applicano ai procedimenti relativi allo stato delle persone, ai minorenni e alle famiglie attribuiti alla competenza del tribunale ordinario, del giudice tutelare e del tribunale per i minorenni [...] salvo che la legge disponga diversamente» e quest'ultima limitazione non può essere ravvisata nel laconico richiamo alle regole dei giudizi camerale, poiché la disciplina processuale dell'ordine di protezione è *ab origine* ben più corposa e dettagliata di quella stabilita per i procedimenti in camera di consiglio; con l'occasione offerta dalla novella, probabilmente, il legislatore avrebbe dovuto avere il coraggio di eliminare il riferimento agli artt. 737 ss. c.p.c. oramai privo di significato e solo fonte di incertezze, e riportare con decisione il procedimento nell'alveo del rito unitario.

Fatte queste premesse generali e considerati i poteri del giudice investito dell'istanza di protezione di un minore (sia esso quello ordinario o quello minorile), questi risulteranno assai più estesi rispetto a quelli ordinari (art. 473-bis.2 c.p.c.) in quanto egli potrà anzitutto nominare d'ufficio un curatore speciale al minore nei casi stabiliti dalla legge; sempre d'ufficio potrà adottare i provvedimenti più convenienti nell'interesse del minore senza essere vincolato alle richieste formulate dalle parti (in deroga all'art. 112 c.p.c.)⁴²:

così da non richiedere, in linea di massima, integrazioni ricavate dagli art. 737 e segg. cod. proc. civ.».

⁴¹ Nel senso, invece, dell'inutilizzabilità delle previsioni del rito unitario per integrare il procedimento per l'adozione dell'ordine di protezione, cfr. M.A. LUPOI, *I procedimenti speciali*, cit., p. 597, il quale – è bene precisarlo – non affronta il caso del coinvolgimento del minore. In generale, pone in rilievo la prospettiva paidocentrica dalla quale muove la nuova disciplina processuale delle controversie familiari, specialmente F. DANOVÌ, *Un processo unitario per la giustizia familiare e minorile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, p. 474 ss.; ID., *Criteri ispiratori, principi e caratteri del nuovo procedimento familiare*, in *Fam. dir.*, 2023, p. 913 ss.; ID., *Il decreto correttivo e la giustizia familiare*, cit., p. 1139 ss.; nonché E. CAMILLERI, *Il prisma dell'effettività e l'ordine possibile delle relazioni familiari. Considerazioni a margine della riforma Cartabia*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2023, p. 42.

⁴² In genere si ritiene, invece, che il giudice anche nei procedimenti per l'adozione dell'ordine di protezione debba conformarsi al principio della domanda e della necessaria corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e non possa quindi stabilire una misura accessoria all'ordine – ad esempio la tutela patrimoniale – non espressamente richiesta dalla parte, cfr. D'ALESSANDRO, *Gli ordini civili di protezione*, cit., p. 230, la quale peraltro riconosce natura volontaria al procedimento per l'adozione dell'ordine di protezione (p. 227 ss.).

condannare, ad esempio, l'autore della molestia allontanato dalla casa familiare al pagamento di un assegno periodico benché la vittima non l'abbia richiesto nell'atto introduttivo.

Anche le forme dell'istruttoria risentiranno del coinvolgimento nel processo di un minore e così il giudice potrà disporre, anche d'ufficio, mezzi di prova senza dover osservare i limiti stabiliti dal codice civile, ma pur sempre nel rispetto del contraddittorio tra le parti; potrà altresì, a mio avviso, integrare l'ordine di protezione – con adeguata motivazione – prevedendo «l'intervento dei servizi sociali e del servizio sanitario» (art. 473-bis.46, secondo comma, c.p.c.) quando ciò sia indispensabile alla tutela del minore vittima della violenza.

Ritengo altresì necessario procedere all'ascolto del minore ultradodicesimo o comunque capace di discernimento, ai sensi dell'art. 473-bis.4 c.p.c.⁴³, prima di decidere sull'ordine di protezione, fatta salva la possibilità – in caso di urgenza – di ricorrere allo speciale procedimento regolato dal terzo comma dell'art. 473-bis.71 c.p.c. sulla falsariga della tutela cautelare⁴⁴. In tal caso, il giudice potrà adottare il decreto immediatamente esecutivo sulla base delle sole allegazioni dell'istante e limitando l'istruttoria alle sommarie informazioni, senza procedere dunque all'ascolto del minore; nei quindici giorni successivi, tuttavia, previa instaurazione del contraddittorio con il presunto autore, il giudice dovrà fissare l'udienza per la conferma, revoca o modifica del provvedimento *inaudita altera parte*, ma sempre dopo aver proceduto all'ascolto del minore.

La necessità dell'ascolto del minore si giustifica in quanto il provvedimento protettivo è reso all'esito di un procedimento al quale il minore partecipa come vittima (diretta o indiretta) della condotta abusiva e, sebbene l'ordine di cessazione della condotta e di allontanamento non siano destinati a produrre effetti immediati nella sua sfera giuridica, questi ultimi rientrano senza dubbio nell'ampia categoria dei «provvedimenti che lo riguardano» definita dal nuovo art. 473-bis.4 c.p.c.

Infine, rappresenta un significativo addentellato normativo a sostegno della soluzione appena proposta l'introduzione – tra le speciali norme dettate per i procedimenti in cui siano allegati fatti di violenza domestica⁴⁵ – di una

⁴³ Sul tema, per un inquadramento generale dell'istituto, cfr. G. RUFFINI, *Il processo civile di famiglia e le parti: la posizione del minore*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 1257 ss.; B. POLISENO, *Profili di tutela del minore nel processo civile*, Napoli, 2017; L. QUERZOLA, *Il processo minorile in dimensione europea*, Bologna, 2010; F. DANOVÌ, *L'ascolto del minore è esplicitazione del contraddittorio nei confronti della parte in senso sostanziale*, in *Fam. dir.*, 2021, p. 715 ss.; dopo, la riforma, tra i tanti, cfr. R. DONZELLI, *Prime riflessioni sul minore come parte del processo alla luce della riforma del processo civile*, in *Judicium*, 2022; A. ARCERI, *Il minore nel nuovo processo familiare: le regole sull'ascolto e sulla rappresentanza*, in *Fam. dir.*, 2022, p. 380 ss.

⁴⁴ Del resto, un argomento di non poco peso a sostegno della soluzione indicata nel testo è offerto dall'indiscutibile dovere di ascolto del minore nell'ambito dei procedimenti di cui all'art. 330-333 c.c., i cui provvedimenti sono oramai identici, sotto il profilo di nostro interesse, a quelli resi all'esito del procedimento descritto dall'art. 473-bis.71 c.p.c.

⁴⁵ Si tratta della disciplina compresa tra gli artt. 473-bis.40 e 473-bis.46 c.p.c. nel Capo III, Sezione I, del nuovo rito unitario dedicato ai procedimenti nei quali sono allegati «abusi familiari

disposizione che all'allegazione della violenza nei confronti del minore fa corrispondere un obbligo per il giudice di «procedere personalmente e senza ritardo all'ascolto del minore» e ciò in vista dell'adozione di misure urgenti che, all'atto pratico, possono avere esattamente lo stesso contenuto degli ordini di protezione.

o condotte di violenza domestica o di genere poste in essere da una parte nei confronti dell'altra o dei figli minori»: in argomento, cfr. L. DURELLO, *Abusi familiari e violenza domestica: profili processuali degli strumenti di tutela civili*, in *Judicium*, 2024, p. 181 ss.; C. IRTI, *Violenza nei confronti delle donne, violenza domestica e processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, p. 225 ss.

Abstract [Ita]

Il saggio illustra le modifiche all'istituto degli ordini di protezione civili introdotte con la recente riforma del processo civile, con particolare riguardo alla situazione del minore.

Parole chiave: minore; ordini di protezione; diritto processuale civile; abusi familiari; riforma del processo civile.

Abstract [Eng]

The paper discusses the changes to the institution of civil protection orders introduced by the recent reform of civil procedure, with particular regard to the situation of the child.

Keywords: child; protection orders; civil procedural law; family abuse, reform of civil procedure.

L'ascolto del minore d'età nei processi della crisi genitoriale (dopo la c.d. riforma Cartabia)

Arturo Maniaci

Sommario: 1. L'ascolto del soggetto minore d'età: genesi ed evoluzione nella legislazione domestica. – 2. Fonti normative superprimarie. – 3. Ambito di applicazione e natura giuridica. – 4. Le innovazioni apportate dalla c.d. riforma Cartabia: profili critici. – 5. Conclusioni.

1. *L'ascolto del soggetto minore d'età: genesi ed evoluzione nella legislazione domestica*

Un diritto del minore d'età a far sentire la propria voce nei momenti conflittuali della vita familiare¹ è stato per lungo tempo il “grande assente” nel discorso legislativo italiano, laddove i nostri interpreti (più teorici che pratici) vi dedicavano già una significativa attenzione ermeneutica².

Un primo e timido passo compiuto in questa direzione dal legislatore italiano è da attribuire alla riforma del diritto di famiglia del 1975 (l. 19 maggio 1975, n. 151), che – nell'intento di attuare il principio costituzionale di uguaglianza morale e giuridica dei coniugi – ha modificato l'art. 145 c.c. (da ultimo ulteriormente modificato in chiave puerocentrica dalla c.d. riforma Cartabia), prevedendo, in caso di disaccordo tra i coniugi sull'indirizzo della vita familiare e su richiesta degli stessi o di almeno uno di essi, l'intervento del giudice, te-

¹ Una copiosa bibliografia (che si snoda per l'arco di almeno un decennio) sull'ascolto del minore d'età è rinvenibile in R. DONZELLI, *I provvedimenti nell'interesse dei figli minori ex art. 709 ter c.p.c.*, Torino, 2018, pp. 171-173, nota 54.

² Fra i primi contributi, soprattutto nell'ottica del riconoscimento in capo al minore d'età di autonome situazioni giuridiche soggettive, cfr. A. DELL'ANTONIO, *Ascoltare il minore: l'audizione del minore nei procedimenti civili*, Milano, 1990, p. 39 ss.; A. FINOCCHIARO, *L'audizione del minore e la convenzione sui diritti del fanciullo*, in *Vita not.*, 1991, 834 ss.; A. GRAZIOSI, *Note sul diritto del minore ad essere ascoltato nel processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, p. 1286; M. DOGLIOTTI, *I diritti del minore e la Convenzione dell'O.N.U.*, in *Dir. fam. e pers.*, 1992, p. 311 ss.; G. SERGIO, *L'ascolto del minore e la giustizia*, in *Fam. e dir.*, 1999, p. 597; A. LIUZZI, *L'ascolto del minore tra convenzioni internazionali e normativa interna*, *ivi*, 2001, p. 677 ss.; F. RUSCELLO, *Garanzie fondamentali della persona e ascolto del minore*, in *Famiglia*, 2002, p. 941 ss.

nuto a raggiungere una soluzione concordata, «sentite le opinioni espresse dai coniugi e, per quanto opportuno, dai figli conviventi che abbiano compiuto il sedicesimo anno»³, nonché l'art. 316 c.c. (anch'esso recentemente modificato in chiave puerocentrica dalla c.d. riforma Cartabia⁴), prevedendo che, nei casi di contrasto su questioni di particolare importanza per la prole e su richiesta di uno dei genitori, il giudice può suggerire la soluzione più utile nell'interesse del figlio (e, all'epoca, dell'unità familiare), «sentiti i genitori ed il figlio, se maggiore degli anni quattordici».

Si tratta, tuttavia, di previsioni che riguardano una fattispecie di insanabile contrasto endoconiugale che non riguarda la prole (art. 145 c.c.⁵), ovvero, rispettivamente, un contrasto che incide sulla prole, ma insorto fra genitori uniti (art. 316 c.c.)⁶.

Nel contesto della crisi genitoriale in senso proprio, il riconoscimento di un coinvolgimento diretto del figlio minore d'età – alla tutela degli interessi del quale tendeva precedentemente a supplire la previsione dell'intervento obbligatorio del pubblico ministero e di amplissimi poteri istruttori del giudice⁷ – fu per la prima volta contemplato, per effetto della novella del 1987 (l. n. 74/1987), nella c.d. legge sul divorzio, sebbene subordinato alla discrezionalità del giudice, il quale aveva il dovere di accertarne il carattere strettamente necessario: l'art. 4, 8° comma l. div. (applicabile *ratione temporis*, per effetto dell'art. 23 l. n. 74/1987, anche ai giudizi di separazione coniugale ed oggi abrogato dalla c.d. riforma Cartabia) prevedeva, infatti, che, in caso di non comparizione del coniuge convenuto o di mancata conciliazione, il presidente del tribunale potesse emettere, anche d'ufficio, i provvedimenti temporanei e urgenti reputati opportuni nell'interesse dei coniugi e della prole, «sentiti, qualora lo riten[esse] strettamente necessario anche in con-

³ La disposizione ha avuto scarsissima applicazione pratica (come attestano, ad esempio, L. LENTI, *Diritto della famiglia*, in *Tratt. dir. priv. Iudica-Zatti*, Milano, 2021, p. 453; T. BONAMINI, *Gli accordi sull'indirizzo familiare*, in AA. VV., *Famiglia e matrimonio – Regime patrimoniale*, in *Tratt. dir. fam.*, dir. da G. Bonilini, Torino, 2022, I, p. 914). Fra le rare pronunce, v. Pret. Roma, 13 ottobre 1975, in *Giur. merito*, 1976, I, p. 200; Cass. 11 ottobre 1978, n. 4519, in *Giust. civ.*, 1979, I, c. 99; Pret. Genova, decr. 21 maggio 1981, in *Foro it.*, 1982, I, c. 1459, che ha ritenuto applicabile la disposizione *de qua* alla famiglia di fatto.

⁴ La disposizione paternalistica (*rectius*, patriarcale) contenuta nel quarto comma («Se sussiste un incombente pericolo di un grave pregiudizio per il figlio, il padre può adottare i provvedimenti urgenti ed indifferibili») è stata, invece, abrogata in occasione della riforma della filiazione varata negli anni 2012-2013.

⁵ Non nuoce, peraltro, ricordare che la disposizione non è oggi applicabile alle unioni civili, per mancato espresso richiamo nella l. n. 76/2016 (in tal senso, v. C. TROISI, *Diritti e doveri nelle unioni civili*, in *Comp. e dir. civ.*, 2018, p. 11).

⁶ La giurisprudenza ha, infatti, chiarito che esulano dal perimetro applicativo dell'art. 316 c.c. i rapporti fra genitori separati, divorziati o che abbiano cessato di condividere il loro progetto familiare di vita comune (Cass., ord. 27 luglio 2021, n. 21553, in *Rep. Foro it.*, 2021, voce «Responsabilità genitoriale e diritti e doveri del figlio», n. 74; Cass. 3 novembre 2000, n. 14360, in *Mass. Giust. civ.*, 2000, 2505).

⁷ V. Corte cost., sent. 30 giugno 1986, n. 185.

siderazione della loro età, i figli minori»; analogamente, l'art. 6, 9° comma, l. div. (anch'esso oggi abrogato dalla c.d. riforma Cartabia) prevedeva che i provvedimenti relativi all'affidamento dei figli e al contributo per il loro mantenimento potessero essere diversi rispetto alle domande delle parti o al loro eventuale accordo ed essere «emessi dopo l'assunzione di mezzi di prova dedotti dalle parti o disposti d'ufficio dal giudice, ivi compresa, qualora [fosse, n.d.r.] strettamente necessario anche in considerazione della loro età, l'audizione dei figli minori»⁸.

Ma il primo riconoscimento di una vera e propria situazione giuridica soggettiva spettante al figlio minore d'età, qualificabile in termini di partecipazione volitiva e informata rispetto alle decisioni che lo riguardano⁹, si ha con la legge 8 febbraio 2006, n. 54 in materia di affidamento condiviso dei figli, che – nell'intento di attuare il principio di parità genitoriale – ha introdotto l'art. 155-*sexies* c.c. (poi confluito, con qualche modifica, negli artt. 336-*bis* e 337-*octies* c.c., ora abrogati dalla riforma c.d. Cartabia e sostituiti dai nuovi artt. 473-*bis*.4 e 473-*bis*.5 c.p.c., su cui v. *infra*, § 4), prevedendo che, prima dell'emanazione, anche in via provvisoria, dei provvedimenti relativi alla prole, il giudice dispone «l'audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento».

Con l'art. 155-*sexies* c.c., quindi, l'ascolto del minore d'età capace di discernimento¹⁰, da mero atto (o incidente) istruttorio, è diventato – nel discorso legislativo italiano – strumento di esercizio del diritto soggettivo non patrimoniale del minore d'età di partecipare attivamente alle vicende e ai processi che lo riguardano, nonché di influire sul loro esito¹¹.

Infine, un'accoglienza ancora più convinta e diffusa, riservata all'istituto dell'ascolto del minore d'età, si deve alla riforma della filiazione degli anni 2012-2013 (l. n. 219/2012 e d.lgs. n. 154/2013), che lo ha contemplato in molti

⁸ Per una delle poche applicazioni giurisprudenziali, v. Cass. 11 giugno 1991, n. 6621, in *Mass. Giust. civ.*, 1991, fasc. 6, secondo cui il giudice, nel regolare l'affidamento, «non può attribuire valore decisivo alle scelte preferenziali manifestate dai minori durante la loro audizione personale, ma deve seguire la soluzione che risulti essere la più idonea a garantire la formazione della loro corretta personalità ed il loro armonico sviluppo psicofisico, previa valutazione di tutti gli elementi che possano influire su tale risultato».

⁹ A. CORDIANO, *Responsabilità dei genitori. I procedimenti. Artt. 336-337*, in *Comm. c.c. Schlesinger-Busnelli-Ponzanelli*, Milano, 2020, p. 130.

¹⁰ Su tale nozione (che evoca una categoria delle scienze sociali e psicologiche più che una categoria giuridica: L. QUERZOLA, *L'ascolto del minore nel processo civile, tra diritto di libertà, mezzo di istruzione e strumento di partecipazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, p. 1349), v. G. SCARDACCIONE, *La capacità di discernimento del minore*, in *Dir. fam. e pers.*, 2006, p. 1329, che la intende come l'insieme delle abilità relazionali necessarie a comprendere ciò che per il minore d'età è utile o meno.

¹¹ R. DONZELLI, *Prime riflessioni sul minore come parte del processo alla luce della riforma del processo civile*, 31 gennaio 2022, in *www.judicium.it*, § 3. Sulla natura giuridica dell'ascolto, cfr. *amplius* B. POLISENO, *Profili di tutela del minore nel processo civile*, Napoli, 2017, p. 307 ss. e quanto si dirà *infra* (§ 3).

articoli del Codice civile¹², elevandolo espressamente a diritto soggettivo con una disposizione di carattere generale, quale è l'art. 315-*bis*, comma 3, c.c.¹³.

2. Fonti normative superprimarie

L'ingresso nel discorso legislativo italiano di strumenti volti a consentire al minore d'età l'esercizio del diritto di essere informato e di partecipare attivamente ai procedimenti i cui esiti sono destinati ad incidere sulla sua formazione e sulla sua vita di relazione (che, come visto, è a pieno titolo avvenuto soltanto a partire dal 2006¹⁴), è stato, tuttavia, preceduto e seguito da una serie di fonti internazionali e sovranazionali, che non soltanto ne hanno riconosciuto la natura di diritto fondamentale, ma ne hanno sancito l'appartenenza a un principio universale di "ordine pubblico realmente internazionale"¹⁵.

Già la Convenzione dell'Aja del 28 maggio 1970 relativa al rimpatrio dei minori d'età (ratificata dall'Italia con l. 30 giugno 1975, n. 396) aveva previsto (art. 5) che «nessuna decisione su di una richiesta di rimpatrio dovrà essere presa prima che il minore sia stato sentito personalmente, se le sue facoltà di giudizio lo consentono, da un'autorità competente dello Stato richiesto».

Parimenti, l'art. 13 della Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori (ratificata in Italia con l. 15 gennaio 1994, n. 64) ha autorizzato l'autorità competente a rifiutare di ordinare il ritorno del minore «qualora essa accerti che il minore si oppone al ritorno e che ha raggiunto un'età e una maturità tali che sia opportuno tenere conto del suo parere», non diversamente da quanto già previsto dall'art. 15 della Convenzione di Lussemburgo del 20 maggio 1980 sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento (ratificata in Italia con l. 15 gennaio 1994, n. 64).

¹² Un ricco inventario è offerto da M. ACIERNO, *Ascolto del minore: cosa è cambiato con il D.Lgs. n. 154/2013?*, in *Giur. it.*, 2014, pp. 1275-1276 e da C.V. GIABARDO, *Il minore e il suo diritto a essere ascoltato nel processo civile*, *ivi*, 2014, p. 2358, nota 1.

¹³ L'ascolto è così assunto a «diritto che concorre a formare lo statuto dei diritti del figlio» (C.M. BIANCA, *Il diritto del minore all'ascolto*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 546). Sul punto, cfr. anche P. PERLINGIERI, *Sull'ascolto del minore*, in *Riv. giur. Molise e Sannio*, 2012, p. 127 ss. e, ancor prima della riforma della filiazione, ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 394.

¹⁴ In cui si registra il «primo rilevante cambiamento di impostazione» (F. DANOVI, *L'ascolto del minore nel processo civile*, in *Dir. fam. e pers.*, 2014, p. 1597).

¹⁵ C. CAMPIGLIO-F. MOSCONI, voce *Giurisdizione e riconoscimento di sentenze in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale*, in *Dig. disc. pubbl., Sez. pubbl., Agg.*, Torino, 2005, p. 358. Sulla nozione di ordine pubblico "realmente internazionale", cfr., in generale, H. ROLIN, *Vers un ordre public réellement international*, in *Hommage d'une génération des juristes au Président Basdevant*, Paris, 1960, p. 441 ss.; M. FORTEAU, *L'ordre public «transnational» ou «réellement international»*, in *JDI*, 2011, p. 3 ss.

Ancora più eloquente e dirompente, anche in considerazione della sua portata generale, è la previsione contenuta nell'art. 12 della Convenzione ONU di New York del 1989 sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza¹⁶ (ratificata in Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176), che ha riconosciuto il diritto inviolabile di ogni fanciullo, capace di discernimento, di «essere ascoltato in ogni procedimento giudiziario o amministrativo che lo riguardi»¹⁷.

Nella medesima ottica, gli artt. 3 e 6 della Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996 sull'esercizio dei diritti dei minori (ratificata in Italia con l. 20 marzo 2003, n. 77) garantiscono al minore d'età capace di discernimento il diritto: (i) di ricevere ogni informazione pertinente; (ii) di essere consultato ed esprimere la sua opinione; (iii) di essere informato circa le eventuali conseguenze che l'opinione dallo stesso espressa comporterebbe nella pratica e delle eventuali conseguenze di qualunque decisione che lo riguardi; (iv) di essere ascoltato personalmente da un'autorità giudiziaria in tutti i procedimenti che lo riguardano, a meno che ciò non sia manifestamente contrario al superiore interesse del minore; (v) che ogni opinione dallo stesso espressa sia tenuta in attenta considerazione in ogni decisione che lo riguardi.

Nell'ambito delle fonti del diritto europeo c.d. primario, l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000 (c.d. Carta di Nizza) contempla il diritto dei bambini di «esprimere liberamente la propria opinione», che deve essere «presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità».

A livello europeo secondario, l'art. 23 del Regolamento n. 2201/2003 (c.d. Bruxelles II *bis*) relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, nega il riconoscimento delle decisioni relative alla responsabilità genitoriale rese «senza che il minore abbia avuto la possibilità di essere ascoltato», salvi i casi di urgenza¹⁸. La previsione è stata, infine, trasfusa nell'art. 39 del Regolamento europeo n. 2019/1111 (c.d. Bruxelles II *ter*)¹⁹, che ha sostituito, a partire dal 1° agosto 2022, il precedente Regolamento n. 2201/2003.

In ogni caso, alla luce della portata dei principi costituzionali desumibili dagli artt. 2, 3, 21, 30 e 32 Cost., l'attribuzione di un diritto del minore d'età

¹⁶ È considerata «la fonte internazionale più importante in materia», in quanto ha determinato una «vera svolta evolutiva per la considerazione del minore quale soggetto titolare di diritti fondamentali e centro dell'ordinamento» (M. BIANCA, *Le fonti del diritto civile minorile*, in AA. Vv., *Diritto civile minorile*, 2ª ed., a cura di A. Cordiano e R. Senigaglia, Napoli, 2024, p. 8).

¹⁷ Da tale disposizione discende anche il principio, ormai pacifico, secondo cui il soggetto minore d'età capace di discernimento riveste la posizione di parte in senso sostanziale nei procedimenti e giudizi che lo riguardano (v. Corte cost., sent. 16 gennaio 2002, n. 1; Corte cost., sent. 10 giugno 2009, n. 179; Corte cost., sent. 11 marzo 2011, n. 83).

¹⁸ Sull'interpretazione di tale disposizione, cfr. O. LOPES PEGNA, *L'interesse superiore del minore nel Regolamento n. 2201/2003*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2013, p. 377 ss.

¹⁹ Sul tema, cfr. O. LOPES PEGNA, *Continuità interpretativa e novità funzionali alla tutela dell'interesse del minore nel regolamento BruxellesII-ter*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2023, p. 832 ss.

ad esprimere le proprie opinioni e ad essere a tal fine ascoltato appariva già un logico corollario della configurabilità di una sua autonomia decisionale nelle scelte esistenziali. E ciò, al di là del formale riconoscimento della capacità legale di agire, tradizionalmente circoscritta alla sfera patrimoniale, in relazione alla quale appare più agevole giustificare una scissione fra titolarità ed esercizio di situazioni giuridiche soggettive²⁰.

3. Ambito di applicazione e natura giuridica

L'ascolto del minore d'età è un istituto tipico della giustizia minorile, di cui rappresenta una caratteristica immanente e strutturale²¹.

L'istituto trova, quindi, applicazione²² in tutte le controversie o procedimenti che incidono sulla sfera affettiva e identitaria del minore d'età capace di discernimento e che comportano l'assunzione di decisioni circa la sua dimensione esistenziale, come, ad esempio, quelli in tema di responsabilità genitoriale, affidamento, frequentazioni, sottrazione internazionale e richiesta di rimpatrio, decadenza, sospensione o limitazione della responsabilità genitoriale, adozione, azioni di stato, eventualmente coesistendo – come in queste ultime ipotesi – con la nomina della figura di un curatore speciale (rappresentante del minore d'età, in quanto parte necessaria o in senso formale), il quale è oggi legittimato a procedere direttamente all'ascolto (v. nuovo art. 473-bis.8, comma 3, c.p.c.).

²⁰ F. GIARDINA, *I rapporti personali tra genitori e figli alla luce del nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 1390; EAD., *La condizione giuridica del minore*, Napoli, 1984, *passim*; P. ZATTI, *Rapporto educativo ed intervento del giudice*, in AA. VV., *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, a cura di M. De Cristofaro e A. Belvedere, Milano, 1980, p. 189 ss.; F.D. BUSNELLI, *Capacità ed incapacità di agire del minore*, in *Dir. fam. e pers.*, 1982, p. 58 ss.; P. STANZIONE, *Scelte esistenziali e autonomia del minore*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1156 ss.; ID., *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975, rist. Esi con prefazione di R. Pane, Napoli, 2018, p. 155 ss.; M. BUSSANI, P. CENDON, L. GHEDINI, A. VENCHIARUTTI, *I diritti della personalità dei minori: titolarità ed esercizio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, p. 776 ss.; G. PALMERI, *Diritti senza poteri. La condizione giuridica dei minori*, Napoli, 1994, p. 4 ss.; L. TAFARO, *L'età per l'attività*, Napoli, 2003, p. 36 ss.; G. BALLARANI, *La capacità autodeterminativa del minore nelle situazioni esistenziali*, Milano, 2008, pp. 22 ss. e 66 ss.

²¹ I. BITONTI, *Perenne attualità dell'istituto dell'ascolto del minore*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, p. 1074.

²² Si tratta, peraltro, di un incumbente necessario, previsto a pena di nullità di ogni procedimento in cui il minore d'età sia portatore di interessi sui quali il relativo provvedimento è in grado di incidere e derogabile soltanto nei casi eccezionali previsti dall'ordinamento giuridico (sul punto, v. ad es. Cass. S.U. 21 ottobre 2009, n. 22238, in *Fam. e dir.*, 2010, p. 364 ss.; v. anche Cass. 8 marzo 2013, n. 5847, in *Dir. fam. e pers.*, 2013, II, p. 1345 ss.; Cass. 15 maggio 2013, n. 11687, in *Foro it.*, 2013, I, c. 1839 ss.; Cass. 5 marzo 2014, n. 5237, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 242 ss.; Cass., ord. 7 maggio 2019, n. 12018, in *Rep. Foro it.*, 2019, voce "Minore, infanzia e maternità", n. 41; Cass. 16 maggio 2019, n. 13274, in *Giur. cost.*, 2019, p. 1156; Cass. 11 dicembre 2023, n. 34560, in *Rep. Foro it.*, 2023, voce "Minore, infanzia e maternità", n. 69; Cass., ord. 12 marzo 2024, n. 6455, in <https://dirittifondamentali.it>).

In particolare, nel contesto delle crisi genitoriali, l'ascolto va assicurato sia ai figli nati nel matrimonio sia a quelli nati fuori dal matrimonio²³, con la sola – più formale e apparente che effettiva, come si vedrà subito *infra* – limitazione derivante dalla natura (non contenziosa) o dal carattere (stragiudiziale) del procedimento: nei procedimenti su domanda congiunta di separazione o di divorzio o relativi alla regolamentazione dell'esercizio della responsabilità genitoriale nei confronti di figli nati fuori dal matrimonio (v. nuovo art. 473-*bis*.51 c.p.c.), l'attuale disciplina prevede, infatti, che «si prende atto di un accordo dei genitori relativo alle condizioni di affidamento dei figli» e che «il giudice procede all'ascolto soltanto se necessario» (così recita il nuovo art. 473-*bis*.4, comma 3, c.p.c.), mentre in tema di convenzione di negoziazione assistita per le soluzioni consensuali di separazione, divorzio, modifica delle condizioni di separazione o di divorzio, affidamento e mantenimento dei figli nati fuori del matrimonio o loro modifica, l'art. 6, comma 3, della l. n. 162/2014 (di conversione del d.l. n. 132/2014) prevede semplicemente che nell'accordo raggiunto a seguito di convenzione assistita si dia atto che «gli avvocati hanno informato le parti dell'importanza per il minore di trascorrere tempi adeguati con ciascuno dei genitori», senza alcun riferimento all'ascolto, la cui omissione – in forza di una disposizione introdotta dalla riforma c.d. Cartabia (v. l'attuale versione dell'art. 6, comma 2, ultimo alinea, della l. n. 162/2014) – può indurre soltanto il procuratore della Repubblica, in base a una valutazione di opportunità, a trasmettere l'accordo al presidente del tribunale per la fissazione di un'udienza di comparizione delle parti.

Ma il rischio di una irragionevole e irrazionale disparità di trattamento fra modelli contenziosi e modelli consensuali di soluzione della crisi genitoriale può essere scongiurato attraverso l'attività ermeneutica, come confermato da quella parte della dottrina che, ben consapevole della cogenza degli impegni assunti dall'Italia sul piano internazionale ed europeo, ha opportunamente proposto un'interpretazione correttiva ed adeguatrice, oltre che costituzionalmente orientata, volta a porre sullo stesso piano i procedimenti della crisi genitoriale sotto il profilo del rispetto del dovere di acquisire le opinioni del minore d'età capace di discernimento attraverso l'ascolto, a prescindere dalle forme, dalle modalità o dalla tipologia di gestione giuridica della crisi genitoriale²⁴.

²³ A tale parità di trattamento era già pervenuto il legislatore italiano con la l. n. 54/2006 (*arg. ex art. 4, comma 2*). Successivamente (e dopo l'entrata in vigore della riforma della filiazione), il principio è stato confermato dalla giurisprudenza domestica (Cass. 10 settembre 2014, n. 19007, in *Foro it.*, 2014, I, c. 3077 ss.).

²⁴ G. DE CRISTOFARO, *Il diritto del minore capace di discernimento di esprimere le sue opinioni e il c.d. ascolto fra c.p.c. riformato, convenzioni internazionali e diritto UE*, in *Liber amicorum per Paolo Zatti*, II, Napoli, 2023, p. 1118 ss.; M. TRIMARCHI, *Diritto di esprimere liberamente le proprie opinioni e ascolto del minore*, in *Fam. e dir.*, 2023, p. 603. Prima della riforma c.d. Cartabia, v. R. LOMBARDI, *L'ascolto del minore nei procedimenti di separazione e divorzio su accordo delle parti tra fonti sovranazionali e diritto interno*, in *Famiglia*, 2019, p. 9 ss.; EAD., *Il "mancato" ascolto del minore nelle procedure di separazione e divorzio su accordo dei genitori: una discrasia tra fonti sovranazionali e fonti interne?*, in *Giusto proc.*

Quanto alla natura giuridica, l'atto di ascolto del minore d'età non è certamente annoverabile fra i mezzi di prova tipici: non è, infatti, una testimonianza, in quanto, oltre a non scontare un giudizio di ammissibilità e rilevanza, che caratterizza tutte le prove c.d. costituenti, e a non provenire da un soggetto 'terzo', non si tratta di una dichiarazione di scienza circa l'esistenza o la narrazione di un determinato fatto passato, e il suo espletamento va ben oltre la dimensione storico-narrativa, cognitiva o informativa, presupponendo anzi per sua natura la manifestazione di giudizi, valutazioni e opinioni personali; non è assimilabile ad un interrogatorio formale, a tacer d'altro perché non è diretto a provocare una confessione, né a un interrogatorio libero, perché le dichiarazioni fatte dal minore d'età in sede di ascolto non hanno alcuna finalità di favorire una conciliazione, né da esse possono trarsi argomenti sfavorevoli contro il minore d'età. Anche la giurisprudenza ha avuto occasione di sottolineare – sia pure in tema di adozione – che l'ascolto del minore d'età non è riconducibile ai tradizionali mezzi d'istruzione probatoria disciplinati dalla Sezione III del Capo II del Titolo I del Libro II del Codice di procedura civile, ma è un momento formale del procedimento, deputato a raccogliere le opinioni e i bisogni rappresentati dal minore d'età in merito alla vicenda in cui è coinvolto²⁵.

Sotto tale profilo, non riteniamo condivisibile l'opinione secondo cui attraverso l'espletamento dell'ascolto del minore d'età si può anche ritenere dimostrata l'esistenza di determinati fatti storici, e quindi integrati gli estremi di un mezzo di prova tipico (ossia la testimonianza)²⁶: anzi, è proprio un siffatto impiego delle risultanze dell'ascolto che il sistema mira ad evitare, anche perché altrimenti si incentiverebbero genitori conflittuali ad esercitare pressioni o indebiti condizionamenti sui figli, per indurli a rendere in sede di ascolto dichiarazioni favorevoli all'uno e sfavorevoli all'altro genitore e superare così il lacerante conflitto di lealtà innescato.

Ciò non toglie, ovviamente, che l'esito dell'ascolto del figlio minore d'età, pur non essendo prova c.d. legale²⁷, ha una cogenza e una valenza paradossalmente superiore rispetto a quella delle prove tipiche, perché delle sue personali sensazioni, valutazioni, opinioni, manifestazioni di bisogni, esigenze, aspirazioni, desideri e punti di vista il giudice deve prendere atto, sebbene

civ., 2020, p. 461 ss.

²⁵ In questi termini, Cass. 26 marzo 2010, n. 7282, in *Fam. e dir.*, 2011, p. 268 ss.; nello stesso senso, v. Cass. 26 gennaio 2011, n. 1838, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 1483 ss.; Cass. 10 giugno 2011, n. 12739, in *Fam. e dir.*, 2012, p. 37 ss. Anovera, invece, inspiegabilmente l'ascolto del minore fra i «comuni mezzi di prova tipici e specifici della materia» Cass., ord. 16 dicembre 2020, n. 28723, in motivazione, in *Banca dati-Leggi d'Italia*.

²⁶ L. QUERZOLA, *Il processo minorile in dimensione europea*, Bologna, 2010, p. 76, la quale (*ibidem*, nota 69) menziona a titolo esemplificativo il caso in cui, in un giudizio di separazione coniugale, si utilizzano le dichiarazioni del figlio minore d'età per ritenere provati fatti valutabili ai fini dell'addebito della separazione chiesto da uno dei coniugi a carico dell'altro.

²⁷ L. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., p. 110.

non sia tenuto ad assumere provvedimenti in senso conforme²⁸, salvo dover fornire una puntuale motivazione sul punto.

Appare, quindi, indubbio che si tratta di un mezzo indirettamente strumentale all'acquisizione di elementi valutativi ai fini della decisione²⁹.

4. Le innovazioni apportate dalla c.d. riforma Cartabia: profili critici

Come noto, una delle novità della c.d. riforma Cartabia (l. n. 206/2021 e d.lgs. n. 149/2022 e succ. mod.) è consistita nel ridisegnare lo statuto normativo dell'ascolto del minore d'età: le disposizioni del Codice civile che regolavano l'esercizio nel processo del diritto all'ascolto del minore d'età e le relative modalità (336-*bis* e 337-*octies* c.c. e art. 38-*bis* disp. att. c.c.) sono state, infatti, abrogate, riformulate, accorpate e trasposte nel codice di rito (v. artt. 473-*bis*.4, 473-*bis*.5 e 473-*bis*.6 c.p.c.; artt. 152-*quater* e 152-*quinquies* disp. att. c.p.c.)³⁰, mentre l'art. 473-*bis*.45 c.p.c. è dedicato all'ascolto del minore nell'ambito dei procedimenti in cui siano allegati abusi familiari o condotte di violenza domestica o di genere poste in essere da una parte nei confronti dell'altra o di figli minori.

Si tratta di una disciplina che, pur aspirando ad essere organica, esaustiva e ispirata ad una visione che tende a porre al centro un soggetto in formazione quale è il minore d'età e la necessità di conciliare l'ascolto con la tutela dell'esigenza di un suo sano e armonioso sviluppo psico-fisico, presenta, tuttavia, lacune, incongruenze e aspetti la cui compatibilità con il quadro normativo europeo e internazionale è quantomeno dubbia.

Anzitutto, sebbene non sia esplicitato chiaramente dal legislatore della riforma, è auspicabile che gli interpreti valorizzino la necessità che in sede di ascolto – deputato a favorire la partecipazione attiva del soggetto minore d'età al processo di formazione delle decisioni che lo riguardano – sia istituito un rapporto immediato e diretto fra minore d'età e giudice, che può, al limite, farsi assistere da esperti o altri ausiliari (ad es. psicologi dell'età evolutiva o

²⁸ È, infatti, pacifico che «il giudicante è tenuto ad ascoltare il minore, qualora abbia una capacità di discernimento sufficiente, e a prendere una decisione nel suo interesse superiore, ma non a seguire pedissequamente il suo volere» (Cass., ord. 8 giugno 2023, n. 16231, in *banca dati DeJure*).

²⁹ In tal senso, v. ad es. M.A. IANNICELLI, *La crisi della coppia genitoriale e il «diritto» del figlio minore di essere ascoltato*, in *Famiglia*, 2016, p. 97. Per la qualificazione dell'ascolto come situazione processuale partecipativa attenuata, espressione del diritto al contraddittorio e al c.d. giusto processo, v. R. DONZELLI, *L'ascolto del minore come situazione processuale partecipativa attenuata*, in *Scritti in onore di Nicola Picardi*, II, Pisa, 2016, p. 967 ss.

³⁰ Si tratta di un'operazione normativa «coerente con il carattere prima di tutto processuale dell'istituto dell'ascolto» (F. DANOVÌ, *Un processo unitario per la giustizia familiare e minorile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2023, p. 474). Per un primo commento di tali disposizioni (che per vero ne esalta gli aspetti positivi più che evidenziare quelli critici), v. M.A. IANNICELLI, *Il diritto del minore a essere ascoltato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, p. 1065 ss.

psicoterapeuti), senza poter delegare l'atto di ascolto non soltanto ad amministratori della giustizia non togata, in sintonia con quanto previsto dall'art. 473-*bis*.1, comma 2, c.p.c. e con l'art. 1, comma 23, lett. *t* della l. n. 206/2021³¹, ma neppure a terzi (escluso il curatore speciale: *arg. ex art.* 473-*bis*.8, comma 3, c.p.c.), come gli operatori dei Servizi Sociali territorialmente competenti³² (cui peraltro in base alla riforma sono delegabili alcune attività da parte del giudice: *arg. ex art.* 473-*bis*.1, comma 27, c.p.c.); né l'incombente processuale dell'ascolto può essere sostituito o surrogato nel corso di una consulenza tecnica d'ufficio, che ha ben diversa finalità, ossia di indagine psicodiagnostica, in funzione dell'accertamento delle competenze genitoriali (*arg. ex art.* 473-*bis*.25, comma 2, c.p.c.)³³, come peraltro la giurisprudenza di legittimità ha avuto già occasione di chiarire³⁴.

La c.d. riforma Cartabia, se da un lato si è preoccupata di dettare, rispetto a quella previgente, una disciplina delle modalità dell'ascolto più puntuale, più rispettosa del principio del contraddittorio e più 'garantista', indicando come regola generale quella della registrazione audiovisiva³⁵ (anche se una previsione, come quella dell'art. 473-*bis*.5, comma 4, c.p.c., che fa espresso riferimento alla tutela della «serenità» del minore d'età, si rivela un tentativo normativo pseudo-irenico o comunque velleitario), dall'altro lato non ha avuto cura di fornire indicazioni all'interprete circa il tempo o il momento in cui procedere all'ascolto del minore d'età, rimettendo tale valutazione alla discrezionalità del giudice, salvo che nei casi in cui siano allegati abusi familiari o condotte di violenza domestica o di genere, in cui è espressamente previsto che il giudice deve procedere all'ascolto del minore «senza ritardo» (art. 473-*bis*.45, comma 1, c.p.c.).

³¹ Salve, ovviamente, diverse disposizioni transitorie (v. art. 8, comma 9-*bis* d.l. n. 198/2022, conv. in l. n. 14/2023 e art. 3 d.l. n. 105/2023, conv. in l. n. 137/2023).

³² Tale deprecabile prassi è stata in passato sponsorizzata financo dalla giurisprudenza della Suprema Corte (v. ad es. Cass., ord. 25 gennaio 2021, n. 1474, in *Rep. Foro it.*, 2021, voce "Responsabilità genitoriale e diritti e doveri del figlio", n. 87; Cass., ord. 23 gennaio 2023, n. 2001, in *Dir. fam. e pers.*, 2023, p. 1030), con l'aggravante che le relazioni dei Servizi sociali sono spesso diventate di fatto insindacabili in sede di legittimità (v. ad es. Cass., ord. 23 ottobre 2019, n. 27207, in *Riv. dir. fam. e succ.*, 2019, p. 509). Nel senso che l'ascolto diretto, ossia effettuato personalmente dal giudice, non possa essere eluso ricorrendo a deleghe in favore di soggetti terzi, v. L. QUERZOLA, *Il processo minorile in dimensione europea*, cit., pp. 243-244; L. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., p. 108.

³³ In tal senso, cfr. R. DONZELLI, *La consulenza tecnica d'ufficio in materia familiare e minorile*, in *Dir. fam. e pers.*, 2023, pp. 1760-1761, il quale ritiene che la via suggerita dalla riforma nei casi più delicati non sia quella dell'ascolto delegato, ma quella dell'ascolto condotto dal giudice con l'assistenza dell'esperto. Sul tema della consulenza tecnica d'ufficio nei processi della crisi genitoriale, cfr. *amplius* AA. VV., *CTU nei procedimenti in materia di famiglia e minori*, a cura di M. Maglietta e A. Maniaci, Pisa, 2023.

³⁴ Cass., ord. 24 maggio 2018, n. 12957, in *Foro it.*, 2018, I, c. 2364 ss., in motivazione; da ultimo, Cass. 8 febbraio 2024, n. 3576, salvo errore inedita.

³⁵ Il nuovo art. 152-*quinquies* disp. att. c.p.c. subordina, tuttavia, l'operatività ed effettività di tale prescrizione all'emanazione di regole tecniche che dovranno essere adottate con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia.

Ma numerosi indici normativi depongono nel senso che l'incombente dell'ascolto del minore d'età capace di discernimento deve essere disposto già in sede di udienza fissata per la comparazione delle parti, salvo che ricorrano i presupposti, previsti dall'art. 473-*bis*.15 c.p.c., per l'adozione di provvedimenti indifferibili, per i quali non è neppure necessario attivare il contraddittorio.

Anzitutto, il nuovo rito unitario delle relazioni familiari è strutturalmente informato a criteri di celerità ed urgenza, come confermato da numerose disposizioni che contemplano il potere giudiziale di emanare misure provvisorie, interinali o interlocutorie, fra le quali assumono preminente rilievo i provvedimenti temporanei e urgenti ritenuti opportuni nell'interesse dei figli (art. 473-*bis*.22 c.p.c.).

Occorre, poi, segnalare al riguardo che l'art. 7 della Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996 sull'esercizio dei diritti dei minori impone all'autorità giudiziaria investita di un procedimento che riguarda un minore di «agire prontamente per evitare ogni inutile ritardo».

Infine, non nuoce ricordare che un eventuale ritardo nell'espletamento dell'incombente dell'ascolto del minore d'età può comportare il rischio di seri pregiudizi al suo stato di salute psico-fisica, in conseguenza, ad esempio, di una regolamentazione dei tempi e dei modi di frequentazione parentale tale da pregiudicare o compromettere l'equilibrio e la continuità della relazione genitore/figlio (per di più o per lo più incoercibile) e, più in generale, l'esercizio del diritto alla bigenitorialità³⁶; tant'è vero che nelle ipotesi più gravi (ostinata avversione ad incontrare i genitori o, come più spesso avviene, uno di essi), l'art. 473-*bis*.6 c.p.c. prevede che il giudice debba procedere all'ascolto «senza ritardo, assume sommarie informazioni sulle cause del rifiuto»; la stessa regola si applica quando siano allegate o segnalate «condotte di un genitore tali da ostacolare il mantenimento di un rapporto equilibrato e continuativo tra il minore e l'altro genitore o la conservazione di rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale».

Del resto, è noto che il fattore tempo giochi un ruolo decisivo nelle relazioni familiari genitori/figli minori d'età: come è stato osservato, «i giorni che trascorrono consolidano diverse abitudini di vita dei minori, erodono legami affettivi esistenti in favore di equilibri diversi, mutano i luoghi di vita e la consistenza delle relazioni, consumano le capacità patrimoniali»³⁷.

Quanto ai limiti di esercizio del diritto del minore d'età di partecipare attivamente al processo attraverso lo strumento dell'ascolto, la c.d. riforma Cartabia

³⁶ Anche la Corte europea, nel condannare l'Italia, ha sottolineato che un mancato tempestivo intervento a tutela di un soggetto in età evolutiva può avere conseguenze irrimediabili sulle relazioni tra il figlio e il genitore con lui non coabitante, specie quando i contatti fra loro siano stati interrotti (Corte EDU, 22 aprile 2021, R.B. e M contro Italia, ric. n. 41382/19, punto 88 della motivazione).

³⁷ G. BUFFONE, *I provvedimenti ad interim*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, p. 872.

ha abrogato e sostituito gli artt. 336-*bis* e 337-*octies* c.c. e ha trasposto tali disposizioni³⁸ nell'art. 473-*bis*.4 c.p.c., apportando ai relativi contenuti significative modificazioni e innovazioni, destinate a sollevare maggiori perplessità rispetto a quelle che potevano essere nutrite in relazione alla disciplina previgente.

Salva la previsione di cui all'art. 473-*bis*.4, comma 3, c.p.c. in relazione ai procedimenti in cui sono stati raggiunti accordi fra i genitori, che necessita di correzioni e adeguamenti sul piano ermeneutico per essere resa costituzionalmente o convenzionalmente conforme (su cui si è già detto: v. *supra*, § 3), l'art. 473-*bis*.4, comma 2, c.p.c. contempla nuove ed ulteriori ipotesi in forza delle quali il giudice è esonerato, sia pure nel rispetto di un dovere di stringente motivazione, dal procedere all'ascolto del minore d'età: al contrasto con l'interesse del minore e alla manifesta superfluità dell'ascolto³⁹ si aggiungono, infatti, la «impossibilità fisica o psichica del minore» e la manifestazione da parte di quest'ultimo della «volontà di non essere ascoltato».

Si perviene, così, a rimettere l'esercizio di un diritto fondamentale, previsto a garanzia del contraddittorio e del giusto processo, al mero arbitrio di un soggetto (il minore d'età), cui è per definizione preclusa la possibilità di disporre di (e quindi anche di rinunciare a) un diritto della personalità, qual è il diritto a manifestare in sede di ascolto le proprie opinioni nel corso di un processo durante il quale o all'esito del quale si assumono decisioni destinate ad incidere quantomeno sulla sua sfera esistenziale⁴⁰. Ed è ovvio che, specie nei processi della crisi genitoriale, l'individuazione del superiore interesse del minore d'età non può rimanere affidata ... al minore d'età.

La disposizione *de qua* – nonostante i 'buoni propositi' manifestati dal legislatore in sede di delega conferita al Governo per il mero «riordino delle disposizioni in materia di ascolto del minore, anche alla luce della normativa sovranazionale di riferimento» (art. 1, comma 23, lett. *dd* l. n. 206/2021) – si pone, dunque, in palese contrasto sia con l'art. 6 della Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996 sull'esercizio dei diritti dei minori, che prevede come unico limite all'esercizio del diritto di essere consultato, riconosciuto al minore d'età capace di discernimento, la manifesta contrarietà ai suoi interessi superiori, sia con l'art. 12 della Convenzione di New York del 1989 sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza⁴¹, sia con il Regolamento europeo n. 2019/1111⁴².

³⁸ Che altrimenti sarebbero state esposte al rischio – oggi superato dalla sopravvenienza normativa – di una declaratoria di incostituzionalità per eccesso di delega conferita con l. n. 219/2012 (in questo senso, v. A. GRAZIOSI, *Osservazioni perplesse sulle ultime (?) stravaganti riforme processuali in materia di famiglia*, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 1121; P. VIRGADAMO, *L'ascolto del minore in famiglia e nelle procedure che lo riguardano*, in *Dir. fam. e pers.*, 2014, p. 1663).

³⁹ Su tali fattispecie, cfr. l'analisi svolta da R. DONZELLI, *L'ascolto del minore come situazione processuale partecipativa attenuata*, cit., p. 976 ss.

⁴⁰ Sul diritto all'ascolto come diritto della personalità, v. ad es. C.M. BIANCA e M. BIANCA, *Istituzioni di diritto privato*, 3^a ed., Milano, 2022, p. 818.

⁴¹ Sul punto, v. A. GRAZIOSI, *Luci e ombre del nuovo processo di famiglia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2023, p. 442.

⁴² In questo senso, con particolare nitore, v. G. DE CRISTOFARO, *Il diritto del minore capace*

In definitiva, la promozione del diritto all'autodeterminazione del minore d'età, che si attua anche nei processi contenziosi della crisi genitoriale, non può spingersi fino al diniego giudiziale dell'ascolto, basato su circostanze che prescindono dalla sussistenza di un serio pregiudizio eventualmente derivante dall'ascolto ovvero su ostacoli meramente soggettivi.

5. Conclusioni

Se è ormai pacifico che il diritto della famiglia contemporaneo vede come suo baricentro assiologico i diritti del figlio, soprattutto quando questi sia minore d'età⁴³, il legislatore e l'interprete devono farsi carico di garantire la effettività di tutti i diritti e di tutti i principi che il sistema giuridico contempla o riconosce in favore dell'adolescenza, fra cui campeggia quello di esprimere le proprie opinioni attraverso l'ascolto nelle sedi a ciò deputate (anche, se non soprattutto) durante la fase patologica della famiglia, sicché non è comprensibile né giustificabile alcun tentativo di compressione o compromissione della sua portata.

Altrimenti, il rischio è quello di indebolire la visione puerocentrica (o paidocentrica) che si vorrebbe sempre di più favorire promuovere attuare, perdendo così nuovamente la speranza di aver fatto storicamente ingresso nel 'secolo del bambino'⁴⁴, e dunque di veder realizzato un sogno la cui realizzazione era stata per vero già agognata per il secolo trascorso.

di discernimento di esprimere le sue opinioni, cit., p. 1115; ID., *Le modificazioni apportate al codice civile dal Decreto legislativo attuativo della "legge Cartabia" (d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149). Profili problematici delle novità introdotte nella disciplina delle relazioni familiari*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, p. 1454.

⁴³ M. SESTA, *La prospettiva paidocentrica quale fil rouge dell'attuale disciplina giuridica della famiglia*, in *Fam. e dir.*, 2021, p. 765; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Prospettiva "paidocentrica" e attuazione dei doveri genitoriali nella nuova giustizia familiare*, *ivi*, 2024, p. 103 ss.; L. ROSSI CARLEO, *Art. 337-bis*, in *AA. VV., Esercizio della responsabilità genitoriale*, a cura di S. Patti-L. Rossi Carleo, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca-Galgano-De Nova*, Bologna, 2021, p. 2; M.R. MARELLA, *Fra status e identità. L'interesse del minore e la costruzione della genitorialità*, in *Liber amicorum Pietro Rescigno in occasione del novantesimo compleanno*, II, Napoli, 2018, p. 1225; M. PARADISO, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1310.

⁴⁴ Il riferimento è all'opera in due volumi che raccoglie i saggi composti nel 1900 dalla scrittrice svedese Ellen KEY dal titolo *Barnets Åhrundrade*, tradotta originariamente in italiano nel 1906 per i tipi di Bocca con il titolo "Il secolo dei fanciulli" e, più recentemente e correttamente, con il titolo "Il secolo del bambino" (v. la nuova edizione curata da T. Pironi e L. Ceccarelli, *Ellen Key – Il secolo del bambino*, Parma, 2019).

Abstract [Ita]

Dopo aver svolto un'indagine sulla genesi, sull'evoluzione e sulle fonti del diritto all'ascolto del minore d'età nei processi civili, l'Autore indugia nell'analisi della disciplina dettata in materia dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, con cui il Governo ha esercitato le deleghe conferite dalla l. 26 novembre 2021, n. 206 per la riforma del processo civile (c.d. "riforma Cartabia"). L'obiettivo di questo contributo è quello di illustrare sinteticamente ed analizzare criticamente le innovazioni apportate dal d.lgs. n. 149 del 2022 in materia di ascolto del minore d'età nel processo civile, affrontando alcune questioni interpretative e applicative ad esse inerenti.

Parole chiave: ascolto del minore d'età; autodeterminazione del minore d'età; partecipazione dei minori d'età nei processi civili della crisi genitoriale; riforma Cartabia.

Abstract [Eng]

After carrying out a survey on the genesis, evolution and sources of the provisions on the child's right to be heard in civil court proceedings, the Author focuses on the analysis of the regulations concerning this matter provided by legislative decree no. 149 of 10 October 2022, with which the Italian Government exercised the delegations conferred by law no. 206 of 26 November 2021 for the reform of the rules concerning the civil proceedings (so-called "Cartabia reform"). The aim of this contribution is to briefly illustrate and critically analyse the innovations introduced by the legislative decree no. 149 of 10 October 2022 concerning the subject of the children's right to be heard in judicial proceedings, addressing some of the many interpretative and applicative issues inherent therein.

Keywords: children's right to be heard; self-determination of the child; children's participation in judicial proceedings on parental crisis; Cartabia reform.

La détermination de l'apparence physique des mineurs

Julie Mattiussi

Résumé : 1. Introduction. – 2. Les prérogatives étendues des parents sur l'apparence physique des mineurs. – 2.1. Des prérogatives calquées sur les pouvoirs des majeurs sur leur apparence physique. – 2.2. Des prérogatives limitées par les intérêts d'autrui. – 3. Les prérogatives amoindries des parents sur l'apparence physique des mineurs. – 3.1. Des prérogatives partagées entre les parents. – 3.2. Des prérogatives concédées à l'enfant.

1. Introduction

Quels sont les droits des mineurs relativement à leur apparence physique ? Comme pour l'apparence physique des majeurs, la question est aussi vaste que transversale¹. Elle est même complexifiée par les bornes que l'exercice de l'autorité parentale peut mettre à l'étendue des choix d'apparence des mineurs. Des actions qui peuvent revêtir des niveaux de gravité divers, allant des actes relatifs à l'intégrité physique tels que les tatouages, perçages, voire interventions de chirurgie esthétique ou réparatrice, au choix de la tenue vestimentaire, en passant par la captation et la diffusion des images – photos ou vidéos – à un public plus ou moins large. Des actions qui s'inscrivent également dans la sphère de l'expression de l'identité, une sphère éminemment personnelle dont la compatibilité avec l'exercice de l'autorité parentale n'est pas sans poser question.

Ainsi, le 19 février 2024², le législateur insère dans le Code civil un article portant précisément sur une dimension de l'apparence physique des mineurs, à savoir leur image. Il est désormais affirmé dans la loi que « les parents protègent en commun le droit à l'image de leur enfant mineur, dans le respect du droit à la vie privée »³. Les parents avaient déjà le devoir de protéger l'enfant dans sa moralité, ce qui englobait l'image et la vie privée

¹ V. notre thèse sur *L'apparence de la personne physique*, LEH 2018, vol. 27.

² Loi n° 2024-120 du 19 février 2024 visant à garantir le respect du droit à l'image des enfants, *JORF* 20 févr. 2024.

³ C. civ., art. 372-1.

des mineurs. Les évolutions des usages de l'image ont néanmoins rendu la précision nécessaire.

Il est en effet toujours plus facile, du fait de l'évolution des techniques numériques, de capter, modifier, trafiquer, diffuser les images au plus grand nombre. Cela a le double effet d'accroître les risques de dommage pour les personnes dont l'apparence est ainsi reproduite, mais aussi de banaliser ces différentes actions. Dans les relations entre enfants et parents, cela a pour conséquence d'entraîner ou d'encourager une sorte de confusion quant aux images des uns et des autres. Les parents pratiquent en effet massivement le *sharenting*⁴. Issue de la combinaison de deux mots anglais *to share* – partager – et *parenting* – s'occuper / éduquer son enfant – le *sharenting* consiste, pour un parent, à publier des photographies de son enfant sur ses propres réseaux sociaux. Ce faisant, c'est généralement sa propre image – au sens large de l'image que l'on renvoie dans la société – que le parent construit ou entretient. Son image de parent d'un enfant qui fait ceci ou cela, qu'il éduque de telle ou telle façon, qui porte telle ou telle tenue, ressemble à tel ou tel membre de sa famille... En somme, l'enfant est un personnage secondaire mais incontournable du récit que le parent fait de lui-même. Si bien que les parents perdent parfois de vue que c'est l'image propre de leur enfant et non la leur qui est ainsi rendue publique. Sans même parler des risques de piratage, de récupération des photographies à des fins publicitaires ou pédopornographiques, le simple fait d'utiliser l'image de son enfant pour véhiculer la sienne propre interroge sur le conflit d'intérêts possible entre parents et enfants sur les questions d'apparence et d'images⁵. En l'occurrence, la loi a rappelé aux parents le cadre de leur mission : la protection de l'image de leur enfant, avant la promotion de leur image propre.

La loi met ici l'accent sur une tension fondamentale du droit familial, qui témoigne à la fois de confiance et de défiance envers les parents. Confiance, d'une part, car la loi en fait les acteurs premiers de la protection des enfants au travers de l'autorité parentale. « Ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant »⁶, il s'agit d'une mission⁷ incombant aux parents et qui consiste à protéger l'enfant « dans sa sécurité, sa santé, sa vie privée et sa

⁴ Rapport Assemblée nationale n° 908 visant à garantir le respect du droit à l'image des enfants, p. 36.

⁵ Rapport Défenseur des droits 2022, *La vie privée : un droit pour l'enfant* : « La multiplication des contentieux entre parents et jeunes majeurs dont les photos d'enfance et les détails privés de leur vie ont été publiés sans qu'ils aient pu y consentir vient interroger ces pratiques banalisées, qui constituent pourtant des atteintes inédites à la vie privée de l'enfant », p. 11 ; De façon générale, notons que Claire NEIRINCK souligne la difficulté de dissocier les droits de chacun au sein d'une cellule familiale, *Rép. civ. Dalloz*, « L'enfant et ses parents forment un groupe au sein duquel il est impossible de dissocier les droits de chacun car ils sont étroitement imbriqués », n° 12.

⁶ C. civ., art. 371-1, alinéa 1.

⁷ A. BATTEUR et L. MAUGER-VIELPEAU, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ, 12^e éd., n° 631, p. 275.

moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne »⁸. L'idée de *protection* est au cœur du dispositif ; elle a remplacé celle de *pouvoir* qui prédominait à l'époque où le *Pater familias* avait pour rôle la direction de la famille. Les prérogatives de l'autorité parentale doivent donc être exercées avec pour seule boussole *l'intérêt supérieur de l'enfant*⁹. Un intérêt qui évolue avec l'âge de l'enfant, puisqu'il se colore d'autodétermination à mesure que l'enfant grandit¹⁰. Elles permettent aux parents d'agir en représentation de l'enfant pour la défense ou l'exercice de ses droits, mais ne doivent pas être mobilisées dans leur intérêt personnel. Il ne faut toutefois pas s'y tromper : ces prérogatives appartiennent bien aux parents et leur porter atteinte est susceptible de causer à ceux-ci un préjudice propre¹¹. Au demeurant, la plasticité de la notion d'intérêt de l'enfant¹² permet de déceler, derrière l'évolution du vocabulaire, la persistance d'enjeux de pouvoirs qui s'expriment fortement en cas de tension au sein de la famille, entre les parents ou entre parents et enfants. Ces tensions sont à l'origine de la défiance qui, d'autre part, s'exprime parfois envers les parents. Ces derniers agissent ainsi sous le contrôle d'une autorité étatique qui se méfie parfois des familles comme cadre intermédiaire de l'éducation des plus jeunes et n'hésite pas à limiter leurs pouvoirs, en permettant la délégation de prérogatives de l'autorité parentale à des tiers, par le truchement de l'assistance éducative ou en promouvant les décisions autonomes des enfants.

S'agissant de l'apparence physique, ces enjeux de pouvoirs entre enfants et parents interviennent de façon particulièrement exacerbée puisque l'expression de la personnalité doit se faire sous le contrôle de l'autorité parentale sur un objet – ici l'apparence physique – qui est un facteur particulièrement important d'expression de soi pendant l'enfance et l'adolescence. Il ne s'agit ainsi pas seulement de l'image fixée sur support de la loi du 19 février 2024, mais aussi de la liberté vestimentaire et des droits que les mineurs peuvent exercer sur leur corps en décidant d'une intervention chirurgicale sur leur apparence ou, de façon plus fréquente, de tatouage ou de perçage.

En vertu de l'autorité parentale, il appartient aux parents « d'autoriser tout ce qui concerne [la personne du mineur], en particulier les soins médicaux, toutes les situations qui mettent son corps en jeu (activité sportive ou ludique). D'une manière générale, ils contrôlent toutes ses fréquentations, son entourage et sa vie quotidienne »¹³. Cette mission se traduit par le de-

⁸ C. civ., art. 371-1, alinéa 2.

⁹ Convention internationale des droits de l'enfant, art. 3-1.

¹⁰ C. NEIRINCK, « Enfance », *Rép. civ. Dalloz*, n° 700. L'autrice y voit une situation parfois paradoxale, pour les parents comme pour les enfants.

¹¹ Cass. Ire civ. 27 févr. 2007, n° 06-14273 : *Comm. com. électr.* 2007, n° 63, note A. LEPAGE ; *Dr. fam.* 2007, n° 124, note P. MURAT ; *RTD civ.* 2007. 327, obs. J. HAUSER ; *ibid.* 2007. 571, obs. P. JOURDAIN.

¹² C. NEIRINCK, « Enfance », *Rép. civ. Dalloz*, n° 10.

¹³ C. NEIRINCK, « Enfance », *Rép. civ. Dalloz*, n° 207.

voir pour les parents de superviser, voire de prendre les décisions relatives à l'apparence physique du mineur. Un ensemble de prérogatives qui parfois relève de l'exercice d'un pouvoir matériel, c'est-à-dire une action de soi à soi (décider de se vêtir de telle ou telle façon, par exemple), et d'autres fois juridique, c'est-à-dire qui implique autrui (le perçage des oreilles par exemple, requiert généralement l'intervention d'un tiers – le plus souvent un ou une professionnelle – pour être réalisé en toute sécurité)¹⁴. Autant d'actes qui sont diversement saisis par le droit de l'autorité parentale, puisque les actes juridiques sont par principe accomplis par les parents en représentation de leur enfant mineur, tandis que les actes matériels relèvent d'une autonomie à la fois graduelle et relative. Graduelle car elle n'existe pas chez l'enfant en bas-âge qui, pour reprendre l'exemple du vêtement, ne s'habille pas seul car il n'en a pas la capacité physique. Relative car même lorsque l'enfant grandit, ses choix s'exercent sous le contrôle des personnes exerçant l'autorité parentale qui, au nom de leur mission consistant à assurer la sécurité, la santé, la moralité et la vie privée de l'enfant, ont le pouvoir d'interdire ou d'autoriser ces actes dans l'intérêt de l'enfant.

En somme, *qui* décide pour l'apparence physique des mineurs ? Quelle est l'étendue de l'autorité parentale à cet égard ? Et quelles sont les limites de l'autorité parentale ? Les parents sont-ils bornés dans leur action ? Le sont-ils davantage qu'un majeur agissant sur sa propre apparence physique ? Les mineurs bénéficient-ils de sphères d'autodétermination au sein desquelles les parents n'ont pas leur mot à dire relativement à l'apparence physique ? La présente contribution tentera de répondre à ces différentes questions. En avançant dans la réflexion, il apparaîtra que les débats politico-juridiques sur ces questions sont particulièrement nombreux : *quid* de la liberté vestimentaire des mineurs lorsqu'il s'agit d'imposer l'uniforme scolaire ou d'interdire certaines tenues vestimentaires ? Que penser de la possibilité de réaliser des chirurgies non thérapeutiques telles que la chirurgie esthétique ou la chirurgie de transition de genre ou de « correction » des variations du développement sexuel sur des enfants parfois très jeunes ? Et comment regarder la législation en plein développement sur la protection des données et en particulier de l'image des mineurs en ligne ?

Dans un premier temps, nous verrons que l'autorité parentale en la matière n'est pas un vain mot. Les parents disposent en effet d'un pouvoir de décision très étendu relativement à l'apparence de leurs enfants (2). Ce pouvoir est néanmoins amoindri pour ce qui concerne certains aspects de l'apparence, témoignant d'un phénomène qui pourrait bien ne faire que s'accroître à l'avenir (3).

¹⁴ Sur la distinction pouvoir matériel / juridique, v. not. I. ARNOUX, *Les droits de l'être humain sur son corps*, PUB, Bordeaux, 1995, p. 191 ; S. PRIEUR, *La disposition par l'individu de son corps*, Les études hospitalières, Bordeaux, 1999, n° 151, p. 119.

2. Les prérogatives étendues des parents sur l'apparence physique des mineurs

Les prérogatives dont disposent les parents sont très étendues, puisqu'elles sont calquées sur celles dont dispose un majeur sur son apparence physique (2.1). Seules les limites afférant à aux intérêts d'autrui s'imposent donc aux parents (2.2).

2.1. Des prérogatives calquées sur les pouvoirs des majeurs sur leur apparence physique

Droit à l'image, liberté vestimentaire, droit au respect du corps humain... sont autant de prérogatives juridiques que les personnes majeures peuvent exercer sur leur apparence physique¹⁵. Des prérogatives qui trouvent leurs racines dans des droits fondamentaux visant à protéger l'expression de la personnalité. En droit européen d'ailleurs, ils relèvent formellement du même texte : l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Aussi, rien d'illogique à ce que les mineurs, frappés d'une incapacité d'exercice mais non de jouissance, soient par principe titulaires des mêmes droits fondamentaux – ici de la personnalité – que toute autre personne physique.

Dans les faits toutefois, ces actes seront exercés sous le contrôle des parents, lorsqu'ils ne sont pas exercés directement par les parents lorsqu'ils agissent en représentation de leur enfant mineur (cas des actes juridiques) ou parce que l'enfant n'a pas l'aptitude physique d'agir pour lui-même (cas des actes matériels sur les enfants en bas âge).

Parmi ces actes, certains ne durent pas dans le temps, comme le choix de l'habillement ou même de la coupe de cheveux. Si cela ne signifie pas qu'ils sont sans enjeux, ces décisions pouvant notamment avoir un retentissement certain dans la vie scolaire des jeunes, que ce soit dans ses relations avec les adultes ou les autres élèves¹⁶. Mais les enjeux sont plus limités que pour d'autres décisions qui visent à définir l'apparence physique du mineur de façon pérenne.

¹⁵ Des prérogatives que nous proposons d'unir sous la bannière d'une liberté sur l'apparence physique dans notre thèse de doctorat (J. MATTIUSI, *L'apparence de la personne physique*, LEH 2018, vol. 27). Une proposition que l'on retrouve depuis dans la jurisprudence administrative dans les contentieux des burkinis et des masques sanitaires, qui évoquent une « liberté personnelle » distincte de la liberté d'aller et venir qui consiste à paraître dans l'espace public (v. J. MATTIUSI « La liberté vestimentaire démasquée ? » *RDH* avril 2020 [en ligne] ou encore dans l'avis de l'avocate générale S. LAULOM dans l'affaire concernant le licenciement d'un steward pour le port d'une coiffure interdite au règlement intérieur, Cass. soc. 23 nov. 2022, n° 21-14060, FP-B+R : D. 2023. 533, note P. DUPONT et G. POISSONNIER ; *ibid.* 833, chron. REGINE ; *JCP G* 2023, note B. BOSSU ; *LPA* 2023. 44, note M. PETSOKO ; *L'essentiel droit des personnes et de la famille* 2023, n° 1, p. 2, note F. ROGUE ; *JA* 2022, n° 670, p. 41, étude D. CASTEL ; *Dr. soc.* 2023. 338, étude N. MOIZARD ; *Gaz. pal.* 2023, n° 8, p. 52, note S. SERENO.

¹⁶ Décision n° 2022-182 du 31 janvier 2023 : D. 2024. 891.

Ainsi, des tatouages et des perçages¹⁷ et surtout de la médecine plastique pédiatrique, entendue comme l'ensemble des actes médicaux consistant à agir sur l'apparence physique des enfants, le plus souvent pour corriger ce qui apparaît comme une malformation, ou du moins une caractéristique physique apparente de nature à supposément « poser problème » à l'enfant dans sa construction et dans sa vie sociale lorsqu'il grandira. Une telle position comporte à l'évidence une forte part de projections adultes sur ce qui est perçu comme un problème potentiel. Aussi, de prime abord, peut-on s'interroger sur le point de savoir pourquoi ce type d'intervention sans but thérapeutique n'est pas interdite. Un pouvoir très important est ici laissé aux parents au sujet de décisions graves qu'ils ne prendront qu'aïdés par les seules informations dont ils disposent, à savoir leur propre vision de la vie, de la norme sociale et du bien pour leur enfant. Bien sûr, si la question se pose, c'est que dans bien des cas l'intervention dès l'enfance est plus facile à réaliser. Surtout, il est courant de considérer qu'un traitement réalisé tôt ne marquera pas de la même façon la mémoire de l'enfant, qui ne s'en souviendra pas consciemment. Bien sûr, est aussi véhiculée l'idée de lui permettre de vivre sans la caractéristique particulière qui pourrait le faire souffrir le plus longtemps possible.

Stricto sensu, ce que l'on nomme médecine plastique pédiatrique consiste, le plus souvent, à corriger des aspects de la peau considérés comme des malformations telles que les *naevus*, hémangiomes ou autres particularités cutanées. Il peut s'agir d'également d'interventions sur des kystes ou de la plastie des oreilles décollées, qui est relativement banale dans l'enfance. Quoique ces actes ne soient pas sans risques, on admet que les parents puissent considérer qu'ils sont dans l'intérêt de leur jeune enfant. La mécanique d'acceptation de la reproduction d'apparences physiques lisses et uniformisées est aussi claire que critiquable. Claire Neirinck considère d'ailleurs que toutes les atteintes irréversibles ou durables portées au corps humain qui ne sont justifiées ni par une nécessité médicale ni par une urgence vitale devraient être interdites au nom de l'ordre public¹⁸. Mais il est aussi possible d'entendre que, dans un contexte social où la normalisation des apparences est acceptée – et pour cause, ces actes sont autorisés aux personnes majeures – les parents, et avec eux la société, pensent parfois protéger les enfants de difficultés d'inclusion et d'estime de soi en agissant de la sorte. L'argument toutefois fragile, particulièrement en ce qui concerne les interventions réalisées sur les corps des enfants intersexes.

Lorsqu'un enfant naît avec une ou plusieurs caractéristiques qui l'éloignent de celles classiquement associées au masculin ou au féminin, les interventions chirurgicales et traitements médicaux consistant à orienter le corps de l'enfant vers un ensemble de caractéristiques féminines ou masculines peuvent

¹⁷ C. sant. publ., art. R1311-11.

¹⁸ C. NEIRINCK, « Enfance », *Rép. civ. Dalloz*, n° 801.

être envisagés dès les premiers temps de la vie, en dépit de leur caractère souvent lourd et contraignant dans le suivi¹⁹. S'il ne s'agit pas de « médecine plastique » à proprement parler puisqu'il ne s'agit pas seulement de l'aspect extérieur du corps, l'apparence féminine ou masculine du corps est néanmoins un objet central de ces interventions. Quoique strictement encadrées par la loi du 2 août 2021 qui impose, pour ces interventions, la consultation des équipes pluridisciplinaires des Centres de référence des maladies rares spécialisés dans les variations du développement sexuel²⁰, ces interventions sont légales, y compris sur les enfants en bas âge. Elles sont pourtant globalement décriées au niveau international²¹ mais aussi national²². Et pour cause : si l'on peut admettre qu'il soit dans l'intérêt de l'enfant de le rapprocher des normes esthétiques dans une société qui possède globalement un langage commun sur lesdites normes²³, il n'est pas possible d'affirmer qu'un nouveau-né a intérêt à être élevé dans un genre plutôt que dans un autre²⁴. Le choix, aujourd'hui réalisé sur la base de considérations médicales, comporte un très fort risque d'erreur si, en grandissant, l'enfant se révèle avoir une identité de genre qui n'est pas en adéquation avec un corps modelé pour avoir des caractéristiques féminines ou masculines au prix de souffrances parfois considérables²⁵. Alors, pourquoi ne pas interdire purement ces interventions sur les enfants en bas-âge au nom de l'ordre public ? Peut-être parce qu'elle poserait indéniablement la question des limites de l'interdiction – à partir de

¹⁹ Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine, *Attitude à adopter face aux variations du développement sexuel – Questions éthiques sur l'intersexualité*, prise de position n° 20/2012, novembre 2012, p. 15 ; JCP G 2012. 1348, obs. P. REIGNÉ ; Pour une étude très complète et plus récente sur l'état de la législation actuelle, M.-X. CATTO, « La loi de bioéthique et les intersexes », *JDSAM* 2020/1, n° 25 ; au plan européen, B. MORON-PUECH, « Les mutilations génitales intersexuées sont-elles des actes de torture pour la Cour européenne des droits de l'homme ? », *Sexandlaw* [en ligne], 19 mai 2022.

²⁰ Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, *JORF* 3 août 2021, v. C. sant. publ., art. L2131-6.

²¹ Comité des droits de l'enfant, observations finales concernant le cinquième rapport périodique de la France, 23 février 2016, CRC/C/FRA/CO/5, § 47 ; Conseil de l'Europe, Droits de l'Homme et personnes intersexes, document thématique, juin 2015, recommandation n° 1 ; Résolution assemblée parlementaires du Conseil de l'Europe du 12 octobre 2017, *Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes*, 2191 (2017), 7.1.1 ; Parlement européen, Résolution sur les droits des personnes intersexuées 2018/2878 (RSP), 14 février 2019, I. 2. ; v. aussi Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, *The fundamental rights situation of intersex people*, avr. 2015, qui préconise d'éviter les traitements d'assignation non consentis par la personne concernée, p. 7.

²² Comité consultatif national d'éthique, Questions éthiques soulevées par la situation des personnes ayant des variations du développement sexuel », n° 132 ; Avis du 20 février 2017 préc., p. 6 ; Cette idée se trouve également dans le rapport remis au Sénat le 23 février 2017, *Variations du développement sexuel : lever un tabou, lutter contre la stigmatisation et les exclusions* ; Étude du Conseil d'État, *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, 28 juin 2018, p. 140.

²³ *Supra*.

²⁴ J. MATTIUSI, *L'apparence de la personne physique*, LEH 2018, vol. 27, n° 303.

²⁵ V. à ce sujet la série télévisée « Chair tendre », 2022 de Y. LANGMANN.

quel âge et quelles interventions devraient être interdites – dans un contexte où les interventions en rapport avec l’expression de genre sur les enfants sont parfois sollicitées par ces derniers.

Ainsi des interventions et traitements médicaux dits de « transition » sont réalisés chez des mineurs parfois jeunes (au début de la puberté), mais capables d’être associés aux décisions qui les concernent. À l’heure actuelle, le bénéfice thérapeutique de ces interventions pour les mineurs est admis au terme d’un protocole mis sur pied en 1989, adapté par la Haute autorité de santé en 2009²⁶, qui fait actuellement l’objet de nouvelles réflexions. L’idée est de veiller à ce que ces traitements présentent plus de bénéfices que de risques pour les mineurs. Ces traitements permettent en effet à certains jeunes de s’affranchir tôt dans leur vie de difficultés liées à l’inadéquation entre leur genre et l’apparence physique. Le temps gagné est alors précieux pour celles et ceux qui auront achevé leur parcours médical au début de leur vie adulte. Pourtant, en 2024, le débat est vif entre les partisans d’une interdiction totale des interventions sur les mineurs transgenres²⁷ et ceux qui souhaitent accompagner au mieux les personnes transgenres²⁸. Or il semble important de pouvoir entendre la voix des jeunes qui solliciterait de tels traitements en les rendant possible, tout en gardant à l’esprit qu’en l’état du droit actuel, l’autodétermination n’est pas possible tant les parents que les médecins sont susceptibles de refuser les traitements.

En résumé, alors que des interdictions générales sont parfois discutées, le droit positif s’en remet à l’autorité parentale pour garantir l’intérêt de l’enfant, sans procéder par interdiction générale. Les mineurs disposent donc des mêmes prérogatives sur leur apparence que les majeurs, à la condition non négligeable d’obtenir l’accord parental pour les exercer. Les limites à l’exercice de ces différents pouvoirs sont peu ou prou les mêmes que pour les majeurs : les limites ayant trait à l’intérêt d’autrui.

2.2. Des prérogatives limitées par les intérêts d’autrui

Que l’on se situe dans un cadre législatif interne, européen ou international, la limitation des droits et libertés se pense de façon générale comme justifiée lorsqu’il s’agit de préserver l’intérêt des autres²⁹. Cette règle se tra-

²⁶ *Situation actuelle et perspectives d’évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France*, novembre 2009, v. not. p. 70 pour le protocole de 1989.

²⁷ Proposition de loi visant à protéger les mineurs contre certaines pratiques médicales et chirurgicales en matière de « transition de genre », n° 2504, 11 avril 2024.

²⁸ V. note de cadrage de la Haute autorité de santé « Parcours de transition des personnes transgenres », 7 septembre 2022 [en ligne].

²⁹ En droit français, on cite généralement le très célèbre article 4 de la Déclaration des droits de l’Homme et du Citoyen selon lequel « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ».

duit par deux conditions pour limiter une liberté : la finalité doit être de préserver les intérêts d'autrui et la limitation doit être strictement nécessaire³⁰.

Les intérêts d'autrui peuvent être ceux des autres individus – un employeur par exemple, qui peut poser des limites vestimentaires à ses employés, qu'ils soient majeurs ou mineurs, au nom de sa liberté d'entreprendre – ou ceux de la collectivité prise comme un ensemble, qui forment les différentes composantes de l'ordre public. Ainsi, comme les majeurs, les mineurs peuvent voir leur droit à l'image limité par les usages de la vidéoprotection à des fins de sécurité publique³¹. Comme les majeurs, ils se voient interdire l'exhibition sexuelle au nom de la moralité publique³². En somme, les mineurs et leurs représentants se voient logiquement opposer les mêmes limites que toute personne lorsqu'il s'agit de déterminer l'apparence physique des mineurs³³.

S'agissant toutefois d'un public considéré, en raison de son jeune âge, comme potentiellement plus vulnérable, il n'existe quelques limites particulières, propres à l'apparence physique des personnes mineures. Jean Hauser écrivait ainsi que « la protection des mineurs reste un domaine dont l'ordre public ne peut pas se désintéresser »³⁴. Ainsi, la loi ne semble pas indifférente à la situation de minorité, en particulier pour régir l'apparence physique dans un souci de protection des mineurs, mais aussi dans un souci d'éducation des mineurs.

S'agissant de la protection des mineurs, les règles interdisant les images pédopornographiques sont particulièrement strictes. Elles prohibent, de façon absolue, la diffusion d'images à caractère pédopornographiques y compris avec l'accord parental³⁵. L'infraction limite les pouvoirs des parents relativement à l'apparence physique de leur enfant mineur, la production et la diffusion de ces images étant interdites. Plus exactement, une gradation dans la protection peut être décelée puisque la simple captation de telles images sans intention de les diffuser est prohibée s'agissant de mineurs de moins de quinze ans. S'agissant des mineurs plus âgés, l'interdiction ne vaut que si la captation est réalisée en vue de la diffusion de l'image.

S'agissant de l'éducation des mineurs, on en trouve trace s'agissant des tenues vestimentaires au plan scolaire. On se souvient ainsi de la loi du 15 mars

³⁰ Nous reprenons ici la grille de lecture de la Cour européenne des droits de l'Homme, au regard de l'influence exercée par la jurisprudence de la Cour sur la jurisprudence interne, dont témoigne le Rapport 2020 de la Cour de cassation du groupe de travail sur la conventionnalité, v. J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, connaissance du droit, *Dalloz*, 2016, 7^e éd., p. 73 ; F. SUDRE, avec L. MILANO et H. SURREL, *Droit européen et international des droits de l'homme*, coll. Droit fondamental, PUF, 2019, 14^e éd., n° 143, p. 218.

³¹ C. sécu. int., art. L251-1 et s.

³² C. pén., art. 222-32.

³³ Pour une étude de ces limites v. note thèse préc. n° 173 et s.

³⁴ J. HAUSER, « Les principes généraux de procédure et le contentieux familial », *RTD civ.* 2016. 93.

³⁵ C. pén., art. 227-23.

2004³⁶ interdisant le port du voile dans les établissements scolaires. Il s'agissait alors de la première extension du principe de neutralité dans les services publics, qui ne concernait alors que les agents publics, aux usagers dudit service. L'exposé des motifs révèle que la loi s'inscrivait alors dans une perspective de lutte contre le prosélytisme à l'école, entendue comme « instrument par excellence d'enracinement de l'idée républicaine ». La mention de l'enracinement ici fait indirectement référence à la jeunesse du public concerné, et à l'enjeu spécifique qu'il y a à contrôler les idées qui circulent auprès de publics dont les croyances et convictions sont encore en construction. En tout état de cause, les élèves des établissements scolaires – qui ne sont certes pas tous mineurs mais le sont néanmoins pour la plupart –, voient leur liberté vestimentaire particulièrement limitée en raison de leur statut d'élève et donc, indirectement mais nécessairement, en raison de leur âge.

Ces limites plus grandes pour les mineurs, il semble qu'on les retrouve de façon générale dans les règlements intérieurs des établissements scolaires, qui semblent imposer un standard de tenue correcte particulièrement strict. L'article L401-2 du Code de l'éducation impose à chaque établissement d'enseignement scolaire public de se doter d'un règlement intérieur précisant notamment « les règles de civilité et de comportement »³⁷. Nombreux sont les règlements intérieurs qui, à ce titre, exigent une « tenue correcte », souvent en assortissant le standard de précisions et d'illustrations précises³⁸. L'exigence d'une « tenue vestimentaire convenable » se retrouve dans la Charte du collégien³⁹, ce qui laisse entendre qu'une telle exigence constitue une limitation légitime de la liberté vestimentaire des jeunes. En l'absence de contentieux connu, il convient de s'interroger : une telle limitation est-elle valable ? Quelle est la finalité qui justifie de telles limites ? Il semblerait qu'il s'agisse bien du contexte scolaire et donc, là encore, des spécificités d'un public jeune en situation d'apprentissage. Si la finalité de la limitation est de préparer un public en formation aux codes sociaux de la vie professionnelle, alors le standard de tenue correct est susceptible de trouver un sens. Encore faut-il que les limites en question soient proportionnées. En particulier, il n'est pas rare que certaines limites ne s'imposent qu'à une catégorie d'élèves : les filles avec l'interdiction du maquillage ou l'obligation de porter un soutien-gorge⁴⁰,

³⁶ Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, *JORF* 17 mars 2004, p. 5190, créant C. éduc., art. L141-5-1, al. 1 : « Dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit ».

³⁷ C. éduc., art. R421-5.

³⁸ Pour de nombreux exemples, v. J. ARROYO et S. HENNETTE-VAUCHEZ, rubrique « Brut » – « Règlements intérieurs » de *Intersections - Revue semestrielle genre & droit* - 2024/1.

³⁹ Annexée à la circulaire 1^{er} août 2011, n° 2011-112.

⁴⁰ Si l'obligation ne figurait pas en tant que tel dans un règlement intérieur, la presse québécoise s'était en 2018 faite l'écho de la situation d'une jeune femme qui s'était vue reprocher une

ou encore aux enfants aux cheveux texturés avec l'interdiction de coiffures « afro »⁴¹. Dans ces cas, le règlement intérieur apparaît discriminatoire et la limitation imposée au jeune ou à la jeune devrait, pour cette raison, être jugée disproportionnée⁴².

En dehors de ces situations, qui sont des limites qui s'imposent de façon générale aux mineurs comme à leurs parents, ce sont les parents qui ont le dernier mot sur la définition de l'apparence physique de leur enfant mineur. Un pouvoir très vaste donc, qui tend néanmoins à s'amoindrir.

3. Les prérogatives amoindries des parents sur l'apparence physique des mineurs

Les pouvoirs des parents sur l'apparence physique de leur enfant mineur sont étendus, mais concurrencés. D'une part, ce pouvoir est partagé entre les parents, en particulier s'agissant des actes non-usuels. Cela empêche un parent d'agir seul, et donc contient les actions parentales sur l'apparence physique du mineur (3.1). D'autre part, ce pouvoir est de plus en plus concédé au mineur lui-même (3.2).

3.1. Des prérogatives partagées entre les parents

Lorsque l'autorité parentale est exercée en commun par deux titulaires de l'autorité parentale, le principe est le double consentement des parents pour prendre une décision⁴³. Une telle exigence, lourde, doit toutefois être combinée avec la présomption d'accord entre les parents pour ce qui concerne les actes usuels de l'autorité parentale⁴⁴. Le consentement d'un seul des deux parents est alors suffisant, dès lors qu'il ne s'agit que d'« une action qui n'engage pas l'avenir de l'enfant, une démarche qui s'inscrit dans une pratique quotidienne »⁴⁵.

S'agissant des actes sur l'apparence physique, la distinction entre les actes usuels et non usuels est particulièrement utile pour comprendre la réalité de l'étendue du pouvoir parental. Ces actes ont en effet une unité : ils conditionnent l'expression de la personnalité des personnes, en l'occurrence à un moment de la vie – l'enfant et l'adolescence – où le rapport au corps et à l'image de soi joue un rôle central dans la construction de la personnalité. En ce sens, ils ont tous une importance certaine. Mais ils sont aussi très variés en

tenue indécente au motif qu'elle portait un pull sans soutien-gorge, T. GERBET, *Radio-Canada* [en ligne], 5 juin 2018.

⁴¹ Décision n° 2022-182 du 31 janvier 2023, préc.

⁴² Décision n° 2022-182 du 31 janvier 2023, spéc. n° 68.

⁴³ A. GOUTTENOIRE, « Autorité parentale – Protection de l'enfant », *Rép. civ. Dalloz*, n° 70.

⁴⁴ C. civ., art 372-2.

⁴⁵ C. NEIRINCK, « Enfance », *Rép. civ. Dalloz*, n° 208.

termes de gravité, de fréquence mais aussi de conséquences. A cet égard, il serait tentant de distinguer les actes sur le corps des actes vestimentaires et des actes sur l'image immatérielle. Les premiers seraient les plus graves, les autres seraient plus secondaires. Mais ce serait faire fi des particularités et paradoxes de l'apparence physique. La diffusion d'une image peut ainsi avoir des conséquences lourdes, tandis que la réalisation d'un perçage d'oreille est un acte relativement anodin et réversible. De la même façon, le choix de la tenue vestimentaire ou de la coupe de cheveux peut avoir des conséquences extrêmes en entraînant, par exemple, un harcèlement scolaire ou l'exclusion d'un établissement⁴⁶. Aussi la jurisprudence n'utilise-t-elle pas ce triptyque, se contentant d'analyser le contentieux sous l'angle de la distinction entre actes non-usuels et usuels, non sans une certaine dose d'insécurité juridique.

S'agissant, en premier lieu, des actes non usuels, la loi du 19 février 2024 y a clairement inscrit les actes relatifs à l'image des mineurs en évoquant à l'article 372-1 la protection « en commun » de l'image. Il s'agissait déjà du sens de la jurisprudence s'agissant de la diffusion de l'image de l'enfant⁴⁷. Pour une captation et une diffusion à titre purement privée toutefois, la qualification d'acte usuel a parfois pu être retenue⁴⁸, si bien que se pose la question de savoir si cette jurisprudence est ou non anéantie par les termes de la loi du 19 février 2024. Si la règle nouvelle doit être comprise comme un outil de règlement des éventuels conflits⁴⁹, l'ensemble des décisions relatives à l'image devraient être soumises à la règle du double consentement.

Dans ce contexte, on aurait pu penser que l'ensemble des actes médicaux sur l'apparence relèverait du non-usuel. Sont en effet considérés comme usuels les actes médicaux obligatoires telles que les vaccinations ou les actes thérapeutiques les plus courants⁵⁰. Mais les actes médicaux sur l'apparence ne sont jamais obligatoires. Ils sont parfois considérés comme thérapeutiques, comme dans le cas de la chirurgie réparatrice ou d'autres formes de chirurgie thérapeutiques agissant sur l'apparence physique, mais ils ne sont alors pas « courants » chez une personne mineure. Ainsi la chirurgie de transition d'une personne mineure transgenre est vraisemblablement à ranger du côté des actes non-usuels. On pourrait néanmoins s'interroger sur d'autres actes de la transition de genre, tels que l'administration de traitements hormonaux.

⁴⁶ V. la situation d'un enfant de quatre ans dont la coupe de cheveux a conduit à un changement d'établissement scolaire, Décision du Défenseur des droits n° 2022-182 du 23 janvier 2023.

⁴⁷ CA Paris 9 février 2017, n° 15/13956, interdiction faite aux parents de diffuser des photographies des enfants sur tous supports sans l'accord de l'autre parent. En l'occurrence, les photographies étaient diffusées par l'un sur un compte Facebook, par l'autre sur un site internet professionnel ; CA Versailles 25 juin 2015, n° 13/08349, même solution s'agissant de la diffusion par un parent seul de photographies sur Facebook.

⁴⁸ CA Bordeaux 4 janv. 2011, n° 09/00788.

⁴⁹ G. LOISEAU, « La "fast" législation : le droit à l'image des enfants mineurs », *JCP G* 2024, 463, n° 4.

⁵⁰ A. GOUTTENOIRE, « Autorité parentale – Protection de l'enfant », *Rép. civ. Dalloz*, n° 70.

Parce que ces actes sont moins graves, sont-ils usuels ? Dans la négative, ne risque-t-on pas de priver de soins les enfants transgenres ayant des parents en conflit ? La question est plus complexe qu'il n'y paraît, d'autant plus que l'un des risques de ces traitements est d'avoir un retentissement néfaste sur la fertilité future, ce qui a pour conséquence de les accompagner généralement d'un acte d'autoconservation des gamètes, acte qui est, lui, soumis explicitement par la loi un consentement parental unique lorsqu'il est demandé par une personne mineure⁵¹. Il serait donc curieux d'autoriser l'autoconservation sur la base d'un consentement parental unique, mais pas le traitement hormonal *in fine* recherché.

Au demeurant, les actes médicaux sur l'apparence physique n'ont pas toujours de vocation thérapeutique. Il serait alors légitime de penser que ces actes devraient intégrer la catégorie des actes non-usuels, exigeant le double consentement parental. En pratique pourtant, cela n'est pas si évident. S'agissant des actes médicaux purement esthétiques, une autrice indique qu'il ne s'agit que d'actes usuels traités comme des actes de consommation et ne nécessitant l'intervention que d'un seul des deux parents⁵². Elle semble pour cela se reposer sur un argument de texte, l'article L6322-2 du Code de la santé publique relatif à l'obligation d'information du praticien évoquant l'information due à la personne « et, s'il y a lieu, son représentant légal s'il s'agit d'un mineur » en employant le singulier. La formule est la même s'agissant des dispositions relatives au délai de réflexion dans la partie réglementaire du Code⁵³. Nous ne sommes pas convaincues par cet argument textuel, en particulier au regard des conséquences très lourdes qu'une intervention de chirurgie esthétique est susceptible de revêtir. Outre les risques propres à l'acte envisagé, les risques sont par définition pris ici sans bénéfice thérapeutique, ce qui accroît leurs enjeux au plan moral, mais aussi au plan juridique. En effet, en cas de réalisation d'un accident médicale, d'infection médicale ou d'affection iatrogène, l'indemnisation du dommage corporel subi par la personne victime à l'occasion d'un acte esthétique est exclue du champ de la solidarité nationale⁵⁴. Il nous semble que la qualification d'acte non-usuel devrait être retenue pour tous les actes médicaux esthétiques, y compris non-chirurgicaux.

Une telle analyse viendrait distinguer ces interventions des actes esthétiques non médicaux comme les tatouages et les perçages, pour lesquels la loi est plus explicite quant au fait que le consentement d'un seul des titulaires de l'autorité parentale est nécessaire pour intervenir sur le corps d'une personne mineure. L'article R1311-11 du Code de la santé publique affirme ainsi qu'il est « interdit de pratiquer les techniques mentionnées aux articles R1311-1 [tatouage et perçage à l'aiguille] et R1311-6 [perçage au pistolet] sur

⁵¹ C. sant. publ. L2141-11

⁵² C. NEIRINCK, « Enfance », *Rép. civ. Dalloz*, n° 800 à 805.

⁵³ C. sant. publ., art. D6322-30-1.

⁵⁴ C. sant. publ., art. L1142-3-1.

une personne mineure sans le consentement écrit d'une personne titulaire de l'autorité parentale ou de son tuteur ». Restent en revanche dans le flou les autres actes esthétiques non-médicaux tels que l'épilation définitive à la lumière pulsée⁵⁵. En l'absence de disposition légale, faudrait-il en aligner le régime sur les actes médicaux esthétiques en les qualifiant d'actes non-usuels ou sur les tatouages et perçages en les qualifiant d'actes usuels ? La question a, en tout état de cause, vocation à être soumise à un aléa judiciaire certain.

Cette incertitude rapprocherait les tatouages et les perçages de la situation des choix vestimentaires. S'agissant de ces derniers, leur dimension quotidienne semble pouvoir permettre de soutenir l'exigence du consentement parental unique. Ne serait-ce que pour des raisons pratiques, ces décisions se prenant au jour le jour, dans des situations où l'autre parent n'est pas nécessairement présent. Il n'est même besoin ici d'en passer par la qualification « d'acte usuel », celle-ci étant réservée aux relations entre les parents et des tiers⁵⁶. Il y a simplement ici des actes que le mineur exerce seul lorsqu'il en a la capacité physique (c'est-à-dire, l'âge) dans le respect des consignes parentales le cas échéant. Va en ce sens le parallèle qu'il est possible de faire avec l'achat de vêtements par le mineur, qui relève des actes que « la loi ou l'usage » l'autorise à accomplir seul⁵⁷ lorsqu'il en a les moyens. Il ne s'agit pas pour autant d'autodétermination, dès lors qu'un parent garde le pouvoir d'interdire ou d'imposer une tenue.

Des sphères d'autodétermination, néanmoins, semblent se développer à mesure que les mineurs grandissent.

3.2. *Des prérogatives concédées à l'enfant*

L'article 371-1, alinéa 2, du Code civil, impose aux parents d'associer l'enfant aux décisions qui le concernent « selon son âge et son degré de maturité ». L'article 12-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant évoque, quant à lui, la nécessité de recueillir l'opinion de l'enfant et de le « prendre en considération ». Ces textes ne confèrent certes pas de pouvoir d'autodétermination au mineur. Néanmoins, l'association de l'enfant grandissant aux décisions qui le concernent conduit à entendre de plus en plus sa voix, en distinguant la demande du refus en matière d'apparence physique. Prenons l'exemple d'une intervention de chirurgie esthétique. Si le mineur souhaite recourir à l'intervention mais que les parents s'y opposent, ce sont les parents qui auront gain de cause en application de la loi. Dans la situation inverse, où les parents souhaiteraient améliorer l'apparence physique de leur enfant,

⁵⁵ Cass. crim., 31 mars 2020, n° 19-85.121, les esthéticiens et esthéticiennes réalisant ces actes ne peuvent plus être condamnés pour exercice illégal de la médecine.

⁵⁶ C. civ., art. 372-2 « A l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant ».

⁵⁷ C. civ., art. 388-1-1.

mais où le mineur s'y opposerait, on peine à imaginer qu'un ou une professionnelle de santé accède à la demande des parents. L'affirmation mériterait d'être discutée au sujet d'actes de soin thérapeutiques⁵⁸, mais dans la sphère des interventions sur l'apparence, il n'y a que peu de place pour le doute. L'acte consistant à refuser une atteinte corporelle à son apparence physique relève vraisemblablement *de facto* de l'autonomie du mineur.

Mais c'est surtout le droit qui, de plus en plus, voit dans la reconnaissance de sphères d'autonomie au mineur un moyen de limiter les risques de conflits entre parents et enfants. Ainsi de la fameuse « majorité numérique »⁵⁹ permettant aux mineurs de 15 ans de souscrire seuls, c'est-à-dire sans accord parental, à un réseau social et de gérer leurs données personnelles, et donc leur image, dans le cadre de ce compte.

D'autres exemples, en matière médicale, qui ne concernent pas l'apparence physique, laissent entendre que des évolutions seraient possibles en ce domaine. Ainsi, les sphères d'autonomie dans la sphère de la santé et en particulier de la sexualité se multiplient. L'article L1111-5 du Code de la santé publique permet ainsi au mineur de demander aux médecins et aux sage-femmes, de conserver le secret sur l'action de prévention, le dépistage, le diagnostic, le traitement ou l'intervention qui s'impose pour sauvegarder sa santé. La même demande peut être formulée auprès d'infirmiers et infirmières, mais seulement lorsque l'acte s'impose pour sauvegarder la santé sexuelle et reproductive⁶⁰. Une telle demande peut aussi être réalisée par toute femme mineure recourant à une interruption volontaire de grossesse⁶¹. Enfin, les mineurs peuvent accéder à la contraception sur la base de leur seul consentement, sans qu'il soit nécessaire de solliciter l'accord des parents⁶². Cette exception est sans doute la plus marquante car elle ne passe pas par une demande de secret, mais bien par un arbitrage différent par la loi du conflit parent / enfant au profit de ce dernier.

De façon plus générale, il existe des questionnements sur le fait de créer une « majorité sanitaire », c'est-à-dire un seuil d'âge inférieur à 18 ans où un ou une mineure pourrait décider de ses soins au motif qu'il s'agit de son corps. C'est le cas en Angleterre, au Québec, en Belgique ou encore en Espagne, où le mineur voit reconnaître son autonomie dès 14 ou 16 ans, selon les cas⁶³.

⁵⁸ Des discussions pourraient avoir lieu concernant l'urgence vitale, ainsi par exemple de l'alimentation forcée, question qui se pose malheureusement souvent au sujet de mineurs et plus particulièrement d'adolescentes souffrant de troubles alimentaires. Pour l'exposé d'un cas clinique, v. D. BRUNET, R. CLÉMENT-DUBOIS, A. BECKER, N. FOLLET, J. DHÔTE, M.-R. MORO, J. LACHAL, « Syndrome de refus global : étude d'un cas clinique », *Sciencedirectassets.com*, 2018.

⁵⁹ Ordonnance n° 2018-1125 du 12 décembre 2018 modifiant l'article 45 de la n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

⁶⁰ C. sant. publ., art. L1111-5-1.

⁶¹ C. sant. publ., art. L2214-7.

⁶² C. sant. publ., art. L5134-1.

⁶³ C. NEIRINCK, « Enfance », *Rép. civ. Dalloz*, n° 845.

Compte tenu de l'ensemble de ces éléments – l'autonomie déjà reconnue sur les réseaux sociaux à partir de quinze ans, et l'autonomie croissante dans le domaine de la santé, il ne serait pas étonnant que le curseur du pouvoir sur l'apparence se déplace progressivement des parents vers les enfants et plus particulièrement les adolescents. Il y a là un écho avec les propositions de ceux qui voudraient reconnaître aux mineurs une capacité de principe, notamment en partant de l'étude des droits de la personnalité⁶⁴ dont relèvent les prérogatives relatives à l'apparence physique.

Qu'en penser ? Qui dit pouvoir dit responsabilité, et les parents sont peut-être encore dans bien des cas les mieux à même de prendre des décisions pour leurs enfants mineurs. Mais l'apparence des mineurs, en ce qu'elle est parfois perçue par les parents comme un miroir de leur parentalité, peut devenir le terrain de conflits d'intérêts qu'il serait sans doute préférable de trancher dans le sens de la personne concernée, lorsque celle-ci a atteint un certain degré de maturité.

⁶⁴ V. en droit belge, les actes touchant au déploiement de la personnalité du mineur semblent justifier l'exclusion de l'intervention de tiers, Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et de la famille*, Larcier 2020, 4^e éd., n° 252, p. 259 ; M. MUSSON, « Le droit de la personnalité du mineur à l'ère numérique », th. dactyl. Université Jean Moulin Lyon 3, 5 octobre 2023, n° 360 et s.

Abstract [Fr]

L'essai analyse le droit de l'enfant à l'apparence physique à la lumière du débat juridico-politique actuel lié également à la récente loi sur l'image du 19 février 2024. Il examine plus particulièrement les pouvoirs des parents dans ce domaine ainsi que la sphère d'autodétermination de l'enfant et ses limites.

Mots clés : apparence physique de l'enfant ; *sharenting* ; droit à l'image ; autodétermination de l'enfant ; autorité parentale.

Abstract [Eng]

The essay analyses the child's right to physical appearance in the light of the current legal-political debate also linked to the recent image law of 19 February 2024. The powers of parents in this area and their limits, as well as the child's sphere of self-determination and its limits are examined in particular.

Keywords: child's physical appearance; sharenting; image right; child's self-determination; parental authority.

L'affermazione dello status fondamentale di cittadino europeo del minore nella giurisprudenza della Corte di giustizia

Federica Rassa

Sommario: 1. Introduzione. – 2. L'esercizio della libertà di circolazione e di soggiorno da parte del cittadino europeo e della sua famiglia. – 3. Il rafforzamento dei diritti di cittadinanza europea del minore stabilito nel territorio dell'Unione europea della giurisprudenza Zambrano e seguenti. – 4. L'estensione di principio del diritto di soggiorno del cittadino europeo minore stabilito al di fuori del territorio dell'Unione.

1. *Introduzione*

Il diritto dell'Unione europea protegge i diritti dei minori in vari ambiti, come la tutela dei consumatori, l'asilo e la migrazione, la cooperazione in materia civile e penale o ancora la protezione dei dati personali. I riferimenti ai diritti dei minori sono progressivamente aumentati nel quadro giuridico posto dal diritto primario e derivato, fino ad arrivare all'adozione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, diventata obbligatoria in seguito all'entrata in vigore del trattato di Lisbona nel 2009. Detta Carta, contenente disposizioni specifiche sui diritti dei minori¹, ha rilanciato l'azione dell'Unione in tale ambito, malgrado il fatto che ai sensi dell'articolo 51 della medesima, nonché dell'articolo 6 del trattato sull'Unione europea (TUE), la Carta non estenda le competenze dell'Unione. Il rinnovamento dell'azione dell'Unione in tale ambito appare confermato in particolare dall'introduzione, tramite il trattato di Lisbona, di un obiettivo generale dell'Unione relativo alla tutela dei

¹ Si tratta innanzitutto dell'articolo 24, il quale sancisce principi essenziali quali il diritto alla protezione e alle cure necessarie al benessere del minore, il diritto di esprimere liberamente la propria opinione e di vederla presa in considerazione in funzione dell'età e maturità, il diritto a che l'interesse superiore del minore sia considerato preminente in tutti gli atti che lo riguardano, il diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario all'interesse del minore. Si ricordano anche l'articolo 7 sul diritto alla vita privata e familiare, l'articolo 14, sul diritto dei minori di accedere gratuitamente all'istruzione obbligatoria, l'articolo 21 sul divieto di qualsiasi forma di discriminazione fondata sull'età, nonché l'articolo 32 sul divieto del lavoro minorile e dello sfruttamento lavorativo dei giovani.

diritti del minore all'articolo 3 del TUE². Su tali basi l'Unione ha in seguito azionato nuovi strumenti politici, quali la strategia sui diritti dei minori³ e la garanzia europea per l'infanzia⁴.

Tuttavia non si riscontra nel diritto dell'Unione globalmente inteso un principio generale relativo all'autodeterminazione del minore, il quale permetterebbe a quest'ultimo di determinare in modo libero e autonomo le proprie scelte nelle situazioni che lo riguardano. Difatti l'azione del legislatore europeo resta, a tal riguardo, circoscritta ad ambiti precisi⁵.

Ciononostante appare interessante ricordare come la Corte di giustizia abbia progressivamente preso in considerazione la situazione del minore e i suoi diritti specifici all'interno della sua giurisprudenza riguardante la cittadinanza europea e, in particolare, la libera circolazione dei cittadini europei.

Come ben noto, la libera circolazione dei cittadini europei si basa sui Trattati in quanto, secondo l'articolo 3 del TUE, l'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto riguarda i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione e la prevenzione e la lotta contro la criminalità. Inoltre l'articolo 20 del TFUE stabilisce che i cittadini europei hanno il diritto di circolare e di risiedere liberamente nel territorio degli Stati membri, nei limiti e alle condizioni previste dai trattati. In altre parole, i cittadini europei dispongono di un diritto d'accesso al territorio e di soggiorno negli Stati membri dell'Unione europea, indipendentemente dal fatto che svolgano un'attività lavorativa. Tale libertà è ribadita dall'articolo 21 del TFUE, secondo cui ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dai trattati. Fondandosi su tali basi, la Corte di giustizia ha stabilito che un cittadino europeo, in quanto tale, ha il diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri

² Si ricordano anche i riferimenti più specifici del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) agli articoli 79 e 83, che permettono l'adozione di disposizioni contro lo sfruttamento sessuale e la tratta di esseri umani.

³ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni-Strategia dell'UE sui diritti dei minori, COM/2021/142 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/it/TXT/?uri=CELEX%3A52021DC0142>.

⁴ Raccomandazione (UE) 2021/1004 del Consiglio del 14 giugno 2021 che istituisce una garanzia europea per l'infanzia, ST/9106/2021/INIT, *GU L* 223 del 22.6.2021, pp. 14–23, *ELI*: <http://data.europa.eu/eli/reco/2021/1004/oj>.

⁵ Si pensi per esempio all'articolo 8 del regolamento europeo 678/2016, il quale stabilisce che «per quanto riguarda l'offerta diretta dei servizi delle società dell'informazione ai minori, il trattamento di dati personali del minore è lecito ove il minore sia sedicenne o ultrasedicenne, nel caso invece di minore infra sedicenne, il consenso è lecito, purché prestato e autorizzato da chi ne esercita la responsabilità genitoriale». Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, *GU L* 119 del 4.5.2016, pp. 1-88, *ELI*: <http://data.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>.

dell'Unione europea⁶, il quale implica quindi l'uscita dal proprio Stato membro e l'ingresso nel territorio di un altro Stato membro.

Tale libera circolazione appare dunque direttamente legata alla cittadinanza europea in quanto, per la Corte di giustizia, «lo status di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri che consente a chi tra di loro si trovi nella medesima situazione di ottenere, indipendentemente dalla cittadinanza e fatte salve le eccezioni espressamente previste a tale riguardo, il medesimo trattamento giuridico»⁷. La libertà di circolazione implica inoltre la parità di trattamento tra cittadini europei e cittadini dello Stato membro ospitante, secondo l'articolo 18 del TFUE, pur non essendo tale libertà un diritto assoluto. Gli Stati membri hanno difatti il diritto di rifiutare l'accesso o il soggiorno a un cittadino europeo, o addirittura di espellerlo dal proprio territorio, per motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza o salute pubblica, secondo gli articoli 45 e 52 TFUE. La disciplina specifica è poi posta da norme di diritto derivato, in particolare dalla direttiva 2004/34/CE del 29 aprile 2004⁸.

Il tale contesto, occorre precisare che il minore è considerato un cittadino europeo a tutti gli effetti in quanto, secondo la Corte di giustizia, «l'idoneità di un cittadino di uno Stato membro ad essere titolare dei diritti garantiti dal Trattato e dal diritto derivato in materia di libera circolazione delle persone non può essere subordinata alla condizione che l'interessato abbia raggiunto l'età richiesta per avere la capacità giuridica di esercitare, egli stesso, i detti diritti»⁹. Appare tuttavia evidente che il cittadino europeo minore non possa esercitare in modo autonomo i propri diritti di cittadino ed in particolare le libertà di circolazione e soggiorno, dipendendo inevitabilmente da un adulto in tal senso. In riferimento dunque a tali libertà, l'idea stessa di un'autodeterminazione potenziale si scontra con considerazioni di natura pratica, le quali possono imporre al minore un'eventuale restrizione nell'esercizio dei suoi diritti nel caso in cui l'adulto da cui il minore dipende non possa esercitare dette libertà di circolazione e soggiorno.

⁶ Sentenza della Corte del 17 settembre 2002, Baumbast, Causa C-413/99, *Raccolta della giurisprudenza* 2002 I-07091, *ECLI:EU:C:2002:493*.

⁷ Sentenza della Corte del 20 settembre 2001, Grzelczyk, Causa C-184/99, *Raccolta della giurisprudenza* 2001 I-06193, *ECLI:EU:C:2001:458*.

⁸ Direttiva 2004/34/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, *GU L* 158, 30.4.2004, pp. 77-123, *ELI*: <http://data.europa.eu/eli/dir/2004/38/oj>.

⁹ Punto 20 della sentenza della Corte in seduta plenaria del 19 ottobre 2004, Zhu e Chen, Causa C-200/02, *Raccolta della Giurisprudenza* 2004 I-09925, *ECLI:EU:C:2004:639*.

2. *L'esercizio della libertà di circolazione e di soggiorno da parte del cittadino europeo e della sua famiglia*

Sulla base dei trattati, la cittadinanza europea, in quanto status fondamentale previsto dal diritto dell'Unione europea, offre ai cittadini degli Stati membri una libertà di circolazione dissociata da un'eventuale attività lavorativa, da cui discendono diritti indipendenti, sebbene simili, a quelli previsti per i lavoratori.

Il quadro normativo di riferimento si trova nella direttiva 2004/38/CE del 29 aprile 2004¹⁰ relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri dell'Unione, la quale persegue diversi obiettivi. Tale testo codifica la legislazione esistente, promuove l'esercizio del diritto dei cittadini europei di circolare e soggiornare liberamente all'interno dell'Unione, riduce le formalità amministrative, definisce con maggiore precisione lo status dei familiari e limita la possibilità di rifiuto o revoca del diritto di soggiorno. Detto diritto di soggiorno è soggetto a determinati limiti e condizioni, in particolare in base alla durata del soggiorno. Il diritto di circolazione all'interno dell'Unione consente ai cittadini europei di entrare liberamente in un altro Stato membro senza bisogno di un visto, e di soggiornarvi senza restrizioni per un breve periodo, non superiore a 3 mesi, così come per periodi più lunghi, che vadano oltre i 3 mesi a determinate condizioni, e persino in modo permanente e incondizionato per i cittadini europei che hanno risieduto ininterrottamente in un altro Stato membro per 5 anni.

Questi diritti si applicano anche ai membri della famiglia del cittadino europeo. Occorre sottolineare tuttavia che tali diritti dei membri della famiglia non sono da considerarsi autonomi, in linea di principio, derivando dal diritto riconosciuto al cittadino europeo.

Secondo la direttiva 2004/38/CE, il diritto fondamentale e personale di soggiorno in un altro Stato membro è conferito direttamente ai cittadini dell'Unione dal trattato e non dipende dall'espletamento di procedure amministrative. In particolare ai sensi dell'articolo 4 di tale direttiva, ogni cittadino europeo in possesso di una carta d'identità o di un passaporto valido ha il diritto di lasciare il territorio di uno Stato membro per recarsi in un altro Stato membro. Questo vale anche per i familiari che non sono cittadini di uno Stato membro ma che sono in possesso di un passaporto valido. Sebbene ai controlli di frontiera nazionali possano essere richiesti documenti di viaggio, non è possibile imporre un visto di uscita o un obbligo equivalente. L'articolo 5 stabilisce inoltre che

¹⁰ Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE (Testo rilevante ai fini del SEE), *GU L* 158 del 30.4.2004, p. 77-123, *ELI*: <http://data.europa.eu/eli/dir/2004/38/oj>. F. RASSU, *L'essentiel du droit du marché intérieur*, Éd. Gualino coll. Les Carrés Rouge, septembre 2023, p. 25 e seguenti.

gli Stati membri devono accettare l'ingresso nel loro territorio di cittadini europei in possesso di una carta d'identità o di un passaporto in corso di validità, nonché dei loro familiari che non sono cittadini di uno Stato membro, ma che sono in possesso di un passaporto valido.

Ciononostante, questo diritto di soggiorno ha dei limiti e deve essere soddisfatto a seconda della durata del soggiorno. Tali condizioni sono stabilite dalla direttiva del 2004 e gli Stati membri non possono imporre condizioni aggiuntive.

Nel caso di un soggiorno inferiore a 3 mesi, il cittadino europeo e i suoi familiari non devono costituire un onere irragionevole per il sistema sociale dello Stato membro ospitante. Il loro diritto di soggiorno dipende dunque dal soddisfacimento di tale condizione secondo l'articolo 14 della direttiva. Lo Stato membro ospitante non è obbligato a fornire prestazioni sociali, ai sensi dell'articolo 24 della direttiva, durante i primi 3 mesi di soggiorno, come confermato dalla Corte di giustizia¹¹. Anche il soggiorno tra 3 mesi e 5 anni è soggetto a determinate condizioni, in quanto i cittadini europei devono disporre di risorse sufficienti per non diventare un onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale dello Stato membro ospitante. Infine, nel caso di un soggiorno superiore a 5 anni, i cittadini europei acquisiscono il diritto di soggiorno permanente ai sensi dell'articolo 16 della direttiva, in seguito ad un periodo di almeno 5 anni di residenza ininterrotta nel territorio dello Stato membro ospitante. Essi quindi non sono più soggetti a condizioni speciali, in particolare in termini di risorse, e hanno diritto alle prestazioni sociali come i cittadini dello Stato membro ospitante. Gli Stati membri sono inoltre liberi di stabilire disposizioni più favorevoli per i cittadini europei. Infine i cittadini europei e i loro familiari possono essere soggetti a provvedimenti di espulsione prima di acquisire il diritto di soggiorno permanente e anche successivamente, per motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza o sanità pubblica, abuso di diritto o frode in materia di diritto di soggiorno, in relazione alla loro condotta personale.

Si deve sottolineare che, secondo la Corte di giustizia, la cittadinanza europea non mira ad estendere l'ambito di applicazione dei trattati alle situazioni puramente interne agli Stati membri¹², cioè di quelle situazioni giuridiche che restano estranee all'ambito applicativo delle norme di diritto dell'Unione europea a vocazione transfrontaliera, come è il caso della libertà di circolazione, in quanto fattispecie i cui elementi sono tutti circoscritti all'interno del medesimo Stato membro.

Ciononostante, la Corte di giustizia ha riconosciuto i diritti di cittadinanza europea a minori, cittadini europei, che non avevano mai usufruito del loro di-

¹¹ Sentenza della Corte (Prima Sezione) del 25 febbraio 2016, García-Nieto e a., Causa C-299/14, *ECLI:EU:C:2016:114*.

¹² Per approfondire A. ARENA, *Le "situazioni puramente interne" nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2019 pagg. 1- 297. Sentenza della Corte (Terza Sezione) del 5 giugno 1997, Uecker e Jacquet, Cause riunite C-64/96 e C-65/96, *Raccolta della giurisprudenza 1997* p. I-03171, *ECLI:EU:C:1997:285*.

ritto alla libera circolazione, nei casi in cui il mancato riconoscimento di tale diritto comporterebbe, per i cittadini europei interessati, la privazione dell'effettivo godimento dei diritti essenziali conferiti dallo status di cittadino europeo.

In tal senso si deve innanzitutto ricordare che la sentenza *Zhu e Chen*¹³, pronunciata in modo significativo in seduta plenaria dalla Corte, ha affermato l'efficacia del diritto di soggiorno di cittadini europei minori che non hanno la cittadinanza dello Stato membro ospitante, in particolare nel caso in cui tale Stato rifiuti di riconoscere i diritti di soggiorno nell'Unione a un genitore che aveva la custodia del figlio cittadino europeo. Nel caso di specie, la Corte doveva stabilire se la figlia di una cittadina di un paese terzo, nata in uno Stato membro di cui aveva ottenuto la cittadinanza, potesse soggiornare sul territorio di un altro Stato con la madre, dalla quale dipendeva. Il giudice dell'Unione ha innanzitutto indicato che, se uno Stato membro subordina l'ottenimento della cittadinanza al rispetto di determinate condizioni e queste, essendo soddisfatte, permettono l'acquisizione della nazionalità di detto Stato, un altro Stato membro non può in seguito mettere in discussione il diritto alla libera circolazione ed al soggiorno in tal modo acquisito. La Corte ha inoltre indicato che l'esercizio di tale diritto non dipende dal conseguimento della maggiore età da parte del cittadino europeo e che il rifiuto opposto da uno Stato membro in una situazione di questo tipo priverebbe di qualsiasi effetto utile il diritto di soggiorno del cittadino minore. Di conseguenza, il genitore di uno Stato terzo che ha effettivamente la custodia di detto minore ha il diritto di soggiornare con quest'ultimo nello Stato membro ospitante

3. Il rafforzamento dei diritti di cittadinanza europea del minore stabilito nel territorio dell'Unione europea della giurisprudenza Zambrano e seguenti

Nell'ambito della giurisprudenza *Zambrano*¹⁴, la Corte di giustizia ha avuto modo di estendere l'efficacia dei diritti di cittadinanza del minore cittadino europeo anche ad un caso particolare tradizionalmente considerato come una situazione puramente interna. Il caso di specie riguardava infatti due minori, cittadini europei in quanto nati in uno Stato membro durante il decorso della procedura di asilo richiesta dai genitori e in seguito negata da detto Stato, il quale aveva successivamente anche negato il diritto di soggiorno ai sensi del-

¹³ Sentenza della Corte in seduta plenaria del 19 ottobre 2004, *Zhu e Chen*, Causa C-200/02, *Raccolta della Giurisprudenza* 2004 I-09925, *ECLI:EU:C:2004:639*, cit.

¹⁴ Sentenza della Corte (grande sezione) dell'8 marzo 2011, *Zambrano*, *Raccolta della Giurisprudenza* 2011 I-01177, *ECLI:EU:C:2011:124*. K. HAILBRONNER, D. THYM, «Case C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano v. Office National de l'emploi (ONEm), Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 8 March 2011», *Common Market Law Review*, 2011, pp. 1255-1258. S. PLATON, «Le champ d'application des droits du citoyen européen après les arrêts *Zambrano*, *McCarthy* et *Dereci*. De la boîte de Pandore au labyrinthe du Minotaure», *RTD eur.* 48 (1), janv.-mars 2012, pp. 23-52.

la direttiva del 2004 ai genitori. I minori in questione non avevano fatto uso del loro diritto alla libera circolazione nel territorio dell'Unione e, dunque, il caso avrebbe dovuto essere risolto solo in base all'applicazione del diritto nazionale. La Corte di giustizia ha invece deciso che, se i figli minori a carico di un cittadino di un paese terzo sono cittadini europei, gli Stati membri non possono rifiutare a detto cittadino di paese terzo un permesso di lavoro e un diritto di soggiorno nello Stato membro di residenza e di cittadinanza di tali figli. Infatti, secondo il giudice dell'Unione, una simile decisione priverebbe i minori del reale godimento della sostanza dei diritti connessi allo status di cittadino dell'Unione, a causa del legame di dipendenza rispetto ai genitori, il quale li costringerebbe ad abbandonare il territorio dell'Unione. Detto status fondamentale e la necessità di assicurare il godimento effettivo del nucleo essenziale dei diritti da esso conferiti permette dunque di collegare una situazione puramente interna al diritto dell'Unione europea.

Successivamente¹⁵, la Corte di giustizia ha precisato gli elementi su cui deve essere fondata la valutazione della situazione del minore, cittadino europeo, ed in particolare del rischio che esso sia costretto a lasciare il territorio dell'Unione, perdendo il godimento effettivo del contenuto essenziale dei diritti ad esso conferiti dall'articolo 20 TFUE. Per il giudice dell'Unione detta valutazione deve prendere in considerazione, nell'interesse superiore del minore, l'insieme delle circostanze del caso di specie, e in particolare l'età del minore, il suo sviluppo fisico ed emotivo, nonché l'intensità della sua relazione affettiva con i genitori, nel caso in cui un genitore sia cittadino europeo e l'altro sia cittadino di un paese terzo, nonché del rischio che la separazione da quest'ultimo comporterebbe per l'equilibrio del minore stesso. La Corte ha anche aggiunto che, nel caso in cui il genitore, cittadino di un paese terzo, si vedesse rifiutare il riconoscimento di un diritto di soggiorno da uno Stato membro, la presenza di l'altro genitore, cittadino europeo, realmente capace nonché disposto ad assumersi da solo l'onere quotidiano ed effettivo del minore, costituisce un elemento pertinente ma non sufficiente al fine di stabilire l'assenza di una relazione di dipendenza tra il genitore cittadino di un paese terzo e il minore. Di conseguenza, la Corte ha precisato che lo Stato membro ospitante possa richiedere e valutare, alla luce dell'insieme delle circostanze specifiche del caso di specie, gli elementi volti a dimostrare che il rifiuto del diritto di soggiorno al genitore cittadino di un paese terzo obbligherebbe il minore a lasciare il territorio dell'Unione, globalmente considerato.

Più recentemente¹⁶, la Corte di giustizia ha chiarito detta giurisprudenza riguardante i cittadini europei minori affermando che, sulla base dell'articolo 20 del TFUE, gli Stati membri devono, in tali casi, esaminare se esista un

¹⁵ Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 10 maggio 2017, Chavez-Vilchez e a., Causa C-133/15., *ECLI:EU:C:2017:354*.

¹⁶ Sentenza della Corte (Grande Sezione) dell'8 maggio 2018, K.A. e a., Causa C-82/16, *ECLI:EU:C:2018:308*.

rapporto di dipendenza tra cittadino dell'Unione che non si è mai avvalso del suo diritto alla libera circolazione e il cittadino di un paese terzo. Si tratta di verificare se tale rapporto sia di natura tale che, in caso di rifiuto di concedere a quest'ultimo un diritto secondario di soggiorno, il cittadino europeo sarebbe di fatto obbligato a lasciare il territorio dell'Unione nel suo complesso e, quindi, sarebbe privato del diritto di libera circolazione e, in maniera generale, dell'effettivo godimento dei diritti essenziali conferiti dal suo status.

In particolare la Corte ha sottolineato che tale rapporto di dipendenza, per un cittadino europeo maggiorenne, è ravvisabile solo in casi eccezionali, nei quali detto cittadino, tenuto conto dell'insieme delle circostanze pertinenti, non può essere separato dal familiare da cui dipende. Di contro, nel caso di un cittadino europeo minorenni, l'analisi dell'esistenza di detto rapporto di dipendenza deve essere differente. Essa deve basarsi su una valutazione che tenga conto dell'interesse superiore del bambino, ma anche di un insieme delle circostanze, quali la sua età, il suo sviluppo fisico ed emotivo, l'intensità della sua relazione affettiva con ciascuno dei genitori. Si deve anche prendere in considerazione il rischio che la separazione dal genitore cittadino di un paese terzo comporterebbe per l'equilibrio del minore stesso. Al fine di identificare detto rapporto di dipendenza, secondo la Corte, l'esistenza di un vincolo familiare di tipo biologico o giuridico con tale cittadino di un paese terzo non è sufficiente, mentre una convivenza con quest'ultimo non è considerata come necessaria. Appare infine irrilevante il momento in cui il rapporto di dipendenza sia sorto, e ciò anche nel caso in cui un divieto d'ingresso nel territorio dello Stato membro ospitante sia opposto al cittadino di un paese terzo.

Tuttavia, per la Corte di giustizia, il diritto del minore cittadino europeo a rimanere nel territorio dell'Unione in cui risiede non è assoluto.

Si deve infatti ricordare che, nella sentenza Tjebbes¹⁷ la Corte ha indicato che il diritto dell'Unione non è incompatibile con le disposizioni di uno Stato membro che prevedono, a determinate condizioni, la perdita ipso iure della cittadinanza di tale Stato e, dunque, dello status di cittadino europeo quando venga a mancare in modo duraturo il legame reale fra l'interessato e lo Stato membro in questione. Si trattava in particolare della perdita automatica della cittadinanza olandese per i cittadini olandesi risiedenti al di fuori del territorio nazionale per più di 10 anni. Tale disposizione trovava applicazione anche per i figli di detti cittadini olandesi, privati a loro volta di detta cittadinanza e quindi anche della cittadinanza europea. Il giudice dell'Unione ha sottolineato l'importanza di rispettare in tali situazioni il principio di proporzionalità, al fine che siano in particolare prese in considerazione le conseguenze sulla situazione dell'interessato e dei suoi familiari, sotto il profilo del diritto dell'Unione. La Corte ha anche precisato la necessità di prevedere una soluzione per far

¹⁷ Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 12 marzo 2019, Tjebbes e altri, Causa C-221/17, *ECLI:EU:C:2019:189*.

riacquistare ex tunc la cittadinanza agli interessati nel caso in cui la perdita della cittadinanza europea incida in modo sproporzionato sul normale sviluppo familiare e sulla vita professionale degli interessati.

Inoltre la Corte di giustizia ha indicato nella sentenza *Rendón Marín*¹⁸ che è conforme al diritto dell'Unione il diniego del diritto di soggiorno del genitore cittadino di un paese terzo avente l'affidamento esclusivo dei figli, cittadini dell'Unione, basato sull'esistenza di una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave per l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza, tenuto conto di reati che ha commesso. La Corte nega tuttavia tale possibilità dello Stato membro nel caso in cui si giungerebbe automaticamente a tale conclusione sulla sola base dei precedenti penali dell'interessato, senza procedere ad una valutazione concreta dell'insieme delle circostanze attuali e rilevanti, la quale prenda anche in considerazione il principio di proporzionalità, nonché l'interesse superiore del minore e i diritti fondamentali.

4. L'estensione di principio del diritto di soggiorno del cittadino europeo minore stabilito al di fuori del territorio dell'Unione

Come sottolineato dalla giurisprudenza già citata, in linea di principio i diritti associati alla cittadinanza europea si esercitano all'interno del territorio degli Stati membri¹⁹. In particolare il diritto alla libera circolazione e al soggiorno, ma anche il diritto di voto alle elezioni locali nello Stato di residenza ed a quelle europee implicano la presenza del cittadino europeo sul territorio dell'Unione²⁰.

Recentemente un rinvio pregiudiziale inoltrato alla Corte di giustizia ha posto la questione di sapere se i principi desumibili dalla giurisprudenza *Zambrano* e dai casi che ne sono conseguiti fossero applicabili ad una situazione in cui il cittadino europeo minore non si trovasse sul territorio dell'Unione europea. Nella sentenza *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*²¹ la Corte

¹⁸ Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 13 settembre 2016, *Rendón Marín*, Causa C-165/14, *ECLI:EU:C:2016:675*. A.O. COZZI, « Un conflitto costituzionale silente: Corte di Giustizia e deferenza verso il legislatore europeo nella più recente giurisprudenza sulla cittadinanza e sul riconoscimento di prestazioni sociali », *Costituzionalismo.it* n. 3/2016, pp. 159-196.

¹⁹ A meno che non si tratti di diritti che si possono esercitare a distanza o del caso specifico della protezione diplomatica e consolare che, per sua stessa natura, implica un soggiorno al di fuori dell'Unione del cittadino europeo.

²⁰ Salvo il fatto che lo Stato membro d'origine del cittadino europeo non preveda altrimenti.

²¹ Sentenza del 22 giugno 2023, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Mère thaïlandaise d'un enfant mineur néerlandais)*, Causa C-459/20, *ECLI:EU:C:2023:499*. J. RONDU, « Le statut de citoyen européen a-t-il une valeur pour l'enfant vivant hors du territoire de l'Union ? Observations sur l'arrêt CJUE, 22 juin 2023, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid* », *Europe des Droits & Libertés / Europe of Rights & Liberties*, 2023/2, n. 8, pp. 552-564. F. RISTUCCIA, « Di addii e benvenuti: l'applicazione della giurisprudenza *Ruiz Zambrano* alla residenza del familiare non UE di un cittadino UE che non ha mai vissuto nell'Unione », *BlogDUE* del 23

di giustizia ha, in linea di principio, accettato di estendere la protezione offerta dalla giurisprudenza Zambrano, al caso in cui il minore cittadino non è mai stato presente sul territorio dell'Unione europea.

Si trattava in particolare della situazione di un minore, di nazionalità olandese, ma nato in Thailandia, Stato nel quale aveva sempre vissuto, con la nonna materna, mentre la madre thailandese era ritornata nei Paesi Bassi dopo tale nascita, continuando tuttavia ad occuparsene da un punto di vista giuridico e finanziario, nonché affettivo. Il caso di specie trovava la sua origine nella revocatio del diritto di soggiorno della madre thailandese, in seguito alla separazione dal padre olandese. Il giudice del rinvio aveva inoltre precisato che una risposta negativa della Corte avrebbe condotto all'applicazione del diritto olandese, secondo il quale un cittadino di un paese terzo, genitore di un cittadino europeo potrebbe entrare nei Paesi Bassi in modo regolare solo sulla base di una domanda di soggiorno fondata sul diritto alla vita privata e familiare ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale domanda presupporrebbe l'ottenimento di un permesso di soggiorno provvisorio in quanto membro della famiglia allargata da parte del richiedente, ma anche il soggiorno presso il familiare, il quale dovrebbe essere di età superiore a 21 anni. Di conseguenza, nel caso di un familiare, figlio in questo caso, minore la domanda non potrebbe avere alcun esito positivo.

Nel suo ragionamento, la Corte di giustizia ha ricordato che, secondo la propria giurisprudenza costante, il rifiuto di concedere un diritto di soggiorno al cittadino di un paese terzo può mettere in discussione l'effetto utile della cittadinanza dell'Unione solo in presenza di un rapporto di dipendenza tra tale cittadino di un paese terzo e il cittadino europeo suo familiare, tale da far sì che quest'ultimo sarebbe costretto a seguire il cittadino del paese terzo di cui trattasi e a lasciare il territorio dell'Unione, globalmente inteso. Nel caso di specie, tuttavia, il diniego del diritto di soggiorno opposto nei confronti della madre del minore, cittadino europeo, non potrebbe condurre all'abbandono del territorio dell'Unione, dal momento che quest'ultimo ha, fin dalla nascita, vissuto in un paese terzo e non ha mai soggiornato sul territorio dell'Unione.

La Corte di giustizia ha in seguito precisato che il beneficio del diritto di soggiorno derivato per il familiare del cittadino europeo minore non dipende dall'esercizio, da parte di quest'ultimo, del suo diritto di libera circolazione e di soggiorno, ma dalla sua cittadinanza dell'Unione, uno status fondamentale di cui egli gode. Di conseguenza, nel caso di un legame di dipendenza tra il minore in questione ed il suo genitore cittadino di un paese terzo, la negazione del soggiorno al genitore potrebbe impedire il soggiornare nel territorio dell'Unione del minore stesso, il quale sarebbe costretto a soggiornare in un

paese terzo presso detto genitore. Secondo la Corte “le conseguenze, per il minore cittadino dell’Unione, del fatto che, in pratica, gli sia impedito di entrare e soggiornare nell’Unione devono essere considerate analoghe a quelle derivanti dal fatto di essere obbligato a lasciare il territorio dell’Unione”²². Ne consegue, per la Corte di giustizia, che l’articolo 20 TFUE non esclude che il genitore cittadino di un paese terzo di un minore, cittadino europeo avente vissuto sin dalla nascita al di fuori dell’Unione, da cui il figlio è dipendente, possa godere di un diritto di soggiorno derivato “purché sia accertato che il figlio entrerà e soggiognerà nel territorio dello Stato membro di cui possiede la cittadinanza in compagnia del suddetto genitore”²³.

Inoltre, secondo la Corte di giustizia, la domanda di soggiorno derivato presentata in tali circostanze dal genitore da cui il cittadino europeo minore è dipendente non può essere respinta in base al rilievo che il trasferimento verso lo Stato membro in questione non è nell’interesse, reale o plausibile, del figlio stesso. Difatti, secondo il giudice dell’Unione “il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, conferito ad ogni cittadino dell’Unione, deriva direttamente dallo status di cittadino dell’Unione, senza che il suo esercizio sia subordinato alla dimostrazione di un qualsivoglia interesse ad invocarne il beneficio”²⁴. La Corte ha quindi confermato che l’interesse superiore del minore deve poter essere invocato non al fine di respingere una domanda di permesso di soggiorno, ma al fine di impedire l’adozione di una decisione che lo costringa a lasciare il territorio dell’Unione.

La Corte ha anche indicato che tale Stato membro deve prendere in considerazione l’insieme delle circostanze pertinenti alla valutazione della dipendenza del figlio rispetto al genitore in tali circostanze, senza che possano essere considerati determinanti al riguardo il fatto che il genitore cittadino di un paese terzo non si sia sempre assunto la cura quotidiana di tale figlio, ma ne abbia ormai l’affidamento esclusivo, né il fatto che l’altro genitore, cittadino dell’Unione, possa assumersi l’onere quotidiano ed effettivo di detto figlio. Sono al contrario considerate circostanze pertinenti l’età del minore, il suo sviluppo fisico ed emotivo, il grado del suo rapporto affettivo con il genitore cittadino dell’Unione e con il genitore cittadino di un paese terzo, nonché il rischio che la separazione da quest’ultimo rappresenterebbe per l’equilibrio del minore. Secondo il giudice dell’Unione si dovrà invece valutare la questione dell’affidamento effettivo del figlio nonché se l’onere legale, finanziario o affettivo di detto figlio sia assunto dal genitore cittadino di un paese terzo.

Nel ragionamento della Corte appare dunque l’equivalenza di principio tra il dover restare in un paese terzo con il proprio genitore e l’essere costretti a

²² Punto 31 della sentenza del 22 giugno 2023, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Mère thaïlandaise d’un enfant mineur néerlandais)*, cit.

²³ Punto 38 della sentenza del 22 giugno 2023, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Mère thaïlandaise d’un enfant mineur néerlandais)*, cit.

²⁴ Punto 40 della sentenza del 22 giugno 2023, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, cit.

lasciare il territorio dell'Unione europea, in quanto in entrambi i casi l'effettivo godimento dei diritti essenziali derivanti dallo status di cittadino europeo verrebbe meno. Per la Corte il beneficiare di tale status non dipende dunque dall'esercizio della libertà di circolazione, ma unicamente dal contenuto dell'articolo 20 del TFUE, senza che la residenza all'interno del territorio dell'Unione sia una condizione rilevante.

Tuttavia, come già sottolineato nella giurisprudenza Zambrano e seguenti, lo Stato membro ospitante non ha l'obbligo assoluto di concedere un diritto di soggiorno secondario al genitore del cittadino europeo minorenni. Tale elemento è confermato anche nel caso in cui tale cittadino non risieda nel territorio dell'Unione, in quanto la Corte sottolinea la necessità di stabilire un legame certo tra la concessione di un diritto di soggiorno a un cittadino di un paese terzo e l'insediamento effettivo del cittadino nel suo Stato membro di cittadinanza²⁵. Per tale ragione la Corte ha precisato che se il genitore dovesse soggiornare da solo nel territorio dello Stato membro ospitante, senza essere accompagnato o raggiunto dal minore, l'esercizio dei diritti legati alla cittadinanza europea di quest'ultimo, non potrebbe essere considerato rilevante ai fini dell'articolo 20 del TFUE e, di conseguenza, il rifiuto di soggiorno da parte dello Stato ospitante non sarebbe in conflitto con il diritto dell'Unione²⁶. La Corte estende dunque in linea di principio il diritto di soggiorno del cittadino europeo minore stabilito al di fuori del territorio dell'Unione, ma la concretizzazione di tale diritto resta fortemente legata al caso di specie ed all'effettività del suo soggiorno nel territorio dell'Unione europea. Nel caso in cui il cittadino minore non potesse stabilirsi da subito all'interno di uno Stato membro, i suoi diritti resteranno latenti e potranno essere esercitati solo in seguito, in particolare a partire dal momento in cui il legame di dipendenza verrà meno, fatto salvo il caso in cui la perdita del legame effettivo con lo Stato membro d'origine non conducesse ad una perdita della cittadinanza nazionale ed europea, come evocato dalla già citata giurisprudenza Tjebbes. Tale situazione permette dunque di sottolineare l'importanza di quest'ultimo tassello della giurisprudenza della Corte riguardante lo status fondamentale di cittadino europeo del minore, al fine di preservare la possibilità per i minori cittadini di soggiornare nel territorio dell'Unione europea, stabilendo in tal modo un legame con il proprio Stato membro d'origine, che permetterà loro di non perdere i diritti legati alla cittadinanza europea.

²⁵ Le conclusioni dell'avvocato generale andavano tra l'altro ben al di là di tale aspetto, sottolineando il rischio di un uso abusivo del diritto di soggiorno da parte del cittadino del paese terzo e la necessità di verificare l'esistenza di un progetto di vita credibile per il minore all'interno di uno Stato membro (punto 52 e seguenti). Conclusioni dell'avvocato generale J. Richard de la Tour, presentate il 16 giugno 2022, X contro Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid, Causa C-459/20, *ECLI:EU:C:2022:475*.

²⁶ Si vedano i punti 34 e 35 della sentenza del 22 giugno 2023, Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid, cit.

Abstract [Ita]

Il presente contributo si concentra sull'affermazione dello status fondamentale di cittadino europeo del minore secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. Viene esaminata la protezione dei diritti dei minori nel contesto della cittadinanza europea, con particolare attenzione alla libertà di circolazione e soggiorno. La Corte di giustizia ha riconosciuto che i minori cittadini europei hanno il diritto di soggiornare nell'Unione europea, anche se non hanno mai esercitato il diritto alla libera circolazione. Tale giurisprudenza ha dunque esteso tali diritti anche ai genitori cittadini di paesi terzi, se il rifiuto del loro soggiorno costringerebbe il minore a lasciare l'Unione. Tuttavia, il diritto di soggiorno non è assoluto e deve essere valutato caso per caso, considerando l'interesse superiore del minore e il legame di dipendenza con il genitore. La Corte ha infine affrontato la situazione in cui il minore risiede al di fuori dell'Unione, stabilendo che il diritto di soggiorno può essere riconosciuto se il minore intende stabilirsi nell'Unione con il genitore da cui dipende.

Parole chiave: cittadinanza europea; diritti dei cittadini minori; libera circolazione; diritto di soggiorno; interesse superiore del minore.

Abstract [Eng]

This contribution focuses on the affirmation of the fundamental status of a child as a European citizen according to the case law of the Court of Justice of the European Union. The protection of children's rights in the context of European citizenship is examined, with a focus on freedom of movement and residence. The Court of Justice has recognised that children who are European citizens have the right to reside in the European Union, even if they have never exercised their right to freedom of movement. This case law has therefore extended these rights also to parents who are third-country nationals, if the refusal of their residence would force the child to leave the Union. However, the right of residence is not absolute and must be assessed on a case-by-case basis, taking into account the best interests of the child and the dependency link with the parent. Finally, the Court has addressed situations where the child resides outside the Union, ruling that the right of residence may be granted if the child intends to settle in the Union with the parent on whom he or she is dependent.

Keywords: European citizenship; rights of minor citizens; free movement; right of residence; best interests of the child.

Note in tema di ascolto del minore nel processo civile ai sensi dell'art. 473 bis. 4 c.p.c.

Enzo Vullo

Sommario: 1. L'ascolto del minore nella normativa italiana e sovranazionale precedente alla c.d. riforma Cartabia. – 2. L'ascolto del minore come mezzo istruttorio. Il controverso requisito della “capacità di discernimento” dell'infradodicesenne. – 3. Le eccezioni al dovere del giudice di procedere all'ascolto del minore. – 4. L'ascolto del minore nei procedimenti in cui “si prende atto di un accordo dei genitori relativo alle condizioni di affidamento dei figli”. – 5. Le conseguenze dell'omissione dell'ascolto o della sua invalidità.

1. *L'ascolto del minore nella normativa italiana e sovranazionale precedente alla c.d. riforma Cartabia*

Uno degli aspetti più apprezzabili della totale revisione del diritto processuale della famiglia attuata dalla riforma Cartabia consiste certamente nell'introduzione di una disciplina organica, analitica e completa dell'ascolto del minore nelle controversie che lo riguardano; una regolamentazione che oggi non è più contenuta nel codice civile, ma che il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 ha “spostato” per intero nel codice di rito, dedicando a essa, in via generale, gli artt. 473 bis. 4 e 473 bis. 5, nonché gli artt. 152 *quater* e 152 *quinquies* disp. att. c.p.c.; norme cui si aggiungono, con riferimento a contesti più specifici, l'art. 473 bis. 45 c.p.c. relativo ai giudizi di violenza domestica o di genere e l'art. 473 bis. 6 c.p.c. in caso di rifiuto del minore a incontrare il genitore.

Si tratta di una scelta tecnicamente condivisibile, ispirata al principio di raccogliere in un unico *corpus* normativo (il codice di procedura civile, appunto) tutte le disposizioni concernenti gli atti che si compiono all'interno al processo e funzionali alla tutela giurisdizionale delle situazioni soggettive che ne costituiscono l'oggetto.

Le attuali regole dell'ascolto del minore rappresentano il punto di arrivo di un lungo percorso normativo, dottrinale e giurisprudenziale¹, ispirato a quella

¹ La letteratura in tema di ascolto del minore nei giudizi civili è assai vasta – anche perché si tratta di un argomento tipicamente interdisciplinare, interessando gli studiosi del diritto civile, processuale civile e internazionale – così che non si ritiene opportuno raccogliere tutti i contri-

prospettiva “paidocentrica” – assai evidente negli interventi legislativi degli ultimi anni² – secondo la quale il minore va considerato non più soggetto privo di capacità, “mero destinatario di protezione”, bensì “individuo titolare di diritti [...] che l’ordinamento deve non solo riconoscere ma anche garantire e promuovere in via prioritaria”³.

Una vicenda normativa le cui origini vanno colte innanzitutto nelle sollecitazioni provenienti da alcune disposizioni transnazionali e convenzionali⁴.

buti bibliografici in un unico luogo. Per il momento, dunque, mi limito a evocare i contributi più risalenti, rinviando per gli altri alle note successive, nelle quali la dottrina sarà ricordata vuoi in relazione all’aspetto specificamente trattato, vuoi in occasione dell’evoluzione normativa dell’istituto. Detto ciò, tra i lavori di carattere generale precedenti alla l. n. 54/2006 – che, come spiegherò, rappresenta una svolta fondamentale nella vicenda legislativa “domestica” dell’ascolto del minore – vedi, senza pretesa di completezza, GRAZIOSI, *Note sul diritto del minore ad essere ascoltato nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 1281 ss.; LIUZZI, *L’ascolto del minore tra convenzioni internazionali e normativa interna*, in *Fam. dir.*, 2001, 675 ss., DELL’ANTONIO, *Ascoltare il minore. L’audizione dei minori nei procedimenti civili*, Milano, 1990; EAD., *La partecipazione del minore alla sua tutela. Un diritto misconosciuto*, Milano, 2001, spec. 148 ss.; DE LUCA, *L’audizione del minore nel processo civile come diritto e come strumento probatorio*, in *Minori giust.*, 1998, n. 4, 55 ss.; PAZÉ, *L’ascolto del bambino nel procedimento civile minorile*, in *Dir. fam.*, 2006, 1334 ss.; RUSCELLO, *Garanzie fondamentali della persona e ascolto del minore*, in *Famiglia*, 2002, 933 ss., spec. 938 ss.; MANERA, *L’ascolto dei minori nelle istituzioni*, in *Dir. fam.*, 1997, 1551 ss.; SERGIO, *L’ascolto del minore e la giustizia*, in *Fam. dir.*, 1999, 590 ss.; LOMBARDI, TAFÀ, *Ascoltare il minore ovvero entrare in relazione in Minori giust.*, 1998, n. 4, 78 ss.; MARCUCCI, *L’affidamento dei figli in Europa: disciplina vigente e prospettive di riforma*, in *Fam. dir.*, 2001, 220 ss., spec. 222 ss.; SALZANO, *Il procedimento di ascolto dei minori nei processi di separazione e divorzio*, in *Scritti sul minore in memoria di Francesca Laura Morvillo*, a cura di M.T. Ambrosini, I. Corrado, V. Lojacono, D. Ziino, Milano, 2001, 379 ss.; GRECO, *Ascolto del minore nei procedimenti che lo riguardano*, in *Studium Juris*, 2003, 231 s. Per più ampi riferimenti, si rinvia a DANOVÌ, *Il processo di separazione e divorzio*, Milano, 2015, 484 s. alla nota 288.

² La giusta osservazione è di IANNICELLI, *Il diritto del minore a essere ascoltato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, 1065 ss., spec. 1066.

³ Sono parole di SESTA, *La prospettiva paidocentrica quale fil rouge dell’attuale disciplina giuridica della famiglia*, in *Fam. dir.*, 2021, 763 ss., spec. 763. In argomento e sull’interesse “superiore” del minore quale stella polare della disciplina degli istituti del diritto di famiglia che lo riguardano, in ambito sia nazionale sia sovranazionale, vedi fra i molti, SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 405 ss.; DI MASI, *L’interesse del minore. Il principio e la clausola generale*, Napoli, 2020, spec. 39 ss.; LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 86 ss.; ID., *L’interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo: espansione e trasformismo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 148 ss.; ID., “Best interests of the child” o “best interests of children”?, *ivi*, 2010, II, 157 ss.; MARI, *L’interesse superiore del minore nel quadro dello spazio giuridico europeo (a proposito di recenti casi di sottrazione internazionale di minori)*, in *Studi Urbinati*, 2013, 99 ss.; O. LOPES PEGNA, *L’interesse superiore del minore nel regolamento n. 2201/2003*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2013, 357 ss.; RUO, “The best interest of the child” nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, in *Minori e giustizia*, 2011, n. 3, 39 ss.; E. LA ROSA, *Tutela dei minori e contesti familiari. Contributo allo studio per uno statuto dei diritti dei minori*, Milano, 2005, *passim*, ma spec. 43 ss.

⁴ Per una sintetica (ma accurata) ricostruzione critica dell’evoluzione normativa del tema dell’ascolto del minore nell’ordinamento internazionale, si rinvia per tutti a POLISENO, *Profili di tutela del minore nel processo civile*, Napoli, 2017, 311 ss.; DANOVÌ, *Il processo di separazione*

Mi riferisco, in particolare, alla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989⁵, che all'art. 12, comma 2, riconosceva per la prima volta al minore (“capace di discernimento”)⁶, in via generale, la “possibilità di essere ascoltato” nelle procedure “giudiziarie” e “amministrative” che lo concernono, una possibilità che si configura quale conseguenza (o specificazione) del suo “diritto di esprimere liberamente la propria opinione su ogni questione che lo interessa”, come sancito al primo comma della stessa norma.

Un principio che, alcuni anni dopo, sarà notevolmente rafforzato dall'art. 3 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori adottata a Strasburgo il 25 maggio 1996⁷, norma grazie alla quale l'ascolto si trasforma da mera “possibilità” a vero e proprio “diritto” processuale del minore⁸, cui corrisponde un dovere in capo al giudice⁹.

e divorzio, cit., 485 ss.; IANNICELLI, *Il diritto del minore a essere ascoltato*, cit., 1066 ss. In precedenza, vedi anche RUO, “*The long, long way*” del processo minorile verso il giusto processo, in *Dir. fam.*, 2010, 119 ss., spec. 123 ss.; PORCHIA, *Gli strumenti sovranazionali in materia di ascolto del minore (Dir. umani e dir. int.*, 2012, 79 ss.).

⁵ Tale Convenzione (fatta a New York il 29 novembre 1989) è stata ratificata dall'Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176. In argomento vedi, *ex multis*, A. FINOCCHIARO, *L'audizione del minore e la Convenzione sui diritti del fanciullo*, in *Vita not.*, 1991, 834 ss.; LONGOBARDO, *La Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo (New York, 20 novembre 1989)*, in *Dir. fam.*, 1991, 370 ss.; DELL'ANTONIO, *La Convenzione sui diritti del fanciullo: lo stato di sua attuazione in Italia*, *ivi*, 1997, 246 ss.; LIUZZI, *L'ascolto del minore tra convenzioni internazionali e normativa interna*, cit., 675 ss.; MORELLO DI GIOVANNI, *La Suprema Corte, la Convenzione di New York sui diritti del minore e la capacità di discernimento del fanciullo*, in *Fam. dir.*, 2011, 779 ss.

⁶ Su tale requisito soggettivo – previsto al primo comma dello stesso art. 12 (e che nel testo inglese della Convenzione di New York era espresso con la formula: *who is capable of forming his or her own views*) – vedi *infra sub* par. 2.

⁷ Ratificata dall'Italia con l. 20 marzo 2003, n. 77. Su tale Convenzione vedi, tra gli altri, LIUZZI, *La Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli: prime osservazioni*, in *Fam. dir.*, 2003, 287 ss.

⁸ Segnatamente, l'art. 3 della citata Convenzione nel testo prevede che, “nei procedimenti che lo riguardano dinanzi a un'autorità giudiziaria”, sia riconosciuto al minore, “considerato dal diritto interno come avente una capacità di discernimento”, il diritto di: “a) ricevere ogni informazione pertinente; b) essere consultato ed esprimere la propria opinione; c) essere informato delle eventuali conseguenze che tale opinione comporterebbe nella pratica e delle eventuali conseguenze di qualunque decisione”. Ai fini della concreta attuazione di tale precetto, il successivo art. 6 della stessa Convenzione dispone poi che “nei procedimenti che riguardano un minore”, l'autorità giudiziaria, prima di pervenire a qualunque decisione, debba “a) esaminare se dispone di informazioni sufficienti al fine di prendere una decisione nell'interesse superiore del minore e, se necessario, ottenere informazioni supplementari, in particolare da parte dei detentori delle responsabilità genitoriali; b) quando il diritto interno ritiene che il minore abbia una capacità di discernimento sufficiente: assicurarsi che il minore abbia ricevuto tutte le informazioni pertinenti, nei casi che lo richiedono, consultare il minore personalmente, se necessario in privato, direttamente o tramite altre persone od organi, con una forma adeguata alla sua maturità, a meno che ciò non sia manifestamente contrario agli interessi superiori del minore, permettere al minore di esprimere la propria opinione; c) tenere in debito conto l'opinione da lui espressa”

⁹ Come correttamente osserva POLISENO, *Profili di tutela del minore nel processo civile*, cit., 311 s.

Ancora, sempre con riferimento all'ordinamento internazionale, rilevano poi la Carta di Nizza del 2000 (art. 24, comma 1)¹⁰, nonché, in ambito europeo¹¹, il Regolamento CE 27 novembre 2003, n. 2201 (ora abrogato), il cui art. 23, lettera *b*, stabiliva che le decisioni in materia di responsabilità genitoriale assunte in uno Stato dell'Unione potessero essere riconosciute negli altri Stati membri, solo se al minore fosse stata garantita la possibilità di essere ascoltato nel relativo processo, "salvo i casi d'urgenza"¹²; infine, meritano di esser rammentate, nel contesto normativo che qui interessa, le *Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa per una giustizia a misura di minore* adottate il 17 novembre 2010, che ai punti dal 44 al 49 del paragrafo III si occupano proprio del "diritto [del minore] di essere ascoltato e di esprimere la propria opinione" in tutti i giudizi che lo riguardano (stabilendo fra l'altro, al punto 46, che l'ascolto rappresenta "un diritto del minore" e "non un dovere da imporgli")¹³.

¹⁰ L'art. 24 della "Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea" del 7 dicembre 2000 [in Italia nota anche come "Carta di Nizza", dal nome della città dove fu proclamata per la prima volta (la stessa "Carta", infatti, fu poi proclamata una seconda volta, in una versione adattata, il 12 dicembre 2007 a Strasburgo da Parlamento europeo, Consiglio e Commissione)], rubricato "Diritti del bambino", prevede al 1° comma: "I bambini [...] possono esprimere liberamente la propria opinione; questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità" (nella seconda versione della "Carta", proclamata nel 2007, l'espressione "bambino" è sostituita nel testo italiano con quella "minore").

¹¹ In generale, sul diritto di ascolto nella legislazione europea (fino all'inizio del 2010) vedi QUERZOLA, *La tutela processuale dei minori in prospettiva europea*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 449 ss., spec. 452 ss.; EAD., *Il processo minorile in dimensione europea*, Bologna, 2010, spec. 54 ss.

¹² Riguardo a questa norma, vedi per tutti, O. LOPES PEGNA, *L'ascolto del bambino nel regolamento CE n. 2201/2003 relativo alla circolazione delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale*, in *Il giusto processo e la protezione del minore*, a cura di A. Pè e A. Ruggiu, Milano, 2011, 35 ss. Il Regolamento CE n. 2201/2003, è stato sostituito dal Reg. UE 25 giugno 2019, n. 1111, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori, il cui art. 21 (*Diritto del minore di esprimere la propria opinione*) stabilisce che: "1. Nell'esercitare la competenza ai sensi della sezione 2 del presente capo, le autorità giurisdizionali degli Stati membri danno al minore capace di discernimento, conformemente al diritto e alle procedure nazionali, la possibilità concreta ed effettiva di esprimere la propria opinione, direttamente o tramite un rappresentante o un organismo appropriato. 2. Qualora decida, conformemente al diritto e alle procedure nazionali, di dare al minore la possibilità di esprimere la propria opinione ai sensi del presente articolo, l'autorità giurisdizionale tiene debito conto dell'opinione del minore in funzione della sua età e del suo grado di maturità". Il successivo art. 39 (*Motivi di diniego del riconoscimento delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale*) prevede invece due eccezioni all'obbligo di ascolto del minore, disponendo, al comma 2, che «il riconoscimento di una decisione in materia di responsabilità matrimoniale può essere negato qualora sia stata resa senza aver dato al minore capace di discernimento una possibilità di esprimere la propria opinione a norma dell'articolo 21, salvo se: *a*) il procedimento riguardava esclusivamente i beni del minore e se non era necessario dare tale possibilità in considerazione della questione oggetto del procedimento; o *b*) sussistevano seri motivi in considerazione, in particolare, dell'urgenza del caso».

¹³ Su tale documento – che si può leggere, con la relazione esplicativa, all'indirizzo web <https://data.europa.eu/doi/10.2838/98835> – vedi i contributi di TOMMASEO, *Il processo civile*

In tale contesto, il legislatore italiano – come sovente accade – si è mosso con deplorabile ritardo nel dare concretezza a tali principi¹⁴. Se è vero, infatti, che già un primo (ma assai blando) riconoscimento dell'ascolto del minore era stato inserito nella disciplina processuale del divorzio con la novella del 1987¹⁵, per assistere a un passo significativo nella direzione indicata dalla normativa internazionale bisognerà attendere quasi un ventennio e precisamente l'introduzione – grazie alla l. 8 febbraio 2006, n. 54 – dell'art. 155 *sexies* c.c. (poi abrogato), il quale prevedeva, con riferimento ai giudizi della crisi coniugale e a quelli sull'affidamento di figli di genitori non coniugati¹⁶, che il giudice

familiare e minorile italiano nel contesto dei principi europei, in *Dir. fam.*, 2012, 1265 ss., spec. 1272 ss.; RECINTO, *La situazione italiana del diritto civile sulle persone minori di età e le indicazioni europee*, *ibidem*, 1295 ss., spec. 1297 s.; RUO, *Indicazioni sovranazionali per l'ascolto della persona minore di età in ambito giudiziario: Comitato ONU, Linee guida del Consiglio d'Europa, giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Le mille facce dell'ascolto del minore*, a cura di M. Cavallo, Roma, 2012, 53 ss., spec. 62 ss.

¹⁴ Si trattava di una vistosa lacuna denunciata da vari studiosi, i quali, a fronte della pervicace inerzia del legislatore, si erano occupati del tema in via interpretativa. Per l'indicazione di alcuni fra i numerosi contributi sull'argomento – risalenti, dunque, al periodo in cui nel nostro ordinamento mancava “una formale disciplina sull'ascolto del minore” che recepisce i principi scanditi dalle disposizioni transnazionali e convenzionali evocate nel testo (il virgolettato è di DANОВИ, *Il processo di separazione e divorzio*, cit., 487) – si rinvia alla nota 1.

¹⁵ Labrogato art. 4, comma 8, l. 1° dicembre 1970, n. 898 – come modificato, appunto, dalla l. 6 marzo 1987, n. 74, riconosceva al giudice la facoltà di «sentire» i figli minori qualora lo avesse ritenuto «strettamente necessario, anche in considerazione della loro età» (norma allora applicabile anche al processo di separazione, in virtù dell'art. 23, l. n. 74/1987: DANОВИ, *Il processo di separazione e divorzio*, cit., 487). Ho detto che tale disposizione recepiva in modo assai blando i principi affermatasi nell'ordinamento internazionale, vuoi perché l'ascolto del minore era un atto comunque facoltativo e, quindi, affidato alla discrezionalità del giudice, vuoi perché tale adempimento era condizionato “a una rigorosa verifica circa la sua indispensabilità” (DANОВИ, *Il processo di separazione e divorzio*, cit., p. 488). D'altra parte, nella prassi, tale norma trovava rarissima applicazione (DANОВИ, *op. loc. ultt. citt.*), e ciò – come osserva IANNICELLI, *Il diritto del minore a essere ascoltato*, cit., 1067 – nonostante la Consulta avesse “espressamente riconosciuto l'immediata efficacia operativa nell'ordinamento italiano” del già ricordato “art. 12 della Convenzione di New York del 1989” [Corte cost., 30 gennaio 2002, n. 1, in *Foro it.*, 2002, I, 3302, con nota di PROTO PISANI, *Battuta d'arresto nel dibattito sulla riforma del processo minorile*; *ivi.*, 2003, I, 423, con nota di SERGIO, *La tutela civile del minore e le cosiddette prassi distorsive della giustizia minorile*; *Giust. civ.*, 2002, I, 551 e 1467, con note di CIANCI, *Giusto processo e diritto di famiglia: la posizione del minore e dell'altro genitore nel procedimento per la dichiarazione della decadenza dalla potestà genitoriale* e TOTA, *Tutela camerale dei diritti e giusto processo*; *Fam. dir.*, 2002, 229, con note di TOMMASEO, *Giudizi camerali de potestate e giusto processo* e di ODINO e PASCETTI, *La Corte costituzionale non risponde: un'occasione perduta, sarà Strasburgo a dire l'ultima parola*?]. La parte del testo dell'art. 4, comma 8, l. n. 898/1970 che qui interessa, dopo essere stata (improvvidamente) confermata con la novellazione della norma attuata dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35 (convertito con modificazioni dalla l. 14 maggio 2005, n. 80), fu sostituita solo dal d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 (adeguando, così, anche formalmente il precetto divorzile a quanto già disponeva l'art. 155 *sexies* c.c. [oggi abrogato]: su tale disposizione vedi *infra* nel testo).

¹⁶ La l. n. 54 del 2006, meglio nota come legge sul c.d. affidamento condiviso – pur modificando le sole norme relative alla disciplina della separazione personale dei coniugi, mediante la novellazione (e la “reiterazione”) dell'art. 155 c.c., l'aggiunta di un comma all'art. 708 c.p.c. e l'introduzione di un nuovo art. 709 *ter* c.p.c. – stabiliva all'art. 4, comma 2, che le disposizioni

disponesse l'audizione del figlio minore che avesse compiuto i dodici anni "e anche di età inferiore ove capace di discernimento"¹⁷.

Ma la vera svolta si avrà solo con l'ultima riforma della filiazione attuata dalla l. 10 dicembre 2012, n. 219 e dal d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 e ciò, innanzitutto, con l'inserimento nel corpo del codice civile dell'art. 315 *bis*¹⁸. Il terzo comma di tale norma, infatti, opera un pregnante capovolgimento di prospettiva rispetto all'abrogato art. 155 *sexies* c.c., non limitandosi più a prevedere il potere-dovere del giudice di ascoltare il figlio minore, ma riconoscendo in capo a quest'ultimo ("che abbia compiuto i dodici anni, e anche di età inferiore ove capace di discernimento") il diritto a essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano¹⁹.

Il valore profondamente innovativo di tale precetto è dunque duplice, in quanto esso da un lato colloca l'ascolto tra "i diritti fondamentali" del figlio minore (meglio qualificabile come "diritto della personalità" e, quindi, "diritto soggettivo assoluto")²⁰ – armonizzando finalmente il nostro ordinamento con i principi sanciti dalle varie disposizioni sovranazionali e convenzionali già ricordate – dall'altro attribuisce a tale situazione soggettiva una portata generale, nel senso che essa assume rilevanza non solo in ambito giurisdizionale²¹, ma ancor prima "nel contesto delle relazioni familiari"²² e "in tutti i procedimenti amministrativi", allorché si tratti di assumere scelte o decisioni che riguardino il minore stesso²³.

in essa contenute si applicassero "anche in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio" e "ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati".

¹⁷ Su questa disposizione vedi, *ex multis*, M. ROMANO, *Commento all'art. 155 sexies c.c.*, in AA.Vv., *Provvedimenti riguardo ai figli*, a cura di S. Patti e L. Rossi Carleo, Bologna-Roma, 2010, 366 ss., nonché con riferimento alla parte relativa all'ascolto del minore, IANNICELLI, *L'ascolto del minore nei procedimenti di separazione personale dei coniugi*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, 250 ss.; REALI, *L'ascolto del minore nei procedimenti di separazione e di divorzio*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, 739 ss.; PERSIANI, *L'ascolto del minore: pregi e ambiguità di una norma condivisibile e necessaria*, in *Minori giust.*, 2006, n. 3, 164 ss.; FADIGA, *Problemi vecchie e nuovi in tema di ascolto del minore*, *ivi*, 2006, n. 3, 132 ss.; MARTINELLI, *Spunti di aggiornamento sugli ascolti del minore*, in *Minori giust.*, 2006, n. 3, 148 ss.

¹⁸ Tale norma è stata introdotta dalla l. 10 dicembre 2012, n. 219.

¹⁹ Così, IANNICELLI, *Il diritto del minore a essere ascoltato*, cit. 1069 s. Tuttavia, per alcune considerazioni critiche su questa norma, vedi da ultimo M. TRIMARCHI, *Diritto di esprimere liberamente le proprie opinioni e ascolto del minore*, in *Fam. dir.*, 2024, 595 ss., il quale ne sostiene l'insufficienza e il contrasto con la normativa sovranazionale (che ho ricordato *supra* nel testo), in particolare affermando che "sarebbe [...] stato opportuno ed anzi necessario inserire nell'art. 315-bis la previsione del diritto del minore a esprimere liberamente le proprie opinioni su tutte le questioni che lo riguardano nonché il diritto ad essere pienamente informato da chi di dovere dei termini della questione" (599).

²⁰ Da ultimo, vedi in tal senso BALLARANI, *Il diritto a non essere ascoltato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, 1083 ss., spec. 1087 s.

²¹ E, con riferimento al contesto giurisdizionale, qualunque sia il procedimento che coinvolga o interessi il minore.

²² Cfr. IANNICELLI, *Il diritto del minore a essere ascoltato*, cit., 1070; DANOVÌ, *Il processo di separazione e divorzio*, cit., 491 s.

²³ In tal senso, DANOVÌ, *Il processo di separazione e divorzio*, cit., 491 s.

Ecco allora che, in tale prospettiva, ha ragione chi afferma che il recente spostamento nel codice di rito della disciplina dell'ascolto nei "procedimenti" (*olim* contenuta nel codice civile) – spostamento attuato, come già detto, dalla riforma Cartabia del 2022²⁴ – "non ha intaccato la [...] natura sostanziale" dell'ascolto stesso, il quale "continua ad essere disciplinato nel codice civile (art. 315 *bis*, comma 3, c.c.) quale diritto fondamentale che, insieme ad altri, compone lo statuto dei diritti fondamentali del figlio"²⁵; e, tuttavia, è altrettanto innegabile che esso – una volta applicato in ambito giurisdizionale – non possa che assumere anche "valenza processuale"²⁶.

Il successivo d.lgs. n. 154/2013, in attuazione della delega contenuta nella l. n. 219/2012, ha poi dato concretezza a quanto stabilito all'art. 315 *bis*, comma 3, c.c. con numerose disposizioni "settoriali" (mediante la tecnica della novellazione o anche con l'introduzione *ex novo*), ossia prevedendo norme che applicano il principio generale del diritto all'ascolto del figlio minore avendo specifico riguardo ai vari procedimenti nei quali egli può essere coinvolto. Mi riferisco, segnatamente, all'art. 252, comma 5, c.c. (sull'inserimento del figlio nato fuori del matrimonio nella famiglia del genitore), all'art. 262, ult. comma, c.c. (in tema di assunzione del cognome del genitore da parte del figlio nato fuori dal matrimonio), all'art. 316, comma 3, c.c. (in caso di contrasto tra i genitori su questioni di particolare importanza relative all'esercizio della responsabilità genitoriale), all'abrogato 1° comma dell'art. 336 *bis* c.c. (riguardante il procedimento di limitazione o decadenza dalla responsabilità genitoriale)²⁷, all'abrogato art. 337 *octies* c.c. (in materia di poteri istruttori e ascolto del minore nei giudizi della crisi coniugale, disposizione che sostituiva il già ricordato

²⁴ Vedi *supra* all'inizio di questo paragrafo.

²⁵ Così, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II-1. *La famiglia*, 7ª ed., a cura di M. Bianca e P. Sirena, Milano, 2023, 246; opinione condivisa da IANNICELLI, *Il diritto del minore a essere ascoltato*, cit., 1071 alla nota 25.

²⁶ I virgolettati sono ancora di C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 246. Dal canto suo, IANNICELLI, *Il diritto del minore a essere ascoltato*, cit., 1070 s., sembra risolvere il problema della natura sostanziale o processuale del diritto all'ascolto nei procedimenti giurisdizionali, affermando che "le nuove norme di cui di cui agli artt. 473-bis. 4 e 473-bis. 5 c.p.c., introducendo in modo generalizzato il diritto all'ascolto del minore, sono da ritenersi, pertanto, espressione del completamento procedurale di quanto già previsto in via sostanziale dall'art. 315-bis, comma 3°, c.c." (in termini analoghi o perlomeno assonanti, direi, pure DONZELLI, *Le disposizioni generali in materia di procedimento per le persone, i minorenni e le famiglie*, in *Giusto proc. civ.*, 2023, 359 ss. spec., 380, il quale dopo avere ribadito la "matrice sostanziale ancor prima che processuale" del diritto all'ascolto, parla di una sua "proiezione" nel processo). Diversamente vari studiosi (TOMMASEO, *La nuova legge sulla filiazione: profili processuali*, in *Fam. dir.*, 2013, 251 ss., spec. 262; DANOVÌ, *Il processo di separazione e divorzio*, cit., 499), scrivendo prima della riforma Cartabia (ma già nel vigore dell'art. 315 *bis*, comma 3, c.c.) sostenevano la "natura processuale" del diritto all'ascolto. Personalmente ritengo che il diritto all'ascolto abbia natura fondamentalmente e originariamente sostanziale, assunto, peraltro, che non impedisce – allorché esso sia declinato in ambito giurisdizionale – di attribuire carattere processuale alle norme che lo disciplinano in tale specifico contesto.

²⁷ Su tale norma, vedi, fra gli altri GIABARDO, *Il minore e il suo diritto a essere ascoltato nel processo civile* in *Giur. it.*, 2014, 2357 ss., spec. 2359 ss.

art. 155 *sexies* c.c.)²⁸ e, infine, all'abrogato art. 38 *bis* disp. att. c.c. (contenente alcune regole operative circa l'ascolto del minore): tutte norme, quelle appena menzionate (salvo quella per ultima evocata), nelle quali il legislatore del 2013 ha sostanzialmente ribadito quanto già previsto all'abrogato art. 155 *sexies*, comma 1, c.c., ossia il potere-dovere di ascoltare il figlio minore dodicenne e anche di età inferiore se capace di discernimento.

2. *L'ascolto del minore come mezzo istruttorio. Il controverso requisito della "capacità di discernimento" dell'infradodicenne*

Quello descritto nel precedente paragrafo era, dunque, il quadro normativo esistente nel momento in cui sopraggiungeva la riforma del 2022, che – come accennato – ha novellato la disciplina dell'ascolto del minore, mediante l'introduzione di nuovi articoli contenuti in parte nel codice di rito (473 *bis*. 4 e 473 *bis*. 5)²⁹ e in parte nelle disposizioni di attuazione del codice di procedura civile (152 *quater* e 152 *quinquies*), precetti i quali, nel loro complesso, forniscono una regolamentazione di tale adempimento processuale certamente più organica e dettagliata di quella vigente in passato.

In particolare, in questa sede intendo occuparmi solo dell'art. 473 *bis*. 4 c.p.c. – ossia della norma che fissa i presupposti e i limiti generali di operatività di tale adempimento, tralasciando, per motivi di spazio, le modalità con cui esso si svolge³⁰ – che esordisce ribadendo, una volta ancora, il principio secondo il quale il giudice ascolta il minore che abbia compiuto i dodici anni o anche si età inferiore se “capace di discernimento” in tutti i procedimenti in cui debbano adottarsi provvedimenti che lo riguardano.

L'assertività che caratterizza la formulazione di tale precetto sgombra ogni dubbio riguardo alla doverosità dell'ascolto del minore³¹, incombente al quale il giudice può sottrarsi solo nei casi previsti al secondo comma della norma in esame (vedi *infra*)³².

²⁸ Vedi, per tutti, M. ROMANO, in *Commento all'art. 337 octies c.c.*, in *Esercizio della responsabilità genitoriale*, a cura di S. Patti e L. Rossi Carleo, Bologna, 2021, 327 ss.; DONZELLI, *L'ascolto del minore come situazione processuale partecipativa attenuata*, in *Scritti in onore di Nicola Picardi*, a cura di A. Briguglio, R. Martino, A. Panzarola, B. Sassani, II, Pisa, 2026, 961 ss.

²⁹ Nonché, in ambiti più specifici, i già ricordati artt. 473 *bis*. 6 e 473 *bis*. 45 c.p.c., relativi, rispettivamente, all'ipotesi di ascolto del minore in caso di rifiuto di quest'ultimo a incontrare il genitore e di ascolto del minore nei procedimenti in cui siano allegati abusi familiari o condotte di violenza o di genere poste in essere da una parte nei confronti dell'altra o dei figli minori.

³⁰ Modalità la cui disciplina è contenuta soprattutto all'art. 473 *bis*. 5, nonché agli artt. 152 *quater* e 152 *quinquies* disp. att. c.p.c.

³¹ Così, TARRICONE, *L'ascolto del minore è garanzia di effettività della tutela giurisdizionale*, in *Fam. dir.*, 2023, 29 ss., spec. 33; IANNICELLI, *Il diritto del minore a essere ascoltato*, cit., 1072.

³² In proposito, si è precisato che l'ascolto del minore va disposto sia nel primo che nel secondo grado di giudizio, e che il giudice deve procedere a tale incombente anche se il minore

Da un punto di vista sistematico, conviene osservare – prima di procedere con l'esame dell'articolo *de quo* – che l'ascolto del minore è un atto (almeno *lato sensu*) istruttorio³³ (ovvero, come lo definisce parte della dottrina e della giurisprudenza, “un momento formale del procedimento”)³⁴, la cui funzione è fondamentalmente quella di raccogliere “le opinioni ed i bisogni rappresentati dal minore in merito alla vicenda in cui è coinvolto”³⁵, fornendo al giudice elementi di convincimento utili per l'assunzione dei provvedimenti (necessari o anche opportuni) che riguardano il soggetto ascoltato³⁶; solo eventuale od “occasionale”³⁷, invece, è la possibilità che le dichiarazioni rese dal minore, in quanto relative ad altre parti del processo, rilevino a fini diversi, ossia alla pronuncia di decisioni che non lo coinvolgono direttamente (mi riferisco, in particolare, ai giudizi della crisi matrimoniale, in cui dall'ascolto del minore si possono ricavare indicazioni utili, per esempio, alla pronuncia di provvedimenti, anche temporanei, relativi ai coniugi).

sia già stato sentito in altri precedenti procedimenti, pur riguardanti l'affidamento: così, da ultimo, spec. in motivazione, Cass. 3 marzo 2023, n. 6503, in *IUS Famiglie*, 25 maggio 2023, con nota di ARDITO, *L'ascolto del minore va rinnovato in secondo grado*.

³³ In tal senso, DANOVÌ, *Il processo di separazione e divorzio*, cit., 490. Anche se, come vedremo, l'ascolto del minore non è sicuramente assimilabile agli altri mezzi di prova previsti nel codice di rito, sono altrettanto convinto che tale atto possa essere certamente qualificato come “istruttorio”, almeno in senso lato [conf., oltre a DANOVÌ, *op. cit.*, 490, soprattutto GRAZIOSI, *Note sul diritto del minore ad essere ascoltato nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 1281 ss., spec. 1305], in quanto funzionale a fornire al giudice elementi (fondamentali) di convincimento per l'assunzione dei provvedimenti relativi al minore stesso, rendendolo edotto della volontà, bisogni desiderii, opinioni, personalità di quest'ultimo [diversamente, quella parte della dottrina che, con varietà di sfumature, tende a negare la natura (anche) istruttoria di tale incumbente: POLISENO, *Profili di tutela del minore nel processo civile*, cit., 307 ss., spec. 309; LUPOI, *Commento all'art. 473 bis. 4 c.p.c.*, in *Commentario breve al codice di procedura civile*, a cura di F. Carpi e M. Taruffo, 10^a ed., Milano – Padova, 2023, 1997 ss., spec. 1997; RUSSO, *La partecipazione del minore al processo nella riforma del rito civile*, in *Fam. dir.*, 2022, 643 ss., spec. 649; CAMPESE, *L'ascolto del minore nei giudizi di separazione e divorzio, tra interesse del minore e principi del giusto processo*, *ivi*, 2011, 958 ss., spec. 963; MOLINARO, *Commento all'art. 473 bis. 4 c.p.c.*, in *La riforma Cartabia del processo civile*, a cura di R. Tiscini, Pisa, 2023, 767 ss., spec. 770 s.; GIABARDO *Il minore e il suo diritto a essere ascoltato*, cit., 2358 s.; conf., se ben intendo, TOMMASEO, *I profili processuali della riforma della filiazione*, in *Fam. dir.*, 2014, 526 ss., spec. 532, e forse CARBONE, *L'audizione è obbligatoria, come ribadito dalla recente legge 219/2012 sulla filiazione*, in *Corr. giur.*, 2013, 1028 s., spec. 1029; tale opinione sembra condivisa dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. 8 gennaio 2024, n. 437, in *Foro it.*, 2024, I, 836; Cass. 26 marzo 2015, n. 6129) anche se, talvolta, si riconosce comunque che tale incumbente rappresenti un “elemento, pur necessario, dell'istruzione probatoria” (Cass. 11 dicembre 2023, n. 34560); in quest'ordine di idee, direi, si pongono pure quei giudici di merito secondo cui l'ascolto del minore rientra nell'attività istruttoria soltanto in un senso molto lato: Trib. Napoli, 31 maggio 2023, n. 5636, in *De Jure*].

³⁴ Vedi CARBONE, *L'audizione è obbligatoria*, cit., 1029, nonché Cass. 5 marzo 2014, n. 5097, in *Foro it.*, 2014, I, 1067 ss. spec. 1075, con nota di CASABURI, *L'ascolto del minore: conferme dalla Cassazione*.

³⁵ Ancora CARBONE, *L'audizione è obbligatoria*, cit., 1029.

³⁶ Così, DANOVÌ, *Il processo di separazione e divorzio*, cit., 490.

³⁷ Sempre DANOVÌ, *Il processo di separazione e divorzio*, cit., 490.

Se questo è vero, bisogna aggiungere che la qualificazione dell'ascolto quale mezzo istruttorio, si accompagna all'impossibilità di assimilarlo ad altri mezzi di prova o strumenti di convincimento del giudice: in particolare, tale adempimento non può essere considerato né alla stregua di una testimonianza³⁸, né accostabile all'interrogatorio libero o non formale delle parti *ex art. 117 c.p.c.*³⁹, né ancora può essere ritenuto equivalente alle sommarie informazioni, ossia a quella tecnica istruttoria che trova spazio in modelli processuali deformalizzati (in particolare, nel procedimento camerale e in quello cautelare)⁴⁰.

Dal canto suo la giurisprudenza sottolinea spesso come l'ascolto rappresenti una modalità di attuazione del principio del contraddittorio e di esercizio del diritto di difesa del minore: costui, infatti, pur essendo solo in alcuni casi parte del procedimento in senso formale e processuale⁴¹, è comunque sempre parte in senso sostanziale⁴², in quanto portatore di interessi diversi (se non a volte contrapposti) rispetto ai genitori⁴³, nonché soggetto agli effetti di un provvedimento che riguarda la sua vita e i suoi diritti fondamentali⁴⁴.

³⁸ Conf., in giurisprudenza, Cass. 5 marzo 2014, n. 5097, cit., 1075.

³⁹ Lo rileva, giustamente, DANOVI, *Il processo di separazione e divorzio*, cit., 490 s., ove si afferma che l'assimilabilità dell'istituto in esame all'interrogatorio libero sarebbe esclusa dalla considerazione che "non è sempre definibile, né comunque universalmente valido (né tutto sommato rilevante), se il minore sia parte o meno del processo".

⁴⁰ A tale proposito, per alcuni sintetici rilievi sulla nozione di sommarie informazioni, sia consentito rinviare a VULLO, *Dei procedimenti cautelari in generale*, Bologna, 2017, 155 ss., nel testo e nelle note.

⁴¹ Secondo TOMMASEO, *I profili processuali della riforma della filiazione*, cit., 530, "nel nostro ordinamento, il minore è parte [anche in senso formale] nelle controversie riguardanti il suo *status*" (cfr. artt. 247, 249 e 269 ss. c.c.), "nei giudizi dichiarativi dello stato di adottabilità" (cfr. art. 8, l. n. 184/1983) e ancora "nelle controversie *de potestate* disciplinate dall'art. 336 c.c., dov'è previsto che anche il minore dev'essere assistito da un difensore".

⁴² È questo il caso, in particolare, dei giudizi della c.d. crisi coniugale (nonché dei procedimenti relativi ai figli nati fuori dal matrimonio), all'esito dei quali l'esercizio della responsabilità genitoriale è regolata all'art. 337 *bis* ss. c.c. (così, DANOVI, *Il processo di separazione e divorzio*, cit., 148; RUFFINI, *Il processo civile di famiglia e le parti: la posizione del minore*, in *Dir. fam.*, 2006, 1257 ss., spec. 1260, 1270 ss.; in giurisprudenza, vedi dapprima Cass., Sez. Un., 21 ottobre 2009, n. 22238, in *Dir. fam.*, 2010, 106, con nota di RUO, "The long, long way" del processo minorile verso il giusto processo; *ibidem*, 1565, con nota di TARRICONE, *Le S.U. civili e la giustizia minorile: nuovi passi verso l'effettività della tutela impartita, tra fonti interne e spazio giuridico sovranazionale*; *Guida dir.*, 2009, n. 48, 36, con nota di M. FINOCCHIARO, *Un adempimento ritenuto inderogabile da assolvere con le modalità più convenienti*; *Foro it.*, 2010, I, 903; Cass. 17 maggio 2012, n. 7773, in *Guida dir.*, 2013, n. 1, 63 e, più di recente, Cass. 23 giugno 2022, n. 20323, *ivi*, 2022, n. 34, 75; Cass. 11 dicembre 2023, n. 34560, in *D&G* 12 dicembre 2023, spec. in motivazione). Occorre tuttavia ricordare che altri autori ritengono, sulla base di diversi argomenti, che anche in questi processi il minore sia parte non solo in senso sostanziale ma anche processuale (o formale): CECHELLA, *Diritto e processo nelle controversie familiari e minorili*, Bologna 2018, 33 ss.; QUERZOLA, *Il processo minorile in dimensione europea*, cit., 83 ss., nonché, direi in definitiva, pur parlando di parte *sui generis*, POLISENO, *Profili di tutela del minore nel processo civile*, cit., 118 ss.

⁴³ In tal senso vedi Cass., Sez. Un., 21 ottobre 2009, n. 22238, cit., e successivamente, tra le altre, Cass. 11 dicembre 2023, n. 34560; Cass. 30 luglio 2020, n. 16410.

⁴⁴ Vedi IANNICELLI, *Il diritto del minore a essere ascoltato*, cit., 1076.

Tornando all'esame del primo comma dell'art. 473 *bis*, 4 c.p.c., è da osservare come i requisiti "soggettivi" ai quali è condizionato il sorgere del diritto del minore ad essere ascoltato (il compimento dei dodici anni o, in caso di età inferiore, la "capacità di discernimento") siano gli stessi già introdotti nel 2006 con l'abrogato art. 155 *sexies*, comma 1, c.c. e confermati in seguito con i (tuttora in vigore) artt. 252, ult. comma, 262, ult. comma, 315 *bis*, comma 3 e 316, comma 3, c.c. nonché dagli abrogati artt. 336 *bis*, comma 1 e 337 *octies*, comma 1, c.c.

Se il compimento dei dodici anni è un presupposto che, ovviamente, non pone problemi di sorta⁴⁵ (con la precisazione che superata tale soglia anagrafica il minore è da ritenere "per definizione" capace di discernimento, acquisendo pertanto il diritto a essere ascoltato e facendo sorgere nel giudice il dovere "speculare" di ascoltarlo)⁴⁶, la dottrina e la giurisprudenza si sono invece interrogate – già nel vigore delle norme poc'anzi ricordate – circa la nozione di "capacità di discernimento" del minore infradodicescenne⁴⁷ (*i.e.*, che non abbia ancora compiuto i dodici anni)⁴⁸.

⁴⁵ Così, QUERZOLA, *Il processo minorile in dimensione europea*, cit., 62.

⁴⁶ In tal senso, DANOVÌ, *Ascolto del minore, capacità di discernimento e obbligo di motivazione tra presente e futuro*, in *Fam. dir.*, 2022, 995 ss., spec. 997. In proposito, si è affermato che il nostro ordinamento contenebbe dunque "una sorta di *presunzione assoluta* di possesso da parte del minore dodicescenne della capacità di discernimento [mio il corsivo]" (M. TRIMARCHI, *Diritto di esprimere liberamente le proprie opinioni e ascolto del minore*, cit., 600; conf., FANELLI, *I poteri del giudice a tutela del minore (anche) nella fase di attuazione dei provvedimenti*, in *Diritto e giustizia nelle relazioni familiari*, a cura di F. Alicino e M. Abbamonte, Milano, 2024, 169 ss., spec. 189 s.). Anche la giurisprudenza individua nel compimento dei dodici anni una "presunzione che rende doveroso l'ascolto": Cass. 21 novembre 2023, n. 32290, in *D&G*, 21 novembre 2023, con nota di FERRANDI, *L'ascolto del minore può essere omesso se contrario al suo interesse e dandone adeguata motivazione*.

⁴⁷ Premesso che del concetto di capacità di discernimento si sono occupati giocoforza quasi tutti gli autori – già citati o richiamati in seguito – che hanno affrontato il tema dell'ascolto del minore nel processo, segnalerei comunque fra i contributi dedicati specificamente a questo aspetto (o che riservano ad esso maggiore attenzione), GIARDINA, *La maturità del minore nel diritto civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, suppl. *Giustizia minore? La tutela giurisdizionale dei minori e dei "giovani adulti"*, 95 ss., spec. 99 ss.; SCARDACCIONE, *La capacità di discernimento del minore*, in *Dir. fam.*, 2006, 1319 ss.; OCCHIOGROSSO, *Discernimento*, in *Minori in giudizio. La convenzione di Strasburgo*, a cura di G. Contri, Milano, 2012, 49 ss.; QUERZOLA, *L'ascolto del minore nel processo civile, tra diritto di libertà, mezzo di istruzione e strumento di partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 1341 ss., spec. 1348 ss.

⁴⁸ Ricorda ancora IANNICELLI, *Il diritto del minore a essere ascoltato*, cit., 1073 alla nota 33 che la nozione di "capacità di discernimento" è mutuata nel nostro ordinamento dall'art. 12, comma 1°, della Convenzione di New York del 1989 (sulla quale vedi *supra sub par.* 1), in cui si fa riferimento a un fanciullo «*who is capable of forming his or her own views*». La stessa studiosa segnala, inoltre, che nella l. 26 novembre 2021, n. 206 (ossia la legge delega per la riforma del processo civile, poi attuata da d.lgs. n. 149/2022) la consueta locuzione "capace di discernimento" – quale condizione perché si potesse configurare il diritto all'ascolto in capo al minore infradodicescenne – era sostituita dalla diversa espressione "capace di esprimere la propria volontà" (art. 1, comma 23, lett. t): un'indicazione che non avrebbe trovato seguito (l'art. 473 *bis*, 4 c.p.c. utilizza, infatti, la tradizionale dizione "capacità di discernimento"), riguardo alla quale, peraltro, taluno manifestava perplessità, domandandosi se si trattasse di una "mera

Ebbene, tale condizione è solitamente individuata nella “consapevolezza” del minore nell’ambito delle sue relazioni familiari e sociali e nella conseguente “attitudine a determinarsi” nelle scelte inerenti a tali relazioni⁴⁹ (anche se non manca chi valorizza a tal fine la mera “capacità di esprimere la propria volontà”, tesi tuttavia che non pare condivisibile)⁵⁰, ovvero, come afferma convincentemente un attento studioso, nella capacità del soggetto “di valutare le circostanze in cui si trova, l’importanza della decisione da prendere, i valori e gli interessi che vi sono in gioco”⁵¹; una nozione che trova sostanziale riscontro anche nella giurisprudenza di legittimità, laddove si afferma che il requisito *de quo* sussiste ogni qualvolta “il minore sia in grado di cogliere dati, informazioni e stimoli provenienti dall’esterno, riguardanti la propria sfera esistenziale ed elaborarli secondo il proprio personale sentire, formandosi un proprio convincimento riguardo ad essi, le sue esigenze e i suoi bisogni”⁵².

Se la capacità di discernimento è una condizione che si presta a essere compiutamente valutata solo a posteriori, ossia a seguito dell’ascolto stesso⁵³, sembra comunque ammettersi che essa possa escludersi a priori, qualora il minore infradodicesimo abbia un’età anagrafica palesemente incompatibile con

imprecisione linguistica del legislatore” oppure se l’intenzione del legislatore delegante fosse quella di “aumentare la platea dei minorenni che hanno diritto di essere ascoltati, essendo ben noto che la capacità volitiva può nei «piccoli minori» sussistere anche indipendentemente dalla capacità intellettiva” (LONG, *Uno sguardo problematico sulle novità della riforma del processo civile d’interesse per il diritto familiare e minorile sostanziale*, in *Famiglia*, 2022, 149 ss., spec. 161). Ma sul punto, ossia sull’impossibilità di far coincidere la nozione di capacità di discernimento con quella di manifestare la propria volontà, vedi *infra* alla nota 50.

⁴⁹ Così, per esempio, SERGIO, *La Convenzione europea sull’esercizio dei diritti dei fanciulli: una tappa decisiva verso il riconoscimento della soggettività dei minori*, in *Cittadini in crescita*, n. 1, 2003, 9 ss., spec. 13 (il testo di questo contributo si può leggere sul sito web <https://www.minori.gov.it>), nonché, in termini analoghi, OCCHIOGROSSO, *Discernimento*, cit., 50 s.

⁵⁰ Vedi TOMMASEO, *Una giurisprudenza evolutiva in tema di decisorietà e di audizione dell’infradodicesimo*, in *Fam. dir.*, 2023, 554 ss., spec. 557. Segnatamente, secondo l’opinione dell’insigne studioso la capacità di discernimento sarebbe da intendere, quando si tratta di minori di dodici anni, “non come capacità di compiere scelte consapevoli ma nel più limitato significato di esprimere la propria volontà” (conf. direi, nella sostanza, IANNICELLI, *Il diritto del minore a essere ascoltato*, cit., 1073). Ebbene a me pare che la capacità di discernimento non possa mai risolversi nella mera capacità di esprimere la propria volontà: se così fosse, infatti, sarebbe da considerare automaticamente capace di discernimento anche il bambino di uno o due anni che abbia appena iniziato ad articolare le prime parole (...voglio la mamma, voglio la pappa, voglio il ciuccio ...). A ben vedere, è più ragionevole pensare (come del resto ritiene la dottrina pressoché unanime) che il “discernimento” richieda qualcosa in più, ossia un elemento (anche solo abbozzato) di “consapevolezza” rispetto alla mera manifestazione di un bisogno o di un desiderio.

⁵¹ Sono parole di LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., 99.

⁵² In tal senso, da ultimo, Cass. 7 marzo 2023, n. 6802, in *Fam. dir.*, 2023, 550 ss., spec. 553 al punto 3.1. della motivazione, con nota di TOMMASEO, *Una giurisprudenza evolutiva in tema di decisorietà e di audizione dell’infradodicesimo*.

⁵³ Cfr. DANOVÌ, *Il processo di separazione e divorzio*, cit., 501 s.; QUERZOLA, *Il processo minorile in dimensione europea*, cit., 66, e già, in precedenza, MARCUCCI, *L’affidamento dei figli in Europa: disciplina vigente e prospettive di riforma*, in *Fam. dir.*, 2001, 220 ss., spec. 226.

la consapevolezza e l'attitudine a determinarsi (come, per esempio, nel caso di un neonato)⁵⁴; al riguardo – pur riconoscendo che tale soglia è “mobile” e soggetta a oscillazioni su base individuale⁵⁵ – si è affermato che il giudice possa “presumere” che il bambino in età prescolare (*i.e.*, secondo il nostro ordinamento, che non abbia ancora compiuto i sei anni) sia privo della “capacità di discernimento” richiesta dalla legge (con la conseguenza, se ben intendo il pensiero di questa studiosa, che per il giudice sarebbe sufficiente fare riferimento all'età del minore per escluderne l'ascolto nel processo)⁵⁶.

Di contro, allorché il minore abbia un'età per cui sia già soggetto agli obblighi scolastici, è ragionevole ritenere che il giudice debba comunque ascoltarlo⁵⁷ per rendersi conto dell'eventuale mancanza di capacità di discernimento⁵⁸ e che, qualora opti per l'insussistenza di tale requisito⁵⁹, sia tenuto a motivare attentamente la propria scelta⁶⁰: una motivazione che dovrà essere tanto più puntuale (e, direi, persuasiva) quanto più il minore si avvicini al compimento dei dodici anni (ossia a quell'età, lo ribadisco, che fa sorgere in capo al giudice

⁵⁴ Così, QUERZOLA, *Il processo minorile in dimensione europea*, cit., 64; IANNICELLI, *Il diritto del minore a essere ascoltato*, 1074 s.

⁵⁵ Ancora, nella sostanza, QUERZOLA, *Il processo minorile in dimensione europea*, cit., 63 s.

⁵⁶ Vedi IANNICELLI, *Il diritto del minore a essere ascoltato*, cit., 1075. Al riguardo, si è sostenuto che “l'età scolare”, quindi il compimento dei sei anni, rappresenterebbe “la cartina di tornasole” che “attesterebbe” la capacità di discernimento (G.F. RICCI, *Alcune osservazioni sul nuovo processo di famiglia. Errori concettuali e disarmonie del sistema*, in *Riv. dir. proc.*, 2024, 571 ss., spec. 580): affermazione, a mio avviso, troppo netta, in quanto tutt'al più si potrebbe forse parlare – come afferma la studiosa per prima evocata – di una mera presunzione di mancanza di tale capacità nel bambino in età prescolare.

⁵⁷ Secondo C.M. BIANCA, *Il diritto del minore all'ascolto*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 546 ss., spec. 547 (conf., IANNICELLI, *Il diritto del minore a essere ascoltato*, cit., 1075), se il minore ha compiuto dieci anni esisterebbe una “presunzione” che egli sia dotato di capacità di discernimento (una presunzione, direi, che eventualmente dovrebbe ritenersi “semplice” e non “assoluta”, come quella che riguarda, ai sensi dell'art. 473 *bis*. 4, comma 1, c.p.c., il minore che abbia compiuto i dodici anni: vedi *supra* alla nota 46), “poiché dieci anni è l'età per l'iscrizione alla scuola media”, presunzione che sarebbe confermata – sempre secondo gli autori poc'anzi citati – da quella norma che, in materia di tutela, prevede l'ascolto del minore che abbia compiuto dieci anni [cfr. art. 371, comma 1, n. 1, c.c., ai sensi del quale il minore (sotto tutela) “che abbia compiuto dieci anni e anche di età inferiore ove capace di discernimento” dev'essere ascoltato dal giudice tutelare che decide “sul luogo” dove il minore stesso “deve essere cresciuto e sul suo avviamento agli studi o all'esercizio di un'arte, mestiere o professione”].

⁵⁸ Recentemente la Suprema Corte ha ritenuto illegittima la decisione di un giudice di merito che aveva considerato priva di capacità di discernimento una minore di sei anni, esclusivamente sulla base della sua giovane età, sostenendo che anche in questo caso (ossia di un bambino che avesse appena raggiunto la soglia dell'età scolare) fosse opportuno procedere all'ascolto o, comunque, di motivare specificamente la scelta di non svolgere tale incombenza (Cass. 7 marzo 2023, n.6802, in *Fam. dir.*, 2023, 550, con nota di TOMMASEO, *Una giurisprudenza evolutiva in tema di decisorietà e di audizione dell'infradodicesimo*).

⁵⁹ Se la mancanza di capacità di discernimento del minore risulta subito evidente fin dalle prime battute dell'ascolto, direi che il giudice potrà considerare concluso tale incombenza senza portarlo a termine e, soprattutto, non dovrà tenere conto, ai fini del giudizio, delle dichiarazioni rese fino a quel momento.

⁶⁰ Vedi Cass. 4 marzo 2022, n. 7262, in *Guida dir.*, 2022, n. 21, 67.

un “obbligo legale” di ascoltarlo a prescindere da ogni valutazione sulla sua capacità di discernimento)⁶¹.

Per quanto concerne l’aspetto, invero fondamentale, della valutazione delle risultanze dell’ascolto, non vi è dubbio che le dichiarazioni rese dal minore siano soggette al principio del libero convincimento del giudice, il quale, dunque, ne terrà conto secondo il suo “prudente apprezzamento” ai sensi dell’art. 116, comma 1, c.p.c.⁶².

In proposito, l’ultima parte del primo comma della art. 473 *bis*. 4 c.p.c. prevede che le opinioni espresse dal minore debbano essere tenute in considerazione dal giudice, “avuto riguardo alla sua età e al suo grado di maturità”: una specificazione che taluno reputa opportuna⁶³, ma che a mio avviso appare tutto sommato pleonastica, nel senso che – pure in mancanza di tale precetto – l’accentuato paidocentrismo che da tempo caratterizza la disciplina del nostro diritto di famiglia (anche nell’interpretazione della giurisprudenza) imporrebbe di ritenere “età” e “maturità” quali criteri fondamentali per valutare (e “tenere in considerazione”) le dichiarazioni e la volontà espresse dal minore⁶⁴.

Detto ciò, ha senz’altro ragione chi sostiene che, ferma restando la discrezionalità del giudice, la volontà del minore – una volta vagliata secondo i due criteri appena evocati – non potrebbe essere “minimizzata” ma rappresenti, insieme (e coordinatamente) al suo “*best interest*”⁶⁵, l’elemento decisivo del quale tenere conto nell’assumere i provvedimenti che lo riguardano⁶⁶, se non – come da altri notato – un vero e proprio “vincolo”, la cui intensità cre-

⁶¹ Cfr. Cass. 2 settembre 2021, n. 23804, in *Guida dir.*, 2021, n. 35, 17; Cass. 25 gennaio 2021, n. 1474, in *D&G*, 26 gennaio 2021; Cass. 24 maggio 2018, n. 12957, in *Foro it.*, 2018, I, 2365, con nota senza titolo di CASABURI.

⁶² Così, PESCE, *L’ascolto del minore tra riforme legislative e recenti applicazioni giurisprudenziali*, in *Fam. dir.*, 2015, 252 ss., spec. 256; conf., in definitiva, anche DANOVI, *Il processo di separazione e divorzio*, cit., 505 s., il quale però ritiene che quando si tratta delle dichiarazioni rese in sede di ascolto del minore “si sia in presenza di un vincolo più forte e più saldo di quello che avviene per le prove ordinarie, per alcuni profili simile a quello delle risultanze delle prove legali”, in quanto “il giudice non può discostarsi *tout court* dalla volontà del minore emersa durante l’ascolto, né può minimizzare il messaggio dallo stesso manifestato”. Tuttavia, lo stesso studioso conclude affermando che se tutto ciò è vero, non sarebbe possibile “configurare le risultanze dell’ascolto alla stregua di prove legali in senso stretto”: e allora, aggiungo io, poiché tra l’efficacia di prova legale e l’efficacia di prova libera non esiste un “livello” intermedio, bisogna necessariamente optare per l’applicazione, anche a questo particolare mezzo istruttorio, del principio del libero convincimento del giudice *ex art.* 116, comma 1, c.p.c.

⁶³ Vedi IANNICELLI, *Il diritto del minore a essere ascoltato*, cit., 1073 s.

⁶⁴ Anche G. DE CRISTOFARO, *Le modificazioni apportate al codice civile dal decreto legislativo attuativo della “Legge Cartabia” (D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149). Profili problematici delle novità introdotte nella disciplina delle relazioni familiari*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 1407 ss., spec. 1453 dubita della portata innovativa di questa previsione, argomentando, però, che l’esistenza del relativo precetto poteva già facilmente desumersi dalle convenzioni internazionali riguardanti l’ascolto del minore.

⁶⁵ Per alcuni riferimenti bibliografici relativi alla nozione di *best interest of the child*, vedi *supra* alla nota 3.

⁶⁶ In questo senso, DANOVI, *Il processo di separazione e divorzio*, cit., 505.

scerebbe “progressivamente con lo sviluppo della personalità del minore nel tempo”⁶⁷.

Con un’ulteriore precisazione, ossia che a mio parere – nonostante la nuova norma codicistica evochi “età” e “maturità” quali canoni di valutazione che sembrano porsi sullo stesso piano – il criterio decisivo di cui dovrà tenere conto il giudice non potrà che essere il secondo e, quindi, il grado di “consapevolezza” e l’attitudine a determinarsi manifestati dal minore all’esito dell’ascolto, anche se non corrispondenti (per eccesso o per difetto) a quelli comuni per la sua età anagrafica⁶⁸.

3. *Le eccezioni al dovere del giudice di procedere all’ascolto del minore*

Come già accennato, il secondo comma art. 473 *bis*. 4 c.p.c. dispone che il giudice non proceda all’ascolto, “dandone atto con provvedimento motivato”, qualora tale adempimento sia “in contrasto con l’interesse del minore” o risulti “manifestamente superfluo” e, ancora, “in caso di impossibilità fisica o psichica del minore”, nonché – e si tratta senza dubbio della novità normativa più rilevante – “se quest’ultimo manifesta la volontà di non essere ascoltato”⁶⁹.

Se si considerano le varie ipotesi contemplate nel precetto in esame, si può notare come le prime tre configurino un “potere dovere” di non procedere all’ascolto in capo al giudice, il quale sarà tenuto a derogare a tale adempimento allorché ritenga che possa risolversi in un pregiudizio per il

⁶⁷ Così, DONZELLI, *Le disposizioni generali in materia di procedimento per le persone, i minorenni e le famiglie*, cit., 381, il quale aggiunge che sussisterebbe un rapporto di “proporzionalità” tra l’intensità di tale vincolo “e l’onere motivazionale imposto dal giudice che intenda discostarsi da quanto espresso dal minore”.

⁶⁸ In altre parole – anche se la considerazione può apparire banale – non dubiterei, per esempio, che le dichiarazioni di un dodicenne che manifesti una “maturità” maggiore di quella consueta per la sua età, dovrebbero “vincolare” il giudice nelle sue decisioni più delle dichiarazioni di un quindicenne che, all’opposto, palesi un evidente ritardo nella formazione della propria personalità in termini di autonomia e consapevolezza.

⁶⁹ Secondo CARRATTA, *Il nuovo rito uniforme per le persone, i minorenni e le famiglie, un esempio di ri-codificazione della tutela differenziata*, in *Jus*, 2023, 261 ss. spec. 272, le esclusioni dell’obbligo di ascolto del minore previste dall’art. 479 *bis*. 4 c.p.c. non sembrerebbero pienamente in linea con quelle al diritto del minore “di esprimere la propria opinione” ex art. 21 del Reg. UE n. 1111/2019, il cui art. 39 stabilisce infatti – come già ricordato *sub par.* 1 – che “il riconoscimento di una decisione in materia di responsabilità matrimoniale può essere negato qualora sia stata resa senza aver dato al minore capace di discernimento una possibilità di esprimere la propria opinione a norma dell’articolo 21, salvo se: a) il procedimento riguardava esclusivamente i beni del minore e se non era necessario dare tale possibilità in considerazione della questione oggetto del procedimento; o b) sussistevano seri motivi in considerazione, in particolare, dell’urgenza del caso”. Osserva dunque Carratta che, “al di fuori di queste ipotesi eccezionali, [...] la normativa europea impone l’audizione del minore e, ove questa, pur essendo prevista come obbligatoria dal Regolamento, dovesse mancare, determina una causa ostativa alla circolazione nello spazio giudiziario europeo del provvedimento giurisdizionale adottato”, con le conseguenze pratiche che si possono facilmente immaginare.

minore o, comunque, nel caso in cui lo svantaggio che a lui ne deriverebbe superi gli eventuali vantaggi⁷⁰. In particolare, le prime due fattispecie – ossia “il contrasto con l’interesse del minore”⁷¹ o “la manifesta superfluità dell’ascolto”⁷² – erano già previste dagli abrogati artt. 336 *bis*, comma 1, c.c. e 337 *octies*, comma 1, c.c., mentre la deroga “in caso di impossibilità fisica o psichica del minore” è un’ipotesi introdotta *ex novo* dalla riforma Cartabia⁷³,

⁷⁰ Vedi MOLINARO, *Commento all’art. 473 bis. 4 c.p.c.*, cit., 771.

⁷¹ In generale l’ascolto del minore si pone in contrasto con l’interesse di quest’ultimo, ogni qualvolta possa essere per lui motivo di pregiudizio (DANOVI, *Il processo di separazione e divorzio*, cit., 498). Direi che nell’attuale contesto normativo questa prima ipotesi rappresenti ormai una sorta di norma di chiusura: mi pare, infatti, che le fattispecie nelle quali in passato si ravvisava comunemente la contrarietà all’interesse del minore (evocate ancora da DANOVI, *op. loc. ultt. citt.*) siano oggi rifiute nelle nuove deroghe previste all’art. 473 *bis*. 4, comma 2, c.p.c. e, segnatamente, nell’impossibilità “psichica” del minore stesso ad essere ascoltato oppure nella sua “volontà” di non sottoporsi a tale adempimento (vedi *infra*).

La S.C ha statuito che il giudice, qualora ritenga l’ascolto “in contrasto con gli interessi superiori del minore”, compie una valutazione che, se “specificamente enunciata”, rende non più “necessaria la motivazione espressa sulla preventiva valutazione del discernimento del minore”: Cass. 14 agosto 2023, n. 24626, in *D&G* 22 agosto 2023.

⁷² In giurisprudenza, con riferimento al quadro normativo anteriore alla riforma Cartabia, si è recentemente affermato che l’ascolto “manifestamente superfluo” sarebbe quello che “pur non arrecando danno agli interessi del minore, tuttavia non vi apporta alcun (ulteriore) beneficio”: Cass. 8 gennaio 2024, n. 437, in *Foro it.*, 2024, I, 836, secondo la quale in concreto ciò si verificherebbe, per esempio, “quando l’audizione del minore sia sollecitata su questioni irrilevanti oppure non pertinenti, oppure” – ma in questo caso affermando un principio che, a mio avviso, appare incompatibile con la nuova disciplina codicistica che – ai sensi dell’art. 473 *bis*. 5, comma 1, c.p.c. – impone al giudice di ascoltare “direttamente” il minore, configurando tale incumbente come “infungibile” e non delegabile ad altri soggetti – quando “sia già stato assicurato il pieno esercizio dei suoi diritti e la sua partecipazione attiva al processo attraverso tutti gli strumenti che l’ordinamento predispone a tal fine, la sua opinione sia stata chiaramente espressa e le sue istanze debitamente rappresentate”. Dal canto suo la dottrina ha affermato che la manifesta superfluità si potrebbe avere, per esempio, allorché oggetto del giudizio siano questioni patrimoniali che non lo coinvolgono (GIABARDO, *Il minore e il suo diritto a essere ascoltato*, cit., 2359), oppure – richiamando la relazione illustrativa di accompagnamento allo schema di decreto legislativo, della Commissione Bianca – allorché l’ascolto verta “su circostanze acclerate e non contestate” (POLISENO, *Profili di tutela del minore nel processo civile*, cit., 325; *contra*, tuttavia, TOMMASEO, *I profili processuali della riforma della filiazione*, cit., spec. 532, sulla cui opinione vedi subito *infra*). Rammento che in passato autorevole dottrina si era mostrata perplessa circa la possibilità riconosciuta dagli abrogati artt. 336 *bis*, comma 1, e 337 *octies*, comma 1, c.c. di omettere l’ascolto del minore nel caso in cui esso risultasse “manifestamente superfluo”, in particolare ricordando come questa deroga non fosse prevista dalle già ricordate *Linee guida sulla giustizia a misura del minore* elaborate nel 2010 in seno al Consiglio d’Europa (vedi *supra* sub par. 1): tale studioso proponeva, dunque, una lettura assai restrittiva di questo precetto, da un lato limitandone l’applicabilità “nei procedimenti che non coinvolgono l’interesse superiore del minore e quindi là dove oggetto del procedimento non sono rapporti familiari, ovvero ancora che appaia superfluo quando venga chiesto nell’ambito di un procedimento in cui l’ascolto del minore è già avvenuto”, dall’altro affermando che “fuori di queste ipotesi, l’ascolto non è mai «superfluo», anzi è un atto doveroso che il giudice non può evitare di compiere se non quando lo ritenga contrario all’interesse del minore” (TOMMASEO, *op. ult. cit.*, 531 s.).

⁷³ Tenuto conto che – ai sensi dell’art. 473 *bis*. 5, comma 2, c.p.c. – l’ascolto del minore è possibile anche in luoghi diversi dal tribunale (per esempio in ospedale), per “impossibilità

ipotesi che, peraltro, già in passato la giurisprudenza aveva valorizzato in via interpretativa⁷⁴.

L'ultima fattispecie prevista dal comma *de quo* rappresenta anch'essa una novità (la più significativa) frutto del d.l. n. 149/2022 e, laddove consente al minore (che lo voglia) di non dire la sua davanti al giudice, si risolve nel riconoscimento formale del diritto di quest'ultimo a non essere ascoltato.

Si tratta di un principio importante che parte della dottrina riteneva potesse già ricavarsi, in via di interpretazione sistematica, dalle norme esistenti prima della riforma Cartabia⁷⁵; un principio che trova fondamento nella considerazione secondo cui l'ascolto non è oggetto di un obbligo del minore, bensì di un suo *diritto* (appartenente al novero dei "diritti della personalità" e meglio definibile come "diritto soggettivo assoluto"): in quanto tale, dunque, il diritto del minore ad essere ascoltato non può che comprendere, "in positivo, la facoltà di esprimersi, e in negativo, l'opposta facoltà di astenersi dall'esprimersi"⁷⁶.

Il giudice, allorché non proceda all'ascolto per una delle ragioni indicate all'art. 473 *bis*. 4, comma 2, c.p.c., deve – in virtù della stessa norma – darne atto "con provvedimento motivato"⁷⁷. In particolare, qualora il mancato ascolto trovi fondamento nella volontà del minore, mi pare che l'obbligo di motivazione sarà soddisfatto con il mero richiamo alla scelta di quest'ultimo; di contro, nell'ipotesi che il giudice eserciti il "potere dovere" di non sentire il minore – ossia nei casi di contrasto con l'interesse di quest'ultimo, manifesta

fisica" si può pensare a una patologia o a una situazione di fatto che impedisca al fanciullo di esprimersi (per esempio, lo stato di coma, anche quando sia indotto o reversibile ma non in tempi brevi); nella nozione di "impossibilità psichica", invece, rientrano, a mio avviso, non solo veri e propri disturbi "mentali", ma anche condizioni di fragilità psicologica che possano rendere l'ascolto motivo di grave pregiudizio emotivo per il minore stesso (per un caso di specie, vedi infra alla prossima nota).

⁷⁴ Mi riferisco, per esempio, a Cass. 8 novembre 2022, n. 32876, in *D&C*, 10 novembre 2022, con nota di MASCIA, *Non va disposta l'audizione della minore dodicenne se la narrazione dei fatti è fonte di forte dolore*, pronuncia che ha ritenuto corretto escludere l'ascolto nel caso in cui la narrazione dei fatti generasse "forte dolore" nel minore (va peraltro notato che nel caso di specie, il minore era già stato ascoltato in sede di consulenza tecnica d'ufficio).

⁷⁵ In tal senso, vedi specialmente BALLARANI, *Il diritto del minore a non essere ascoltato*, in *Dir. fam.*, 2010, 1807 ss. Lo stesso autore ha recentemente osservato come poco tempo dopo questo suo scritto "la tesi sul diritto del minore a non essere ascoltato trovò riscontro" nelle *Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa per una giustizia a misura di minore* adottate il 17 novembre 2010 (sulle quali vedi *supra* par. 1), ove al n. 46 – come ho già ricordato – si specificò che l'essere ascoltato è "un diritto del minore e "non un dovere da imporgli" (BALLARANI, *Il diritto a non essere ascoltato*, cit., 1085).

⁷⁶ Il virgolettato è di BALLARANI, *Il diritto a non essere ascoltato*, cit., 1088.

⁷⁷ La giurisprudenza ha più volte ribadito che in questo caso la motivazione dovrà essere espressa, specifica, circostanziata, adeguata (tra le più recenti, vedi in tal senso Cass. 23 gennaio 2023, n. 2001, in *Dir. fam.*, 2023, 1030; Cass. 23 giugno 2022, n. 20323, cit.; Cass. 25 gennaio 2021, n. 1474; Trib. Sulmona, 19 novembre 2022, n. 253, in *De Jure*; Trib. Bari, 25 luglio 2022, n. 2980, *ivi*). Si è anche affermato, con riferimento al diniego dell'ascolto per "manifesta superfluità", che tale statuizione, se adeguatamente motivata, è incensurabile in cassazione (Cass. 11 dicembre 2023, n. 34560, in *De Jure*, spec. in motivazione).

superfluità di tale adempimento oppure per la “impossibilità fisica o psichica” del soggetto da ascoltare – ritengo che il giudice stesso sia tenuto a rendere conto in modo rigoroso e puntuale delle ragioni che lo hanno indotto a negare al minore la possibilità di esercitare questo suo fondamentale diritto⁷⁸.

4. *L'ascolto del minore nei procedimenti in cui “si prende atto di un accordo dei genitori relativo alle condizioni di affidamento dei figli”*

L'art. 473 bis. 4 c.p.c. si conclude prevedendo un'ulteriore ragione di (eventuale) deroga all'obbligo di ascoltare il minore, un'ipotesi che, per la sua specificità, merita di essere presa in considerazione separatamente dalle altre esaminate nel precedente paragrafo.

L'ultimo comma di tale disposizione stabilisce, infatti, che nell'ambito dei procedimenti nei quali “si prende atto di un accordo dei genitori relativo alle condizioni di affidamento dei figli”, il giudice debba procedere all'ascolto del minore solo qualora lo reputi “necessario”.

Tale precetto rappresenta il capovolgimento di quanto sanciva l'abrogato art. 337 *octies*, comma 1, c.c., ai sensi del quale, nei procedimenti in cui si omologava o si prendeva atto di un accordo dei genitori relativo alle condizioni di affidamento dei figli, la regola era che il giudice procedesse all'ascolto, salvo che ciò apparisse in contrasto con l'interesse del minore o manifestamente superfluo⁷⁹.

La riforma Cartabia sembra avere optato, invece, per il principio opposto: il giudice, ai sensi dell'ultimo comma art. 473 bis. 4 c.p.c., non è tenuto di norma ad ascoltare il minore, configurandosi tale incombente come “eccezionale” e condizionato al requisito della “necessità”.

Si tratta di una scelta a mio avviso errata per un duplice ordine di considerazioni: *in primis*, e soprattutto, perché degrada ad “eccezione” un principio, quello dell'ascolto del minore, che le altre norme contenute nel codice civile e in quello di rito (ma ancor prima le disposizioni sovranazionali) individuano opportunamente come “regola”, in quanto fondata sulla titolarità, in capo al

⁷⁸ Conf., nella sostanza, G.F. RICCI, *Alcune osservazioni sul nuovo processo di famiglia. Errori concettuali e disarmonie del sistema*, cit., 580.

⁷⁹ L'impostazione di tale norma – a mio avviso corretta e certamente preferibile, come subito dirò nel testo, a quella opposta che caratterizza, invece, l'ultimo comma art. 473 bis. 4 c.p.c. – era peraltro criticata da una parte della dottrina. Taluno, infatti, riteneva, con riferimento ai giudizi della crisi matrimoniale, che qualora vi fosse “piena concordia di vedute tra le parti [*i.e.*, tra i genitori]” e l'accordo sottoposto al vaglio del tribunale “risultasse *prima facie*” rispettoso dei principi e delle norme in materia di responsabilità genitoriale, l'ascolto del minore costituisse “un incombente non soltanto di scarso rilievo”, ma anche dannoso, e potesse quindi considerarsi di regola come “manifestamente superfluo” (“invertendo così l'apparente direzione della disposizione legislativa e salvi naturalmente i casi in cui il giudice si formi un differente convincimento nella vicenda”) (DANOVI, *Il processo di separazione e divorzio*, cit., 499): una tesi tuttavia – come ho accennato e meglio spiegherò nel prosieguo di questo paragrafo – che non reputo condivisibile.

minore stesso, del diritto a esprimere la propria opinione in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano⁸⁰. In secondo luogo, mentre l'abrogato art. 337 *octies*, comma 1, c.c. condizionava l'esclusione dell'ascolto ai criteri della "contrarietà all'interesse del minore" e della "manifesta superfluità"⁸¹, l'art. 473 *bis*. 4 c.p.c. utilizza al fine opposto, ovvero per procedere all'ascolto medesimo, il canone più generico della mera "necessità".

Detto ciò, riterrei auspicabile che nella prassi si affermi un'interpretazione sistematica di tale norma, nel senso che nei procedimenti *de quibus* i giudici considerino "necessario" l'ascolto del minore, ogni qualvolta esso non risulti in contrasto con l'interesse di quest'ultimo o manifestamente superfluo, riallineando così – in via ermeneutica – la nuova disposizione del codice di rito a quanto più opportunamente prevedeva l'abrogato art. 337 *octies*, comma 1, c.c.

5. Le conseguenze dell'omissione dell'ascolto o della sua invalidità

Autorevole dottrina ha sostenuto che la riforma Cartabia avrebbe dovuto disciplinare *per tabulas* le conseguenze processuali della violazione del dovere del giudice di procedere all'ascolto, chiarendo altresì se tale vizio sia rilevabile "anche d'ufficio da parte del giudice dell'impugnazione e, in caso di sussistenza", se si debba disporre "il rinvio al giudice di primo grado"⁸². Si tratta di un "rimprovero" certamente condivisibile, qualora si consideri che, in generale, esigenze di certezza (a garanzia delle parti) rendono sempre preferibile affidare alla legge e non all'interpretazione sistematica l'individuazione di eventuali nullità degli atti processuali e il loro regime.

Preso atto di questa lacuna normativa, occorre innanzitutto ricordare che la giurisprudenza di legittimità afferma da tempo che l'omesso ascolto del minore, se non congruamente motivato⁸³, determinerebbe la nullità del processo

⁸⁰ Vedi *supra* sub par. 1.

⁸¹ È da notare come anche la legislazione europea indichi un rapporto tra l'interesse del minore e il suo diritto all'ascolto nei procedimenti su base consensuale: al punto n. 39 dei *Considerando* del reg. UE n. 1111/2019 (sul quale vedi *supra* alla nota 12) si legge, infatti, che "pur rimanendo un diritto del minore, l'audizione di quest'ultimo non può costituire un obbligo assoluto, ma deve essere valutata tenendo conto dell'interesse superiore del minore, per esempio nei casi in cui esiste un accordo tra le parti".

⁸² Così, CARRATTA, *Rito unico per le controversie in materia di famiglia*, in *Enc. dir., I tematici*, IV, *Famiglia*, diretto da F. Macario, Milano, 2022, 1219 ss., spec. 1237, il quale opta per la soluzione positiva a tale quesito (*ergo*, rilevabilità del vizio anche ufficiosa da parte del giudice dell'impugnazione con rinvio al giudice di primo grado) sembrerebbe "obbligata" una volta che si riconosca "che l'ascolto del minore incide sul profilo dell'attuazione della garanzia del contraddittorio"; conf. BERTOLI, *L'ascolto della persona di età minore*, in *La riforma del processo e del giudice per le persone, per i minorenni e per le famiglie*, a cura di C. Cecchella, Torino, 2023, 259 ss., spec. 263.

⁸³ Si vuole fare riferimento, in particolare, all'ipotesi che il giudice non abbia proceduto all'ascolto ravvisando l'assenza di "capacità di discernimento" del minore infradodicesimo (requisito sul quale vedi *infra* nel testo) oppure per il sussistere di una delle ragioni ostative indicate

per violazione dei principi del contraddittorio e del giusto processo ai sensi e per gli effetti dell'art. 111 cost., vizio rilevabile non solo su iniziativa delle parti, ma anche d'ufficio⁸⁴.

In virtù di questo (consolidato) indirizzo interpretativo la nullità per omesso ascolto del minore si configurerebbe, quindi, come nullità assoluta *ex art.* 158 c.p.c.⁸⁵; ed è noto che, secondo l'opinione prevalente in giurisprudenza e avallata da una parte degli studiosi, le nullità assolute si convertirebbero in motivo di impugnazione *ex art.* 161, comma 1, c.p.c. (con la conseguenza, in forza di tale lettura, che qualora esse non siano espressamente fatte valere come motivo di impugnazione, non sarebbero rilevabili d'ufficio dal giudice di appello o di cassazione)⁸⁶.

Un orientamento, questo appena ricordato, discutibile, in quanto – come affermato in dottrina – “una nullità posta nell'interesse del minore (ed in quanto tale fatta propria dall'ordinamento e rilevabile d'ufficio), si trasformerebbe sostanzialmente in relativa, tornando nella disponibilità delle parti”⁸⁷.

Ecco allora che, pur consapevole della complessità dell'argomento, il quale meriterebbe approfondimenti di ordine generale e sistematico che sarebbe un fuor d'opera svolgere in questa sede⁸⁸, la disciplina della nullità per omissione dell'ascolto del minore (applicabile anche nel caso in cui tale incombente si svolga con modalità diverse da quelle previste dalla legge) potrebbe ragionevolmente fondarsi sui seguenti principi.

all'art. 473 *bis.*, comma 2, 4 c.p.c. (riguardo alle quali si rinvia *supra sub par.* 3), e non abbia, appunto, “espressamente” e “congruamente motivato” la propria scelta.

⁸⁴ Cfr. Cass., Sez. Un., 21 ottobre 2009, n. 22238, cit.; successivamente, tra le altre, Cass. 3 marzo 2023, n. 6503, in *D&G*, 3 marzo 2023; Cass. 2 settembre 2021, n. 23804, cit.; Cass. 25 gennaio 2021, n. 1474, in *D&G* 26 gennaio 2021; Cass. 24 maggio 2018, n. 12957, cit.

⁸⁵ Vedi DONZELLI, *Le disposizioni generali in materia di procedimento per le persone, i minorenni e le famiglie*, cit., 387 s.

⁸⁶ Da ultimo, vedi in tal senso Cass. 2 gennaio 2024, n. 26, in *De Jure*; Cass. 23 giugno 2023, n. 18086, in *Guida dir.*, n. 32-33, 46; Cass. 23 marzo 2021, n. 8104; Cass. 28 settembre 2010, n. 20348, in motivazione, in *Arch. loc.*, 2011, 453; per ulteriori riferimenti giurisprudenziali e l'indicazione della dottrina che condivide tale orientamento, vedi diffusamente R. POLI, *Commento all'art. 161 c.p.c.*, in *Codice di procedura civile*, diretto da C. Consolo, 6^a ed., I, Milano, 2018, 1936 ss.; ID., *Sulle nullità per vizi relativi alla costituzione del giudice e all'intervento del pubblico ministero*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 175 ss. e più di recente, ma con riferimento alla sola dottrina, DONZELLI, *Pregiudizio effettivo e nullità degli atti processuali*, 199 s., alla nota 30.

⁸⁷ Ancora DONZELLI, *Le disposizioni generali in materia di procedimento per le persone, i minorenni e le famiglie*, cit., 388.

⁸⁸ Sull'argomento, e segnatamente sulla disciplina delle nullità processuali civili, si ricordano per tutti, limitando l'attenzione ai contributi dottrinali più recenti, BESSO, in BESSO, LUPANO, *Atti processuali*, Bologna, 2016, *sub art.* 156-159 c.p.c., 686 ss. e *sub art.* 161-162 c.p.c., 798 ss.; F. AULETTA, *Nullità e «inesistenza» degli atti processuali civili*, Padova, 1999; R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, Torino, 2012; ID., *L'invalidità degli atti processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 353 ss.; DONZELLI, *Pregiudizio effettivo e nullità degli atti processuali*, Napoli, 2020.

Innanzitutto, posto che si tratta certamente di una nullità assoluta (e quindi rilevabile d'ufficio), l'interesse pubblico sotteso a tale adempimento dovrebbe indurre a rivalutare quell'opinione dottrinale secondo cui il principio di conversione delle nullità in motivi di impugnazione (ai sensi dell'art. 161, comma 1, c.p.c., come richiamato dall'art. 158 c.p.c.) va inteso nel senso di indicare esclusivamente il mezzo con cui le parti possono fare valere le nullità, mentre non interferisce affatto con i poteri di rilievo d'ufficio di queste ultime⁸⁹.

Ciò significa, a mio avviso, che quando l'impugnazione sia stata proposta contro il provvedimento riguardante il minore, senza che sia stato fatto valere il vizio dell'omesso ascolto del minore, tale invalidità potrà comunque essere rilevata d'ufficio dal giudice dell'impugnazione stessa (e ciò a prescindere che il giudice della sentenza impugnata si sia espressamente pronunciato su tale questione); in particolare – considerato il “superiore” interesse del minore quale *ratio* giustificatrice di questo adempimento processuale – riterrei ancora che, in mancanza di specifiche indicazioni normative, tale vizio sia rilevabile in ogni stato e grado del procedimento. Aggiungerei, altresì, che se tale omissione si verifica nel giudizio di primo grado, il giudice di appello, una volta rilevata la nullità, non dovrebbe rimettere la causa al giudice di *prime cure* – in quanto tale fattispecie non rientra fra quelle previste all'art. 354 c.p.c. – bensì provvedere senz'altro all'ascolto del minore⁹⁰.

Infine, per concludere sul punto, sarei propenso a reputare che le regole appena enunciate si applichino anche ogni qualvolta si verifichi un vizio relativo alla partecipazione all'ascolto delle altre “parti adulte”.

⁸⁹ Vedi, fra gli altri, LASERRA, *Il giudice dell'impugnazione e le nullità insanabili non dedotte*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 567 ss., spec. 571 ss.; BONSIGNORI, *Effetto devolutivo dell'appello e nullità insanabili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 1595 ss., spec. 1604 ss.; CONSO, *Prospettive per un inquadramento delle nullità processuali civili*, *ivi*, 1965, 110 ss., spec. 120 ss.; MARTINETTO, *Commento all'art. 161 c.p.c.*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da ALLORIO, I, 2, 1635 ss., spec. 1643, Torino, 1973 e, da ultimo, CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 13^a ed., II, Torino, 2023, 495 s. Per ulteriori riferimenti, si rinvia alle opere evocate *supra* alla nota 88.

⁹⁰ Così, ARCERI, *Il minore nel nuovo processo familiare: le regole sull'ascolto e la rappresentanza*, in *Fam. dir.*, 2022, 380 ss., spec. 386; in giurisprudenza, cfr., per esempio, in motivazione, Cass. 30 luglio 2020, n. 16410, in *D&G* 31 luglio 2021, con nota di MENDICINO, *Il diritto del minore ad essere ascoltato, nei giudizi che lo riguardano e di cui rimane parte sostanziale, è la forma di tutela dello stesso; contra*, BERTOLI, *L'ascolto della persona di età minore*, cit., 263.

Abstract [Ita]

Il saggio si occupa di analizzare la disciplina di cui all'articolo 473 bis 4 del Codice di Procedura Civile, introdotto dal d.lgs. n. 149 del 2022 (c.d. riforma Cartabia), che concerne i presupposti e limiti per l'adempimento del dovere di ascolto del minore sul piano processuale. Viene messo, innanzitutto, in evidenza come l'ascolto del minore sia un atto di carattere istruttorio, che rende possibile raccogliere i bisogni e le opinioni rappresentati dal minore nelle vicende in cui è coinvolto. Successivamente vengono analizzati i presupposti soggettivi del diritto del minore ad essere ascoltato, con particolare riguardo all'età e alla capacità di discernimento del minore. Attenzione specifica viene rivolta, inoltre, alle eccezioni rispetto al dovere del Giudice di procedere all'ascolto del minore, rilevando, in particolare, il riconoscimento della volontà del minore di non essere ascoltato.

Parole chiave: articolo 473 bis 4 del Codice di Procedura Civile; riforma Cartabia; diritto del minore ad essere ascoltato; capacità di discernimento; volontà del minore di non essere ascoltato.

Abstract [Eng]

The purpose of this paper is to analyse the provisions of article 473 bis 4 of the Code of Civil Procedure, introduced by Legislative Decree No. 149 of 2022 (the so-called Cartabia Reform), which concern the conditions and limits for the fulfilment of the obligation to listen to the child in court proceedings. First of all, it is emphasised that listening to the child is an investigation act that makes it possible to gather the needs and opinions represented by the child in the events in which he/she is involved. The subjective conditions for the child's right to be heard are then analysed, with particular reference to the child's age and capacity for discernment. Special attention is also given to the exceptions to the judge's duty to hear the child, with particular reference to the recognition of the child's will not to be heard.

Keywords: article 473 bis 4 of the Code of Civil Procedure; Cartabia Reform; child's right to be heard; capacity for discernment; child's will not to be heard.

La cartolarizzazione a valenza sociale quale strumento di finanza alternativa.

Riflessioni a margine del Disegno di Legge n. 669/2024

Patrizio Messina - Claudia Milli*

Sommario: 1. Premessa. – 2. La cartolarizzazione a valenza sociale: disciplina, finalità e struttura. – 2.1. Criticità all’attuale impianto normativo delle cartolarizzazioni a valenza sociale. – 3. Il ruolo e le attività della *Real Estate Owned Company*. – 4. Le disposizioni contenute nel Disegno di Legge n. 669/2024. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

L’obiettivo della presente ricerca è valutare se la fattispecie della cartolarizzazione a valenza sociale possa ritenersi un efficace metodo di finanza strutturata¹ o se, di contro, vi siano limiti alla diffusione e alla realizzazione di tale operazione. Dette valutazioni saranno svolte tenendo in considerazione il Disegno di Legge n. 669/2024, “Disposizioni volte ad agevolare il recupero dei crediti deteriorati con garanzia immobiliare”, attualmente al vaglio delle Istituzioni.

Occorre precisare la circostanza per cui, per il tramite della cartolarizzazione a valenza sociale, è possibile offrire supporto a coloro che si trovino in difficoltà nel pagamento delle rate dei mutui. A ben vedere, anche le Piccole e Medie Imprese, le quali rischiano di non adempiere agli obblighi derivanti dai finanziamenti, possono, per il tramite della cartolarizzazione a valenza sociale, continuare ad esercitare le proprie attività mantenendo il possesso del medesimo immobile concesso a garanzia.

* A Patrizio Messina sono attribuiti i paragrafi nn. 2 e 2.1. A Claudia Milli sono attribuiti i paragrafi 3 e 4. I paragrafi nn. 1 e 5 sono condivisi dagli autori.

¹ Con l’espressione “finanza strutturata” si intendono “i servizi relativi all’organizzazione di operazione basate sui flussi di cassa derivabili da assets o da progetti di investimento enucleati dalla gestione delle imprese clienti e spesso incapsulati in veicoli societari – definiti *Special Purpose Vehicles* (SPV) – appositamente costituiti”, definizione fornita da G. FORESTIERI (a cura di), *Corporate e investment banking*, Milano, 2007, p. 19.

È dunque il caso di precisare che l'istituto della cartolarizzazione², in via generale, è da considerarsi una forma di finanza alternativa³; in tale prospettiva, venendo al caso di specie, la società di veicolo d'appoggio, la *Real Estate Owned Company* (cd. ReoCo), è considerato un soggetto con finalità di supporto al finanziamento.

L'esigenza di utilizzare tale strumento è da rinvenirsi nelle note vicende degli ultimi anni (eventi pandemici e conflitti bellici⁴), a seguito delle quali si rinviene maggiormente l'esigenza di tutele economiche⁵ dei soggetti fisici e giuridici nonché di smaltimento dei crediti deteriorati nei bilanci bancari⁶. In particolare, con riguardo ai *Non Performing Loans* (NPLs) occorrerebbe

² Per un maggiore approfondimento in materia di cartolarizzazioni, sia consentito un rinvio a: P. MESSINA, *Le operazioni finanziarie nel diritto dell'economia. Finanza pubblica e d'impresa*, Milano, 2011.

³ Per un approfondimento sulla finanza alternativa, *ex multis*, a D. ROSSANO, *La finanza alternativa nella Capital Markets Union*, in *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale. Studi dedicati a Mauro Giusti*, M. PASSALACQUA (a cura di), Milano, 2021, p. 427 ss.

Inoltre, occorre precisare che, nell'ambito del progetto della *Capital Markets Union* vi sono, al presente, svariate iniziative volte a incoraggiare l'accesso delle imprese e delle PMI al mercato dei capitali europei, quale ad esempio l'introduzione dell'*UE Growth Prospectus e della categoria degli SME Growth Markets*. In dottrina, cfr. C. MANTA, *Cartolarizzazione: analisi e ruolo di uno strumento di finanziamento alternativo*, in *Amministrazione e Finanza*, dicembre 2003, p. 63. Più di recente, in dottrina, F.A. RE, *La cartolarizzazione come strumento di finanziamento alternativo*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, suppl. al n. 3, 2024. L'A. in particolare conclude il proprio contributo esprimendo che "In definitiva, la cartolarizzazione - insieme agli strumenti del private equity e del venture capital - può rappresentare una valida alternativa di finanziamento per le imprese rispetto al tradizionale ricorso al credito bancario".

⁴ Sul punto: www.quotidiano.net/economia/mutui-rate-non-pagate-cartolarizzazione-avalenza-sociale-cose-e-a-cosa-serve-3decdd1b.

Per approfondire l'importanza che sta assumendo la cartolarizzazione a livello europeo: E. LETTA, *Report Much More Than a Market*, aprile 2024.

⁵ Cfr. sul punto U. MALVAGNA, A. SCIARRONE ALIBRANDI, *L'onda lunga della pandemia e l'esigenza di una gestione "sociale" delle sofferenze bancarie*, in *Sistema produttivo e finanziario post Covid-19: dall'efficienza alla sostenibilità. Voci dal diritto dell'economia*, a cura di U. Malvagna - A. Sciarro Alibrandi, Pisa, 2021.

⁶ Cfr. *I crediti deteriorati (Non-Performing Loans - NPL) del sistema bancario italiano - Domande e risposte*, visionabile su www.bancaditalia.it/media/views/2017/npl/faq/index.html. Come emerge dalla Relazione del *Financial Stability Board* (FSB) pubblicata il 18 gennaio 2024 sono stati valutati positivamente i progressi compiuti finora dal nostro Paese nella riduzione dei crediti deteriorati nel settore bancario (NPLs). Inoltre, è il caso di specificare che la definizione di "crediti deteriorati" adottata dalla Banca d'Italia è quella armonizzate a livello europeo e riflette i criteri pubblicati nel 2013 dall'Autorità Bancaria Europea (EBA). Secondo quanto previsto dalla Circolare Bankitalia 272 del 30 luglio 2008 (Matrice dei Conti) i crediti deteriorati sono suddivisi in "sofferenze", "inadempienze probabili" e "esposizioni scadute e/o sconfinanti". In particolare: (i) le sofferenze (NPLs) sono esposizioni verso soggetti in stato di insolvenza o in situazioni sostanzialmente equiparabili; (ii) le inadempienze probabili (UTP) sono esposizioni (diverse da quelle classificate tra le sofferenze) per le quali la banca valuta improbabile, senza il ricorso ad azioni quali l'escussione delle garanzie, che il debitore adempia integralmente alle sue obbligazioni contrattuali; (iii) le esposizioni scadute e/o sconfinanti deteriorate sono esposizioni (diverse da quelle classificate tra le sofferenze o le inadempienze probabili) che sono scadute o eccedono i limiti di affidamento da oltre 90 giorni e oltre una predefinita soglia di rilevanza.

adottare una *strategia* che, attraverso l'elaborazione di soluzioni individuate dal confronto fra i diversi attori (tra gli altri, sistema bancario, investitori istituzionali e debitori – questi ultimi costituiti maggiormente da famiglie e piccoli imprenditori), abbia come obiettivo quello di mantenere il principio della *sana e prudente gestione* del sistema bancario e finanziario. Ciò, tenuto conto della necessità di preservare gli equilibri economici dei soggetti coinvolti, “offrendo ai debitori opportunità di rilancio in un percorso di dignità”⁷.

In detta prospettiva, come è stato anticipato, tale indagine sarà effettuata anche alla luce del recente Disegno di Legge n. 669/2024, volto ad agevolare il recupero dei crediti deteriorati con garanzia immobiliare. Di qui, si cercherà di confrontare il ruolo e le competenze del fondo immobiliare all'interno delle operazioni di smaltimento di crediti deteriorati con la figura della ReoCo.

Il perseguimento dello scopo della presente ricerca non potrà, inoltre, prescindere dall'approfondimento della disciplina riguardante la cartolarizzazione a valenza sociale, le ReoCo e l'inquadramento sistemico di queste ultime all'interno delle complesse operazioni di finanza strutturata.

2. La cartolarizzazione a valenza sociale: disciplina, finalità e struttura

Come è noto, la Legge di Bilancio 2020⁸ ha introdotto, all'interno del disposto legislativo n. 130/99⁹, il nuovo concetto di «cartolarizzazione a valenza

⁷ Cfr. sul punto U. MALVAGNA, A. SCIARRONE ALIBRANDI, *L'onda lunga della pandemia e l'esigenza di una gestione “sociale” delle sofferenze bancarie*, op. cit., p. 218 ss.

⁸ Legge 27 dicembre 2019 n. 160. “Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2020 e bilancio pluriennale per il triennio 2020-2022”.

⁹ Per una prima analisi approfondita della legge, un richiamo a P. FERRO-LUZZI, *La Cartolarizzazione. Commento alla legge n. 130/1999*, Milano, 2005. In Italia, la cartolarizzazione, tecnica finanziaria legata al fenomeno della disintermediazione, conosciuta nell'esperienza anglo-americana sin dai primi anni settanta, è stata fino ad oggi utilizzata non tanto come strumento di finanziamento in senso stretto, quanto piuttosto come tecnica contabile diretta alla riorganizzazione delle attività del cedente, coinvolgendo soprattutto soggetti di natura bancaria (sul punto v. S. SEPE, *Il servicer e l'attività di servicing: evidenza empirica e profili giuridici*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, Padova, 2002, p. 73 ss.; D. GALLETTI, *Disposizioni sulla cartolarizzazione dei crediti*, in *Le nuove leggi civili commentate*, a cura di M. Alberti, 2000, p. 1053 ss., secondo cui deve essere considerato l'impatto che le cartolarizzazioni di crediti possono avere sui patrimoni di vigilanza dei cedenti, trasformando un elemento di bilancio da attivo da ponderare a posta che incrementa i mezzi propri; da ultimo, C. D'ELIA, *Finanza strutturata e rilancio dell'economia europea. La securitization bancaria, assicurativa e di asset di proprietà intellettuale a sostegno della ripartenza*, in *Contr. e impr.*, 2024, p. 1179 ss.).

Sulla disciplina della cartolarizzazione, tra i molti: P. MESSINA, *Profili evolutivi della cartolarizzazione. Aspetti di diritto pubblico e privato dell'economia*, Torino, 2009; P. SCHLESINGER, *La cartolarizzazione dei crediti*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, p. 265 ss.; A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Brevi note sulla legge 30 aprile 1999, n. 130 recante Disposizioni sulla cartolarizzazione dei crediti*, in *Banca, borsa e tir. cred.*, 1999, I, p. 499 ss., che rileva come le operazioni di cartolarizzazione sono disciplinate a livello primario dalla l. 30 aprile 1999, n. 130, e a livello secondario dalla Circolare di Banca d'Italia 3 aprile 2015, n. 288.

sociale», modificando l'articolo 7.1 comma 1° e introducendo il comma *8-bis* nella medesima disposizione normativa¹⁰.

In particolare, ai sensi delle disposizioni di cui al comma 1 dell'art. 7.1, come modificato, trovano applicazione, su istanza del debitore, anche le cessioni effettuate nell'ambito di operazioni aventi una valenza sociale; esse, in particolare, prevedono la concessione in locazione al debitore, da parte della *Special Purpose Vehicle* (SPV), dell'immobile costituito a garanzia del credito ceduto.

La comprensione del concetto di “valenza sociale”, che evidentemente rievoca una cartolarizzazione improntata anche (e, forse soprattutto) agli interessi dei debitori ceduti, richiede un'analisi delle nuove disposizioni introdotte al fine di disciplinare tale strumento.

Occorre precisare che, ai sensi del dispositivo di cui al comma *8-bis* dell'art. 7.1, le operazioni rivestono una valenza sociale¹¹ «in forza della partecipazione di un'associazione di promozione sociale iscritta al registro da almeno cinque anni, ovvero di società o ente dalla stessa istituiti che assista il futuro conduttore nella stipulazione del contratto di locazione con la società veicolo di appoggio» (art. 7.1. comma 4 e 5).

Pertanto, la struttura di un'operazione di cartolarizzazione a valenza sociale si configura come segue.

Preliminarmente, avviene la cessione del credito deteriorato su istanza del debitore in favore di una società veicolo per la cartolarizzazione¹², anche nelle ipotesi in cui il soggetto cedente non sia una banca o un intermediario finanziario. Vi è poi la fase di acquisto del credito deteriorato con la finalità di concedere in locazione allo stesso debitore l'immobile costituito a garanzia del credito ceduto. In proposito occorre specificare che viene permesso al debitore stesso di continuare ad utilizzare l'immobile in qualità di locatario. Si noti peraltro che, a seguito delle modifiche apportate dalla Legge di Bilancio

¹⁰ Si veda, in proposito: A. SCOTTI, *La tutela del debitore nella cartolarizzazione di crediti e le questioni particolari per le esposizioni «deteriorate»*, in *Persona e Mercato*, 2023/4.

¹¹ Cfr. U. MALVAGNA, A. SCIARRONE ALIBRANDI, *L'onda lunga della pandemia e l'esigenza di una gestione “sociale” delle sofferenze bancarie*, op. cit., p. 219.

¹² Non è precisato all'interno delle disposizioni normative se tale istanza debba essere inoltrata alla SPV incaricata dell'acquisto del credito oppure all'associazione di promozione sociale che assiste il debitore nella successiva stipulazione del contratto di locazione, seppur sia legittimo pensare che, data la tecnicità della materia, l'intervento di un'associazione di promozione sociale sia operativamente necessaria (quantomeno, quale guida per il debitore). È solo il caso di precisare che le società veicolo devono essere considerate non mere articolazioni organizzative interne della cedente ma soggetti distinti e organizzati nelle forme delle società commerciali a tutti gli effetti (in questi termini v., da ultimo, Trib. Brindisi, 16 aprile 2024, in www.dirittodelrisparmio.it). Cfr. anche Provvedimento della Banca d'Italia, 12 dicembre 2023, in www.bancaditalia.it, ove la società veicolo viene definita come «l'impresa con sede legale in Italia che è costituita conformemente al diritto nazionale e comunitario e che si avvale di un soggetto incaricato di svolgere il ruolo di *servicer* ai sensi dell'art. 2, comma 6°, della Legge 30 aprile 199, n. 1302».

2020, tale disciplina trova applicazione indipendentemente dalla natura del soggetto cedente il credito, superando dunque il precedente limite soggettivo che restringeva il campo di applicazione della disposizione ai crediti deteriorati ceduti da banche o intermediari finanziari *ex art.* 106 TUB.

Infine è necessario che, all'operazione, partecipi un'associazione di promozione sociale (detta APS)¹³ iscritta al registro da almeno cinque anni al fine di assistere il debitore (in qualità di futuro conduttore) nella stipulazione del contratto di locazione con la società veicolo d'appoggio *ad hoc* costituita.

Tutto quanto considerato, sembrerebbe possibile ricostruire la cartolarizzazione a valenza sociale nei termini di un'operazione volta a garantire che il debitore di un mutuo ipotecario deteriorato possa, anche a seguito di cessione di tale credito deteriorato, continuare ad abitare il proprio immobile. Ciò, a ben vedere, non deve impattare negativamente sulle ragioni creditorie del soggetto cessionario di tale diritto creditorio¹⁴.

Come è stato anticipato, a tale scopo, è necessaria la costituzione di una società veicolo d'appoggio, che avrà l'obbiettivo di acquisire il bene immobile (o i beni immobili) su cui insiste la garanzia reale costituita a tutela del credito deteriorato, secondo le forme tecniche previste dall'articolo 7.1 della Legge sulla cartolarizzazione e consistenti nell'accollo del debito del relativo debitore ceduto e la liberazione di quest'ultimo. È il caso di evidenziare che, a differenza delle ReoCo costituite nell'ambito delle operazioni di cartolarizzazione immobiliare¹⁵, chiamate a gestire e valorizzare il bene immobile acquisito, la società veicolo d'appoggio di una cartolarizzazione a valenza sociale, avrà il compito di stipulare un contratto di locazione con il debitore ceduto; egli, inoltre, potrà prevedere anche il futuro riacquisto dell'immobile ai sensi del contratto di *rent to buy*.

I canoni di locazione che il debitore/conduttore pagherà alla ReoCo – e che costituiranno, insieme all'eventuale somma corrisposta a titolo di prezzo di riacquisto dei beni immobili, patrimonio segregato ai sensi della Legge sulla Cartolarizzazione – saranno utilizzati dalla stessa per soddisfare il pagamento del credito deteriorato acquistato dalla SPV.

La struttura testé descritta è caratterizzata da un importante *favor* fiscale, previsto esclusivamente per le società veicolo di appoggio che operano nel con-

¹³ Le associazioni di promozione sociale ("APS") sono state introdotte per la prima volta nel nostro ordinamento dalla Legge n. 383 del 7 dicembre 2000 ("Disciplina delle associazioni di promozione sociale") e, in quanto particolare categoria di enti del terzo settore, sono state anch'esse interessate dalla riforma del terzo settore avvenuta con l'entrata in vigore del D.Lgs. 03/07/2017, n. 117 (il "Codice del Terzo Settore").

¹⁴ Ovviamente, nel contesto dell'operazione di cartolarizzazione realizzata dalla SPV, quest'ultima si procurerà la provvista necessaria all'acquisto attraverso l'emissione di titoli *asset-backed*, che saranno poi sottoscritti da investitori professionali, secondo le norme di cui alla Legge sulla Cartolarizzazione.

¹⁵ Sul punto, R. PETRELLI, *La cartolarizzazione come strumento di investimento immobiliare*, in *Il sole 24 ore*, 2021.

testo di una cartolarizzazione a valenza sociale, che il legislatore ha introdotto proprio con la funzione di incentivare il ricorso a tale strumento¹⁶.

2.1. Criticità all'attuale impianto normativo delle cartolarizzazioni a valenza sociale

Alla luce di quanto sopra con riferimento alla struttura e alla finalità della cartolarizzazione a valenza sociale, a nostro avviso, occorre rappresentare, che ricostruire una concreta struttura di cartolarizzazione a valenza sociale non è impresa semplice, considerando la non estrema chiarezza della norma, ma anche la scarsa presenza nel mercato delle cartolarizzazioni di una simile struttura.

Come è noto, il mercato delle cartolarizzazioni non conosce, al presente, un'ampia applicazione di tale struttura e ciò sembrerebbe essere riconducibile ad alcuni aspetti non chiarissimi della norma, nonché da plurimi interrogativi lasciati aperti dall'impianto normativo stesso. In particolare, la normativa applicabile non chiarisce se la presentazione dell'istanza del debitore renda obbligatoria la concessione in locazione dell'immobile e non precisa termini e condizioni che dovrebbero regolare l'operazione, né effettivamente se la presentazione dell'istanza del debitore sia o meno obbligatoria e se debba essere documentata in qualche modo all'interno dell'operazione. Ancora, non è chiaro se siano richieste particolari formalità per la locazione o se il contratto di locazione debba prevedere particolari condizioni.

Se poi è chiara l'importanza del coinvolgimento dell'associazione di promozione sociale, non è invece chiaro se il debitore debba essere previamente associato o iscritto alla APS o possa iscriversi successivamente, o ancora se tale iscrizione non sia assolutamente necessaria.

Infine, quanto alla cartolarizzazione in sé, non è disciplinato chi debba verificare che la cartolarizzazione abbia effettivamente tutti i requisiti di "va-

¹⁶ In particolare, tali società potranno beneficiare, in fase di acquisto degli immobili, dell'applicazione delle imposte di registro, ipotecaria e catastale, nella misura fissa di 200 euro ciascuna, qualora la società veicolo d'appoggio dichiari, nell'atto di acquisto, l'intenzione di trasferire gli immobili entro quindici anni dalla data di acquisto – e comunque entro un limite temporale non inferiore alla durata della locazione. Al medesimo fine di agevolare il trasferimento dell'immobile alle società veicolo d'appoggio operanti nell'ambito di operazioni di cartolarizzazione con valenza sociale, il comma 8-bis prevede l'esonero per il venditore dalla consegna dei documenti relativi alla regolarità urbanistico-edilizia e fiscale, a condizione che, entro sei mesi dalla cessione, venga avviata l'istruttoria per la procedura volta ad ottenere la citata documentazione e che la stessa si concluda nel limite massimo di trentasei mesi. Da ultimo, nel caso di trasferimento effettuato alle società veicolo di appoggio a partire dal 2020, il relativo immobile sarà esente dall'imposta municipale propria, qualora permanga l'abitazione principale del debitore originario (che ne deteneva il possesso prima della cessione). Tale esenzione non troverà applicazione, tuttavia, per gli immobili classificati nelle categorie catastali A1, A8 e A9. Per ulteriori approfondimenti, si veda il Decreto-legge n. 124/2019 (c.d. Decreto Fiscale) società veicolo di appoggio.

lenza sociale”, né se la medesima ReoCo, nell’ambito della stessa cartolarizzazione, possa acquistare sia “crediti a valenza sociale” che “crediti non a valenza sociale”.

Quanto appena espresso non vuole rappresentare una critica a tale modello di cartolarizzazione, né deve scoraggiare dal vederla quale valido strumento, utile soprattutto in termini sociali, quanto piuttosto vuol essere un invito al compimento di uno sforzo – in particolare da parte del legislatore, ma anche degli operatori di mercato – in senso migliorativo delle norme proprie dello strumento, teso a renderlo ancor più appetibile, e in concreto utilizzabile a fini sociali.

In sintesi, con il nuovo comma 8-*bis* dell’articolo 7.1, il legislatore ha introdotto tre deroghe, corrispondenti ad altrettante innovazioni, rispetto al regime ordinario delle società veicolo di appoggio, prevedendo una disciplina *ad hoc* per quelle operanti nell’ambito di operazioni di cartolarizzazione con valenza sociale¹⁷.

3. Il ruolo e le attività della Real Estate Owned Company

All’interno dei soggetti coinvolti nelle operazioni di finanza strutturata, come è stato anticipato, assume rilievo la *Real Estate Owned Company*, ReoCo, quale società veicolo d’appoggio che opera nell’ambito di cartolarizzazioni di crediti in sofferenza garantiti da immobili¹⁸. In particolare, con il Decreto Crescita (Legge n. 34/2019) è stata introdotta la possibilità di costituire, in forma di società di capitali, un ente con funzioni di sostegno della SPV in fase di recupero dei crediti deteriorati (art. 7.1, comma 4, della legge n. 130/99), avente, in via alternativa, due oggetti sociali esclusivi.

È solo con la riforma dell’art. 7.1¹⁹ della legge n. 130/99, avvenuta con D.L. 24 aprile 2017 n. 50 (convertito in legge 21 giugno 2017 n. 96), che è stata, di fatto, legittimata la prassi relativa alla nascita delle società immobiliari c.d.

¹⁷ In particolare, tali società potranno beneficiare, in fase di acquisto degli immobili, dell’applicazione delle imposte di registro, ipotecaria e catastale nella misura fissa di 200 euro ciascuna qualora la società veicolo d’appoggio dichiarerà, nel relativo atto, che intende trasferirli entro quindici anni dalla data di acquisto e comunque entro un limite temporale non inferiore alla durata della locazione (laddove il termine ordinario sarebbe di cinque anni dalla data di acquisto).

¹⁸ F. PANETTA, *Sviluppi economici e politica monetaria nell’area euro*, 30° Congresso Assiom Forex, Genova, 10 febbraio 2024.

¹⁹ L’articolo 7.1 è stato introdotto nella Legge 130 nell’anno 2017, con D.L. 24 aprile 2017 n. 50 (convertito in Legge 21 giugno 2017, n. 96), codificando e legittimando di fatto la prassi della nascita delle società immobiliari – le cosiddette *real estate owner company*, ovvero anche ReoCo, poi meglio definite “società veicolo di appoggio nell’ambito della cartolarizzazione che acquisiscano, gestiscano e valorizzino gli immobili posti a garanzia dei crediti ceduti alla società veicolo di cartolarizzazione” – costituite a latere delle SPV per il *reposessing* degli immobili ipotecati a garanzia dei crediti.

ReoCo, costituite “a latere delle SPV 130 per il reposessing degli immobili ipotecati a garanzia dei crediti”²⁰.

In particolare, si ha riguardo ad una cd. *società veicolo d'appoggio*, la quale ha il compito di acquisire, gestire e valorizzare, nell'interesse del buon esito dell'operazione di cartolarizzazione, alternativamente “i beni immobili e mobili registrati nonché gli altri beni e diritti concessi o costituiti, in qualunque forma, a garanzia dei crediti oggetto di cartolarizzazione”²¹.

In tale ipotesi la SPV, a seguito della cessione dei titoli, acquista i crediti deteriorati garantiti da ipoteca affinché venga costituita una società veicolo d'appoggio (appunto, la ReoCo), la quale, a propria volta, ottiene la titolarità del diritto di proprietà del bene oggetto di ipoteca²². In altri termini, un'operazione di cartolarizzazione di crediti deteriorati, coperti da garanzia ipotecaria, si divide, a propria volta, in due operazioni differenti: da un lato, l'emissione di titoli da parte della SPV per acquistare i crediti garantiti da ipoteca e, dall'altro, l'acquisto nella titolarità dei beni ipotecati, tramite la ReoCo.

È poi compito della ReoCo gestire, valorizzare e dismettere gli immobili acquistati, trasferendo i proventi della gestione alla SPV, la quale li impiegherà per il rimborso dei titoli emessi. In tal modo²³, la ReoCo assume su di sé il rischio della gestione garantendo, pertanto, che la SPV sia *esonerala* dai rischi e dalle responsabilità derivanti dalla gestione degli *asset* ipotecati.

Inoltre, il suddetto comma 4 dell'art. 7.1 prevede che “i beni, diritti e le somme in qualsiasi modo derivanti dai medesimi nonché ogni altro diritto acquisito (...) costituiscono patrimonio separato a tutti gli effetti da quello delle società stesse e da quello relativo alle altre operazioni”. Pertanto, in virtù del già noto principio della separazione patrimoniale, le somme derivanti dell'attività della ReoCo sono destinate *in via esclusiva* alla sod-

²⁰ Cfr. V. SOLIMENO, *Le operazioni di cartolarizzazione a valenza sociale*, in *diritto bancario*, ottobre 2021.

²¹ Oppure «i beni oggetto di contratti di locazione finanziaria, anche se risolti, eventualmente insieme con i rapporti derivanti da tali contratti» (LeaseCo). Sotto altro profilo, è doveroso rappresentare altresì che il legislatore nazionale ha previsto, al comma 5 dell'art. 7.1, che sia la stessa banca concedente il leasing e titolare dell'immobile oggetto di locazione finanziaria a cedere i rapporti di leasing e, di conseguenza, la titolarità degli immobili, ad una società veicolo d'appoggio denominata LeaseCo, la quale è costituita *ad hoc* per lo svolgimento dell'operazione di cui trattasi. In altri termini, nell'analogo contesto di una operazione di cartolarizzazione avente ad oggetto crediti deteriorati ceduti da banche o intermediari finanziari ex 106 del TUB, l'SPV acquista, per il tramite della LeaseCo, il bene oggetto dei contratti di locazione finanziaria, subentrando per tale via nei rapporti derivanti da tali contratti.

²² Per approfondimenti, cfr., V. SOLIMENO, *L'acquisto di immobili nel contesto delle operazioni di cartolarizzazione*, su *dirittobancario.it*, marzo 2019.

²³ Al riguardo, dalla lettura dell'art. 7.1, comma 4, e degli artt. 7, comma 1, lett. b-bis e 7.2, che disciplinano la cartolarizzazione cd. immobiliare, emerge la principale differenza tra le due fattispecie. Infatti, nel caso della cartolarizzazione cd. immobiliare tale ipotesi è riconosciuta la possibilità da parte della stessa SPV di effettuare l'intera operazione di cartolarizzazione, senza dover costituire un altro veicolo con risparmio di tempi e costi. Pertanto, sarà l'SPV ad acquisire gli immobili e dalla gestione e vendita degli stessi derivano i proventi da cartolarizzare.

disfazione dei diritti incorporati nei titoli emessi e al pagamento dei costi dell'operazione.

Qualora, poi, la cessione abbia ad oggetto i beni rientranti nell'ambito della locazione finanziaria e i relativi contratti, la società veicolo d'appoggio (art. 7.1 comma 4) deve essere consolidata nel bilancio di una banca o di un intermediario finanziario di cui all'art. 106 del TUB²⁴, anche se non facente parte del gruppo bancario²⁵.

²⁴ Come è noto, l'art. 2, comma 6°, l. 130/199 prevede che, in presenza di un credito cartolarizzato, l'attività di c.d. servicing finalizzata alla riscossione debba essere svolta solo dalle società vigilate, iscritte all'albo di cui all'art. 106 TUB, preventivamente indicate nell'avviso di cessione pubblicato in G.U. e corrispondenti alle società indicate nei prospetti informativi afferenti ai titoli collocati sul mercato. Da ultimo, occorre fare riferimento al d.lgs. del 30 luglio 2024, n. 116, il quale introduce un complesso di previsioni che integrano il TUB con l'inserimento, tra l'altro, di un nuovo Capo denominato "Acquisto e gestione di crediti in sofferenza e gestori di crediti in sofferenza" nel Titolo V dedicato ai "Soggetti operanti nel settore finanziario". Con la riforma in discorso viene disciplinata una nuova figura di intermediario introdotta dalla Direttiva, i.e. "gestore di crediti in sofferenza" e, cioè, un soggetto sottoposto ad autorizzazione e vigilanza della Banca d'Italia.

La legge riserva, quindi, esplicitamente a banche e intermediari finanziari iscritti all'albo ex art. 106 TUB la riscossione dei crediti ceduti e i servizi di cassa e pagamento, nonché le verifiche di conformità delle operazioni alla legge e ai prospetti informativi. Sotto il profilo giurisprudenziale: Trib. Siena, 26 gennaio 2024, in www.dirittodelrisparmio.it, che ha affermato come l'art. 106 TUB impone ai fini dell'esercizio dell'attività di concessione di finanziamenti nei confronti del pubblico l'iscrizione da parte degli intermediari finanziari nello specifico albo tenuto dalla Banca d'Italia. L'art. 106 TUB si riferisce espressamente all'esercizio nei confronti del pubblico dell'attività di concessione di finanziamenti riservato agli intermediari finanziari autorizzati alla concessione di finanziamenti ed a tali attività devono equipararsi una serie di attività riservate in ambito finanziario quali, in particolare, l'attività di riscossione del credito. La valenza "pubblica" dell'attività giustifica la riserva della stessa solo a favore di soggetti appositamente autorizzati e dunque vigilati e ciò a presidio non solo della correttezza e legalità della condotta da essi direttamente adottata ma anche della loro affidabilità e stabilità (in argomento, v. F. VOLPE, *L'esercizio nei confronti del pubblico*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2000, I, p. 643). Sul punto è doveroso menzionare l'ordinanza n. 7243/2024 del 18 marzo 2024 della Suprema Corte di Cassazione che si è espressa in materia di *servicing* Per un approfondimento, si veda: I. SABBATELLI, *Art 106 T.U.B. e crediti cartolarizzati: quale interesse?* (Art. 106 T.U.B. and securitized credits: what interest?) nota al decreto delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 17 maggio 2024, n. 13749, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, 2/2024.

²⁵ Cfr. V. SOLIMENO, op. cit., p. 8. Sotto altro profilo, il legislatore nazionale ha previsto, al comma 5 dell'art. 7.1, che sia la stessa banca concedente il *leasing* e titolare dell'immobile oggetto di locazione finanziaria a cedere i rapporti di *leasing* e, di conseguenza, la titolarità degli immobili, ad una società veicolo d'appoggio denominata LeaseCo, la quale è costituita *ad hoc* per lo svolgimento dell'operazione di cui trattasi. In altri termini, nell'analogo contesto di una operazione di cartolarizzazione avente ad oggetto crediti deteriorati ceduti da banche o intermediari finanziari ex 106 del TUB, l'SPV acquista, per il tramite della LeaseCo, il bene oggetto dei contratti di locazione finanziaria, subentrando per tale via nei rapporti derivanti da tali contratti. Appare condivisibile che il favor per l'utilizzo di dette società possa essere imputato anche al regime favorevole applicabile alle operazioni che le vedono coinvolte. Per quel che concerne il regime fiscale applicabile ai casi di specie la legge 130/99, nella formulazione attuale, e non reca alcuna disposizione *ad hoc* in merito alla disciplina fiscale applicabile alle cessioni di beni immobili in favore di SPV «immobiliari» ex art. 7.2 della legge 130/99. Di conseguenza, dovrebbe rendersi applicabile la disciplina ordinaria delle cessioni immobiliari per IVA, Imposte

4. Le disposizioni contenute nel Disegno di Legge n. 669/2024

Come è stato anticipato, si ritiene opportuno dare conto del Disegno di Legge n. 669/2024, in attesa di riesame della sesta Commissione permanente Finanze e Tesoro, contenente le Disposizioni volte ad agevolare il recupero dei crediti deteriorati con garanzia immobiliare, al fine di poter svolgere talune considerazioni in ordine ai limiti giuridici imposti alle operazioni in discorso.

L'obiettivo perseguito con il Disegno di Legge in esame è, in via generale, consentire un'importante diminuzione del volume dei *Non Performing Loans* e migliorare le condizioni economiche in cui versano le famiglie e le PMI italiane. Più specificatamente, il DDL n. 669/2024 intende liberare il debitore dai gravami che incombono su di lui nei confronti del creditore e, al contempo, soddisfare gli interessi di quest'ultimo. Ciò appare essere conforme con le disposizioni della Commissione europea²⁶ di voler equilibrare la posizione del debitore e del creditore. È dunque evidente come una tale finalità si distingua per la sua volontà di garantire gli interessi delle parti del rapporto obbligatorio.

Occorre precisare che all'art. 2 viene disciplinato il fondo immobiliare quale soggetto attivo dell'articolata operazione di cui trattasi. Esso può infatti essere il fondo di investimento alternativo immobiliare di tipo chiuso e riservato; si osservi come la partecipazione al fondo è ammessa solo ad investitori professionali e alle categorie di investitori individuate dal regolamento previsto dall'articolo 39 del Testo Unico della Finanza.

Inoltre, ai sensi dell'art. 2 viene previsto che la finalità dell'utilizzo di fondi immobiliari è quello di rendere più efficiente ed efficace la gestione dei crediti deteriorati. In particolare, i fondi immobiliari, autonomamente o su richiesta dei creditori o dei debitori, potrebbero formulare una proposta di acquisto

di registro, Ipotecarie e Catastali. Assumendo che gli immobili siano di proprietà di una società per azioni, esercente attività commerciale, appartengano alle categorie catastali A 10, B, C, D, E (c.d. immobili strumentali) e siano ceduti ad una SRL italiana (SPV), si riassume di seguito la disciplina applicabile: imposta di registro è sempre dovuta in misura fissa (€ 200); le imposte ipotecarie e catastali: (i) sono generalmente dovute in misura proporzionale pari al 3% (imposta ipotecaria) + 1% (imposta catastale), complessivamente il 4%, del valore di mercato dell'immobile; (ii) sono dovute in misura fissa (euro 200 + euro 200) qualora l'immobile sia in corso di costruzione o nell'immobile compravenduto siano in corso interventi di restauro e risanamento conservativo, ristrutturazione edilizia e ristrutturazione urbanistica ex art. 3, comma 1 lettere c), d) e f) d.p.r. 380/2001 (di seguito "Interventi di Recupero") (gli interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria ex art. 3, comma 1, lettere a) e b) d.p.r. 380/2001 non rientrano fra gli Interventi di recupero).

²⁶ Comunicazione della Commissione Europea, *Tackling non-performing loans in the aftermath of the COVID-19 pandemic*, 16 dicembre 2020, p. 2: «The Commission believes that an effective strategy should focus on a mix of complementary policy actions in order to: (i) further develop secondary markets for distressed assets, which would allow NPLs to be moved off the banks' balance sheets while ensuring adequate protection for debtors; and (ii) reform the insolvency and debt recovery frameworks, ensuring an appropriate balance of interests between creditors and debtors. [...] Lastly, banks should be incentivised as much as possible to apply a proactive approach to engage with their debtors early and constructively».

degli immobili posti a garanzia dei crediti deteriorati affinché il relativo prezzo di vendita sia destinato al pagamento di tali esposizioni.

Appare in questa sede opportuno specificare che al fondo immobiliare che partecipa all'operazione sono concesse specifiche agevolazioni fiscali. In particolare, fermo restando il regime che si applica ai fondi immobiliari in via generale, le imposte indirette a carico del fondo immobiliare, fino a quando è proprietario dell'immobile, sono le medesime che si applicherebbero al debitore e proprietario originario dell'immobile oggetto dell'operazione; b) gli accordi transattivi definiti nel contesto delle operazioni sono esenti da imposte di bollo e di registro; c) i redditi prodotti dalla detenzione delle quote dei fondi immobiliari, anche se cedute a soggetti diversi dagli originari partecipanti, sono esenti dall'imposta sul reddito fino alla data di scadenza dei fondi immobiliari; d) la cancellazione delle ipoteche iscritte sugli immobili in discorso è esente da tassazione e i relativi oneri, per la parte residua, concorrono alla quantificazione del prezzo di vendita dell'immobile al fondo immobiliare (art. 3 comma 1). Tali condizioni si applicano anche nel caso di acquisto dell'immobile da parte del fondo immobiliare in sede di asta o di proposta di acquisto in una procedura concorsuale, previo accordo preventivo con il debitore.

Ferme restando le finalità della proposta legislativa in discorso, occorre precisare che si rinvencono delle incongruenze all'interno di tale testo normativo. In particolare, il riferimento contenuto nel comma 1° dell'articolo 2, che prevede la possibilità per i creditori di avvalersi dell'intervento dei fondi immobiliari, appare superfluo. Ciò in quanto il comma 2° del medesimo articolo fornisce una chiarificazione più dettagliata dei soggetti promotori, stabilendo che i fondi immobiliari possono agire autonomamente o, alternativamente, su impulso dei creditori o, ancora, dei debitori stessi.

A nostro avviso, tale disposto normativo è foriero di incertezze interpretative, minando per tal via alla coerenza dell'intero testo di legge. Sicché, una maggiore chiarezza nella formulazione potrebbe contribuire ad evitare possibili ambiguità degli operatori nel complesso atto interpretativo.

5. Considerazioni conclusive

Alla luce di tutto quanto sopra considerato occorre comprendere se vi siano ostacoli alla realizzazione della cartolarizzazione a valenza sociale. Ciò poiché, materialmente (e come è stato anticipato) non si sono ravvisati elevati impieghi di tale strumento di finanza strutturata²⁷.

L'operazione di cartolarizzazione sembra rappresentare una significativa opportunità di accesso al mercato dei capitali, anche per le imprese di di-

²⁷ In Italia, infatti, vi è il caso di: *Save Your Home* (SYHO) che è la prima piattaforma di cartolarizzazione a valenza sociale in Italia. Per ulteriori approfondimenti sul punto, sia consentito un rinvio a: www.creditvillage.news.

mensioni medie. Infatti, queste imprese sono frequentemente associate a un elevato livello di rischio, che limita in modo sostanziale le loro possibilità e capacità di accedere a finanziamenti tradizionali. Al contrario, partecipare a un programma di cartolarizzazione potrebbe permettere alle imprese di ottenere risorse finanziarie senza essere vincolate al profilo di rischio dell'impresa, rendendo il processo più semplice e conveniente.

In altre parole, la cartolarizzazione potrebbe anche agire come un motore per l'innovazione finanziaria, contribuendo non solo a diversificare le modalità di raccolta di fondi, ma anche a facilitare in modo efficiente la diversificazione del rischio.

A ben vedere, le ragioni per cui un'impresa può decidere di far ricorso allo strumento della cartolarizzazione come forma alternativa di finanziamento al tipico canale bancario è da rinvenirsi nel binomio "redditività e flessibilità"²⁸. Più in particolare, i possibili benefici che la cartolarizzazione dei crediti offre all'*originator* può essere ricondotta alla possibilità di ricorrere ad una fonte di finanzia alternativa; al minor costo del finanziamento; al finanziamento fuori bilancio²⁹.

Ciò posto, appare tuttavia doveroso evidenziare come il principale ostacolo alla realizzazione di detta modalità operativa sembrerebbe essere costituito dallo *spread* che intercorre tra il *Net Book Value*³⁰ (NBV) delle sofferenze e il loro valore di cessione, nel contesto di questa specifica tipologia di cartolarizzazioni (caratterizzate da rendimenti inferiori per gli investitori, specialmente nell'immediato).

Sicché, tale limite comporta una generale ritrosia degli operatori nell'avvicinarsi allo strumento in questione, nonché, dal punto di vista tecnico, la necessità di valutare con attenzione la compatibilità di una cessione ad un prezzo inferiore al NBV.

Nella medesima prospettiva appare essere il Disegno di Legge n. 669/2024, il quale conferisce rilievo alla previsione secondo cui il prezzo di vendita dell'immobile (posto a garanzia del credito deteriorato) non potrà superare, alternativamente, uno dei seguenti valori: il valore contabile netto di iscrizione del credito deteriorato nel bilancio del creditore, incrementato delle sole spese connesse alla realizzazione dell'operazione; il prezzo di cessione del credito, ove il credito deteriorato sia stato acquistato dal creditore in virtù di un contratto di cessione di crediti, o se maggiore, il valore di iscrizione dello stesso nel bilancio del cessionario, aumentato delle sole spese connesse alla realizzazione dell'operazione; il valore di vendita in sede d'asta dell'immobile

²⁸ J. HENDERSON, J.P. SCOTTO, *Securitisation*, Woodhead-Faulkner, 1988.

²⁹ M. DAMILANI, *Finanza strutturata. Le operazioni di cartolarizzazione dei crediti*, Torino, 2023.

³⁰ Per un approfondimento sul significato di *Net Book Value* a F. CAPUTO NASSETTI, *Cartolarizzazione senza cessione e scissione della banca: una combinazione ed una alternativa per superare la crisi bancaria*, in *dirittobancario.it*, 7 giugno 2016.

determinato sulla base di una relazione di stima predisposta in data non anteriore a novanta giorni rispetto alla data di stipulazione dell'accordo da un esperto indipendente; e, infine, il valore indicato nella stima di sposta dal giudice e dal consulente tecnico d'ufficio nell'ambito del procedimento esecutivo ovvero alla base d'asta dell'incanto che si sarebbe dovuto tenere in una data immediatamente successiva a quella dell'accordo.

Sicché, si rinvengono limiti al profitto che potrebbe derivare dall'operazione. Più specificatamente, emerge come, in fase di eventuale conversione, detti limiti dovrebbero essere ridotti al fine di agevolare la diffusione della cartolarizzazione a valenza sociale, la quale potrebbe essere un valido strumento di sostegno alle Piccole e Medie Imprese.

Più in generale, non vi è dubbio che, in una situazione di un'ampia mole di crediti deteriorati che devono essere smaltiti, la vigente regolamentazione prudenziale dell'attività bancaria richieda, a livello europeo prima e nazionale dopo, un ripensamento della flessibilità normativa e non disposti normativi dal contenuto incerto.

Tuttavia, risulta oggi davvero improcrastinabile affrontare la questione della gestione delle sofferenze bancarie nonché delle inadempienze probabili con una visione differente e più ampia di quella attuale, volta unicamente a consentire alle banche, tramite processi di dismissione degli attivi non performanti, di assolvere agli stringenti requisiti patrimoniali che sono loro imposti.

Abstract [Ita]

Il proposito della presente analisi è esaminare se la cartolarizzazione a fini sociali possa costituire un metodo efficace di finanza strutturata o se, al contrario, vi siano limitazioni alla sua diffusione e implementazione. Inoltre, tale ricerca approfondisce il Disegno di Legge n. 669/2024, intitolato “Disposizioni per agevolare il recupero dei crediti deteriorati garantiti da immobili”, attualmente in fase di valutazione da parte delle Istituzioni competenti.

Occorre, infine, specificare che suddetti approfondimenti saranno effettuati nell’ottica di valorizzare lo strumento della cartolarizzazione e, in particolare, quella a valenza sociale quale strumento di finanza alternativa.

Parole chiave: finanza; cartolarizzazione; valenza sociale; crediti deteriorati; immobili.

Abstract [Eng]

This paper aims to examine whether social-purpose securitization can be an effective method of structured finance, or if, on the contrary, there are limitations to its dissemination and implementation. This analysis will take into account Bill No. 669/2024, titled “Provisions to Facilitate the Recovery of Non-Performing Loans Secured by Real Estate,” which is currently under evaluation by the relevant institutions.

These in-depth analyses will be carried out with the aim of enhancing the tool of securitization, and in particular, social-purpose securitization as a means of alternative finance.

Keywords: finance; securitization; social value; impaired loans; real estate.

