

# ARCHIVIO GIURIDICO SASSARESE

L'autodeterminazione del minore nella  
contemporaneità

Tomo II

a cura di Maria Teresa Nurra e Margot Musson

Carlo Attanasio, Federica Chironi, Ilaria Garaci,  
Roberta Guainella, Blandine Mallevaey,  
Maria Teresa Nurra, Ludovic Pailler  
Jean-Pierre Rosenczveig, Maria Luisa Serra,  
Christian Giuseppe Comito, Aldo Petrucci.

XXIX

2024-2

Luglio - Dicembre

INSCHIBBOLETH



# 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)

*Vice-Direttore scientifico*

Luigi NONNE (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 (Uni-

versità 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); 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”); Maurilio 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 PUCELLA (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.*

Rivista on line open access. Indirizzo web: [www.archiviogiuridicosassarese.org](http://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: 978-88-5529-578-9

© 2024, Associazione Giuridica Sassarese.

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

Fascicolo n. 2/2024, luglio-dicembre, pubblicato online il 31 marzo 2025.



## INDICE

*L'autodeterminazione del minore nella contemporaneità*

Tomo II

a cura di

Maria Teresa Nurra e Margot Musson

- CARLO ATTANASIO, *Transizione sessuale e autodeterminazione del minore* p. 11
- FEDERICA CHIRONI, *L'investimento dei capitali del minore: profili di (in)compatibilità tra la MiFID II e l'art. 372 c.c.* p. 41
- ILARIA GARACI, *L'autodeterminazione digitale del minore e i confini della responsabilità genitoriale* p. 55
- ROBERTA GUAINELLA, *L'ascolto del minore nei procedimenti che lo riguardano: uno sguardo alla disciplina in tema di adozione* p. 73
- BLANDINE MALLEVAEY, *Autodétermination, autonomie personnelle et participation de l'enfant mineur aux décisions* p. 91
- MARIA TERESA NURRA, *Il consenso del minore alla diffusione della propria immagine* p. 111
- LUDOVIC PAILLER, *Le mirage de l'autodétermination informationnelle du mineur* p. 133
- JEAN-PIERRE ROSENCZVEIG, *En France, l'enfant mineur d'âge dispose-t-il de la capacité à décider pour son bien ?* p. 149
- MARIA LUISA SERRA, *La revocazione del giudicato civile per contrarietà alla CEDU e brevi note in tema di tutela dello status di filiazione* p. 169

CHRISTIAN GIUSEPPE COMITO, *La tutela del consumatore nella Direttiva 93/13/CEE. Analisi dell'evoluzione giurisprudenziale dei tre concetti di: chiarezza, informazione e significativo squilibrio* p. 193

ALDO PETRUCCI, *Note a margine del legame tra diritto romano e ordinamento privatistico cinese* p. 215





# Transizione sessuale e autodeterminazione del minore

Carlo Attanasio

*Sommario:* 1. Cenni essenziali sul fenomeno del transessualismo. – 1.1. La tutela giuridica dell'individuo transessuale nel percorso di affermazione del genere. – 2. Transessualismo e minore età. – 2.1. Le possibili tappe del processo di transizione sessuale del minore. – 3. Consenso informato, rappresentanza dei genitori e capacità di discernimento del minore. – 4. Possibili rimedi al conflitto tra genitori e figlio transessuale.

## 1. Cenni essenziali sul fenomeno del transessualismo

La tralattizia contrapposizione tra due soli generi<sup>1</sup>, maschile e femminile, fondata puramente sulle caratteristiche sessuali biologiche – genotipiche e fenotipiche – dell'individuo, incide in misura rilevante sul fenomeno tutt'altro che infrequente del transessualismo<sup>2</sup>. Tale fenomeno si verifica allorquando il c.d. sesso psicologico, ossia quello al quale l'individuo sente interiormente di appartenere, non corrisponde a quello biologico, sulla cui base la legge stabilisce l'assegnazione sessuale alla nascita, bensì al sesso opposto. In tali casi, dunque, l'identità di genere<sup>3</sup> del soggetto si caratterizza per una marcata

<sup>1</sup> Si tratta del c.d. binarismo di genere, su cui recentemente v. B. PEZZINI, *Il binarismo di genere come problema di bio-diritto*, in *BioLaw Journal – Rivista di biodiritto*, 1, 2023, pp. 59 ss. La questione del binarismo di genere è stata da ultimo affrontata da C. Cost., 23 luglio 2024, n. 143, reperibile su *cortecostituzionale.it*, dove però la Consulta, «pur evidenziando un problema di tono costituzionale [...] per le ricadute sistematiche che implicano», ha ritenuto inammissibili le questioni di legittimità costituzionale avanzate sul punto dal Tribunale di Bolzano, in quanto esorbitanti il sindacato della Corte costituzionale, evidenziando però come sia opportuno porre «la condizione non binaria all'attenzione del legislatore, primo interprete della sensibilità sociale».

<sup>2</sup> Per un approfondimento generale del tema si vedano, *ex multis*, le seguenti voci enciclopediche: F. BILOTTA, voce *Transessualismo*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg.\*\*\*\*\**, Torino, 2013, pp. 732 ss.; S. PATTI, voce *Transessualismo*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, pp. 416 ss.; P. STANZIONE, voce *Transessualità*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, pp. 874 ss.; P.M. VECCHI, voce *Transessualismo*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXI, Roma, 1994, pp. 1 ss. Tra le opere monografiche cfr. A. LORENZETTI, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, 2013, spec. pp. 19 ss.; G. SCIANCALEPORE – P. STANZIONE, *Transessualismo e tutela della persona*, Milano, 2002.

<sup>3</sup> Con il sintagma "identità di genere" può intendersi, seppur in via di estrema esemplificazione, la percezione soggettiva e interiore del proprio genere e della propria sessualità, anche eventualmente in contrapposizione al sesso assegnato alla nascita. Cfr., con differenti sfumate

dissociazione tra soma e psiche<sup>4</sup>, ciò che lo induce generalmente (ma non necessariamente<sup>5</sup>) ad intraprendere un percorso diretto all'adeguamento delle caratteristiche fisico-biologiche esteriori rispetto all'interno sentire, attraverso interventi chirurgici e/o ormonali sui caratteri sessuali primari e/o secondari<sup>6</sup>. Secondo gli approdi medici più recenti, il transsexualismo – da intendersi quale specifica manifestazione del generico transgenderismo<sup>7</sup> – non può più ritenersi

ture, R. DAMENO, *Gl'ile adolescenti transgender: una riflessione socio-giuridica*, in *Sociologia del diritto*, 1, 2017, p. 37; N. POSTERARO, *Transsexualismo, rettificazione anagrafica del sesso e necessità dell'intervento chirurgico: riflessione sui problemi irrisolti alla luce della recente giurisprudenza nazionale*, in *Riv. it. med. leg.*, 4, 2017, p. 1350, nota n. 1; F. SIGNANI – N. NATALINI – C. VAGNINI, *Minori Gender Variant: il ruolo che un'Azienda Sanitaria può (deve?) svolgere*, in *FOCUS: Minori gender variant: aspetti e punti di vista*, in *GenIUS*, 2, 2020, p. 73, nonché P. VALERIO – C. SCANDURRA – F. MEZZA, *Transfobia e pressione sociale*, ivi, p. 83; P. STANZIONE, voce *Transsexualità*, cit., p. 875.

<sup>4</sup> Su tutti si veda A. LORENZETTI, *La condizione giuridica del bambino e dell'adolescente transgender tra diritto alla salute, autodeterminazione e (in)certezza del diritto*, in *Ragion pratica*, 2, 2020, p. 533.

<sup>5</sup> È chiaro sul punto P. STANZIONE, voce *Transsexualità*, cit., p. 877, per il quale «Il cammino verso l'altro sesso è un processo di chiarificazione nei riguardi della società e di pacificazione interiore. Ma tale strada non è percorsa sempre». Cfr. in proposito anche S. PATTI, *Il transsexualismo tra legge e giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (e delle Corti costituzionali)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1, 2016, p. 145, secondo cui «pur se molte persone transsexuali desiderano ancora le modifiche dei caratteri sessuali per le quali è necessario sottoporsi ad un intervento chirurgico, aumentano i casi di persone che non lo vogliono e anzi ad esso si oppongono».

<sup>6</sup> Si veda A. SCHUSTER, «*Identità di genere: tutela della persona o difesa dell'ordinamento?*», in *Nuova giur. civ. comm.*, 3, I, 2012, p. 260, il quale evidenzia come solitamente sia presente nel transsexualo «la volontà di rendere il proprio corpo quanto più congruo possibile a quello dell'altro sesso tramite trattamento chirurgico e ormonale»; similmente v. anche A.M. CALDARERA – C. BAIETTO – A. ZANGARI – D. MASSARA, *La disforia di genere in età evolutiva: la presa in carico a sostegno del benessere psicologico*, in *Minori giust.*, 3, 2020, p. 154, per i quali «la maggior parte [dei transsexuali] vorrebbe ottenere interventi ormonali e/o chirurgici che permettano, attraverso la modificazione dei caratteri sessuali secondari e il riconoscimento anagrafico, di allineare le caratteristiche fisiche con la percezione soggettiva di appartenenza al genere».

Non si può escludere che l'individuo, di fronte ad una avvertita dissociazione tra sesso psicologico e sesso biologico, anziché voler riallineare il secondo al primo, attraverso interventi volti a modificare i propri caratteri sessuali, decida di intraprendere – molto spesso sotto coercizione psicologica – il percorso inverso, agendo sulla sfera psicologica al fine di renderla conforme al dato biologico. Il riferimento è a quelle che, impropriamente, in quanto non qualificabili in senso stretto come trattamenti sanitari, sono definite “terapie di conversione sessuale”, le quali risultano prive di rilievo scientifico, potenzialmente nocive e dalla più che dubbia efficacia. Allo stato attuale, nel nostro ordinamento, in assenza di una specifica disciplina (a differenza, ad esempio, dell'ordinamento tedesco), si ritiene che colui che attui tali pratiche possa essere chiamato a rispondere a titolo contrattuale e deontologico (se trattasi di medico), nonché a titolo extracontrattuale, per i danni derivanti dalla lesione del diritto inviolabile all'identità sessuale, negli altri casi. Sul tema si rimanda per tutti a S. CACACE, *Terapie di conversione sessuale e disposizione di sé*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 2022, pp. 147 ss., nonché ad A. VENTURELLI, «*Conversione dell'identità di genere e rettificazione dell'attribuzione di sesso*, in *Pers. merc.*, 2, 2021, pp. 323 ss.

<sup>7</sup> Sarebbe questo un c.d. «termine ombrello» (cfr., ad esempio, R. DAMENO, *Gl'ile adolescenti transgender: una riflessione socio-giuridica*, cit., p. 38), all'interno del quale – oltre alle

né una patologia, né un disordine o disturbo psichiatrico, dovendo piuttosto classificarsi come una condizione correlata alla salute sessuale, definita quale incongruenza di genere<sup>8</sup>. Dalla suddetta incongruenza, però, può eventualmente derivare, a carico dell'individuo, un rilevante disagio psicologico, dovuto sia alla non accettazione del proprio corpo e dei caratteri sessuali esteriori non conformi al sesso (o, meglio, al genere) interiormente percepito, sia al timore di vivere in un contesto socio-culturale che ancora nutre molteplici pregiudizi nei confronti della transessualità<sup>9</sup>. Pertanto, quando l'incongruenza di genere comporta per il transessuale, in via diretta o soltanto indiretta, un significativo disagio, una rilevante sofferenza, ovvero un malessere psicologico, si discorre di disforia di genere<sup>10</sup>, la quale, se non adeguatamente trattata, può sfociare in condotte autolesive, finanche suicidiarie<sup>11</sup>, da parte del soggetto interessato.

L'affermazione dell'identità di genere, oltre a configurarsi quale interesse soggettivo della persona<sup>12</sup>, assume la consistenza di diritto fondamentale

diverse sfaccettature del transessualismo – rientrano altri fenomeni che, parimenti, si concretizzano nella manifestazione di una identità di genere non conforme al sesso biologico dell'individuo e al ruolo di genere ad esso tradizionalmente collegato nel contesto sociale, come accade per le persone *bigender*, per quelle non binarie o *genderqueer*, per i *cross-dresser*, per le *drag queen* o per i *drag king* etc.

<sup>8</sup> L'*International Classification of Disease*, giunto alla sua undicesima revisione (ICD-11), descrive l'incongruenza di genere nei seguenti termini: «*Gender incongruence is characterised by a marked and persistent incongruence between an individual's experienced gender and the assigned sex*», ricomprendendola non tra le malattie, bensì entro le condizioni connesse alla salute sessuale.

<sup>9</sup> Lo rileva chiaramente L. GIACOMELLI, *Il diritto fuori binario. La tutela giuridica dei minori con varianza di genere tra responsabilità genitoriale e autonomia individuale: una prospettiva comparata*, in *Dir. e salute*, 2, 2019, p. 40, il quale, dopo aver condivisibilmente sottolineato che non tutti i transessuali soffrono la disforia per la loro condizione, chiarisce che «spesso è proprio l'ambiente socioculturale in cui [le persone transessuali] si trovano, ancora troppo rigidamente ancorato al dogma del binarismo sessuale, a stigmatizzarle e discriminarle e, di conseguenza, a determinare in loro disagio e sofferenza psicofisica». Nel medesimo senso si veda anche A. VALONGO, *Il mutamento di sesso a quarant'anni dall'approvazione della legge n. 164 del 1982: un focus sui minori*, in *Dir. succ. e fam.*, 2, 2023, p. 736, nonché R. DAMENO, *Gl/le adolescenti transgender: una riflessione socio-giuridica*, cit., p. 39, ad avviso della quale «non è la condizione delle persone *gender variant* a dover essere curata, ma semmai lo sono il disagio, che deriva dal fatto di vivere una condizione che, nei contesti sociali attuali, non viene accettata, ma stigmatizzata, e la sofferenza che nasce da subire violenze e da essere considerate persone non normali, devianti e quindi da curare per poter rientrare nel più rassicurante binarismo di genere» (corsivo dell'Autrice).

<sup>10</sup> Nell'*AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION* (eds.), *Diagnostic and statistical manual of mental disorders (DSM-5)*, 5° ed., Washington-London, 2013, p. 451 ss., la disforia di genere non è ricompresa entro i disordini di natura sessuale, ma è trattata in un capitolo a parte dove viene definita come «*the distress that may accompany the incongruence between one's experienced or expressed gender and one's assigned gender*», precisando poi come tale condizione non caratterizza necessariamente tutti i soggetti con incongruenza di genere e che il problema clinico si pone in relazione alla disforia e non all'identità di genere in sé considerata.

<sup>11</sup> Lo evidenziano, ad esempio, F. SIGNANI – N. NATALINI – C. VAGNINI, *Minori Gender Variant: il ruolo che un'Azienda Sanitaria può (deve?) svolgere*, cit., p. 75.

<sup>12</sup> In questo senso cfr. S. PATTI, voce *Transessualismo*, cit., p. 416.

dell'uomo<sup>13</sup>. Difatti, alla luce del principio personalistico che pervade la Carta costituzionale, l'identità di genere, pur non dotata di un espresso riconoscimento normativo, può certamente considerarsi quale attributo della personalità ed estrinsecazione del diritto all'identità personale<sup>14</sup>, riconducibile pertanto entro il perimetro della clausola generale di cui all'art. 2 Cost.<sup>15</sup>. Inoltre, un referente costituzionale diretto, a protezione del transessuale, è rinvenuto tradizionalmente anche nell'art. 32 Cost.<sup>16</sup>, attraverso un'interpretazione ampia del diritto alla salute, volta a ricomprendervi non soltanto la tutela del benessere fisico, ma anche di quello psichico, nell'ottica della preservazione di una complessiva integrità dell'individuo in tali ambiti<sup>17</sup>. Il nesso tra tutela

<sup>13</sup> Come già rilevato da P. PERLINGIERI, *Note introduttive ai problemi giuridici del mutamento di sesso*, in P. D'ADDINO SERRAVALLE – P. PERLINGIERI – P. STANZIONE (a cura di), *Problemi giuridici del transessualismo*, Napoli, 1981, pp. 37 ss., spec. 44 ss., nonché da P.M. VECCHI, voce *Transessualismo*, cit., p. 2.

<sup>14</sup> Tra i tanti, discorre di identità di genere quale possibile manifestazione dell'identità personale, da ultimo, F. FONTANAROSA, *Il diritto all'identità di genere nel procedimento di rettificazione dell'attribuzione di sesso: cenni comparatistici*, in *Eur. dir. priv.*, 2, 2018, p. 712 e p. 726.

<sup>15</sup> Si vedano, ad esempio, A. CORDIANO, *Transizione sessuale e rapporti familiari*, in *Rass. dir. civ.*, 3, 2015, p. 762; D. MESSINETTI, *Identità personali e processi regolativi della disposizione del corpo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 203; P. STANZIONE, voce *Transessualità*, cit., p. 883; P.M. VECCHI, voce *Transessualismo*, cit., p. 3.

Nella giurisprudenza, per tutti, cfr. C. Cost., 5 novembre 2015, n. 221, in *Nuova giur. civ. comm.*, 4, 2016, pp. 582 ss., con nota di C. CARICATO, «Rettificazione di attribuzione di sesso e modificazione dei caratteri sessuali all'esame della Corte costituzionale», ivi, pp. 589 ss.

<sup>16</sup> *Ex multis* v. P. FIORE – L. GIACOMELLI, *La domanda di rettificazione del sesso e del nome e le ricadute nell'ordinamento giuridico e nel sistema familiare*, in AA.VV., *Percorsi ragionati di Giurisprudenza. Diritti, orientamento sessuale, identità di genere*, 1, 2020, p. 29; A. LORENZETTI, *La condizione giuridica del bambino e dell'adolescente transgenere tra diritto alla salute, autodeterminazione e (in)certezza del diritto*, cit., p. 547; S. STEFANELLI, *Responsabilità genitoriale e tutela del minore intersessuale*, in *FOCUS: Frontiere del corpo, frontiere del diritto: la condizione intersessuale e l'incepimento del sistema*, in *GenIUS*, 1, 2018, p. 18; N. POSTERARO, *Transessualismo, rettificazione anagrafica del sesso e necessità dell'intervento chirurgico: riflessione sui problemi irrisolti alla luce della recente giurisprudenza nazionale*, cit., p. 1359; L. VIZZONI, *Transessualismo e filiazione: quando la condizione transessuale riguarda il genitore o il figlio minore*, in *Famiglia*, 1-2, 2016, p. 108; A. SCHUSTER, «Identità di genere: tutela della persona o difesa dell'ordinamento?», cit., p. 261.

Per una prospettiva più ampia sul diritto alla salute quale profilo essenziale della personalità umana v. su tutti P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, pp. 1020 ss.

<sup>17</sup> In questi termini cfr. recentemente A. VALONGO, *Il mutamento di sesso a quarant'anni dall'approvazione della legge n. 164 del 1982: un focus sui minori*, cit., p. 734, nonché P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, 4ª ed., Napoli, 2020, pp. 27 s., il quale afferma come sia riduttivo ravvisare il contenuto del diritto alla salute nel solo rispetto della integrità fisica, sia perché la sfera psichica costituisce parte integrante del diritto alla salute, posto che la persona si caratterizza per una indissolubile unità psico-fisica, sia in virtù dello stretto legame tra diritto alla salute e diritto al sano e libero sviluppo della persona.

Nella giurisprudenza di merito si veda, ad esempio, Trib. Roma, 11 marzo 2011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3, I, 2012, pp. 254 s.

dell'identità di genere e tutela del diritto alla salute emerge, a maggior ragione, nelle ipotesi di disforia di genere, dove lo stato di benessere psico-fisico del soggetto transessuale è minato dal disagio e dalla sofferenza psicologica che egli avverte a causa della sua condizione.

A livello sovranazionale, invece, la tutela della persona transessuale viene garantita facendo ricorso al principio di non discriminazione per questioni attinenti al sesso<sup>18</sup>, nonché al diritto al rispetto della vita privata e familiare, ex art. 8 CEDU<sup>19</sup>.

### 1.1. *La tutela giuridica dell'individuo transessuale nel percorso di affermazione del genere*

Ancóra oggi, nel nostro ordinamento, la tutela giuridico-sociale della persona transessuale è in massima parte affidata alla l. 14 aprile 1982, n. 164, la quale consente la rettificazione dell'attribuzione di sesso, in presenza – oltre che del convincimento, da parte dell'interessato, di appartenere al sesso opposto rispetto a quello assegnatogli alla nascita – di «interventive modificazioni dei suoi caratteri sessuali»<sup>20</sup>. La genericità della suddetta formulazione legislativa ha fin da subito dato luogo a rilevanti problemi interpretativi, circa la tipologia e la consistenza delle modificazioni richieste quali presupposto per la pronuncia di rettificazione. Se, inizialmente, si riteneva che le suddette modifiche dovessero necessariamente riguardare la correzione o la rimozione chirurgica dei caratteri sessuali primari<sup>21</sup>, in quello che criticamente è stato de-

<sup>18</sup> C. Giust., 30 aprile 1996, causa C-13/94, *P contro S e Cornwall County Council*, in *Racc. giur.*, 1996 I-02143, pp. 2159 ss., reperibile su [eur-lex.europa.eu](http://eur-lex.europa.eu), che ha esteso anche alle persone transessuali il principio della parità di trattamento tra uomo e donna per ciò che concerne l'accesso al lavoro. Nonostante ciò, anche recentemente, il Parlamento Europeo – in una sua Risoluzione [Risoluzione Parlamento europeo del 14 settembre 2021 sui diritti delle persone LGBTIQ nell'UE (2021/2679/RSP)], in *G.U.U.E.*, 11 marzo 2022, reperibile su [europarl.europa.eu](http://europarl.europa.eu) – ha espresso profonda preoccupazione per le discriminazioni, ancora presenti, subite dalle persone transgender e fondate su questioni attinenti all'identità di genere, invitando «la Commissione e gli Stati membri a superare tale discriminazione e a rimuovere gli ostacoli che dette persone incontrano».

<sup>19</sup> Su tutte, si veda l'ormai celebre C. Edu, Grande Camera, 11 luglio 2002, causa 28957/95, *C. Goodwin contro Regno Unito*, reperibile in lingua inglese su [hudoc.echr.coe.int](http://hudoc.echr.coe.int), dove si afferma la violazione, da parte del Regno Unito, dell'art. 8 CEDU, per non aver consentito la modifica dei registri di stato civile a una persona transessuale sottopostasi ad operazione chirurgica per mutamento del sesso; di particolare rilievo è il seguente passaggio «*In the twenty first century the right of transsexuals to personal development and to physical and moral security in the full sense enjoyed by others in society cannot be regarded as a matter of controversy requiring the lapse of time to cast clearer light on the issues involved. In short, the unsatisfactory situation in which post-operative transsexuals live in an intermediate zone as not quite one gender or the other is no longer sustainable*».

<sup>20</sup> Art. 1, primo comma, l. 14 aprile 1982, n. 164.

<sup>21</sup> Danno ad esempio conto di questa impostazione, originariamente maggioritaria in giurisprudenza, A. LORENZETTI, *La condizione giuridica del bambino e dell'adolescente transgender tra diritto alla salute, autodeterminazione e (in)certezza del diritto*, cit., p. 535; N. POSTERA-

finito come «costringimento al bisturi»<sup>22</sup>, lo scenario è radicalmente mutato in virtù di due pronunce rese nell'anno 2015, rispettivamente dalla Cassazione<sup>23</sup> e dalla Corte costituzionale<sup>24</sup>. Tali pronunce – avallando in sostanza quanto già prospettato da parte di un'argomentata dottrina<sup>25</sup>, nonché da un inizialmente minoritario orientamento dei giudici di merito<sup>26</sup> – hanno recisamente escluso che l'intervento medico-chirurgico sui caratteri sessuali primari costituisca una *condicio sine qua non* per la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso, dovendosi piuttosto considerare come una tra le diverse opzioni disponibili, nel processo di adeguamento dei caratteri sessuali, volta al raggiungimento del benessere psico-fisico complessivo della persona interessata<sup>27</sup>. In altri termini, è lasciata all'individuo transessuale la scelta su come articolare il percorso di transizione personale<sup>28</sup>; se questi ritiene che la modifica chirurgica del sesso sia funzionale al proprio benessere psico-fisico e ad una migliore realizzazione della sua personalità, egli potrà liberamente decidere di sottoporvisi. In caso contrario, la scelta del transessuale di non procedere ad invasivi interventi chirurgici di adeguamento dei caratteri sessuali primari non può di per sé precludere, in alcun modo, la possibilità di ottenere la rettificazione anagrafica del sesso. Ne deriva allora che, per la sentenza di rettificazione, sarà sufficiente – oltre ad una diagnosi di disforia di genere<sup>29</sup> – la modifica dei soli caratteri

RO, *Transessualismo, rettificazione anagrafica del sesso e necessità dell'intervento chirurgico: riflessione sui problemi irrisolti alla luce della recente giurisprudenza nazionale*, cit., p. 1355; A. VALONGO, *Il mutamento di sesso a quarant'anni dall'approvazione della legge n. 164 del 1982: un focus sui minori*, cit., p. 737; P. M. VECCHI, voce *Transessualismo*, cit., p. 5.

<sup>22</sup> In questo senso, su tutti, cfr. S. PATTI – M.R. WILL, *La "rettificazione di attribuzione di sesso": prime considerazioni*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1982, p. 742; S. PATTI, voce *Transessualismo*, cit., p. 418.

<sup>23</sup> Cass., 20 luglio 2015, n. 15138, in *Nuova giur. civ. comm.*, 11, I, 2015, pp. 1068 ss., con nota di D. AMRAM, «Cade l'obbligo di intervento chirurgico per la rettificazione anagrafica del sesso».

<sup>24</sup> C. Cost., 5 novembre 2015, n. 221, cit., pp. 582 ss.

<sup>25</sup> S. PATTI, voce *Transessualismo*, cit., p. 423.

<sup>26</sup> Si veda, ad esempio, Trib. Roma, 22 marzo 2011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3, I, 2012, p. 254, secondo cui «In caso di transessualismo accertato il trattamento medico-chirurgico previsto dalla l. 14.4.1982, n. 164 è necessario nel solo caso in cui occorra assicurare al soggetto transessuale uno stabile equilibrio psicofisico, ossia nel solo caso in cui la discrepanza tra il sesso anatomico e la psicosessualità determini un atteggiamento conflittuale di rifiuto dei propri organi sessuali. Pertanto, deve ritenersi che nei casi in cui non sussista tale conflittualità non sia necessario l'intervento chirurgico per consentire la rettifica dell'atto di nascita».

<sup>27</sup> Cfr. G. VIGGIANI, *Appunti per un'epistemologia del sesso anagrafico*, in *FOCUS: Frontiere del corpo, frontiere del diritto: la condizione intersessuale e l'inceppamento del sistema*, cit., p. 36.

<sup>28</sup> Si veda in proposito N. POSTERARO, *Transessualismo, rettificazione anagrafica del sesso e necessità dell'intervento chirurgico: riflessione sui problemi irrisolti alla luce della recente giurisprudenza nazionale*, cit., p. 1358, il quale evidenzia come sia «rimessa al singolo, quindi, la scelta delle modalità attraverso le quali realizzare, con l'assistenza del medico e di altri specialisti, il proprio percorso di transizione, il quale deve comunque riguardare gli aspetti psicologici, comportamentali e fisici che concorrono a comporre l'identità di genere. Il momento conclusivo del percorso di mutamento dell'identità di genere, in questo senso, è individuale e certamente non standardizzabile, attenendo alla sfera più esclusiva della personalità».

<sup>29</sup> Sul punto v. A. SCHUSTER, «Identità di genere: tutela della persona o difesa dell'ordina-

sessuali secondari, anche attraverso la somministrazione della meno invasiva terapia ormonale<sup>30</sup>. Deve invece escludersi, perlomeno allo stato attuale, che la rettificazione possa avvenire solamente sulla base del solo elemento volontaristico del soggetto interessato, in quanto, oltre alla sussistenza di un intento serio e univoco, la giurisprudenza costituzionale ritiene ineludibile «un rigoroso accertamento giudiziale delle modalità attraverso le quali il cambiamento è avvenuto e del suo carattere definitivo»<sup>31</sup>; d'altronde è lo stesso art. 1, primo comma, della l. 14 aprile 1982, n. 164 a discorrere espressamente di oggettive modificazioni dei caratteri sessuali<sup>32</sup>.

La legge in discorso subordina l'ammissibilità degli interventi chirurgici demolitivo-ricostruttivi alla preventiva autorizzazione del tribunale<sup>33</sup>, il quale è chiamato ad accertare la serietà e l'univocità dell'intrapreso percorso di transizione e le possibili ricadute benefiche degli interventi richiesti sulla sfera

*mento?*», cit., p. 262. Similmente, più di recente, anche S. CACACE, *Il genere: identità, filiazione, genitorialità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 7-8, 2018, pp. 1168 ss., spec. p. 1170, per la quale alla base della pretesa diretta alla rettificazione dell'attribuzione del sesso deve necessariamente sottostare un'avvenuta e circostanziata diagnosi di disforia di genere.

<sup>30</sup> Cfr. per tutti A. LORENZETTI, *La condizione giuridica del bambino e dell'adolescente transgenere tra diritto alla salute, autodeterminazione e (in)certeza del diritto*, cit., p. 536.

<sup>31</sup> Così C. Cost., 5 novembre 2015, n. 221, cit., p. 588; più recentemente si veda anche C. Cost., 13 luglio 2017, n. 180, in *Giust. cost.*, 4, 2017, pp. 1668 ss., spec. p. 1679, per la quale «l'interpretazione costituzionalmente adeguata della legge n. 164 del 1982 [...] non esclude affatto, ma anzi avvalorata, la necessità di un accertamento rigoroso non solo della serietà e univocità dell'intento, ma anche dell'intervenuta oggettiva transizione dell'identità di genere, emersa nel percorso seguito dalla persona interessata; percorso che corrobora e rafforza l'intento così manifestato. Pertanto, in linea di continuità con i principi di cui alla richiamata sentenza, va escluso che il solo elemento volontaristico possa rivestire prioritario o esclusivo rilievo ai fini dell'accertamento della transizione», nonché C. Cost., ord. 13 luglio 2017, n. 185, in *Giust. cost.*, 2017, 4, pp. 1724 ss., spec. p. 1728, dove si afferma dapprima che «l'interpretazione adeguatrice della disposizione censurata [l'art. 1, primo comma, della l. 14 aprile 1982, n. 164], pur escludendo la necessità di modificazioni chirurgiche dei caratteri sessuali, ha mantenuto fermo il dato testuale dell'art. 1, comma 1, il quale prevede, comunque, le "intervenute modificazioni dei caratteri sessuali"» e poi che «l'accertamento delle modalità attraverso le quali le modificazioni siano intervenute» deve essere effettuato «tenendo conto di tutte le componenti, compresi i caratteri sessuali, che concorrono a determinare l'identità personale e di genere».

<sup>32</sup> Sottolinea da ultimo A. VALONGO, *Il mutamento di sesso a quarant'anni dall'approvazione della legge n. 164 del 1982: un focus sui minori*, cit., p. 748, come tale interpretazione dell'art. 1, primo comma, della l. 14 aprile 1982, n. 164, sarebbe quella corretta, in quanto capace di contemperare da un lato il diritto all'identità sessuale e dall'altro le esigenze di certezza delle relazioni giuridiche. Nel medesimo senso cfr. anche N. POSTERARO, *Transessualismo, rettificazione anagrafica del sesso e necessità dell'intervento chirurgico: riflessione sui problemi irrisolti alla luce della recente giurisprudenza nazionale*, cit., p. 1362, il quale pone in luce come la modifica almeno dei caratteri sessuali secondari sia astrattamente conforme a quanto richiesto dal testo della legge.

<sup>33</sup> Originariamente, l'autorizzazione del tribunale era espressamente richiesta dall'art. 3 della l. 14 aprile 1982, n. 164, successivamente abrogato dall'art. 31, comma quarto, del d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, il quale – riprendendo in sostanza la medesima formulazione dell'articolo abrogato – prevede ora che «Quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, il tribunale lo autorizza con sentenza passata in giudicato».

psico-fisica dell'interessato<sup>34</sup>. Tuttavia, in proposito, è da ultimo intervenuta nuovamente la Corte costituzionale, la quale ha dichiarato proprio l'incostituzionalità dell'art. 31, quarto comma, del d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, «nella parte in cui prescrive l'autorizzazione del tribunale al trattamento medico-chirurgico anche qualora le modificazioni dei caratteri sessuali già intervenute siano ritenute dallo stesso tribunale sufficienti per l'accoglimento della domanda di rettificazione di attribuzione di sesso»<sup>35</sup>.

Conseguentemente, l'autorizzazione giudiziale al trattamento chirurgico non è più necessaria nei casi in cui la manifestazione dell'intenzione del transessuale, di procedere al medesimo, segua temporalmente la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso, emessa sulla base della sua sottoposizione almeno al trattamento endocrinologico<sup>36</sup>. Per tale ultimo trattamento, infatti, la legge non contempla alcuna preventiva autorizzazione giudiziale e, dunque, l'individuo transessuale, purché gli sia stata diagnosticata la disforia di genere<sup>37</sup>, può liberamente decidere di sottoporvisi contattando direttamente il medico.

Nonostante la recente condanna dell'Italia da parte della Corte EDU, per violazione dell'art. 8 della Convenzione<sup>38</sup>, il mutamento del nome del tran-

<sup>34</sup> Secondo R. ROMBOLI, *Sub art. 5. La libertà di disporre del proprio corpo*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, pp. 266 ss., l'autorizzazione del tribunale consente di verificare preventivamente che siano soddisfatte le condizioni che legittimano l'intervento chirurgico demolitivo-ricostruttivo, posto che questo deve essere concretamente diretto al perseguimento e al raggiungimento della tutela della salute, valore costituzionalmente garantito che il legislatore ha ritenuto prevalente rispetto alla certezza del diritto e alla chiarezza dei rapporti giuridici.

Nella prospettiva volta alla valorizzazione dell'autodeterminazione dell'individuo, si deve rigettare l'idea che il tribunale subordini l'autorizzazione alla ricorrenza di una supposta necessità oggettiva dell'intervento, come emerge – seppur indirettamente – dall'analisi della più recente giurisprudenza sovranazionale [per cui si rimanda, in particolare, a S. PATTI, *Il transessualismo tra legge e giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (e delle Corti costituzionali)*, cit., p. 145 s.]; ne consegue che il parametro principale, se non esclusivo, per il rilascio dell'autorizzazione all'intervento chirurgico, deve fondarsi sull'elemento soggettivo (ma non meramente volontaristico) della persona.

<sup>35</sup> C. Cost., 23 luglio 2024, n. 143, cit.

<sup>36</sup> Non risulta chiaro invece, da una prima lettura della pronuncia della Consulta di cui alla nota precedente, se il soggetto transessuale, quandanche abbia già intrapreso un percorso di terapia ormonale, possa – in assenza di una pregressa sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso – rivolgersi direttamente al medico, per l'esecuzione dell'intervento chirurgico demolitivo-ricostruttivo degli organi sessuali. L'interpretazione restrittiva è senz'altro maggiormente conforme al testo della sentenza, in quanto in essa si fa riferimento a modifiche dei caratteri sessuali che siano già state ritenute «dallo stesso tribunale» sufficienti all'accoglimento della domanda di rettificazione, ciò che pare dunque richiamare una pregressa e concreta valutazione operata dal tribunale nel momento in cui dispone la rettificazione.

<sup>37</sup> Si veda in proposito A. VALONGO, *Il mutamento di sesso a quarant'anni dall'approvazione della legge n. 164 del 1982: un focus sui minori*, cit., p. 737, la quale sottolinea come «solo a seguito di una certificazione medica, che accerti la disforia di genere, la persona può avviare una terapia ormonale presso un endocrinologo».

<sup>38</sup> Cfr. C. Edu, 11 ottobre 2018, c. 55216/08, S.V. c. Italia, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2, 2019, pp. 312 ss., con nota di C. CARICATO, «Il cambiamento del nome della persona transessuale. A proposito di Corte eur. dir. uomo, 11.10.2018», ivi, pp. 307 ss., la quale ha affermato

sessuale, invece, resta ancora strettamente legato alla rettificazione anagrafica del sesso<sup>39</sup>, costringendo in sostanza il soggetto con incongruenza di genere, il quale individui nella sola modifica del proprio nome una tappa intermedia, ovvero anche conclusiva, del proprio percorso di transizione, a dover subire non sempre desiderati trattamenti medici (chirurgici, o almeno ormonali), per poter poi ottenere – come visto – la pronuncia giudiziale di rettificazione del sesso e, conseguentemente, del nome. In una prospettiva comparatistica, possono guardarsi con interesse i recenti interventi legislativi in Francia<sup>40</sup>, in Spagna<sup>41</sup> e in Germania<sup>42</sup>, che ampliano sensibilmente la tutela riconosciuta al

come «Il rifiuto delle autorità italiane di autorizzare il cambiamento del nome della persona transessuale durante il processo di transizione sessuale e prima del completamento dell'operazione di conversione costituisce una violazione sproporzionata del diritto della medesima al rispetto della sua vita privata e si pone, pertanto, in contrasto con l'art. 8 della Conv. eur. dei diritti dell'uomo» (p. 312).

<sup>39</sup> In questo senso v. A. VALONGO, *Il mutamento di sesso a quarant'anni dall'approvazione della legge n. 164 del 1982: un focus sui minori*, cit., p. 774, la quale osserva appunto come «Nel nostro sistema il procedimento relativo al mutamento del nome è ancora legato a quello relativo al sesso, lasciando spazio a interpretazioni giudiziali volte a negare l'autorizzazione al solo cambio del nome».

<sup>40</sup> L'art. 60 del *Code civil* francese, così come modificato dalla *loi* n. 2016-1547, del 18 novembre 2016, e dalla successiva *loi* n. 2022-301, del 2 marzo 2022, prevede che qualsiasi persona possa direttamente richiedere all'ufficiale di stato civile, del luogo di residenza o del luogo in cui è stato redatto l'atto di nascita, di cambiare il proprio nome, a prescindere dunque dall'eventuale preventiva modifica anagrafica del sesso. L'art. 61-5, anch'esso introdotto dalla citata *loi* n. 2016-1547, menziona esemplificativamente proprio la preventiva modifica anagrafica del nome tra le circostanze idonee a dar prova che il sesso attribuito negli atti di stato civile non corrisponda a quello con cui la persona è riconosciuta in ambito sociale, giustificando così la richiesta di modifica del sesso anagraficamente attribuito. Infine, l'art. 61-6, sempre introdotto dalla legge da ultimo citata, nel disciplinare il procedimento di modifica anagrafica del sesso, pur prevedendo che la domanda a ciò diretta debba essere presentata innanzi al tribunale, stabilisce che la medesima non possa essere rigettata per il fatto che il richiedente non abbia subito trattamenti medici, un'operazione chirurgica, ovvero la sterilizzazione.

Per un primo commento alla legge francese si rimanda, per tutti, a F. AZZARRI, *La nuova legge francese sul mutamento anagrafico di sesso (spunti per una rilettura della normativa italiana)*, disponibile online su [rivistafamilia.it](http://rivistafamilia.it).

<sup>41</sup> La recente legge Spagnola del 28 febbraio 2023, n. 4, reperibile su [boe.es](http://boe.es), prevede, all'art. 43, che qualsiasi cittadino spagnolo, il quale abbia compiuto i sedici anni, possa chiedere personalmente all'ufficio dello stato civile, attraverso una dichiarazione confermata a distanza di tre mesi (così il successivo art. 44, quarto comma), la rettifica della menzione anagrafica relativa al sesso, precisando all'art. 44, terzo comma, come l'esercizio del diritto di rettifica anagrafica della menzione relativa al sesso non possa in nessun caso essere condizionato alla previa presentazione di una relazione medica o psicologica che attesti l'incongruenza con il sesso menzionato nell'atto di nascita, né alla previa modifica dell'aspetto o della funzione corporea attraverso procedure mediche, chirurgiche o di altro tipo.

<sup>42</sup> Il 12 aprile 2024 il *Bundestag* ha approvato la legge n. 20/9049 sull'autodeterminazione in merito alla registrazione del sesso (*SBGG*), reperibile su [bundestag.de](http://bundestag.de), la quale al § 2 prevede che ogni persona, la cui identità di genere differisca dall'indicazione del proprio sesso nel registro dello stato civile, possa chiederne all'ufficiale di stato civile la modifica, la sostituzione, ovvero la cancellazione, dichiarando che questa modifica, sostituzione, ovvero cancellazione, sia maggiormente conforme alla propria identità di genere, nonché di essere consapevole delle conseguenze derivanti da tale scelta.

transessuale prevedendo, nel primo caso, la non necessarietà della preventiva rettifica anagrafica del sesso per ottenere la modifica del nome, la quale può essere direttamente richiesta all'ufficiale di stato civile, mentre – negli altri due casi – si prevede addirittura che la stessa modifica dell'indicazione del sesso anagrafico possa avvenire tramite semplice dichiarazione resa dall'interessato sempre all'ufficiale di stato civile.

## 2. *Transessualismo e minore età*

Il fenomeno del transessualismo riguarda senz'altro anche il minore. Fin dalla più tenera età, infatti, alcuni bambini manifestano comportamenti e atteggiamenti definibili come *cross-sex* o *cross-gender*, non corrispondenti al sesso, e al ruolo di genere connesso, assegnato loro alla nascita. Si pensi, ad esempio, all'espressione, a tratti insistente, di un forte desiderio di voler appartenere ad un genere differente rispetto a quello attribuito alla nascita e di sviluppare i caratteri sessuali primari e/o secondari corrispondenti, con conseguente avversione e rifiuto dei propri, oppure alla preferenza per abiti tradizionalmente collegati al genere opposto (c.d. *cross-dressing*), ovvero ancora alla preferenza per compagni di gioco dell'altro sesso, eventualmente accompagnato ad un netto rifiuto per giocattoli, giochi e attività stereotipicamente riconducibili al genere assegnato. Tali comportamenti *gender variant*, in sé considerati, pur essendo potenzialmente indicatori di una incongruenza di genere, ovvero – più genericamente – di un'organizzazione atipica dell'identità di genere<sup>43</sup> del bambino, non hanno alcun rilievo diagnostico; tuttavia, qualora essi risultino associati a un disagio clinicamente significativo, nonché a una menomazione nel funzionamento sociale<sup>44</sup>, a certe condizioni possono dar luogo ad una diagnosi di disforia di genere<sup>45</sup>. Inoltre, pur essendo vero che, come è stato osservato<sup>46</sup>, l'incongruenza di genere, così come la disforia,

<sup>43</sup> Concetto elaborato da D. DI CEGLIE, *Reflections on the nature of the "atypical gender identity organization"*, in D. DI CEGLIE – D. FREEMAN (eds.), *A Stranger in My Own Body: Atypical Gender Identity Development and Mental Health*, London, 1998, pp. 9 ss.

<sup>44</sup> Cfr. F. SIGNANI – N. NATALINI – C. VAGNINI, *Minori Gender Variant: il ruolo che un'Azienda Sanitaria può (deve?) svolgere*, cit., p. 76, i quali segnalano come i bambini *gender variant* «possono sperimentare difficoltà di relazione significative con gli adulti e con i pari e possono diventare vittime di persecuzioni, soffrire dinamiche di stigma e marginalizzazione che possono avere diversi effetti negativi sul benessere psicologico e la qualità della vita».

<sup>45</sup> Per gli specifici criteri e parametri impiegati al fine della diagnosi della disforia di genere nei bambini in età pre-puberale si rimanda a AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (eds.), *Diagnostic and statistical manual of mental disorders (DSM-5)*, cit., p. 452. Sul punto si veda, altresì, E. FALLETTI, *Disforia di genere e assunzione di bloccanti puberali. La prospettiva britannica sul consenso informato dei minori*, in *Nuova. giur. civ. comm.*, 2, 2021, pp. 439 ss., spec. p. 440, testo e nota n. 12, nonché ID., *La situazione giuridica dei minori affetti da Organizzazione Atipica dell'Identità di Genere (A.G.I.O.)*, in *GenIUS*, 1, 2015, p. 203.

<sup>46</sup> A.M. CALDARERA – C. BAIETTO – A. ZANGARI – D. MASSARA, *La disforia di genere in età evolutiva: la presa in carico a sostegno del benessere psicologico*, cit., p. 154, i quali segnalano

manifestatesi nell'infanzia tendono, nella maggior parte dei casi, a regredire con il passaggio all'adolescenza, qualora esse persistano anche in tale ulteriore fase di crescita, oppure insorgano primariamente durante la stessa, difficilmente desisteranno nell'età adulta<sup>47</sup>. È chiaro, dunque, che anche al minore transessuale, a maggior ragione se disforico, debbano essere riconosciuti e garantiti, a tutela dei suoi diritti all'identità di genere e alla salute, tutti gli opportuni strumenti volti ad adeguare la realtà biologica esteriore alla consapevolezza interiore di appartenere al sesso opposto, i quali però – considerando la personalità in evoluzione e la peculiare condizione giuridica del soggetto minore di età<sup>48</sup> – presentano talvolta rilevanti differenze rispetto a quelli che, in via generale, sono riconosciuti in favore del transessuale adulto.

### 2.1. *Le possibili tappe del processo di transizione sessuale del minore*

L'adolescente con disforia di genere, il cui disagio psichico può essere senz'altro acuito dall'accentuazione dei propri caratteri sessuali, diretta conseguenza dell'incedere della pubertà, generalmente – quale prima misura – tenterà di occultare questi ultimi, adottando specifici comportamenti<sup>49</sup>. Tuttavia, molto spesso, tali accorgimenti non si rivelano soddisfacenti, né per alleviare la sensazione di insofferenza che l'incongruenza di genere può determinare, né tantomeno per realizzare ed affermare pienamente la propria identità di genere. Si è posto allora il problema di consentire anche ai minori adolescenti l'accesso alle terapie ormonali e ai trattamenti chirurgici volti a modificare i caratteri sessuali, adeguandoli al genere percepito.

Allo stato attuale, le linee guida dell'ONIG (Osservatorio Nazionale sull'Identità di Genere)<sup>50</sup>, prevedono che, in accurati casi selezionati, il minore che abbia raggiunto lo stadio di sviluppo denominato “Tanner II-III” (orienta-

come «l'incongruenza di genere si mantiene oltre lo sviluppo puberale in una percentuale tra il 2,2% e il 30% dei casi; tale percentuale è compresa tra il 12% e il 50% quando il genere assegnato alla nascita è femminile»; cfr. altresì F. SIGNANI – N. NATALINI – C. VAGNINI, *Minori Gender Variant: il ruolo che un'Azienda Sanitaria può (deve?) svolgere*, cit., p. 75.

<sup>47</sup> In proposito si vedano J. RISTORI – F. MAZZOLI, *La presa in carico psicologica di minori con sviluppo d'identità di genere atipico*, in *FOCUS: Minori gender variant: aspetti e punti di vista*, cit., p. 101, nonché R. DAMENO, *Gli/le adolescenti transgender: una riflessione socio-giuridica*, cit., p. 42.

<sup>48</sup> Per una accurata descrizione della quale si rimanda, per tutti, all'ormai classica opera monografica di F. GIARDINA, *La condizione giuridica del minore*, Napoli, 1984, *passim*.

<sup>49</sup> Ad esempio, trattandosi di minore AMAB (*Assigned male at birth*), questo potrebbe depilarsi il corpo al fine di eliminare la peluria, ovvero nascondere i genitali, adottando a tal fine specifici accorgimenti, mentre il minore AFAB (*Assigned female at birth*), potrebbe occultare il seno tramite una fasciatura, oppure attraverso l'adozione di un vestiario particolarmente largo. Si vedano in proposito J. RISTORI – F. MAZZOLI, *La presa in carico psicologica di minori con sviluppo d'identità di genere atipico*, cit., p. 102.

<sup>50</sup> Linee guida basate sui capitoli 6 e 7 dello *Standard of Care* della *World Professional Association for Transgender Health* (WPATH), reperibili al seguente indirizzo web: <https://www.onig.it/linee-guida-minorenni>.

tivamente intorno ai dodici anni) possa essere avviato alla terapia endocrinologica, secondo un trattamento che prevede differenti tappe ad impatto progressivo<sup>51</sup>. Tra i dodici e i sedici anni, al minore con diagnosi di disforia possono essere somministrati esclusivamente farmaci diretti ad arrestare lo sviluppo puberale (c.d. farmaci GnRH analoghi, così nominati in quanto simulano il funzionamento dell'ormone GnRH, tra i quali il più famoso è la Triptorelina). I suddetti farmaci hanno il pregio, da un lato, di sospendere la pubertà e – dunque – ridurre il senso di disagio del minore disforico verso i tratti sessuali che lo caratterizzano, dall'altro lato, di essere completamente reversibili, in quanto l'eventuale interruzione del trattamento permette al corpo di riprendere tranquillamente il suo naturale sviluppo<sup>52</sup>. Innegabilmente, dunque, la terapia ormonale tramite farmaci GnRH analoghi garantisce un più ampio margine temporale per una definitiva diagnosi di disforia<sup>53</sup>, oltre che per il raggiungimento di una più matura consapevolezza del minore circa la propria identità di genere<sup>54</sup>, senza dover al contempo questi soffrire per uno sviluppo fisico non conforme a quanto in realtà desiderato. Compiuti i sedici anni, il minore può accedere alle terapie ormonali caratterizzanti, in senso maschile, ovvero femminile, attraverso la somministrazione di testosterone, nel primo caso, e di estradiolo, nel secondo caso<sup>55</sup>. Si tratta delle c.d. terapie *gender-affirming*<sup>56</sup>, volte a determinare la regressione dei caratteri sessuali secondari corrispondenti al sesso biologico e a far comparire quelli collegati al sesso psicologico<sup>57</sup>. Tali terapie sono soltanto parzialmente reversibili, essendo

<sup>51</sup> A.M. CALDARERA – C. BAIETTO – A. ZANGARI – D. MASSARA, *La disforia di genere in età evolutiva: la presa in carico a sostegno del benessere psicologico*, cit., p. 159.

<sup>52</sup> Cfr. J. RISTORI – F. MAZZOLI, *La presa in carico psicologica di minori con sviluppo d'identità di genere atipico*, cit., p. 103, dove si chiarisce come, nel caso in cui l'incongruenza e/o la disforia di genere venissero meno, «la soppressione della pubertà viene interrotta e la pubertà riprende nella direzione del sesso biologico».

Tuttavia, in senso critico sull'impiego della Triptorelina e in generale sull'arresto della pubertà, si veda A. MAGNI, *Il consenso informato e l'arresto della pubertà nell'ordinamento italo-europeo*, in *Actualidad jurídica Iberoamericana*, 14, 2021, pp. 795 ss., spec. p. 805, il quale sottolinea come, oltre all'incompleto sviluppo dei caratteri sessuali primari e secondari, la sospensione della fase evolutiva della pubertà precluderebbe di valutare e verificare una possibile desistenza della disforia al completamento della stessa, cosa che – come accennato *supra* – è tutt'altro che infrequente.

<sup>53</sup> Lo segnalano, tra gli altri, F. SIGNANI – N. NATALINI – C. VAGNINI, *Minori Gender Variant: il ruolo che un'Azienda Sanitaria può (deve?) svolgere*, cit., p. 77, nonché D.A. NADALIN, *La presa in carico di minori con sviluppo atipico dell'identità di genere – adolescenza*, in *FOCUS: Minori gender variant: aspetti e punti di vista*, cit., p. 112.

<sup>54</sup> In questo senso si veda da ultimo A. VALONGO, *Il mutamento di sesso a quarant'anni dall'approvazione della legge n. 164 del 1982: un focus sui minori*, cit., p. 757.

<sup>55</sup> E. FALLETTI, *La situazione giuridica dei minori affetti da Organizzazione Atipica dell'Identità di Genere (A.G.I.O.)*, cit., p. 205.

<sup>56</sup> A tal proposito v. A.M. CALDARERA – C. BAIETTO – A. ZANGARI – D. MASSARA, *La disforia di genere in età evolutiva: la presa in carico a sostegno del benessere psicologico*, cit., p. 159.

<sup>57</sup> Si veda sul punto D.A. NADALIN, *La presa in carico di minori con sviluppo atipico dell'identità di genere – adolescenza*, cit., p. 113.

suscettibili di incidere permanentemente sulla fertilità dell'individuo, anche in ipotesi di loro interruzione<sup>58</sup>.

Posto che la l. 14 aprile 1982, n. 164, non prevede espressamente un'età minima per l'accesso al procedimento di rettificazione dell'attribuzione di sesso, si afferma generalmente la sua applicabilità anche al soggetto minorenn<sup>59</sup>. Ne deriva, allora, che il minore disforico, alla luce delle intervenute modificazioni dei caratteri sessuali consequenziali al trattamento ormonale, possa domandare la modifica anagrafica del sesso e del nome. Tuttavia, se è vero che – come detto – la terapia con GnRH analoghi non determina alcun cambiamento dei tratti sessuali, in senso opposto al sesso biologico, non essendo pertanto in grado né di integrare il requisito oggettivo, richiesto dalla suddetta legge e tutt'ora necessario, delle intervenute modificazioni dei caratteri sessuali, né tantomeno di configurarsi, stante l'affermata sua completa reversibilità, quale indice di un intento serio e univoco del minore verso la riassegnazione del sesso, può ritenersi che, per la domanda volta alla rettificazione degli atti dello stato civile, il minore debba sottoporsi almeno al trattamento ormonale *gender-affirming*. Conseguentemente, alla luce di quanto esposto sopra, dovrebbe in ogni caso escludersi che il minore di sedici anni possa essere destinatario di una pronuncia giudiziale volta alla riassegnazione anagrafica del sesso<sup>60</sup>.

### 3. Consenso informato, rappresentanza dei genitori e capacità di discernimento del minore

Nonostante non si dubiti che anche il minore sia titolare del diritto fondamentale all'identità di genere, si pongono nondimeno rilevanti ostacoli a un esercizio pienamente autonomo dello stesso, dovuti essenzialmente alla sua incapacità d'agire<sup>61</sup>. Innanzitutto, posto che la terapia psicologica, quella or-

<sup>58</sup> A.M. CALDARERA – C. BAIETTO – A. ZANGARI – D. MASSARA, *La disforia di genere in età evolutiva: la presa in carico a sostegno del benessere psicologico*, cit., p. 159.

<sup>59</sup> Cfr., ad esempio, A. LORENZETTI, *La condizione giuridica del bambino e dell'adolescente transgenere tra diritto alla salute, autodeterminazione e (in)certezza del diritto*, cit., p. 535, nonché A. SCHUSTER, «*Identità di genere: tutela della persona o difesa dell'ordinamento?*», cit., p. 261, ma anche L. GIACOMELLI, *Il diritto fuori binario. La tutela giuridica dei minori con varianza di genere tra responsabilità genitoriale e autonomia individuale: una prospettiva comparata*, cit., p. 66.

<sup>60</sup> Lo stesso discorso può replicarsi sostanzialmente anche in relazione all'autorizzazione giudiziale per gli interventi medico-chirurgici. Difatti, le linee guida ONIG (v. *supra* la nota n. 50) prevedono che tali interventi debbano essere preceduti da un certo periodo di terapia ormonale per l'affermazione del genere, il quale si rende necessario per una migliore riuscita dell'intervento stesso.

<sup>61</sup> Nonostante parte autorevole della dottrina, quantomeno in relazione alle situazioni giuridiche soggettive esistenziali, abbia già da tempo posto in esponente la crisi della tradizionale contrapposizione tra capacità giuridica e capacità di agire, ossia tra titolarità (astratta) del diritto e possibilità concreta del suo esercizio. Cfr. in proposito P. PERLINGIERI – P. STANZIONE – C. PERLINGIERI, *Capacità giuridica. Soggettività. Personalità*, in P. PERLINGIERI *et*

monale, nonché gli interventi chirurgici di adeguamento dei caratteri sessuali, hanno tutti in comune la natura di trattamento sanitario, trova applicazione, in relazione agli stessi, la l. 22 dicembre 2017, n. 219, in materia di consenso informato, il cui articolo 3 – pur riconoscendo, al primo comma, il diritto del minore alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione – stabilisce nel suo secondo comma che «Il consenso informato al trattamento sanitario del minore è espresso o rifiutato dagli esercenti la responsabilità genitoriale o dal tutore tenendo conto della volontà della persona minore, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità, e avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita del minore nel pieno rispetto della sua dignità». Pertanto, la recente legge sul consenso informato, se da un lato – inserendosi nel solco di una crescente attenzione per il diritto inviolabile all'autodeterminazione del minore<sup>62</sup>, ricavabile dalla lettura combinata degli

*al.*, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2024, pp. 129 ss., spec. p. 130, i quali evidenziano come «Sulla base del dato costituzionale, per le situazioni soggettive personali e personalissime, che si possono definire esistenziali, titolarità e realizzazione coincidono con l'esistenza stessa del riconoscimento del loro valore. Per tali situazioni, non ha senso distinguere la capacità giuridica (momento della titolarità) e la capacità di agire (momento dell'esercizio)». Si vedano, altresì, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 378, ma anche in precedenza ID., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, pp. 139 ss., nonché F.D. BUSNELLI, *Capacità ed incapacità di agire del minore*, in *Dir. fam. pers.*, 1, 1982, pp. 54 ss., spec. pp. 61 s.

Recentemente, nel medesimo senso, G. CARAPEZZA FIGLIA, *Teoria della capacità e tutela della persona umana. Per una nuova dogmatica minorile*, in *Rass. dir. civ.*, 1, 2023, p. 324, secondo cui la crisi della rigida dicotomia tra titolarità ed esercizio delle situazioni soggettive sarebbe in grado di travolgere le tradizionali categorie.

<sup>62</sup> L'effettiva valorizzazione del diritto all'autodeterminazione del minore si realizza attraverso il riconoscimento del diritto all'ascolto dello stesso [*ex multis*, in proposito, cfr. M.A. IANNICELLI, *Il diritto del minore ad essere ascoltato*, in MIR. BIANCA – F. DANOVÌ (a cura di), *La nuova giustizia familiare e minorile*, in *Nuove l. civ. comm.*, 4-5, 2023, pp. 1065 ss.; 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 *Famiglia*, 3, 2023, pp. 363 ss.; E. ITALIA, *L'ascolto del minore*, in *Fam. dir.*, 2020, pp. 713 ss.; A. GORGONI, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Padova, 2017, spec. pp. 115 ss.; F. SCAGLIONE, *Ascolto, capacità e legittimazione del minore*, in *Dir. fam. pers.*, 1, 2014, pp. 426 ss.; R. SENIGAGLIA, *Status filiationis e dimensione relazionale dei rapporti nella famiglia*, Napoli, 2013, spec. pp. 201 ss.; V. DI GREGORIO, *L'ascolto, da strumento giudiziale a diritto del minore*, nota a Cass., 15 marzo 2013, n. 6645 e a Cass., 15 maggio 2013, n. 11687, in *Nuova giur. civ. comm.*, 11, I, 2013, pp. 1031 ss.; C.M. BIANCA, *Il diritto del minore all'ascolto*, in *Nuove l. civ. comm.*, 3, 2013, pp. 546 ss.; F. PARENTE, *L'ascolto del minore: i principi, le assiologie, le fonti*, in *Rass. dir. civ.*, 2, 2012, pp. 459 ss.].

A livello sovranazionale, il diritto all'ascolto trova il proprio fondamento nell'art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989 e ratificata dall'Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176, dove si prevede espressamente che «Gli Stati parti garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa», ma anche nell'art. 24, primo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, in base al quale «I minori hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi 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», nonché nell'art. 3

artt. 2 e 3 Cost.<sup>63</sup> – attribuisce valore all’effettiva capacità di discernimento<sup>64</sup> del medesimo, dall’altro lato – con una scelta che non ha mancato di destare in taluni interpreti rilevanti perplessità<sup>65</sup> – resta ancorato al tradizionale modello dell’incapacità di agire fino al compimento del diciottesimo anno di età (art. 2 c.c.), ricorrendo dunque all’istituto della rappresentanza da parte dei genitori.

Tuttavia, è d’uopo osservare come in séguito alla riforma della filiazione<sup>66</sup>, ad opera della l. 10 dicembre 2012, n. 219 e del d.lgs. 28 dicembre 2013, n.

della Convenzione europea sull’esercizio dei diritti dei minori, che sancisce il diritto del minore, ritenuto secondo la legge nazionale capace di discernimento, di essere informato, consultato e di esprimere la propria opinione in relazione ai procedimenti che lo riguardano dinanzi ad un’autorità giudiziaria; con specifico riguardo all’ambito sanitario, rileva in particolare l’art. 6, secondo comma, della Convenzione sui diritti dell’uomo e la biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997 e ratificata dall’Italia con l. 28 marzo 2001, n. 145, in base al quale «Il parere di un minore è preso in considerazione come un fattore sempre più determinante, in funzione della sua età e del suo grado di maturità». Sul versante interno, il diritto all’ascolto del minore trova il proprio referente codicistico nell’art. 315-bis, terzo comma, c.c., che stabilisce come «Il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano», nonché una espresa disciplina agli artt. 473-bis.4 e 473-bis.5 del c.p.c.

<sup>63</sup> E. BILOTTI, *Diritti e interesse del minore*, in R. SENIGAGLIA (a cura di), *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile*, Pisa, 2019, p. 13, ma anche R. SENIGAGLIA, *Le misure di protezione dell’interesse del soggetto minore di età tra autonomia ed eteronomia*, ivi, p. 44.

<sup>64</sup> Si tratta di un concetto di difficile definizione (come ravvisato, ad esempio, da C. CAMMARDI, *Relazione di filiazione e privacy. Brevi note sull’autodeterminazione del minore*, in *Jus civile*, 6, 2018, p. 832); secondo L. LENTI, *Il consenso informato al trattamento sanitario per i minorenni*, in L. LENTI – E. PALERMO FABRIS – P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, nel *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, p. 426, si sostanzierebbe nella capacità di «[...] comprendere in modo adeguato i nessi causali e di formulare previsioni che sappiano prefigurare con sufficiente razionalità e senso della realtà le conseguenze che la decisione produrrà sulla sua vita futura, nell’età adulta», ma si vedano in proposito anche L. ALFANO – R. CILIBERTI, *Scelte terapeutiche e interesse del minore*, in *Minori giust.*, 3, 2011, p. 90, le quali precisano come «Tutti i modelli teorici della neuropsicologia [...] descrivono la competenza decisionale come supportata da quattro abilità specifiche: inquadramento del problema e comprensione delle informazioni; valutazione delle diverse possibilità opzionali e delle relative conseguenze; consapevolezza del significato della propria preferenza sulla base della personale scala di valori; e, infine, formulazione della scelta».

<sup>65</sup> In dottrina si è parlato, in proposito, di un’eccessiva prudenza del legislatore (A. GORGONI, *L’autodeterminazione nelle scelte di fine vita tra capacità e incapacità, disposizioni anticipate di trattamento e aiuto al suicidio*, in *Pers. merc.*, 3, 2020, p. 243), nonché di un’occasione mancata (ad esempio, secondo M. PICCINNI, *Prendere sul serio il problema della “capacità” del paziente dopo la l. n. 219 del 2017*, in *Resp. medica*, 3, 2018, p. 251, il legislatore del 2017 non avrebbe colto le opportunità di rinnovamento) dettata da «un’eccessiva timidezza nello scegliere di valorizzare fino in fondo la volontà della persona minore o incapace» (così espressamente G. BALDINI, *L. 219/17: minori, incapaci e autodeterminazione terapeutica tra luci e ombre*, in *Dir. succ. fam.*, 1, 2019, p. 13).

<sup>66</sup> Per un commento alla riforma si vedano *ex multis* U. SALANITRO, *La riforma della disciplina della filiazione dopo l’esercizio della delega (I parte)*, in *Corr. giur.*, 4, 2014, pp. 540 ss.; ID., *La riforma della disciplina della filiazione dopo l’esercizio della delega (II parte)*, in *Corr. giur.*, 5, 2014, pp. 675 ss.; C.M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2013, pp. 1 ss.; ID., *La riforma del diritto della filiazione*, in *Nuove l. civ. comm.*, 3, 2013,

154, nonché all'introduzione, in virtù di questa, della nozione di "responsabilità genitoriale", il ruolo della rappresentanza legale dei genitori, nei confronti dei figli minori ritenuti capaci di discernimento, abbia subito una radicale rimodulazione. Difatti, la rappresentanza genitoriale del minore non deve più essere vista come una mera attività sostitutiva<sup>67</sup> da parte dei genitori, bensì piuttosto come un'attività di assistenza e controllo che tiene conto *in primis* della volontà espressa dallo stesso, emersa a fronte dell'adempimento del dovere di ascolto. I genitori, dunque, oltre a rappresentarlo<sup>68</sup>, sono chiamati a sostenere la volontà del figlio, attraverso l'instaurazione di una relazione dialogica<sup>69</sup> che, attraverso il concerto delle volontà, permetta di farne emergere i reali bisogni, in ossequio al suo diritto all'autodeterminazione.

Ne consegue, in definitiva, che i genitori non si sostituiscono al figlio minore nel compimento della scelta autodeterminativa, bensì lo affiancano e lo

pp. 437 ss.; B. DE FILIPPIS, *La nuova legge sulla filiazione: una prima lettura*, in *Fam. dir.*, 3, 2013, pp. 291 ss.; G. FERRANDO, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corr. giur.*, 4, 2013, pp. 525 ss.

In senso critico sul carattere innovativo della nozione di "responsabilità genitoriale" cfr. G. DE CRISTOFARO, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di una innovazione discutibile*, in *Nuove l. civ. comm.*, 4, 2014, pp. 782 ss., ma anche L. LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 4, II, 2013, pp. 201 ss.

<sup>67</sup> Segnala, ad esempio, l'inopportunità dell'attività sostitutiva dei genitori nei confronti del minore, soprattutto in relazione all'esercizio delle situazioni esistenziali, A. FERRERO, *Autodeterminazione dei minorenni. I minori come soggetti capaci in ambito sanitario*, in *Dir. fam. pers.*, 4, 2020, p. 1794; nel medesimo senso v. anche F. LONGOBUCCO, *Interesse del minore e rapporti giuridici a contenuto non patrimoniale: profili evolutivi*, in *Dir. fam. pers.*, 4, 2014, p. 1644, il quale si schiera contro quelle impostazioni aprioristicamente sbilanciate in favore della sostituzione in ogni caso dei figli minori da parte dei genitori.

<sup>68</sup> La funzione rappresentativa si esaurisce allora nella formale esternazione di una volontà già maturata nel minore, seppur filtrata dal dialogo con i genitori, in quella che, dunque, si configura come una rappresentanza a contenuto sostanzialmente vincolato.

<sup>69</sup> Sulla relazione dialogica che deve caratterizzare i rapporti tra genitori e figli si veda, per tutti, E. BILOTTI, *Diritti e interesse del minore*, cit., p. 24, il quale appunto ritiene che la relazione educativa debba assumere non una struttura autoritaria, quanto piuttosto dialogica, dove «le posizioni in partenza contrapposte dei genitori e del figlio in ordine a una determinata scelta personale devono tendere a conciliarsi secondo la regola indicata del concerto delle volontà degli uni e dell'altro»; similmente, E. LA ROSA, *Diritti dei figli e responsabilità genitoriale nell'evoluzione della famiglia*, in *Dir. succ. fam.*, 3, 2020, p. 932, la quale, dopo aver segnalato il passaggio da un rapporto genitori-figli gerarchico a uno dialettico, chiarisce che «i genitori per assecondare le inclinazioni naturali e le aspirazioni della prole non possano esimersi dall'instaurare un dialogo costruttivo volto ad esplicitare le reali esigenze dei minori»; L. LENTI, *Il consenso informato al trattamento sanitario per i minorenni*, cit., p. 426, avverte che la funzione educativa dei genitori si colloca «in un rapporto dialettico costante con la crescente autonomia del minore»; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 374, in merito alla funzione educativa dei genitori, discorre invece di «insopprimibile dialettica tra autovalutazione ed eterovalutazione», in quanto ciò che per i genitori rappresenta il miglior interesse del figlio (eterovalutazione) deve rapportarsi con ciò che per il minore stesso coincide con il suo *best interest* (autovalutazione, che si realizza *in primis* attraverso l'esercizio dell'ascolto; in questo senso v. M. PICCINNI, *I minori di età*, in C.M. MAZZONI-M. PICCINNI, *La persona fisica*, nel *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2016, p. 412).

accompagnano nel processo di maturazione della stessa<sup>70</sup>, operando al contempo un controllo sulla sua effettiva libertà e sulla conformità di tale scelta rispetto al relativo *best interest*<sup>71</sup>. Quest'ultimo potere di controllo – il quale trova giustificazione nel fatto che, sebbene capace di discernimento, il minore rimane pur sempre un soggetto vulnerabile per definizione<sup>72</sup> – si riduce progressivamente in funzione del crescente grado di maturità conseguito. Nei casi dei cosiddetti “grandi minori”, vicini alla maggiore età, solo una decisione esistenziale che si contrapponga nettamente e radicalmente ad altri loro diritti fondamentali, come la salute, ovvero la dignità, potrebbe potenzialmente giustificare un rifiuto o un diniego, da parte dei genitori, relativo all'esternazione della volontà dei figli<sup>73</sup>.

Pertanto, sulla base di quanto detto, il minore disforico, nel processo di affermazione della propria identità di genere, necessiterà pur sempre del consenso dei genitori per l'accesso alla psicoterapia, alla terapia ormonale e agli interventi chirurgici di riassegnazione del sesso. Tuttavia, l'eventuale rifiuto,

<sup>70</sup> S. ALBANO, *La volontà del minorenne nelle scelte relative alla sua salute: l'art. 3 della l. 22 dicembre 2017 n. 219 alla prova della pratica sanitaria*, in *Dir. fam. pers.*, 2, 2023, p. 615, per la quale «il ruolo del genitore o del tutore non è più, in questi casi, quello di sostituto della volontà del minorenne, ma di mero portavoce di una scelta che rispecchi l'identità dello stesso, a tutela della sua autodeterminazione».

<sup>71</sup> In questo senso si veda R. SENIGAGLIA, *Le misure di protezione dell'interesse del soggetto minore di età tra autonomia ed eteronomia*, cit., p. 45 e p. 86.

In particolare, il principio del *best interest of the child* è radicato nella Convenzione sui diritti del Fanciullo, il cui art. 3, primo paragrafo, dichiara solennemente che «in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente».

Per migliore interesse del minore può intendersi il suo diritto sostanziale «di poter realizzare il “miglior tipo di esistenza per esso realmente possibile e praticamente realizzabile”, in atto e in prospettiva futura, avuto riguardo a ogni aspetto fisico e psichico, materiale e spirituale, morale e sociale, in vista dell'irrinunciabile obiettivo di favorirne una crescita armonica ed equilibrata, libera e indipendente sebbene fondamentalmente relazionale» (così espressamente V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2018, p. 413). Tale interesse non può essere standardizzato, ma deve essere individuato caso per caso, sulla base di una valutazione personalizzata della concreta situazione in cui si trova il minore.

Per un approfondimento sul tema, si rinvia, tra gli altri, a M. DI MASI, *L'interesse del minore. Il principio e la clausola generale*, Napoli, 2020, *passim*.

<sup>72</sup> Cfr. per tutti R. SENIGAGLIA, *Le misure di protezione dell'interesse del soggetto minore di età tra autonomia ed eteronomia*, cit., p. 45.

<sup>73</sup> A meno che i genitori, sui quali grava il relativo onere, siano in grado di motivare il loro rifiuto o diniego dimostrando l'esistenza di un contrapposto interesse, facente capo ad altro membro della comunità familiare, che risulti – all'esito di un giudizio di bilanciamento – prevalente rispetto al *best interest of the child*, valutato ed apprezzato in concreto. Difatti, l'interesse del minore non può essere considerato sempre e comunque prevalente rispetto ad ogni altro controinteresse in gioco, dovendosi riconoscere al medesimo semplicemente un particolare rilievo e uno speciale peso nel processo di bilanciamento dei diversi interessi, ciò che però non esclude la sua possibile recessività rispetto ad altri interessi che in concreto risultino di maggiore importanza. In proposito si veda, ad esempio, la recente C. Cost., 9 marzo 2021, n. 33, in *Fam. dir.*, 7, 2021, pp. 684 ss., spec. p. 687.

da parte di questi ultimi, di prestare il consenso informato potrebbe senz'altro trovare giustificazione nei casi in cui la decisione del minore, qualora egli sia capace di discernimento, contrasti effettivamente e pienamente con il suo *best interest*. È in ogni caso intuibile, comunque, l'importanza di un ambiente familiare collaborativo e accogliente<sup>74</sup>, dove i genitori mostrano al figlio pieno sostegno, accettandone le decisioni e facendosi promotori della sua volontà<sup>75</sup>.

Ad ogni modo, se per l'accesso del minore transessuale ai trattamenti sanitari (psicologici, ormonali e chirurgici) non può revocarsi in dubbio – stante l'espressa previsione di cui all'art. 3, della l. 22 dicembre 2017, n. 219 – la necessaria interposizione dei genitori nella manifestazione del consenso informato, più complesso si mostra il discorso per ciò che concerne l'instaurazione del giudizio di rettificazione dell'attribuzione di sesso, sia al fine di ottenere la rettifica anagrafica, sia per conseguire – là dove ancora necessaria<sup>76</sup> – l'autorizzazione giudiziale all'intervento chirurgico di adeguamento dei caratteri sessuali.

Secondo un più risalente orientamento giurisprudenziale<sup>77</sup>, infatti, i genitori non potevano esperire, in rappresentanza del figlio minore, l'azione giudiziale volta alla rettificazione del sesso e del nome. Questa impostazione si fondava sulla qualificazione della suddetta azione come atto personalissimo, per il quale dunque non è ammesso nessun tipo di rappresentanza. Conseguentemente,

<sup>74</sup> L'importanza per il minore disforico di vivere in un ambiente familiare supportivo e accogliente è messa in luce da J. RISTORI – F. MAZZOLI, *La presa in carico psicologica di minori con sviluppo d'identità di genere atipico*, cit., p. 102, le quali sottolineano come, in tali contesti, i minori «avranno meno difficoltà a esprimere liberamente il desiderio di voler essere trattati secondo il genere esperito e a scegliere un nome corrispondente all'identità di genere». Similmente, si veda anche A. VALONGO, *Il mutamento di sesso a quarant'anni dall'approvazione della legge n. 164 del 1982: un focus sui minori*, cit., 768, per cui «Quando un figlio dichiara ai genitori di percepire la sua appartenenza al genere opposto e di voler modificare i suoi caratteri sessuali e il proprio nome [...]. I genitori sono chiamati ad affrontare, in primo luogo, istanze di autodeterminazione, di libertà sessuale, di rispetto dell'integrità corporea, di tutela della salute e dell'identità di genere che riguardano il singolo individuo [...]. È perciò fondamentale la coesione della famiglia nel sostenere il minore nel suo percorso: un dovere di collaborazione trova il suo esplicito riferimento nella norma di cui all'art. 316, comma 1, c.c., che pone a carico di entrambi gli esercenti la responsabilità genitoriale quel complesso di doveri e diritti spettanti per la cura degli interessi dei figli».

<sup>75</sup> Non è purtroppo infrequente che i genitori, anziché supportare il minore disforico nel suo percorso di transizione, cerchino di dissuaderlo e, addirittura, attuino strategie di condizionamento, volte ad indurlo a sottoporsi alle citate terapie di conversione sessuale (v. *supra* la nota n. 6), le quali possono considerarsi, per l'indimostrata efficacia unita alle rilevanti potenzialità nocive, certamente contrarie al *best interest of the child*. In questo senso cfr. S. CACACE, *Terapie di conversione sessuale e disposizione di sé*, cit., spec. pp. 165 ss.

<sup>76</sup> V. *supra* le note nn. 1, 35 e 36.

<sup>77</sup> Trib. Catania, 12 marzo 2004, in *Giust. civ.*, I, 2005, pp. 1107 ss., con nota di L. FAMULARO, *I minori e i diritti della personalità*. D'altronde già Cass., 21 luglio 2000, n. 9582, in *Giust. civ.*, 11, I, 2001, pp. 2751 ss., con nota di G. CICCITELLI, *La capacità dell'interdetto di esercitare le azioni relative*, aveva collocato – seppur in *obiter dictum* – la domanda di rettificazione di attribuzione di sesso tra gli «atti che comportano delicatissime scelte di carattere strettamente personale».

stante l'assenza di una specifica disposizione attributiva di una capacità speciale, alla luce di tale orientamento si escludeva in sostanza l'accesso del minore al procedimento di rettificazione, posto che egli soltanto – una volta compiuta la maggiore età e conseguita così la capacità d'agire – avrebbe potuto esercitare la relativa azione<sup>78</sup>. In altri termini, il sopracitato orientamento avrebbe introdotto nell'ordinamento un presupposto necessario per la rettificazione anagrafica del sesso, nonché per l'autorizzazione giudiziale agli interventi chirurgici di adeguamento sessuale, ossia quello della maggiore età, requisito che però la l. 14 aprile 1982, n. 164, come visto, non prevede espressamente<sup>79</sup>.

Per tali motivi, una successiva sentenza del Tribunale di Roma<sup>80</sup> – inaugurando un nuovo orientamento giurisprudenziale ora nettamente predominante<sup>81</sup> – ha ribaltato la precedente impostazione, affermando la possibilità, per i genitori di un minore con disforia di genere, di presentare domanda giudiziale per l'autorizzazione del tribunale all'intervento chirurgico di adeguamento dei suoi caratteri sessuali. Il ragionamento dei giudici capitolini si dispiega in due direzioni: *i*) la domanda proposta in giudizio, in quanto preordinata ad ottenere l'autorizzazione ad un intervento che rientra senz'altro tra i trattamenti sanitari diretti al raggiungimento dell'integrità psicofisica<sup>82</sup>, può essere presentata anche dai genitori del minore, in funzione rappresentativa del medesimo, così come si ammette pacificamente per ogni intervento sanitario; *ii*) in ogni caso, la domanda proposta in giudizio viene qualificata come «un atto complesso, espressione di due volontà, quella del minore e quella del genitore, aventi un eguale peso in considerazione dell'età e del grado di maturità intellettuale del minore e di esigenza di tutela della sua personalità». Le due argomentazioni proposte, pur perseguendo il medesimo fine, divergono però nel merito.

Il ragionamento *sub i*), attraverso il richiamo al trattamento sanitario, è volto a smentire la ricostruzione operata in precedenza dal citato Tribunale di Catania, quanto alla qualificazione della domanda giudiziale proposta quale atto personalissimo, poiché atto di esercizio di un diritto parimenti personalis-

<sup>78</sup> Come rileva A. LORENZETTI, *La condizione giuridica del bambino e dell'adolescente transgenere tra diritto alla salute, autodeterminazione e (in)certeza del diritto*, cit., p. 537, la pronuncia del Tribunale di Catania di cui alla nota precedente si caratterizza per dare luogo ad un "corto circuito" sistematico, in quanto il minore non può essere rappresentato dai genitori nell'esercizio dell'azione, ma allo stesso tempo non può esercitarla personalmente non avendo la capacità d'agire.

<sup>79</sup> A. LORENZETTI, *La condizione giuridica del bambino e dell'adolescente transgenere tra diritto alla salute, autodeterminazione e (in)certeza del diritto*, cit., p. 538.

<sup>80</sup> Trib. Roma, 11 marzo 2011, cit., pp. 254 ss.

<sup>81</sup> Tra le varie si vedano Trib. Frosinone, 25 luglio 2017, in *Foro it.*, I, 1, 2018, cc. 136 e 141 ss.; Trib. Genova, 17 gennaio 2019, n. 153 e Trib. Lucca, 27 agosto 2021, entrambe in *osservatoriofamiglia.it*; Trib. Rovigo, 20 gennaio 2023, n. 68, in *DeJure*.

<sup>82</sup> Ciò in quanto, come afferma il Tribunale romano, il diritto all'effettiva identità sessuale, cui l'intervento per il quale è richiesta l'autorizzazione mira, costituisce chiara specificazione del più ampio diritto alla salute, di cui all'art. 32 Cost. Inoltre, già C. Cost., 23 maggio 1985, n. 161, in *Giur. cost.*, I, 1985, pp. 1163 ss., aveva affermato la natura di trattamento terapeutico dell'intervento chirurgico di riassegnazione del sesso.

simo. Tuttavia, tale ragionamento, se ben si presta al caso in concreto affrontato dai giudici romani, con più difficoltà potrebbe estendersi alle ipotesi di domande giudiziali volte a richiedere la semplice rettificazione anagrafica del sesso, a fronte di un intrapreso percorso di transizione, del minore disforico, caratterizzato dal solo ricorso alla terapia ormonale. L'estensione della suddetta argomentazione all'ipotesi appena prospettata, infatti, presupporrebbe un'accezione eccessivamente ampia, se non del tutto impropria<sup>83</sup>, del concetto di "trattamento sanitario" o di "trattamento terapeutico", capace di ricomprendere qualsiasi atto dal quale derivano ricadute positive per la salute dell'individuo. Solamente adottando una tale concezione, infatti, potrebbe latamente considerarsi, quale trattamento sanitario, anche la sola rettifica anagrafica del sesso, in quanto essa senz'altro può produrre di per sé effetti benefici per l'equilibrio psico-fisico della persona transessuale, soprattutto per ciò che concerne i suoi rapporti sociali; non a caso il mero riconoscimento giuridico-sociale del sesso (psicologico), a prescindere dunque da interventi volti a modificare e adeguare ad esso i caratteri sessuali, potrebbe rappresentare un'importante tappa (anche conclusiva) nel processo di affermazione dell'identità di genere dell'individuo disforico<sup>84</sup>.

Di contro, l'*argomentum sub ii*), prescindendo dalla qualificazione della domanda giudiziale proposta, pone in esponente il crescente rilievo della volontà del minore capace di discernimento nel processo decisionale. Costui,

<sup>83</sup> Perché non vi è l'evidenza di una correlazione medico-scientifica circa le ricadute benefiche sulla sfera psico-fisica dell'individuo, nonché in quanto trattasi di atti o procedimenti che non sono posti in essere da personale medico-sanitario. Per questa prospettiva si veda, ad esempio, S. CACACE, *Terapie di conversione sessuale e disposizione di sé*, cit., p. 156.

<sup>84</sup> Il riferimento è alla figura del c.d. "transessuale anagrafico" tratteggiata, tra gli altri, da G. GRISI, *Sesso e genere: una dialettica alla ricerca di una sintesi*, in S. ANASTASIA – P. GONNELLA (a cura di), *I paradossi del diritto. Saggi in omaggio a Eligio Resta*, Roma, 2019, pp. 79 ss., spec. p. 98, secondo cui tale definizione si riferisce «all'individuo che in senso proprio transessuale non è (conservando intatti i caratteri sessuali primari di origine), ma che ugualmente mira ad ottenere – e consegue – la rettificazione di attribuzione di sesso».

Resta però fermo che, come affermato in precedenza, nell'ordinamento italiano, quantomeno allo stato attuale, sembra necessaria – per la rettificazione anagrafica del sesso – quantomeno la sottoposizione dell'individuo a terapie ormonali volte a modificare e/o adeguare al sesso percepito i propri caratteri sessuali secondari, in quanto ciò rappresenterebbe un sicuro indice determinante per l'apprezzamento, da parte del giudice, della serietà, della univocità e della definitività della scelta relativa al cambiamento di sesso, escludendo così che la medesima si fondi sulla mera volontà del soggetto interessato. A tal riguardo si veda, ad esempio, C.P. GUARINI, «Maschio e femmina li creò» ... o, forse, no. *La Corte costituzionale ancora sulla non necessità di intervento chirurgico per la rettificazione anagrafica di attribuzione di sesso*, in *federalismi.it*, 8, 2018, pp. 2 ss., spec. p. 31, il quale evidenzia come – attualmente, sulla base della giurisprudenza soprattutto costituzionale – per la valutazione giudiziale circa la serietà e univocità dell'intento del soggetto transessuale «[...] i trattamenti ormonali appaiono elemento all'uopo imprescindibile ed eventuali trattamenti chirurgici di tipo estetico costituiscono un ulteriore forte indice della serietà della scelta di transitare dovendo il giudice, come precisato dalla Consulta, pur sempre tenere conto di tutte le componenti che concorrono a determinare l'identità personale e di genere, "compresi i caratteri sessuali"».

infatti, partecipa attivamente (attraverso i doveri di ascolto, di rispetto delle capacità e di considerazione della volontà dei figli, che l'ordinamento pone in capo ai genitori) alle decisioni su tutte le questioni che lo riguardano<sup>85</sup>. Da ciò, pertanto, può dedursi che sarebbe in sostanza il minore a esercitare il diritto personalissimo di cui è titolare, seppur per il tramite meramente formale dei genitori, i quali – qualora la ritengano conforme al suo *best interest* – intervengono al solo fine di esternare una volontà non propria, bensì del figlio.

A parere di chi scrive, pur condividendosi pienamente l'esito cui giunge il Tribunale di Roma, più che sulla natura di atto personalissimo, o meno, delle domande giudiziali di rettificazione anagrafica del sesso e di autorizzazione agli interventi chirurgici di adeguamento sessuale, l'attenzione dovrebbe invero soffermarsi proprio sul principio del migliore interesse del minore, vera e propria «stella polare»<sup>86</sup> in direzione della quale si orienta l'intero diritto minorile. Difatti, non solo l'accoglimento della tesi contrapposta, volta ad escludere il potere di rappresentanza dei genitori per la proposizione delle domande di cui agli artt. 1, della l. 14 aprile 1982, n. 164, e 31, del d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, precluderebbe al minore disforico, fino al momento della maggiore età, l'esercizio del proprio diritto fondamentale all'identità di genere<sup>87</sup>, ma, soprattutto, il conseguente differimento, fino a tale momento, della rettifica anagrafica, ovvero dell'intervento di riassegnazione del sesso, comprimerebbe senza alcuna giustificazione il suo diritto alla salute, costringendolo a prolungare inutilmente lo stato di estremo disagio in cui egli vive, ciò che potrebbe

<sup>85</sup> Lo rileva acutamente A. SCHUSTER, «*Identità di genere: tutela della persona o difesa dell'ordinamento?*», cit., p. 261, il quale pur ritenendo teoricamente scorretta la qualificazione della domanda giudiziale quale atto complesso, espressione di due volontà, osserva piuttosto che «ciò che preme evidenziare ai giudici è il diritto del minore ad essere parte della procedura decisionale. In tal senso richiamano la Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20.11.1989, ratificata con l. 27.5.1991, n. 176 [...]. Questo strumento rileva almeno per due diritti fondamentali: quello procedurale garantito dall'art. 12 di esprimere liberamente la propria opinione e di essere ascoltato; quello sostanziale dell'art. 24 di godere del miglior stato di salute possibile e di beneficiare di servizi medici e di riabilitazione».

<sup>86</sup> Cfr. *ex multis* A. RUGGERI, *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti. XII, Studi dell'anno 2018*, Torino, 2019, p. 287, nonché E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, p. 118 e A. PISANÒ, *I diritti umani come fenomeno cosmopolita: internazionalizzazione, regionalizzazione, specificazione*, Milano, 2011, p. 212.

<sup>87</sup> In questo senso si esprime chiaramente Trib. Frosinone, 25 luglio 2017, cit., cc. 136 ss. Si veda sul punto anche L. GIACOMELLI, *Il diritto fuori binario. La tutela giuridica dei minori con varianza di genere tra responsabilità genitoriale e autonomia individuale: una prospettiva comparata*, cit., p. 67, il quale evidenzia come «alla luce del nuovo assetto normativo e ordinamentale volto a incoraggiare il coinvolgimento attivo del fanciullo nelle scelte che lo riguardano, nei modi e nei limiti della sua capacità di comprensione e maturità (artt. 315 bis, 336 bis c.c., 6 Convenzione di Oviedo, 24, primo comma, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, 12 Convenzione di New York), è stato stabilito che il divieto di rappresentanza rispetto al compimento di atti inerenti a diritti personalissimi non deve spingersi fino a ostacolare l'esercizio dei diritti fondamentali del soggetto».

pregiudicarne il benessere psico-fisico<sup>88</sup>. Pertanto, non può dubitarsi che una siffatta interpretazione si ponga radicalmente in contrasto con il principio del *best interest of the child*<sup>89</sup> e che, dunque, debba essere fermamente rigettata.

#### 4. Possibili rimedi al conflitto tra genitori e figlio transessuale

I genitori, dunque, assumono un ruolo di primaria importanza nel processo di transizione sessuale del minore disforico, in quanto – da un lato – sono chiamati ad esprimere un consenso necessario per l'accesso ai trattamenti sanitari (psicologici, endocrinologici e chirurgici), ai sensi dell'art. 3, della l. 22 dicembre 2017, n. 219, mentre – dall'altro lato – ad essi spetta l'iniziativa giudiziale volta alla rettificazione dell'attribuzione del sesso, in rappresentanza del figlio minore interessato. Un rilevante problema si pone nell'eventualità in cui i genitori, nonostante la volontà positiva del figlio, neghino il proprio consenso ai suddetti trattamenti, ovvero si rifiutino di presentare la domanda giudiziale per la rettificazione.

In primo luogo, occorre verificare se, in tali circostanze di conflittualità con il figlio, la condotta "ostruzionistica" dei genitori possa considerarsi legittima. Come si è detto, infatti, nella prospettiva della più ampia valorizzazione della capacità di discernimento del figlio minore, nonché del relativo diritto all'autodeterminazione, il potere di controllo dei genitori sulle sue scelte essenziali, il quale potere si riduce in misura direttamente proporzionale all'età e al grado di comprensione di quest'ultimo, deve innanzitutto orientarsi verso la limitazione di quelle scelte che potrebbero pregiudicare in misura rilevante un altro diritto fondamentale facente capo allo stesso, con particolare riguardo al diritto alla salute. Pertanto, deve escludersi recisamente che i genitori possano negare il loro consenso sulla base di mere convinzioni personali e ideologiche. Diverso è, invece, il caso in cui il diniego dei genitori, nell'ottica di garantire il *best interest of the child*<sup>90</sup>, sia giustificato da esigenze, motivate

<sup>88</sup> Tra l'altro, come sottolinea A. SCHUSTER, «*Identità di genere: tutela della persona o difesa dell'ordinamento?*», cit., p. 261, gli interventi di conformazione morfologica compiuti anteriormente al compimento dei diciotto anni di età sono in grado di garantire il benessere psico-fisico della persona «in un modo che sarebbe peraltro irrealizzabile con eguale successo ed efficienza in termini di costi/benefici in età avanzata».

<sup>89</sup> Cfr., per tutti, M.G. RUO, *Persone minori di età e cambiamento di identità sessuale*, in *Fam. dir.*, 2012, 5, pp. 504 s.

<sup>90</sup> Secondo A. MORACE PINELLI, *Curatore speciale e autodeterminazione del minore d'età*, in MIR, BIANCA – F. DANOVÌ (a cura di), *La nuova giustizia familiare e minorile*, cit., p. 973, «L'interferenza dei genitori, rispetto all'agire dei figli minori, si giustifica soltanto in chiave protettiva, ossia per salvaguardare diritti fondamentali del minore». Questa impostazione, seppur ben si presti alle ipotesi che in questa sede ci impegnano, non pare essere suscettibile di generalizzazioni eccessive. Si consideri, ad esempio, che è responsabilità dei genitori quella di garantire il *best interest* di tutti i figli minori; pertanto, in ipotesi di possibili conflitti tra i diversi interessi di cui sono portatori i figli, l'esito da cui non si può sfuggire è quello del loro concreto

e accertate<sup>91</sup>, di protezione del diritto alla salute del figlio. Infatti, sia il trattamento ormonale (quantomeno quello caratterizzante), sia gli interventi chirurgici di modifica dei caratteri sessuali, primari e secondari, sono suscettibili di determinare rilevanti diminuzioni dell'integrità fisica del minore.

La questione in oggetto, particolarmente complessa, non può peraltro risolversi nella sola contrapposizione tra diritto all'autodeterminazione del minore e tutela del suo diritto alla salute<sup>92</sup>, ma sottende un ulteriore conflitto, interno allo stesso diritto alla salute. Infatti, come accennato in precedenza, il diritto all'identità di genere – oltre che nell'art. 2 Cost. – trova un ulteriore appiglio costituzionale proprio nell'art. 32 Cost., là dove il percorso di affermazione di tale identità mira al raggiungimento di un maggior benessere psico-fisico dell'individuo. Quanto detto vale, a maggior ragione, se si prende in considerazione un minore a cui sia stata diagnosticata la disforia di genere; in tale ipotesi, il collegamento con il diritto alla salute emerge con particolare nettezza.

Conseguentemente, si rende necessario operare un bilanciamento tra la riduzione dell'integrità fisica, che l'intervento (ormonale, ovvero chirurgico) di adeguamento sessuale è in grado di arrecare, e il miglioramento dell'equilibrio psico-fisico, che dai sopracitati trattamenti possono derivare per il minore con incongruenza di genere, soprattutto se disforico. Si tratta di un bilanciamento che – esaurendosi all'interno della tutela del diritto alla salute – deve essere condotto in concreto attraverso una valutazione casistica rimessa al giudice, il quale è chiamato a dirimere il conflitto tra genitori e figlio minore, così individuando – nella prospettiva del *best interest* di quest'ultimo – l'opzione più adeguata alla protezione del relativo benessere psico-fisico. L'autodeterminazione del minore – recepita dal giudice nell'assolvimento del dovere di ascolto che gli artt. 315-bis c.c. e 473-bis.4 c.p.c. gli impongono – potrà senz'altro rivestire un ruolo importante, seppur di per sé non dirimente<sup>93</sup>, nella valutazione dei rischi e dei benefici che possono scaturire dal trattamento sanitario<sup>94</sup>.

bilanciamento, anche allo scopo di individuare una soluzione che riesca a contemperare nel miglior modo possibile le esigenze e gli interessi di tutti i soggetti coinvolti.

<sup>91</sup> A. LORENZETTI, *La condizione giuridica del bambino e dell'adolescente transgenere tra diritto alla salute, autodeterminazione e (in)certezza del diritto*, cit., p. 540.

<sup>92</sup> Dove, comunque, si richiede l'individuazione di un giusto equilibrio tra istanze autodeterminative del minore e istanze di protezione e di perseguimento della sua salute e del suo benessere, avanzate dai genitori. Cfr. P. FIORE – L. GIACOMELLI, *La domanda di rettificazione del sesso e del nome e le ricadute nell'ordinamento giuridico e nel sistema familiare*, cit., p. 25.

<sup>93</sup> Si veda sul punto A. LORENZETTI, *La condizione giuridica del bambino e dell'adolescente transgenere tra diritto alla salute, autodeterminazione e (in)certezza del diritto*, cit., p. 544, la quale precisa come «Nella configurazione del bilanciamento, uno spazio potrebbe certamente essere riconosciuto all'autodeterminazione che, trattandosi di un minore chiama necessariamente in causa il consenso informato dei genitori. A ogni modo, anche a volersi valorizzare, nella sua massima espansione, lo spazio riconosciuto all'autodeterminazione, occorre comunque garantire adeguatamente una valutazione di rischi e benefici del trattamento o dell'astensione da interventi irreversibili che precluderebbero future scelte in senso diverso».

<sup>94</sup> D'altronde nessuno più del minore disforico, capace di discernimento, è in grado di stabilire cosa sia meglio per lui e se l'eventuale diminuzione dell'integrità fisica, derivante dal

Alla luce di quanto detto, devono essere garantiti al minore, con incongruenza o disforia di genere, idonei strumenti in grado di consentirgli di superare l'eventuale ingiustificato diniego, opposto dai genitori, al trattamento sanitario cui egli decida di sottoporsi nel processo di affermazione della propria identità di genere.

Innanzitutto, è d'uopo sottolineare come la l. 22 dicembre 2017, n. 219, sul consenso informato, non offra decisivi spunti per la soluzione del conflitto cennato, limitandosi a regolare (all'art. 3, quinto comma) la specifica ipotesi in cui i genitori rifiutino il proprio consenso a cure che il medico ritenga «appropriate e necessarie» per il minore, prevedendo che tale questione sia demandata alla decisione del giudice tutelare. Non sono mancate, in ogni caso, voci dottrinali favorevoli ad un'interpretazione estensiva del disposto normativo da ultimo citato, volte a ricomprendere nel suo ambito applicativo anche le ipotesi di conflitto tra genitori e figli minori circa l'esternazione del consenso informato<sup>95</sup>.

Tuttavia, a ben vedere, il diniego ingiustificato dei genitori al trattamento sanitario, in quanto impedisce di fatto al minore l'attuazione del diritto fondamentale all'identità di genere, ma anche di quello alla salute, può qualificarsi senz'altro quale condotta genitoriale da cui derivano per il figlio effetti pregiudizievoli<sup>96</sup>, legittimando così il ricorso al giudice ai sensi

trattamento sanitario, possa ritenersi un giusto prezzo da sostenere per risolvere la situazione di disagio in cui versa, nonché per affermare la propria identità di genere.

Più in generale, sulle scelte sanitarie del minore, cfr. G.C. TURRI, *Autodeterminazione, trattamenti sanitari e minorenni*, in *Quest. giustizia*, 6, 2000, p. 1115, il quale sottolinea come «rispetto alla malattia, il bambino è il testimone più attendibile della propria sofferenza, del proprio dolore, delle proprie paure, dei propri fantasmi; è il testimone più attendibile del proprio bisogno di vicinanza con le persone o, forse, di distanza».

<sup>95</sup> In proposito v., ad esempio, A. FERRERO, *Autodeterminazione dei minorenni. I minori come soggetti capaci in ambito sanitario*, cit., p. 1803, la quale, anche sulla base di quella giurisprudenza che ha considerato come una mera svista del legislatore la mancata regolamentazione dell'ipotetico disaccordo tra genitori e minore capace di discernimento (si veda Giudice tutelare del Trib. di Vercelli, decreto del 31 maggio 2018, disponibile su *rivistaresponsabilitamedica.it*) rinviene nell'intervento dell'autorità giudiziaria «il principale, se non l'unico, strumento di garanzia dell'autonomia decisionale nelle scelte non patrimoniali del minore».

Per un'impostazione contraria all'interpretazione estensiva dell'art. 3, quinto comma, della l. 22 dicembre 2017, n. 219, si veda però G. BALDINI, *L. 219/17: minori, incapaci e autodeterminazione terapeutica tra luci e ombre*, cit., p. 16, per il quale – al di fuori del caso espressamente menzionato nella disposizione normativa esaminata – il rappresentante legale godrebbe di un potere sostitutivo pieno ed esclusivo in ordine al rifiuto dei trattamenti sanitari sull'incapace. Similmente si veda anche M. BELLINIA, *Le DAT del minore e il conflitto di interessi dei genitori*, in MIR. BIANCA (a cura di), *The best interest of the child*, Roma, 2021, p. 394.

<sup>96</sup> Riconduce il consenso o il rifiuto alle cure mediche tra le condotte genitoriali che possono pregiudicare gli interessi del minore e, dunque, legittimare l'intervento del giudice ex art. 333 c.c., ad esempio, F. RUSCELLO, *Responsabilità dei genitori. I controlli. Artt. 330-335*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato e già diretto da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli e G. Ponzanelli, Milano, 2016, spec. p. 192.

Tra l'altro, si ritiene che l'imposizione al minore, da parte dei genitori, di una scelta educativa o di cura contraria (oltre che al suo volere anche) al suo *best interest* configura una

dell'art. 333 c.c.<sup>97</sup>, al fine di richiedere l'emanazione dei provvedimenti convenienti. All'esito di tale giudizio, il giudice potrebbe nominare un curatore<sup>98</sup>, al quale attribuire il potere di prestare, in luogo dei genitori, il consenso informato alla cura o al trattamento sanitario voluto dal minore<sup>99</sup>. Una siffatta

violazione dell'obbligo di assistenza morale, previsto dall'art. 147 c.c. e riconosciuto espressamente quale diritto dei figli dall'art. 315-bis c.c. In proposito, recentemente, v. A. VALONGO, *Il mutamento di sesso a quarant'anni dall'approvazione della legge n. 164 del 1982: un focus sui minori*, cit., p. 771. Sul collegamento tra diritto all'ascolto del minore e dovere di assistenza morale cfr., invece, M. SESTA, *Verso nuove trasformazioni del diritto di famiglia italiano?*, in *Famiglia*, 6, 2003, p. 163.

<sup>97</sup> Cfr. *ex multis*: A.C. DI LANDRO, voce *Responsabilità genitoriale verso i figli*, in *Enc. dir. – I tematici*, IV, *Famiglia*, 2022, p. 1176; E. LA ROSA, *Diritti dei figli e responsabilità genitoriale nell'evoluzione della famiglia*, cit., p. 933; S. STEFANELLI, *Responsabilità genitoriale e tutela del minore intersessuale*, cit., p. 26; L. LENTI, *Il consenso informato al trattamento sanitario per i minorenni*, cit., p. 437.

<sup>98</sup> Per quanto riguarda i procedimenti limitativi della responsabilità genitoriale, come quello *ex art.* 333 c.c., il nuovo art. 473-bis.7 c.p.c., introdotto dal D. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 (c.d. riforma Cartabia), prevede che, all'esito del procedimento, il giudice possa nominare un curatore "generale" del minore, indicando nel provvedimento di nomina gli atti (di natura sostanziale) che questo ha il potere di compiere nell'interesse del minore.

Tuttavia, si ritiene che nelle ipotesi di procedimento *ex art.* 333 c.c. possa essere nominato anche un curatore speciale per il minore, facendo ricorso al nuovo art. 473-bis.8 c.p.c. (su cui si veda *infra*, testo e note). Secondo parte della dottrina (cfr. R. SENIGAGLIA, *Le ipotesi di nomina del curatore speciale del minore*, in MIR. BIANCA – F. DANОВI (a cura di), *La nuova giustizia familiare e minorile*, cit., p. 984), la nomina del curatore speciale sarebbe addirittura obbligatoria, in quanto il procedimento ai sensi dell'art. 333 c.c. – pur non essendo espressamente indicato tra le ipotesi tipiche che prevedono l'obbligo di nomina del curatore speciale a pena di nullità degli atti del procedimento, la cui elencazione si trova al primo comma del citato art. 473-bis.8 c.p.c. – potrebbe essere interpretativamente ricondotto alla ipotesi di cui alla lett. a), ossia ai casi di richiesta di decadenza dalla responsabilità genitoriale, poiché si avrebbe in sostanza un'identità di problematica. Altra parte della dottrina [si veda, ad esempio, B. POLISENO, *Il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie*, in D. DALFINO (a cura di), *La riforma del processo civile, l. 26 novembre 2021, n. 206 e d. leg. 10 ottobre 2022 n. 149 e n. 151*, in *Foro it. – Gli speciali*, vol. 4, Piacenza, 2022, pp. 415 ss., spec. pp. 440 s., ma anche ID., voce *Minore (tutela processuale)*, in *Enc. dir. – I tematici*, IV, cit., p. 869], però, ha affermato come nei confronti del procedimento *de potestate* menzionato, pur essendo esso escluso dalla citata lett. a), di cui al primo comma dell'art. 473-bis.8 c.p.c., e sempre che non siano integrati gli estremi di cui alle lett. c) e d) del medesimo comma, potrebbe invero applicarsi il secondo comma della suddetta disposizione, con la conseguenza che – in tale ipotesi – la nomina del curatore speciale non sarebbe obbligatoria, bensì facoltativa.

La giurisprudenza, dal canto suo, si è espressa nel senso dell'obbligatorietà della nomina del curatore speciale del minore, nelle ipotesi di condotte dei genitori – emerse nel corso del giudizio di regolamentazione dell'esercizio della responsabilità genitoriale – pregiudizievoli per il figlio e, pertanto, rilevanti ai sensi dell'art. 333 c.c. Cfr., ad esempio, le recenti Cass., ord. 19 marzo 2024, n. 7331 e Cass., ord. 29 novembre 2023, n. 33185, entrambe in *DeJure*.

<sup>99</sup> Posto che, dunque, al curatore del minore (generale, ai sensi dell'art., 473-bis.7 c.p.c., ovvero speciale ai sensi dell'art. 473-bis.8 c.p.c.), che comunque deve agire nell'esclusivo interesse del medesimo, possono essere attribuiti poteri di natura sostanziale, ci si chiede se possano essergli attribuiti anche poteri di rappresentanza in ambito sanitario. La risposta offerta dalla giurisprudenza di merito è senz'altro positiva [per una rapida rassegna di tale giurisprudenza si rimanda a M.G. RUO, *Il curatore del minore nel processo*, in MIR. BIANCA – F. DANОВI (a cura di), *La nuova giustizia familiare e minorile*, cit., pp. 1020 s.]

impostazione, però, si scontra con l'impossibilità per il minore di adire personalmente il giudice<sup>100</sup>, stante il suo difetto di legittimazione attiva<sup>101</sup>. Ne deriva, allora, che l'interessato dovrebbe necessariamente stimolare l'iniziativa processuale di un parente, ovvero del Pubblico Ministero<sup>102</sup>.

<sup>100</sup> L'art. 336 c.c. prevede infatti che «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, quando si tratta di revocare deliberazioni anteriori, anche del genitore interessato».

Tuttavia, nonostante il tenore letterale della norma, effettivamente fondata sul concetto di incapacità di agire assoluta del minore d'età, non è mancato chi ha proposto di superare il limite testuale della disposizione e di riconoscere pertanto anche a quest'ultimo, purché capace di discernimento, la legittimazione formale ad agire ai sensi dell'art. 336 c.c., al fine di richiedere provvedimenti limitativi o ablativi della responsabilità genitoriale; si veda, in particolare, F. DANOVÌ, *Orientamenti (e disorientamenti) per un giusto processo minorile*, in *Riv. dir. proc.*, 6, 2012, pp. 1470 ss., spec. p. 1488, il quale evidenzia come le fonti sovranazionali riconoscano, ad esempio, al minore un potere di iniziativa diretta innanzi alla Corte di Strasburgo (sul punto cfr. anche F. TOMMASEO, *Rappresentanza e difesa del minore nel processo civile*, in *Fam. dir.*, 4, 2007, pp. 409 ss., spec. 410).

Similmente si veda anche M. DOGLIOTTI, *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2007, spec. p. 493, ad avviso del quale all'adolescente (o meglio al minore capace di discernimento) dovrebbe riconoscersi una legittimazione a proporre ricorso ai sensi dell'art. 333 c.c., nell'ottica del più ampio riconoscimento al medesimo di una sfera, seppur limitata, di capacità processuale volta alla tutela dei suoi diritti della personalità (v., per questo specifico profilo, pp. 339 ss.).

Discussa era altresì la possibilità per il minore di richiedere, quantomeno, la nomina di un curatore speciale. Cfr. recentemente A. CORDIANO, *Responsabilità dei genitori. I procedimenti. Artt. 336-337*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato e già diretto da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli e G. Ponzanelli, Milano, 2020, spec. pp. 49 ss., la quale, dopo aver evidenziato come sul punto non vi sia unanimità di vedute (ma per una risposta affermativa al quesito v. già M. DOGLIOTTI, *Dalla patria potestà alla potestà dei genitori: un'occasione perduta?*, in *Giur. merito*, 1, I, 1978, pp. 86 ss.), definisce anacronistica l'impostazione più restrittiva, soprattutto se confrontata con la disciplina dell'ascolto del minore e con la disposizione di cui all'ultimo comma dell'art. 336 c.c., che prevede la necessaria assistenza tecnica del minore. Ad ogni modo, tale problema pare essere stato ora definitivamente risolto, in senso positivo, con l'introduzione del nuovo art. 473-bis.8 c.p.c.

<sup>101</sup> P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, cit., p. 379 [ma già in ID., *Relazione di sintesi*, in P. STANZIONE (a cura di), *Persona e comunità familiare: atti del Convegno di Salerno, 5-7 novembre 1982*, Napoli, 1985, pp. 486 s.] rileva chiaramente l'importanza e la centralità del problema della legittimazione processuale del soggetto minore di età, evidenziando come «Negare al medesimo la possibilità di chiedere l'intervento dell'autorità giudiziaria a garanzia del proprio libero sviluppo costituirebbe una grave limitazione, non giustificabile nell'assetto costituzionale dei valori». Si veda anche A. THIENE, *Riservatezza e autodeterminazione del minore nelle scelte esistenziali*, in *Fam. dir.*, 2, 2017, p. 173, per la quale l'impossibilità per il minore di fare (diretto) ricorso al giudice penalizza fortemente la sua posizione processuale.

Cfr., da ultimo, B. POLISENO, voce *Minore (tutela processuale)*, cit., p. 866, la quale recisamente afferma che «Il dato certo da cui partire è rappresentato dal fatto che il soggetto minore di età, benché dotato della *legitimatō ad causam*, è privo della *legitimatō ad processum*: egli non può agire in giudizio e né porre in essere attività processuali, se non legalmente rappresentato» (corsivi dell'Autrice).

<sup>102</sup> Anche grazie all'attivazione dei servizi sociali, oppure tramite la scuola. Cfr. S. STEFA-

Una recente novità legislativa, se adeguatamente valorizzata<sup>103</sup>, potrebbe avere un rilevante impatto sulla problematica qui esaminata. Il riferimento è all'art. 473-bis.8 c.p.c., introdotto dal D. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 (c.d. riforma Cartabia), il quale dispone, alla lett. d) del primo comma, che il minore, il quale abbia compiuto almeno quattordici anni, possa rivolgersi al giudice al fine di richiedere la nomina di un curatore speciale<sup>104</sup>. La formulazione ampia della disposizione ha indotto parte della dottrina a ritenere che il minore possa avanzare tale richiesta incondizionatamente<sup>105</sup>, con conseguente esclusione di ogni sindacato di merito del giudice, il quale di fronte alla domanda del minore sarebbe dunque obbligato a provvedere in ogni caso alla nomina del curatore speciale<sup>106</sup>.

Allo stesso modo, la medesima disposizione normativa prevede, al secondo comma, che il curatore speciale del minore possa essere nominato, anche con provvedimento succintamente motivato, «quando i genitori appaiono per gravi ragioni temporaneamente inadeguati a rappresentare gli interessi del minore». L'inadeguatezza dei genitori rispetto alla funzione rappresentativa dei figli minori potrebbe allora essere riscontrata proprio nel diniego al trattamento sanitario che risulti, in concreto, contrario al miglior interesse del minore<sup>107</sup>, legittimando in questo senso la nomina giudiziale del curatore speciale. In quest'ultima ipotesi, tuttavia, tale nomina pare essere lasciata alla discrezionalità dell'organo giudiziale, mentre essa è invero obbligata in presenza dell'istanza avanzata dal minore<sup>108</sup>.

NELLI, *Responsabilità genitoriale e tutela del minore intersessuale*, cit., p. 26. Tuttavia, come segnala da ultimo A. CORDIANO, *Responsabilità dei genitori. I procedimenti*. Artt. 336-337, cit., pp. 56 ss. (ma già in precedenza anche M. DOGLIOTTI, *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, cit., p. 493), in queste ipotesi l'iniziativa processuale sembrerebbe essere lasciata alla discrezionalità del Pubblico Ministero. Per tale motivo, l'Autrice da ultimo citata chiarisce come, dal sistema e attraverso un'interpretazione costituzionalmente conforme dello stesso art. 336 c.c., potrebbe ricavarsi il potere dell'autorità giudiziaria di emettere, in ipotesi di urgente necessità di tutela del minore e contestuale inerzia dei soggetti cui la legge attribuisce espressamente la legittimazione attiva, un provvedimento di nomina di un curatore che valuti, nell'interesse del minore, la proposizione dell'azione.

<sup>103</sup> Auspica una valorizzazione della disposizione normativa citata nel testo A. VALONGO, *Il mutamento di sesso a quarant'anni dall'approvazione della legge n. 164 del 1982: un focus sui minori*, cit., p. 767.

<sup>104</sup> Cfr. sul punto A. MORACE PINELLI, *Curatore speciale e autodeterminazione del minore d'età*, cit., pp. 966 ss.

<sup>105</sup> R. SENIGAGLIA, *Le ipotesi di nomina del curatore speciale del minore*, cit., pp. 988 s., il quale aggiunge come la domanda del minore sia «svincolata dalla sussistenza di situazioni di conflitto di interessi con i propri genitori o di inadeguatezza di questi ultimi» (spec. p. 988).

<sup>106</sup> Secondo C. PILIA, *Le nuove misure di protezione dell'autonomia dei minorenni*, Milano, 2023, p. 37, «la volontà del minore assume un valore legale vincolante per il giudice».

<sup>107</sup> In proposito si veda R. SENIGAGLIA, *Le ipotesi di nomina del curatore speciale del minore*, cit., pp. 980 s. e p. 992, il quale appunto ricollega il concetto di inadeguatezza, richiamato dall'art. 473-bis.8 c.p.c., all'incapacità del rappresentante legale di individuare e realizzare il migliore interesse del minore.

<sup>108</sup> L'art. 473-bis.8 c.p.c., difatti, da un lato stabilisce che «quando ne faccia richiesta il minore che abbia compiuto quattordici anni» il giudice «provvede alla nomina del curatore

Ciò che, però, assume decisiva importanza, ai fini del presente discorso, è che il citato art. 473-*bis*.8 c.p.c. riconosce al giudice la possibilità di attribuire al curatore speciale, con lo stesso provvedimento di nomina, ovvero con successivo provvedimento adottato in corso di giudizio, «specifici poteri di rappresentanza sostanziale». Come visto, tra i citati poteri di rappresentanza sostanziale attribuibili al curatore speciale potrebbe essere ricompresa la manifestazione del consenso informato, in luogo di quello indebitamente negato dai genitori, al trattamento sanitario voluto e richiesto dal minore<sup>109</sup>.

Similmente, il minore disforico, ovviando così all'eventuale inerzia dei genitori, potrebbe richiedere la nomina (obbligatoria) del curatore speciale anche al fine di essere rappresentato nel giudizio di rettificazione dell'attribuzione di sesso, sia per il caso della domanda di rettifica anagrafica, sia nell'ipotesi della domanda di autorizzazione all'intervento chirurgico avente ad oggetto l'adeguamento dei caratteri sessuali (là dove ancora necessaria, alla luce della recente sentenza della Consulta<sup>110</sup>). In tale ultima evenienza, potrebbe ulteriormente attribuirsi, al curatore speciale all'uopo nominato, lo specifico potere di rappresentanza sostanziale volto a prestare il consenso informato all'intervento chirurgico giudizialmente autorizzato.

speciale del minore, anche d'ufficio e a pena di nullità degli atti del procedimento», mentre dall'altro lato si prevede che «quando i genitori appaiono per gravi ragioni temporaneamente inadeguati a rappresentare gli interessi del minore» il giudice «può nominare un curatore speciale». La scelta dei termini impiegati, da parte del legislatore, farebbe propendere nell'un caso per l'imposizione di un obbligo di nomina posto in capo al giudice, mentre nell'altro caso per l'attribuzione di una mera facoltà, il cui esercizio è lasciato alla valutazione discrezionale dell'organo giudicante. In questo senso si veda R. SENIGAGLIA, *Le ipotesi di nomina del curatore speciale del minore*, cit., pp. 983 s., per il quale «Mentre in presenza delle situazioni tipiche, al loro verificarsi è sempre dovuta la nomina del curatore speciale del minore a pena di nullità degli atti del procedimento; nelle situazioni atipiche è comunque prima necessario accertare, motivando, il livello di inadeguatezza che precluda la rappresentanza processuale del minore da parte di entrambi i genitori, con la differenza che, nell'ipotesi di cui al comma 2°, la nomina è da ritenersi facoltativa». Di avviso contrario, invece, mi pare A. VALONGO, *Il mutamento di sesso a quarant'anni dall'approvazione della legge n. 164 del 1982: un focus sui minori*, cit., p. 767, per la quale, anche nelle ipotesi di temporanea inadeguatezza rappresentativa dei genitori, il giudice sarebbe comunque obbligato a nominare un curatore speciale.

<sup>109</sup> V. *supra* quanto già detto nella nota n. 98. Tra l'altro, come accennato, si ritiene che anche il curatore speciale debba operare nell'esclusivo interesse del minore, potendosi eventualmente rifiutare di esercitare il potere sostanziale, attribuitogli dal giudice nel decreto di nomina o con successivo provvedimento, là dove ritenesse che lo stesso sia contrario al suo *best interest*. In questo senso cfr. M.G. RUO, *Il curatore del minore nel processo*, cit., p. 1005. In tal caso, dove in sostanza si contrappongono le visioni del giudice e del curatore speciale in ordine al *best interest* del minore, il conflitto può risolversi con la rimozione e la sostituzione del secondo (cfr. C. PILLA, *Le nuove misure di protezione dell'autonomia dei minorenni*, cit., p. 39).

<sup>110</sup> Si vedano *supra* le note nn. 1, 35 e 36.

*Abstract* [Ita]

Il saggio, premessi brevi cenni sul fenomeno del transessualismo e sulle possibili tappe del processo di transizione sessuale dell'individuo minore di età, si concentra sul possibile conflitto tra autodeterminazione del minore con disforia di genere e rappresentanza dei genitori, sia nell'espressione del consenso informato ai trattamenti sanitari, chirurgici o endocrinologici, di modifica dei caratteri sessuali, sia nella proposizione della domanda giudiziale per la rettificazione dell'attribuzione di sesso. Difatti, i genitori, alla luce del principio del *best interest of the child*, sono tenuti a rispettare le scelte del figlio capace di discernimento, potendosene discostare solo in casi eccezionali debitamente giustificati, come nell'ipotesi in cui tali decisioni siano in concreto contrarie al suo migliore interesse. L'ingiustificato rifiuto dei genitori, oltre che potersi qualificare come condotta pregiudizievole suscettibile di dar luogo a provvedimenti limitativi della responsabilità genitoriale, potrebbe superarsi valorizzando la figura del curatore speciale, al quale – in seguito alla c.d. riforma Cartabia – possono essere attribuiti poteri di natura sostanziale.

*Parole chiave:* transizione sessuale; disforia di genere; autodeterminazione del minore; miglior interesse del minore; curatore speciale.

*Abstract* [Eng]

The essay, after providing a brief overview of the phenomenon of transsexualism and the possible stages of the sexual transition process for minors, focuses on the potential conflict between the self-determination of minors with gender dysphoria and parental representation. This conflict could emerge in two contexts: when parents need to express informed consent for medical, surgical, or endocrinological treatments aimed at modifying sexual characteristics, and when they are required to initiate legal proceedings for the rectification of sex designation. According to the principle of the best interest of the child, parents are required to respect the choices of minors with the capacity for discernment, deviating from these choices only in exceptional, duly justified cases, such as when the decisions are demonstrably contrary to the child's best interest. An unjustified parental refusal, which may constitute prejudicial conduct potentially leading to limitations on parental responsibility, could be also overcome by emphasizing the role of the special curator who, following the Cartabia reform, may be granted substantive powers.

*Keywords:* sexual transition; gender dysphoria; self-determination of the minor; best interest of the child; special curator.



# L'investimento dei capitali del minore: profili di (in)compatibilità tra la MiFID II e l'art. 372 c.c.

Federica Chironi

*Sommario:* 1. L'investimento dei capitali del minore ai sensi dell'art. 372 c.c. – 2. La tutela dell'investitore *ante e post* MiFID II. – 3. Profili di (in)compatibilità e problemi applicativi. – 4. Rilievi conclusivi.

## 1. *L'investimento dei capitali del minore ai sensi dell'art. 372 c.c.*

La tutela del minore, quale soggetto debole del rapporto giuridico, trova esplicitazione anche con riferimento alle attività di investimento dei capitali di cui egli può essere titolare, per averli acquistati prima del compimento della maggiore età (ad esempio, *iure successionis*)<sup>1</sup>.

Anzitutto, quanto alla riscossione del capitale, l'art. 320, comma 4, c.c. dispone che i genitori esercenti la responsabilità genitoriale sul minore non possano riscuotere i capitali di quest'ultimo senza l'autorizzazione del giudice tutelare, il quale ne determina altresì l'impiego<sup>2</sup>.

Ne consegue, dunque, che, per quanto attiene la responsabilità genitoriale, l'autorizzazione del giudice tutelare è richiesta sia per la riscossione dei capitali, sia per il loro successivo impiego, che può tradursi anche in attività di investimento.

In materia di tutela, analoga disposizione si rinviene nell'art. 374 c.c., il quale prescrive la necessaria autorizzazione del giudice tutelare per la riscossione dei capitali del minore da parte del tutore.

<sup>1</sup> Ma il capitale del minore può essere formato anche dal reddito eccedente le spese ordinarie, come si desume dall'art. 371, comma 1, n. 2, c.c., a norma del quale il giudice tutelare deve stabilire i modi di impiego del reddito eccedente la spesa annua occorrente per il mantenimento e l'istruzione del minore, nonché per l'amministrazione del suo patrimonio.

<sup>2</sup> Secondo A. JANNUZZI - P. LOREFICE, *La volontaria giurisdizione*, Milano 2006, p. 360 ss., la riscossione di capitali, «da intendere come attività economica diretta a ricevere da terzi una somma di denaro diversa dai frutti civili» è sempre ricollegata ad un reimpiego, là dove per impiego di capitali si intende «l'attività giuridico-economica diretta alla loro utilizzazione per un fine determinato».

Il capitale riscosso, poi, può (*rectius*, deve)<sup>3</sup> essere impiegato dal tutore secondo specifiche modalità, individuate all'art. 372 c.c. nell'investimento in titoli di Stato o garantiti dallo Stato, nell'acquisto di beni immobili posti nello Stato, nei mutui garantiti da idonea ipoteca sopra beni posti nello Stato, nelle obbligazioni emesse da pubblici istituti autorizzati a esercitare il credito fondiario, nonché nei depositi fruttiferi presso le casse postali, altre casse di risparmio ovvero monti di credito su pegno.

Anche in questo caso, ciascuna delle predette forme di investimento necessita comunque di un'autorizzazione del giudice tutelare diversa e ulteriore rispetto a quella già prescritta per la mera riscossione dei capitali, non diversamente da quanto previsto per il genitore esercente la responsabilità genitoriale sul minore.

Tuttavia, per quanto riguarda le modalità di impiego delle somme riscosse dal genitore per conto del minore, non è prevista una elencazione dettagliata analoga a quella prescritta dall'art. 372 c.c. per il tutore, sicché è controversa l'applicabilità analogica di tale ultima disposizione alla responsabilità genitoriale<sup>4</sup>.

La *ratio* della previsione di cui all'art. 372 c.c., che appare assumere connotati paternalistici nel momento in cui il legislatore si sostituisce di fatto al tutore nella scelta dell'investimento da effettuare sul capitale del minore, è da

<sup>3</sup> Lart. 372 c.c., rubricato «Investimento di capitali», dispone testualmente che «I capitali del minore devono, previa autorizzazione del giudice tutelare, essere dal tutore investiti [...]». Infatti, il tutore che tenga infruttuosi i capitali può incorrere in responsabilità nei confronti del minore per inadempimento all'obbligo di investimento, cfr. A. DE CUPIS, *Della tutela dei minori*, in AA. Vv., (a cura di) G. Cian - G. Oppo, *Commentario al dir. it. famiglia*, IV, Padova 1992, p. 466 ss.

<sup>4</sup> Si veda *contra* M. SESTA, *La filiazione*, Tr. Bessone, Torino 2011, IV, p. 127 ss. secondo il quale «Al riguardo, non può ritenersi vincolante la disposizione di cui all'art. 372 c.c., in virtù della quale i capitali devono essere investiti in titoli di Stato o garantiti dallo Stato, in immobili, mutui garantiti da ipoteca ovvero in depositi fruttiferi. L'analitica descrizione delle modalità di reimpiego è probabilmente da ascrivere ad una minore fiducia nei confronti del tutore, ciò che induce ad escludere la possibilità di applicare analogicamente la norma». Così già A.C. PELOSI, *Della potestà dei genitori*, in AA. Vv., (a cura di) G. Cian - G. Oppo, *Commentario al dir. it. famiglia*, IV, cit., p. 367 ss., il quale ritiene che la disposizione «sia ispirata alla minor fiducia che la legge ha nel tutore rispetto ai genitori», con conseguente sua inapplicabilità per analogia alla potestà dei genitori, rispetto ai quali «il giudice tutelare è libero, nel suo prudente apprezzamento, di autorizzare investimenti diversi da quelli elencati dall'art. 372 c.c., anche se non ricorrono i «motivi particolari» previsti dal n. 4 di detto articolo». A favore della tesi dell'applicazione analogica dell'art. 372 c.c. anche alla responsabilità genitoriale, si veda *ex multis* A. JANNUZZI - P. LOREFICE, *La volontaria giurisdizione*, cit., p. 362, là dove si afferma che «Gli stessi criteri, fissati dall'art. 372 cit., devono essere osservati, per analogia, nelle altre ipotesi in cui devono essere impiegati o reimpiegati i capitali appartenenti agli incapaci *de potestate*, agli inabilitati, agli emancipati, salvo il caso in cui questi ultimi siano stati autorizzati all'esercizio di un'impresa». Così già V. COLUSSI, *Capacità e impresa*, I, Padova 1974, p. 77, il quale si riferisce all'art. 372 c.c. come ad una «norma dettata per il tutore ma da ritenersi applicabile per analogia al caso che l'incapace sia un minore, e che amministratore del suo patrimonio sia il genitore esercente la patria potestà».

rinvenirsi nella prioritaria esigenza di sicurezza e redditività dell'investimento, a tutela del patrimonio del minore<sup>5</sup>.

Tuttavia, tale indicazione delle forme di investimento dei capitali del minore non ha carattere tassativo, in quanto sono consentite dallo stesso art. 372 c.c. anche forme di impiego del capitale diverse da quelle ivi specificamente individuate, ma solo se sussistono motivi particolari e sempre previa autorizzazione del giudice tutelare, sentiti tutore e protutore.

Ne consegue, dunque, che il provvedimento del giudice tutelare che autorizzi un investimento diverso da quelli specificamente indicati dall'art. 372 c.c. dovrà esaustivamente motivare sia in merito all'opportunità di tale investimento, sia riguardo la sussistenza di motivi particolari che siano comunque corrispondenti al *best interest* del minore<sup>6</sup>.

## 2. La tutela dell'investitore ante e post MiFID

La disposizione in esame, la quale, come si è visto, predetermina le tipologie di investimento che possono essere realizzate sui capitali del minore e pone importanti vincoli al tutore che intenda investire tali capitali in modo diverso, deve oggi confrontarsi con uno scenario profondamente mutato rispetto a quello del 1942, in quanto caratterizzato dal principio del primato del diritto dell'Unione Europea.

Il legislatore europeo infatti, con le Direttive MiFID<sup>7</sup>, è intervenuto in modo significativo sul mercato degli strumenti finanziari, segnando così una svolta epocale in materia di tutela dell'investitore.

In particolare, la Direttiva MiFID II<sup>8</sup>, nel confermare l'impostazione di fondo della precedente Direttiva MiFID I<sup>9</sup> volta alla salvaguardia della traspa-

<sup>5</sup> Così A. DE CUPIS, *Della tutela dei minori*, cit., p. 466 ss., il quale rileva che «la legge, ispirandosi a criteri di sicurezza e di fruttuosità, ha preferito l'investimento immobiliare (art. 372, n. 2, c.c.), e quello a reddito fisso, in quanto munito di determinate ragioni e garanzie di sicurezza (titoli di Stato o garantiti dallo Stato, mutui garantiti da idonea ipoteca, obbligazioni emesse da pubblici istituti autorizzati a esercitare il credito fondiario, depositi fruttiferi presso le casse postali od altre casse di risparmio o monti di credito su pegno: art. cit., nn. 1, 3, 4)».

<sup>6</sup> Sulla qualificazione dell'interesse del minore come clausola generale, si veda M. DI MASI, *L'interesse del minore. Il principio e la clausola generale*, Napoli 2020, pp. 99-106.

<sup>7</sup> Per tutti vedi F. CAPRIGLIONE, *Prime riflessioni sulla MiFID II (tra aspettative degli investitori e realtà normativa)*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2015, p. 72 ss.; ID, *La problematica relativa al recepimento della MiFID*, in (a cura di) M. De Poli, *La nuova normativa MiFID*, Padova 2009, p. 38 ss.; ID, *Intermediari finanziari, investitori, mercati. Il recepimento della MiFID. Profili sistematici*, Padova 2008; AA. VV., (a cura di) V. Troiano - R. Motroni, *La MiFID II. Rapporti con la clientela - regole di governance - mercati*, Padova 2016, p. 405 ss.

<sup>8</sup> Direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, relativa ai mercati degli strumenti finanziari e che modifica la direttiva 2002/92/CE e la direttiva 2011/61/UE.

<sup>9</sup> Direttiva 2004/39/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, relativa ai mercati degli strumenti finanziari, che modifica le direttive 85/611/CEE e 93/6/CEE del

renza e dell'integrità del mercato attraverso la previsione di doveri informativi e regole di comportamento in capo agli intermediari<sup>10</sup>, ha rafforzato ulteriormente il sistema di tutele mediante una rimodulazione della valutazione di adeguatezza dell'investimento rispetto al profilo dell'investitore.

Nella vigenza del regime pre-MiFID, infatti, l'adeguatezza dell'operazione di investimento costituiva oggetto di valutazione con riferimento alla totalità dei servizi di investimento<sup>11</sup>, sicché sotto tale profilo la disciplina previgente potrebbe apparire di più ampia portata rispetto a quella attuale, che circoscrive la regola di adeguatezza ai soli servizi di consulenza e gestione di portafoglio, riservando alle altre attività di investimento la meno pregnante valutazione di appropriatezza dell'operazione, secondo un criterio di gradualità della tutela<sup>12</sup>.

Tuttavia, nell'assetto previgente<sup>13</sup>, nel caso in cui all'esito di tale valutazione l'operazione fosse stata ritenuta *inadeguata* da parte dell'intermediario – con riferimento all'oggetto, alla tipologia, alla frequenza o alla dimensione della medesima rispetto alle caratteristiche del cliente – questa poteva comunque essere conclusa in presenza di un'esplicita richiesta scritta da parte dell'investitore, purché adeguatamente informato<sup>14</sup>.

Consiglio e la direttiva 2000/12/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 93/22/CEE del Consiglio.

<sup>10</sup> Per un'ampia disamina degli obblighi informativi e delle altre regole di comportamento *ante* MiFID facenti capo agli intermediari, ivi compresi i profili rimediali, si veda per tutti F. SARTORI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari*, Milano 2004.

<sup>11</sup> Tale valutazione presupponeva l'adempimento, da parte dell'intermediario, degli obblighi informativi di cui all'art. 26, co. 1, lett. e), del Regolamento CONSOB n. 11522/98 (vecchio Regolamento Intermediari), ossia l'acquisizione delle informazioni relative allo strumento finanziario e al servizio di investimento prestato (c.d. *know your merchandise rule*), nonché dei doveri di informazione di cui all'art. 28, co. 1, lett. a), del medesimo Regolamento, ossia l'acquisizione di tutta una serie di informazioni inerenti il profilo di rischio del cliente, quali quelle relative alla sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, ai suoi obiettivi di investimento, alla sua propensione al rischio (c.d. *know your customer rule*). Sul c.d. obbligo di informazione passiva, quale «momento logicamente e cronologicamente prodromico alla selezione delle informazioni che l'intermediario dovrà successivamente fornire all'investitore affinché quest'ultimo, in base al suo patrimonio conoscitivo, possa effettuare scelte consapevoli», si veda F. DURANTE, *Intermediari finanziari e tutela dei risparmiatori*, Milano 2009, p. 151 ss.

<sup>12</sup> Cfr. l'art. 39 del Regolamento CONSOB n. 16190/07 (nuovo Regolamento Intermediari), il quale circoscrive espressamente gli oneri informativi sottesi alla valutazione di adeguatezza alla sola prestazione dei servizi di consulenza in materia di investimenti o di gestione di portafoglio, in attuazione dell'art. 19, co. 4, della Direttiva MiFID.

<sup>13</sup> Per un confronto tra la disciplina pre-MiFID e quella successiva, si veda tra tutti V. SANGIOVANNI, *L'adeguatezza degli investimenti prima e dopo la MiFID*, in *Contr.*, 2010, p. 1385 ss.

<sup>14</sup> Cfr. l'art. 29, co. 3, del Regolamento CONSOB n. 11522/98, rubricato «Operazioni non adeguate», a norma del quale «Gli intermediari autorizzati, quando ricevono da un investitore disposizioni relative ad una operazione non adeguata, lo informano di tale circostanza e delle ragioni per cui non è opportuno procedere alla sua esecuzione. Qualora l'investitore intenda comunque dare corso all'operazione, gli intermediari autorizzati possono eseguire l'operazione stessa solo sulla base di un ordine impartito per iscritto ovvero, nel caso di ordini telefonici, registrato su nastro magnetico o su altro supporto equivalente, in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute».

La criticità di siffatta impostazione appare da subito chiara: il rispetto degli oneri formali, infatti, non sempre garantiva l'adempimento da parte dell'intermediario di tutti i doveri di condotta a lui imposti dalla normativa di settore, primo tra tutti il dovere sostanziale di curare gli interessi del cliente<sup>15</sup>.

Pertanto, il sistema MiFID è intervenuto sotto tale profilo al fine di rafforzare la tutela dell'investitore, con particolare riferimento all'investitore *retail*<sup>16</sup>, mediante l'introduzione di un vero e proprio divieto di compiere (o consigliare) l'operazione di investimento ritenuta inadeguata<sup>17</sup>.

Completa il quadro la previsione secondo cui è fatto divieto all'intermediario di prestare il servizio di consulenza ovvero di gestione di portafoglio qualora egli non ottenga dal cliente tutte le informazioni necessarie ai fini della valutazione di adeguatezza, diversamente da quanto previsto invece per gli altri servizi di investimento in quanto soggetti alla diversa valutazione di appropriatezza<sup>18</sup>.

Siffatte regole di condotta, inoltre, vengono declinate da MiFID II secondo un criterio di gradualità che attiene non solo alla tipologia del servizio di

<sup>15</sup> Sul punto, rileva P. FIORIO, *La non adeguatezza delle operazioni di investimento tra nuova e vecchia disciplina*, in AA. Vv., (a cura di) S. Ambrosini - P.G. Demarchi, *Banche, consumatori e tutela del risparmio*, Milano 2009, p. 157 ss., come la previsione di oneri formali abbia determinato il ricorso, da parte degli intermediari, a moduli prestampati e clausole standardizzate, con la conseguenza che la segnalazione di non adeguatezza si risolveva spesso in prassi generalizzate prive di contenuto, oltre che di riferimenti alle singole caratteristiche dell'investitore (ad esempio, veniva spesso segnalata indiscriminatamente l'inadeguatezza dell'operazione in titoli esteri, a prescindere dal profilo del cliente).

<sup>16</sup> Nel sistema MiFID, difatti, i doveri di condotta posti in capo agli intermediari sono graduati a seconda che l'investitore sia un cliente al dettaglio (c.d. *retail*), un investitore professionale o una controparte qualificata, sicché l'individuazione della disciplina applicabile presuppone una preliminare attività di c.d. profilatura del cliente. Per ampie considerazioni sul punto, si veda R. MOTRONI, *La profilatura del cliente nella MiFID II*, in AA. Vv., (a cura di) V. Troiano - R. Motroni, *La MiFID II. Rapporti con la clientela – regole di governance – mercati*, cit., p. 405 ss.

<sup>17</sup> Rileva C. BRESCIA MORRA, *Adeguatezza, appropriatezza e mera esecuzione di ordini*, in AA. Vv., (a cura di) R. D'Apice, *L'attuazione della MiFID in Italia*, Bologna 2010, p. 518, come «lo spostamento da un sistema di protezione formalistico degli investitori a uno maggiormente improntato a una tutela sostanziale appare in maniera evidente nella nuova definizione della c.d. *suitability rule*, tratta dall'esperienza giuridica anglosassone, che impone agli intermediari di astenersi dall'effettuare operazioni per conto o con gli investitori non compatibili con le caratteristiche personali e con la situazione finanziaria del cliente». Rispetto al regime pre-MiFID, l'Autrice evidenzia che «il precedente ordinamento non imponeva agli intermediari di proteggere la sfera patrimoniale degli investitori da operazioni oggettivamente inadatte alle loro caratteristiche; non esisteva, in generale, un *duty of care* degli intermediari nei confronti dei clienti».

<sup>18</sup> Infatti, se l'art. 39, co. 6, del Regolamento Intermediari prevede, con riferimento alla valutazione di adeguatezza, che il mancato ottenimento delle informazioni determina in capo all'intermediario un dovere di astensione dal prestare il servizio, il diverso art. 42, co. 4, del medesimo Regolamento prescrive, in materia di valutazione di appropriatezza, un mero obbligo di informare il cliente o potenziale cliente che la mancanza di informazioni osterà allo svolgimento di tale valutazione. Sul diverso oggetto delle valutazioni nel giudizio di «adeguatezza» e in quello di «appropriatezza» si veda C. BRESCIA MORRA, *Adeguatezza, appropriatezza e mera esecuzione di ordini*, cit., p. 525 ss.

investimento prestato<sup>19</sup>, ma anche alla tipologia di investitore, riconoscendo una più stringente tutela al cliente al dettaglio<sup>20</sup> rispetto agli investitori professionali<sup>21</sup> e alle controparti qualificate<sup>22</sup>, in quanto soggetto debole del rapporto contrattuale in virtù del *gap* informativo che caratterizza la relazione con l'intermediario.

Ecco che, allora, con MiFID II la profilazione del cliente diventa un'attività prodromica alla prestazione del servizio di investimento di primaria importanza per il corretto adempimento, da parte dell'intermediario, degli oneri informativi sottesi alla valutazione di adeguatezza e/o di appropriatezza dell'investimento.

<sup>19</sup> Se, infatti, è garantito il massimo livello di tutela rispetto ai servizi di investimento rappresentati dalla consulenza finanziaria e dalla gestione di portafoglio di investimento, al contrario è apprestato il grado più basso di tutela per i servizi c.d. *execution only*, ossia la mera esecuzione e/o ricezione e trasmissione di ordini del cliente, rispetto ai quali «l'intermediario non è tenuto ad alcun comportamento positivo in punto di acquisizione di informazioni, né a conseguente responsabilità, solo nei limiti in cui sia un mero tramite per l'attuazione della volontà del cliente autonomamente determinatasi», così C. BRESCIA MORRA, *Adeguatezza, appropriatezza e mera esecuzione di ordini*, cit., p. 529.

<sup>20</sup> Il cliente al dettaglio viene definito all'art. 26, co. 1, lett. e) del Regolamento Intermediari in via residuale, come quel «cliente che non sia professionale o controparte qualificata». Rileva a riguardo A. PERRONE, *La classificazione della clientela*, in AA. VV., (a cura di) R. D'Apice, *L'attuazione della MiFID in Italia*, cit., p. 508 ss., come la residualità della definizione del cliente al dettaglio sia indicativa del rapporto di regola a eccezione sussistente tra la disciplina speciale di protezione dell'investitore e il diritto generale dei contratti.

<sup>21</sup> Il cliente professionale, ai sensi dell'art. 26, co. 1, lett. d) del Regolamento Intermediari, è «il cliente professionale privato che soddisfa i requisiti di cui all'Allegato n. 3 al presente regolamento e il cliente professionale pubblico che soddisfa i requisiti di cui al regolamento emanato dal Ministro dell'Economia e delle Finanze ai sensi dell'articolo 6, comma 2-*sexies* del Testo Unico». Sia il cliente professionale pubblico, sia il cliente professionale privato, inoltre, si articolano ulteriormente in «clienti professionali di diritto», che vengono individuati sulla base di una elencazione tassativa, e «clienti professionali su richiesta», ossia soggetti che possono chiedere di essere trattati come clienti professionali al ricorrere di determinati requisiti e nel rispetto di determinate garanzie procedurali, in quanto tale qualificazione comporta la disapplicazione delle regole di condotta previste per la prestazione dei servizi nei confronti dei clienti non professionali.

<sup>22</sup> Con riferimento alle controparti qualificate, occorre precisare che in realtà la Direttiva MiFID II suddivide la clientela nelle sole due categorie di «cliente al dettaglio» (art. 4, co. 11) e «cliente professionale» (art. 4, co. 10). Tuttavia, rileva R. MOTRONI, *La profilatura del cliente nella MiFID II*, cit., p. 414, come il novero dei clienti debba essere integrato con il successivo art. 30, secondo cui «Gli Stati membri assicurano che le imprese di investimento autorizzate ad eseguire ordini per conto dei clienti e/o a negoziare per conto proprio e/o a ricevere e trasmettere ordini possano determinare o concludere operazioni con controparti qualificate senza essere obbligate a conformarsi agli obblighi previsti all'articolo 24, ad eccezione dei paragrafi 4 e 5, all'articolo 25, ad eccezione del paragrafo 6, all'articolo 27 e all'articolo 28, paragrafo 1, rispetto a tali operazioni o a qualsiasi servizio accessorio ad esse direttamente connesso», sicché secondo l'Autore «in tal modo è stata confermata la tripartizione della clientela». Di diverso parere è invece A. PERRONE, *La classificazione della clientela*, cit., p. 509 ss., secondo cui la controparte qualificata non sembra costituire una terza tipologia di cliente rispetto al cliente al dettaglio e al cliente professionale, in quanto «nella categoria rientrano soggetti già tutti compresi nella nozione di cliente professionale (art. 58, comma 2, Regolamento intermediari)».

Inoltre, a seguito dell'entrata in vigore in ambito MiFID del Regolamento delegato 2021/1253<sup>23</sup>, l'intermediario finanziario deve oggi tener conto, ai fini della valutazione di adeguatezza dell'investimento, anche delle preferenze di sostenibilità dell'investitore, il quale deve essere reso edotto circa i rischi di sostenibilità del prodotto finanziario e deve poter esprimere consapevolmente le proprie preferenze di sostenibilità individuali<sup>24</sup>.

Appare opportuno, infine, evidenziare come sia attualmente all'esame del Consiglio il testo della c.d. MiFID III, già approvato dal Parlamento UE, avente ad oggetto una complessiva revisione delle precedenti Direttive MiFID anche sotto il profilo del miglioramento dei livelli di trasparenza del mercato<sup>25</sup>.

### 3. Profili di (in)compatibilità e problemi applicativi

Così sinteticamente illustrata la disciplina MiFID, appare opportuno ora verificare come essa si declina rispetto alla fattispecie in esame, rappresentata dall'investimento del capitale del minore da parte del tutore.

Preliminarmente, si rileva come la *ratio* sottesa alla disciplina del minore sia diversa da quella che caratterizza le Direttive MiFID, in quanto la prima persegue finalità di tutela del minore quale soggetto debole del rapporto giuridico, mentre le seconde intendono tutelare non solo la figura dell'investitore ma anche l'interesse generale al buon funzionamento del mercato finanziario, in quanto un mercato in cui possono essere offerti al cliente soltanto prodotti finanziari adeguati al profilo di quest'ultimo alimenta la fiducia degli investitori e previene l'insorgere di crisi finanziarie derivanti dalla vendita di prodotti nocivi<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> Regolamento delegato (UE) 2021/1253 della Commissione del 21 aprile 2021 che modifica il regolamento delegato (UE) 2017/565 per quanto riguarda l'integrazione dei fattori di sostenibilità, dei rischi di sostenibilità e delle preferenze di sostenibilità in taluni requisiti organizzativi e condizioni di esercizio delle attività delle imprese di investimento.

<sup>24</sup> Per ampie considerazioni in tema di finanza sostenibile, quale parametro di un'economia orientata non solo al profitto ma anche al miglioramento delle condizioni di vita, si veda l'opera di F. CAPRIGLIONE, *Clima energia finanza. Una difficile convergenza*, Torino, 2023, nonché le riflessioni a margine di M. SEPE, *Sostenibilità nel governo della complessità sistemica: per un approccio valoriale*, in *Riv. trim., dir., econ.*, 2024, p. 12 ss., il quale evidenzia come, dal punto di vista valoriale, sostenibilità e solidarietà costituiscano «due facce della stessa medaglia». Cfr. anche V. LEMMA, *Innovazione tecnologica, ESG 2.0 e finanza sostenibile*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2024, p. 209 ss., sui profili inerenti l'informativa in ordine alla eco-compatibilità dell'investimento.

<sup>25</sup> Il testo del compromesso finale su MiFIR e MiFID II è consultabile online rispettivamente su <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13972-2023-INIT/en/pdf> e <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13973-2023-INIT/en/pdf>.

<sup>26</sup> Il riferimento è alla crisi finanziaria del 2008 e alla vicenda dei mutui *subprime*; per una disamina del fenomeno dal punto di vista economico e giuridico si veda per tutti F. CAPRIGLIONE, *Crisi a confronto (1929 e 2009). Il caso italiano*, Padova 2009, pp. 37-45, là dove l'Autore individua, tra le cause della crisi, proprio «la presenza sui mercati di ingenti quantitativi di titoli

Nel caso specifico dell'investimento nell'interesse del minore, dunque, viene a configurarsi un doppio regime di tutela – del minore e dell'investitore – accomunato dalla qualificazione del soggetto come parte debole, pur nella persistenza di significative differenze in termini di finalità perseguita che possono facilmente condurre, di fatto, a scelte diverse in merito all'impiego del capitale.

Difatti, la predeterminazione da parte dell'art. 372 c.c. delle forme di investimento che il tutore può compiere sul capitale del minore sembrerebbe porsi in contrasto con l'attuale disciplina di attuazione della Direttiva MiFID II<sup>27</sup>, la quale, come si è visto, pone in capo all'intermediario finanziario due importanti adempimenti da compiere nell'interesse del cliente, in ottemperanza alla regola della c.d. *best execution*<sup>28</sup>, nell'ambito della consulenza finanziaria e della gestione di portafoglio di investimento<sup>29</sup>.

In primo luogo, l'intermediario sarà tenuto a procedere alla profilazione del cliente, al fine di individuare le caratteristiche del medesimo sulla base delle quali selezionare il tipo di investimento più confacente al profilo dell'investitore (e dalle quali dipenderà anche l'applicazione, integrale o parziale, delle regole di condotta prescritte dal sistema MiFID)<sup>30</sup>.

*tossici*», da ricondursi sia alla «facile concessione di mutui *sub prime*», sia alla «esplosione del fenomeno dei derivati (con le sue ovvie degenerazioni)».

<sup>27</sup> La disciplina dell'adeguatezza è oggi prevalentemente contenuta negli artt. 21-24 *bis* del TUF, così come modificati dal D.lgs. n. 129/2017 che ha recepito in Italia la Direttiva MiFID II, nonché negli artt. 54-56 del Regolamento delegato (UE) 2017/565 della Commissione, del 25 aprile 2016, che integra la direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda i requisiti organizzativi e le condizioni di esercizio dell'attività delle imprese di investimento e le definizioni di taluni termini ai fini di detta direttiva, e negli artt. 40-41 del Regolamento CONSOB n. 20307/2018 in materia di intermediari per quanto riguarda la normativa di rango secondario.

<sup>28</sup> Rileva L. DI NELLA, *Le regole comportamentali nella distribuzione di prodotti finanziari complessi*, in AA. Vv., (a cura di) V. Troiano - R. Motroni, *La MiFID II. Rapporti con la clientela – regole di governance – mercati*, cit., p. 147 ss., come l'obbligo di *best execution*, ossia l'obbligo per le imprese di investimento di adottare tutte le misure ragionevoli per ottenere il miglior risultato possibile per i loro clienti, rappresenti «un rafforzamento ed una specificazione del principio generale di servire al meglio gli interessi dei clienti».

<sup>29</sup> Evidenzia C. COLOMBO, *Adeguatezza, appropriatezza e mera esecuzione nell'offerta di servizi di investimento*, in AA. Vv., (a cura di) V. Troiano - R. Motroni, *La MiFID II. Rapporti con la clientela – regole di governance – mercati*, cit., p. 66 ss., come «la ragione per la quale la disciplina MiFID prevede il regime di *suitability* più rigoroso per la consulenza e per la gestione di portafoglio è stata unanimemente individuata in dottrina nel ruolo fondamentalmente attivo che l'impresa di investimento ha nell'ambito dell'erogazione di tali servizi. Nel caso della consulenza, infatti, indipendentemente dalla circostanza che la stessa sia erogata su richiesta o d'iniziativa, l'intermediario finisce per avere una parte assolutamente preponderante nella formazione della volontà negoziale del cliente; nella gestione di portafoglio, poi, al gestore sono affidate addirittura prerogative discrezionali che raggiungono il livello più elevato nella c.d. gestione senza preventivo assenso, che ne costituisce la forma più frequente».

<sup>30</sup> Si veda sul punto R. MOTRONI, *La profilatura del cliente nella MiFID II*, cit., p. 415, il quale valorizza «l'obbligo per l'intermediario di eseguire una prima macro distinzione dei suoi clienti collocandoli in uno dei tre *cluster* di appartenenza», in quanto «sulla base della corretta

In secondo luogo, una volta profilato il cliente, l'intermediario dovrà valutare l'adeguatezza dell'investimento individuato rispetto alle caratteristiche dell'investitore, con obbligo di astenersi dal compiere l'operazione nel caso di esito negativo di tale valutazione.

Ebbene, non essendo contemplata alcuna deroga a tale disciplina rispetto alla titolarità del capitale oggetto di investimento, ne consegue che siffatte attività dovrebbero essere svolte anche da parte dell'intermediario finanziario che sia incaricato dal tutore di investire i capitali da quest'ultimo riscossi per conto del minore.

Tuttavia, stante la peculiarità della fattispecie, appare necessario verificare come si possa articolare in questo caso la valutazione di adeguatezza dell'investimento, posto che le tipologie di investimento che possono essere effettuate sul capitale del minore sono già aprioristicamente individuate dal legislatore all'art. 372 c.c. (titoli di Stato, beni immobili etc.).

Se, dunque, «i capitali del minore devono, previa autorizzazione del giudice tutelare, essere dal tutore investiti» nelle modalità prestabilite dalla disposizione in esame, si potrebbe allora ritenere che, in questa specifica ipotesi, l'intermediario sia tenuto a valutare l'adeguatezza delle sole tipologie di investimento indicate dall'art. 372 c.c. rispetto alle precipue caratteristiche del minore, come se vigesse una presunzione di inadeguatezza di ogni altra forma di investimento.

Ma *quid iuris* nel caso in cui l'intermediario dovesse ritenere dette forme di investimento inadeguate per il profilo del minore, ad esempio nell'ipotesi in cui questi disponesse di ingenti somme che potrebbero essere meglio investite in altro modo nei mercati finanziari?

Secondo MiFID II, in una siffatta ipotesi all'intermediario sarebbe precluso il compimento delle operazioni di investimento indicate all'art. 372 c.c., in quanto ritenute inadeguate rispetto al profilo dell'investitore.

Ecco che, allora, riemerge con forza la prospettata incompatibilità tra la disposizione in esame e la disciplina europea: da un lato, ai sensi dell'art. 372 c.c., l'intermediario non potrà compiere sul capitale del minore operazioni diverse da quelle specificamente indicate dalla norma, e, dall'altro lato, sulla base della Direttiva MiFID II, egli non potrà neppure compiere dette operazioni se ritenute comunque inadeguate rispetto al profilo del minore, con conseguente paralisi di qualsiasi attività di investimento e naturale svalutazione del capitale stesso a causa dell'inflazione.

Dunque, l'obiettivo del legislatore di tutelare il minore attraverso la previsione di forme di investimento del capitale a basso rischio, orientate ad un criterio di preservazione del patrimonio<sup>31</sup>, finirebbe in tal caso per risolversi in

qualificazione del potenziale cliente è possibile stabilire la normativa applicabile, le informazioni da fornire obbligatoriamente e, successivamente, valutare l'adeguatezza o l'appropriatezza del prodotto».

<sup>31</sup> Si può dunque ravvisare nella tutela del risparmio di cui all'art. 47 Cost. il minimo co-

un *vulnus* di tutela per il medesimo minore, in contrasto con il principio del migliore interesse del minore quale criterio interpretativo di tutte le disposizioni che lo riguardano<sup>32</sup>, oltre a determinare conseguenze pregiudizievoli anche per il tutore, il quale potrebbe potenzialmente incorrere in responsabilità per aver mantenuto infruttuosi i capitali del minore<sup>33</sup>.

Infatti, investire un capitale interamente in titoli di Stato italiani non solo non consente di attuare quella diversificazione degli investimenti che è sempre auspicabile sotto il profilo del contenimento del rischio<sup>34</sup>, ma può persino configurarsi come investimento in perdita, al netto dell'inflazione.

Inoltre, effettuare un investimento del capitale del minore secondo le forme di cui all'art. 372 c.c., sebbene lo stesso sia ritenuto in concreto inadeguato con riferimento al singolo investitore, potrebbe incidere negativamente anche sui profili della c.d. sostenibilità sociale dell'investimento<sup>35</sup>, quale criterio ESG che deve orientare l'attività finanziaria unitamente a quello della sostenibilità ambientale e della *governance*<sup>36</sup>.

Una possibile via d'uscita rispetto a tale situazione di *impasse* potrebbe essere rappresentata dalla previsione di cui al comma 2 dell'art. 372 c.c., che consente al giudice tutelare di autorizzare un investimento diverso da quelli specificamente indicati dal medesimo articolo, purché ricorrano *motivi particolari*.

mune denominatore tra l'art. 372 c.c. e la regolazione in materia finanziaria. Sul punto, si veda F. CAPRIGLIONE, *Manuale di diritto bancario e finanziario*, Milano 2024, p. 8, il quale, con riferimento all'esegesi dell'art. 47 Cost. che indica come compiti della Repubblica, oltre alla tutela del risparmio in tutte le sue forme, la disciplina, il coordinamento ed il controllo dell'esercizio del credito, evidenzia che «l'affermazione della *tutela del risparmio* esprimerebbe un globale e sintetico riferimento al fenomeno risparmio-credito, come è stato successivamente precisato da ampia parte della dottrina che ha ravvisato a base della disposizione in parola l'intento legislativo di assegnare alla Repubblica il dovere di disciplinare il settore bancario».

<sup>32</sup> Per un'ampia disamina sul principio del migliore interesse del minore nelle sue molteplici declinazioni, si veda per tutti AA. Vv., (a cura di) M. Bianca, *The best interest of the child*, Roma 2021.

<sup>33</sup> Cfr. A. DE CUPIS, *Della tutela dei minori*, cit., p. 466 ss.

<sup>34</sup> V. per tutti F. ROSSI - F. MANTOVANI, *Teoria di portafoglio. Diversificazione degli investimenti e controllo del profilo rendimento-rischio*, Milano 2010.

<sup>35</sup> Secondo F. CAPRIGLIONE, *Sostenibilità mercato ambiente. Una riflessione introduttiva*, in *Riv. dir. banc.*, 2024, p. 360, «la sostenibilità è divenuta presupposto di 'pari dignità', assurdo a valore ampiamente condiviso, declinato in variegate modalità, unitariamente protese verso l'affermazione di una cultura incentrata sulla 'responsabilità sociale'».

<sup>36</sup> Infatti, come rileva F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato dei capitali*, Torino 2023, p. 305, la "finanza sostenibile" persegue l'obiettivo di «indirizzare i capitali verso attività che, oltre a generare un plusvalore economico, siano utili alla società e non arrechino pregiudizi al sistema ambientale, cioè al fine ultimo di creare valore nel lungo periodo. In genere, si tratta di profili che insistono su tre macro-variabili: la tutela dell'ambiente (*environmental*), il supporto alle fasce economicamente più deboli della popolazione (*social*) e la corretta gestione delle imprese (*governance*), da cui l'acronimo, ormai entrato nel linguaggio comune, di "ESG". I criteri ESG trovano spiegazione e riconoscimento all'interno del c.d. Green Deal europeo, quale insieme di iniziative politiche proposte dalla Commissione europea con l'obiettivo generale di raggiungere la neutralità climatica in Europa entro il 2050.

È quest'ultima precisazione, tuttavia, a limitare fortemente l'operatività della disposizione: il giudice tutelare, infatti, non potrà autorizzare il diverso investimento solo sulla base della valutazione di adeguatezza effettuata dall'intermediario finanziario, ma dovrà esaurientemente motivare in merito alla sussistenza di particolari motivi, il cui apprezzamento appare rimesso alla più ampia discrezionalità del giudice tutelare, in assenza di indirizzi giurisprudenziali sul punto.

#### 4. Rilievi conclusivi

Le difficoltà applicative sopra esaminate rivelano tutti i limiti della disposizione di cui all'art. 372 c.c., la quale non tiene conto del panorama di attività di investimento al quale può attingere oggi l'investitore, che va ben oltre l'investimento in titoli di Stato italiani e nelle altre forme ivi contemplate.

Il legislatore del 1942, infatti, mai avrebbe potuto ipotizzare che la globalizzazione finanziaria avrebbe determinato un ampliamento considerevole – e costantemente in divenire – delle possibilità di investimento, oltre al fatto che l'eventualità non più tanto astratta di un fallimento di Stato pregiudica inevitabilmente la sicurezza di determinati tipi di investimento, un tempo considerati *risk free*.

La previsione in esame, inoltre, prende le mosse dall'errato presupposto secondo il quale la condizione del minore è sempre uguale a sè stessa con riferimento a tutti i minori, trascurando di considerare le profonde differenze che possono sussistere tra tali soggetti, sia con riguardo a profili oggettivi quali l'entità del capitale da investire e la tolleranza al rischio, sia con riguardo a profili soggettivi quali le conoscenze ed esperienze in materia di mercati finanziari, riferibili al minore ovvero al tutore a seconda delle circostanze del caso concreto<sup>37</sup>.

Anche con riferimento al minore, dunque, appare opportuno – o meglio, necessario in quanto imposto da MiFID II – procedere dapprima alla profilazione del soggetto e poi alla valutazione di adeguatezza dell'investimento, la quale deve essere condotta in concreto rispetto alle esigenze del singolo cliente, non essendo sufficiente a tal fine il mero inquadramento del minore all'interno del *cluster* di riferimento, che sarà verosimilmente quello dell'investitore *retail*<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> A tal fine, ad esempio, assume particolare rilevanza l'età del minore e la sua capacità di discernimento, sebbene comunque si ritenga che nella maggior parte dei casi le conoscenze in materia di mercati finanziari debbano essere valutate con precipuo riferimento alla figura del tutore, anche rispetto alle sue eventuali pregresse esperienze di investimento dei capitali facenti capo ad un soggetto minore.

<sup>38</sup> In questo senso, M. RABITTI, *Prodotti finanziari tra regole di condotta e di organizzazione. I limiti di MiFID II*, in *Riv. dir. banc.*, 2020, 1 suppl., p. 156 ss., la quale rileva come «la valutazione di adeguatezza non si soddisfa se non andando oltre la generica appartenenza del

Tuttavia, osta ad un corretto svolgimento di tali attività la rigidità della previsione di cui all'art. 372 c.c., che consente aprioristicamente solo determinati tipi di investimento sul capitale del minore, senza alcuna valutazione circa le caratteristiche del medesimo.

Ciò si giustifica, evidentemente, alla luce della *ratio* della disciplina a tutela del minore, riconducibile al principio del *best interest of the child* in virtù del quale ogni decisione che riguarda il minore deve tenere in considerazione il migliore interesse del medesimo, che viene individuato dall'art. 372 c.c. nella preservazione del patrimonio attraverso il ricorso a quei soli prodotti finanziari che all'epoca della sua entrata in vigore erano considerati più sicuri.

Tuttavia, oggi non è più assodato che un investimento in titoli di Stati italiani sia più sicuro rispetto ad altri, né più *adeguato* rispetto al profilo del minore, sicché si ravvisa un contrasto tra la disposizione di cui all'art. 372 c.c., ispirata come si è detto al principio del migliore interesse del minore, e la disciplina attuativa di MiFID II, posta anche a tutela del mercato, rispetto al quale occorre anzitutto verificare se sia possibile un suo superamento in via interpretativa che preservi entrambe le finalità perseguite dalle due discipline.

Si potrebbe, allora, ritenere che i “giustificati motivi” di cui al comma 2 dell'art. 372 c.c., che legittimano l'autorizzazione da parte del giudice tutelare di investimenti diversi da quelli specificamente indicati al comma 1 della medesima disposizione, siano riconducibili proprio alla eventuale valutazione di adeguatezza di investimenti di tipo diverso operata dall'intermediario finanziario.

Là dove, invece, si consideri insufficiente un siffatto sforzo interpretativo ai fini della composizione del contrasto, si renderebbe allora necessario ricorrere ai criteri di risoluzione delle antinomie, in virtù dei quali la disciplina dell'adeguatezza, introdotta nel TUF agli artt. 21-24 *bis* a seguito del recepimento di MiFID II avvenuto con il D.lgs. n. 129/2017<sup>39</sup>, di pari grado gerarchico rispetto a quella di cui all'art. 372 c.c., prevarebbe su quest'ultima in quanto *lex posterior*; con conseguente abrogazione tacita della disposizione codicistica nella parte in cui prevede la necessità della sussistenza di “particolari motivi” affinché il giudice tutelare autorizzi un investimento diverso da quelli ivi indicati.

Sembrirebbe invece doversi escludere l'ipotesi di un'abrogazione totale della disposizione in quanto la disciplina di attuazione della MiFID II non appare incompatibile con la necessità dell'autorizzazione del giudice tutelare

cliente al *target* dei soggetti per cui il prodotto è stato creato, dovendosi verificare in concreto l'adeguatezza dello strumento rispetto alle esigenze dello specifico cliente».

<sup>39</sup> La quale trova specificazione agli artt. 54-56 del Regolamento delegato (UE) 2017/565 della Commissione, del 25 aprile 2016, che integra la direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda i requisiti organizzativi e le condizioni di esercizio dell'attività delle imprese di investimento e le definizioni di taluni termini ai fini di detta direttiva, e agli artt. 40-41 del Regolamento CONSOB n. 20307/2018 in materia di intermediari per quanto riguarda la normativa di rango secondario.

per gli investimenti sul capitale del minore, sicché non è ravvisabile un contrasto normativo sul punto.

Invero, si potrebbe obiettare che tra le due discipline vi sia un rapporto di specialità che vede nell'art. 372 c.c. una norma speciale, perché riferita specificamente al minore, rispetto alla più generale disciplina di attuazione di MiFID II, posta a tutela dell'investitore in quanto soggetto debole (*genus* di cui il minore rappresenterebbe una *species* ancora più abbisognevole di tutela).

In tal caso, ancorché la disciplina di recepimento di MiFID II sia successiva, prevarebbe la previsione di cui all'art. 372 c.c., con conseguente disapplicazione della disciplina dell'adeguatezza con precipuo riferimento alla fattispecie dell'investimento dei capitali del minore.

Alla luce di tali criticità, posto che il ricorso ai criteri di risoluzione delle antinomie si configura come meramente sussidiario rispetto alla via dell'interpretazione sistematica, quest'ultima appare preferibile in quanto consente di contemperare le istanze di sicurezza dell'investimento nel migliore interesse del minore con l'esigenza di personalizzazione dell'investimento su cui si fonda la disciplina di MiFID II.

Dunque, in conclusione, là dove all'esito della valutazione di adeguatezza l'intermediario dovesse rilevare che investimenti diversi da quelli di cui all'art. 372 c.c. siano più adeguati in concreto rispetto al profilo del minore investitore, si ritiene che egli debba riferire in questo senso al tutore, attraverso una relazione, ai fini della successiva richiesta di autorizzazione al giudice tutelare.

Ecco che, allora, secondo un'interpretazione dell'art. 372 c.c. che possa dirsi conforme alla disciplina di attuazione della MiFID II, il giudice tutelare potrebbe considerare siffatta valutazione di adeguatezza già *in re ipsa* quale "giustificato motivo" per poter autorizzare l'investimento.

In questo modo, la disciplina codicistica verrebbe infatti epurata dall'alea di discrezionalità rappresentata dall'accertamento giudiziale circa la sussistenza di particolari motivi *ulteriori* e *diversi* rispetto alla valutazione di adeguatezza dell'intermediario finanziario, consentendo così di realizzare il miglior investimento possibile rispetto al profilo del minore investitore, in ottemperanza a quanto prescritto dalla MiFID, ma pur sempre nel rispetto del *best interest of the child*, quale criterio guida nell'interpretazione di ogni disciplina a tutela del minore.

*Abstract* [Ita]

Il presente contributo esamina la fattispecie relativa all'investimento da parte del tutore dei capitali del minore, al fine di evidenziare la sussistenza di profili di incompatibilità tra la disciplina di cui alla Direttiva MiFID II, che pone in capo all'intermediario l'obbligo di valutare l'adeguatezza dell'investimento rispetto al profilo dell'investitore, e la disposizione di cui all'art. 372 c.c., che predetermina le tipologie di investimento che possono essere effettuate sul capitale del minore. La rigidità di tale previsione, infatti, osta ad un corretto adempimento da parte dell'intermediario agli obblighi previsti da MiFID II, generando una situazione di *impasse* nell'ipotesi in cui l'intermediario valuti le forme di investimento di cui all'art. 372 c.c. come inadeguate in concreto rispetto al profilo dell'investitore minore.

*Parole chiave:* MiFID; adeguatezza; investimento; minore; art. 372 c.c.

*Abstract* [Eng]

The present paper examines the case of the investment by the guardian of the minor's capital, in order to highlight the incompatibility between the MiFID II Directive, which sets out the intermediary's obligation to assess the suitability of the investment with respect to the investor's profile, and the provision of Article 372 of the Civil Code, which predetermines the types of investment that can be made on the minor's capital. The rigidity of this provision, in fact, hinders a correct fulfilment by the intermediary of his obligations under MiFID II, generating an *impasse* in the event that the intermediary assesses the forms of investment referred to in Article 372 of the Civil Code as inadequate with respect to the profile of the minor investor.

*Keywords:* MiFID; suitability; investment; minor; Art. 372 of the Civil Code.

# L'autodeterminazione digitale del minore e i confini della responsabilità genitoriale

Ilaria Garaci

*Sommario:* 1. Introduzione. – 2. L'autodeterminazione digitale del minore e limiti di operatività alla luce del GDPR. – 3. L'espansione della regolazione pubblica nell'ecosistema digitale. – 4. Il perimetro dei poteri/doveri di vigilanza degli esercenti la responsabilità genitoriale sui minori. I sistemi di c.d. controllo parentale.

## 1. Introduzione

Fra le sfide più complesse e delicate che emergono nella regolamentazione del digitale figura quella della individuazione dell'adeguato margine di autonomia da riconoscere al minore di età, avuto riguardo all'esigenza di proteggerlo dai numerosi rischi connessi all'uso delle nuove tecnologie e, in concreto, di realizzarne il suo "best interest"<sup>1</sup> anche nel *cyberspazio*. L'antagonismo fra le due opposte istanze – di autonomia e di protezione – si acuisce al cospetto

<sup>1</sup> L'espressione "best interest of the child" riassume un principio fondamentale del nostro ordinamento: "l'interesse del minore di età deve essere salvaguardato con preferenza nel bilanciamento con eventuali interessi confliggenti" (L. LENTI, *Diritto della famiglia*, Milano, 2021, p. 73). Il principio, solennemente consacrato nell'art. 3, par. 1 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza del 1989 (ratificata in Italia con la l. 27 maggio 1991, n. 176), nonché affermato nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (art. 24, § 2) è ascso "a valore apicale di sistema" (cfr. V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 407) ed è inteso sia come parametro guida per il giudice nella risoluzione di casi specifici e controversi, sia come criterio fondamentale che orienta il legislatore nell'adozione di normative generali a tutela dei minori. La dottrina non ha tuttavia mancato di evidenziare le criticità sottese al diffuso impiego di detto principio e all'ambiguità e indeterminatezza della nozione (si veda sul tema L. LENTI, op. cit., 74; ID., *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, in NGCC, 2016, p. 148; ID., *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 87; E. LAMARQUE, *I best interests of the child*, in AA. VV., *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. Conquiste e prospettive a 30 anni dall'adozione*, a cura dell'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza, 2019, 151; ID., *Prima i bambini. Il principio del best interest of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, *passim*. Tale principio, peraltro, travalica l'area specifica del diritto di famiglia e lo si trova espresso nell'ambito della regolamentazione e di altri specifici settori, quali quello dei servizi e mercati digitali (il riferimento al superiore interesse del minore si trova, in particolare, nel considerando 89 del *Digital Services Act*).

dei più ampi spazi di autonomia normativamente riconosciuti al minore<sup>2</sup>, in un contesto, quale quello *on line*, assediato da un esponenziale sviluppo tecnologico, che il diritto fatica a regolamentare con tempestività ed efficacia.

In tale contesto si colloca dunque il problema del ruolo educativo degli esercenti la responsabilità genitoriale (nella duplice componente doverosa e discrezionale), chiamati, da un lato, a perseguire il modello dialogico della famiglia che mira a favorire lo sviluppo dell'autonomia del minore in misura proporzionata al grado di maturità raggiunta, dall'altro lato ad esercitare i doveri di cura richiesti dalla responsabilità genitoriale, i quali, in base a circostanze ed esigenze specifiche, possono anche richiedere una espansione dei poteri di vigilanza<sup>3</sup> sui figli minorenni, pur capaci di discernimento, benché ciò possa incidere sulla loro stessa privacy. Si pone allora la questione dei confini della responsabilità dei genitori e segnatamente quella dei limiti ai poteri di controllo di questi ultimi sulla vita personale dei figli, nell'esercizio dei relativi doveri di cura e a cui necessariamente si lega il tema della responsabilità civile degli stessi per gli illeciti eventualmente compiuti dai figli minorenni.

## 2. *L'autodeterminazione digitale del minore e limiti di operatività alla luce del GDPR*

La capacità di agire di cui all'art. 2 c.c. è tradizionalmente configurata sul paradigma del minore di età, quale indifferenziato "oggetto di protezione"<sup>4</sup>, sottoposto alla patria potestà in quanto incapace di gestire e curare i propri interessi<sup>5</sup>. Tale concezione, tuttavia, è gradualmente mutata, per il tramite degli atti normativi sovranazionali<sup>6</sup> e delle interpretazioni evolutive degli artt. 2,

<sup>2</sup> Si fa in particolare riferimento all'art.8, comma 1, del Regolamento UE 2016/679 (GDPR), su cui vedi infra, par. 2.

<sup>3</sup> G. DE CRISTOFARO, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di una innovazione discutibile*, in *NLCC* 2014, p. 796.

<sup>4</sup> F. D. BUSNELLI, *Capacità e incapacità di agire del minore*, cit., p. 56.

<sup>5</sup> La concezione essenzialmente patrimonialistica dei rapporti del minore con la famiglia avrebbe portato a trascurare i rapporti personali del minore con i genitori, i quali si ritenevano investiti di una "vera e propria funzione tutelare, che non consisteva soltanto nel potere di rappresentanza del minore, ma anche nella possibilità di curare, in piena autonomia, tutti gli interessi dell'incapace", senza una chiara distinzione fra interesse personale e patrimoniale del minore. Cfr. F. GIARDINA, *La protezione del minore nel diritto di famiglia italiano*, in *Giur.it.*, 1980, II, cc. 197 ss.

<sup>6</sup> Sul piano internazionale, la capacità di autodeterminazione del minore in relazione alle scelte che incidono sulla propria sfera personale trova la sua prima ufficiale consacrazione nel testo della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989, dove si afferma il diritto del minore, capace di discernimento, di esprimere liberamente la propria opinione, nonché di essere ascoltato, sulle questioni che lo riguardano. Da indifferenziato "oggetto di protezione" (F.D. BUSNELLI, *Capacità e incapacità di agire del minore*, in *Fam. pers. succ.*, 1982, p. 56), il minore di età è così considerato persona autonoma titolare di diritti non solo di protezione, ma anche di prestazione e promozione (V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, cit., p. 405).

3 e 30 della Costituzione<sup>7</sup>, che hanno riconosciuto il minore come soggetto titolare di diritti fondamentali, altresì capace di esercitarli e pertanto ne hanno avviato il processo di graduale affermazione della capacità di autodeterminazione, quanto meno nelle scelte di natura personale. La mutata prospettiva si attua concretamente nel nostro ordinamento con la riforma sulla filiazione del 2012-2013, attraverso la quale viene generalizzato il principio della partecipazione diretta del minore, ritenuto capace di discernimento, nelle questioni che lo riguardano<sup>8</sup>. In questa prospettiva i compiti assegnati ai genitori, non più in termini di potestà ma di responsabilità genitoriale, prevedono che si attribuisca un ruolo centrale alla identità personale del figlio, nel suo divenire, di cui i genitori devono tenere conto come nuovo criterio-guida dell'azione educativa e delle relative decisioni<sup>9</sup> per garantire il *best interest of the child*, in base alla nuova visione “puerocentrica” dei rapporti familiari<sup>10</sup>. Si afferma un modello rinnovato di relazione genitore-figlio, che abbandona la tradizionale struttura autoritaria, prediligendo un approccio educativo dialogico e partecipativo, dove la cura richiesta dai genitori, più che alla vigilanza sul figlio, deve intendersi diretta alla promozione della personalità di quest'ultimo e allo sviluppo graduale della sua autonomia, in base al livello di maturità raggiunta<sup>11</sup>. Il rispetto della personalità e della volontà del minore, del resto, presuppone anche che si salvaguardi la sfera intima e personale di quest'ultimo. Egli, infatti, quale soggetto titolare di diritti fondamentali, ritenuto capace di esercitarli, a prescindere dal raggiungimento della maggiore età, deve ritenersi altresì titolare del diritto alla riservatezza – quale diritto che trova fondamento nella

<sup>7</sup> Si veda fra i molti autori: M. BESSONE, *Rapporti etico-sociali*, in *Commentario della Costituzione*, Art. 29-34, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1976, pp. 104-108. P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Camerino-Napoli, 1975, spec. pp. 332, 346; ID., *Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, I, p. 450 ss.; F. GIARDINA, *I rapporti personali tra genitori e figli alla luce del nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1977, p. 1358 ss.; P. PERLINGIERI, *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli, 1982, p. 23 ss.; F.D. BUSNELLI, *Capacità ed incapacità del minore di agire*, cit., p. 59 ss.; E. QUADRI, *L'interesse del minore nel sistema della legge civile*, in *Fam. Dir.*, 1999, p. 83; F. RUSCELLO, *Potestà genitoriale e capacità dei figli minori: dalla soggezione all'autonomia*, in *Vita not.*, 2000, 59 ss.; ID. *La potestà dei genitori. Rapporti personali. Artt. 315-319*, in *Codice civile. Commentario* fondato da P. Schlesinger, diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2<sup>a</sup> ed. 2006, p. 41 ss.; E. LA ROSA, *Tutela dei minori e contesti familiari. Contributo allo studio per un diritto dei minori*, Milano, 2005, pp. 57-62. Nella dottrina straniera un contributo importante nella configurazione giuridica del minore nella sua globalità è offerto da J. CARBONNIER, *Droit civil*, I, *Introduction. Les personnes*, Paris., 8<sup>a</sup> ed., 1969, p. 446.

<sup>8</sup> In particolare nell'art. 315 bis cc. è affermato il diritto del 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.

<sup>9</sup> F. GIARDINA, “Morte” della potestà e “capacità” del figlio, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 1260.

<sup>10</sup> F. RUSCELLO, *Autonomia dei genitori, responsabilità genitoriale e interesse pubblico*, in *NGCC*, 2015, p. 717 ss.

<sup>11</sup> R. SENIGAGLIA, *Le misure di protezione dell'interesse del soggetto minore di età tra autonomia ed eteronomia*, in R. SENIGAGLIA (a cura di), *Autodeterminazione e minore di età. Itinerari di diritto minorile*, Pisa, 2019, p. 47.

Costituzione, nella previsione generale di tutela della persona considerata nella sua unitarietà<sup>12</sup> – anche all'interno della compagine familiare<sup>13</sup>, luogo privilegiato di promozione e sviluppo della sua personalità, all'esito sempre di un corretto bilanciamento di interessi che possono entrare in conflitto, che tenga in ogni caso conto del «superiore interesse del minore»<sup>14</sup>.

Nondimeno, nella prospettiva volta alla promozione dello sviluppo della personalità del minore, si colloca l'orientamento che, offrendo una lettura ulteriormente evolutiva dell'art. 2 c.c., ritiene di estendere la capacità di agire al minore che abbia raggiunto un'adeguata maturità di giudizio, anche in relazione alle scelte, di modico valore, di natura patrimoniale, in quanto dirette «a soddisfare interessi della vita sociale, strettamente attinenti alla dimensione identitaria della persona, i quali variano in ragione dell'età e della condizione esistenziale»<sup>15</sup>. Una tale lettura sarebbe, del resto, adeguata alla realtà concreta in cui gli infra-diciottenni sono di fatto ammessi a compiere tali tipologie di acquisti, sia *off line* che *on line*, oltre che congruente rispetto ad altre norme del sistema, quali, in particolare, quelle contenute nel codice del Consumo. Il minorenne-consumatore è infatti ivi preso in considerazione, e quindi tutelato, in misura rafforzata rispetto al consumatore medio, non solo avuto riguardo alla sua capacità di influenzare i genitori negli acquisti, ma anche in ragione della sua capacità di compiere acquisti in autonomia<sup>16</sup>.

L'espansione dell'autodeterminazione del minore ha più recentemente interessato il suo rapporto con la realtà digitale<sup>17</sup>. Fra le importanti novità appor-

<sup>12</sup> P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, spec. pp. 44-45.

<sup>13</sup> V. CORRIERO, *Privacy del minore e potestà dei genitori*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 1004; A. THIENE, *Riservatezza e autodeterminazione del minore nelle scelte esistenziali*, in *Fam. dir.*, 2017, p. 172 ss.; M. DOGLIOTTI, *Capacità, incapacità, diritti degli incapaci. Le misure di protezione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, già diretto da L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, V. Roppo, F. Anelli, Milano, 2019, p. 345. L'a., in particolare, sottolinea come dalla violazione del diritto alla riservatezza da parte del genitore possa conseguire l'intervento del giudice ex art. 333 c.c. o (nelle ipotesi più gravi) ex art. 330 c.c.

<sup>14</sup> F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali, Artt. 315-319*, in *Codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F. D. Busnelli, Milano, 1996, p. 10 ss.

<sup>15</sup> R. SENIGAGLIA, *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità.*, Torino, 2020, pp. 11, 31 e passim; D. DI SABATO, *Gli atti a contenuto patrimoniale del minore*, in F. ROSSI (a cura di), *capacità e incapacità*, Napoli, 2018, p. 98.

<sup>16</sup> Così l'art. 26 del Codice del Consumo nel qualificare scorrette le pratiche commerciali «che includono nei messaggi pubblicitari un'esortazione diretta ai bambini affinché acquistino o convincano i genitori o altri soggetti ad acquistare i prodotti reclamizzati» riconosce che parte del rapporto di consumo possa essere anche un soggetto minorenne. Sul punto si veda D. DI SABATO, op. ult. cit., p. 87.

<sup>17</sup> Si consideri l'art. 2, co. 1 della Legge 29 maggio 2017, n. 71 sul cyberbullismo che prevede che il minore ultraquattordicenne possa inoltrare autonomamente al gestore del sito o del social media o comunque al titolare del trattamento (e in caso di inerzia di quest'ultimo al Garante), un'istanza di oscuramento, rimozione o blocco di qualsiasi dato personale che sia stato diffuso in rete in occasione di episodi di cyberbullismo che lo riguardano. La legge è stata modificata dalla Legge 17 maggio 2024, n. 70 («Disposizioni e delega al Governo in materia di prevenzione

tate dal Regolamento UE/2016/679 (GDPR)<sup>18</sup>, figura la previsione della soglia di età minima per esercitare in autonomia il consenso al trattamento dei dati personali, necessario per accedere ai servizi della società dell'informazione. L'art. 8 del GDPR, in particolare, prevede che “per quanto riguarda l'offerta diretta dei servizi della società dell'informazione ai minori il trattamento è lecito ove questi abbia compiuto 16 anni, mentre per il minore infra-sedicenne il trattamento è lecito soltanto se e nella misura in cui il consenso è prestato o autorizzato dal titolare della responsabilità genitoriale. Il legislatore italiano, a seguito di un ampio dibattito, avvalendosi della deroga contemplata dallo stesso GDPR di prevedere un'età diversa, non inferiore comunque ai 13 anni, ha optato per la fissazione della soglia a 14 anni (art. 2-*quinqüies* Codice della *privacy*, come modificato dal d.lgs 2018 n. 101). Si presume, nella prospettiva dei legislatori, europeo e nazionale, che il minore che abbia raggiunto il limite di età indicato sia presuntivamente munito di capacità di discernimento, sufficiente a giustificare una certa autonomia nello spazio digitale, quale luogo imprescindibile di interazione con i coetanei dove egli può esercitare diritti e libertà fondamentali e costruire la propria esistenza e identità<sup>19</sup>. Si tiene conto, del resto, del contesto socio-relazionale, in cui il minore contemporaneo<sup>20</sup> si trova immerso, caratterizzato da un'esposizione costante a stimoli e informazioni che, sotto certi profili, ne hanno accelerato la maturazione cognitiva e favorito di fatto la sua autodeterminazione anche nelle scelte di natura economica.

Per controbilanciare tale apertura, considerata la condizione di vulnerabilità<sup>21</sup> propria dei minori, “meno consapevoli dei rischi, delle conseguenze e delle misure di salvaguardia interessate nonché dei loro diritti in relazione al trattamento dei dati personali”<sup>22</sup>, il legislatore circonda il consenso del minore da una serie di ulteriori cautele rispetto a quelle previste per il consenso prestato dagli adulti<sup>23</sup>. In particolare nell'art 2-*quinqüies*, comma 2 del Codice *privacy*

e contrasto del bullismo e del cyberbullismo”) che, fra le altre cose, ne ha ampliato l'ambito di applicazione al fine di prevenire e contrastare il fenomeno del bullismo in generale (e non solo il cyberbullismo). Per un commento analitico e critico all'intervento normativo si veda F. ZANOVELLO, *Prevenzione e contrasto del bullismo e del cyberbullismo. Tra novità e criticità della L. n. 70/24*, in *NLCC*, 2024, p. 826 ss.

<sup>18</sup> Regolamento 2016/679/UE del 27 aprile 2016 del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la dir. n. 1995/46/CE.

<sup>19</sup> M. BIANCA, *Il minore e i nuovi media*, in R. SENIGAGLIA (a cura di) *Autodeterminazione e minore età*, cit., p. 150.

<sup>20</sup> A. LA SPINA, *L'identità del minore nella realtà on-life tra protezione e autodeterminazione*, in *Fam. e dir.*, 2024, p. 920 ss.

<sup>21</sup> C. PERLINGIERI, *La tutela dei minori di età nei social networks*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 1324 ss.

<sup>22</sup> Così testualmente nel considerando 38 del GDPR.

<sup>23</sup> In relazione al quale sono previsti una serie di obblighi informativi e di trasparenza in capo al titolare e al responsabile del trattamento. Il consenso deve in generale intendersi sempre specifico, informato, inequivocabile, consapevole, libero e revocabile (artt. 4, 7, 17 del GDPR).

(in conformità all'art. 12 GDPR) si richiede al titolare del trattamento che si rivolge al minore di impiegare un linguaggio “*particolarmente chiaro e semplice, conciso ed esaustivo, facilmente accessibile e comprensibile dal minore, al fine di rendere significativo il consenso prestato da quest'ultimo*”. Nell'art. 8 GDPR è inoltre specificato che le regole sul consenso lasciano comunque impregiudicate le disposizioni generali dei paesi membri in relazione alla validità, formazione ed efficacia dei contratti stipulati dai minori. Senza voler entrare nel merito del dibattito, sollevato dalla norma, sulla natura negoziale o meno del consenso al trattamento dei dati personali<sup>24</sup>, ci si limita a sottolineare che l'autonomia riconosciuta ai minori dal GDPR è da intendersi circoscritta al rilascio dei dati personali per accedere soltanto ad alcuni servizi digitali, quali per esempio l'iscrizione ai *social network*, l'utilizzo di email, e non anche ad avvalersi delle diverse possibilità offerte dal web per accedere ad altre tipologie di beni o servizi digitali. La lettura sistematica ed evolutiva delle norme, alla luce del diritto vivente, si è detto, porta ad ammettere i minori alla conclusione di contratti *on line* di modico valore, nella misura, tuttavia, in cui tali atti non impattino sui relativi diritti e libertà fondamentali del soggetto interessato<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Alla tesi che qualifica il consenso al trattamento dei dati personali come atto di natura autorizzatoria (E. LUCHINI GUASTALLA, *Il nuovo regolamento europeo dei dati personali: i principi ispiratori*, in *Contr e impr.*, 2018, p. 116; F. NADDEO, *Il consenso al trattamento dei dati personali del minore*, in *Dir. inf.*, 2018, p. 50; C. CAMARDI, *Relazione di filiazione e privacy. Brevi note sull'autodeterminazione del minore*, in *Jus civile*, 2018, p. 836, si contrappone la tesi che valorizzando la possibilità di sfruttamento economico dei dati personali, lo configura in termini negoziali (V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali*, in V. Cuffaro, R. D'Orazio e V. Ricciuto (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, p. 55).

<sup>25</sup> Proprio in ragione di tale limite riteniamo che debbano escludersi da tale categoria gli accordi conclusi con le società sviluppatrici delle *chatbot* alimentate dall'intelligenza artificiale (es. *chatGPT*, *Replika*, ecc.) in ragione dell'impatto che tali servizi hanno sui diritti fondamentali dei soggetti più vulnerabili nonché sui rapporti di educazione e istruzione dei minori con i genitori, tutori e istruttori. In tal senso S. ORLANDO, *I lividi dei minorenni sparring-partners di ChatGPT e l'età minima per attivare il servizio in Italia*, in *Persona e mercato*, 2023, p. 3, il quale, nel commentare la decisione del Garante con cui ha reso nuovamente disponibile il servizio *ChatGPT*, ritiene che le misure adottate in ottemperanza al precedente provvedimento dello stesso Garante non siano conformi al diritto italiano che richiede la maggiore età per la valida conclusione di un contratto. Si ricorda infatti che il servizio *ChatGPT* poco dopo la sua prima diffusione era stato temporaneamente sospeso nel territorio italiano per merito del provvedimento dell'Autorità garante per la protezione dei dati personali (decisione 30 marzo 2023, n. 112) e reso successivamente disponibile dopo che la società sviluppatrice (*openIA*) avrebbe ottemperato alle richieste del Garante, che fra le altre cose, aveva evidenziato l'assenza di una base giuridica a giustificare la raccolta e la conservazione massiccia di dati personali, allo scopo di “*addestrare*” gli algoritmi sottesi al funzionamento della piattaforma, nonché la mancata predisposizione di meccanismi in grado di verificare l'età degli utenti, consentendo pertanto anche ai minori di fasce di età molto basse di interagire con sistemi di IA non adatti al loro grado di sviluppo e autoconsapevolezza. Sul caso si veda A. GAMBINO, E. MAGGIO, *ChatGpt tra data protection e privacy: il caso di fronte al Garante per la protezione dei dati personali*, in *Dir. merc. tecn.*, 2023, p. 1 ss. Suscita quindi qualche perplessità l'art. 4, comma 4 del disegno di legge contenente “Disposizioni e delega al Governo in materia di intelligenza artificiale”, che, sulla falsariga del GDPR, prevede l'accesso, in autonomia, alle tecnologie di intelligenza artificiale da parte dei minori ultraquattordicenni, sia pure condizionando

Il legislatore europeo, consapevole, in ogni caso, dei limiti di un modello fondato sulla sola autodeterminazione informativa<sup>26</sup>, vi affianca l'approccio precauzionale del *risk-assessment*, che mira a prevenire trattamenti non conformi alla disciplina ed è basato sul principio della responsabilizzazione del titolare e del responsabile del trattamento (c.d. *accountability*<sup>27</sup>), chiamati ad una serie di adempimenti, fra i quali la protezione dei dati personali fin dalla fase di progettazione del trattamento (*privacy by design*) e per impostazione predefinita (*privacy by default*). Tale approccio, caratterizzerà in termini più generali, la nuova strategia europea in materia di mercato unico digitale e di intelligenza artificiale, dove l'interesse del minore, riceverà maggiore considerazione.

### 3. L'espansione della regolazione pubblica nell'ecosistema digitale

L'evoluzione degli strumenti informatici ha mostrato la vulnerabilità del mondo virtuale, non solo per la capacità dello stesso di veicolare più facilmente, rispetto al mondo *off line*, contenuti illeciti e dannosi, ma anche in relazione alle sue caratteristiche strutturali e per i rischi insiti nei prodotti e servizi offerti, quasi tutti dotati di "tecnologia persuasiva" volta a trattenere l'attenzione dell'utente, con il fine di carpirne informazioni, anche personalissime,

il consenso al rilascio da parte dell'operatore di informazioni e comunicazioni relative al trattamento dei dati personali facilmente accessibili e comprensibili. La disposizione infatti, come formulata, lascia intendere un accesso indistinto a tutte le tecnologie quotidiane in cui è inserita l'IA (motori di ricerca, app, giochi, assistenti vocali, chatbot, ecc.), senza tenere conto del maggiore impatto che alcune tecnologie hanno sui minori, quali appunto quelle che impiegano i sistemi di IA generativa.

<sup>26</sup> Sulla inadeguatezza di un modello di tutela basato esclusivamente sul consenso dell'interessato Cfr. S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 82; A.M. GAMBINO, *Big data e fairness. Il ruolo delle authorities*, in NDC, 2020, p. 298; D. POLETTI, *Comprendere il Reg. UE 2016/679: un'introduzione*, in A. Mantelero, D. Poletti (a cura di), *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna*, Pisa, 2018, p. 2; I. A. CAGGIANO, *Il consenso al trattamento dei dati personali tra Nuovo Regolamento Europeo (GDPR) e analisi comportamentale. Iniziali spunti di riflessione*, in *Dir. merc. tecn.*, 25 gennaio 2017, consultabile su <https://www.dimt.it/index.php/it/la-rivista/16175-ilconsenso-al-trattamento-dei-dati-personali-tra-nuovo-regolamento-europeo-gdpre-analisi-comportamentale-iniziali-spunti-di-riflessione>, spec. pp. 13-14 ss.; G. FINOCCHIARO, *Il quadro d'insieme sul Regolamento europeo*, in ID. (diretto da), *Il nuovo regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017, p. 3 ss.

<sup>27</sup> Sul principio di *accountability* si veda E. LUCCHINI GUASTALLA, *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, in *Contr.inpr.*, 2018, 1, p. 120; R. CARLEO, *Il principio di accountability nel GDPR: dalla regola alla auto-regolazione*, in NDC 2021, p. 36; G. D'ALFONSO, *Danni algoritmici e sviluppi normativi europei tra «liability» e «permittance rules»*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2022, p. 29 ss.; G. COMANDÉ, *Multilayered (Accountable) Liability for Artificial Intelligence*, in S. Lohss., R. Schulze, D. Staudenmayer, (eds.), *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things. Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy IV*, Nomos, Baden-Baden, 2019, p. 165 ss.

e a sfruttarne i risultati attraverso pubblicità mirate sempre più personalizzate ed efficaci, in grado di orientare i comportamenti degli utenti, incidendo sulla loro libertà di scelta, di pensiero e di autodeterminazione. Nondimeno, gli algoritmi di profilazione oggi non si limitano a inferire i gusti e gli interessi dell'utente, ma, attraverso la rilevazione dei dati biometrici e i sofisticati sistemi di rilevamento delle emozioni<sup>28</sup> sono anche in grado di inferirne gli stati emotivi e psicologici per sfruttarne le debolezze individuate<sup>29</sup>. L'Unione europea ha mostrato, nei significativi e più recenti interventi normativi, oltre che nei vari atti della *sof law*<sup>30</sup>, di aver preso consapevolezza delle diverse criticità legate allo sviluppo delle tecnologie prevedendo, attraverso l'azione normativa, una maggiore responsabilizzazione delle imprese, precisi obblighi di condotta e un più efficace impiego della c.d. tecnologia conformata. Così, la “Legge sui servizi digitali” (o *Digital Services Act*)<sup>31</sup>, nella prospettiva di assicurare un ambiente *on line* più sicuro e trasparente attraverso la responsabilizzazione delle piattaforme *on line*, richiede ai relativi fornitori di garantire che tutte le interfacce delle piattaforme digitali siano progettate per proteggere i diritti degli utenti, promuovere la trasparenza e facilitare la conformità legale. Fra le altre cose, impone ai fornitori di piattaforme *online* accessibili ai minori di adottare misure adeguate e proporzionate per garantire un elevato livello di tutela della vita privata, di sicurezza e di protezione di questi ultimi (art. 28, par. 1); vieta esplicitamente la profilazione dei minori per scopi di marketing, impedendo alle piattaforme online di raccogliere, analizzare o utilizzare i dati dei minori per creare pubblicità mirata (art. 28, par. 2); vieta altresì di utiliz-

<sup>28</sup> R. MONTINARO, *Riconoscimento delle emozioni e marketing personalizzato*, in *Persona e mercato*, 2024, p. 847 ss.

<sup>29</sup> A. GORGONI, *La vulnerabilità nell'ambiente digitale e la protezione della libertà del volere*, in *Pers. e mercato*, 2024, p. 915 ss.; G. VETTORI, *Persona e pluralismo*, in *Persona e mercato*, 2024, 2, 331; S. ORLANDO, *Consenso al trattamento e liceità*, in *Persona e mercato*, 2024, 2, 347 ss.; D. IMBRUGLIA, *La presunzione delle macchine e il consenso dell'interessato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, p. 921 ss.

<sup>30</sup> Si consideri, per esempio, la Risoluzione del Parlamento europeo del 18 gennaio 2023, “Protezione dei consumatori nei videogiochi online: un approccio a livello del mercato unico europeo”, dove sono presi in considerazione i rischi derivanti dai videogiochi fra i quali quelli associati alle c.d. scatole premio, alla progettazione persuasiva e manipolativa che induce dipendenza e il “disturbo da gioco,” come definito dall'OMS. La Risoluzione si focalizza, in particolare, sulla salvaguardia dell'autonomia decisionale dei consumatori, con un'attenzione particolare ai minori, evidenziando come alcuni giochi siano progettati in modo manipolativo, utilizzando pratiche commerciali aggressive che compromettono in modo significativo la libertà di scelta del consumatore e lo motivano a prendere decisioni finanziarie che non avrebbe altrimenti preso (§ 15), pertanto “invita gli sviluppatori e i venditori di videogiochi a garantire che i giochi destinati ai minori rispettino i diritti dei minori e dei bambini piccoli, in particolare per quanto riguarda il rispetto della vita privata, la pubblicità mirata e le pratiche manipolative”. Inoltre, si sottolinea la necessità di proteggere i minori che utilizzano i videogiochi con lo stesso livello garantito dal regolamento sui servizi digitali.

<sup>31</sup> Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (Digital Services Act-DSA).

zare la profilazione ottenuta attraverso il trattamento di dati personali di cui all'articolo 9 del GDPR per fornire pubblicità mirata sulle piattaforme (art. 26); prevede obblighi aggiuntivi per i fornitori di piattaforme molto grandi, fra i quali quello di predisporre strumenti di verifica dell'età e di controllo parentale, al fine di garantire un elevato livello di sicurezza e di privacy dei minori; nonché quello di individuare, analizzare e valutare "con diligenza gli eventuali rischi sistemici nell'Unione derivanti dalla progettazione o dal funzionamento del loro servizio e dei suoi relativi sistemi, compresi i sistemi algoritmici, o dall'uso dei loro servizi" (art. 34). Fra i rischi sistemici di cui tenere conto, il *Digital Services Act* specifica "qualsiasi effetto negativo, attuale o prevedibile, in relazione [...] alla protezione della salute pubblica e dei minori e alle gravi conseguenze negative per il benessere fisico e mentale della persona". Tali rischi possono, ad esempio, sorgere in relazione alla progettazione di interfacce online che sfruttano intenzionalmente o involontariamente le debolezze e l'inesperienza dei minori o che possono causare dipendenze comportamentali dei destinatari dei servizi (cons. 81 e 83).

Parimenti, nel Regolamento sull'Intelligenza Artificiale (*Artificial Intelligence Act – AI Act*)<sup>32</sup>, si specifica che i sistemi di intelligenza artificiale (IA) siano sviluppati e utilizzati in modo sostenibile, rispettoso dell'ambiente e in modo da apportare benefici a tutti gli esseri umani, monitorando e valutando gli impatti a lungo termine sull'individuo, sulla società e sulla democrazia (cons. 27). L'attenzione specifica alle vulnerabilità è espressa in diverse disposizioni, fra le quali l'art. 5 in cui si vieta l'immissione sul mercato di sistemi di IA che utilizzano tecniche manipolative, subliminali o ingannevoli "aventi lo scopo o l'effetto di distorcere materialmente il comportamento di una persona o di un gruppo di persone, pregiudicando in modo considerevole la loro capacità di prendere una decisione informata, inducendole pertanto a prendere una decisione che non avrebbero altrimenti preso, in un modo che provochi o possa ragionevolmente provocare a tale persona, a un'altra persona o a un gruppo di persone un danno significativo" (lett. a) o che sfruttano vulnerabilità legate all'età, alla disabilità o alla condizione socio-economica "con l'obiettivo o l'effetto di distorcere materialmente il comportamento di tale persona o di una persona che appartiene a tale gruppo in un modo che provochi o possa ragionevolmente provocare a tale persona o a un'altra persona un danno significativo" (lett. b).

Ciò nonostante, le dinamiche della massimizzazione del profitto sembrano continuare a guidare l'attività delle imprese nel mondo digitale, i cui modelli di business, ispirati alla logica del "capitalismo della sorveglianza"<sup>33</sup>, conti-

<sup>32</sup> Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) n. 2018/858, (UE) n. 2018/1139 e (UE) n. 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) n. 2016/797 e (UE) n. 2020/1828.

<sup>33</sup> Lo sviluppo della tecnologia ha determinato infatti l'insorgere di nuovi poteri economici che, sfruttando l'enorme patrimonio informativo acquisito nell'attività di raccolta dei dati perso-

nuano a fondarsi sullo sfruttamento delle vulnerabilità delle persone. Inoltre, nonostante l'adozione di strategie volte a promuovere azioni concrete<sup>34</sup> per garantire un'educazione digitale inclusiva e su larga scala, i processi educativi per supportare i genitori nella formazione e consapevolezza digitale dei figli non hanno ancora trovato piena attuazione. Persiste l'abitudine di introdurre i figli al mondo digitale, fin dai primi anni di vita<sup>35</sup>, ora come semplici spettatori, osservando l'uso che ne fanno gli adulti, ora come protagonisti attivi, attraverso giochi e programmi educativi, se non addirittura come piccoli creatori di contenuti, coinvolti dagli stessi genitori, in attività di esposizione digitale, come la condivisione di immagini, video o esperienze sui social media<sup>36</sup>. Le piattaforme digitali si trovano di fatto a svolgere un ruolo centrale nella costruzione dell'identità del minore<sup>37</sup>, parallelamente, e spesso in conflitto, con l'azione educativa dei genitori<sup>38</sup>: attraverso algoritmi sofisticati e meccanismi di profilazione e personalizzazione dei contenuti, esse influenzano le abitudini, i desideri, le opinioni dei bambini e degli adolescenti, ne definiscono i valori e modelli di riferimento, ne orientano i comportamenti, limitandone fortemente la libertà di pensiero e di autodeterminazione<sup>39</sup>. Non si è ancora in grado di comprendere pienamente quale sarà l'impatto di tali "manipolazioni" della volontà nel lungo periodo sulla collettività, tuttavia cominciano a manifestarsi gli effetti sui singoli individui. Numerosi studi scientifici<sup>40</sup> danno evidenza

nali, in una logica di mera massimizzazione del profitto, sono sempre più in grado di "sorvegliare" i comportamenti delle persone al fine di creare prodotti predittivi sempre più sofisticati, in grado di orientare, ai fini commerciali (ma non solo) i comportamenti delle persone attraverso pratiche invasive e lesive dei loro diritti fondamentali. Cfr. S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, 2019, p. 22.

<sup>34</sup> Cfr. la nuova strategia per un internet migliore per i ragazzi (*Digital Decade for children and youth: the new European strategy for a better internet for kids (BIK+)*) Bruxelles, 11.5.2022 COM(2022) 212 final); la dichiarazione europea dei principi e dei diritti digitali per il decennio digitale (*European Declaration on Digital Rights and Principles for the Digital Decade 2023/C 23/01*).

<sup>35</sup> V. CORRIERO, *Privacy del minore e potestà dei genitori*, in *Rass. dir. civ.*, 2004; A. THIENE, *L'inconsistente tutela dei minori nel mondo digitale*, in *Studium iuris*, 2012, p. 528 ss.; R. SENIGAGLIA, *Il dovere di educare i figli nell'era digitale*, in *Pers. merc.*, 2021, p. 518 ss.

<sup>36</sup> I. GARACI, *La "capacità digitale" del minore nella società dell'informazione. Riflessioni sul corretto esercizio della responsabilità genitoriale fra esigenze di autonomia e di protezione*, in NDC, 2019, p. 83. Sul fenomeno dello sharenting cfr.: S.B. STEINBERG, *Sharenting: Children's Privacy in The Age Of Social Media*, in *Emory Law Journal* 66 (2017), 839-1007; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Sharenting: nuovi confini familiari e rimedi civili*, in *NGCC*, 2023, p. 1104 ss.

<sup>37</sup> A. THIENE, *Segretezza e riappropriazione di informazioni di carattere personale: riserbo e oblio nel nuovo Regolamento europeo*, in *NLCC*, 2017, p. 424.; R. SENIGAGLIA, *L'identità personale del minore di età nel cyberspazio tra autodeterminazione e parental control system*, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 2023, p. 1579.

<sup>38</sup> R. SENIGAGLIA, *Il dovere di educare i figli nell'era digitale*, in *Persona e mercato*, 2021, p. 515.

<sup>39</sup> I. GARACI, *Il "superiore interesse del minore" nel quadro di uno sviluppo sostenibile dell'ambiente digitale*, in *NLCC*, 2021, p. 819.

<sup>40</sup> H. LAHTI, M. KOKKONEN, L. HIETAJÄRVI, N. LYYRA, L. PAAKKARI, *Social media threats and health among adolescents: evidence from the health behaviour in school-aged children*

dell'insorgenza di forme più o meno gravi di dipendenza e dell'aggravamento negli adolescenti di stati emotivi critici in relazione all'uso dei social media<sup>41</sup>. La consapevolezza diffusa di tale correlazione trova conferma non solo nel crescente dibattito pubblico e nelle numerose iniziative provenienti dalla società civile, ma anche nella serie di azioni legali intraprese negli Stati Uniti contro l'azienda americana Meta Platform, accusata di aver progettato e commercializzato le sue piattaforme social in modo tale da creare dipendenza nei giovani, causando loro danni significativi alla salute mentale<sup>42</sup>. Parallelamente, in Europa, nella prospettiva di dare attuazione al *Digital Services Act*, la Commissione europea ha recentemente avviato, nei confronti di Meta Platforms Inc., (la società madre di Facebook e Instagram) e di TikTok, un'indagine finalizzata a valutare eventuali violazioni delle regole contenute nel suddetto regolamento e in particolare se siano stati rispettati gli obblighi relativi alla valutazione e mitigazione dei rischi sistemici derivabili dalla progettazione dei sistemi (compresi quelli algoritmici) che possono stimolare dipendenze comportamentali e/o creare il c.d. "effetto rabbit hole", il meccanismo che tiene i ragazzi incollati agli schermi.

Anche a livello nazionale, il dibattito<sup>43</sup> sul rapporto tra giovani e social media si è intensificato, alimentato da un crescente numero di movimenti, iniziative e petizioni che chiedono misure più incisive nella regolamentazione dell'accesso dei minori alle piattaforme digitali<sup>44</sup>. La questione centrale rimane, in

*study*, in *Child Adolesc Psychiatry Ment Health*. 2024, May 29;18(1):62. doi: 10.1186/s13034-024-00754-8. PMID: 38812043; PMCID: PMC11138097.

<sup>41</sup> Si veda il parere del *Surgeon General* degli Stati Uniti, "Social Media and Youth Mental Health" del maggio 2023 che riporta gli esiti di un esperimento condotto su alcuni giovani universitari, che prova la strettissima correlazione fra utilizzo dei social media e insorgenza o aggravamento negli adolescenti di stati emotivi importanti come l'ansia, la depressione, l'insoddisfazione del proprio corpo, comportamenti alimentari disordinati, bassa autostima ecc. Il documento include inoltre un appello a tutte le parti interessate della società civile (legislatore, aziende tecnologiche, comunità scientifica, famiglie e gli stessi giovani) affinché si attivino con misure, precauzioni, azioni e iniziative volte salvaguardare la salute fisica e mentale dei minori. Tale parere assume un rilievo significativo perché, riconoscendo e mettendo in luce l'esistenza di un problema di salute pubblica, pone le basi per la definizione di strategie di prevenzione e sensibilizzazione efficaci, capaci di orientare le politiche pubbliche verso interventi mirati.

<sup>42</sup> Nell'atto di citazione in giudizio del 24 ottobre del 2023 si legge che Meta avrebbe in particolare utilizzato algoritmi e funzionalità specifiche per massimizzare il tempo che i giovani trascorrono sulle piattaforme, come l'"infinite scrolling", notifiche incessanti e filtri visivi che promuovono il dismorfismo corporeo. Tali elementi sarebbero stati progettati per creare dipendenza, peggiorando problemi di salute mentale come ansia, depressione e disturbi del sonno.

<sup>43</sup> Ad alimentare il dibattito pubblico si segnala la recente decisione del Governo australiano di vietare l'accesso ai social media ai minori di 16 anni.

<sup>44</sup> Fra queste si segnala la petizione lanciata nel settembre 2024 su Change.org dal pedagogista Daniele Novara e dallo psicoterapeuta Alberto Pellai, sottoscritta da numerosi esperti e personalità del mondo della cultura e dello spettacolo, rivolta al governo italiano per vietare il possesso di uno smartphone personale prima dei 14 anni e impedire l'apertura di profili social ai minori di 16 anni. Il recente libro di Jonathan Haidt (*The anxious generation, How the Great Rewiring of Childhood Is Causing an Epidemic of Mental Illness*, New York, 2024),

ogni caso, quella della verifica dell'età degli utenti e della individuazione di sistemi di accertamento dell'età non lesivi della privacy di questi ultimi. A tal proposito, tuttavia si segnala l'importante recente provvedimento dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM) che ha approvato lo schema di regolamento contenente le "Modalità tecniche e di processo per l'accertamento della maggiore età degli utenti ai sensi dell'art 13-bis del d.l. 5 settembre 2023, n. 123 convertito con modificazioni dalla legge 13 novembre 2023, n. 159". Nel dare seguito a tali disposizioni e alle norme adottate a livello europeo l'AGCOM ha proposto un sistema di verifica basato sul "doppio anonimato", che garantisce la tutela dei dati personali dell'utente e che, come ha raccomandato la stessa Autorità, ben si presta ad essere applicato per tutte le tipologie di contenuti che potrebbero essere dannosi per i minori.

#### *4. Il perimetro dei poteri/doveri di vigilanza degli esercenti la responsabilità genitoriale sui minori. I sistemi di c.d. controllo parentale*

L'esigenza di approntare una più incisiva regolamentazione della realtà digitale, anche alla luce dei crescenti rischi per la salute mentale dei giovani, unitamente a quella di potenziare i processi a carattere educativo volti alla responsabilizzazione degli utenti e a promuovere una cultura rispettosa della salute e della dignità della persona, rendono altresì necessaria una nuova riflessione sui confini della responsabilità genitoriale<sup>45</sup> e sulla individuazione di un corretto punto di equilibrio fra gli obblighi di cura posti a carico dei genitori e le istanze di autonomia dei figli minorenni. La questione che si pone è come conciliare l'esigenza di proteggere persone in via di formazione e sviluppo, che, alla luce dei molteplici rischi legati all'ambiente digitale, oggi richiederebbero un più incisivo monitoraggio, con le istanze di autonomia dei minori, funzionali allo sviluppo della loro stessa personalità. Il nuovo modello di famiglia, fondato sulla relazione dialogica fra genitori e figli, assegna alla fiducia un ruolo centrale e pertanto disapprova ogni forma di intrusione nella vita personale di questi ultimi, salvo che non sia giustificata da specifiche esigenze di protezione. Una volta accertata la capacità di discernimento del minore (che può variare in base all'età, ma anche in base alle condizioni personali del minore) i genitori dovrebbero astenersi dall'invadere gli spazi di libertà concessi a quest'ultimo, finalizzati essenzialmente ad instaurare relazioni con i suoi pari, al riparo dalla curiosità dei membri del proprio nucleo familiare. L'attività di sorveglianza, sia che assuma forme tradizionali, come la ricerca negli zaini, la lettura dei diari,

divenuto un best seller, ha contribuito a sensibilizzare ulteriormente l'opinione pubblica sulla gravità del problema.

<sup>45</sup> B. AGOSTINELLI, *Autonomia e controllo dei minori on line. I nuovi confini della responsabilità genitoriale*, in *Riv. ital. di informatica e diritto*, 2024 consultabile su: <https://www.rivistaitalianadiinformaticae diritto.eu/index.php/RIID/article/view/282>.

l'intercettazione telefonica, o abbia carattere tecnologico, come il monitoraggio sulla cronologia della navigazione, il collegamento all'archivio dei cellulari dei propri figli per scaricare conversazioni, foto, video, o l'attivazione di sistemi di geolocalizzazione può ledere il diritto alla riservatezza dei propri figli, nonché dei terzi coinvolti<sup>46</sup>. Indubbiamente vi sono casi "gravi" in relazione ai quali si pone il dovere/potere degli esercenti la responsabilità genitoriale di esercitare un controllo più incisivo sulla sfera personale dei propri figli, per rendere del resto possibile l'adempimento degli obblighi gravanti sui primi in funzione dello stesso interesse dei secondi<sup>47</sup>. Così per esempio i casi in cui il minore, nonostante il raggiungimento di un'età che presume come acquisita la capacità di discernimento, manifesti comportamenti anomali o presenti disagi o squilibri. Ricorrendo tali circostanze il controllo, che può portare quindi anche all'accesso delle informazioni personali del figlio, si giustifica, ma esso dovrà svolgersi con modalità che non offendano la identità o dignità del figlio; dovrà inoltre essere adeguato all'età e alla capacità di discernimento, rispettando il diritto all'ascolto del minore. Un monitoraggio attuato in modo immotivato, improvviso o clandestino<sup>48</sup>, tradisce l'attuale significato di educazione e cura che deve piuttosto includere azioni volte a rafforzare la fiducia e l'autostima nel bambino/adolescente.

Tuttavia, la natura pervasiva delle tecnologie, i rischi legati all'uso distorto delle stesse e la difficoltà di monitorare costantemente le attività on line rendono certamente più complesso il compito degli esercenti la responsabilità genitoriale di bilanciare le esigenze di rispetto dell'autonomia (e pertanto della riservatezza) del minore con quelle derivanti dai doveri di vigilanza. Il nostro ordinamento, in linea di principio, non interferisce nelle scelte educative, lasciando i privati liberi di educare i figli secondo i propri convincimenti e valori, pur nel rispetto delle capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni di questi ultimi (art 147 c.c.), ma esige comunque il corretto esercizio della funzione educativa; il che implica la trasmissione di un nucleo essenziale di regole improntate ai valori e ai principi della nostra Costituzione<sup>49</sup>, nel cui ambito deve trovare spazio anche l'educazione al digitale, data l'ineludibile compenetrazione fra la realtà virtuale e quella reale, considerate le potenzialità lesive del *cyberspazio*, nonché la maggiore emancipazione (di fatto e

<sup>46</sup> C. CAMARDI, *Minore e privacy nel contesto delle relazioni familiari* in (a cura di) R. SENIGAGLIA, *Autodeterminazione e minore età*, cit., p. 130.

<sup>47</sup> G. DE CRISTOFARO, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di una innovazione discutibile*, cit., p. 796.

<sup>48</sup> C. CAMARDI, *Minore e privacy nel contesto delle relazioni familiari*, cit., p. 134 che nell'individuare i criteri in relazione all'accesso da parte dei genitori ai dati personali dei figli richiama proprio i principi della necessità e finalità, della pertinenza, della proporzione, della limitazione o non eccedenza dei dati, che sono del resto gli stessi principi richiamati dal GDPR (negli artt. 5 e 6) nel sottoporre il trattamento dei dati da parte del titolare.

<sup>49</sup> E. BILOTTI, *Diritti e interesse del minore*, in (a cura di) R. SENIGAGLIA, *Autodeterminazione e minore età*, cit., p. 26 e passim; B. AGOSTINELLI, *L'educazione della prole tra antiche prerogative genitoriali e nuovo interesse del minore*, in *Riv. dir.civ.*, 2021, p. 178.

di diritto) del minore *on line*, che inevitabilmente lo espone a maggiori rischi<sup>50</sup>. L'importanza assegnata all'educazione digitale è del resto confermata dalla giurisprudenza, che, nel caso di illeciti commessi dai minori (capaci di intendere e di volere) *on line*, tende a fondare la responsabilità dei genitori di cui all'art. 2048 c.c. nella colpa, ora *in educando* ora *in vigilando*. Nonostante questa tendenza, il fondamento della responsabilità dei genitori (o del tutore), in solido con quella del minore che coabita con gli stessi, per gli illeciti commessi da quest'ultimo, è però molto discusso in dottrina. Secondo l'orientamento tradizionale<sup>51</sup> esso è da ravvisarsi nella colpa (*in educando* e/o *in vigilando*), che si presume, ma che, in base comunque a quanto prevede la stessa norma, può essere vinta con la prova liberatoria di non aver potuto impedire il fatto. Tuttavia, si è osservato<sup>52</sup>, la giurisprudenza ne ha spesso travisato il significato, ritenendo necessaria la prova liberatoria, non già pre-determinata (negativa) di non aver potuto impedire il fatto, ma quella positiva di aver impartito al figlio una buona educazione e di aver esercitato sullo stesso adeguata vigilanza<sup>53</sup>. Si tratta di una prova molto difficile da fornire<sup>54</sup>. In diverse decisioni, peraltro, si legge che l'inadeguatezza dell'educazione viene desunta dallo stesso atto illecito del minore<sup>55</sup>. Si è inoltre rilevato come tale orientamento non tenga conto del fatto che, talvolta, anche la più attenta educazione non sia sufficiente a prevenire comportamenti illeciti, considerata l'influenza dell'ambiente esterno<sup>56</sup> e oggi, diremmo, dell'ambiente digitale,

<sup>50</sup> Nella prospettiva di attuare una maggiore prevenzione dei rischi correlati al web con particolare riferimento al fenomeno del cyberbullismo si colloca, del resto, anche la L. 17 maggio 2024, n. 70, che prevedendo in generale misure contro il bullismo e il cyberbullismo, apporta modifiche alla legge n. 71/2017. Il nuovo intervento normativo, tuttavia, rischia di determinare ingerenze pesanti sull'esercizio della responsabilità genitoriale laddove si prevedono misure di rieducazione nei confronti dei minorenni che, in caso di insuccesso, possono sfociare nell'affidamento temporaneo del minore ai servizi sociali o il collocamento temporaneo in una comunità. Sul tema si rinvia a F. ZANOVELLO, *Prevenzione e contrasto del bullismo e del cyberbullismo. Tra novità e criticità della L. n. 70/24*, cit., p. 826 ss.

<sup>51</sup> L. CORSARO, *Funzioni e ragioni della responsabilità del genitore per il fatto illecito del figlio minore*, in *Giur. it.*, 1988, IV, c. 225.

<sup>52</sup> Cfr. U. MAJELLO, *Responsabilità dei genitori per il fatto illecito dei figli minori e valutazione del comportamento del danneggiato ai fini della determinazione del contenuto della prova liberatoria*, in *Dir. giur.*, 1961, p. 45, il quale in particolare definisce tale orientamento giurisprudenziale "libera creazione del diritto". Rileva il travisamento, da parte della giurisprudenza, del criterio di responsabilità anche S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 153.

<sup>53</sup> Cass. 7 agosto 2000, n. 10357 in banca dati De Jure.

<sup>54</sup> Si è rilevato come si dia in tal modo luogo ad un "modello di colpa fittizia" caratterizzato da "una presenza soltanto nominale della prova liberatoria. In questo senso F. ESPOSITO, *Autonomia del minore e responsabilità dei genitori*, in *NGCC*, 2009, p. 1141.

<sup>55</sup> Cass. 6 dicembre 2011, n. 26200, in banca dati De Jure; Cass. sentenza 22 aprile 2009, n. 9556, in banca dati De Jure. Un tale rigore, secondo alcuni, sarebbe giustificato dall'esigenza di garantire il risarcimento al terzo danneggiato. Cfr. F.D. BUSNELLI, *Capacità ed incapacità di agire del minore*, cit., pp. 63.

<sup>56</sup> P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017, p. 116.

sul quale è sempre più difficile esercitare un controllo, specie nei confronti di soggetti capaci di discernimento a cui è stata riconosciuta una certa autonomia di movimento nella navigazione. Una buona parte della dottrina pertanto è indotta a qualificare in termini oggettivi la suddetta responsabilità<sup>57</sup>. Alla luce di tali considerazioni potrebbe suscitare qualche perplessità la nota decisione del Tribunale di Sulmona<sup>58</sup> che, in relazione alla condotta illecita di diversi adolescenti coinvolti nella pubblicazione e diffusione (sia nei social networks, sia mediante l'utilizzo dell'applicazione WhatsApp) di un'immagine intima di una loro coetanea, ha condannato i genitori dei soggetti coinvolti al risarcimento dei danni ex art. 2048 c.c., fondando la relativa responsabilità sulla *culpa in vigilando* ed *in educando*, dando particolare rilievo alla *culpa in educando*, in linea quindi con l'indirizzo giurisprudenziale più severo secondo il quale la carenza educativa del minore si può desumere dalle stesse modalità di compimento dell'illecito<sup>59</sup>. Analogamente, in varie decisioni di merito che riguardano l'attività *on line* svolta dal minore, emerge la tendenza a ritenere ampliati i doveri di educazione e di vigilanza che discendono dalla responsabilità genitoriale<sup>60</sup>. Si intravede alla base di tali decisioni, che sostanzialmente fondano la responsabilità ex art. 2048 c.c. sul criterio della colpa, una logica che non può certamente non condividersi, vale a dire quella di valorizzare il *munus* educativo dei genitori e tutori in considerazione proprio dell'ampliamento delle sfere di libertà del minore e pertanto di esposizione ai rischi di lesione della dignità, dell'onore, della privacy, nonché della salute stessa del minore. Al contempo ci si domanda se a tale maggiore autonomia non debba corrispondere una maggiore responsabilizzazione del minore, sotto il profilo

<sup>57</sup> G.M.D. ARNONE, *Responsabilità civile dei genitori per fatto illecito del figlio quasi maggiorenne*, in *Danno e resp.*, 2010, p. 367; A. VENCHIARUTTI, *Il minore e il danno. Riflessioni sulla responsabilità dei genitori in Francia e in Italia*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 239; R. PARDOLESI, *Danni cagionati dai minori: pagano sempre i genitori?*, in *Fam. e dir.*, 1997, p. 224; A. SOLINAS, *Responsabilità dei genitori per culpa in educando ed in vigilando. Criteri di determinazione*, in *NGCC*, 2002, 330.

<sup>58</sup> Tribunale di Sulmona del 9 aprile 2018. Per un commento critico e analitico della decisione si rinvia a A. THIENE, *Ragazzi perduti on line: illeciti dei minori e responsabilità dei genitori*, in *NGCC*, 2018, 11, p. 1618 ss.

<sup>59</sup> Cass. 6 dicembre 2011, n. 26200, in banca dati De Jure; Cass. sentenza 22 aprile 2009, n. 9556, in banca dati De Jure.

<sup>60</sup> Cfr Tribunale Teramo 6 gennaio 2012; Tribunale Caltanissetta 8 ottobre 2019. In particolare si legge che "i genitori sono tenuti non solo ad impartire ai propri figli minori un'educazione consona alle proprie condizioni socio-economiche, ma anche ad adempiere a quell'attività di verifica e controllo sulla effettiva acquisizione di quei valori da parte del minore". E ancora: "Il dovere di vigilanza dei genitori deve sostanziarsi in una limitazione sia quantitativa che qualitativa di quell'accesso, al fine di evitare che quel potente mezzo fortemente relazionale e divulgativo possa essere utilizzato in modo non adeguato da parte del minore"; Cfr Tribunale Parma 5 agosto 2020 per il quale "i contenuti presenti sui telefoni cellulari dei minori andranno costantemente supervisionati da entrambi i genitori, evitando la comparsa di materiali non adatti all'età ed alla formazione educativa dei minori. La stessa regola vale per l'utilizzo eventuale del computer, al quale andranno applicati i necessari dispositivi di filtro".

giuridico, la quale potrebbe, quantomeno, tradursi nella necessaria chiamata in giudizio di quest'ultimo<sup>61</sup>.

Alla luce delle suddette considerazioni si dovranno dunque individuare anche le modalità di applicazione dei sistemi di c.d. controllo parentale, divenuti operativi a seguito delle Linee Guida emanate dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM 9/23/CONS del 25 gennaio 2023), per garantire ai minori un ambiente digitale sicuro e con cui si è reso esecutivo l'obbligo – previsto dall'art. 7 bis, d.l. n. 28/2020 – dei fornitori dei servizi di comunicazioni elettroniche di inserire tali sistemi nei contratti, tra i servizi preattivati e gratuiti, al fine di proteggere i minori da contenuti inappropriati<sup>62</sup>, fornendo inoltre assistenza e informazioni chiare per l'uso di tali strumenti. A completamento di queste misure il d.l. 15 settembre 2023, n. 123 (c.d. Decreto Caivano) ha introdotto ulteriori obblighi, prevedendo che i produttori di dispositivi mobili assicurino che siano preinstallate applicazioni di controllo parentale nei nuovi dispositivi destinati ai minori, informando l'utente sulla possibilità e sull'importanza di utilizzare tali applicazioni, anche “tramite l'inserimento nelle confezioni di vendita di uno specifico foglio illustrativo o tramite l'apposizione sulla confezione di uno specifico supporto adesivo che, con apposita evidenziazione grafica, segnali, con chiarezza e semplicità, l'esistenza delle applicazioni di controllo parentale suddette, potenzialmente attivabili”; nelle more è inoltre previsto che i fornitori di servizi di comunicazioni elettronica assicurino “la disponibilità di applicazioni di controllo parentale nell'ambito dei contratti di fornitura nei servizi di comunicazione elettronica disciplinati dal codice delle comunicazioni elettroniche, di cui al decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259”.

L'insieme delle disposizioni, tuttavia, non opera alcuna distinzione fra “piccoli” (infra-quattordicenni) e “grandi” (ultra-quattordicenni) minori, come dedotta dalla legislazione (europea e domestica) sulla privacy, determinando difficoltà interpretative, se non un'aporia<sup>63</sup>. Ove infatti l'obbligo di attivazione di tali servizi dovesse intendersi operativo, nella stessa misura, anche nei confronti dei minori ultraquattordicenni, potrebbe risulterne compromessa la loro libertà di autodeterminazione, normativamente riconosciuta con riguardo ai servizi (a loro rivolti) della società dell'informazione. In ogni caso, come si è correttamente osservato, tale rigida soluzione, non tenendo conto della capacità di discernimento del minore, solleverebbe dubbi in termini di

<sup>61</sup> La responsabilità in solido dei genitori con il minore infatti comporta la facoltà per il danneggiato di scegliere gli uni o l'altro come parte destinataria dell'azione risarcitoria. Sul tema si veda anche E. ANDREOLA, *Minori e incapaci in Internet*, Napoli, 2019, p. 256.

<sup>62</sup> In particolare: contenuti pornografici o quelli che forniscono informazioni o promuovono il gioco d'azzardo o la vendita di armi o, ancora, che presentano o promuovono la violenza, l'odio e la discriminazione, sette o pratiche nocive per la salute, nonché siti che forniscono strumenti e modalità per rendere l'attività online irrintracciabile (c.d. *anonymizer*).

<sup>63</sup> A. LA SPINA, *L'identità del minore nella realtà on-life tra protezione e autodeterminazione*, cit., p. 920 ss.

proporzionalità e ragionevolezza<sup>64</sup>. Una interpretazione allora coerente con il quadro normativo vigente e in generale con l'evoluzione del principio di autodeterminazione del minore capace di discernimento deve tenere conto sia della suddivisione per fasce d'età già operata dal legislatore in materia di privacy, sia della concreta capacità di discernimento del minore. Ne discende che con riguardo ai c.d. grandi minori l'imposizione per gli operatori economici di attivare gratuitamente e automaticamente tali sistemi non debba intendersi come obbligo indistinto di attivazione; in tal modo l'obbligo verrebbe di fatto a gravare sugli esercenti la responsabilità genitoriale, con la conseguenza di addossare solo sugli stessi la gestione dei rischi legati all'uso dei servizi digitali da parte del minore ultraquattordicenne. Ne deriverebbe una deresponsabilizzazione degli operatori<sup>65</sup>, in contrasto con la *ratio legis* delle norme, che, al contrario, richiede che questi ultimi si assumano la responsabilità di garantire costantemente standard elevati di sicurezza<sup>66</sup>, oltre che di conformare la tecnica<sup>67</sup> tenendo conto delle diverse fragilità della persona, al fine di garantire un ambiente digitale sicuro e sostenibile<sup>68</sup>, non orientato allo sfruttamento delle vulnerabilità.

Salvo, quindi, i casi in cui l'esercizio del dovere di vigilanza dei genitori si riveli necessario, i sistemi di controllo parentale dovrebbero poter essere disattivati dal minore ultraquattordicenne ed eventualmente essere applicati con il consenso di quest'ultimo e, in questo ultimo caso, impiegati secondo le modalità concordate, nel rispetto della sua riservatezza e identità<sup>69</sup>.

<sup>64</sup> R. SENIGAGLIA, *L'identità personale del minore di età nel cyberspazio tra autodeterminazione e parental control system*, in NLCC, 2023, p. 1599.

<sup>65</sup> A. LA SPINA, op. ult. cit., p. 925.

<sup>66</sup> Ciò significa non solo implementare misure di tutela al momento dell'immissione di un servizio sul mercato, ma anche assicurare un monitoraggio continuo e un aggiornamento periodico delle soluzioni adottate, in risposta anche all'evoluzione delle tecnologie, secondo il principio del *safety by design*.

<sup>67</sup> E. MAESTRI, *L'identità perduta, Internet of things, smart devices e privacy dei minori sul web*, in A. Annoni e A. Thiene (a cura di), *Minori e privacy. La tutela dei dati personali dei bambini e degli adolescenti alla luce del Regolamento (UE) 2016/679*, cit., p. 32.

<sup>68</sup> I. GARACI, *Il "superiore interesse del minore" nel quadro di uno sviluppo sostenibile dell'ambiente digitale*, cit., p. 819 ss.

<sup>69</sup> A. LA SPINA, op. ult. cit., p. 927.

*Abstract* [Ita]

Il contributo analizza l'espansione della sfera di autodeterminazione del minore nella realtà digitale, muovendo dalla normativa di cui al Regolamento UE/2016/679 (GDPR) per quanto concerne il consenso al trattamento dei dati personali. Particolare attenzione viene rivolta alla normativa europea (es. *Digital Services Act*) finalizzata a creare un ambiente digitale sicuro e trasparente, nonché ai sistemi di controllo parentale, recentemente regolati dal legislatore nazionale, che non ha operato alcuna distinzione tra “piccoli” e “grandi” minori.

*Parole chiave:* autodeterminazione digitale del minore; responsabilità parentale; sistemi di controllo parentale; Regolamento UE/2016/679; *Digital Services Act*.

*Abstract* [Eng]

The paper analyses the extension of the child's sphere of self-determination in the digital reality, starting from the provisions of the EU Regulation/2016/679 (GDPR) on consent to the processing of personal data. Particular attention is paid to European legislation (e.g. *Digital Services Act*) aimed at creating a safe and transparent digital environment, as well as to parental control systems recently regulated by national legislation, which do not distinguish between “small” and “big” minors.

*Keywords:* digital self-determination of the child; parental responsibility; parental control systems; Regulation (EU) 2016/679; *Digital Services Act*.

# L'ascolto del minore nei procedimenti che lo riguardano: uno sguardo alla disciplina in tema di adozione

Roberta Guainella

*Sommario:* 1. L'autodeterminazione del minore nel panorama costituzionale e sovranazionale. – 2. Ascolto e audizione del minore. – 3. Ascolto e consenso del minore in materia di adozione. – 3.1. Consenso e ascolto nella dichiarazione di adozione. – 3.2. Consenso e ascolto nella dichiarazione di adottabilità. – 3.3. Consenso e ascolto nell'affidamento preadottivo. – 4. Modalità dell'ascolto. – 5. Riflessioni conclusive.

## 1. *L'autodeterminazione del minore nel panorama costituzionale e sovranazionale*

Dall'avvento della Costituzione e di numerose convenzioni internazionali, il minore è stato protagonista di un processo di progressiva valorizzazione, sfociato nel riconoscimento di un'ampia gamma di diritti in suo favore. Tutto ciò nell'ottica del c.d. *best interest of the child*<sup>1</sup>, teso a garantire il pieno ed armonioso sviluppo della personalità del fanciullo.

<sup>1</sup> Tale espressione riviene le proprie origini nel sistema di *common law* anglo-americano che, all'epoca della rivoluzione industriale, nel contesto dell'affermazione della nuova famiglia borghese, determinò una forte valorizzazione dell'infanzia, intesa quale bene della comunità da promuovere e perseguire, ed apprestò gli opportuni strumenti giuridici di tutela e di promozione dei minori, quali ad esempio le leggi a tutela del lavoro minorile e tese a garantire l'istruzione e il benessere dei fanciulli. V.L. GIACOMELLI, *(Re)Interpretando i Best Interests of the child: da strumento di giustizia sostanziale a mera icona linguistica*, in F. Giuffrè - I. Nicotra (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Atti del convegno dell'associazione "Gruppo di Pisa", Catania 7-8 giugno 2013, 2014, p. 467 ss.; in tema v. anche L.A. SCARANO, *The best interest of the child nella giurisprudenza della Corte suprema di cassazione*, in *The best interest of the child*, M. Bianca (a cura di), Sapienza Università Editrice, Roma, 2021, 101 ss.

Il contenuto del *best interest of the child*, ovvero sia dell'interesse superiore del minore, ha carattere indefinito ed eterogeneo, configurandosi alla stregua di un contenitore vuoto che i giudici minorili hanno il compito di riempire di volta in volta, alla luce delle specificità del caso concreto, passando attraverso un attento bilanciamento dei diritti del minore ed operando, se necessario, anche una compressione di alcuni suoi diritti a vantaggio di altri. Ciò sempre nell'ottica di una maggior tutela degli interessi del fanciullo, inteso non già quale oggetto di diritto, bensì quale soggetto di diritto. C. GARLATTI, *Autorità giudiziaria e interesse superiore del minore*, in *The best interest of the child*, cit., 49 ss.; sul carattere indefinito e polivalente del concetto di *best interest of the child*, v. anche L.A. SCARANO, cit., 107 ss.; V. L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1, p. 89 ss.; V. R. RIVIELLO,

Quest'ultimo ha acquisito un ruolo centrale nell'ambito dei rapporti di diritto di famiglia, avuto particolare riguardo al c.d. *status filiationis*, al suo diritto di essere ascoltato e di prestare il proprio consenso – e perciò di autodeterminarsi – nell'ambito dei procedimenti che lo riguardano.

L'autodeterminazione del minore ha assunto rilevanza in settori eterogenei, tra i quali spicca la disciplina in materia di adozione, tematica centrale della presente trattazione che, prima di essere analizzata, rende doveroso un, seppur succinto, approfondimento dei principi costituzionali e sovranazionali concernenti i diritti del minore d'età.

L'affermazione del diritto di autodeterminazione del minore nell'ambito del diritto di famiglia si innesta nel più ampio processo di riconoscimento del minore quale autonomo soggetto di diritto, avviato con la riforma del diritto di famiglia del 1975 e culminato con la riforma dello *status filiationis*, la quale ha sancito l'unicità dello *status* di figlio, eliminando l'ormai desueta distinzione tra figli legittimi, naturali e adottivi<sup>2</sup>.

Le radici di questa evoluzione sono da rinvenire nel contesto di un progressivo riconoscimento di una sfera di autonomia in capo al minore, dipanatosi in tappe legislative intermedie di carattere sovranazionale e costituzionale<sup>3</sup>.

Secondo autorevole dottrina<sup>4</sup>, la Costituzione ha impresso un mutamento di prospettiva nell'ambito dei diritti del minore e della sua soggettività, passando attraverso la definizione di uno «*statuto dell'infanzia e della gioventù*»<sup>5</sup> teso alla salvaguardia dei diritti del minore, tanto nei rapporti con i terzi estranei al nucleo familiare, quanto e soprattutto nei rapporti con i genitori. Ciò al preminente fine di garantire un pieno e armonioso sviluppo della personalità del minore all'interno del nucleo familiare di appartenenza<sup>6</sup>.

A simili conclusioni si perviene, anzitutto, guardando al dato letterale delle norme contenute nella Carta costituzionale (artt. 30, 31, 34 e 37 Cost.), che consacrano l'ampia sfera dei diritti del minore<sup>7</sup>, e procedendo a una lettura

*L'interesse del minore tra diritto internazionale e multiculturalità*, in *Minorigiustizia*, 2011, 3, p. 21 ss.

<sup>2</sup> S. SILEONI, *L'autodeterminazione del minore tra tutela della famiglia e tutela dalla famiglia*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2014, p. 606.

<sup>3</sup> La presa di coscienza del minore come soggetto di diritto si è registrata, a livello internazionale, all'inizio del XX secolo con la Dichiarazione dei diritti del fanciullo di Ginevra del 1924, la Dichiarazione delle Nazioni Unite dei diritti del fanciullo del 1959, i Patti internazionali sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali del 1966, per poi confluire, tale tematica, nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1989, che, nel riconoscere il principio dell'interesse superiore del fanciullo (c.d. *best interest of the child*), ha di fatto determinato una svolta nel panorama dei diritti del minore. S. SILEONI, cit., p. 612 ss.

<sup>4</sup> M. BESSONE, *Rapporti etico-sociali*, art. 29-31, in G. BRANCA (cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1976, p. 86.

<sup>5</sup> M. BESSONE, op. cit., *ibidem*.

<sup>6</sup> Originario ovvero successivo, qualora derivante dal procedimento di adozione.

<sup>7</sup> Nel dettaglio, l'art. 30 Cost. enuncia il dovere e il diritto dei genitori di mantenere, istruire, educare i figli (anche se nati fuori dal matrimonio), regola l'assolvimento di tali doveri nell'ipotesi di incapacità dei genitori e accorda, infine, tutela giuridica e sociale ai figli nati fuori dal matrimo-

sistematica di tali disposizioni alla luce del più ampio ventaglio di principi costituzionali, concernenti l'individuo in quanto tale. Questi ultimi, difatti, assolvono la funzione di riconoscere a ciascun soggetto<sup>8</sup> un'ampia sfera di autonomia e di diritti, allo scopo di un pieno e compiuto sviluppo della persona umana.

Il fanciullo è dunque posto sullo stesso piano giuridico di ogni altro consociato<sup>9</sup>.

Tra i principi che assumono una maggior rilevanza sul piano sistematico (oltre che assiologico), spiccano, evidentemente, gli artt. 2 e 3 Cost, che fungono da vero e proprio pilastro dell'intero impianto costituzionale, da un lato riconoscendo e garantendo i diritti inviolabili dell'uomo, e dall'altro lato imponendo allo Stato di rimuovere tutti gli ostacoli che, in concreto, precludano al soggetto il pieno sviluppo della propria personalità.

Ebbene, atteso il ruolo preminente dello sviluppo della personalità individuale, i principi in parola si attagliano perfettamente alla vulnerabilità e alla sensibilità che caratterizzano il minore d'età, in un periodo della vita in cui lo sviluppo della propria personalità è fisiologico e ontologicamente connaturato alla sua stessa essenza<sup>10</sup>.

Emerge, dunque, la centralità della tutela dei diritti fondamentali del minore, sia come singolo sia nelle formazioni sociali in cui è inserito, nell'ambito delle quali spicca tra tutte la famiglia, intesa quale principale e primigenia formazione sociale, in cui il minore può armoniosamente svilupparsi e crescere<sup>11</sup>.

Si coglie così l'importanza della famiglia per il fanciullo, che viene tutelata non solo nella sua formazione originaria (c.d. famiglia nucleare), ma anche in quella derivante da procedimento di adozione, posto che l'art. 1 della L. 184/1983 sancisce il diritto del minore ad avere una famiglia.

Sulla stessa lunghezza d'onda è altresì l'impianto normativo sovranazionale.

Nel diritto internazionale ed europeo, difatti, si rinvencono numerose Convenzioni e Trattati tesi alla cura e alla tutela dei diritti del fanciullo, nell'ottica del c.d. *best interest of the child*.

nio; l'art. 31 Cost. prevede forme di aiuto e sostegno alle famiglie numerose per il compimento dei relativi compiti, nonché protezione alla maternità, all'infanzia e alla gioventù; l'art. 34 Cost., concernente il diritto all'istruzione inferiore obbligatoria e gratuita, nonché il diritto dei soggetti più capaci e meritevoli ad accedere ai più alti gradi di studio, ancorché privi dei necessari mezzi economici; l'art. 37 Cost., contenente una riserva di legge in merito alla fissazione di un limite minimo di età per il lavoro salariato, definendo coi forme di tutela del lavoro minorile e del diritto alla parità di retribuzione rispetto ai maggiorenni. Sul punto v. M. DOGLIOTTI, *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, IV, *Il diritto di famiglia, Filiazione, adozione, alimenti*, T. Auletta (a cura di), Giappichelli, Torino, 2011, 404; ID, *Principi della Costituzione e ruolo sociale della famiglia*, in *Dir. famiglia*, 1977, p. 1488 ss.; M. BESSONE – G. ALPA – A. D'ANGELO – G. FERRANDO, *La famiglia nel nuovo diritto*, Il Mulino, Bologna, 1980, p. 18 ss.; A.C. MORO, *Il diritto dei minori*, Il Mulino, Bologna, 1974, p. 368 ss.; G. GIACOBBE, *Interesse del minore: problematiche interpretative*, in *The best interest of the child*, cit., p. 63 ss.

<sup>8</sup> Maggiore o minore d'età.

<sup>9</sup> M. DOGLIOTTI, *Trattato di diritto privato*, cit., p. 405.

<sup>10</sup> M. DOGLIOTTI, *ibidem*.

<sup>11</sup> G. GIACOBBE, *ibidem*.

Quest'ultimo costituisce un elemento cardine dell'intero impianto sovranazionale, che assume rilevanza nell'ambito del diritto di famiglia e, segnatamente, in tema di adozione del minore, passando attraverso l'istituto dell'ascolto del bambino nei procedimenti che lo riguardano.

Nello specifico, tra le numerose convenzioni internazionali a protezione del minore<sup>12</sup> spicca tra tutte la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, approvata dall'Onu il 20.11.1989 e ratificata dall'Italia con la Legge 27 maggio 1991, n. 179, da intendersi alla stregua di uno "*statuto internazionale dei diritti dell'infanzia*"<sup>13</sup>.

A mente della citata Convenzione, il minore non solo deve essere protetto, ma deve anche essere ascoltato e rispettato con riguardo a qualunque decisione concernente la sua personalità<sup>14</sup>.

In ottica europea, assume particolare rilievo la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo, firmata a Strasburgo il 25.1.1996 e ratificata ed eseguita dall'Italia con la Legge 20 marzo 2003, n. 77, che enuclea in termini specifici e disciplina il diritto del minore di essere informato ed ascoltato in tutti i procedimenti che lo coinvolgono<sup>15</sup>.

Sempre a livello europeo e in materia di adozione, occorre menzionare la nuova Convenzione europea sull'adozione dei minori, siglata a Strasburgo il 27 novembre 2008, che all'art. 5 par. 1 b) ribadisce la necessità del consenso del minore dotato di adeguata capacità di discernimento.

<sup>12</sup> Tra le altre, occorre indubbiamente considerare: la Dichiarazione dei diritti del fanciullo, approvata dall'assemblea dell'Onu il 20.11.1959, che, con particolare riguardo al principio n. 6, evidenzia la necessità per il bambino di crescere in un ambiente familiare idoneo, al fine di un armonioso sviluppo della sua personalità; la Convenzione internazionale sui diritti del bambino, approvata dall'Onu il 20.11.1989, che ancorché priva di efficacia vincolante per gli Stati, è da intendersi quale paradigma interpretativo per i legislatori nazionali nella definizione dei principi generali in materia di minori; il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, firmato a New York il 16.12.1966, che, analogamente al nostrano art. 31 Cost., sancisce l'obbligo per gli Stati aderenti di garantire alle famiglie un adeguato sostegno per la cura dei figli. P. MOROZZO DELLA ROCCA, in *Comm. Cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, *Della Famiglia - leggi collegate, sub art. 1 L. 4 maggio 1983, n. 184*, (a cura di) L. Balestra, Utet, Milano, 2010, p. 15.

<sup>13</sup> P. MOROZZO DELLA ROCCA, *ibidem*.

<sup>14</sup> Segnatamente, gli artt. 10 e 11 si occupano dell'adozione, sancendo i criteri fondamentali da rispettare nell'ambito di tale procedimento, al fine di accordare massima tutela e protezione al fanciullo ivi coinvolto (P. MOROZZO DELLA ROCCA, cit., p. 16.); viceversa, l'art. 12 vincola gli Stati firmatari a garantire al minore capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la propria opinione su qualsivoglia questione che lo riguardi e, al contempo, impone al giudice di vagliare, caso per caso, la capacità di discernimento del fanciullo, in base alla sua età e al suo grado di maturità (L. FADIGA, *L'adozione legittimante dei minori*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. ZATTI, vol. II, *Filiazione*, G. Collura - L. Lenti - M. Mantovani (a cura di), II ed., Giuffrè, Milano, 2012, p. 846).

<sup>15</sup> Nello specifico, all'art. 3 è sancito il diritto del minore a essere ascoltato, qualora sia dotato di un sufficiente grado di discernimento, nonché il diritto a essere adeguatamente informato nelle more dei procedimenti che lo coinvolgono, a essere consultato, a esprimere la propria opinione e a essere informato sulle eventuali conseguenze derivanti dall'esternazione della propria volontà. L. FADIGA, *ibidem*.

## 2. Ascolto e audizione del minore: ratio e finalità dell'istituto

Alla luce dei principi costituzionali e sovranazionali in tema di diritti del fanciullo, emerge la centralità del suo ascolto nell'ambito del diritto minorile.

L'ascolto del minore è, anzitutto, da qualificarsi alla stregua di un diritto soggettivo assoluto, posto a presidio dell'affermazione della personalità e dell'identità del minore, mediante l'espressione delle proprie opinioni su qualsivoglia scelta in grado di condizionare la sua sfera esistenziale e relazionale<sup>16</sup>. Esso, invero, è lo strumento mediante il quale il fanciullo può partecipare ai procedimenti che lo riguardano, valorizzandone la sensibilità e la sfera personale ed emotiva.

Le peculiarità della figura in analisi si rinvencono, *in primis*, passando attraverso un'analisi semantica del termine *ascolto* in contrapposizione al termine *audizione*, anche alla luce delle scienze psicologiche che, in tale materia, offrono un importante apporto dal quale prendere le mosse, per un'efficace ricostruzione della sfera dei diritti in capo al minore.

Nella radice del termine *ascolto* si rinviene il verbo *cogliere*, o per meglio dire il verbo *accogliere*, per cui la frase «ti ascolto» andrebbe quasi interpretata come «ti ho accolto», con conseguente valorizzazione di tutti i profili di personalità e di empatia che connotano l'atto di ascoltare.

Profili, questi ultimi, che viceversa difettano nel termine *audizione*, nel quale si rintraccia la radice del verbo *udire*, e dunque *sentire*, con conseguente maggior estraneità e terzietà dell'uditore rispetto all'ascoltatore.

<sup>16</sup> L'ascolto e la partecipazione del minore nei procedimenti che lo riguardano sono strumenti tesi a favorire la realizzazione del *best interest of the child*, passando attraverso un bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco, allo scopo di evitare che l'interesse del minore possa essere piegato alla realizzazione dell'interesse degli adulti. V.V. SCALISI, *Superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.* 2018, I, p. 406 ss.

Sul diritto all'ascolto del minore, si rinvia a P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Jovene, Roma-Napoli, 1975, p. 29 ss.; ID., voce *Capacità (Diritto privato)*, in *Enc. giur.*, 5, Roma, 1988, p. 1 ss.; G. MANERA, *Brevi osservazioni sulla pretesa necessità dell'audizione del minore nella procedura di adottabilità*, in *Dir. fam. pers.*, 1998, 3, p. 1383 ss.; G. SERGIO, *L'ascolto del minore e la giustizia*, in *Fam. dir.*, 1999, 2, p. 590 ss.; G. BALLARANI, *La capacità autodeterminativa del minore nelle situazioni esistenziali*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 22 ss.; ID., *Il diritto all'ascolto*, in C.M. Bianca (a cura di), *La riforma della filiazione*, Padova, 2015, p. 129 ss.; F.R. FANTETTI, *La facoltà dell'ascolto del minore e la Convenzione di Strasburgo*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, 2, p. 353 ss.; F. ASTIGGIANO, *Ascolto del minore (infra)dodicenne nel procedimento di adozione in appello*, in *Fam. dir.*, 2012, 3, p. 888 ss.; F. TOMMASEO, *Per una giustizia "a misura del minore": la Cassazione ancora sull'ascolto del minore*, in *Fam. dir.*, 2012, 1, p. 37 ss.; C.M. BIANCA, *Il diritto del minore all'ascolto*, in *Leggi civ. comm.*, 2013, 3, p. 546 ss.; P. VIRGADAMO, *L'ascolto del minore in famiglia e nelle procedure che lo riguardano*, in *Dir. fam.*, 2014, 4, p. 1656 ss.; L.A. ANTONUCCI – R. CASSIBBA – G. CASTORO, *La mitezza: saper parlare con un bambino*, in *Minorigiustizia*, 2015, 1, p. 166 ss.; R. PESCE, *L'ascolto del minore tra riforme legislative e recenti applicazioni giurisprudenziali*, in *Fam. dir.*, 2015, 3, p. 252 ss.; I. BITONTI, *Perenne attualità dell'istituto dell'ascolto del minore*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2017, 3, p. 1069 ss.

Già a livello meramente letterale intercorre un'importante differenza tra l'audizione e l'ascolto, atteso che mentre la prima serba un sé un profilo di estraneità e di passività dell'uditore, il secondo è invece connotato da maggior empatia e coinvolgimento attivo dell'ascoltatore.

Icasticamente, può dirsi che «*si sente e si ode con le orecchie, si ascolta col cuore*»<sup>17</sup>.

Attraverso l'ascolto, il bambino entra nel procedimento e vi partecipa in maniera consapevole e informata, al fine di compartecipare alla formazione della decisione che lo riguarda e che andrà a incidere sulle sorti della propria vita<sup>18</sup>.

Così, il minore da un lato partecipa alla propria tutela, senza tuttavia costituire un vero e proprio strumento di autodifesa; dall'altro lato, egli ha la possibilità di comunicare direttamente ciascuna sua sensazione e preferenza al giudice, che non potrà non tenerne conto nell'adottare importanti decisioni per la vita del minore<sup>19</sup>. Il minore, invero, è soltanto ascoltato nei procedimenti che lo riguardano, ma è privo di un autonomo potere di scelta, rimessa alla discrezionalità del giudice, alla luce delle specificità del caso concreto.

Ebbene, come sostenuto da parte della dottrina<sup>20</sup>, il diritto del minore ad essere ascoltato «*assurge a clausola generale alla quale bisogna dare piena attuazione ogni qualvolta lo richieda l'interesse del minore*».

A un simile approccio metodologico si è pervenuti a seguito di un'evoluzione dell'interpretazione del ruolo ricoperto dal minore nei procedimenti che lo coinvolgono – concernenti, ben inteso, esclusivamente questioni di natura personale e non anche patrimoniale del fanciullo – passando dall'originaria idea che la sua opinione ricoprisse un ruolo marginale e secondario, all'attuale impostazione secondo cui l'ascolto del minore assurge a elemento imprescindibile di qualunque procedimento.

L'ascolto non si arresta al piano della mera audizione, ma costituisce un *quid pluris*, e benché lo stesso costituisca – almeno *latu sensu* – un atto istruttorio, non è comunque assimilabile a nessun'altro istituto processuale.

Esso fa parte dell'istruttoria in quanto consente al giudice un'adeguata e completa cognizione del *thema decidendum*<sup>21</sup>, ma ad ogni modo la sua unica funzione è quella di orientare il giudice nell'assunzione delle decisioni necessarie e maggiormente conformi alla necessità del bambino.

Ne consegue che la figura in analisi assume una connotazione *sui generis*, non potendosi assimilare ad alcuno dei mezzi di prova tipici, quali l'interro-

<sup>17</sup> L. QUERZOLA, *L'audizione del minore alla luce dei recenti interventi giurisprudenziali e del legislatore*, in *riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2012, p.1136.

<sup>18</sup> A. DELL'ANTONIO, *La partecipazione del minore alla sua tutela. Un diritto misconosciuto*, Giuffrè, Milano, 2001, *passim*; P. PAZÈ, *L'ascolto del bambino nel procedimento civile minorile*, in *Dir. famiglia*, 3, 2006, p. 1334 ss.

<sup>19</sup> P. PAZÈ, *ibidem*.

<sup>20</sup> V. BARELA, *L'affidamento familiare*, in G. AUTORINO STANZIONE, cit., p. 347.

<sup>21</sup> Sull'ascolto quale vero e proprio mezzo di prova, cfr. G. SERGIO, cit., p. 597.

gatorio libero della parte ovvero la testimonianza<sup>22</sup>. Questi ultimi si sostanziano nel racconto e nella descrizione di fatti da parte della persona che viene sentita nel corso del giudizio, e costituiscono strumenti processuali miranti alla ricostruzione della realtà fattuale e alla raccolta di fatti decisivi per l'esito finale del giudizio<sup>23</sup>.

L'ascolto del minore non è certamente testimonianza atteso che, nell'ambito del procedimento che lo riguarda, il fanciullo non può considerarsi un terzo estraneo al processo e depone su temi che attengono alla sua sfera personale, esprimendo le proprie sensazioni e valutazioni; né, tanto meno, è paragonabile all'interrogatorio libero, in quanto sotto il profilo dei presupposti, non sempre il minore è parte del processo<sup>24</sup>.

In ragione di tali differenze, si comprende come l'ascolto del minore non si fermi alla sua mera audizione, alla stregua di un ordinario mezzo di prova, ma rappresenta un istituto tipizzato e, secondo autorevole dottrina<sup>25</sup>, un vero e proprio «*momento formale del procedimento*».

Il minore, invero, è sentito in quanto soggetto di diritto, allo scopo di raccogliere qualunque sua opinione, sensazione e desiderio, assumendo così un ruolo centrale e, al contempo, relegando a una posizione marginale e subordinata la ricostruzione fattuale della vicenda e la ricerca delle prove, a tutto vantaggio della sfera personale, emotiva e psicologica del bambino.

<sup>22</sup> Per un'attenta analisi sul punto v. A. DELL'ANTONIO, cit., pp. 148-152.

<sup>23</sup> Sul punto, è opportuno evidenziare che tali mezzi di prova sollevano alcune questioni problematiche qualora il soggetto esaminato sia un minore d'età, in ordine sia alle modalità con le quali svolgere l'intervista, sia ai criteri di valutazione delle informazioni acquisite, che richiedono la previa analisi delle capacità cognitive e della condizione psicologica del minore interrogato (in tema v. A. MESTITZ (a cura di), *Chiedere, rispondere e ricordare. Interviste con minorenni vittime o testimoni in ambito giudiziario*, Carocci, Roma, 2003, *passim*). In quest'ottica, vanno interpretate le numerose norme di diritto processuale minorile che, nel disciplinare l'esame dei fanciulli allo scopo di garantirne la genuinità e non falsarne in alcun modo il risultato, affermano la necessità di un adeguato contraddittorio processuale. Nell'ambito dell'interrogatorio e della testimonianza, inoltre, i fatti narrati e descritti dal minore durante la sua audizione vertono non già su circostanze relative alla propria sfera personale e perciò poste nel suo esclusivo e preminente interesse, bensì su elementi che interessano in via esclusiva i soggetti che pongono le domande al minore, ovvero il giudice, il PM, il poliziotto o il difensore. P. PAZÈ, cit., p. 1341.

<sup>24</sup> F. DANOVÌ, L'ascolto del minore nel processo civile, in *dir. fam.*, 4, 2014, p. 1592 ss. Sulla distinzione tra ascolto del minore e comuni mezzi di prova, in giurisprudenza v. Cass. 26 marzo 2010 n. 7282, in *Fam. e dir.*, 2011, p. 268 ss., con nota di L. QUERZOLA, *La Cassazione prosegue nel comporre il mosaico del processo minorile*; Cass. 10 giugno 2011 n. 12739, in *Fam. e dir.*, 2012, p. 37 ss., con nota di F. TOMMASEO, cit., p. 39 ss. In dottrina, v. P. PAZÈ, *ibidem*; A. DELL'ANTONIO, *ibidem*; M.A. LUPOI, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, vol. 6, n. 4, 2006, p. 1074; M. DOGLIOTTI, *Nuova filiazione: la delega al governo*, in *Fam. e dir.*, 3, 2013, p. 285; F. DANOVÌ, *Il d.lgs. n. 154/2013 e l'attuazione della delega sul versante processuale: l'ascolto del minore e il diritto dei nonni alla relazione affettiva*, in *Fam. e dir.*, 5, 2014, p. 535 ss.

<sup>25</sup> V. CARBONE, *L'audizione è obbligatoria, come ribadito dalla recente legge 219/2012 sulla filiazione*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 1029.

In questo ambito, quindi, a differenza dell'interrogatorio e della testimonianza, rileva non già l'attendibilità del minore, bensì la sua persona, con ogni sentimento ed emozione che lo connotano in quanto tale<sup>26</sup>.

### 3. *Ascolto e consenso del minore in materia di adozione*

L'ascolto del minore e il suo consenso assumono particolare rilievo nell'ambito del procedimento di adozione e di affidamento preadottivo, di cui alla L. 184/1983.

L'intero impianto normativo tracciato dalla suddetta legge è finalisticamente orientato ad assicurare al minore una famiglia in cui crescere e sviluppare la propria personalità, come espressamente sancito dall'art. 1 della legge in esame, che consacra il diritto del fanciullo a una famiglia<sup>27</sup>.

L'interesse primario ed esclusivo presidiato dalla disciplina sull'adozione è soltanto quello del minore, affinché riceva un'educazione in un ambiente ido-

<sup>26</sup> R. LOMBARDI - M. TAFÀ, *Ascoltare il minore ovvero entrare in relazione*, in *Minorigiustizia*, 4, 1998, p. 85.

<sup>27</sup> Il diritto in parola viene garantito passando attraverso il procedimento di adozione, qualora il minore sia sprovvisto di un ambiente familiare idoneo a garantirgli un'educazione adeguata e una piena e armoniosa crescita personale, non soltanto nel caso di totale stato di abbandono, ma anche nel caso in cui la sua permanenza nel nucleo familiare originario – di matrice biologica – possa addirittura pregiudicare le sue naturali inclinazioni. P. MOROZZO DELLA ROCCA, cit., p. 8.

Quanto alla natura del diritto in esame, esso è qualificabile alla stregua di un diritto assoluto del minore, opponibile non solo alla generalità dei consociati, che devono astenersi dal compimento di condotte dolose o colpose idonee a sottrarre il bambino dal proprio nucleo familiare, ma anche nei confronti dello Stato, che è chiamato, da un lato, a rispettare i rapporti familiari e relazionali che si instaurano tra il minore e la propria famiglia, e dall'altro lato, ad accordare al minore l'assistenza necessaria per realizzare l'interesse a restare in famiglia. C. M. BIANCA, *L'interesse del minore alla propria famiglia: un interesse ancora in attesa di piena tutela*, in *The best interest of the child*, cit., p. 255 ss.; sul punto v. anche E. QUADRI, *Una riflessione su "l'interesse del minore e il suo diritto a crescere in famiglia"*, in *The best interest of the child*, cit., p. 263.

Occorre evidenziare un apparente contrasto normativo tra la rubrica della legge sull'adozione che sancisce, in generale, il diritto del minore a una famiglia, e l'art. 1 della citata legge che, viceversa, prevede il diritto del fanciullo di crescere ed essere educato nella propria famiglia. Il contrasto, secondo autorevole dottrina, è solo apparente, atteso che il minore ha, primariamente, diritto alla propria famiglia e, soltanto in subordine, laddove tale diritto sia irrealizzabile, ha diritto a una famiglia, ovvero sia all'instaurazione di un nuovo nucleo familiare, per ritrovare ciò che non ha potuto trovare nella famiglia originaria. Per questo, la normativa sull'adozione prescrive, come requisito necessario degli adottanti ovvero degli affidatari, la capacità affettiva, in quanto ciò che il minore deve ritrovare nel nuovo nucleo familiare è proprio l'affetto dei suoi genitori. L'allontanamento del minore dalla propria famiglia è un'*extrema ratio*, praticabile soltanto nei casi in cui la sua permanenza nel nucleo familiare originario risulti controproducente. C. M. BIANCA, *Il diritto alla famiglia*, in *La convenzione della Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. Conquiste e prospettive a 30 anni dall'adozione*, Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza, Roma, 2019, p. 241.

neo allo sviluppo della sua personalità, al pari di quanto normalmente accade nell'ambito della famiglia naturale<sup>28</sup>.

In quest'ottica di massima cura e attenzione alla sfera del minore al fine di un pieno e armonioso sviluppo della propria personalità, il suo ascolto e il suo consenso assumono un ruolo centrale nell'ambito del procedimento di adozione e di affidamento preadottivo.

La Suprema Corte, nel pronunciarsi sull'argomento, con un arresto ormai risalente<sup>29</sup> ha tracciato le linee essenziali e peculiari degli istituti in analisi, evidenziando che: «*nella disciplina dell'adozione dettata dalla l. n. 184 del 1983, l'esigenza di ascoltare il minore — nella duplice previsione, obbligatoria per gli ultradodocenni e facoltativa per gli infradodocenni — costituisce una costante (vedi artt.: 7 e 25 per la dichiarazione di adozione, 10 e 15 in tema di adottabilità, 22 e 23 in tema di affidamento preadottivo) intesa ad attribuire rilievo alla personalità e alla volontà del minore in relazione a provvedimento che nel suo interesse trovano la loro ragione d'essere. I provvedimenti nell'interesse del minore, pertanto, non vanno stabiliti a priori, sulla base di un generico criterio di adeguatezza, ma vanno rapportati alle reali esigenze del caso concreto, che non possono non emergere da un diretto colloquio col soggetto interessato*».

Ebbene, da tale massima è possibile desumere che le figure dell'ascolto e del consenso del fanciullo fungono da criterio fondamentale per orientare la discrezionalità del giudice nell'adozione della soluzione del caso concreto.

Ciò è tuttavia possibile purché il minore sia dotato di un'adeguata maturità psichica, da valutarsi caso per caso da parte del giudice, che si esplica nella c.d. *capacità di discernimento*, ovvero sia nella «*idoneità (del minore, ndr.) a vagliare quelle situazioni giuridiche soggettive di natura strettamente personale ed esistenziale, nelle quali si appalesa indispensabile riconoscere al minore una propria autonomia di giudizio*»<sup>30</sup>.

Tale locuzione è stata introdotta con la riforma in materia di adozione operata dalla L. 28 marzo 2001, n. 149, ancorché già ampiamente tratteggiata e fatta propria da un'attenta dottrina<sup>31</sup>, secondo cui la «capacità di discernimento» andava interpretata non già alla stregua di una nuova categoria dogmatica, bensì del riconoscimento in capo al fanciullo di un'autonoma capacità di giudizio in ordine alle scelte di vita che lo coinvolgono<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> D. APICELLA, *Il procedimento di adozione*, in G. AUTORINO STANZIONE, *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza – Trattato teorico pratico vol. IV – La filiazione, la potestà dei genitori, gli istituti di protezione del minore*, II ed., Giappichelli, Torino, p. 439.

<sup>29</sup> Cass. Civ., 23 luglio 1997, n. 6899, *FD*, 1997, p. 523; nello stesso senso, Cass. Civ., 21 marzo 2003, n. 4124, *FD* 2004, p. 25.

<sup>30</sup> V. BARELA, *ibidem*.

<sup>31</sup> Sul punto v. P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Jovene, Roma-Napoli, 1975, *passim*; ID., *Scelte esistenziali e autonomia del minore*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1157 ss.

<sup>32</sup> Peraltro, pare opportuno evidenziare che per cogliere appieno l'essenza della capacità in analisi è necessario superare la rigida distinzione tra capacità giuridica e capacità d'agire, in favore di un'interpretazione più elastica delle situazioni giuridiche soggettive facenti capo

Ciò posto, le norme della legge sull'adozione che espressamente contemplano l'ascolto e il consenso del minore sono gli artt. 7, 10, 15, 22, 23 e 25, i quali, relativamente ad ambiti diversi – ovvero sia l'adottabilità (artt. 10 e 15), la dichiarazione di adozione (artt. 7 e 25) e l'affidamento preadottivo (artt. 22 e 23) – sanciscono le modalità attraverso cui, nelle more del procedimento, il giudice deve provvedere all'ascolto ovvero alla ricezione del consenso del minore.

Si rende dunque doverosa una breve disamina delle citate norme.

### 3.1. *Consenso e ascolto nella dichiarazione di adozione*

L'adozione del minore, a mente del citato art. 7, è consentita in favore di minori dichiarati in stato di adottabilità, ma presuppone – ai sensi del comma secondo e terzo – il *consenso* del minore quattordicenne, ovvero la sua *audizione* se dodicenne o di età inferiore, purché in tal caso abbia sufficiente capacità di discernimento.

Le citate previsioni normative danno, così, piena attuazione al diritto del fanciullo ad essere ascoltato e, crescendo, di poter esprimere le proprie preferenze circa la sua sfera di interessi personali; esse definiscono altresì una regola giuridica, da intendersi alla stregua di una massima di esperienza, secondo cui non sempre alla mancanza della famiglia d'origine può ovviarsi mediante l'inserimento del minore nella famiglia adottiva, laddove il fanciullo stesso manifesti i segnali dell'eventuale pregiudizio che patirebbe nel dover instaurare nuovi legami affettivi con i genitori adottivi<sup>33</sup>.

Dall'analisi dei commi 2 e 3 del citato art. 7 è possibile distinguere tre ipotesi eterogenee.

Prima tra tutte quella delineata dal comma 2, che concerne il consenso del minore che abbia compiuto i quattordici anni – anche nelle more del procedimento di adozione, così avvalorando maggiormente il suo ruolo attivo nel corso dell'intera fase giurisdizionale, sostanzandosi dapprima nella sua mera audizione e successivamente nella prestazione del proprio consenso –, da intendersi quale atto personalissimo, liberamente revocabile fino alla pronuncia sull'adozione, che benché non presupponga particolari requisiti formali è comunque necessario ai fini della validità della sentenza di adozione, altrimenti censurabile in sede di impugnazione<sup>34</sup>.

La seconda fattispecie è quella tracciata dalla prima parte del comma 3 dell'art. 7, che prevede l'audizione personale del minore dodicenne, mentre la terza ipotesi è desumibile dal prosieguo del medesimo comma 3 e consente

al minore, alla luce dei sopra esaminati principi costituzionali ed internazionali. V. BARELA, *ibidem*.

<sup>33</sup> Sul punto, v. P. STANZIONE, *Adozione e capacità di discernimento, Diritto alla famiglia e minori senza famiglia*, F. Ruscello (a cura di), Cedam, Padova, 2005, p. 113.

<sup>34</sup> M. DOGLIOTTI, *Trattato di diritto privato*, cit., p. 425 ss.; L. ORSINGHER, *L'adozione, in Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali, La filiazione e l'adozione*, G. Cassano (a cura di), IV, Giuffrè, Milano, 2006, p. 412.

l'ascolto del minore infradodicesenne, purché munito di adeguata capacità di discernimento.

Quest'ultima fattispecie costituisce, invero, l'esito della Novella del 2001 (Legge 28 marzo 2001, n.149), che ha riformato l'originario dettato normativo di cui alla legge del 1983.

Originariamente, infatti, l'età minima prevista per procedere all'ascolto del minore era fissata con il compimento del dodicesimo anno di età e, nel caso di bambino di età inferiore, era rimessa alla discrezionalità del giudice la decisione se procedere o meno all'ascolto, sulla scorta di una valutazione di opportunità, e purché l'ascolto non pregiudicasse il minore; viceversa, la riforma del 2001 ha modificato il criterio in base al quale procedere all'ascolto del minore infradodicesenne, introducendo la figura della capacità di discernimento e rendendo obbligatorio tale ascolto, qualora il minore sia ritenuto munito di detta capacità, senza più alcun riferimento all'opportunità dell'audizione e all'eventuale carattere pregiudizievole della medesima<sup>35</sup>.

Pare inoltre opportuno evidenziare che nel caso del minore dodicesenne il suo ascolto è condizione di validità del provvedimento di adozione – di talché la sua mancata audizione sarà censurabile come motivo di impugnazione della sentenza di adozione, analogamente a quanto visto in relazione al consenso del quattordicesenne –, viceversa, l'ascolto del fanciullo di età inferiore ai dodici anni ha carattere eventuale, posto che la valutazione sulla sua capacità di discernimento è rimessa al prudente apprezzamento del giudice, alla luce delle specificità del caso concreto<sup>36</sup>, per cui, in tal caso, la mancata audizione del minore sarà censurabile in termini diversi – non già meramente procedurali, bensì e più marcatamente sostanziali e fattuali – rispetto all'analogia ipotesi del mancato consenso, ovvero, ascolto del minore interessato.

Sul punto, è bene segnalare le perplessità sollevate da parte della dottrina<sup>37</sup> in merito al mancato coordinamento tra il secondo comma e il terzo comma parte II dell'art. 7, nella misura in cui il Legislatore non si sarebbe occupato dell'ipotesi del consenso vincolante del minore infraquattordicesenne capace di autodeterminarsi.

A simile critica, altra dottrina ha replicato evidenziando che sono insite nel prudente apprezzamento del giudice sia la valutazione circa la sufficiente capacità di autodeterminazione del minore non ancora quattordicesenne, sia la decisione di non rendere dirimente il consenso prestato dal quattordicesenne che si mostri non sufficientemente maturo, andando così a colmare in via ermeneutica le eventuali lacune normative<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> L. FADIGA, cit., p. 845 ss.

<sup>36</sup> P. STANZIONE, *Adozione e capacità di discernimento*, cit., p. 120; P. MOROZZO DELLA ROCCA, cit., p. 55.

<sup>37</sup> L. ROSSI CARLEO, *La nuova legge sul diritto del minore alla propria famiglia: i traguardi mancati*, in *Famiglia*, 3, 2001, p. 545.

<sup>38</sup> P. MOROZZO DELLA ROCCA, *ibidem*.

Sempre in tema di sentenza di adozione, il consenso del minore rileva ai sensi del primo comma dell'art. 25 L. 184/1983, a mente del quale, trascorso un anno dall'affidamento preadottivo, il giudice deve procedere all'audizione sia degli adottanti sia del minore dodicenne o di età inferiore, qualora capace di discernimento, nonché acquisire il consenso espresso del minore quattordicenne all'adozione in favore della coppia prescelta. In particolare, il consenso del minore di età superiore ai 14 anni, che deve essere prestato personalmente al presidente del Tribunale e raccolto in apposto verbale, si presenta come elemento costitutivo di una fattispecie complessa e non richiede, al pari del suo dinego, una motivazione espressa<sup>39</sup>.

### 3.2. *Consenso e ascolto nella dichiarazione di adottabilità*

Considerazioni analoghe a quelle sopra svolte in merito alla rilevanza del consenso e dell'ascolto del minore nell'ambito del procedimento di adozione possono spendersi con riguardo alla dichiarazione di adottabilità, di cui agli artt. 10 e 15 della Legge in esame.

Invero, le figure in analisi, alla luce dei principi nazionali e sovranazionali esaminati nella parte introduttiva della presente trattazione, permeano qualsivoglia procedimento che involga l'interesse del minore e incida sullo sviluppo della sua personalità.

Nello specifico, ai sensi del quinto comma dell'art. 10, il Tribunale, a seguito dei provvedimenti temporanei e urgenti adottati nell'interesse del minore, per confermarli, modificarli o revocarli deve provvedere all'audizione di tutte le parti interessate, tra cui evidentemente il minore che abbia compiuto di dodici anni, ovvero di età inferiore purché capace di discernimento. L'audizione, in tale contesto, funge da strumento di preventiva informazione del minore, circa il fatto che sarà adottato un provvedimento che lo riguarda, nonché relativamente alle conseguenze e alla rilevanza delle opinioni che andrà a manifestare in seno a tale procedimento<sup>40</sup>.

Parimenti, il comma secondo dell'art. 15 contempla l'audizione del minore dodicenne, ovvero infradodicenne in considerazione della sua capacità di discernimento, quale presupposto necessario ai fini della dichiarazione dello stato di adottabilità. Pure in tal caso, l'approccio valutativo che il giudice deve adottare per vagliare la capacità di discernimento del minore è il medesimo rispetto a quanto esaminato con riguardo al terzo comma dell'art. 7.

L'audizione del minore ultradodicenne assume, dunque, il carattere della necessità e di presupposto di validità della sentenza dichiarativa dello stato di adottabilità, a pena di nullità di quest'ultima, deducibile esclusivamente

<sup>39</sup> J. C. BARCATI, in *Diritto di famiglia – Formulario commentato – Profili sostanziali e processuali*, sub art. 25 L. 4 maggio 1983, n. 184, P. Corder - G.M. Uda (a cura di), 4 ed., Wolters Kluwer, Milano, 2024, p. 1989.

<sup>40</sup> M. A. IANNICELLI, in *Diritto di famiglia – Formulario commentato*, cit., sub art. 10 L. 4 maggio 1983, n. 184, p. 1852.

dalle parti e non anche rilevabile d'ufficio; viceversa, l'ascolto del minore infradodicesimo si connota come facoltativo ed eventuale, alla luce della valutazione operata dal Tribunale in merito alla capacità di discernimento del fanciullo; è bene precisare che simile valutazione pone uno specifico onere di motivazione in capo al giudice, soprattutto nel caso di omissione dell'ascolto del minore, previsto a pena di nullità della declaratoria dello stato di adottabilità per violazione dei principi del contraddittorio e del giusto processo<sup>41</sup>.

### 3.3. *Consenso e ascolto nell'affidamento preadottivo*

L'audizione del minore rileva altresì in materia di affidamento preadottivo, come si evince dall'esame degli artt. 22 comma 6 e 23 comma 1 della Legge sull'adozione.

Segnatamente, la prima delle citate norme prevede che, compiuta l'istruttoria tesa all'individuazione della coppia di coniugi più adatta a soddisfare le esigenze del minore, il Tribunale procede in camera di consiglio all'audizione del fanciullo, oltre che delle altre parti del procedimento – ovvero sia PM e ascendenti degli adottanti – al fine di una più compiuta e ponderata valutazione della fattispecie<sup>42</sup>.

Il criterio dell'ascolto del minore è il medesimo che ispira l'intera disciplina in materia di adozione, ovvero sia la capacità di discernimento del fanciullo, per la cui disamina si rinvia alle considerazioni precedentemente svolte.

Il Tribunale deve, difatti, procedere all'audizione del minore ultradodicesimo ovvero di età inferiore, in considerazione della sua capacità di discernimento, da valutarsi caso per caso; laddove il minore sia ultraquattordicesimo è altresì necessario il suo consenso – peraltro non motivato, al pari del suo dissenso –, il quale è da intendersi non già alla stregua di un negozio familiare costitutivo del rapporto di affidamento, bensì quale mero atto autorizzativo che consente la costituzione di detto rapporto ad opera del Giudice<sup>43</sup>.

L'ascolto del minore rileva, infine, in materia di revoca dell'affidamento preadottivo, che avviene d'ufficio o su istanza del PM, del tutore o dei servizi sociali preposti alla vigilanza del minore ed è disposto con decreto motivato del Tribunale per i minorenni.

L'emissione di tale decreto richiede, ad ogni modo, la previa audizione delle parti del procedimento, tra cui figura anzitutto il minore ultradodicesimo, ovvero infradodicesimo qualora il Giudice lo consideri capace di discernimento, così come previsto dal primo comma dell'art. 23 L. 184/1983.

Ciò, evidentemente, in piena coerenza con l'intero impianto normativo delineato dalla legge sull'adozione, che sancisce l'opportunità di un costante e

<sup>41</sup> J. C. BARCATI, cit., *sub art. 15 L. 4 maggio 1983, n. 184*, p. 1897.

<sup>42</sup> L. ORSINGER, *L'affidamento familiare*, in *Il diritto di famiglia*, cit., p. 439.

<sup>43</sup> F. CHIRONI, in *Diritto di famiglia – Formulario commentato*, cit., *sub art. 22 L. 4 maggio 1983, n. 184*, p. 1967.

non trascurabile coinvolgimento del minore nei procedimenti che riguardino, in via primaria ed esclusiva, la sfera dei suoi interessi.

Tutto ciò allo scopo di consentire al fanciullo di esprimere la propria volontà e le proprie preferenze in relazione alla sua condizione psicologica, derivante sia dall'originario stato di abbandono e di assenza di un nucleo familiare dal quale ricevere l'affetto e le cure necessarie a un armonioso sviluppo della propria personalità, sia dai rapporti con la coppia di coniugi ritenuta più adatta alle sue esigenze.

#### 4. Modalità dell'ascolto

I delicati e intimi aspetti emotivi e personali del minore, sui quali i procedimenti di adozione e di affidamento preadottivo vanno a incidere, impongono una particolare attenzione con riguardo alle modalità dell'ascolto.

Il minore, invero, è un soggetto fragile sotto il profilo psicologico, soprattutto in ragione dell'assenza di quel punto di riferimento – quale la famiglia – che costituisce la sua stella polare durante gli anni di crescita e di sviluppo della personalità.

L'ascolto e il consenso del minore se, da un lato, assumono carattere obbligatorio e doveroso per il Tribunale – specie nell'ipotesi dell'ultradodicesimo e del quattordicesimo, atteso che nel caso di minore di dodici anni è necessaria una previa valutazione della sua capacità di discernimento –, dall'altro lato è opportuno che passino attraverso modalità non già ordinarie<sup>44</sup>, bensì particolari, che tengano conto della particolare vulnerabilità e sensibilità del minore.

Il dato normativo non conforta, tuttavia, tale impostazione, tacendo sul punto.

A tale silenzio occorre quindi ovviare sotto il profilo pratico-applicativo, rimettendo alla discrezionalità – o per meglio dire alla sensibilità – del giudice la prudente valutazione circa le modalità di ascolto più adeguate al caso concreto, al fine di evitare turbamenti e condizionamenti del minore<sup>45</sup>.

Attese la sensibilità e la vulnerabilità del fanciullo, è possibile comunque tracciare dei criteri di massima, per orientare le modalità dell'ascolto, valevoli non soltanto per il procedimento di adozione, ma, in generale, per qualsiasi procedimento che veda coinvolto un minore.

Pare, infatti, preferibile che il fanciullo venga sentito da un giudice, togato od onorario, disgiuntamente o congiuntamente, secondo la prudente valuta-

<sup>44</sup> Sulle peculiarità dell'ascolto del minore e sulle sue differenze rispetto ai comuni mezzi di prova, tra cui la testimonianza e l'interrogatorio, si rinvia a quanto evidenziato nel precedente paragrafo 2 della presente disamina.

<sup>45</sup> Sul punto, cfr. Cass. Civ. ord. 24 luglio 2013, n. 17992, in M. A. IANNICELLI, cit., pp. 1863 ss.; Cass. Civ., 27 agosto 2004, n. 17110, *GD* 2004, pp. 37, 52; Cass. Civ., 19 dicembre 2002, n. 18123, M. A. IANNICELLI, *ibidem*.

zione del collegio, in un ambiente confidenziale e sufficientemente informale, tale da non intimidire il minore e da non precludergli ogni forma di dialogo con il proprio interlocutore. Ciò al precipuo fine di non trasformare un momento centrale del procedimento di adozione in una mera formalità, ininfluyente ai fini dell'esito del giudizio.

In tale contesto, si ravvisa l'opportunità di un'assistenza da parte di un operatore sociale, esperto in psicologia, o di una persona di cui il minore si fidi, purché terza rispetto agli adottanti<sup>46</sup>.

Rientra, invero, nella discrezionalità del giudice la facoltà di disporre un'audizione protetta ed indiretta del minore a un'opera di uno psicologo, ai sensi dell'articolo 68 c.p.c.<sup>47</sup>.

L'ascolto del minore può passare attraverso modalità eterogenee, tra le quali spiccano l'*ascolto diretto* e l'*ascolto indiretto*, così come previsto dall'art. 12 della Convenzione dei diritti del fanciullo del 1989.

La principale differenza tra le due figure risiede nel fatto che mentre l'ascolto diretto è svolto dal titolare della procedura, e quindi dal giudice, quello indiretto avviene mediante un rappresentante del minore ovvero tramite un organo a ciò preposto, che poi riferiscono al giudice l'opinione del minore. Il risultato a cui pervengono le due modalità di ascolto è, ad ogni modo, il medesimo: far pervenire al giudice le opinioni e le preferenze del fanciullo, al fine di orientarne la decisione finale<sup>48</sup>.

Sul punto, è bene precisare che, normalmente, vale la seguente distinzione: laddove la legge dispone espressamente la necessità dell'ascolto del minore – come peraltro avviene nell'ambito dell'adozione e dell'affidamento preadottivo – si ritiene preferibile passare attraverso la modalità dell'ascolto diretto, mentre negli altri settori del diritto minorile, in difetto di una norma *ad hoc*, trova applicazione l'art. 12 della Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989, che sancisce un'equipollenza tra le due esaminate modalità di ascolto<sup>49</sup>.

Ciò non toglie che il giudice, secondo il suo prudente apprezzamento, ritenga maggiormente conforme alle esigenze del minore e al suo stato psicologico procedere alla sua audizione mediante le forme dell'ascolto indiretto.

La figura dell'ascolto diretto è tuttavia spesso preferita nella prassi, attesa la sua attitudine a consentire al giudice una più completa presa di coscienza delle peculiarità caratteriali ed emotive del minore, delle sue relazioni sociali e delle sue particolarità sotto il profilo psicologico, con l'obiettivo di addivenire a una decisione che si attagli maggiormente alle specificità caso concreto.

Con l'ascolto, invero, si evitano «*decisioni zoppe*»<sup>50</sup>, poiché il giudice, attraverso questo strumento, ha una visione completa e dettagliata della fattispe-

<sup>46</sup> L. FADIGA, cit., p. 847.

<sup>47</sup> M. A. IANNICELLI, cit., p. 1852.

<sup>48</sup> P. PAZÈ, cit., p. 1341.

<sup>49</sup> P. PAZÈ, *ibidem*.

<sup>50</sup> P. PAZÈ, *ibidem*

cie, potendo così decidere circa la rescissione ovvero il risanamento di legami affettivi deboli o patologici, ancorché di matrice familiare, prima di optare per l'adozione ovvero per l'affidamento preadottivo.

Quanto agli aspetti psicologici delle modalità dell'ascolto del minore, è da segnalare un silenzio tanto sul piano normativo, quanto su quello della psicologia giuridica.

Vi sono però alcune regole basilari che chi ascolta il fanciullo deve rispettare<sup>51</sup>, al fine di mettersi in relazione con quest'ultimo.

Attingendo dalle scienze psicologiche è possibile desumere alcune tecniche relazionali ed emotive per approcciarsi al minore, come mettere quest'ultimo nella condizione di esprimere liberamente e senza alcun timore le proprie opinioni e preferenze sul procedimento che lo riguarda.

L'antecedente logico di un simile approccio si sostanzia nell'informare il minore, in modo completo ed adeguato, sul significato e sull'importanza dell'incontro, al fine di trarne i massimi vantaggi e addivenire a un dialogo costruttivo con il bambino.

In tale prospettiva, anche il contesto nel quale avviene l'ascolto assume massima importanza, in quanto un ambiente come una stanza allegra, colorata e con dei giochi, rappresenta il miglior luogo in cui il giudice può instaurare un dialogo paritario e senza timori con il minore. Laddove la predisposizione di un simile ambiente non sia concretamente possibile e il giudice proceda all'ascolto nella propria stanza, è ad ogni modo opportuno che egli adotti modalità confidenziali, ad esempio sedendosi accanto al minore e mettendolo a proprio agio.

Peraltro, è opportuno evidenziare come, sebbene l'ascolto a due sia la modalità preferibile, in quanto maggiormente idoneo a instaurare un dialogo sereno con il minore, esso può frizionare con il diritto di difesa; per evitare la compressione di quest'ultimo diritto, è ormai nella prassi che il giudice, prima di procedere a tale forma di ascolto, sottoponga alle altre parti (l'avvocato ovvero i genitori del minore) una richiesta debitamente motivata circa l'opportunità di un simile ascolto, al fine di ottenerne il previo consenso, e metta poi a disposizione delle medesime gli esiti dell'audizione<sup>52</sup>.

Posto, infine, che ascoltare significa mettersi dal punto di vista dell'altro, è necessario che il giudice ovvero un suo ausiliario, accordino spazio al racconto del minore, che dovrà sentirsi libero di parlare e di esprimere le proprie emozioni, senza alcuna barriera preclusiva o forma di condizionamento o di manipolazione da parte degli altri soggetti coinvolti nel procedimento, che abbiano di mira non già la tutela dell'interesse del bambino, bensì dei propri interessi personali.

<sup>51</sup> Sulle regole di comunicazione con il minore, specie nel processo penale, cfr. G. TURRI, *L'audizione nel processo penale del minore indagato*, in *Minorigiustizia*, 4, 1998, pp. 38-54.

<sup>52</sup> P. PAZÈ, cit., p. 1344.

## 5. Conclusioni

Obiettivo del presente lavoro è stato quello di delineare il complessivo quadro che concerne il diritto all'ascolto del minore e la necessità del suo consenso nell'ambito dei procedimenti che lo riguardano, con particolare riferimento alle procedure di adozione e di affidamento preadottivo.

La questione minorile, invero, rende doverosa una maggiore cura e attenzione, tanto da parte del legislatore, quanto e soprattutto da parte dell'interprete, in ragione della vulnerabilità e della sensibilità che caratterizzano il minore.

Quest'ultimo, invero, a seguito di un'ampia e progressiva evoluzione normativa, tanto sul piano internazionale, quanto sul piano del diritto interno, è considerato come un vero e proprio soggetto di diritto, in grado di manifestare le proprie opinioni, preferenze e sentimenti in ordine alle scelte di vita che lo riguardano.

Per tale ragione, il giudice, nei procedimenti che coinvolgono un minore (purché capace di discernimento), non può prescindere dal previo ascolto di quest'ultimo, e talvolta anche dalla manifestazione del suo consenso, al fine di cogliere ogni più intimo e profondo desiderio del medesimo e pervenire a una decisione finale il più possibile opportuna e congrua alla personalità e all'individualità del fanciullo.

I profili di vulnerabilità e sensibilità che connotano la sfera emotiva del minore, rispetto a quella degli adulti, impongono però all'interprete una maggior cura ed attenzione nella scelta delle modalità attraverso cui ascoltare il minore, peraltro suggerite dal prezioso supporto delle scienze psicologiche sulla materia.

L'ascolto del minore, nonché più in generale il diritto minorile, non può dunque prescindere – al pari, peraltro, di quegli ambiti del diritto che vadano a incidere sugli aspetti più intimi e delicati dell'individualità umana – da una costante e adeguata interazione con la psicologia.

Ciò, nell'ottica di non ridurre l'ascolto e il consenso del minore a un mero adempimento istruttorio e a una vana formalità, bensì di renderlo uno strumento prezioso nelle mani del giudice, attraverso cui le emozioni e i sentimenti del minore assumono carattere preminente e centrale, favorendo un pieno e completo sviluppo della personalità del fanciullo.

Il diritto minorile, e nella specie la materia dell'adozione, sono invero permeati dal supremo principio del c.d. *best interest of the child*, elemento centrale di qualsiasi procedimento che concerna la sfera personale del fanciullo.

*Abstract* [Ita]

Il saggio si occupa di tratteggiare il diritto all'ascolto del minore nell'ambito della procedura di adozione, con riguardo alle tre fasi: dichiarazione di adottabilità, affidamento preadottivo e dichiarazione di adozione. Particolare attenzione viene rivolta alle modalità di ascolto, evidenziando l'esistenza di regole basilari che devono essere rispettate nel momento in cui ci si relaziona con il minore, considerando il silenzio normativo sul punto.

*Parole chiave:* diritto del minore a essere ascoltato; processo di adozione; consenso del minore; capacità di discernimento; legge n. 184/1983.

*Abstract* [Eng]

The article deals with the presentation of the right of the child to be heard in the adoption process, with reference to the three stages: declaration of adaptability, pre-adoptive fostering and declaration of adoption. Particular attention is paid to the modalities of listening, highlighting the existence of basic rules that must be respected when dealing with the child, considering the normative silence on this point.

*Keywords:* the right of the child to be heard; adoption process; consent of the child; capacity for discernment; Act No. 184/1983.

# Autodétermination, autonomie personnelle et participation de l'enfant mineur aux décisions

Blandine Mallevaey

*Résumé* : Introduction. – I. L'autonomie participative de l'enfant mineur. – A. La participation de l'enfant mineur aux décisions parentales. – B. La participation de l'enfant mineur aux décisions judiciaires. – II. L'autonomie décisionnelle de l'enfant mineur. – A. L'autonomie décisionnelle de l'enfant mineur *de lege lata*. – B. L'autonomie décisionnelle de l'enfant mineur *de lege ferenda*. – Conclusion.

## Introduction

En droit français, le terme « autodétermination » relève originellement du champ lexical du droit international (le dictionnaire juridique le plus autorisé n'en propose qu'une seule définition fondée sur le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes<sup>1</sup>) et a peu à peu été mobilisé en droit des personnes<sup>2</sup>. Le mot « autodétermination » apparaît plus ordinairement dans le vocabulaire social et médical, en particulier dans les domaines de la protection, du soin et de l'accompagnement en faveur des populations précaires, handicapées, malades ou vieillissantes<sup>3</sup>. Notamment, l'autodétermination a été définie au sujet de la personne souffrant de handicap ou de déficience intellectuelle comme la possibilité d'« agir avec conviction en fonction de son propre esprit ou de sa propre volonté, sans contrainte extérieure [...] dans le but de déterminer son destin, sa ligne de conduite »<sup>4</sup>. Cette proposition de définition est éclairante dans le cadre de la présente contribution : l'autodétermination serait la capacité d'une personne à prendre seule toutes les décisions qui la concernent ; elle

<sup>1</sup> Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 15<sup>ème</sup> éd., 2024, « autodétermination ».

<sup>2</sup> Voir par ex. Scarlett-May FÉRRÉ, *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine – Essai en faveur du renouvellement des pouvoirs de la personne sur son corps*, thèse Université Paris I Panthéon-Sorbonne, préface Grégoire LOISEAU, IRJS Éditions, 2018, 567 p.

<sup>3</sup> Voir par ex. les articles des n° 556-557 de la revue *Les cahiers de l'actif* consacré au thème « Autodétermination, expression des attentes et évaluations des besoins », septembre 2022.

<sup>4</sup> Yves LACHAPPELLE, Barbara FONTANA-LANA, Geneviève PETITPIERRE, Hélène GEURTS et Marie-Claire HAELEWYCK, « Autodétermination : historique, définitions et modèles conceptuels », *La nouvelle revue - Éducation et société inclusives* n° 94 (2), 2022, p. 25.

se rapprocherait dès lors du concept d'autonomie personnelle<sup>5</sup>. Un tel pouvoir d'autodétermination est-il envisageable au bénéfice des enfants mineurs ?

De la même manière que l'Italie<sup>6</sup>, la France a fixé la majorité à 18 ans accomplis<sup>7</sup> et désigne comme étant mineur l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point atteint ce seuil d'âge<sup>8</sup>. Même en retenant une approche très moderne de l'enfance et des droits de l'enfant<sup>9</sup>, il n'est pas concevable qu'un enfant mineur puisse bénéficier d'une totale autodétermination, ne serait-ce qu'en raison de son incapacité juridique<sup>10</sup> rendue nécessaire par son jeune âge. Bien que sujet de droits, l'enfant est un être vulnérable qui doit avant tout être protégé, y compris de la lourde responsabilité que pourrait représenter le fait de prendre et d'assumer seul toutes les décisions. Pour autant, cette protection due aux enfants ne doit pas être un obstacle à leur apprentissage progressif de l'autonomie<sup>11</sup>. C'est pourquoi, sous l'influence de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant qui lui reconnaît un droit de prendre part aux décisions le concernant<sup>12</sup>, le législateur français a progressivement aménagé des sphères d'autonomie au bénéfice du mineur. Cette autonomie se manifeste de différentes manières et son intensité varie selon les décisions concernées : tandis que, dans certains cas, l'enfant ne dispose que d'une autonomie que l'on peut qualifier de « participative », dans la mesure où il lui est seulement donné la possibilité d'exprimer ses opinions avant que d'autres prennent la décision à son sujet (I), le mineur jouit parfois d'une réelle autonomie décisionnelle, en ce sens qu'il lui appartient de prendre véritablement seul certaines décisions qui concernent sa personne ou son patrimoine (II).

### I. *L'autonomie participative de l'enfant mineur*

La Convention internationale des droits de l'enfant, adoptée à New York le 20 novembre 1989 par l'Assemblée générale des Nations Unies, a consacré

<sup>5</sup> Voir Hélène HURPY, *Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européennes*, thèse Aix-Marseille Université, préface Hélène SURREL, Bruylant, 2015, 1022 p.

<sup>6</sup> Art. 2 du *Codice civile* italien.

<sup>7</sup> Art. 414 C. civ.

<sup>8</sup> Art. 388 al. 1 C. civ.

<sup>9</sup> Très éloignée de la conception traditionnelle qui privait l'enfant de toute voix au chapitre, comme si son étymologie avait gouverné sa place dans la société et au sein de sa famille (rappe- lons en effet que le terme « enfant » est issu du mot latin *infans*, lequel signifie « qui ne parle pas, incapable de parler » : Félix GAFFIOT, *Dictionnaire Latin Français*, Hachette, 1934, « infans »). Sur les raisons de cette réduction au silence de l'enfant, voir Blandine MALLEVAEY, « La parole de l'enfant dans les procédures familiales en France », in : Yves DENÉCHÈRE (dir.), *La parole de l'enfant au bénéfice de ses droits*, Presses universitaires de Liège (Belgique), 2019, p. 79.

<sup>10</sup> L'incapacité juridique du mineur se déduit d'une lecture *a contrario* de l'art. 414 C. civ., selon lequel à partir de 18 ans, chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance.

<sup>11</sup> Claire NEIRINCK, « Enfance », *Rép. dr. civ. Dalloz*, n° 700, octobre 2016.

<sup>12</sup> Art. 12 de la CIDE, sur lequel voir *infra*.

le droit pour l'enfant de participer aux décisions qui le concernent. Ce droit à la participation comporte non seulement pour l'enfant le droit d'exprimer ses opinions, mais également son droit à ce que les personnes ou autorités décisionnaires en tiennent compte. En effet, l'article 12 de la Convention affirme dans son premier paragraphe que « l'enfant qui est capable de discernement [a] 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 ». Le second paragraphe de l'article 12 décline procéduralement ce principe, en précisant qu'« à cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ». Après la ratification de la Convention de New York, le législateur français a dû adapter notre Code civil de sorte qu'il intègre la participation de l'enfant aux décisions le concernant. En particulier, la loi a prévu l'association de l'enfant aux décisions prises à son sujet par ses parents (A) et aménagé son audition lorsque les décisions qui le concernent sont prises par l'autorité judiciaire<sup>13</sup> (B).

#### A. La participation de l'enfant mineur aux décisions parentales

Les parents, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale sur leur enfant mineur<sup>14</sup>, sont les premiers détenteurs du pouvoir décisionnel à son égard. Par conséquent, c'est aux parents qu'il incombe en premier lieu de respecter le droit de leur enfant de participer aux décisions le concernant. Bien que ce droit ait été affirmé dès 1989 par l'article 12.1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, il a fallu attendre 2002 pour que la participation de l'enfant aux décisions prises à son sujet par ses parents soit clairement envisagée par le législateur français. La loi du 4 mars 2002<sup>15</sup> a opportunément ajouté à la définition de l'autorité parentale figurant à l'article 371-1 du Code civil que « les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité »<sup>16</sup>.

Les décisions auxquelles les parents doivent associer leur enfant mineur sont celles relevant de l'autorité parentale telle qu'elle est définie par le deuxième alinéa de l'article 371-1 du Code civil. Il résulte de ce texte que l'au-

<sup>13</sup> La loi française a également prévu la participation de l'enfant aux décisions le concernant qui ne relèvent pas de ses parents ou pas seulement de ces derniers. Ainsi la participation de l'enfant est-elle prévue pour les décisions prises à son sujet par les professionnels de santé (art. L. 1111-2 al. 5 C. santé pub.), par ceux de l'Éducation nationale (art. L. 331-7 C. éduc.) ou encore par ceux de la protection de l'enfance (art. L. 223-4 C. act. soc. fam). Pour de plus amples développements, voir Blandine MALLEVAEY, « Regards sur 30 ans d'application de l'article 12 de la Convention de New York sur la participation de l'enfant », *Revue trimestrielle de droit civil* 2020, p. 291.

<sup>14</sup> L'art. 371-1 al. 2 C. civ. précise que l'autorité parentale appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de leur enfant. L'art. 372 al. 1 C. civ. ajoute que les père et mère exercent en commun l'autorité parentale.

<sup>15</sup> Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale (*JO* n° 54 du 5 mars 2002).

<sup>16</sup> Ce principe figure aujourd'hui au quatrième alinéa de l'art. 371-1 C. civ.

torité parentale comprend la protection de la sécurité, de la santé, de la vie privée et de la moralité de l'enfant, ainsi que son éducation afin de permettre son développement dans le respect dû à sa personne. Dès lors, les parents devraient recueillir et prendre en compte les opinions de leur progéniture avant de prendre toute décision relative à sa santé (par exemple, la décision de recourir à un traitement d'orthodontie à des fins esthétiques devrait être prise après consultation de l'enfant), à sa scolarité (par exemple, la décision quant au choix des langues vivantes lors de l'entrée de l'enfant au collège suppose que ses parents en aient échangé avec lui), à ses loisirs (par exemple, l'inscription de l'enfant à une activité culturelle, sportive ou récréative nécessite que les parents ait invité leur fille ou leur fils à s'exprimer préalablement sur ses préférences), à sa pratique religieuse (par exemple, la décision que l'enfant fasse sa profession de foi dans la religion chrétienne implique que les parents se soient d'abord enquis de son adhésion à ce projet), à la diffusion de son image (par exemple, les parents devraient s'assurer de l'acceptation de leur enfant avant d'autoriser la diffusion à la télévision d'un reportage dressant son portrait) ou encore à la fixation de sa résidence (par exemple, si les parents se séparent et optent pour la fixation de la résidence de leur enfant en alternance, ils devraient en amont vérifier que ce choix correspond bien aux besoins et souhaits de l'intéressé). Si l'article 371-1 du Code civil met l'accent sur la dimension personnelle de l'autorité parentale, cette dernière comporte également un volet patrimonial, les parents étant tenus de gérer les biens de leur enfant mineur en leur qualité d'administrateurs légaux<sup>17</sup>. Lorsqu'ils administrent le patrimoine de leur enfant, les parents sont pareillement tenus de l'associer aux décisions qui le concernent, là encore selon son âge et son degré de maturité (par exemple, si les parents souhaitent solliciter du juge des tutelles l'autorisation de vendre un bien immobilier légué au mineur par ses grands-parents, ils devraient au préalable s'entretenir avec leur enfant à ce sujet).

L'article 371-1 du Code civil met en évidence trois séries de limites dans l'exercice par les parents de leur autorité parentale<sup>18</sup>. Premièrement, les parents doivent mettre en œuvre leurs prérogatives dans l'intérêt de leur enfant<sup>19</sup>, faute de quoi l'autorité judiciaire pourrait intervenir dans la sphère familiale

<sup>17</sup> L'art. 382 C. civ. affirme que l'administration légale appartient aux parents.

<sup>18</sup> À ces trois limitations, il peut être ajouté que le droit des parents de contrôler les fréquentations de leur enfant mineur et de décider qui peut rendre visite ou correspondre avec leur progéniture n'est pas totalement discrétionnaire, dans la mesure où la loi présume qu'il relève de l'intérêt de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec certains membres de sa famille autres que ses parents, de sorte que ces derniers ne peuvent pas s'y opposer. Il en va ainsi pour les frères et sœurs de l'enfant (aux termes de l'art. 371-5 C. civ., « l'enfant ne doit pas être séparé de ses frères et sœurs, sauf si cela n'est pas possible ou si son intérêt commande une autre solution ») ainsi que pour ses ascendants (l'art. 371-4 al. 1 C. civ. affirme que « l'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants » et que « seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de ce droit »).

<sup>19</sup> Selon le premier alinéa de l'art. 371-1 C. civ., « l'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant ».

pour assurer la protection de celui-ci<sup>20</sup>. Deuxièmement, les parents doivent exercer leur autorité parentale sans violences physiques ou psychologiques<sup>21</sup>, la commission de violences envers leur enfant pouvant conduire à une remise en cause de leurs prérogatives<sup>22</sup>. Troisièmement, les parents doivent associer leur enfant aux décisions qu'ils prennent à son sujet, en fonction de son âge et de son degré de maturité. Ainsi doivent-ils respecter le droit de leur progéniture de participer aux décisions qui le concernent, dont ils sont les premiers garants. Contrairement aux autres limitations à l'exercice de l'autorité parentale, l'obligation pour les parents d'associer leur fille ou leur fils à leurs décisions ne connaît pas de « sanction », en ce sens que la loi ne prévoit pas de remise en cause de leurs prérogatives lorsqu'ils méconnaissent le droit de leur enfant à la participation (sauf à ce que les parents prennent et appliquent des décisions qui non seulement ne respecteraient pas les souhaits de l'enfant, mais en outre seraient contraires à son intérêt<sup>23</sup>). L'association de l'enfant aux décisions parentales vise surtout à permettre un espace de dialogue entre les enfants et leurs parents, en particulier durant la période de l'adolescence. L'autorité parentale doit en effet avoir pour objectif d'amener l'enfant à pouvoir se diriger lui-même dans la vie, ce qui suppose qu'il bénéficie d'un degré d'autonomie proportionné à son âge et à son niveau de développement<sup>24</sup>.

Quoiqu'il ne s'agisse pas directement de placer l'enfant mineur sur un pied d'égalité avec ses parents lorsqu'ils prennent des décisions à son sujet, l'association de l'enfant aux décisions parentales devrait être de plus en plus étroite à mesure que celui-ci grandit. En guise d'illustrations, serait-il pertinent pour les parents d'imposer à leur enfant de suivre un enseignement

<sup>20</sup> Ainsi, le juge des enfants pourrait être saisi aux fins d'ordonner une mesure d'assistance éducative destinée à assurer la protection de l'enfant en danger (art. 375 et suiv. C. civ.). Si la prise de décisions contraires à l'intérêt de l'enfant est le fait d'un seul de ses deux parents, le juge aux affaires familiales pourrait être saisi par l'autre parent afin qu'il lui confie l'exercice exclusif de l'autorité parentale, à condition que l'intérêt de l'enfant le commande (art. 373-2-1 C. civ.).

<sup>21</sup> Cette affirmation a été ajoutée au troisième alinéa de l'art. 371-1 C. civ. par la loi n° 2019-721 du 10 juillet 2019 relative à l'interdiction des violences éducatives ordinaires (JO n° 0159 du 11 juillet 2019).

<sup>22</sup> La loi n° 2024-233 du 18 mars 2024 visant à mieux protéger et accompagner les enfants victimes et covictimes de violences intrafamiliales (JO n° 0066 du 19 mars 2024) a prévu que l'exercice de l'autorité parentale et les droits de visite et d'hébergement du parent poursuivi par le ministère public ou mis en examen par le juge d'instruction pour un crime ou une agression sexuelle incestueuse sur son enfant sont suspendus de plein droit (art. 378-2 C. civ.) et a posé comme principe que la juridiction pénale de jugement doit ordonner le retrait de l'autorité parentale lorsqu'elle condamne un parent comme auteur, coauteur ou complice d'un crime ou d'une agression sexuelle incestueuse commis sur la personne de son enfant (art. 378 C. civ.). Sur la mise en œuvre de ces nouveaux dispositifs, voir Blandine MALLEVAEY, « La loi du 18 mars 2024 permettra-t-elle réellement de mieux protéger les enfants victimes et covictimes de violences intrafamiliales ? », *Petites affiches* n° 7-8, juillet-août 2024, p. 13.

<sup>23</sup> Cela pourrait justifier une intervention de l'autorité judiciaire, dans les conditions évoquées *supra* : voir note 20.

<sup>24</sup> Pierre MURAT, « L'état des devoirs légaux des parents envers leur enfant », in : Philippe JACQUES (dir.), *Être parent aujourd'hui*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2010, p. 49.

religieux alors que ce dernier ne fait pas sens pour lui et qu'il n'a pas la foi, ou encore qu'ils contraignent leur enfant à poursuivre sa scolarité dans un établissement d'enseignement général alors qu'il souhaite s'orienter vers une formation professionnelle ? Outre le risque d'échec de telles décisions, elles pourraient inciter l'intéressé à adopter des conduites d'opposition et de fuite, qui potentiellement le mettraient en danger<sup>25</sup>. N'est-il pas clairement préférable que les parents recueillent les opinions de leur enfant avant toute prise de décision et les prennent véritablement en considération ?<sup>26</sup> Cela se justifie d'autant plus à mesure que l'enfant grandit, acquiert en maturité et se rapproche de l'âge de la majorité. L'autonomie participative dont l'adolescent peut bénéficier devrait alors progressivement se muer en quasi-autonomie décisionnelle<sup>27</sup>, comme ce devrait être aussi le cas au sujet de son audition en amont des décisions judiciaires le concernant.

### B. La participation de l'enfant mineur aux décisions judiciaires

Si la participation et l'expression de l'enfant dans les procédures peuvent prendre différents contours<sup>28</sup>, leur principale modalité réside dans l'audition du mineur par l'autorité judiciaire en charge de prendre une décision qui le concerne. Cette forme de participation de l'enfant aux procédures judiciaires avait déjà été envisagée par le législateur français avant que la France ne ratifie la Convention internationale des droits de l'enfant. La loi avait en effet prévu l'audition du mineur dans certains cas particuliers : au sein de la procédure d'assistance éducative devant le juge des enfants<sup>29</sup>, de la procédure de divorce devant le juge aux affaires matrimoniales<sup>30</sup> ou encore de la

<sup>25</sup> L'enfant en opposition avec les décisions parentales pourrait se mettre en danger par exemple en fuguant, en consommant de l'alcool ou des drogues, en se mutilant ou encore en adoptant des comportements suicidaires, au point que soit rendue nécessaire une intervention du juge des enfants en assistance éducative pour le protéger (sur le fondement de l'art. 375 C. civ.).

<sup>26</sup> Voire que les parents ne puissent plus imposer de telles décisions à leur enfant au-delà d'un certain âge : voir nos préconisations *infra*.

<sup>27</sup> Telle est la recommandation du Comité onusien des droits de l'enfant, qui estime que plus l'enfant grandit, « plus l'orientation et les conseils donnés par les parents doivent se transformer en rappels et, progressivement, en échange sur un pied d'égalité » : Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 20 (2016) sur la mise en œuvre des droits de l'enfant pendant l'adolescence, CRC/C/GC/20, § 18.

<sup>28</sup> Voir Adeline GOUTTENOIRE, « Les modes de participation de l'enfant aux procédures judiciaires », *Droit de la famille* n° 7, juillet 2006, étude 29.

<sup>29</sup> L'ancien art. 1193 Nouv. C. pr. civ. indiquait que le juge des enfants « entend le mineur à moins que l'âge ou l'état de celui-ci ne le permette pas ».

<sup>30</sup> L'ancien art. 290 C. civ. prévoyait, au titre des conséquences du divorce à l'égard des enfants, que le juge tenait compte notamment « des sentiments exprimés par les enfants » et ajoutait que « lorsque ceux-ci ont moins de 13 ans, ils ne peuvent être entendus que si leur audition paraît nécessaire et ne comporte pas d'inconvénients pour eux ; lorsqu'ils ont plus de 13 ans, leur audition ne peut être écartée que par décision spécialement motivée ».

procédure de légitimation par autorité de justice devant le tribunal de grande instance<sup>31</sup>. En 1989, l'article 12.2 de la Convention de New York ayant fait de l'audition de l'enfant en justice un principe général, la loi française devait être modifiée afin que l'audition du mineur dans les procédures judiciaires l'intéressant soit généralisée. Tel fut l'un des objectifs de la loi du 8 janvier 1993<sup>32</sup>, qui a notamment créé au sein du Code civil un nouvel article 388-1, aux termes duquel « dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut [...] être entendu par le juge »<sup>33</sup>. En parallèle de ce régime général d'audition du mineur dans les procédures civiles, le législateur a maintenu certains régimes spéciaux et en a développé de nouveaux, qui ont en commun la particularité d'imposer à l'autorité judiciaire de procéder à l'audition de l'enfant avant de prendre sa décision. Ainsi le juge des enfants est-il tenu de convoquer le mineur capable de discernement en vue de son audition dans le cadre de la procédure d'assistance éducative<sup>34</sup>, le tribunal judiciaire doit pareillement convoquer l'enfant doué de discernement pour l'auditionner dans la procédure d'adoption<sup>35</sup> et le juge en charge de la tutelle des mineurs doit entendre le mineur préalablement au prononcé de son émancipation<sup>36</sup>. Dans ces trois hypothèses, l'audition de l'enfant s'impose à la juridiction, tandis que, dans le cadre du droit commun de l'article 388-1 du Code civil, le mineur « peut » être entendu par le juge, ce dont il résulte, selon la Cour de cassation, que le magistrat n'est pas tenu de convoquer d'office l'enfant aux fins de procéder à son audition<sup>37</sup>. Cela étant, la loi du 5 mars 2007<sup>38</sup> a précisé que l'audition est de droit lorsque c'est le mineur qui en fait la demande<sup>39</sup>, si bien que l'audition sollicitée par l'enfant ne peut alors être refusée qu'aux motifs qu'il n'est pas concerné par la procédure ou qu'il ne dispose pas du discernement requis<sup>40</sup>, sans que le juge aux affaires familiales ne puisse plus apprécier l'opportunité de l'audition ni l'intérêt de

<sup>31</sup> L'ancien art. 333-3 C. civ. commandait au tribunal de prononcer la légitimation « après avoir reçu ou provoqué [...] les observations de l'enfant lui-même ».

<sup>32</sup> Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le Code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales (*JO* n° 7 du 9 janvier 1993).

<sup>33</sup> Ce principe figure à l'alinéa premier de l'art. 388-1 C. civ.

<sup>34</sup> L'art. 1182 al. 2 C. pr. civ. dispose que le juge des enfants « entend le mineur capable de discernement ».

<sup>35</sup> L'art. 353-1 al. 2 C. civ. indique que « le mineur capable de discernement est entendu par le tribunal ».

<sup>36</sup> L'art. 413-2 al. 2 C. civ. précise que l'émancipation pourra être prononcée par le juge des tutelles « après audition du mineur ».

<sup>37</sup> Cass., 1<sup>re</sup> civ., 9 février 2022, n° 20-15.912, obs. Blandine MALLEVAEY, *Actualité juridique Famille* mars 2022, p. 150.

<sup>38</sup> Loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance (*JO* n° 55 du 6 mars 2007).

<sup>39</sup> Art. 388-1 al. 2 C. civ.

<sup>40</sup> Art. 338-4 al. 1 C. pr. civ., modifié par le décret n° 2009-572 du 20 mai 2009 relatif à l'audition de l'enfant en justice (*JO* n° 0119 du 24 mai 2009).

l'enfant à être entendu<sup>41</sup>. La limitation apportée par la loi de 2007 aux motifs de rejet de la demande d'audition formulée par le mineur n'est toutefois que relative, dans la mesure où, en pratique, la condition tenant à l'exigence de discernement de l'enfant soulève de multiples difficultés qui ont pour effet d'entraver l'accès de l'intéressé à son audition en justice et par conséquent sa participation aux décisions judiciaires le concernant<sup>42</sup>.

Le domaine d'application privilégié de l'article 388-1 du Code civil est constitué des procédures devant le juge aux affaires familiales<sup>43</sup>. Ce dernier est notamment compétent en cas de désaccord entre les parents sur les meilleures décisions à prendre dans l'intérêt de leur enfant mineur. Ainsi, le juge aux affaires familiales peut être saisi pour trancher tout conflit entre les parents quant aux décisions relevant de leur autorité parentale, qu'elles concernent la santé de leur enfant, sa scolarité, ses loisirs, sa religion, son droit à l'image ou encore son lieu de vie. Quel que soit l'objet de la procédure devant le juge aux affaires familiales, dès lors que la décision à venir le concerne et qu'il est capable de discernement, le mineur peut demander au magistrat à être entendu. L'expression de l'enfant devant le juge aux affaires familiales suppose donc une procédure préexistante et partant que l'un au moins de ses parents ait préalablement saisi ce juge pour qu'il tranche le désaccord parental. En effet, faute de capacité juridique, l'enfant mineur ne peut ester en justice et, en conséquence, il n'a pas la possibilité de saisir le juge aux affaires familiales dans l'hypothèse où ses parents prendraient d'un commun accord des décisions qu'il estimerait contraires à son intérêt. En l'absence de différend entre ses parents, l'enfant est privé de toute perspective d'expression en justice et ne peut espérer une meilleure prise en considération de son intérêt par le juge aux affaires familiales. Sa seule « possibilité » serait de se mettre en danger en adoptant des conduites<sup>44</sup> susceptibles de justifier le prononcé, par le juge des enfants, d'une mesure d'assistance éducative destinée à le protéger<sup>45</sup>. Cela n'est évidemment guère souhaitable. Il est manifeste que des solutions plus protectrices sont imaginables afin de permettre à l'enfant mineur, malgré les volontés concordantes de ses parents, d'accéder au juge aux affaires familiales pour lui faire part de ses opinions et

<sup>41</sup> Ce qu'il pouvait faire avant la réforme de l'audition de l'enfant en justice résultant de la loi du 5 mars 2007 et du décret du 20 mai 2009 : voir Blandine MALLEVAEY, *L'audition du mineur dans le procès civil*, thèse Université d'Artois, dir. Joëlle VASSAUX, 2015, n° 717 et suiv.

<sup>42</sup> Sur les multiples difficultés que soulève en pratique la condition tenant au discernement de l'enfant, voir Blandine MALLEVAEY, *Audition et discernement de l'enfant devant le juge aux affaires familiales*, rapport de recherche, Mission de recherche Droit et Justice, 2018, notamment p. 42 et suiv.

<sup>43</sup> Sur l'étendue des procédures dans lesquelles l'art. 388-1 C. civ. est susceptible d'être appliqué, voir Blandine MALLEVAEY, *L'audition du mineur dans le procès civil*, thèse préc., n° 81 et suiv.

<sup>44</sup> Sur ces conduites, voir *supra* note 25.

<sup>45</sup> Sur le fondement de l'art. 375 C. civ.

qu'il soit en mesure de prendre des décisions plus respectueuses de ses besoins et de son intérêt supérieur<sup>46</sup>.

Son audition dans les procédures le concernant devant le juge aux affaires familiales contribue à renforcer l'autonomie de l'enfant mineur, mais elle n'a pas une portée absolue, dans la mesure où le juge n'est pas tenu de se conformer aux souhaits exprimés par l'intéressé<sup>47</sup>. En effet, le juge aux affaires familiales doit toujours se prononcer en considération de l'intérêt de l'enfant<sup>48</sup>, or l'audition de ce dernier n'est qu'un élément parmi d'autres dont dispose le magistrat pour déterminer ce qu'exige effectivement son intérêt<sup>49</sup>. Cela étant, les opinions exprimées par l'enfant dans le cadre de son audition devraient avoir un poids supérieur dans la décision du juge, en particulier pour les mineurs les plus âgés, dont les opinions doivent être « dûment prises en considération eu égard à [leur] âge et à [leur] degré de maturité », selon les termes de l'article 12.1 de la Convention internationale des droits de l'enfant. Les rédacteurs de cette Convention ont adopté le postulat que l'enfant était l'un des meilleurs experts de ses besoins et de son intérêt supérieur, si bien qu'il doit être associé au processus décisionnel et que la possibilité doit lui être donnée de participer à la décision qui le concerne. L'expression de l'enfant garantit ainsi que la décision qui sera rendue sera la plus respectueuse de son intérêt supérieur, comme l'a affirmé à de nombreuses reprises le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies<sup>50</sup>. C'est d'ailleurs parce que le législateur

<sup>46</sup> Pour un examen des solutions qui pourraient être mises en œuvre afin de favoriser l'accès de l'enfant au juge aux affaires familiales, voir Blandine MALLEVAEY, « Accès et participation de l'enfant à la justice familiale en France : limites, paradoxes et préconisations », in : Mona PARÉ, Mariëlle BRUNING, Thierry MOREAU et Caroline SIFFREIN-BLANC (dir.), *Accès et participation des enfants à la justice : bilan critique*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2022, p. 57 ; Blandine MALLEVAEY, « Pour un renouveau de l'accès de l'enfant mineur au juge aux affaires familiales », in : Romain LAULIER et Blandine MALLEVAEY (dir.), *Vulnérabilités et accès au juge*, coll. Transition & justice, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2023, p. 113.

<sup>47</sup> Voir par ex. Cass., 1<sup>re</sup> civ., 20 novembre 2013, n° 12-26.725, *Journal du droit des jeunes* n° 332, février 2014, p. 54 : la Haute juridiction estime que la juridiction du fond a « pris en considération les sentiments exprimés par l'enfant lors de son audition, sans être tenue par leur expression » et « a souverainement fixé les modalités d'exercice de l'autorité parentale en fonction de son intérêt ».

<sup>48</sup> L'art. 373-2-6 C. civ. commande au juge aux affaires familiales de régler les désaccords entre les parents « en veillant spécialement à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs ».

<sup>49</sup> L'art. 373-2-11 C. civ. établit une liste non exhaustive des éléments que le juge aux affaires familiales doit prendre en considération lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale. Y figurent notamment, outre les sentiments exprimés par l'enfant mineur dans les conditions de l'art. 388-1 C. civ., la pratique que les parents avaient précédemment suivie ou les accords qu'ils avaient antérieurement conclus, l'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre, les renseignements recueillis dans le cadre d'éventuelles enquêtes sociales ou encore le résultat d'éventuelles expertises.

<sup>50</sup> Le Comité genevois des droits de l'enfant a insisté, notamment dans ses Observations générales n° 12 (2009) sur le droit de l'enfant d'être entendu (CRC/C/GC/12) et n° 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (CRC/C/GC/14), sur le fait que le respect du droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale des décisions le concernant (art. 3 de la CIDE) exige qu'il ait pu

français lui-même considère que l'enfant est effectivement le meilleur arbitre de ses besoins sur certaines questions qu'il lui a conféré une indéniable autonomie décisionnelle dans plusieurs domaines.

## II. *L'autonomie décisionnelle de l'enfant mineur*

En France, le législateur est parfois allé au-delà de l'exigence de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, qui n'a exhorté les États parties qu'à mettre en œuvre un droit pour l'enfant de participer aux décisions l'intéressant, c'est-à-dire d'exprimer ses opinions et qu'elles soient prises en compte. Le législateur français a en effet permis au mineur d'avoir une influence prépondérante voire décisive sur certains sujets qui le concernent, au point alors de lui reconnaître une réelle autonomie décisionnelle. Bien que la loi envisageât déjà occasionnellement une telle autonomie de l'enfant avant la Convention du 20 novembre 1989, elle en a considérablement élargi l'étendue sous l'impulsion de ce traité et de son article 12. Elle a ainsi diversifié les hypothèses dans lesquelles le mineur peut prendre lui-même des décisions ou y faire obstacle, en particulier s'il a atteint certains seuils d'âge<sup>51</sup> (A). Néanmoins, dans un souci de cohérence mais aussi pour dépasser l'œuvre de la Convention de New York – qui est déjà ancienne de 35 années à présent –, il serait justifié que la loi renforce l'autonomie décisionnelle de l'enfant mineur, à la fois en exigeant son consentement pour davantage d'actes et en empêchant que certaines décisions ne puissent lui être imposées au mépris de ses volontés et convictions personnelles (B).

### A. *L'autonomie décisionnelle de l'enfant mineur de lege lata*

L'autonomie décisionnelle que le législateur français a octroyée à l'enfant mineur se manifeste principalement de deux manières : d'abord, la prise de certaines décisions dépend en tout ou partie de sa volonté ; ensuite, la loi lui permet d'accomplir certains actes seul.

En premier lieu, la loi requiert le consentement de l'enfant mineur à plusieurs décisions concernant sa personne et lui permet alors d'avoir un poids déterminant dans le processus décisionnel. Au sein du Code civil, quatre décisions ne peuvent être prises que si le mineur y consent lorsqu'il est âgé

exprimer ses opinions préalablement à la prise des décisions qui le concernent (art. 12 de la CIDE).

<sup>51</sup> Pour une étude détaillée de ces seuils d'âge et de l'autonomie qui en découle pour l'enfant mineur, voir Blandine MALLEVAEY, « L'articulation des critères de l'âge et du discernement en matière de participation de l'enfant aux décisions familiales », in : Blandine MALLEVAEY et Léa JARDIN (dir.), *L'âge en droit de l'enfance, de la famille et des personnes*, coll. Colloques & essais, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2024, p. 17.

de plus de 13 ans<sup>52</sup>. Ainsi, le consentement personnel de celui-ci est un préalable impératif au changement de son prénom<sup>53</sup> ou de son nom<sup>54</sup>. Certes, dans les deux cas, la décision ne dépend pas du seul bon vouloir du mineur, dès lors que la demande de changement de prénom ou de nom de l'enfant doit nécessairement être formulée par ses parents en leurs qualités de représentants légaux<sup>55</sup> et qu'elle doit être justifiée par un intérêt légitime<sup>56</sup>. Mais sa volonté a tout de même une portée décisive, en ce sens que son prénom ou son nom ne pourra jamais être modifié si le mineur de plus de 13 ans refuse de consentir à ce changement. Des observations analogues peuvent être faites au sujet de l'exigence du consentement du mineur âgé de plus de 13 ans à l'acquisition de la nationalité française<sup>57</sup> ou encore à son adoption<sup>58</sup>. Pour ce qui concerne l'adoption, dans la mesure où le tribunal judiciaire ne la prononcera qu'après s'être assuré qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant<sup>59</sup>, il est certain que le seul consentement du mineur de plus de 13 ans à être adopté n'emporte pas la décision. Mais, à l'inverse, le refus du mineur de plus de 13 ans fait définitivement obstacle au prononcé de l'adoption et emporte la décision. En effet, tandis que le tribunal peut passer outre le refus

<sup>52</sup> Le seuil de 13 ans est également celui retenu en matière pénale comme étant l'âge au-delà duquel le mineur est présumé capable du discernement requis pour que sa responsabilité pénale puisse être engagée : art. L. 11-1 CJPM.

<sup>53</sup> Art. 60 al. 2 C. civ. relative au changement de prénom demandé à l'officier de l'état civil. Le consentement du mineur âgé de plus de 13 ans est pareillement requis dans le cadre de l'adoption, lorsque les adoptants demandent au tribunal la modification des prénoms de l'enfant (art. 357 al. 7 C. civ.).

<sup>54</sup> Art. 61-3 al. 1 C. civ. Ce texte vise le changement de nom autorisé par décret (art. 61 al. 3 C. civ.). Le consentement du mineur âgé de plus de 13 ans est également exigé dans le cadre de la demande adressée à l'officier de l'état civil en vue qu'il porte l'un des autres noms provenant de sa filiation (art. 61-3-1 C. civ.) ou s'agissant du choix à titre d'usage d'un autre nom issu de la filiation (art. 311-24-2 al. 4 C. civ.) ou au sujet de la possibilité pour la juridiction qui ordonne le retrait total de l'autorité parentale de statuer sur le changement de nom de l'enfant concerné (art. 380-1 C. civ.) ou encore pour la modification du nom de l'enfant dans le cadre de l'adoption simple (art. 363 C. civ.). En revanche, lorsque le changement de nom intervient en conséquence de l'établissement ou de la modification du lien de filiation, le consentement du mineur n'est pas exigé, quel que soit son âge (art. 61-3 al. 2 C. civ. *a contrario*), ce qui est critiquable car la modification de son nom de famille peut « être traumatisante pour l'enfant connu à l'école, par son entourage et dans la société sous un certain patronyme » : Carine BRIÈRE, « L'enfant et le changement de son patronyme », *Petites affiches* n° 54, 16 mars 2020, p. 5.

<sup>55</sup> Ainsi, l'art. 60 al. 1 C. civ. précise que si la demande de changement de prénom concerne un mineur, elle est remise à l'officier de l'état civil par son représentant légal.

<sup>56</sup> L'exigence d'un intérêt légitime aux changements de prénom et de nom résulte des art. 60 al. 4 et 61 al. 1 C. civ.

<sup>57</sup> L'art. 21-11 C. civ. vise, au titre des conditions permettant qu'une déclaration d'acquisition de la nationalité française soit faite au bénéfice d'un enfant mineur âgé de plus de 13 ans, né en France de parents étrangers, l'exigence de son consentement.

<sup>58</sup> L'exigence de consentement personnel du mineur de plus de 13 ans à l'adoption est posée par l'art. 349 al. 1 C. civ.

<sup>59</sup> Art. 353-1 al. 1 C. civ.

des parents de consentir à l'adoption de leur progéniture<sup>60</sup>, il ne peut jamais prononcer l'adoption d'un mineur de plus de 13 ans qui s'y oppose, quand bien même cette adoption paraîtrait conforme à son intérêt<sup>61</sup>. Le mineur âgé de plus de 13 ans qui refuse d'être adopté a alors un poids décisif dans la détermination de son intérêt, la loi présument de façon irréfragable qu'il en est le meilleur expert<sup>62</sup>.

En second lieu, la loi permet à l'enfant mineur d'accomplir seul certains actes qui concernent sa personne ou son patrimoine. Il en va de la sorte, en particulier, pour le mineur âgé de plus de 16 ans<sup>63</sup> : bien que non émancipé, il bénéficie d'une autonomie significative dans de nombreux domaines, au point que la doctrine y voit la reconnaissance d'une « pré-majorité » dont découlerait une « pré-capacité »<sup>64</sup>. Les actes que le mineur peut accomplir à compter de son seizième anniversaire sont multiples et variés. Notamment, il peut formuler lui-même une déclaration d'acquisition de la nationalité française<sup>65</sup> ; il peut participer à la constitution d'une association et être chargé de son administration<sup>66</sup> ; il peut signer un contrat de travail<sup>67</sup> ; il peut ouvrir un compte bancaire et en retirer des sommes d'argent<sup>68</sup> ; il peut accomplir les actes nécessaires à l'exercice d'une activité commerciale<sup>69</sup> ; il peut disposer de la moitié de ses biens par testament<sup>70</sup>. Par ailleurs, même si le mineur âgé

<sup>60</sup> L'art. 348-7 C. civ. permet au tribunal de prononcer l'adoption en cas de refus abusif des parents de consentir à l'adoption de leur enfant alors qu'ils se sont désintéressés de lui au risque de compromettre sa santé ou sa moralité.

<sup>61</sup> En revanche, depuis la loi n° 2022-219 du 21 février 2022 visant à réformer l'adoption (JO n° 0044 du 22 février 2022), le tribunal peut prononcer l'adoption, s'il l'estime conforme à son intérêt, de l'enfant mineur âgé de plus de 13 ans qui serait hors d'état d'y consentir personnellement (par exemple en raison d'un handicap mental qui l'empêcherait de consentir valablement à son adoption), après avoir recueilli l'avis d'un administrateur *ad hoc* (art. 350 C. civ.).

<sup>62</sup> Voir Blandine MALLEVAEY, « La prise en considération de la parole et de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la procédure d'adoption », in : Valérie AUBOURG, Bernard MEUNIER, Fabrice TOULIEUX et Huges. FULCHIRON (dir.), *Enfant, famille, justice. Une femme à l'écoute de son siècle – Mélanges en l'honneur d'Emma Gounot*, Mare & Martin, 2022, p. 137.

<sup>63</sup> L'âge de 16 ans correspond par ailleurs à celui auquel le droit de jouissance attaché à l'administration légale cesse (art. 386-2 C. civ.) et à celui à partir duquel le mineur peut être émancipé par décision de justice (art. 413-2 al. 1 C. civ.).

<sup>64</sup> Voir notamment Julien. ROQUE, « La prémajorité », *Droit de la famille* n° 4, avril 2009, étude 20.

<sup>65</sup> Dans le respect des conditions fixées par l'art. 21-11 al. 1 C. civ.

<sup>66</sup> Dans les conditions de l'art. 2 *bis* al. 3 de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 relative au contrat d'association, dans sa version issue de la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté (JO n° 0024 du 28 janvier 2017).

<sup>67</sup> L'art. L. 4153-1 du C. trav. affirme qu'il est interdit d'employer des travailleurs de moins de 16 ans, avant d'envisager quelques exceptions, par exemple dans le cadre de l'apprentissage et de l'enseignement alterné ou professionnel.

<sup>68</sup> Sous réserve des précisions des art. L. 221-3 al. 2 (livret A) et L. 221-24 al. 2 C. mon et fin. (livret jeune).

<sup>69</sup> Sous réserve des autorisations et précisions prévues par l'art. 388-1-2 al. 1 C. civ.

<sup>70</sup> Art. 904 al. 1 C. civ.

de plus de 16 ans n'est plus soumis à l'obligation d'instruction<sup>71</sup>, il bénéficie en la matière, là encore, d'une certaine autonomie, qui se traduit par la faculté que lui offre la loi d'imposer à ses parents la poursuite de sa scolarité<sup>72</sup>.

Le domaine dans lequel l'autonomie décisionnelle dont bénéficie l'enfant mineur est la plus marquée est celui de sa santé, au point qu'à ce sujet l'autorité parentale a pu paraître aux commentateurs infléchie, voire fragilisée<sup>73</sup>. Outre la recherche systématique de son consentement en matière de santé<sup>74</sup> et l'exigence de son consentement pour des décisions spécifiques<sup>75</sup>, le Code de la santé publique a reconnu au mineur un véritable droit de veto qui lui permet de s'opposer à certains actes, tels que le prélèvement de sang<sup>76</sup> ou de moelle osseuse<sup>77</sup> en vue d'un don, les recherches impliquant la personne humaine<sup>78</sup> ou encore l'utilisation d'éléments prélevés lors d'une intervention chirurgicale<sup>79</sup>, sans qu'il ne puisse jamais être passé outre son refus ou la révocation de son acceptation. De surcroît, l'enfant mineur a la possibilité de bénéficier de certains actes sans le consentement de ses parents et même sans qu'ils en soient informés. Ainsi, le mineur peut se faire prescrire et délivrer un contraceptif sans l'accord de quiconque<sup>80</sup> et peut sous certaines conditions solliciter une interruption volontaire de grossesse sans le consentement de l'un de ses parents<sup>81</sup>. Le mineur qui souhaiterait garder le secret sur son état de santé peut pareillement, sous certaines conditions, bénéficier d'une action de prévention, de dépistage, de diagnostic, de traitement ou d'intervention qui s'imposerait pour sauvegarder sa santé, sans le consentement de ses parents, en étant accompagné d'une personne majeure de son choix<sup>82</sup>.

<sup>71</sup> L'art. L. 131-1 al. 1<sup>er</sup> C. éduc. rend l'instruction obligatoire pour les enfants de l'âge de 3 ans à l'âge de 16 ans.

<sup>72</sup> Il résulte de l'art L. 122-2 C. éduc. que la poursuite de la scolarité au-delà de l'âge de 16 ans est un droit, dont l'effectivité est notamment garantie par le fait qu'en cas d'opposition des parents, une mesure d'assistance éducative peut être ordonnée dans les conditions des art. 375 et suiv. C. civ.

<sup>73</sup> Anne KIMMEL-ALCOVER, « L'autorité parentale à l'épreuve de la santé des mineurs : chronique d'un déclin annoncé », *Revue de droit sanitaire et social* 2005, p. 265.

<sup>74</sup> L'art. L. 1111-4 al. 7 C. santé pub. pose comme principe général que le consentement du mineur doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. Au préalable, le mineur a le droit de recevoir lui-même une information et de participer à la prise de décision concernant sa santé, d'une manière adaptée à son degré de maturité (art. L. 1111-2 al. 5 C. santé pub.).

<sup>75</sup> Tel est le cas pour l'interruption volontaire de grossesse visée par l'art. L. 2222-1 C. santé pub., qui rappelle les dispositions de l'art. 223-10 C. pén. relatif au délit d'interruption de la grossesse sans le consentement de l'intéressée.

<sup>76</sup> Art. L. 1221-5 al. 4 C. santé pub.

<sup>77</sup> Art. L. 1241-3 al. 6 C. santé pub.

<sup>78</sup> Art. L. 1122-2 al. 2 C. santé pub.

<sup>79</sup> Art. L. 1235-2 al. 2 (organes) et L. 1245-2 al. 2 (tissus, cellules et produits du corps humain) C. santé pub.

<sup>80</sup> Art. L. 5134-1 al. 3 C. santé pub.

<sup>81</sup> Art. L. 2212-7 C. santé pub.

<sup>82</sup> Art. L. 1111-5 C. santé pub.

L'autonomie décisionnelle dont bénéficie l'enfant mineur *de lege lata* se manifeste encore dans la possibilité qui lui est exceptionnellement reconnue, indépendamment de son âge, d'agir seul en justice. En principe, le mineur étant privé de la capacité d'exercice, il ne peut pas ester en justice et doit être représenté par ses parents en leur qualité d'administrateurs légaux mais, par exception, la loi et l'usage peuvent l'autoriser à agir lui-même<sup>83</sup>. Ainsi, le Code civil permet au mineur en danger de saisir le juge des enfants afin de déclencher le prononcé d'une mesure de protection<sup>84</sup>, cette possibilité ayant été subordonnée par la jurisprudence à sa capacité de discernement<sup>85</sup>. Le Code du travail admet aussi que le mineur salarié puisse être autorisé par le conseil de prud'hommes à agir devant lui s'il ne peut être assisté par ses parents ou par son tuteur<sup>86</sup>.

Par ailleurs, quand un mineur devient parent, quoiqu'il reste soumis à l'autorité parentale que ses parents exercent sur lui, il est en revanche parfaitement autonome dans la réalisation des actes qui concernent son enfant. En effet, le mineur parent peut accomplir seul les actes strictement personnels<sup>87</sup> que constituent la déclaration de naissance ou la reconnaissance de son enfant et peut seul consentir à l'adoption de son enfant<sup>88</sup>. En outre, malgré son incapacité juridique, le mineur parent peut intenter seul les actions en justice relatives à son propre enfant. La loi réserve ainsi au mineur dont la seule filiation est établie à l'égard de l'enfant la qualité pour exercer l'action en recherche de maternité ou de paternité<sup>89</sup> ainsi que l'action à fins de subsides<sup>90</sup>. Également, le mineur parent est autonome pour les actes de l'autorité parentale sur son enfant<sup>91</sup> : d'une part, il lui appartient de prendre les décisions relatives à la personne ou au patrimoine de son enfant (seul ou avec l'autre parent si ce dernier a aussi établi sa filiation à l'égard de l'enfant et exerce dès lors conjointement l'autorité parentale) ; d'autre part, il peut agir en demande ou en défense devant le juge aux affaires familiales, au sujet de son enfant, sans avoir besoin de l'autorisation ou de l'assistance de ses représentants légaux.

En l'état du droit positif, l'autonomie décisionnelle dont bénéficie l'enfant mineur sur plusieurs questions est évidente. Au rebours de quelques auteurs

<sup>83</sup> Art. 388-1-1 C. civ.

<sup>84</sup> Le mineur est visé par l'art. 375 al. 1 C. civ. au titre des personnes pouvant saisir le juge des enfants en assistance éducative.

<sup>85</sup> Cass., 1<sup>re</sup> civ., 21 novembre 1995, n° 94-05.102, *Recueil Dalloz* 1996, p. 420, note Adeline GOUTTENOIRE.

<sup>86</sup> Art. L. 1453-1 C. trav.

<sup>87</sup> Les actes dont la nature implique un consentement strictement personnel et qui dès lors ne peuvent jamais donner lieu ni à assistance, ni à représentation de la personne protégée sont visés par l'art. 458 al. 1 C. civ.

<sup>88</sup> L'art. 458 al. 2 C. civ. énumère ces actes comme étant réputés strictement personnels.

<sup>89</sup> Art. 328 al. 1 C. civ.

<sup>90</sup> Art. 342-6 C. civ.

<sup>91</sup> Ces actes sont visés par l'art. 458 al. 2 C. civ. au titre des actes réputés strictement personnels.

qui la jugent excessive en se fondant sur la nécessaire protection due aux enfants<sup>92</sup>, il nous apparaît que protection et autonomie, loin d'être incompatibles, doivent être conciliées dans l'intérêt supérieur de l'enfant, ce qui nécessite selon nous de renforcer l'autonomie décisionnelle du mineur.

### B. *L'autonomie décisionnelle de l'enfant mineur de lege ferenda*

Alors que la protection et l'autonomie de l'enfant mineur sont classiquement présentées comme antinomiques, la participation de l'enfant aux décisions le concernant se révèle être une garantie essentielle que celles-ci sont fondées sur son intérêt et lui permet dès lors d'être acteur de sa propre protection<sup>93</sup>. En effet, loin de nuire à celle-ci, l'autonomie décisionnelle de l'enfant mineur contribue au contraire à la renforcer, puisqu'elle est un gage du respect de son intérêt supérieur et de ses besoins, dont il est l'un des meilleurs experts. Or, s'il est incontestable que l'autonomie décisionnelle du mineur s'est accrue en France sous l'impulsion de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, il reste que, sur certains sujets pourtant de premier ordre, la loi n'envisage qu'une simple association de l'enfant aux décisions, alors qu'un réel pouvoir décisionnel devrait lui être reconnu. Ce constat conduit logiquement à préconiser le renforcement de l'autonomie décisionnelle de l'enfant mineur sur ces sujets, de sorte de mieux prendre en compte sa volonté et ses convictions personnelles, en particulier à partir de l'âge de l'adolescence<sup>94</sup>. Si les décisions à l'égard desquelles l'autonomie de l'enfant pourrait être renforcée ne manquent pas<sup>95</sup>, il serait dans l'immédiat nécessaire d'étendre la

<sup>92</sup> Voir par ex. Daniel FASQUELLE et Clotilde BRUNETTI-PONS, « Pour la protection des personnes dans l'âge fragile et vulnérable de l'enfance et de l'adolescence », *Droit de la famille* n° 4, avril 2014, étude 5.

<sup>93</sup> Sur l'antagonisme apparent entre protection et autonomie de l'enfant et sur la possible conciliation de ces exigences *a priori* opposées, voir Blandine MALLEVAEY, *L'audition du mineur dans le procès civil*, thèse préc., notamment n° 29-30.

<sup>94</sup> Il est d'ailleurs intéressant de souligner qu'étymologiquement, le terme « adolescent » provient du latin « *adolescere* » signifiant « grandir, se développer » (Félix GAFFIOT, *Dictionnaire Latin Français*, op. cit., « *adolescere* »), ce qui montre « le processus de construction de la personnalité auquel l'accès à l'autonomie semble pouvoir prendre part » : Édouard DURAND, « L'autonomie de l'enfant. Construire un passé positif », *Le sociographe*, hors-série n° 6, mai 2013, p. 83.

<sup>95</sup> Nous avons déjà été évoqué *supra* la nécessité de permettre à l'enfant mineur d'initier une procédure devant le juge aux affaires familiales lorsque ses parents mettent en œuvre d'un commun accord des décisions insuffisamment respectueuses de ses besoins et de son intérêt. On peut également signaler les recommandations nombreuses en faveur de la possibilité pour le mineur de saisir lui-même le juge des tutelles aux fins qu'il prononce son émancipation (voir notamment Jean HAUSER, « Du discernement ou une famille réduite à la procédure ? », *Petites affiches* n° 84, 28 avril 1999, p. 11). Peut encore être mentionnée la préconisation d'exiger l'accord de l'enfant âgé de plus de 16 ans sur la fixation de sa résidence (Jean-Pierre ROSENCZVEIG (prés.), *De nouveaux droits pour les enfants ? Oui... dans l'intérêt même des adultes et de la démocratie*, rapport remis à sa demande à Madame Dominique BERTINOTTI, ministre de la famille, 2014, proposition 1.76). Par ailleurs, la reconnaissance au profit des

sphère d'autonomie décisionnelle dont bénéficie le mineur à trois domaines susceptibles d'avoir un fort impact dans sa vie de tous les jours : sa pratique religieuse, sa scolarité et son droit à l'image.

Sur le premier point, la Convention de New York de 1989 a consacré au profit de l'enfant un droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion<sup>96</sup>, dont on peut regretter qu'il n'ait pas été intégré tel quel en droit français. En France, les décisions relatives à la pratique religieuse de l'enfant relèvent de l'autorité parentale<sup>97</sup>. Certes les parents sont tenus d'associer leur enfant aux décisions qui le concernent selon son âge et sa maturité<sup>98</sup>, mais rien ne les oblige à tenir effectivement compte des souhaits de l'enfant concernant sa religion. *De facto*, des parents peuvent contraindre leur fille ou leur fils à suivre un enseignement et une pratique confessionnels qui heurteraient ses convictions personnelles, sans que l'enfant n'ait véritablement la possibilité de s'y soustraire<sup>99</sup>. C'est pourquoi il serait pertinent que la loi impose aux parents de respecter les opinions et croyances de leur progéniture et aménage une autonomie décisionnelle du mineur en matière religieuse, conformément aux recommandations du Comité onusien des droits de l'enfant<sup>100</sup>. Sans aller jusqu'à permettre à l'enfant de choisir librement sa religion<sup>101</sup>, ce qui pourrait s'avérer dangereux pour lui<sup>102</sup>, nous préconisons d'une part que le droit de l'enfant à la liberté religieuse soit repris au sein du Code civil et d'autre part que ce dernier exige, pour toute décision en matière religieuse, le consentement de l'enfant ayant atteint un certain seuil d'âge. L'âge de 13 ans, qui paraît à cet égard raisonnable<sup>103</sup>, aurait en outre le mérite d'être en cohérence avec

enfants de plus de 16 ans du droit de vote fait de plus en plus de partisans (à ce sujet, voir Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Résolution 1826 : Renforcement de la démocratie par l'abaissement de la majorité électorale à 16 ans*, 23 juin 2011).

<sup>96</sup> Art. 14.1 de la CIDE.

<sup>97</sup> Laquelle comporte notamment pour les parents le soin d'assurer l'éducation de l'enfant (art. 371-1 al. 2 C. civ.), ce compris son éducation religieuse s'ils le souhaitent. Cette prérogative est conforme aux dispositions de la Convention de New York, qui confie aux parents un rôle de guide dans l'exercice par leur enfant de sa liberté religieuse (art. 14.2).

<sup>98</sup> Art. 371-1 al. 4 C. civ., sur lequel voir *supra*.

<sup>99</sup> Sauf, là encore, à adopter des comportements dangereux (tels que ceux évoqués *supra* : voir note 25) qui pourraient justifier l'intervention du juge des enfants en assistance éducative mais, derechef, cela n'est évidemment pas souhaitable.

<sup>100</sup> Lequel affirme que « c'est l'enfant, et non les parents, qui exerce le droit à la liberté de religion ; le rôle des parents s'amenuise nécessairement à mesure que s'accroît celui de l'enfant, qui exerce de plus en plus activement sa liberté de choix tout au long de l'adolescence » : Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 20 (2016) sur la mise en œuvre des droits de l'enfant pendant l'adolescence, CRC/C/GC/20, § 43.

<sup>101</sup> Comme cela a pu être préconisé pour les enfants âgés de plus de 13 ans : voir Jean-Pierre ROSENCZVEIG (prés.), *De nouveaux droits pour les enfants ? Oui... dans l'intérêt même des adultes et de la démocratie*, rapport préc., proposition 1.54.

<sup>102</sup> Voir Marie-Philomène GIL-ROSADO, *Les libertés de l'esprit de l'enfant dans les rapports familiaux*, thèse Université Lille II, préface Françoise DEKEUWER-DÉFOSSEZ, coll. Doctorat & notariat, Defrénois, 2006, n° 120.

<sup>103</sup> En ce sens, voir Jean HAUSER, obs. Montpellier, 27 novembre 2007, *Revue trimestrielle*

la nécessité du consentement personnel du mineur âgé de plus de 13 ans au changement de son prénom ou de son nom et à son adoption.

Le même dispositif pourrait ensuite être instauré concernant la scolarité de l'enfant. Bien qu'il participe à la définition de son projet d'orientation scolaire et professionnelle<sup>104</sup>, un mineur peut aujourd'hui être contraint à suivre un enseignement ou une formation qui ne correspond pas nécessairement à ses aspirations, ce qui peut être source de démotivation pour lui et partant d'échec scolaire. Afin qu'il ne puisse plus être imposé aux élèves de poursuivre leur scolarité dans une filière qu'ils n'ont pas choisie, la loi devrait exiger le consentement du mineur âgé de plus de 13 ans pour toute décision relative à son orientation scolaire ou professionnelle<sup>105</sup>. Cette règle devrait être insérée dans le Code civil au sein des dispositions relatives à l'autorité parentale, mais aussi dans le Code de l'éducation, de sorte qu'elle s'appliquerait tant aux parents de l'élève qu'aux personnels de l'Éducation nationale.

Enfin, le législateur français a manifestement manqué l'occasion que lui donnait la loi du 19 février 2024 visant à garantir le respect du droit à l'image des enfants<sup>106</sup> de rendre celui-ci vraiment effectif, ce qui aurait nécessité de subordonner l'utilisation de son image à l'accord préalable de l'intéressé. L'exigence du consentement à la diffusion de son image, exprimé par l'enfant ayant atteint un certain seuil âge, était appelée de ses vœux par la doctrine. Notamment, il a été recommandé que les parents d'un enfant âgé de plus de 13 ans soient systématiquement tenus de recueillir son approbation avant de publier des photographies qui le représenteraient sur leurs réseaux sociaux<sup>107</sup>. Cet âge de 13 ans a aussi été retenu dans le cadre d'une préconisation visant à ce que les parents exerçant une activité d'« influenceurs » ne puissent plus, dans le cadre de cette pratique, utiliser l'image de leur enfant âgé de plus de 13 ans sans qu'il y ait préalablement consenti<sup>108</sup>. Malheureusement, ces recommandations n'ont pas été entendues par le législateur français, qui semble être resté indifférent aux souffrances très vives que la surexposition de leur image sur internet, notamment par leurs propres parents, peut susciter chez les enfants<sup>109</sup>.

*de droit civil* 2008, p. 472.

<sup>104</sup> Art. L. 331-7 C. éduc.

<sup>105</sup> Sur cette préconisation, voir déjà Jean-Pierre ROSENZVEIG (prés.), *De nouveaux droits pour les enfants ? Oui... dans l'intérêt même des adultes et de la démocratie*, rapport préc., proposition 2.101.

<sup>106</sup> Loi n° 2024-120 du 19 février 2024 visant à garantir le respect du droit à l'image des enfants (JO n° 0042 du 20 février 2024).

<sup>107</sup> Marion ROUSSEAU, *L'instrumentalisation de l'enfant mineur par ses parents*, thèse Université Polytechnique des Hauts-de-France, dir. Blandine MALLEVAEY, 2023, n° 267.

<sup>108</sup> Marion ROUSSEAU, « Réflexions sur l'enfant influenceur à l'aune de la loi du 19 octobre 2020 », *Actualité juridique Famille* 2020, p. 583.

<sup>109</sup> Sur les nombreuses occasions manquées de la loi du 19 février 2024, voir Blandine 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 ? », *Petites affiches* n° 5, mai

## Conclusion

Il apparaît que, 35 ans après l'adoption de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, la France a encore un long chemin à parcourir pour que l'intérêt supérieur des enfants soit effectivement une considération primordiale. Parmi bien d'autres choses, cela exigerait que les enfants soient plus étroitement associés aux processus décisionnels, mais aussi que leur volonté s'impose dès lors qu'ils ont atteint un âge où il est loisible de considérer que nul – ni leurs parents, ni les juges, ni les enseignants, ni les travailleurs sociaux, etc. – ne peut prétendre savoir mieux qu'eux ce qui est nécessaire à leur bien-être. Renforcer l'autonomie décisionnelle des enfants constitue l'un des principaux leviers d'une meilleure prise en considération de leur intérêt supérieur et de leurs besoins personnels. Cela explique que le Comité de Genève ait depuis longtemps érigé le droit de l'enfant à la participation au rang des principes directeurs de la Convention de New York du 20 novembre 1989<sup>110</sup>. Cela explique également que, dans son dernier rapport sur les droits de l'enfant adressé à la France, le Comité ait dû une nouvelle fois préconiser à l'État français « d'encourager la participation effective et active de tous les enfants dans la famille, dans la communauté et à l'école »<sup>111</sup>. Les voix en faveur d'une meilleure participation des enfants à toutes les décisions qui jalonnent leur vie s'élèvent de plus en plus souvent et sont de plus en plus nombreuses au sein de la doctrine et parmi les professionnels. Combien de textes faudrait-il encore pour que le législateur français cesse de feindre de s'y intéresser ?

2024, p. 36.

<sup>110</sup> Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 5 (2003) : « Mesures d'application générales de la Convention relative aux droits de l'enfant (art. 4, 42 et 44, par. 6) », CRC/C/GC/2003/5, § 12.

<sup>111</sup> Comité des droits de l'enfant, Rapport valant 6<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> rapports périodiques soumis par la France (2022), CRC/C/FRA/6-7, n° 19 ; voir Blandine MALLEVAEY, « Examen des rapports de la France par le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies : un bilan pour le moins mitigé », *Revue juridique personnes et famille* octobre 2023, p. 21.

*Abstract* [Fr]

Le droit français reconnaît au mineur une certaine forme d'autodétermination s'agissant des décisions le concernant : il peut y participer, notamment en étant entendu par le juge, ou décider de lui-même de faire certains actes. Son autonomie décisionnelle devrait être renforcée afin d'assurer la protection de ses intérêts.

*Mots clés* : audition ; discernement ; autonomie ; participation ; décisions.

*Abstract* [Eng]

French law recognises that children have a certain degree of self-determination when it comes to decisions concerning them: they can take a part in it, in particular by being heard by the judge, or decide on their own. Their decision-making autonomy should be strengthened to ensure that their interests are protected.

*Keywords*: hearing; understanding; autonomy; participation; decisions.



# Il consenso del minore alla diffusione della propria immagine

Maria Teresa Nurra

*Sommario:* 1. Il diritto all'immagine. Profili generali. – 2. Immagine e minori. – 2.1. Le origini del dibattito. – 2.2. La capacità di agire del minore ed esercizio del diritto all'immagine. – 3. Il diritto all'immagine del minore nella dimensione digitale. – 3.1. Il consenso digitale del minore ultraquattordicenne al trattamento dei dati e il ruolo della responsabilità genitoriale. segue. Il *best interest* del minore come obiettivo delle scelte genitoriali. – 4. La legislazione francese e la proposta di legge italiana.

## 1. *Il diritto all'immagine. Profili generali*

Sotto il profilo contenutistico il diritto all'immagine può essere definito come «*il diritto di apparire se e quando si voglia*<sup>1</sup>», cioè come il diritto di mostrarsi agli altri quando si abbia un determinato interesse o, in ogni caso, quando non si abbia interesse a non farlo. Oltre a tale aspetto di carattere positivo, il diritto all'immagine comporta il divieto di divulgare l'immagine altrui<sup>2</sup>, che trova la sua collocazione a livello normativo nell'articolo 10 del Codice civile e negli articoli 96 e 97 della legge n. 633 del 1941 (c.d. "legge sul diritto d'autore"). La prima norma stabilisce il divieto di pubblicazione o divulgazione dell'immagine da parte di terzi, fuori dai casi in cui sia consentita, oppure là dove pregiudichi il decoro o la reputazione della persona. La normativa speciale prevede, invece, il divieto di esposizione, riproduzione e messa in commercio del ritratto di una persona senza il consenso di questa, a meno che la riproduzione dell'immagine sia giustificata dalla notorietà o dall'ufficio pubblico coperto dal soggetto ritratto, da necessità di giustizia o di polizia, da scopi scientifici, didattici o culturali, o nei casi in cui tale riproduzione sia collegata a fatti, avvenimenti e cerimonie di interesse pubblico o svoltisi in pubblico<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> G. BAVETTA, voce *Immagine (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, XX, 1970, p. 144.

<sup>2</sup> G. BAVETTA, voce *Immagine (diritto alla)*, cit., p. 144-145.

<sup>3</sup> M.A. URCIOLI, *Autonomia negoziale e diritto all'immagine*, Napoli, 2000, p. 70, evidenzia come nel nostro ordinamento giuridico l'immagine trovi la propria tutela nell'abuso del diritto, che si concretizza nell'esposizione o pubblicazione senza il consenso della persona ritrattata o, comunque, in maniera tale da offenderne il decoro o la reputazione.

La tutela normativa del diritto all'immagine, così come descritta, è subordinata alla sussistenza di due requisiti. Innanzitutto, l'immagine deve essere riconosciuta come la raffigurazione di un individuo, a prescindere dallo scopo soggettivo perseguito dall'autore della raffigurazione. La raffigurazione, dunque, non deve essere percepita come un elemento accidentale oppure non essenziale rispetto all'oggetto raffigurato. In secondo luogo, è necessario che sia riconoscibile il soggetto ritratto. Quest'ultimo deve essere, dunque, individuabile nelle sue sembianze affinché sussista l'interesse alla non diffusione della sua immagine<sup>4</sup>.

Una delle questioni maggiormente discusse in dottrina riguarda il rapporto di autonomia o di accessorietà del diritto all'immagine rispetto agli altri diritti della personalità. Secondo una prima impostazione, il diritto all'immagine rappresenterebbe un'esplicazione del diritto alla riservatezza, traducendosi, dunque, nel «[...] il diritto al riserbo nei riguardi della propria immagine, del proprio aspetto fisico, così com'è percepibile visivamente»<sup>5</sup>. In questo senso, si parla di diritto all'immagine come diritto alla riservatezza dell'immagine personale, che tutela un aspetto particolare del diritto all'intimità della persona<sup>6</sup>. Sempre in una prospettiva di accessorietà rispetto agli altri diritti della personalità, vi è chi sostiene che l'immagine rientri nell'ambito dell'identità personale. Si ritiene, in particolare, che l'immagine sia un segno distintivo essenziale, volto a raffigurare le sembianze di un soggetto, ma anche espressione e modo di essere della personalità individuale, considerata nel suo complesso<sup>7</sup>. Più recentemente, gli Autori fanno propria l'idea di una totale autonomia del diritto all'immagine, sia rispetto al diritto alla riservatezza, sia in riferimento al diritto all'identità personale. Nello specifico, il diritto all'immagine viene tutelato anche là dove non vi sia una lesione del diritto alla riservatezza e, al contempo, per quanto concerne il rapporto con il diritto all'identità personale, si afferma che non ci possa essere una sovrapposizione tra i due diritti. Il diritto all'immagine, infatti, costituisce solamente uno degli aspetti, che concorre a delineare il diritto all'identità personale, unitamente al diritto al nome, allo pseudonimo, alla dignità, all'onore, al decoro e alla riservatezza<sup>8</sup>. Il diritto

<sup>4</sup> P. SIRENA, *La tutela inibitoria e cautelare del diritto all'immagine*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, p. 334 ss.

<sup>5</sup> A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu – Messineo*, I, Milano, 1959, p. 285. In generale sulle diverse esplicazioni del diritto alla riservatezza e sugli strumenti di tutela, tra gli altri: T.A. AULETTA, *Riservatezza e tutela della personalità*, Milano, 1978 e più recentemente A. SCALISI, *Il diritto alla riservatezza. Il diritto all'immagine, il diritto al segreto, la tutela dei dati personali, il diritto alle vicende della vita privata, gli strumenti di tutela*, Milano, 2002.

<sup>6</sup> A. DE CUPIS, voce *Immagine*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma, 1989, p. 1; C.M. BIANCA, *Diritto civile 2, La norma giuridica. I soggetti*, 2° ed., Milano, 2002, p. 169.

<sup>7</sup> M. DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, 2, Torino, 1982, p. 177 ss.; più recentemente: ID., *Persone fisiche. Capacità, status, diritti*, *Tratt. dir. priv. Bessone*, II, Torino, 2014, p. 391.

<sup>8</sup> V. tra gli altri: I. GONNELLI, S. PAGLIANTINI, *Sub art. 10*, in *Comm. Cod. civ. Gabrielli*,

all'immagine, dunque, non coincide con il diritto all'identità personale, ma concorre a delinearlo<sup>9</sup>.

## 2. Immagine e minori

### 2.1. Le origini del dibattito

Già all'inizi del secolo scorso si dibatteva non solo sulla natura del diritto all'immagine<sup>10</sup>, ma sulla possibilità del minore di esercitare tale diritto e sui limiti della potestà genitoriale in tale contesto.

Una vicenda giurisprudenziale piuttosto nota, risalente al 1905, ha riguardato il caso di una ragazza di sedici anni, fattasi immortalare dal fotografo in pose giudicate scandalose secondo i criteri dell'epoca. Il ritratto venne successivamente utilizzato dal fotografo per realizzare delle cartoline illustrate oggetto di vendita. La madre vedova aveva, dunque, adito le vie giudiziarie, sostenendo la nullità e l'inefficacia del contratto posto in essere dalla figlia, che, tra l'altro – secondo quanto sostenuto dalla ricorrente – era stata indotta a farsi ritrarre in pose sconvenienti<sup>11</sup>.

È necessario evidenziare come, il nostro ordinamento giuridico, in quell'epoca, non conoscesse ancora una disciplina speciale a tutela del diritto all'immagine e la stessa concezione del diritto faticava a staccarsi dall'elemento corporale<sup>12</sup>. In tale contesto, la Corte di Appello aveva riconosciuto il diritto della figlia di farsi fotografare, seppur in pose opinabili sotto il profilo morale, basandosi sull'art. 335 del Codice penale abrogato, che escludeva il reato di corruzione di minorenni là dove la vittima avesse raggiunto i sedici anni di età<sup>13</sup>. Il fatto che la giovane avesse compiuto i sedici anni al momento della prestazione del consenso escludeva qualsiasi responsabilità delle controparti e, al contempo, qualsiasi illiceità e conseguente nullità del contratto concluso dalla giovane. Alla luce di tale pronuncia, una parte della dottrina, identifican-

I, *Delle persone. Artt. 1-10*, Torino, 2012, p. 679 ss.; sulla stessa linea: G. CARAPEZZA FIGLIA, *Sharenting: nuovi conflitti familiari e rimedi civili*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, p. 1105; M.A. URCIOLI, *Autonomia negoziale e diritto all'immagine*, cit., p. 97 ss.

<sup>9</sup> M.A. URCIOLI, *Autonomia negoziale e diritto all'immagine*, cit., p. 98; *contra* recentemente: Cass., 21 agosto 2024 n. 23018, in *DeJure*, Giuffrè, in cui i Giudici hanno collegato la risarcibilità del danno – in caso di illecita divulgazione dell'immagine del minore – alla lesione del diritto alla riservatezza.

<sup>10</sup> Per un'analisi approfondita dell'evoluzione dottrinale in materia v. F. CIONTI, *La nascita del diritto sull'immagine*, Milano, 2000.

<sup>11</sup> V. Corte di Cassazione di Torino, 1° giugno 1907, in *Riv. dir. comm.*, 1907, p. 431, con nota di B. DUSI, *Del diritto all'immagine*.

<sup>12</sup> B. DUSI, *Del diritto all'immagine*, cit., p. 431.

<sup>13</sup> App. Milano 28 luglio 1904, in *Riv. dir. comm.*, II, p. 382 e annotata da M. RICCA – BARBERIS, *Sulla capacità a disporre dell'immagine a proposito di una recente sentenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1904, p. 445 ss., sembrerebbe esprimersi positivamente rispetto alla posizione assunta dai Giudici di Appello.

do il diritto all'immagine nell'ambito dei diritti della personalità, inscindibilmente legati al titolare e al suo volere, ha distinto il consenso finalizzato alla riproduzione dell'immagine, che escluderebbe il carattere di anti giuridicità della condotta, e costituisce esercizio del diritto della personalità, e il consenso finalizzato all'assunzione di un obbligo, che rientra senza dubbi nell'ambito negoziale ed è, pertanto, soggetto alle norme civilistiche<sup>14</sup>. Applicando tali principi al caso in esame, gli Autori hanno ritenuto che la giovane sedicenne potesse legittimamente fornire il proprio consenso all'esecuzione del ritratto, ma non alla divulgazione della propria immagine attraverso la realizzazione delle cartoline illustrate<sup>15</sup>. L'uso individuale del ritratto viene, così, concesso al minore, così come agli altri soggetti legalmente incapaci, che, però, non potranno compiere alcun atto di disposizione del diritto nei confronti dei terzi<sup>16</sup>.

Considerata l'assenza di una normativa speciale, la dottrina dell'epoca, ha sottolineato, inoltre, la necessità di un intervento normativo, volto a punire in sede civile la diffusione e divulgazione dell'immagine, avvenuta senza il consenso del titolare del diritto. Tale condotta sarebbe, infatti, qualificabile come un'offesa ai diritti della personalità individuale e, perciò, fonte di risarcimento dei danni<sup>17</sup>.

La rilevanza del consenso troverà la propria collocazione successivamente all'avvento del Codice civile del 1942 e della legge sul diritto di autore del 1941, di cui si è detto. Infatti, in base al combinato disposto di cui all'articolo 10 c.c. e agli articoli 96 e 97 della legge speciale, la divulgazione dell'immagine del soggetto ritratto è ammissibile, anche là dove non vi sia il suo consenso, nei casi in cui sia giustificata dalla notorietà o dall'ufficio pubblico ricoperto, da necessità di giustizia o di polizia, da scopi scientifici, didattici o culturali, o

<sup>14</sup> M. RICCA – BARBERIS, *Sulla capacità a disporre dell'immagine a proposito di una recente sentenza*, cit., p. 446 ss..

<sup>15</sup> M. RICCA – BARBERIS, *Sulla capacità a disporre dell'immagine a proposito di una recente sentenza*, cit., p. 446 ss.: «Orbene, finché il consenso della persona ha soltanto l'effetto attuale di dirimere l'offesa alla personalità che altrimenti esisterebbe nell'atto compiuto senza di esso, si rimane nel puro e semplice esercizio dei diritti della personalità, che, connettendosi ineluttabilmente al loro sorgere, sfugge alle disposizioni del codice civile. Ma quando invece la funzione del consenso sia anche quella di creare un obbligo, qualunque siano per esserne gli effetti, dando luogo ad una convenzione, allora si entra necessariamente nel campo del patrimonio e del contratto, e quindi nelle norme del codice civile».

<sup>16</sup> L. FERRARA, *Il diritto sulla propria immagine nel nuovo codice civile e nella nuova legge sul diritto d'autore*, Roma, 1942, p. 241 ss.

<sup>17</sup> B. DUSI, *Del diritto all'immagine*, cit., p. 445: «[...] i legislatori dovranno riconoscere come principio generale il diritto in ognuno di limitare come meglio crede la diffusione della propria immagine. Il legislatore germanico ne ha dato recentemente l'esempio, con la legge 9 gennaio di quest'anno, concernente il diritto di autore sulle opere delle arti figurative e della fotografia concernente il diritto di autore sulle opere delle arti figurative e della fotografia. Eccone le disposizioni qui interessanti (che, non avendo per il momento sotto gli occhi l'originale, tolgo dalla traduzione, non sempre felice, dei Diritti di autore, XXVI, numero 4): "Art. 22. I ritratti non possono essere diffusi od esposti pubblicamente che con l'autorizzazione della persona rappresentata. Questa autorizzazione si ammette sia stata accordata, in caso di dubbio, quando la persona rappresentata ha ottenuto una retribuzione per aver servito da modello [...]».

nei casi in cui tale riproduzione sia collegata a fatti, avvenimenti e cerimonie di interesse pubblico o svoltisi in pubblico. Fermo restando che, in base a quanto sancito dall'articolo 10 c.c., la divulgazione non è in ogni caso ammessa là dove pregiudichi l'onore e la reputazione della persona che è stata ritratta.

Il consenso costituisce un negozio unilaterale di carattere autorizzatorio, che elimina l'illiceità della condotta posta in essere dal soggetto terzo, volta alla divulgazione dell'immagine<sup>18</sup>. Attraverso il consenso, il titolare del diritto precostituisce le modalità, l'ambito e le condizioni per la diffusione della propria immagine. Il consenso rappresenta, dunque, un atto di esercizio del diritto all'immagine<sup>19</sup>. È importante, inoltre, sottolineare come il consenso, inteso quale negozio autorizzatorio, sia totalmente autonomo rispetto al contratto volto all'utilizzazione dell'immagine in cui occasionalmente può essere inserito<sup>20</sup>. Di conseguenza, anche in questo specifico caso, il consenso risulta revocabile in ogni tempo, ferma la legittimità dell'uso che sia stato fatto dell'immagine per il tempo antecedente alla revoca<sup>21</sup>. Circa la forma del consenso, la giurisprudenza ormai consolidata ritiene che questo possa essere espresso in forma tacita, ferma restando la necessità che la manifestazione di volontà sia manifestata in maniera sufficientemente concludente<sup>22</sup>.

## 2.2. La capacità di agire del minore ed esercizio del diritto all'immagine

Nella ricostruzione della normativa in materia di tutela del diritto all'immagine il consenso svolge, dunque, un ruolo fondamentale rispetto alla liceità/illiceità della condotta di terzi, finalizzata alla riproduzione e divulgazione dell'immagine. In relazione alla possibilità del minore di prestare il proprio consenso, data l'assenza di una normativa specifica, è necessario far riferimento ai principi generali, nonché alle posizioni dottrinali e giurisprudenziali che si sono formate sul tema.

È importante, innanzitutto, analizzare le diverse posizioni dottrinali, che hanno approfondito le questioni attinenti all'incapacità di agire del minore. Bisogna rilevare come tale dibattito si collochi principalmente a partire dagli settanta del secolo scorso e trovi la propria origine nel mutamento giuridico e sociale della posizione del minore all'interno della propria famiglia. Già prima

<sup>18</sup> G. RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Tratt. dir. civ. Sacco, Le persone e la famiglia*, I, Torino, 2006, p. 97.

<sup>19</sup> I. GONNELLI, S. PAGLIANTINI, *Sub art. 10*, cit., p. 685.

<sup>20</sup> Tra le altre: Cass., 29 gennaio 2016 n. 1748, in *Dir. ind.*, 2017, 55, con nota di I. GERACI; Cass., 17 febbraio 2004 n. 3014; Trib. Palermo, 26 aprile 2018, in *Annali it. dir. autore*, 2019, p. 602; Trib. Torino, 26 gennaio 2006, in *Riv. dir. ind.*, 2006, II, p. 356, con nota di S. PERON, *Il diritto al nome, il consenso al suo sfruttamento ed i danni risarcibili*;

<sup>21</sup> Cass., 19 novembre 2008, n. 27506, in *Foro it.*, 2009, c. 2728, con nota di T. UBERTAZZI, *Dubbi sulla revocabilità del consenso all'utilizzazione dell'immagine*.

<sup>22</sup> Tra le altre: Cass. civ., 3 luglio 2024, n.18276, in *DeJure*, Giuffrè; Cass. civ., 25 novembre 2021, n. 36754, in *DeJure*, Giuffrè; Cass. civ., 6 maggio 2010, n.10957.

della riforma del 1975 – che ha riconosciuto al minore, dotato di un certo grado di maturità, il potere di autodecisione o di partecipazione alla vita familiare – il regime normativo dell'adozione ordinaria e speciale e la disciplina in materia di divorzio avevano affermato il ruolo del minore quale naturale interlocutore in tutte le questioni incidenti sulla propria condizione giuridica<sup>23</sup>. A partire da tale constatazione, successivamente alla riforma del diritto di famiglia del 1975, si assiste all'acquisizione di un crescente grado di autonomia del minore all'interno della propria famiglia, grazie anche alla nuova concezione della potestà genitoriale come potere funzionalizzato all'interesse dei figli. In questa dimensione, si era posta la necessità di conciliare i limiti previsti dall'art. 2 del Codice civile, riguardanti la capacità d'agire, con la nuova posizione del minore<sup>24</sup>. La dottrina, pur nella diversità delle posizioni, ha, dunque, prospettato un'interpretazione meno restrittiva dell'incapacità di agire, individuando ambiti specifici in cui il minore potesse esplicare pienamente la propria personalità.

Una prima impostazione, muovendo da un'interpretazione sistematica dell'articolo 2 della Costituzione, in materia di diritti inviolabili, ritiene che il minore possa compiere tutte le scelte di carattere esistenziale e svolgere quelle attività che rappresentano l'espressione della propria personalità<sup>25</sup>. Nel momento in cui il minore ha la capacità di comprendere il significato delle proprie «*scelte esistenziali*»<sup>26</sup> e, dunque, sia in grado di coglierne gli effetti con adeguata maturità di giudizio, non potrebbe escludersi la capacità di agire. In caso contrario, i minori verrebbero privati del godimento dei diritti inviolabili della persona, in aperto contrasto con i principi di cui agli articoli 2 e 3 della Costituzione, impedendo, altresì, il pieno sviluppo della loro personalità<sup>27</sup>. Seguendo questa linea, l'incapacità di agire del minore deve essere circoscritta agli atti patrimoniali, eliminando dal suo ambito applicativo gli atti tra vivi di carattere personale, per i quali – considerata l'inesistenza di una norma generale – dovrà essere accertata di volta in volta la piena maturità di giudizio del minore<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> Sul punto vedi le importanti riflessioni introduttive di P. RESCIGNO, *Una ricerca sui minori*, in (a cura di) M. DE CRISTOFARO, A. BELVEDERE, *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, Milano, 1980.

<sup>24</sup> M. BIANCA, *Minore (tutela sostanziale in generale)*, in *Enc. dir. – I Tematici*, IV, Milano, 2002, p. 889.

<sup>25</sup> F. D. BUSNELLI, *Capacità ed incapacità di agire del minore*, in *Dir. fam. pers. succ.*, 1982, p. 59.

<sup>26</sup> F. D. BUSNELLI, *Capacità ed incapacità di agire del minore*, cit., p. 59.

<sup>27</sup> F. D. BUSNELLI, *Capacità ed incapacità di agire del minore*, cit., p. 59: «In realtà, un principio generale di tutela del minore in ordine a tutte quelle attività, che costituiscono direttamente espressione della sua personalità, trova la propria consacrazione direttamente nell'art. 2 Cost.: ritenere il contrario [...] significherebbe non riconoscere a tutta una categoria di soggetto (i minori, appunto), l'esercizio di alcuni diritti e libertà inviolabili dell'uomo [...], impedendo così ai medesimi soggetti un pieno sviluppo della persona umana e ciò in palese contraddizione con i principi costituzionali (artt. 2, 3, comma 2, Cost.), che non distinguono tra uomo e uomo, tra maggiori e minori di età».

<sup>28</sup> F. D. BUSNELLI, *Capacità ed incapacità di agire del minore*, cit., p. 61. L'Illustre Autore evidenzia, come, il riferimento dell'incapacità legale agli atti di carattere patrimoniale, non

Sulla stessa linea di demarcazione tra atti personali e atti patrimoniali, altri Autori evidenziano l'esistenza di atti personali tipizzati da parte del legislatore – esempio comune è quello del matrimonio del minore – in cui la protezione dell'ordinamento giuridico passa attraverso una valutazione complessa del grado di maturità del soggetto. In questi casi, l'età, a differenza di quanto previsto per gli atti patrimoniali, non è un presupposto immediato dell'incapacità di agire<sup>29</sup>, ma è l'accertamento del grado di maturità a svolgere un ruolo fondamentale nel riconoscimento o meno dell'incapacità<sup>30</sup>.

Si è sostenuto, inoltre, che, in tutti i casi in cui il minore si trovi a dover esercitare i propri diritti fondamentali o esistenziali e tale esercizio comporti una disposizione di carattere patrimoniale, come, ad esempio, l'erogazione di una somma di denaro da parte del genitore, non sussiste alcun tipo di divieto. In questa ipotesi, infatti, non potrà parlarsi di un'attività negoziale, trattandosi di un'attività connessa all'esercizio di diritti fondamentali e, dunque, ad atti di natura personale, per i quali l'incapacità legale del minore di età non può applicarsi<sup>31</sup>.

In un'ottica ancora più ampia di tutela dell'autonomia del minore, si colloca la teoria che collega il riconoscimento della capacità di agire nelle situazioni esistenziali alla soggettività giuridica del minore. In particolare, il divieto di rappresentanza per gli atti strettamente personali non è in grado di assicurare al minore la tutela della sua dignità e il pieno sviluppo della sua personalità<sup>32</sup>. Di conseguenza, impedire lo svolgimento di attività che sono espressione della personalità del minore, significherebbe privarlo della sua soggettività giuridica. Il minore, infatti, non potrebbe compiere attività che sono espressione dei fondamentali attributi della persona umana<sup>33</sup>.

Alla luce di quanto detto, si riscontra in generale un'attenzione particolare della dottrina rispetto all'autonomia del minore nelle scelte esistenziali, subordinata all'accertamento concreto del suo grado di maturità. Spostando l'attenzione sull'oggetto della presente indagine – la capacità del minore di esercitare il proprio diritto all'immagine – bisogna dare atto che la dottrina, inizialmente occupatasi del tema, si è posta in maniera critica rispetto ad un eventuale limitazione del consenso basata sull'età. La possibilità per il minore di compiere atti aventi una rilevanza soprattutto nei rapporti con i terzi – come,

implichi un divieto per il minore di compiere tali atti, ma solamente la non definitiva validità dell'atto realizzato dal minore.

<sup>29</sup> F. GIARDINA, *La condizione giuridica del minore*, Napoli, 1984, pp. 190 ss.

<sup>30</sup> F. GIARDINA, *La condizione giuridica del minore*, cit., p. 196. Di incapacità, secondo l'Autrice, non potrà parlarsi in riferimento ai rapporti interni al nucleo familiare. In quest'ambito, infatti, il rapporto tra il minore – soggetto debole – e l'esterno si instaura con i soggetti che sono deputati alla sua cura e alla sua protezione.

<sup>31</sup> M. GIORGIANNI, *In tema di capacità del minore di età*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, p. 111.

<sup>32</sup> P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975, p. 302.

<sup>33</sup> P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, cit., p. 302.

ad esempio, in caso di matrimonio o di riconoscimento del figlio non matrimoniale – mal si conciliava con l'esclusione del consenso alla divulgazione della propria immagine<sup>34</sup>. Tuttavia, le prospettive di modernizzazione si fermavano di fronte alla lettera della norma e all'assenza di un'eccezione espressa in tale materia, fermo restando il riconoscimento di un piccolo spazio di autonomia del minore in tutti i casi in cui la divulgazione dell'immagine fosse connessa ad un precedente negozio realizzato dal minore, come nell'ipotesi del contratto di prestazioni artistiche<sup>35</sup>.

Nelle pronunce giurisprudenziali appare evidente la tendenza dei Giudici a riconoscere il consenso dei genitori quale elemento scriminante in grado di rendere lecita la pubblicazione dell'immagine del minore<sup>36</sup>. Non si rinviene, però, alcuna indicazione rispetto alla necessità che il consenso venga prestato da entrambi i genitori, considerandosi quale atto di straordinaria amministrazione. Inoltre, tutte le circostanze che, ai sensi dell'articolo 97 della legge sul diritto d'autore escludono l'illegittimità della pubblicazione – in particolare, quando la riproduzione dell'immagine sia collegata a fatti, avvenimenti, cerimonie di interesse pubblico o svoltesi in pubblico – devono essere interpretate e valutate con maggior rigore nel momento in cui venga ritratto un soggetto minore di età. Si afferma, in particolare, che, in tali circostanze, la presenza del minore deve essere del tutto casuale e l'attenzione dello spettatore non deve essere polarizzata sul minore e sulla sua riconoscibilità<sup>37</sup>. Solo in presenza di queste condizioni, la pubblicazione dell'immagine del minore, collegata ad eventi di interesse pubblico o svoltisi in pubblico – può essere considerata lecita.

### 3. *Il diritto all'immagine del minore nella dimensione digitale*

#### 3.1. *Il consenso digitale del minore ultraquattordicenne al trattamento dei dati e il ruolo della responsabilità genitoriale*

Nell'era digitale il diritto all'immagine, unitamente al diritto all'onore e alla reputazione, costituisce un aspetto del più ampio diritto all'identità digitale, inteso come «*interesse della persona alla corrispondenza in rete della propria reale individualità*<sup>38</sup>». La protezione del diritto all'immagine del minore assume una dimensione peculiare dato il ruolo sempre più incisivo dei *social media*, quali spazi virtuali aperti all'accesso di chiunque utilizzi la rete. In particolare, date le caratteristiche di atterritorialità del mondo digitale, la condivisione di

<sup>34</sup> G. BAVETTA, voce *Immagine (diritto alla)*, cit., p. 147.

<sup>35</sup> G. BAVETTA, voce *Immagine (diritto alla)*, cit., p. 147. Sulla totale invalidità dell'obbligo accessorio – rispetto al contratto principale – attinente alla divulgazione dell'immagine v. P. VERCELLONE, *Il diritto sul proprio ritratto*, Torino, 1959, p. 191 ss.

<sup>36</sup> Di recente: Cass., 21 agosto 2024 n. 23018, cit.

<sup>37</sup> Cass., 1° febbraio 2024, n. 2978, in *Resp. civ. prev.*, 2024, p. 1178; Cass., 24 agosto 2023, n. 25222, in *DeJure*, Giuffrè; Cass., 13 maggio 2020, n.8880, in *Studium juris*, 2021, p. 72.

<sup>38</sup> E. ANDREOLA, *Minori e incapaci in Internet*, Napoli, 2019, p. 147.

un'immagine implica l'accettazione del libero accesso al materiale pubblicato da parte di una sfera indeterminata di persone, determinando la perdita di controllo sulla propria immagine<sup>39</sup>. Si tratta certamente di una situazione particolarmente rischiosa per i minori, che, seppur nativi digitali, non sono pienamente consapevoli delle conseguenze derivanti dalle proprie azioni in rete.

In questo contesto, vi è un rischio concreto nella diffusione dei dati personali del minore sulla rete, con evidente lesione del diritto alla riservatezza e importanti ripercussioni sul piano del suo sviluppo psico-fisico, considerato, altresì, il tempo di utilizzo degli strumenti digitali e di esposizione alla rete da parte del minore<sup>40</sup>. Il Regolamento UE n. 2016/679 (c.d. *GDPR*) è intervenuto in tale ambito, stabilendo un'età minima per l'espressione del consenso al trattamento dei dati personali. In particolare, l'articolo 8, paragrafo 1, limitatamente ai casi di offerta al minore dei servizi della società dell'informazione, ha stabilito che il trattamento dei dati personali è lecito nel caso in cui il minore abbia compiuto i sedici anni di età. Al di sotto di tale soglia, il consenso deve essere prestato oppure autorizzato dal titolare della responsabilità genitoriale. La norma fa, comunque, salva la possibilità per gli Stati membri di prevedere un diverso limite di età, che, in ogni caso, non può essere inferiore ai tredici anni. In base a tale disposizione, il d.lgs. n. 101 del 2018 per l'adeguamento del diritto interno al regolamento europeo, integrando il vigente Codice della privacy, ha disciplinato il consenso del minore al trattamento dei dati, abbassando a quattordici anni il limite di età per la prestazione del consenso.

Alla luce della definizione di dato personale, fornita dall'articolo 4, n. 1, del regolamento europeo e dell'art. 4, comma 1, lett b) del Codice della Privacy, non vi è alcun dubbio che anche l'immagine possa essere considerata, non solo espressione ed elemento costitutivo dell'identità digitale, ma, altresì, come dato personale e possibile oggetto di trattamento da parte dei terzi<sup>41</sup>.

La sinteticità della nuova disposizione legislativa riguardante il trattamento dei dati personali del minore ha suscitato diverse questioni in ambito dottrinale.

Secondo alcuni Autori, una volta che il minore abbia compiuto i quattordici anni di età si presume che sia dotato della capacità di discernimento<sup>42</sup> e che,

<sup>39</sup> E. DE BELVIS, *La tutela del diritto all'immagine dei minori in rete*, in *Diritto di famiglia e nuove tecnologie*. Atti della I edizione della *International Winter School in Private Law Technology* dell'Università di Padova, a cura di E. DE BELVIS, Napoli, 2022, p. 70; analoghe riflessioni recentemente anche in G. CARAPEZZA FIGLIA, *Sharenting: nuovi conflitti familiari e rimedi civili*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, p. 1105.

<sup>40</sup> M. A. CAGGIANO, *Privacy e minori nell'era digitale. Il consenso al trattamento dei dati dei minori all'indomani del Regolamento UE 2016/679, tra diritto e tecno-regolazione*, in *Famiglia*, 2018, p. 6.

<sup>41</sup> G. CARAPEZZA FIGLIA, *Sharenting: nuovi conflitti familiari e rimedi civili*, cit., p. 1104.

<sup>42</sup> I. GARACI, *Il «superiore interesse del minore» nel quadro di uno sviluppo sostenibile dell'ambiente digitale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, p. 809 ss. Si occupa specificatamente del tema anche S. BOSA, *La tutela della privacy del minore in ambienti virtuali: potere di autodefinizione e responsabilità genitoriale*, in (a cura di) M. CAVALLARO, F. ROMEO, E. BIVONA, M. LAZZARA, *Sui mobili confini del diritto tra pluralità delle fonti ufficiali e il moltiplicarsi di*

conseguentemente, sia in grado di esprimere, quello che è stato definito come «*consenso privacy digitale*<sup>43</sup>». Si ritiene, in particolare, che il minore ultraquattordicenne abbia acquisito e maturato quella razionalità che gli consente di valutare quale sia il proprio interesse e di compiere conseguentemente le proprie scelte<sup>44</sup>.

Appare a tal proposito significativo come, secondo altri Autori, il minore ultraquattordicenne, che presti il proprio consenso al trattamento dei dati personali, sia dotato di una capacità contrattuale<sup>45</sup>. Questa affermazione muove dalla constatazione che tra il minore, che fornisce il proprio consenso, e il gestore dei *social network*, a cui il minore decide di iscriversi, si realizza un accordo di natura contrattuale, rientrando nell'ambito dei contratti di scambio<sup>46</sup>. In particolare, il minore, al fine di ottenere l'accesso alla piattaforma e godere dei servizi che questa offre, dispone del proprio diritto alla *privacy*, consentendo, altresì, ai *social network* l'inoltro di pubblicità mirata<sup>47</sup>.

Al di là di tali riflessioni, che attengono alla qualificazione del consenso e alle implicazioni di natura economica riguardanti il trattamento dei dati personali<sup>48</sup>, è importante sottolineare come la previsione legislativa riconosca al minore ultraquattordicenne la possibilità di autodeterminarsi nella sfera della propria identità personale. Tale capacità di autodeterminazione non è, invece, riconosciuta al minore di quattordici anni. In quest'ultima ipotesi, secondo quanto previsto dalla normativa, il minore potrà essere legalmente rappresentato dal titolare della responsabilità genitoriale, che potrà, altresì, autorizzare il

*formanti normativi "di fatto". Scritti in onore di Massimo Paradiso, v. I, I sessione: Persone e famiglia – II sessione: Proprietà, Torino, 2022, p. 164 ss. Affronta in maniera approfondita tale tematica già F. NADDEO, Il consenso al trattamento dei dati personali del minore, in Dir. inform., 2018, p. 50 ss.*

<sup>43</sup> Tale espressione viene utilizzata da M. A. CAGGIANO, *Privacy e minori nell'era digitale. Il consenso al trattamento dei dati dei minori all'indomani del Regolamento UE 2016/679, tra diritto e tecno-regolazione*, cit., *infra*.

<sup>44</sup> Per tale definizione della capacità di discernimento v. R. SENIGAGLIA, *I principi e le categorie del diritto civile minorile*, in (a cura di) A. CORDIANO, R. SENIGAGLIA, *Diritto civile minorile*, Napoli, 2024, p. 28.

<sup>45</sup> R. SENIGAGLIA, *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, Torino, 2020, p. 67 ss.

<sup>46</sup> R. SENIGAGLIA, *Minore età e contratto*, cit., p. 66 ss., che riprende specificatamente la posizione espressa da V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno* in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, p. 55 ss. e da C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social network*, cit., p. 88.

<sup>47</sup> R. SENIGAGLIA, *Minore età e contratto*, p. 68.

<sup>48</sup> Per un'analisi recente di tale problematica v. P. GALLO, *Il consenso al trattamento dei dati personali come prestazione*, in (a cura di) PIER GIUSEPPE MONATERI, *Scritti in memoria di Rodolfo Sacco*, t. 1, Torino, 2024, p. 741, secondo il quale l'impostazione sopra descritta – che fa coincidere il consenso al trattamento dei dati con il consenso negoziale – si pone in linea con le recenti tendenze finalizzate ad abbassare il limite della capacità negoziale o meglio, a diversificarlo, a seconda della tipologia contrattuale. Sul punto già C. PERLINGIERI *Profili civilistici dei social network*, Napoli, 2014, p. 66 ss.

consenso del minore al trattamento dei dati. Oltre al potere sostitutivo da parte dei genitori, viene, dunque, prevista la possibilità di un controllo preventivo sulle scelte del minore infraquattordicenne, che può prestare il proprio consenso previa autorizzazione da parte del genitore. In questo modo si realizza un equilibrio tra la funzione educativa, che rientra tra i doveri genitoriali, e la libertà di autodeterminazione del minore, creando, quello che è stato definito come «*un regime intermedio tra rappresentanza e autonomia*»<sup>49</sup>. Al minore infraquattordicenne, dunque, verrebbe data la possibilità di esercitare il proprio diritto all'autodeterminazione, previa verifica – sebbene la norma non dia indicazioni a tal proposito – della sua capacità di discernimento, che, in questo caso, non è presunta, ma deve essere oggetto di valutazione in concreto.

La norma appare non esaustiva anche per quanto concerne la prestazione del consenso da parte dei genitori. L'individuazione delle modalità e dei limiti in cui il consenso può essere prestato dai genitori è di fondamentale importanza, considerato che si tratta di un negozio di carattere autorizzativo, avente efficacia scriminante rispetto alla condotta potenzialmente illecita dei terzi. In particolare, muovendo da tali considerazioni, si può affermare che i genitori manifestano la volontà di rinunciare alla tutela prevista dall'ordinamento giuridico in relazione alla riservatezza del minore, consentendo, altresì, la pubblicazione dell'immagine sui *social network*<sup>50</sup>.

Per questa ragione, la dottrina italiana che si è occupata del tema ha ritenuto applicabili anche in questo ambito le norme che regolano la responsabilità genitoriale<sup>51</sup>. Si afferma, in particolare, che il consenso debba essere necessariamente fornito da entrambi i genitori, che esercitano la responsabilità genitoriale<sup>52</sup>, così come confermato dalla giurisprudenza di merito<sup>53</sup>. Oltre ad assicurare la migliore tutela dell'interesse del minore, l'esercizio congiunto della responsabilità è in linea con i rischi derivanti dalla divulgazione dei dati personali e, in particolare dell'immagine nel rispetto di quanto sancito dall'articolo 320 c.c. Quest'ultima disposizione, infatti, prevede la rappresentanza congiunta dei genitori (o del genitore esercente la responsabilità genitoriale) per tutti gli atti civili che riguardano i propri figli fino alla maggiore età o all'emancipazione. Dal tenore letterale della disposizione, che parla in linea generale di atti civili, è possibile un'applicazione della non solo agli atti di ca-

<sup>49</sup> M. A. CAGGIANO, *Privacy e minori nell'era digitale. Il consenso al trattamento dei dati dei minori all'indomani del Regolamento UE 2016/679, tra diritto e tecno-regolazione*, cit., p. 16 ss.

<sup>50</sup> Mette in luce tale aspetto: E. DE BELVIS, *La tutela del diritto all'immagine dei minori in rete*, cit., p. 68.

<sup>51</sup> E. DE BELVIS, *La tutela del diritto all'immagine dei minori in rete*, cit., p. 55 ss.; di recente sulla questione attinente al trattamento dei dati personali e l'esercizio della responsabilità genitoriale v. C. MURGO, *L'identità personale dei minori, tra responsabilità genitoriale e capacità di autodeterminarsi*, in *EJPLT*, 2024/2, p. 9 ss.

<sup>52</sup> G. CARAPEZZA FIGLIA, *Sharenting: nuovi conflitti familiari e rimedi civili*, cit., p. 1107.

<sup>53</sup> Trib. Rieti, 7 marzo 2019, in *Fam. dir.*, 2019, 591, con nota di R. FORCINITI, *Tutela cautelare e d'urgenza e diffusione di immagini di soggetti minori sui social network*.

rattere patrimoniale, ma anche – come nel caso in esame – agli atti di carattere personale, che attengono alle scelte esistenziali del minore<sup>54</sup>.

Appare importante sottolineare, inoltre, come l'obbligo di rappresentanza congiunta del minore sussista anche nel caso in cui sia in atto una situazione di separazione personale o di divorzio dei genitori. In questa situazione, infatti, così come sancito dall'articolo 337-ter c.c., le decisioni di maggiore interesse per i figli, relative all'istruzione, all'educazione, alla salute e alla scelta della residenza abituale del minore, sono assunte di comune accordo tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli. La regola per cui le decisioni che incidono in maniera preponderante nella vita dei figli vadano prese di comune accordo riguarda necessariamente anche la fase di crisi della coppia, situazione in cui i contrasti attinenti alla educazione dei propri figli sono particolarmente frequenti<sup>55</sup>.

Le scelte dei genitori in tutte le procedure e gli atti che riguardano il minore, nel rispetto di quanto sancito dalla Riforma della filiazione del 2012-2013, sono, inoltre, subordinate all'ascolto del figlio, là dove quest'ultimo abbia compiuto i dodici anni di età o anche di età inferiore, nel caso in cui sia capace di discernimento. L'ascolto viene considerato come lo strumento in grado di orientare le scelte dei genitori, proporzionalmente alla capacità di discernimento del proprio figlio minore nella circolazione dei dati personali e, in particolare della sua immagine, «in una reciproca interazione tra esercizio della funzione educativa e sviluppo della personalità del figlio»<sup>56</sup>. In particolare, questa reciproca interazione permette di realizzare un equilibrio tra autodeterminazione del minore e tutela della sua vulnerabilità in rete, sebbene l'individuazione in concreto della capacità di discernimento del minore presenti non poche difficoltà<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> G. CARAPEZZA FIGLIA, *Sharenting: nuovi conflitti familiari e rimedi civili*, cit., p. 1107: «Piuttosto a conferma dell'irriducibilità delle problematiche attinenti ai rapporti personali tra genitori e figli agli strumenti tradizionalmente predisposti per i rapporti patrimoniali – la soluzione più adeguata appare quella che individua nel primo comma dell'articolo 320 cod. civ. la norma applicabile alla sostituzione nell'esercizio delle situazioni esistenziali del minore. La disposizione codicistica nel prevedere la rappresentanza congiunta dei genitori “in tutti gli atti civili”, oltre ad essere riferibile, nel suo tenore letterale, anche a quelli a contenuto non patrimoniale, risulta in via di interpretazione sistematica quella in grado di assicurare l'ottimizzazione del miglior interesse del fanciullo».

<sup>55</sup> Questo tema viene analizzato in maniera particolarmente approfondita da E. DE BELVIS, *La tutela del diritto all'immagine dei minori in rete*, cit., p. 71, che mette in luce la tendenza diffusa ad inserire negli accordi di separazione e di divorzio delle clausole specifiche attinenti alle modalità di pubblicazione delle foto dei propri figli minori sui *social network*, prevedendo il divieto assoluto di pubblicazione o la necessità espressa del consenso da parte di entrambi i genitori. In giurisprudenza v. tra le altre: Cass. civ., se. I, ord., 4 agosto 2023, n. 23800, in *ForoPlus*; Trib. civ. Rieti, 17 ottobre 2022, n. 443, cit.; Trib. Civ. Trani, 7 settembre 2021, in *Dir. Internet*, 2022, p. 303, con nota di G. CAPILLI, *La condivisione delle immagini di minori sui social network: quale tutela?*

<sup>56</sup> G. CARAPEZZA FIGLIA, *Sharenting: nuovi conflitti familiari e rimedi civili*, cit., p. 1107.

<sup>57</sup> Sul tema, v. tra gli altri: C. CAMARDI, *Relazione di filiazione e privacy. Brevi note sull'autodeterminazione del minore*, in *Jus Civile*, 2018, p. 827 ss.

### 3.2. segue. Il best interest del minore nelle scelte genitoriali

Si è detto che il minore che abbia compiuto i quattordici anni può esprimere il proprio consenso rispetto al trattamento dei propri personali al momento dell'iscrizione su una piattaforma *social* e, di conseguenza, può esprimere il proprio consenso rispetto alla pubblicazione della propria immagine in rete. Il minore che abbia compiuto i quattordici anni di età è, dunque, in grado autonomamente di tutelare la propria riservatezza nei confronti dei terzi, fermo restando che tale protezione viene riconosciuta anche rispetto ad ingerenze ingiustificate dei genitori nella vita privata dei propri figli. Il divieto di interferenza dei genitori nella vita dei propri figli si esplica su due livelli: da un lato, i genitori non possono interferire nella vita privata attraverso l'utilizzo di sistemi di controllo anche a distanza e, dall'altro lato, non è possibile divulgare i dati personali dei propri figli, mettendogli a disposizione dei soggetti terzi<sup>58</sup>.

Sotto il primo profilo, si ritiene, quale regola generale, che i genitori non possano accedere alle comunicazioni telematiche del minore, attraverso la consultazione degli strumenti informatici utilizzati dal proprio figlio, e a tutte quelle informazioni che il minore ritenga di dover tenere riservate. Alla luce della pericolosità della rete, che espone i minori a rischi concreti in relazione alla propria incolumità psico-fisica, vi è un'eccezione alla regola generale di non ingerenza, che concerne tutti i casi in cui il minore manifesti una situazione di disagio e, dunque, vi sia il concreto pericolo di un pregiudizio. Tale situazione impone ai genitori di intervenire nell'ottica di proteggere l'interesse del minore, in una prospettiva di ascolto e di adeguata considerazione della sua capacità di discernimento<sup>59</sup>.

Ulteriore situazione che concerne il profilo del rapporto tra vita privata dei minori e responsabilità genitoriale riguarda il caso, piuttosto diffuso, della condivisione da parte degli stessi genitori di dati personali, e, in particolare, di immagini fotografiche e video dei propri figli: il c.d. *sharenting*. Si tratta di un fenomeno particolarmente complesso sotto il profilo degli strumenti giuridici riconosciuti in sede giurisprudenziale, al quale, è possibile dedicare solo qualche breve cenno<sup>60</sup>. Lo *sharenting*, soprattutto nel caso in cui si tratti di genitori *influencer* incontra, da un lato il rischio di una mercificazione

<sup>58</sup> C. CAMARDI, *Relazione di filiazione e privacy. Brevi note sull'autodeterminazione del minore*, cit., p. 836 ss.

<sup>59</sup> C. CAMARDI, *Relazione di filiazione e privacy. Brevi note sull'autodeterminazione del minore*, cit., p. 840 ss., che distingue tra casi normali, adattando a tali circostanze le regole di comportamento dei genitori, e casi gravi, in cui viene legittimata l'interferenza nella vita privata del minore in ragione della sua vulnerabilità. Vedi anche R. SENIGAGLIA, *L'identità personale del minore di età nel cyberspazio tra autodeterminazione e parental control system*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, p. 1596 ss.

<sup>60</sup> In materia di *sharenting*, v. tra gli altri il recente contributo di M. FOGLIA, *Sharenting e riservatezza dei minori in rete*, in *Actualidad Juridica Iberoamericana* n.16 bis, giugno 2022, p. 3350 ss.

dell'immagine del minore, che ha statisticamente un ruolo decisivo nell'apporto di nuovi *followers*, dall'altro lato, il rischio, ancora più grave, di far sì che il minore divenga egli stesso vittima di reati, primi tra tutti il *cyberbullismo* e la pedopornografia in rete<sup>61</sup>.

La situazione è differente nell'ipotesi, analizzata precedentemente, in cui si tratti di un minore di quattordici anni. In questi casi, si è approfondito, saranno i genitori a dover sostituire il minore nella prestazione del consenso al trattamento dei dati personali e saranno gli stessi, nel caso, a dover autorizzare il minore a prestare il proprio consenso. Si è visto come la dottrina italiana, in risposta alla scarsità dei riferimenti normativi, abbia fatto applicazione della disciplina interna in materia di responsabilità genitoriale, per motivare la necessità di una scelta congiunta dei genitori anche nel caso in cui sia in atto una situazione di crisi della coppia. La dottrina ha, però, messo in evidenza come la scelta di prestare o meno il consenso, così come di autorizzarlo (anche se questo aspetto non è stato particolarmente approfondito dagli Autori) debba essere motivata dal perseguimento del miglior interesse del minore (il c.d. *best interest of the child*). È necessario, anzitutto, individuare un interesse del minore rispetto alla pubblicazione della sua immagine e alla diffusione delle sue informazioni sulla rete, e procedere così ad un bilanciamento di tale interesse con i rischi che la divulgazione dei dati personali comporta. È opportuno, infatti, ricordare come, date le caratteristiche della rete, la condivisione di un'immagine in rete ne determini la disponibilità ad un gruppo indeterminato di persone<sup>62</sup>. Nell'ottica di tale bilanciamento, è chiaro come un ruolo preponderante assuma l'ascolto del minore capace di discernimento. Attraverso tale strumento è, infatti, possibile individuare l'interesse del minore – che come sottolineato dalla dottrina non può mai confondersi con l'interesse dei genitori – ed effettuare, così, quell'operazione di bilanciamento che permette di giungere ad una determinata scelta<sup>63</sup>. Di conseguenza, il fatto che sussista il consenso dei genitori non può far presumere che sia perseguito il miglior interesse del minore attraverso la pubblicazione e diffusione dei suoi dati, così come, non esclude la possibile illiceità della condotta volta al trattamento dei dati personali, nel caso in cui sia risultata concretamente pregiudizievole per il minore<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> Di recente sul tema: M. GIANDORIGGIO, *I minori d'età e i social network: l'insostenibile leggerezza del post*, in *Danno resp.*, 2024, pp. 296 ss. In giurisprudenza, tra le altre: Trib. Chieti, 21 luglio, 2020, in *Dir. internet* 2020, 651, con nota di S. GHIONZOLI, *I social network e il diritto all'ascolto dei (grandi) minori*.

<sup>62</sup> E. DE BELVIS, *La tutela del diritto all'immagine dei minori in rete*, cit., p. 69 ss.

<sup>63</sup> E. DE BELVIS, *La tutela del diritto all'immagine dei minori in rete*, cit., p. 64 ss.

<sup>64</sup> E. DE BELVIS, *La tutela del diritto all'immagine dei minori in rete*, cit., p. 69. Mette in rilievo l'interesse del minore anche G. CARAPEZZA FIGLIA, *Sharenting: nuovi conflitti familiari e rimedi civili*, cit., p. 1105 ss.

#### 4. La legislazione francese e la proposta di legge italiana

In Francia il problema della sovraesposizione del minore nella rete e dei rischi che ciò comporta nello sviluppo della sua identità personale ha indotto recentemente il legislatore ad introdurre, per primo a livello europeo, una normativa specifica volta alla protezione della vita privata e, nello specifico, dell'immagine del minore<sup>65</sup>. La normativa si inserisce in un quadro particolarmente composito di nuove disposizioni volte a dare una risposta alle problematiche emergenti del mondo digitale, come il caso dei c.d. *enfants influenceur*, cioè i minori di sedici anni che esercitano l'attività di *influencer* nelle varie piattaforme *social*. Attività che ha trovato la propria regolamentazione con la legge n. 2020-1266 del 19 ottobre 2020.

Con riferimento alla tutela dell'immagine, la legge n. 2024-120 del 19 febbraio dello stesso anno ha modificato gli articoli del *Code civil*, prevedendo, innanzitutto, tra i doveri genitoriali, in cui sostanzia la c.d. *autorité parentale* (la potestà genitoriale), la protezione della vita privata dei figli, che va ad aggiungersi alla tutela della loro salute, della sicurezza e della moralità (articolo 371-1, alinéa 2). Inoltre, con il nuovo articolo 372 – 1 viene demandato ai genitori il compito specifico di tutelare congiuntamente il diritto all'immagine dei figli, quale espressione del diritto alla vita privata, prevedendo, in particolare che gli stessi affianchino il minore nell'esercizio di tale diritto, tenendo conto della sua età e del grado di maturità. In caso di disaccordo tra i genitori, il giudice può intervenire vietando la diffusione delle informazioni concernenti il minore senza l'autorizzazione dell'altro genitore (art. 373-2-6). Alla base della nuova normativa, sinteticamente descritta, si inserisce in maniera chiara la necessità di responsabilizzare i genitori rispetto alla condivisione delle immagini dei propri figli. Come evidenziato nella proposta di legge, infatti, ciascun bambino appare in media su 1300 fotografie, pubblicate sui *social* e in generale sulla rete *Internet*, prima del compimento dei tredici anni di età<sup>66</sup>. Il legislatore ha voluto tener conto, in modo particolare, del pericolo segnalato dal *Défenseur des droits des enfants* nel rapporto annuale del 2022, dedicato espressamente alla tutela della vita privata dei bambini, in tutte le sue esplicitazioni e manifestazioni. Da tale rapporto emerge, altresì, la necessità di sensibilizzare anche i bambini e gli adolescenti rispetto alla protezione della propria immagine, chiedendo la rimozione dalla rete di video o di fotografie, che li raffigurano<sup>67</sup>.

<sup>65</sup> Sulle problematiche generali del mondo digitale, con riferimento alla problematica dello *sharenting* v. le considerazioni di G. KESSLER, *La divulgation par les parents de la vie privée de leurs enfants sur les réseaux sociaux: quel encadrement pour la pratique du sharenting?*, in *AJ*, 2021, p. 292 ss.

<sup>66</sup> V. "Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles de la législation et de l'administration générale de la république, sur la proposition de loi visant à garantir le respect du droit à l'image des enfants par M. Bruno Studer" ([https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/16/rapports/cion\\_lois/116b0908\\_rapport-fond#](https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/16/rapports/cion_lois/116b0908_rapport-fond#)).

<sup>67</sup> Il documento può essere consultato sul sito: <https://www.vie-publique.fr/files/rapport/pdf/287171.pdf> (v. in particolare p. 10 ss.). Sul ruolo del rapporto rispetto all'adozione del

La maggioranza della dottrina francese ha manifestamente criticato tali disposizioni. Alcuni Autori sottolineano, innanzitutto, l'inutilità di una disposizione specifica in materia di protezione della vita privata dei bambini. Il diritto alla vita privata troverebbe già una tutela adeguata nel dovere di protezione della moralità, della salute e della sicurezza da parte dei genitori nei confronti dei propri figli. Si afferma, in particolare, che il legislatore avrebbe dovuto potenziare gli strumenti di protezione e di attuazione del diritto alla vita privata, piuttosto che limitarsi a formalizzarne la tutela a livello codicistico<sup>68</sup>. Questa impostazione probabilmente non tiene adeguatamente in considerazione la previsione specifica di cui all'articolo 9 del Code civil, che riconosce il diritto alla vita privata, prevedendone, altresì, le modalità di tutela<sup>69</sup>.

Ulteriore questione attiene il coinvolgimento del minore nell'esercizio del diritto all'immagine. La necessità di tener conto della volontà del minore risulta, infatti, chiaramente dalla formulazione della disposizione di cui all'articolo 372-1 c.c. Una parte della dottrina sostiene che tale previsione sia espressione di un principio generale, che riguarda tutte le decisioni assunte dai genitori nell'interesse dei propri figli<sup>70</sup> e che, all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, trova espressione nel "diritto all'ascolto al minore". In questo senso, la previsione di una norma specifica viene considerata superflua. Non si comprende, inoltre, perché il legislatore abbia voluto disciplinare e tutelare in maniera specifica sul piano civilistico il diritto all'immagine del minore, disciplinando il ruolo genitoriale, a dispetto, ad esempio, del diritto alla salute o del diritto all'istruzione, che non trovano una tutela analoga sul piano legislativo<sup>71</sup>. A ciò si aggiunge la considerazione per cui l'immagine troverebbe già un'adeguata protezione attraverso le norme penalistiche e, in particolare, agli articoli 226-1 e 227-23 del Code pénal, che puniscono, rispettivamente la diffusione dell'immagine senza il previo consenso della persona ritratta, e il reato di pedopornografia<sup>72</sup>.

Importanti criticità concernono la regola dell'accordo tra i genitori (*double consentement*), dal momento che il legislatore non ha previsto gli strumenti che permettano di rendere effettivo il rispetto della norma<sup>73</sup>. Si evidenzia, in

testo di legge v. le osservazioni di A. GOUTTENOIRE, *Droit à l'image des enfants (à propos de la proposition de loi)*, in *Recueil Dalloz*, 2023, p. 944.

<sup>68</sup> M. SAULIER, *Garantir le respect du droit à l'image des enfants: un objectif ambitieux, une efficacité douteuse?*, in *AJ Famille*, 2024, p. 116 ss.

<sup>69</sup> Art. 9 *Code civil*: « Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé ».

<sup>70</sup> M. SAULIER, *Garantir le respect du droit à l'image des enfants: un objectif ambitieux, une efficacité douteuse?*, in *AJ Famille*, 2024, p. 116 ss.

<sup>71</sup> 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?*, in *Actu.juridique.fr*.

<sup>72</sup> A. BOURRAT – GUEGUÉN, *Respect du droit à l'image des enfants: ce que change la loi du 19 février 2024*, in *Dalloz Actualité*.

<sup>73</sup> M. SAULIER, *Garantir le respect du droit à l'image des enfants: un objectif ambitieux, une efficacité douteuse?*, cit., p. 116.

particolare, come il *Juge aux affaires familiales* – ai sensi del nuovo articolo 373-2-6 c.c. intervenga solo in fase di disaccordo tra i genitori, impedendo la diffusione dell'immagine, ma non svolga alcun ruolo nella fase antecedente la situazione di "crisi"<sup>74</sup>, come, ad esempio, avviene in Italia, dove la prassi giurisprudenziale, seguita da alcuni Tribunali, prevede l'inserimento di specifiche clausole all'interno degli accordi di separazione, attinenti al divieto di diffusione dell'immagine dei figli sui *social network*<sup>75</sup>. Nella nuova normativa codicistica, dunque, l'intervento del Giudice non si esplica in funzione anticipatoria rispetto ad un'eventuale fase conflittuale, inerente alla diffusione dell'immagine dei minori<sup>76</sup>. Inoltre, la nuova previsione legislativa non terrebbe in adeguata considerazione ipotesi diverse da quelle in cui il disaccordo intercorra tra i due genitori, come, ad esempio, il caso in cui il minore abbia già pubblicato una propria immagine con il consenso di uno dei genitori<sup>77</sup>.

Un ulteriore aspetto particolarmente significativo, interessato dalla legge del 2024, concerne l'istituto della delega riguardante la potestà genitoriale, sconosciuto nell'ordinamento giuridico italiano, che consente di delegare, in via volontaria oppure giudiziale, l'esercizio della potestà genitoriale ad un terzo a cui i genitori abbiano affidato il proprio figlio o da cui il bambino sia stato accolto<sup>78</sup>. Nello specifico, la nuova legge è intervenuta sulla disciplina della delega, stabilendo all'articolo 377, alinea 6 del Code civil, che, là dove l'esercizio del diritto all'immagine pregiudichi gravemente l'integrità morale e la dignità del minore, l'istituto oppure il servizio sociale dipartimentale che ha accolto il bambino, o anche un altro membro della famiglia, possa adire il Giudice chiedendo la delega della potestà genitoriale limitatamente all'esercizio del diritto all'immagine. Come sottolineato dalla dottrina, il legislatore non è stato chiaro nell'individuazione dei poteri inerenti all'esercizio della potestà da parte dei

<sup>74</sup> F. ROGUE, *Respect du droit à l'image des mineurs: une nouvelle loi symbolique pour une effectivité relative?*, in *L'ESSENTIEL Droit de la famille et des personnes*, 2024, n. 4, p. 7.

<sup>75</sup> V. *supra* nota n. 55.

<sup>76</sup> F. ROGUE, *Respect du droit à l'image des mineurs: une nouvelle loi symbolique pour une effectivité relative?*, cit., p. 7: «On peut s'interroger sur l'effectivité de cette sanction, dès lors que le JAF interviendra a posteriori de l'éventuelle atteinte portée par l'un des parents. Gageons que les juges anticiperont de telles difficultés en prévoyant, à l'occasion d'une décision concernant l'autorité parentale sur l'enfant et en cas de séparation du couple parental, cette interdiction».

<sup>77</sup> G. LOISEAU, *La "fast" legislation: le droit à l'image des enfants mineurs*, in *Semaine Juridique*, EG, 2024, p. 646: «L'intervention du juge doit être rendue possible, non seulement lorsqu'un parent diffuse l'image de l'enfant sans l'accord de l'autre ou pire, malgré l'opposition de l'autre, mais aussi quand c'est l'enfant lui-même qui publie un contenu avec l'assentiment de l'un de ses parents et sans l'accord de l'autre. Il y a, dans cette hypothèse également, un désaccord à régler. Il est pourtant singulier que l'article 373-2-6, à l'alinéa 4 nouvellement introduit, ne reconnaît au juge que la possibilité d'interdire à l'un des parents de diffuser tout contenu relatif à l'enfant sans l'autorisation de l'autre parent. Cette seule mesure ne permet pas de traiter toutes les situations dans lesquelles un parent est en désaccord avec l'autre sur la diffusion de l'image de l'enfant ou sur la diffusion de certains contenus qu'il estime préjudiciables au respect de la vie privée de celui-ci».

<sup>78</sup> H. FULCHIRON, P. MALAURIE, *Droit de la famille*, 8<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2023, p. 825 ss.

soggetti delegati, così come delle eventuali sanzioni da applicarsi<sup>79</sup>. Si tratta, in ogni caso, di una misura estrema, prevista in situazioni di particolare gravità e pericolo per il minore, come potrebbe essere la diffusione dell'immagine nel circuito pedopornografico<sup>80</sup>.

È opportuno, infine, evidenziare che, per quanto concerne l'iscrizione del minore sulle piattaforme *social*, il legislatore francese con la legge del 7 luglio 2023 (*Loi n° 2023-566 du 7 juillet 2023 visant à instaurer une majorité numérique et à lutter contre la haine en ligne*), ha previsto la soglia minima dei quindici anni di età, al di sotto della quale è necessaria l'autorizzazione di uno dei genitori. A tal proposito, una parte della dottrina ha rilevato la necessità di un intervento legislativo, che sia volto a contemperare tale previsione con le modifiche al Code civil, sopra descritte, che prevedono il controllo genitoriale sui contenuti pubblicati dal minore, senza alcuna differenziazione basata sull'età. In questo modo, secondo gli Autori, si sarebbe, non solo creata una contrapposizione tra le due discipline, ma la legge del 2024 avrebbe minato l'autonomia del minore, che, seppur entro certi limiti, la legge del 2023 aveva riconosciuto<sup>81</sup>.

Successivamente all'emanazione della legge francese del 19 febbraio 2024, anche in Italia si è manifestata la necessità di regolamentare il rapporto tra i minori e i *social network*, attraverso l'elaborazione di quattro proposte di legge<sup>82</sup>, con un'attenzione particolare all'età minima prevista per l'accesso ai contenuti *on-line* e alla diffusione dell'immagine del minore per finalità di lucro, ludiche e relazionali<sup>83</sup>. Il fenomeno dello *sharenting* e, in generale, l'esercizio del diritto all'immagine in capo al minore, trova una propria regolamentazione nell'articolo 2 della proposta di legge AC 1771, che, oltre a

<sup>79</sup> M. SAULIER, *Garantir le respect du droit à l'image des enfants: un objectif ambitieux, une efficacité douteuse?*, cit., p. 116.

<sup>80</sup> A. BOURRAT – GUEGUÉN, *Respect du droit à l'image des enfants: ce que change la loi du 19 février 2024*, in *Dalloz Actualité*, 28/02/2024.

<sup>81</sup> G. LOISEAU, *La "fast" legislation: le droit à l'image des enfants mineurs*, cit., p. 645 ss.

<sup>82</sup> AC 1217 (Modifiche al codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in materia di verifica dell'età degli utenti dei servizi di comunicazione elettronica, e altre disposizioni per la tutela dei minori nella fruizione di tali servizi); AC 1771 (Modifiche alla legge 17 ottobre 1967, n. 977, in materia di impiego dei minori nell'ambito delle piattaforme digitali di condivisione di contenuti multimediali, nonché disposizioni sulla diffusione dell'immagine e di contenuti multimediali di minori); AC 1800 (Modifiche all'articolo 37 del decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 208, in materia di impiego dei minori nell'ambito delle piattaforme digitali per la condivisione di video e immagini, e disposizioni concernenti il diritto del minore alla rimozione dei dati e dei contenuti che lo riguardano dalla rete internet e dai motori di ricerca) e AC 1863 (Disposizioni per la tutela dei bambini e degli adolescenti nell'utilizzo degli strumenti digitali).

<sup>83</sup> V. Camera dei Deputati XIX legislatura – Documentazione per l'esame di Progetti di legge – *In materia di minori e Internet, con riferimento particolare all'accesso alle piattaforme e all'uso dell'immagine dei minori* – AA.C. 1217, 1771, 1800 e 1863, n. 308 del 18 giugno 2024, p. 5 ss. Per una prima analisi vedi: C. MURGO, *L'identità personale dei minori, tra responsabilità genitoriale e capacità di autodeterminarsi*, in *EJPLT*, 2024/2, p. 9 ss.

prevedere alcune modifiche alla legge n. 977/1977, relativamente all'impiego dei minori nelle piattaforme digitali, regola all'articolo 2 la diffusione dell'immagine del minore e di ulteriori contenuti multimediali attinenti al minore stesso. In particolare, l'articolo 2, al primo comma<sup>84</sup>, si occupa di tutelare la riservatezza del minore, vietando la diffusione di immagini e contenuti multimediali nel rispetto dei principi e dei limiti stabiliti dalla Carta di Treviso. Viene, inoltre, messa in luce la pericolosità di comportamenti contrari, che minerebbero il regolare processo di maturazione del minore. Inoltre, i commi 2 e 3 dell'articolo sopraindicato<sup>85</sup> – che si occupano della tutela del diritto all'immagine – ne affidano la protezione direttamente ai genitori, che, a seconda del grado di maturità del minore, hanno l'obbligo di coinvolgerlo nelle scelte, nel rispetto della normativa nazionale e sovranazionale in materia. Sotto il profilo più prettamente tecnico-giuridico, il consenso alla disposizione del diritto all'immagine costituisce, secondo la lettera della legge, un atto di straordinaria amministrazione, che deve essere compiuto nel rispetto degli articoli 147 e 320 del Codice civile e della volontà espressa dal minore, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità.

È interessante notare come il legislatore italiano, non seguendo la dottrina formatasi sul punto, abbia preferito qualificare gli atti inerenti all'esercizio dell'immagine del minore, quali atti di straordinaria amministrazione, per motivare la necessità di una rappresentanza congiunta dei genitori, subordinata all'autorizzazione del giudice tutelare. Una formula più snella dal punto di vista sostanziale e procedurale sarebbe stata quella di adoperare il rinvio all'articolo 316 del Codice civile, sull'esercizio congiunto della responsabilità genitoriale in tutti gli atti riguardanti il minore<sup>86</sup>. Inoltre, al contrario di quanto sostenuto dalla dottrina, non si può parlare di un'assimilazione tra l'articolo 2

<sup>84</sup> Art. 2, comma 1: «Il minore ha il diritto alla riservatezza ed è vietato a chiunque diffondere notizie o contenuti multimediali riguardanti i minori senza che ciò sia nell'interesse primario e oggettivo del minore, secondo i principi e i limiti stabiliti dalla Carta di Treviso che impone di tutelare la specificità del minore come persona in divenire, prevalendo su tutto il suo interesse ad un regolare processo di maturazione che potrebbe essere profondamente disturbato e deviato da spettacolarizzazioni del suo caso di vita, da clamorosi protagonismi o da fittizie identificazioni».

<sup>85</sup> «2. Coloro che esercitano la responsabilità genitoriale tutelano congiuntamente il diritto di immagine del figlio minore e lo coinvolgono nell'esercizio dei suoi diritti di immagine, secondo la sua età e il suo grado di maturità, nel rispetto degli articoli 10 e 320 del codice civile, degli articoli 96 e 97 della legge 22 aprile 1941, n. 633, e della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, fatta a New York il 20 novembre 1989 [...]»; «3. Il consenso alla disposizione del ritratto o immagine di un minore ovvero dei contenuti multimediali di cui al comma 2 è un atto di straordinaria amministrazione dispositivo di diritti personalissimi e fondamentali che spetta esclusivamente e congiuntamente a chi esercita la responsabilità genitoriale, nel rispetto degli articoli 147 e 357 del codice civile ed esclusivamente nell'interesse primario e oggettivo del minore. Il consenso prestato da chi esercita la responsabilità genitoriale tiene conto in ogni caso della volontà espressa dal minore in relazione alla sua età e al suo grado di maturità».

<sup>86</sup> C. MURGO, *L'identità personale dei minori, tra responsabilità genitoriale e capacità di autodeterminarsi*, cit., p. 13.

e la normativa francese in materia<sup>87</sup>. Dalle nuove disposizioni del *Code civil* non si evince il ruolo rilevante della volontà del minore nella disposizione del diritto all'immagine, che emerge, invece, dall'articolo 2, comma 3, citato. Il ruolo riconosciuto alla volontà del minore appare, inoltre, in linea con quanto previsto in materia di trattamenti sanitari dall'art. 3, co. 2, l. n. 219/2017<sup>88</sup>.

Un ulteriore aspetto da evidenziare riguarda la scelta del legislatore italiano di regolamentare la materia attraverso una previsione di legge speciale, senza alcun intervento sul piano codicistico, al contrario di quanto avvenuto in Francia. Sebbene, come si è avuto modo di considerare, la dottrina abbia manifestato diverse incertezze rispetto alle nuove disposizioni codicistiche, soprattutto per quanto concerne il contemperamento con le disposizioni già vigenti, è pur vero che l'introduzione di una disciplina specifica in seno al *Code civil* testimonia la volontà legislativa di tutelare il diritto all'immagine con un'attenzione particolare, dettata dalle problematiche attuali. Allo stesso tempo, però, sotto il profilo più prettamente tecnico-giuridico la scelta del legislatore italiano di rinviare per alcuni aspetti alla normativa codicistica in materia di responsabilità genitoriale, semplifica potenzialmente l'applicazione della disciplina sul piano concreto.

<sup>87</sup> C. MURGO, *L'identità personale dei minori, tra responsabilità genitoriale e capacità di autodeterminarsi*, cit., p. 12.

<sup>88</sup> C. MURGO, *L'identità personale dei minori, tra responsabilità genitoriale e capacità di autodeterminarsi*, cit., p. 8.

*Abstract* [Ita]

A partire dalla definizione del diritto all'immagine, il contributo analizza il rapporto tra il minore e l'immagine, con particolare attenzione alla capacità di agire del minore nelle scelte di carattere esistenziale. Viene, altresì, approfondita la tematica attinente al consenso del minore nella dimensione digitale e al ruolo genitoriale rispetto alla diffusione dell'immagine, con particolare attenzione al *best interest of the child*. Oggetto di analisi è, infine, la legge francese n. 2024-120 del 19 febbraio 2024, sul diritto all'immagine dei minori, che viene raffrontata con la proposta di legge italiana.

*Parole chiave:* consenso del minore; immagine del minore; legge francese n. 2024-120 del 19 febbraio 2024; capacità del minore; diffusione dell'immagine.

*Abstract* [Eng]

Starting from the definition of the right to the image, the article analyses the relationship between the child and the image, paying particular attention to the child's capacity to make existential choices. It also examines the question of the child's consent in the digital dimension and the role of parents with regard to the dissemination of the image, with particular reference to the best interests of the child. Finally, the French law n° 2024-120 of 19 February 2024 on the right to the image of minors is analysed and compared with the proposed Italian law.

*Keywords:* consent of the minor; child image; French law n° 2024-120 of 19 February 2024; child's capacity; dissemination of the image.



# Le mirage de l'autodétermination informationnelle du mineur

Ludovic Paillet

*Résumé* : I. L'échec de l'autodétermination informationnelle. – A. L'illusion du contrôle. – B. L'illusoire protection des mineurs. – II. La recherche d'effectivité de la protection des mineurs. – A. Le retour à la réglementation. – B. L'implication *a priori* des acteurs publics.

1. *Contexte*. Les dangers du numérique pour les mineurs sont régulièrement mis en lumière par l'actualité<sup>1</sup>. Plus encore que dans le monde réel, ils sont la proie de comportements de prédation sexuelle, spectateurs de contenus inappropriés à leur âge ou degré de maturité ou encore victimes d'une économie de la surveillance qui surexploite leurs faiblesses. Quelques mesures marquantes sont parfois prises, comme l'interdiction des réseaux sociaux aux moins de 16 ans décidée par le législateur australien en novembre 2024<sup>2</sup>. Mais ces réactions, qui peuvent être jugées excessives sous réserve des mesures d'application auxquelles elles donneront lieu, demeurent ponctuelles. L'ensemble de la situation relève du paradoxe. L'usage des outils et services du numérique par les mineurs n'est plus toléré mais banalisé quand l'évolution des technologies et des pratiques, en particulier par le recours à l'intelligence artificielle<sup>3</sup>, ne fait qu'accroître les risques auxquels ils sont exposés.

2. *Prise de conscience*. Le législateur européen comme français a tardé à prendre conscience de la nécessité d'assurer une protection spécifique aux mineurs. La loi « Informatique et Libertés », dans sa version initiale, ne comprend aucune disposition relative aux mineurs. C'est avec la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1994 qu'est inséré un texte attribuant aux titulaires de l'autorité parentale la créance de l'information et l'exercice des droits prévus par la loi au bénéfice

<sup>1</sup> V., par ex. et dernièrement, *Emprise numérique, 5 femmes contre les big 5*, réal. E. JADOT, 2025.

<sup>2</sup> Online Safety Amendment (Social Media Minimum Age) Act 2024.

<sup>3</sup> Les autorités de protection des données du G7 en ont souligné l'enjeu en relevant, notamment, que la génération Alpha (naissance entre 2010 et 2020) sera la première à grandir dans un monde fortement influencé par l'intelligence artificielle.

du mineur<sup>4</sup>. La directive 95/46 ignorait également et totalement la question de la personne concernée mineure. Le RGPD opère une véritable inflexion en matière numérique<sup>5</sup>. Il souligne la nécessité d'une « protection spécifique » de cette catégorie de personnes<sup>6</sup>. Elle se retrouve dans d'autres textes, comme le règlement sur les services numériques qui érige, non sans surenchère, « la protection des mineurs [en] objectif stratégique important de l'Union »<sup>7</sup>. Elle n'est pourtant pas généralisée. Certains instruments l'ignorent, parce qu'ils renvoient au RGPD<sup>8</sup>, quand des dispositions particulières eussent été les bienvenues.

Le législateur national n'est pas en reste, quoique ses interventions soient en pointillé ; les dispositions pertinentes demeurent ponctuelles et éparées, dans le temps<sup>9</sup> comme dans l'espace législatif<sup>10</sup>.

Quoi que non-contraignants, d'autres textes ont une influence tout aussi déterminante. Ce sont ceux produits, à l'échelon national, par différentes instances et qui mettent en lumière les lacunes persistantes tout comme les mesures qu'elles estiment propres à y remédier<sup>11</sup>. À l'échelon européen, la Commission européenne a mis en place, en mai 2022, une « nouvelle stratégie européenne pour un internet mieux adapté aux enfants »<sup>12</sup>. Les mesures envisagées se retrouvent en substance dans la Déclaration européenne sur les droits et principes numériques pour la décennie numérique adoptée en 2023 par le Parlement, le Conseil et la Commission<sup>13</sup> intitulée « Protection

<sup>4</sup> Art. 1<sup>er</sup> de la loi n° 94-548 du 1<sup>er</sup> juillet 1994 relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé.

<sup>5</sup> V., cependant et dès avant, Dir. 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive « Services de médias audiovisuels »).

<sup>6</sup> Cons. 38 RGPD.

<sup>7</sup> Cons. 71 règl. sur les services numériques.

<sup>8</sup> V., par ex., le règlement sur la gouvernance des données.

<sup>9</sup> Les interventions législatives se succèdent sur des sujets isolés les uns des autres comme le renforcement de l'interdiction d'accéder aux contenus pornographiques (art. 23 loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales ; art. 1<sup>er</sup> et s. loi du 21 mai 2024 visant à réguler l'espace numérique), la protection de l'image des mineurs en ligne (loi n° 2020-1266 du 19 octobre 2020 visant à encadrer l'exploitation commerciale de l'image d'enfants de moins de seize ans sur les plateformes en ligne) ou encore la protection des données (v. art. 8, 48, al. 2, 51, II, et 70 loi « Informatique et Libertés »).

<sup>10</sup> Comme le montrent les exemples cités dans la note précédente, les textes sont éparpillés dans différentes lois, ce qui rend leur accès peu aisé.

<sup>11</sup> V., par ex., Commission nationale consultative des droits de l'homme, Avis sur la protection de l'intimité des jeunes en ligne, 23 janv. 2025.

<sup>12</sup> « Une décennie numérique pour les enfants et les jeunes : la nouvelle stratégie européenne pour un internet mieux adapté aux enfants », communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, COM(2022) 212 final, 11 mai 2022.

<sup>13</sup> JOUE, 23 janv. 2023, C 23, p. 1.

et autonomisation des enfants et des jeunes dans l'environnement numérique ».

3. *Double tension*. Comme le souligne particulièrement la production normative et documentaire de l'Union, le traitement de la situation des mineurs pose la difficile question de la conciliation à opérer entre leur protection et leur autonomie, plus particulièrement pour ceux qui ont acquis un âge et un degré de maturité suffisant. Comment garantir la sécurité et l'intégrité morale que justifie la vulnérabilité des mineurs sans brider leur liberté individuelle, leur liberté de communication, leur liberté d'accéder à l'information et à la culture ou encore leur droit de nouer et de développer des relations avec autrui ? Cette question est d'autant plus ardue qu'elle doit se combiner avec le traitement de la capacité d'exercice du mineur et l'intervention des titulaires de l'autorité parentale<sup>14</sup>. Or, ces derniers sujets relèvent théoriquement de la compétence des États membres de l'Union quand les questions numériques relèvent de la compétence de l'Union, parce qu'elles mettent en cause le marché intérieur<sup>15</sup> ou la protection des données<sup>16</sup>. C'est dire la complexité d'une mise en balance entre autodétermination et protection.

4. *Objectif de l'étude*. Pour autant, le traitement des questions de capacité n'est pas strictement indispensable aux fins de la démonstration qui se suffit du droit du numérique à proprement parler. À cet égard, sans revenir sur la discussion relative à l'existence d'un droit à l'autodétermination<sup>17</sup>, celle-ci témoigne de l'accent mis sur la subjectivisation des rapports sociaux et économiques au prix de l'intérêt général qui s'attache à la protection des mineurs. En cette matière, les choix opérés par les législateurs français et européens ne convainquent guère. L'échec de l'autodétermination informationnelle (I) dans son objectif de protection des mineurs nécessite de rechercher d'autres moyens à même de le garantir (II).

### I. *L'échec de l'autodétermination informationnelle*

5. Nonobstant le différentiel entre la réalité des usages et ce que le droit prévoit, ce dernier ne répond pas aux craintes que suscite l'accès ouvert des mineurs au monde numérique. Dans l'équilibre qu'elles établissent sur le

<sup>14</sup> V. spéc. sur ce sujet, M. MUSSON, *Le droit de la personnalité du mineur à l'ère numérique*, Lyon, 2023.

<sup>15</sup> Art. 114 TFUE.

<sup>16</sup> Art. 16 TFUE.

<sup>17</sup> V., en faveur d'un tel droit, L. ROBUSTELLI, *Le droit à l'autodétermination informationnelle en droit européen*, Grenoble Alpes, 2022 ; v. également, M. MUSSON, *op. cit.*, spéc. p. 45 et s.

papier, les dispositions applicables consacrent une double illusion, celle du contrôle (A) et de la protection (B).

### A. *L'illusion du contrôle*

6. *Généralité.* L'illusion du contrôle n'est pas propre à la situation des mineurs. Elle est généralisée en droit du numérique à raison de la méthode phare de la matière, en particulier dans le droit de l'Union, dont le décalage avec les réalités ressort tout particulièrement du manque d'effectivité des contrepoids que sont l'encapacitation (*empowerment*) et l'intervention des autorités publiques.

7. *Approche par les risques.* Cette approche<sup>18</sup> qui sous-tend nombre de constructions du droit du numérique influence négativement la protection des mineurs. Le RGPD en serait un exemple topique de mise en œuvre<sup>19</sup>. Cette approche s'y incarne dans le principe de responsabilité<sup>20</sup> quand elle est explicitée dans le règlement sur l'intelligence artificielle<sup>21</sup>. Elle suppose, en substance, que le législateur détermine uniquement les buts à atteindre et laisse aux opérateurs le soin d'adopter les mesures appropriées au gré du contexte dans lequel ils interviennent<sup>22</sup>.

D'emblée, l'approche postule que le principe est la liberté pour les opérateurs d'entreprendre l'activité susceptible de porter atteinte aux droits et libertés d'autrui. Elle est encore biaisée. C'est à l'auteur d'une ingérence lucrative dans les droits et libertés d'autrui qu'est confiée la charge première d'en compenser les effets néfastes pour les personnes concernées. Que les mesures doivent être pensées et implémentées dès la conception<sup>23</sup> ou la protection des données par défaut<sup>24</sup> ne sont pas des résultats à atteindre, mais des idéaux vers lesquels tendre. Les obligations ne sont pas de résultats mais de moyen. De nombreux facteurs doivent être pris en considération pour en préciser l'intensité au cas par cas<sup>25</sup> : état des connaissances ; coûts de mise en œuvre ; nature, portée, contexte des finalités du traitement ainsi que des risques, dont le degré de probabilité et de gravité varie, pour les droits et libertés des personnes physiques ; etc.

<sup>18</sup> V., pour une étude, A. LATIL, *Le droit du numérique : Une approche par les risques*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 2024.

<sup>19</sup> C. CLERC, « Devoir de vigilance : la compliance, de l'incomplétude à l'exonomie », *Revue de droit du travail* 2022, p. 356.

<sup>20</sup> Art. 5.2 RGPD.

<sup>21</sup> Cons. 26 et 27.

<sup>22</sup> V., par ex., art. 24 RGPD ; art. 9.2, d, règl. sur l'intelligence artificielle.

<sup>23</sup> V., par ex., art. 9.3, 9.5, a, 13.1, 14.1, 15.1 et 17.1, b, règl. sur l'intelligence artificielle.

<sup>24</sup> Art. 25.2 RGPD.

<sup>25</sup> V., notamment, considérant que « le responsable du traitement est tenu d'atténuer les risques de violation des données à caractère personnel, et non d'empêcher toute violation de celles-ci » (CJUE, 25 janv. 2024, C-687/21, ECLI:EU:C:2024:72, MediaMarktSaturn, pt. 39).

Quoi qu'il en soit, s'il est évident que les plus importants des opérateurs économiques disposent des moyens humains, financiers et techniques pour satisfaire à leurs obligations, tel n'est pas le cas des petites et moyennes entreprises. En conséquence, ces dernières naviguent souvent à vue sans totalement maîtriser les risques auxquelles elles s'exposent et exposent les mineurs de par leurs activités. Il leur manque un certain nombre de précisions, qu'elles souhaitent concises et pratiques<sup>26</sup>, quant à la mise en œuvre de leurs obligations.

8. *Encapacitation des personnes concernées.* En guise de contrepoids, les individus concernés sont dotés de droits subjectifs opposables à l'opérateur. Dans une logique d'encapacitation, ils sont mis en mesure de défendre eux-mêmes et les premiers leurs intérêts propres. Cela passe, avant toute chose, par leur information, qui doit être claire et compréhensible au regard de la technicité des objets concernés<sup>27</sup>. C'est un prérequis essentiel lorsque le consentement de la personne concernée subordonne la licéité de l'activité<sup>28</sup> mais encore pour lui permettre d'exercer ses droits. Les plus connus sont ceux issus du RGPD<sup>29</sup> mais d'autres ont été consacrés comme le droit à l'explication dans le règlement sur l'intelligence artificielle<sup>30</sup>. Pour un adulte, la charge de défendre ses propres intérêts, au regard du nombre d'opérations concernées, est déjà trop importante pour être pleinement assumée<sup>31</sup>. C'est d'autant plus vrai pour les mineurs dont la compréhension de ces droits et une littératie numérique variables les exposent plus encore aux jeux d'influence et de prédation économique, à tout le moins. L'avantage immédiat qui s'attache à l'accès aux services à forte valeur ajoutée conduit les personnes concernées à négliger l'exercice de leurs droits, tendance naturelle qu'accroissent les manœuvres trompeuses, parfois accentuées s'agissant des mineurs, mises en œuvre par les opérateurs économiques pour dissuader l'exercice de ces droits<sup>32</sup>.

S'ajoute à cela le jeu de la répartition de compétence entre l'Union et les États membres. Le droit de la première ne règle généralement pas la question de l'exercice des droits de la personne concernée mineure par ses représen-

<sup>26</sup> V., Second Report on the application of the General Data Protection Regulation, Communication de la Commission européenne au Parlement européen et au Conseil, COM(2024) 357 final, spéc. p. 6.

<sup>27</sup> V., par ex., art. 13 et 14 RGPD ; art. 14 règl. sur les services numériques.

<sup>28</sup> V., par ex., art. 6.1 et 9.1 RGPD.

<sup>29</sup> Aux articles 15 et suivants du RGPD, ce sont les droits d'accès, de rectification, à l'effacement, à la limitation, à la portabilité et le droit d'opposition.

<sup>30</sup> Art. 86 règl. sur l'intelligence artificielle.

<sup>31</sup> V., spéc., en matière de protection des données, D.J. SOLOVE, « Privacy Self-Management and the Consent Dilemma » (November 4, 2012). 126 *Harvard Law Review* 1880 (2013), *GWU Legal Studies Research Paper No. 2012-141*, *GWU Law School Public Law Research Paper No. 2012-141*, disponible sur [<https://ssrn.com/abstract=2171018>].

<sup>32</sup> V., notamment, Behavioural study on unfair commercial practices in the digital environment: dark patterns and manipulative personalization, Final report, avr. 2022.

tants légaux<sup>33</sup>. Outre l'articulation que requiert sa résolution, cette modalité d'exercice est insuffisamment visibilisée<sup>34</sup>, ce qui manque d'encourager les représentants légaux à y recourir.

Aux droits subjectifs opposables, s'ajoutent d'autres vecteurs qui font des particuliers ou de la société civile les premiers acteurs de la conformité des opérateurs économiques, au bénéfice des autorités publiques dont l'intervention est retardée. Ils prolongent l'encapacitation par une logique de participation citoyenne à la régulation des plateformes. C'est le sens, par exemple, des obligations faites aux fournisseurs de services d'hébergement de mettre en place des mécanismes de notification<sup>35</sup> qui priorisent les notifications soumisees par un signaleur de confiance<sup>36</sup>.

9. *Subsidiarité de l'intervention des autorités publiques*. Les personnes concernées disposent généralement d'un droit de réclamation devant l'autorité de contrôle compétente<sup>37</sup>, voire d'un droit au recours devant le juge<sup>38</sup>. Les enjeux sont souvent d'une valeur insuffisante pour justifier la saisine d'un juge, ce qui dévie les réclamations vers les autorités de contrôle. Alors se font jour différents doutes sur leur efficacité et l'effectivité de leur action, malgré le volontarisme<sup>39</sup> dont elles font montre. La détermination de l'autorité compétente, tant spatialement que matériellement, n'est pas un moindre défi. Les procédures applicables ne sont pas optimales, comme l'expérience de l'application du RGPD a permis de l'éprouver<sup>40</sup>. Leurs moyens financiers et humains demeurent insuffisants<sup>41</sup>. Au surplus, certaines prétendent ne pouvoir intervenir qu'après une sollicitation infructueuse du débiteur des obligations induites par l'approche par les risques<sup>42</sup>.

<sup>33</sup> L'article 8 du RGPD, sur le consentement du mineur au traitement de ses données fait exception. Comp., par exemple, consacrant explicitement de tels droits au bénéfice des parents de la personne mineure concernée, Code of Federal Regulations, §312.6 « Right of parent to review personal information provided by a child ».

<sup>34</sup>

<sup>35</sup> Art. 16 règl. sur les services numériques.

<sup>36</sup> Art. 22 règl. sur les services numériques.

<sup>37</sup> V., par ex., art. 85 règl. sur l'intelligence artificielle.

<sup>38</sup> V., notamment, art. 79 RGPD.

<sup>39</sup> V., par ex., érigeant la protection des mineurs en objectif stratégique, « Plan Stratégique de la CNIL 2025-2028, Protéger les données de chacun pour sécuriser l'avenir numérique de tous », *CNIL.fr* ; v., déjà, « La CNIL publie 8 recommandations pour renforcer la protection des mineurs en ligne », *CNIL.fr*, 1<sup>er</sup> juin 2021.

<sup>40</sup> V., pour une étude sur l'effectivité procédurale des autorités de contrôle, L. HUTTNER, « Mesurer l'effectivité du RGPD », *RAE* 2023/4, p. 951, spéc. p. 954 et s.

<sup>41</sup> V., pour un aperçu synthétique, « Les règles en matière de protection des données : un pilier de l'autonomisation des citoyens et de l'approche de l'Union à l'égard de la transition numérique - deux années d'application du règlement général sur la protection des données », Document de travail des services de la Commission, SWD(2020) 115 final, annexe II.

<sup>42</sup> V. en ce sens, art. 49 règlement intérieur de la CNIL.

## B. L'illusoire protection des mineurs

10. *Prégnance relative de l'enjeu*. Les adjectifs prêtés à la protection des mineurs<sup>43</sup> n'ont que la valeur des motifs qui les portent. Il faut remarquer que le dispositif du droit de l'Union ne s'en fait pas l'écho fidèle, y compris lorsqu'il se donne pour objet d'établir « des règles harmonisées pour un environnement en ligne sûr, prévisible et fiable » et ne souligne que la protection des consommateurs<sup>44</sup>. Pour autant, le droit du numérique comprend plusieurs dispositions spécialement destinées à la protection des mineurs. Elles s'avèrent particulièrement contrastées. Plusieurs raisons se conjuguent pour limiter l'intérêt qui devrait s'y attacher.

11. *Corpus réduit*. Les règles dédiées à la protection des mineurs sont peu nombreuses – un article y est dédié dans le RGPD<sup>45</sup> –, quoiqu'en nombre croissant, éparses dans un même instrument<sup>46</sup> et dispersés dans différents textes<sup>47</sup>. Certains éléments sont relégués dans les motifs alors qu'ils auraient pu constituer des marqueurs significatifs du dispositif consacré à la protection des mineurs. Tel est le cas de l'interdiction des décisions automatisées exclusivement fondées sur un traitement de données à caractère personnel concernant un enfant, prévue par l'article 22 du RGPD. Les motifs semblent exclure l'application des exceptions légales à l'enfant dans des termes qui demeurent incertains<sup>48</sup>.

L'éparpillement est également à l'origine d'un manque de cohérence. Alors que certains textes français semblent fixer ladite « majorité numérique » à quinze ans<sup>49</sup>, d'autres retiennent l'âge seize ans comme seuil déterminant de la protection des mineurs<sup>50</sup> au faible motif distinctif d'une exploitation commerciale de l'image dans ce dernier cas.

Pour autant, quelques tendances se dessinent quant aux questions qui requièrent une protection particulière des mineurs. Il s'agit notamment de prendre en compte les risques spécifiques auxquels ils sont exposés<sup>51</sup>, de leur

<sup>43</sup> V. *supra*.

<sup>44</sup> Art. 1<sup>er</sup> règl. sur les services numériques.

<sup>45</sup> V., sur le consentement des enfants aux services de la société de l'information, art. 8 RGPD.

<sup>46</sup> V., par ex., en l'absence de disposition dédiée, art. 5.1, b, 7.1.h, 9.9 et 60.4, g, règl. sur l'intelligence artificielle.

<sup>47</sup> V., par ex., les dispositions françaises en la matière, qui sont à rechercher dans différentes lois non codifiées.

<sup>48</sup> Cons. 71, al. 1<sup>er</sup>, *in fine*, RGPD.

<sup>49</sup> Art. 45 loi « Informatique et Libertés » ; art. 4 Loi n° 2023-566 du 7 juillet 2023 visant à instaurer une majorité numérique et à lutter contre la haine en ligne.

<sup>50</sup> Loi n° 2020-1266 du 19 octobre 2020 visant à encadrer l'exploitation commerciale de l'image d'enfants de moins de seize ans sur les plateformes en ligne.

<sup>51</sup> V., par ex., art. 34.1, b et d, règl. sur les services numériques.

offrir une information adaptée<sup>52</sup>, de leur permettre de consentir seul à partir d'un âge déterminé<sup>53</sup>, ou encore de leur restreindre l'accès à des contenus inappropriés par des systèmes de vérification d'âge<sup>54</sup>.

Restent des silences pour le moins gênants, bien que les textes n'empêchent pas les juridictions de les combler. Que l'on songe, entre autres, à l'absence de circonstance aggravante tenant explicitement à la minorité des personnes concernées parmi les éléments susceptibles d'être pris en considération pour la détermination du montant d'une amende administrative<sup>55</sup>.

12. *Corpus limité par son champ d'application.* Chacune de ces dispositions protectrices des mineurs est viciée par un champ d'application matériel limité qui exclut toute protection spécifique des mineurs pour un certain nombre d'hypothèses. Ce sont notamment les services de réseaux sociaux qui concentrent l'attention, parce que les risques y sont aussi prégnants que leur utilisation est massive. La règle qui interdit au mineur de consentir seul à un traitement de données à caractère personnel<sup>56</sup> ne s'applique qu'à « l'offre directe de services de la société de l'information aux enfants »<sup>57</sup>. Et le droit à l'oubli spécial offert aux mineurs est limité aux données collectées par ces services sur la base juridique du consentement<sup>58</sup>, à l'exclusion des autres bases juridique auxquels les services de la société de l'information pourraient recourir<sup>59</sup>. La lettre de l'article 51, II, de la loi « Informatique et Libertés » laisse accroire à un champ d'application plus large. La règle dite de « majorité numérique »<sup>60</sup> vaut également pour l'inscription aux réseaux sociaux<sup>61</sup>, à l'exclusion des autres offres de biens et de services en ligne.

<sup>52</sup> V., par ex., art. 12.1 RGPD ; art. 45, al. 3, et 48, al. 2, loi « Informatique et Libertés » ; art. 14.3 règl. sur les services numériques.

<sup>53</sup> V., par ex., art. 8 loi « Informatique et Libertés » ; art. 6-7, I, loi pour la confiance dans l'économie numérique.

<sup>54</sup> V., par ex., art. 10 loi pour la confiance dans l'économie numérique.

<sup>55</sup> Cela n'empêche pas l'autorité de contrôle de prendre en compte cette circonstance (v., par ex., délib. de la formation restreinte de la CNIL n° SAN-2022-027 du 29 décembre 2022 concernant les sociétés x et xx, spéc. pt. 94).

<sup>56</sup> Art. 8 RGPD ; art. 45 loi « Informatique et Libertés ».

<sup>57</sup> « tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services » (art. 1.1, b, dir. (UE) 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information).

<sup>58</sup> Art. 17.1, f, RGPD.

<sup>59</sup> La base juridique tenant à l'intérêt légitime, notamment, prévue par l'article 6.1, f, RGPD (v., pour quelques éléments d'analyse, CJUE Gde ch., 4 juill. 2023, C-252/21, ECLI:EU:C:2023:537, Meta Platforms, pt.86 et s.).

<sup>60</sup> Art. 4 loi n° 2023-566 du 7 juillet 2023 visant à instaurer une majorité numérique et à lutter contre la haine en ligne.

<sup>61</sup> Pour une définition, v. art. 1<sup>er</sup> loi n° 2023-566 du 7 juillet 2023 visant à instaurer une majorité numérique et à lutter contre la haine en ligne.

Il faut encore relever que les exigences d'une information adaptée à un public mineur ne sont pas systématiques. Le règlement sur les services numériques l'impose uniquement « lorsqu'un service intermédiaire s'adresse principalement à des mineurs ou est utilisé de manière prédominante par des mineurs »<sup>62</sup>. Le RGPD pourrait s'avérer moins restrictif, compte tenu de sa lecture actuelle par la Cour de justice<sup>63</sup>, lorsqu'il vise « toute information destinée spécifiquement à un enfant »<sup>64</sup>.

13. *Des contraintes variables.* Les règles protectrices des mineurs sont empreintes de l'approche par les risques, tout particulièrement lorsqu'elles ont pour source le droit de l'Union. C'est dire qu'elles ménagent les débiteurs des différentes obligations. Aux termes du RGPD, le responsable de traitement demeure tenu de prendre « des mesures appropriées », comme il l'est vis-à-vis des adultes, pour adapter l'information destinée à un enfant<sup>65</sup>. Cela ne manque pas d'affecter l'effectivité de certaines règles. C'est particulièrement le cas pour le consentement de l'enfant aux traitements liés à l'offre d'un service de la société de l'information. L'obligation de vérifier que le consentement est donné ou autorisé par le titulaire de l'autorité parentale à l'égard de l'enfant n'implique du responsable de traitement que des efforts raisonnables « compte tenu des moyens technologiques disponibles »<sup>66</sup>. Aucune méthode n'est prescrite, ni aucune délégation n'est donnée pour la prescrire. Compte tenu des enjeux, il serait pourtant nécessaire que le législateur garantisse un seuil minimal, précis et impératif de protection, seul à même de garantir une protection effective des mineurs.

## II. La recherche d'effectivité de la protection des mineurs

13. L'enjeu reconnu et affiché qui s'attache à la protection des mineurs justifie, au moins à leur égard, de revenir sur la méthode qui résulte de l'approche par les risques pour y préférer une réglementation (A) et une plus forte implication *a priori* des acteurs étatiques (B).

### A. Le retour à la réglementation

14. Un nouvel équilibre. Le numérique a amplifié un grand nombre de phénomènes nocifs pour les mineurs sans véritable cadre en rapport avec ces

<sup>62</sup> Art. 14.3 règl. sur les services numériques.

<sup>63</sup> Elle favorise systématiquement une protection efficace et complète des personnes physiques contre le traitement de leurs données.

<sup>64</sup> Art. 12.1 RGPD.

<sup>65</sup> Art. 12.1 RGPD.

<sup>66</sup> Art. 8.2 RGPD.

nouveaux enjeux. L'approche par les risques est une méthode pour satisfaire un vœu pieu. Si l'ambition est d'établir « des règles harmonisées pour un environnement en ligne sûr, prévisible et fiable »<sup>67</sup>, sa réalisation ne peut être laissée au dialogue entre les juges nationaux et européens et aux autorités de contrôle. Repenser l'équilibre entre liberté d'entreprendre et protection des mineurs doit permettre de redonner à cette dernière sa juste place, c'est-à-dire de redonner l'initiative de la protection des mineurs à l'autorité publique et de restituer aux opérateurs privés la charge induite par les risques que leur activité engendre. Le mouvement d'une moindre place laissée à la régulation n'est pas inédit et déjà s'observe entre le RGPD et le règlement sur l'intelligence artificielle.

À cet égard, l'Union ne peut se prévaloir de son incompétence. Car ce n'est pas de capacité des personnes dont il est question. Il s'agit uniquement d'assurer la protection d'une catégorie particulière de personnes concernées par un traitement, sur le fondement de l'article 16 TFUE, ou de consommateurs, sur le fondement de l'article 169 TFUE, ou, plus largement encore, de la régulation du marché intérieur du numérique, sur le fondement de l'article 114 TFUE. L'intervention de l'Union est d'ailleurs indispensable, puisque les dispositions nationales provoquent une refragmentation du marché intérieur du numérique en même temps qu'elles se heurtent régulièrement au principe du pays d'origine<sup>68</sup>.

15. *Enrichir la réglementation.* Le recours à la réglementation par le droit de l'Union, dans la foulée des législateurs nationaux, doit permettre aux autorités publiques, et en particulier au pouvoir législatif, de reprendre la main sur la détermination des mesures appropriées pour assurer la protection des mineurs.

En priorité, la question se pose de l'interdiction aux mineurs de certaines activités numériques ou de l'interdiction de certaines activités numériques qui concernent les mineurs. C'est d'autant plus nécessaire que les titulaires de l'autorité parentale ne sont pas suffisamment armés, cognitivement et juridiquement, pour endiguer les risques auxquels peuvent être exposés de jeunes mineurs en ligne, lorsqu'ils n'en sont pas eux-mêmes à l'origine<sup>69</sup>. Déjà le législateur de l'Union s'est engagé dans cette voie en prohibant « la mise sur le marché, la mise en service ou l'utilisation d'un système d'IA qui exploite les éventuelles vulnérabilités dues à l'âge »<sup>70</sup>. Il conviendrait, dans la même veine,

<sup>67</sup> Art. 1.1 règl. sur les services numériques.

<sup>68</sup> V., notamment, art. 3 dir. 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique ») ; v. également, pour une illustration récente des limites imposées aux initiatives nationales, CJUE, 9 nov. 2023, C-376/22, ECLI:EU:C:2023:835, Google Ireland.

<sup>69</sup> G. KESSLER, « La divulgation par les parents de la vie privée de leurs enfants sur les réseaux sociaux : quel encadrement pour la pratique du sharenting ? », *AJ fam.* 2021, p.292.

<sup>70</sup> Art. 5.1, b, règl. sur l'intelligence artificielle.

de renforcer l'interdiction de la publicité fondée sur le profilage en écartant la condition tenant à la certitude raisonnable de la qualité de mineur<sup>71</sup> pour faire peser sur l'annonceur une obligation dont il puisse moins facilement se défaire. Devraient être discutés l'âge en deçà duquel il devrait être strictement interdit aux mineurs, même par la représentation de leurs parents, de conclure un contrat de fourniture de contenu ou de service numérique. Pourrait également être envisagé de classer parmi les catégories particulières de données, dont le traitement est par principe interdit<sup>72</sup>, les données qui se rapportent aux jeunes mineurs. Si un seuil reste à déterminer, une telle disposition aurait la vertu d'éviter de laisser incertaine la balance possible entre l'intérêt légitime du responsable de traitement à mettre en œuvre son traitement de données et « les intérêts ou les libertés et droits fondamentaux de la personne concernée » lorsqu'elle est un enfant<sup>73</sup>.

Afin d'assurer l'effectivité d'éventuelles interdictions, des dispositions complémentaires devraient contraindre les fournisseurs de services intermédiaires, en particulier les réseaux sociaux, d'appliquer un paramétrage par défaut protecteur des mineurs à tout utilisateur<sup>74</sup>. C'est au majeur qu'il appartiendra d'entreprendre une démarche positive, modifier les paramètres, après avoir satisfait à un dispositif de vérification de l'âge. La mesure n'est pas sans conséquence pour la liberté d'accéder aux informations mais nous paraît une mesure rendue nécessaire par le nombre, la disponibilité et la facilité d'accès aux contenus inappropriés.

À cet égard, le législateur, au sens large, doit détailler le traitement de certaines questions et imposer, à tout le moins, des mesures techniques et organisationnelles minimales aux opérateurs du marché. L'exemple peut être repris du dispositif relatif à la vérification de l'âge pour l'accès à un site pornographique. Le législateur a d'abord souhaité renforcer l'interdiction d'accès des mineurs par une mesure de régulation<sup>75</sup>, et plus particulièrement en donnant un pouvoir d'injonction à l'autorité de contrôle compétente afin qu'elle ordonne une mise en conformité<sup>76</sup>. Ce fut un échec. Aussi la loi du 21 mai 2024 visant à sécuriser et réguler l'espace numérique lui confère un rôle proactif dans la surveillance de l'accessibilité de tels contenus aux mineurs

<sup>71</sup> Art. 28.2 règl. sur les services numériques ; comp., cons.71 RGPD.

<sup>72</sup> Art. 9.1 RGPD.

<sup>73</sup> Art. 6.1, f, RGPD.

<sup>74</sup> V., en ce sens, Avis CNCDH, préc., spéc. recommandation n° 13 ; v. déjà, entre autres, *Avis relatif à la lutte contre la haine en ligne (A-2021-9)*, Commission nationale consultative des droits de l'homme, 8 juill. 2021 ; comp., sur une condamnation pour un paramétrage par défaut public des comptes de réseaux sociaux de mineurs, Data Protection Commission, *Decision in the matter of Meta Platforms Ireland Limited, formerly Facebook Ireland Limited, and the "Instagram" social media network (IN-20-7-4)*, 2 sept. 2022.

<sup>75</sup> Loi n° 2022-309 du 3 mars 2022 pour la mise en place d'une certification de cybersécurité des plateformes numériques destinée au grand public.

<sup>76</sup> Art. 23 loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales.

ainsi que la charge, au regard de ses compétences techniques, d'adopter d'un « référentiel déterminant les exigences techniques minimales applicables aux systèmes de vérification de l'âge »<sup>77</sup>. Le législateur de l'Union devrait s'inspirer de cette logique pour l'application de toute règle qui suppose de vérifier l'âge du mineur afin de garantir la fiabilité du système mis en œuvre, la validité du consentement donné par le mineur et l'identité du titulaire de l'autorité parentale. Il devrait imposer l'adoption de normes techniques minimales dans des décisions d'exécution<sup>78</sup> auxquelles devraient se conformer les opérateurs<sup>79</sup>.

16. *Compléter la régulation.* L'enrichissement de la réglementation n'est pas incompatible avec le maintien de la régulation, sous réserve que cette dernière soit dûment complétée. Des modifications ponctuelles sont nécessaires, par exemple pour étendre la règle relative à l'âge à partir duquel le mineur peut valablement consentir seul à un traitement de données à l'ensemble des traitements de données dont il peut faire l'objet.

Des modifications plus générales sont également à envisager. L'information spécifique des mineurs devrait être systématisée dès lors qu'ils sont susceptibles d'être concernés, sans avoir à vérifier qu'ils le sont spécialement ou principalement. Les réseaux sociaux généralistes devraient ainsi être contraints de prévoir une information spécifique, qui aurait par ailleurs l'avantage de pouvoir être utile à d'autres catégories de personnes vulnérables notamment à raison de leur illettrisme. Cette information devrait être complétée par des éléments que le législateur n'a pas jugé utile d'être communiqués aux autres personnes concernées alors qu'ils doivent être documentés : les risques pour les droits et libertés auxquels exposent les traitements de données ou encore l'usage de l'intelligence artificielle. La mise en place d'un cyberscore, prévue par la loi française et suspendue à la publication d'un arrêté ministériel<sup>80</sup>, s'inscrit dans cette démarche tout en étant limitée à la cybersécurité. L'information devrait s'étendre aux parents lorsque l'activité dépend de leur consentement,

<sup>77</sup> V., désormais, art. 10, I, al. 2, loi pour la confiance dans l'économie numérique ; v., en complément, Référentiel déterminant les exigences techniques minimales applicables aux systèmes de vérification de l'âge mis en place pour l'accès à certains services de communication au public en ligne et aux plateformes de partage de vidéos qui mettent à disposition du public des contenus pornographiques, ARCOM, oct. 2024.

<sup>78</sup> Les textes ne prévoient généralement qu'une possibilité (v., par ex., art. 28.4 règl. sur les services numériques).

<sup>79</sup> Comp., sur la possibilité ouverte aux fournisseurs de très grandes plateformes en ligne et de très grands moteurs de recherche en ligne de mettre en place des mesures d'atténuation pouvant inclure « l'adoption de mesures ciblées visant à protéger les droits de l'enfant, y compris la vérification de l'âge et des outils de contrôle parental, ou des outils permettant d'aider les mineurs à signaler les abus ou à obtenir un soutien », art. 35.1, j, règl sur les services numériques.

<sup>80</sup> Loi n° 2022-309 du 3 mars 2022 pour la mise en place d'une certification de cybersécurité des plateformes numériques destinée au grand public.

comme le prévoit déjà le droit français s'agissant de l'exploitation de l'image d'un mineur en ligne<sup>81</sup>.

L'encapacitation, non des mineurs, mais de leurs parents doit également être renforcée. Parce que la question peut aujourd'hui être rendue complexe par l'articulation entre le droit dérivé adopté en la matière qui confère la jouissance de droits nouveaux et le droit des États membres qui demeurent compétents en matière de capacité, il s'agit de visibiliser les attributions parentales dans la protection de leur enfant. Certaines législations ont déjà œuvré en ce sens. C'est partiellement le cas du droit français. L'article 6-7, I, alinéa 2, de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, créé par la loi du 7 juillet 2023 visant à instaurer une majorité numérique et à lutter contre la haine en ligne, confère à « l'un des titulaires de l'autorité parentale [la possibilité de] demander aux fournisseurs de services de réseaux sociaux en ligne la suspension du compte du mineur de quinze ans ». Il devrait en être de même pour les traitements de données à caractère personnel par l'intermédiaire du droit d'opposition, comme les parents devraient pouvoir exercer les autres droits conférés à la personne concernée avant que cette dernière n'ait atteint un âge suffisant pour être présumée dotée d'une capacité de discernement suffisante.

## B. L'implication a priori des acteurs publics

17. *Effectivité*. Le défi de l'effectivité est constant en droit. Il est plus aigu dans le monde numérique à raison de la globalité et de l'immatérialité du réseau, de la localisation des acteurs et des pouvoirs économiques à l'œuvre. Quoi qu'il en soit, quelques mesures nous paraissent pouvoir être mises en œuvre pour mieux garantir l'effet des règles recommandées.

18. *Littéracie numérique*. La première des mesures est à la frontière du droit du numérique et des politiques publiques : éduquer les mineurs à comprendre et utiliser les outils numériques. Cette formation est imposée par les textes<sup>82</sup>. Et le ministère de l'Éducation nationale français affiche de fortes ambitions à cet égard, parmi lesquelles « au collège, [...] permettre à tous les élèves de comprendre le fonctionnement des outils et dispositifs numériques (algorithmes, intelligence artificielle, etc.), de savoir les utiliser de manière responsable et de disposer de premières compétences en codage »<sup>83</sup>. Ces compétences sont indispensables à la pleine compréhension des informations prescrites par les règles de droit et à l'exercice agile des droits conférés à chacun dans l'espace numérique.

<sup>81</sup> Art. L.7224-1, al.2, code du travail.

<sup>82</sup> Art. L. 312-9 code de l'éducation.

<sup>83</sup> Numérique pour l'éducation 2023-2027, La vision stratégique d'une politique public partagée, Ministère de l'Éducation nationale, Janv. 2023, spéc. p. 19 et s.

19. *Proactivité des autorités de contrôle.* Sans doute le droit joue-t-il un rôle plus déterminant pour définir le rôle des autorités de contrôle, dépendamment des moyens qui leur sont attribués. Actuellement, les règles européennes leur offrent essentiellement des possibilités de se montrer proactives, par l'attribution de missions suffisamment générales, comme contrôler l'application du droit de l'Union<sup>84</sup> ou par des formules circonlocutoires et peu coercitives comme encourager la sensibilisation des opérateurs économiques<sup>85</sup>, et des pouvoirs appropriés, comme celui de mener des enquêtes<sup>86</sup>. Il manque à cet appareil variable d'un instrument de droit dérivé à l'autre des dispositions plus directives quant à l'action des autorités de contrôle. Ces dernières, sauf à être animées d'une volonté propre sur le sujet, ne seront amenées à se saisir de la question de la protection des mineurs que de façon fortuite, au gré de leur saisine. À prendre pour exemple l'autorité française en matière de protection des données, elle met à disposition des ressources pédagogiques et d'autres contenus à destination des enfants<sup>87</sup> ainsi que des recommandations relatives aux droits numériques des mineurs à destination des responsables de traitement et sous-traitants<sup>88</sup>. Au niveau européen, rien de comparable n'a été entrepris.

Par ailleurs, les actions de contrôle demeurent limitées, d'autant plus que la publication des décisions demeure exceptionnelle. À ce jour, de rares délibérations de la formation restreinte de la CNIL traitent de traitements de données impliquant des personnes concernées mineures<sup>89</sup> quand la procédure simplifiée semble n'avoir jamais permis de traiter spécifiquement ces questions<sup>90</sup>. Le comité européen de la protection des données est également intervenu ponctuellement, dans le cadre du mécanisme de l'autorité chef de file et uniquement grâce aux objections d'autorités de contrôle<sup>91</sup>. Il n'est pas satisfaisant de devoir attendre que l'autorité de contrôle en fasse une priorité stratégique.

La protection des mineurs requiert que les autorités de contrôle soient astreintes à l'exercice d'une surveillance proactive du respect d'un certain nombre de mesures clés pour la protection des mineurs : l'information, la vérification de l'âge ou encore le recours à des conceptions trompeuses. Sur ces questions, elles devraient ne pas pouvoir clôturer une plainte en l'absence de saisine préalable de l'opérateur par la personne concernée.

<sup>84</sup> V., par ex., art. 57.1, a, RGPD.

<sup>85</sup> Art. 57.1, d, RGPD.

<sup>86</sup> V., par ex., art. 51.1, a, règl. sur les services numériques.

<sup>87</sup> <https://www.cnil.fr/fr/thematiques/enfants-et-ados>.

<sup>88</sup> <https://www.cnil.fr/fr/thematiques/les-droits-numeriques-des-mineurs>.

<sup>89</sup> V., pour un exemple concernant particulièrement les enfants, s'agissant de jouets connectés, déc. de la Présidente de la CNIL n° MED-2017-073 du 20 novembre 2017 mettant en demeure la société X.

<sup>90</sup> Aucune publication de la CNIL n'en fait état.

<sup>91</sup> Décision contraignante 2/2023 concernant le litige soumis par l'autorité de contrôle irlandaise concernant TikTok Technology Limited (article 65 RGPD), 2 août 2023.

L'attrait des mineurs pour les services numériques est tel qu'il faudrait encore s'interroger sur la nécessité de réintroduire des formalités préalables qui redonnent l'initiative aux autorités publiques et leur permettent un contrôle systématique pour garantir la protection des mineurs.

*Abstract* [Fr]

Le constat de départ est paradoxal. L'usage des outils et services du numérique par les mineurs s'est massifié et banalisé quand l'évolution des technologies et des pratiques, en particulier par le recours à l'intelligence artificielle, accroît toujours plus les risques auxquels ils sont exposés. Le traitement de la situation des mineurs pose la difficile question de la conciliation à opérer entre leur protection et leur autonomie, plus particulièrement pour ceux qui ont acquis un âge et un degré de maturité suffisant. L'actuelle mise en balance entre autodétermination et protection, qui favorise la première, manque de convaincre. Elle repose sur l'illusoire adéquation de l'approche par les risques qu'il faut dissiper pour mieux en revenir à une pondération plus forte de la réglementation impérative considérant les enjeux liés à la protection des mineurs.

*Mots clés* : mineur ; autodétermination informationnelle ; protection des mineurs ; approche par les risques ; réglementation impérative.

*Abstract* [Eng]

The initial observation is paradoxical. The use of digital tools and services by minors has become widespread and commonplace, while the development of technologies and practices, in particular through the use of artificial intelligence, is increasing the risks to which they are exposed. Dealing with the situation of minors raises the difficult question of how to reconcile their protection with their autonomy, particularly for those who have reached a sufficient age and degree of maturity. The current balance between self-determination and protection, which favors the former, is unconvincing. It is based on the illusory adequacy of the risk-based approach, which needs to be dispelled in favor of a stronger weighting of the imperative regulation in view of the issues involved in protecting minors.

*Keywords*: minor; informational self-determination; protection of minors; risk-based approach; mandatory regulations.

# En France, l'enfant mineur d'âge dispose-t-il de la capacité à décider pour son bien ?

Jean-Pierre Rosenczveig

*Résumé* : I. Le droit d'être acteur de sa protection. – II. L'enfant dispose d'une capacité d'agir sur le cours de sa vie.

Trop fréquemment, l'enfant – la personne de moins de 18 ans – est présenté comme un incapable juridique. Il était tenu comme un être fragile à protéger contre les autres, mais aussi contre lui-même puisque pouvant prendre des engagements irresponsables faute de disposer du discernement nécessaire. Comme trop longtemps la femme qui devenait incapable dès lors<sup>1</sup> qu'elle prononçait le « I » du « Oui » sacramental !

C'est donc à ses parents que revient la mission de le protéger et de l'éduquer et d'une manière générale d'exercer ses droits, de l'accompagner ou de le représenter. L'autorité parentale qui a succédé en 1958 à la puissance paternelle peut même être analysée comme une fonction sociale<sup>2</sup>. La liberté des parents de protéger et d'éduquer leurs enfants n'est pas absolue mais surveillée. Son mauvais exercice peut être sanctionné pénalement ou civilement<sup>3</sup>. L'abandon de famille est punissable et le non-exercice de ses responsabilités si ce comportement a gravement nuit à la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de l'enfant est même un délit puni de 2 ans d'emprisonnement (art 227-17 CP)<sup>3</sup> sauf à en avoir démissionné en remettant l'enfant aux fins d'adoption.

Petit à petit, dans la deuxième moitié du XX<sup>e</sup> siècle, sans attendre même la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) de 1989 qui a accéléré et cristallisé le processus, y compris sous nos cieux, l'enfant est considéré

<sup>1</sup> À ce moment-là seulement. Sinon le mariage – un contrat – eut été nul. Il a fallu attendre 1944 pour que les femmes de France disposent du droit de vote, 1965 le droit de pouvoir ouvrir un compte en banque et de disposer d'un carnet de chèques. Ne parlons pas de la contraception et de l'IVG et donc du droit de disposer de son corps. Relevons que le viol entre époux n'a été condamné par la jurisprudence qu'en 1985 et par la loi en 2005

<sup>2</sup> Art. 371-1 C. civ. : « L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Elle appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger 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 [...] ». Le mot essentiel est « Pour ».

<sup>3</sup> Certains souhaiteraient porter la peine encourue à 3 ans si l'enfant est devenu délinquant. Proposition de loi Attal, 2024.

comme une personne mineure certes, mais qui peut exercer personnellement certains de ses droits.

Il peut être l'acteur de sa protection (I) et d'une manière générale acteur de sa vie (II).

### I. *Le droit d'être acteur de sa protection*

Dans un pays comme la France, l'enfant s'est vu reconnaître le droit d'enclencher sa protection notamment si ses parents sont défailants, *a fortiori* s'ils sont à l'origine de la situation de danger ou les auteurs des violences. Il peut appeler à l'aide comme tout un chacun, mais surtout mettre en branle la procédure de protection. Par pragmatisme – il peut y avoir urgence et il est le mieux placé –, mais désormais aussi en référence à cette idée confortée par la CIDE que l'enfant comme toute personne a un droit à se protéger.

#### *A la police*

Un enfant peut se rendre seul dans un service de police pour y porter plainte pour atteinte à ses biens ou à sa personne, notamment sexuellement, contre X ou une personne dénommée, membre de sa famille ou tiers. Sa plainte doit être enregistrée et traitée avec les investigations qui s'imposent. Le parquet appréciera ensuite les suites à donner notamment la saisine d'un juge d'instruction ou du tribunal<sup>4</sup>.

Force est de constater que nombre d'enfants ignorent avoir ce droit. Comment s'en étonner quand les adultes – parents ou professionnels, y compris parfois des policiers – qui revendiquent par ailleurs de parler la loi aux plus jeunes l'ignorent eux-mêmes ? Comme dans cette affaire dont j'ai pu connaître où une jeune fille de 17 ans venait porter plainte pour viol pour des faits commis disait-elle alors qu'elle avait 9 ans et demi par un jeune de 15 ans confié à la même famille d'accueil. Les policiers lui avaient répondu – dixit les procès-verbaux au dossier : « *Revenez avec l'un de vos parents car vous êtes mineure !* ». La jeune fille avait fait valoir en vain que son père avait disparu et que sa mère se l'était vue retirée par justice<sup>5</sup>. Apparemment les policiers de la République n'avaient pas été formés au droit des mineurs, et d'une manière générale au droit des personnes.

<sup>4</sup> La plainte simple consiste à dénoncer aux autorités les faits dont on allègue avoir été victime et diffère de la plainte avec constitution de partie civile qui enclenche une poursuite pénale devant le juge d'instruction. Seuls les représentants légaux de l'enfant peuvent engager cette poursuite comme ils sont seuls habilités à saisir directement le tribunal sur citation directe.

<sup>5</sup> Le parquet informé devait donner l'ordre d'auditionner cette jeune fille et d'investiguer. Le jeune avait été retrouvé et avait admis sans difficulté sa responsabilité<sup>6</sup>. Dixit les policiers il était même content qu'elle ait enfin parlé et qu'il puisse avoir la possibilité après sanction de tourner la page.

On conçoit difficilement qu'un enfant demande à son parent agresseur de bien vouloir l'accompagner au service de police<sup>6</sup>. On s'interrogera aussi sur l'impossibilité ou la peur d'un enfant de mobiliser ses parents s'il a été victime d'une agression et qui se rend seul au service de police !

### *Devant le juge des enfants*

L'enfant discernant peut solliciter le juge des enfants (JE) s'il s'estime en danger dans l'univers familial (art. 375 C. civ.). Il lui suffit de toquer à sa porte ou de lui adresser un courrier, désormais un coup de téléphone ou un courriel pour que le juge soit légalement saisi. Le magistrat a l'obligation d'ouvrir une procédure d'assistance éducative (art. 375 C. Civ). Incapable juridiquement l'enfant déclenche une procédure judiciaire civile !

Si le jeune se présente à son cabinet – hypothèse d'un jeune fugueur – le juge doit le recevoir et l'informer de son droit d'être assisté d'un avocat (art. 1186 CPC) quitte à veiller à ce que le bâtonnier lui en désigne un. Il est rare mais légal que le jeune se présente au cabinet du JE assisté d'un avocat choisi.

Le juge l'informerait qu'il est dans l'obligation de prévenir ses parents. Il appréciera ensuite à l'issue de l'audition ce qu'il convient de faire dans l'instant, notamment clore la procédure.

Un jeune ne vient pas au tribunal pour le plaisir. Il aura pris conseil et on lui aura recommandé de le faire. Ainsi un temps les mineurs étrangers non accompagnés usaient de cette démarche sur le conseil des passeurs dès leur arrivée en France. Aujourd'hui ce sera surtout après rejet de leur demande par les autorités administratives, le JE étant alors saisi en appel.

Un jour s'est présenté à mon cabinet un adolescent disant avoir peur de rentrer chez lui et de signifier à sa mère ses mauvaises notes. J'ai demandé à la gendarmerie locale d'aller prévenir la mère que son rejeton se trouvait dans mon cabinet – elle n'avait pas de téléphone – et de s'informer sur leurs relations. On venait de la trouver gisante au pied de son réfrigérateur. Elle avait été assommée par son fils quelques heures plus tôt. En réalité, en se présentant dans mon cabinet, il venait se constituer prisonnier en ayant apparemment plus confiance en un juge qu'en la police !

Le JE saisi, non seulement prévient le procureur de la République, mais les parents. Ne fût-ce que parce qu'on se trouve dans la procédure qualifiée d'« assistance éducative » introduite en 1958 dans le chapitre sur la filiation et l'autorité parentale veut qu'on n'attende plus qu'un enfant soit délinquant pour s'occuper de ses conditions de vie<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Sur les 5,5 millions de français qui affirment avoir été victimes de violences sexuelles durant leur enfance, 3 millions excipent d'actes commis au sein de la famille, donc d'inceste (Enquête INSERM 2021).

<sup>7</sup> Procédure mise en place pour ne plus avoir à attendre qu'un enfant en danger commette un délit pour se préoccuper de lui.

Encore faut-il que le juge soit accessible et tout simplement disponible dans ce moment où le jeune se présente ou qu'une permanence soit constituée<sup>8</sup>. Nombre de juges se disent submergés ; tous les tribunaux n'ont pas cette permanence.

### *Quelles décisions ?*

Le juge pourra être amené en urgence à chercher un accueil en souhaitant *in petto* trouver une place pour mettre le jeune à l'abri.

Il peut bien évidemment refuser d'intervenir ou ne pas accepter la requête du jeune d'aller vivre chez un proche ou chez son autre parent en cas de séparation de ses géniteurs et lui demander de rentrer chez lui dans l'attente d'une audience<sup>9</sup>.

Une fois ses parents entendus sur les faits allégués et la tenue d'une audience contradictoire, le juge appréciera encore s'il convient de clore purement et simplement la procédure ou s'il est utile de prendre une mesure de protection ou de maintenir celle qui aura déjà pu être prise, quitte à ordonner des mesures d'investigation qui lui paraîtraient s'imposer ou d'entendre toute personne utile.

En d'autres termes, si l'enfant a le droit et l'obligation de vivre au domicile parental jusqu'à ses 18 ans – et ses parents le droit et l'obligation de l'accueillir –, à y regarder de près, l'enfant discernant s'est vu reconnaître le droit de quitter légalement, avec l'appui d'un juge<sup>10</sup>, le domicile parental sans l'accord des parents.

Reste bien sûr posée la question-clé du discernement dont aucune définition n'existe. On est renvoyé à une appréciation subjective de la capacité de l'enfant sinon de son intérêt<sup>11</sup>.

Un enfant, quasiment dès la naissance, peut très aisément manifester son mal être sans maîtriser la parole par son comportement. On en a tous eu des exemples en famille ou comme professionnel.

<sup>8</sup> En 2011 à Bobigny, le président du TJ prétendit interdire aux mineurs non-accompagnés d'entrer au tribunal dès lors que le conseil départemental refusait de les accueillir. Il fallut lui expliquer que ces jeunes étaient en droit de venir solliciter un juge donc d'entrer dans les locaux sans convocation.

<sup>9</sup> Etant entendu que le juge des enfants, juge d'exception, intervient sur la situation de danger quand le JAF, juge de droit commun de la famille, lui décide en général de l'exercice des responsabilités parentales. Les deux magistrats doivent se coordonner. Le JE intervient sur une procédure d'ordre public, le JAF dans un contentieux privé. L'un l'emporte sur l'autre le temps du danger. Le JE doit intervenir s'il y a des faits nouveaux. Il est régulièrement l'objet de tentatives de manipulation de parents qui n'ont pas obtenu satisfaction du JAF.

<sup>10</sup> Fréquemment le parquet sollicité par les services de police ou l'ASE aura pu prendre en urgence une mesure de mise à l'abri. Sa décision équivaut d'ailleurs à une lettre de cachet : elle est prise sans audience, pas nécessairement motivée et n'est pas susceptible de recours. Le parquet se doit de saisir le JE dans les 8 jours qui lui-même dispose de 15 jours pour recevoir les intéressés ; à défaut la mesure est caduque.

<sup>11</sup> Autre critère subjectif non défini où souvent les adultes se projettent y compris quand il est dit supérieur.

### Un accueil extérieur

Si un accueil hors du domicile familial s'impose, la loi veut désormais et explicitement<sup>12</sup> que le juge se pose la question de la mobilisation d'un autre membre de la famille ou de personnes proches<sup>13</sup>. Il sera tout naturellement amené à interroger l'enfant sur ce point et à entendre ses souhaits ou suggestions. L'enfant a ainsi la possibilité d'influer sur la décision judiciaire.

### Les pouvoirs du juge et de l'enfant

En toute hypothèse, qu'il ait enclenché ou non la procédure, l'enfant dispose d'un droit de veto sur les décisions du juge dont il sera plus ou moins conscient. Tout l'art du juge est de ne pas lui donner le sentiment que lui, juge, est quasiment démuné par-delà ses postures d'autorité.

Le JE et les travailleurs sociaux mobilisés vont devoir faire preuve de diplomatie et de force de conviction. Ils sont souvent appelés à donner du temps au temps. En tout cas le juge tentera de gagner la confiance du jeune qui peut avoir appris de longue date à se méfier du monde adulte, à ne croire qu'en lui-même, notamment s'il est dans la toute-puissance du fait de la défaillance d'un, sinon des deux parents. Sans oublier souvent l'impact de la crise d'adolescence.

Le juge est régulièrement conduit à prendre des décisions qui peuvent ne pas être celles attendues par l'enfant. Il lui faut lui rappeler son statut d'enfant sans pour autant lui fermer les perspectives de voir sa situation évoluer. Le jeune ne doit pas désespérer ou à l'inverse se sentir en position de puissance même si en réalité, *de facto*, il l'est souvent.

Ainsi, il est fréquent qu'un enfant accepte de parler au juge à condition que celui-ci ne viole pas la confidentialité de l'information recueillie. D'aucune manière le juge ne peut s'engager dans cette voie. Il doit dire à l'enfant que chacun doit être dans son statut : l'un de personne en difficulté et mineure, l'autre d'un professionnel en charge de le protéger et de protéger la société. D'expérience, les enfants comprennent en général ce discours. Il me semble que tous les enfants qui m'avaient manifesté l'intention de me parler m'ont dit ce qu'ils avaient à me dire quoi que je les aie informés préalablement que je n'hésiterais pas à saisir le procureur. Bien évidemment je visais les hypothèses de violence, notamment sexuelles. Ce qui m'est arrivé en quelques circonstances.

En tout cas, le juge doit éviter de se mettre à terme dans une situation ingérable pour les parents et lui-même si l'enfant savait détenir le pouvoir de décider.

<sup>12</sup> Il devra faire référence à cette recherche négative dans sa décision s'il s'oriente vers un accueil institutionnel.

<sup>13</sup> Cette personne n'acquiert aucun droit sur l'enfant. Tout au plus exercera-t-elle les actes de la vie courante. Elle est simplement autorisée par le juge à accueillir l'enfant chez elle. Le mandat est depuis 2022 au maximum de 2 ans. Si cette situation devait perdurer, il faudrait aller vers une délégation d'autorité parentale.

Une fiction qui se veut rassurante est entretenue fondée sur l'autorité naturelle que confère le statut de juge. L'enfant donne un point de vue, les parents réagissent sous le contrôle du juge qui peut passer outre leur refus. Fréquemment le juge sera d'accord avec l'enfant, mais il est des cas dans lesquels il ne pourra pas. En toute hypothèse c'est sur lui que, pour tout un chacun, doit reposer la responsabilité de la décision.

Dans cette matière le juge ne dispose en vérité d'aucun moyen de coercition sinon de son autorité morale à l'égard des parents et à l'égard des jeunes en souffrance et en demande d'adultes de référence<sup>14</sup>.

Il ne pourra pas faire usage de la violence<sup>15</sup>. Cela en est fini des salles de contention des Bon Pasteur de jadis où comme cela se pratiquait encore il y a peu dans tel foyer de Montréal au Québec où l'on enfermait le mineur qui fuguait faute de disposer de la possibilité de faire revoir sa situation par le juge. Ces jeunes violentés sexuellement pouvaient renâcler à l'idée de supporter une double peine : la violence sexuelle puis la violence institutionnelle à supporter une vie en foyer.

Le JE pourra faire venir à lui avec des policiers une, deux, trois fois le jeune fugueur, mais en vérité il ne pourra pas aller plus loin. On n'est pas en matière pénale, mais civile. Le juge devra renoncer et revenir sur sa décision ou abandonner l'enfant à son sort. Un échec... Provisoire ?

Tout au plus pourra-t-il menacer de saisir le parquet pour engager des poursuites contre les adultes qui accueilleraient ce jeune en contradiction avec sa décision.

Plus que jamais le juge, sans se transformer en parent, devra savoir dialoguer avec l'adolescent sinon le jeune enfant qu'il a en face de lui. Il devra faire avec les parents qui, jouant de leur autorité morale sur leur enfant et de sa peur, l'amèneront à tout refuser.

Le JE parviendra généralement à gagner sa confiance par son équation personnelle mais bien évidemment en s'efforçant de lui faire prendre conscience qu'aucune décision n'est définitive<sup>16</sup>, que des rendez-vous sont prévus pour réviser la situation et que si entretemps un problème survenait on pourrait échanger et s'il le fallait revoir la réponse.

Globalement ce dispositif fonctionne. Bien évidemment les personnes et les circonstances peuvent colorer différemment sa déclinaison.

<sup>14</sup> Il en va différemment lorsqu'un jeune délinquant viole un contrôle judiciaire lui enjoignant de demeurer dans un centre éducatif fermé.

<sup>15</sup> Le parquet qui veille à l'exécution de ces décisions notamment en cas de retrait d'enfant.

<sup>16</sup> Jusqu'à la loi du 6 juin 1984 un enfant confié très tôt à l'ASE pouvait y demeurer – jusqu'à ses 18 ans – 21 ans jusque à 1974 – soit jusqu'à autrement décidé, le juge n'ayant pas l'obligation de revoir sa décision. Nous avons limité à 2 ans le mandat donné par le juge Sauf les hypothèses où il apparaît a priori invraisemblable que des parents puissent un jour redevenir en situation de vivre avec leur enfant et d'exercer pleinement leurs responsabilités. Ainsi pour des parents souffrant de troubles mentaux les mettant dans l'impossibilité d'exercer leur responsabilité. Ici il faudra rapidement recourir à une délégation d'autorité parentale.

### *La gestion du temps*

La décision du juge ne clôt pas définitivement la procédure. Elle peut être remise en cause notamment par l'enfant à tout moment. En vérité une sorte d'obligation de résultat pèse sur le JE qui le conduit à adapter en permanence si besoin la réponse judiciaire.

Si l'enfant est confié à une famille ou à une institution il pourra donc s'exprimer sur cette orientation et sur ce qu'il ressent.

Personnellement quand j'orientais des jeunes gens dans un service de familles d'accueil du sud de la France de très grande qualité, je leur remettais toujours un billet aller-retour en leur disant : « *Pas la peine de fuguer, tu reviens me voir et on verra* ». Aucun ne l'a fait, ni... aucun n'a fugué !

Régulièrement des enfants demandent à pouvoir demeurer dans leur famille d'accueil, voire souhaitent que celle-ci l'adopte et devienne juridiquement leur famille. Ce sera notamment le cas quand les parents se seront de facto éloignés.

Plus fréquemment que l'enfant confié à une institution voudra revenir chez lui au plus tôt quand tous, parents comme professionnels, s'accordent à penser qu'en l'état cette voie n'est pas encore viable. Parfois ce sont les parents qui feront miroiter à l'enfant son retour. Une audience pourra s'imposer.

Il faut alors l'entendre et lui expliquer qu'à terme la décision sera revue sachant qu'à échelle d'enfant le temps n'a pas la même dimension que pour un adulte. Par exemple avant l'été pour préparer la nouvelle année scolaire. Comme dans toutes les familles de France implicitement ou explicitement on prépare la rentrée avant de partir en vacances, mais on ne sabote pas l'année en cours. Bien évidemment le juge responsable évitera de faire des promesses qu'il ne pourrait pas tenir.

Si d'ici là les difficultés majeures se présentaient on pourrait en rediscuter dans le bureau du juge.

### *Plus de convaincre que de contraindre*

Tel est l'injonction de la loi. Le JE doit rechercher l'adhésion de chacun, y compris de l'enfant. C'est l'un des ressorts majeurs de cette procédure. Il ne s'agit pas de sanctionner, mais d'étayer. Fréquemment il y parviendra. Certes, parents comme enfants savent que le juge peut faire preuve d'autorité.

La situation relativement apaisée devrait revenir dans le giron de l'administration sociale. L'intervention du juge des enfants doit être exceptionnelle dans son principe et cantonnée dans sa durée. Mais couramment parents comme enfants refusent de perdre leur juge !

On est dans un domaine où il faut généralement ne pas perdre de temps. La décision sera prise dans l'instant ; rarement mise en délibéré, c'est-à-dire prononcée plus tard. En vérité elle découle de l'audience. Le plus souvent chacun adhérant à la solution qui se dégage du débat judiciaire, le juge acte la

posture adoptée ou dit qu'il passe outre au désaccord exprimé quitte à s'employer à préparer les étapes à venir.

*De facto dispose d'un pouvoir sur ce qui se décide pour lui*

Certes il pourra faire appel des décisions qui le concernent, mais cette démarche est rarissime<sup>17</sup>. Sa meilleure manière de contester la décision consistera à traîner les pieds Sinon de prendre une autre direction à ses risques et périls en se mettant hors la loi du juge. La fugue n'étant pas un délit<sup>18</sup>, mais dangereuse<sup>19</sup> comme des faits divers dramatiques l'illustrent régulièrement.

Situation dans laquelle les parents et le magistrat devront être intelligents pour deux et éviter les points de blocage ou de tension au risque de rompre ce fil ténu qui les relie aux jeunes.

Ainsi le souhait de cette adolescente vivant habituellement avec sa mère en cité de rejoindre son père à Paris dans un quartier plus huppé après un été vécu avec lui en Corrèze comme paradisiaque. Ce père avait commis l'imprudence irresponsable de laisser croire à sa fille que cela irait de soi sans pour autant recevoir l'accueil de sa nouvelle épouse. La mère était à juste titre convaincue de ce que cette réponse ne tiendrait pas la route faute de préparation. Il était pour autant impossible de s'opposer à ce désir. Je conseillais d'accepter. En revanche, il fallait avoir un temps d'avance en mettant en place un filet de sécurité : il fut dit à la jeune fille qu'un échec ne serait pas grave ; il lui suffirait de revenir au tribunal.

*Quelle portée généralement attacher au point de vue de l'enfant ?*

L'enfant exprime donc un avis, il n'est qu'exceptionnellement décideur. La décision finale revient certes au juge, mais l'enfant pourra tenter de l'infléchir en faisant notamment des propositions. Plus que jamais cette voie est éclairée.

Posture pragmatique, les Départements n'arrivant pas à faire face à l'afflux des décisions judiciaires ordonnant un accueil physique, notamment de très jeunes enfants<sup>20</sup>, on gagnerait à explorer des réponses familiales ou de proximité.

<sup>17</sup> Le juge a l'obligation de lui notifier sa décision ce qui ne se fait quasiment jamais.

<sup>18</sup> Tout au plus une violation de la loi civile qui veut qu'un enfant demeure au domicile parental et n'en sorte qu'avec l'autorisation parentale.

<sup>19</sup> L'obligation parentale d'héberger son enfant s'éteint à sa majorité. Certains enfants jouent les Tanguy jusqu'à 26/27 ans avec l'accord de leurs géniteurs, mais les parents sont en droit dès la majorité d'exiger qu'il parte.

<sup>20</sup> On doit cependant observer dans la période récente la multiplication des « placements à domicile » qui influe sur ces chiffres quand en vérité, et la Cour de cassation l'a rappelé en juin 2024, ces mesures doivent s'analyser comme des mesures d'accompagnement renforcé à domicile. Les départements tirent les conséquences de la décision de la Cour suprême et les

Qui sera le mieux placé, sinon l'enfant, pour faire état de la disponibilité sinon l'envie de tels de ses proches – membre de sa famille ou parents d'un copain de collègue ?

Le juge devra dans sa décision montrer qu'il a exploré en vain ces pistes. A défaut la décision pourrait être censurée. L'ASE qui le sollicite pour se voir confier l'enfant devra voir préparer le travail dans son signalement.

### *L'audition de l'enfant*

Fréquemment des juges négligent de recevoir des enfants pour leur demander leur avis. La loi du 8 février 2022 a donc dû rappeler aux magistrats qu'ils ne pouvaient plus pratiquer ainsi au risque là-encore de voir annulée leur décision. Elle leur enjoint de recevoir personnellement les enfants avant une décision importante. Reste à en trouver le temps avec des cabinets comptant outre des centaines de procédures pénales plusieurs autres centaines de procédures civiles.

Pas question de lui mettre une lampe sous les yeux de l'enfant avec l'injonction « *Dis-moi chez qui tu veux vivre !* ». Tout choix est exclusion. Or il ne faut pas le mettre en situation d'en supporter la responsabilité. On doit ressentir son souhait – tout cela est aussi un art – ; pourquoi pas attendre que l'enfant vienne de lui-même sur le sujet mais lui dire qu'au final la décision sera celle du juge.

### *Les conditions de l'audition*

Depuis 2002 préalablement à l'audience et accompagné de son avocat, d'un éducateur ou de ses parents, le jeune peut accéder au dossier.

Les enfants seront-ils entendus séparément ou avec les autres membres de sa famille notamment de ses parents ? Les deux ont avantages et limites. Pratiquer les deux dans la même affaire nécessite beaucoup de temps ! Le juge tiendra compte des demandes et des préconisations des travailleurs sociaux et bien sûr de sa propre expérience.

L'enfant – notamment non discernant – sera-t-il assisté ou non d'un avocat ou d'une tierce personne de son choix ? Personnellement je ne refusais jamais à un enfant de venir accompagné d'un ami ou d'un membre de sa famille, d'un enseignant ou d'un travailleur social comme un éducateur de rue. C'était son choix de vouloir bénéficier de la présence de cette personne pour le soutenir moralement dans ce temps difficile. Comme nous adultes nous nous rendons fréquemment à l'hôpital avec un proche. Cette présence peut lui faciliter la compréhension de la situation, mais aussi lui permettra de transmettre au juge des éléments utiles. Comprendre et se faire comprendre, les termes de

« Placements à domicile » devraient donc disparaître des statistiques. Reste qu'une tendance lourde à l'institutionnalisation est indéniable.

la défense. En revanche sur le plan judiciaire seul un avocat est légitime à s'engager pour son client.

Sans généraliser la présence d'un avocat auprès des enfants en danger – notamment pour les enfants non discernants – la loi du 8 février 2022 veut que plus souvent que par le passé un conseil l'assiste qui ne soit pas commun aux parents, mais personnel<sup>21</sup>. Le JE pourra plus que jamais, mais cette fois légalement, en prendre l'initiative ; il pourra aussi relayer la demande de l'ASE ou du jeune lui-même.

Encore faut-il disposer en nombre d'avocats qualifiés. Nous venons de loin. Aujourd'hui environ 80 barreaux se sont dotés d'une Antenne pour mineurs. Les avocats qui revendiquent la qualification d'avocat d'enfants doivent avoir suivi une formation délivrée par l'Ordre des avocats. L'indemnisation financière a été rehaussée, mais bien sûr reste loin du compte.

Une des difficultés tient à ce que la mission de l'avocat devant le juge pour enfants diffère sensiblement de celle d'un conseil devant le juge aux affaires familiales (JAF).

Devant le JAF il s'agit de consacrer les droits des parents à l'égard de leur enfant. Dans cette procédure l'enfant qui n'est pas partie pourra être entendu et assisté sur les décisions qui le concernent.

Devant le JE l'enjeu est de veiller au bon exercice des responsabilités des parents quel que soit leur régime matrimonial. La réponse souhaitée ou souhaitable pour l'enfant n'est pas nécessairement évidente. Il faudra parfois du temps pour l'élaborer, convaincre chacun de son bienfondé, puis la mettre en œuvre, souvent avec l'aide de services sociaux car un jugement n'y suffira pas. Convaincre aussi chacun que quoi qu'il en soit rien n'est figé. Par définition un enfant grandit et ses besoins évoluent.

En d'autres termes, devant le JE, l'avocat doit modestement, mais fermement admettre qu'il est dans une démarche de co-construction sur la durée pilotée par le magistrat plutôt que dans le dépôt de conclusions. Comme avocat il y contribuera en veillant à ce que le juge prenne en compte l'intérêt à court et à moyen terme de l'enfant.

### *Devant l'administration sociale, l'enfant*

La loi du 6 juin 1984 veut que l'ASE mandatée reçoive parents et enfants pour rechercher leur accord sur le lieu et les modalités d'accueil afin de réunir le maximum de chances de partir sur de bonnes bases dans une situation fréquemment conflictuelle, en tous cas délicate et souvent douloureuse. Ainsi des parents pourraient vivre comme concurrentiel un accueil en famille qui plus que jamais les disqualifierait. Ils exigent alors que l'enfant soit accueilli en institution.

<sup>21</sup> L'avocat de l'enfant peut avoir été financé par les parents et pour autant rester libre déontologiquement par rapport à eux pour défendre leur enfant, y compris contre eux.

L'enfant lui-même doit être préparé à l'orientation concrète envisagée. L'enfant s'est vu explicitement consacrer le droit d'être entendu. Toujours avec ce souci de ne pas rompre le fil tenu qui a pu être tendu. Il pourra être accompagné notamment de son avocat.

On peut depuis 2007 adopter des réponses moins agressives comme l'accueil séquentiel. Pourquoi s'en priver ?

Toutes ces situations supposent de peser les arguments pour adapter – régulièrement – la réponse à la situation comme le médecin adapte ses soins souvent par simple pragmatisme. De telle sorte que cette réponse soit plutôt acceptée que rejetée.

Le ressort tient au fait de ne pas paraître graver dans le marbre la réponse qui a pu être apportée.

### *Une réponse inscrite dans un projet*

Désormais – loi du 5 mars 2007 – l'ASE ne se contentera plus de recevoir ou de mettre à l'abri les enfants en danger<sup>22</sup>, mais s'agissant notamment des mesures lourdes comme l'accueil, élaborera « un projet personnalisé pour l'enfant » (PPE). Cette disposition majeure a été reprise et complétée dans la loi du 14 mars 2016 en exigeant que les parents et les enfants y soient pleinement associés. En tout état de cause, les points de vue de l'enfant et des parents seront non seulement recueillis, mais restitués dans le document.

Le PPE qui s'inscrit dans le mandat donné par le juge sera la référence pour le temps de l'intervention du service social. Il fixe la feuille de route à suivre qui permettra à terme d'évaluer si les objectifs initiaux fixés par le juge ont été tenus ou pas. Il n'est pas immuable. Il faudra l'adapter. Là encore en prenant en considération l'avis de l'enfant.

Ce document est élaboré par le président du Conseil Départemental via ses services. Il ne lie pas le juge qui demeure le pilote dans l'avion de la protection judiciaire.

Force est de constater que cet élément essentiel de l'action sociale moderne a eu du mal à se décliner, les travailleurs sociaux ayant des difficultés à se projeter faute d'y avoir été été préparés. Le PPE est quelque part une démarche révolutionnaire.

### *La remise en cause de la situation*

Accueilli par une famille ou une institution l'enfant dispose à tout instant de la possibilité d'exprimer son point de vue par la parole... ou par ses pieds en quittant l'institution ou famille qui l'accueille. Fort heureusement les foyers n'ont plus de hauts murs infranchissables. On n'y est pas détenu.

<sup>22</sup> Etant entendu que plusieurs milliers – environ 6000 – mesures d'accueil prononcées par des juges sont en attente de mises en œuvre faute de moyens.

Comme dans toutes les structures de vie il y a des règles notamment comme la nuit de fermer la porte à clé et de n'en sortir qu'avec l'accord ou en prévenant ceux avec qui on cohabite. On peut certes faire le mur, mais là encore c'est risqué.

Même les Centres éducatifs fermés créés 2004 pour les jeunes délinquants ne peuvent être fermés hermétiquement. A défaut ils seraient tenus pour des prisons qui devraient relever de l'Administration pénitentiaire – et non de la Protection judiciaire de la jeunesse – et dans lesquelles on ne rentrerait qu'avec un mandat d'écrou. Dès lors tout jeune doit pouvoir sortir de cette structure éducative s'il le souhaite en prenant le risque de voir le juge réagir par une décision d'incarcération pour violation du contrôle judiciaire lui enjoignant d'y vivre.

En tout état de cause la modernité – loi du 6 juin 1984 – veut que régulièrement, généralement au plus tard dans les deux ans, le juge doit revoir la situation et prendre en compte le point de chacun donc de l'enfant.

### *Dans le champ du conflit familial*

Avec la loi de 2001 les parents doivent consulter l'enfant sur les actes qui l'intéressent (art. 371-1 C. civ.) quitte à passer outre à son avis et à décider ce que bon leur semble.

La loi fait également une place à l'enfant dans la procédure de séparation du couple parental.

Le JAF doit tenir compte de l'avis de l'enfant. Il peut souhaiter l'entendre sur ce qui le concerne. Il se doit de l'entendre si celui-ci en fait la demande. (art. 388-1 C. civ.). Ce n'est après tout que la déclinaison d'un droit fondamental qui veut que tout justiciable soit entendu par son juge<sup>23</sup>.

Le législateur – sincérités successives du législateur ! – a tout à la fois reconnu ce pouvoir d'influence de l'enfant sur ces conditions de vie, mais en a rendu l'exercice difficile. À preuve avec cette loi de février 2016 qui introduit le divorce par dépôt d'une requête conjointe devant notaire. En quelque sorte la parole de l'enfant y est squeezée.

Certes ses parents devront informer leur enfant de leur décision de se séparer et des mesures envisagées pour lui et de son droit d'être entendu par le JAF, mais comment imaginer que dans une situation de cette nature après éventuellement de sérieuses difficultés pour s'accorder, des parents prendront le risque de voir leur enfant tout remettre en cause. Certes le notaire devra bien leur demander s'ils ont respecté cette formalité, mais d'aucune manière il ne pourra le vérifier. Il serait intéressant de savoir combien d'enfants ont réellement été informés et ont pu faire usage de leur droit. On régresse sensiblement.

<sup>23</sup> En l'espèce, on en est choqué, la loi permet au juge de déléguer un travailleur social à cet effet.

Reste que plus qu'on le croit communément, l'enfant mineur peut donc être l'acteur de sa protection ce qui d'aucune manière ne dédouane les adultes de leurs responsabilités. Il peut même sensiblement infléchir les décisions familiales qui le concernent. En tous cas les parents doivent convaincre et réfléchir aux suites possibles d'une décision rejetée.

L'enfant s'est vu reconnaître d'autres compétences.

## II. *L'enfant dispose d'une capacité d'agir sur le cours de sa vie*

### *Un statut d'incapable*

En France, la majorité civile correspond depuis 1974 avec la majorité pénale, à savoir 18 ans<sup>24</sup>. À quelques détails près, non négligeables. Ainsi un enfant ne peut pas demander en justice son émancipation, c'est-à-dire à accéder à la majorité civile avant l'âge – seuls ses parents peuvent déposer cette demande en justice – alors qu'il pourra être pénalement tenu pour pleinement responsable dès 16 ans, âge des faits. Le tribunal de police, le tribunal pour enfants ou la cour d'assises peuvent lui retirer le bénéfice de l'excuse atténuante de minorité qui veut que la peine encourue, à faits équivalents commis, est de moitié moindre que celle encourue par un adulte (L. 121-5 CJPM).

Cette décision peut être prise en fonction de l'état de développement psychologique du jeune ou... de la gravité des faits (art.121-7 CJPM). Dès lors jusqu'en 2016 un jeune de 16 à 18 ans tenu pour être auteur ou complice d'un assassinat encourait la réclusion criminelle à perpétuité. Depuis 2016 la peine maximale a été cantonnée à 30 ans<sup>25</sup>.

Tout est dans la contradiction : non discernant pour demander son émancipation ; discernant pour rendre des comptes !

A l'aune de cette contradiction fondamentale, faute d'âge préfixe sous lequel on ne puisse pas être tenu pour délinquant, on se réfère aux principes généraux du droit pénal. Être pénalement responsable suppose le discernement.

<sup>24</sup> La majorité pénale a été fixée à 18 ans en 1936 quand elle était jusque-là à 16 ans. Certains souhaitent régulièrement y revenir négligeant la force de la CIDE et la décision du Conseil constitutionnel de 2002.

<sup>25</sup> Bien évidemment indépendamment du jeu des circonstances aggravantes. En 2010 la cour d'assises d'appel les refusait au jeune Mathieu âgé de 17 ans et 11 mois violeur et meurtrier d'une adolescente de 14 ans et demi en le condamnant à la réclusion criminelle à perpétuité.

« *L'enfant n'appartient à personne, il s'appartient à lui-même* » François Mitterrand président de la République Nantes, mai 2020, Congrès de l'UNAF.

« *C'est une ! « Il faut qu'elle paie »* » me lançait une mère dans mon cabinet en visant sa fille enceinte m'obligeant à prendre une décision dans laquelle j'habilitais l'ASE.

On l'estime généralement acquis à 7/8 ans. Rien n'a changé malgré l'affichage avec le CJPM<sup>26</sup>. Il pourra être condamné à une peine à 13 ans quand, toujours considéré comme infans, généralement il ne pourra qu'au plus donner son avis sur ce qui le concerne au quotidien. Ajoutons qu'il peut donc engager très tôt sa responsabilité civile<sup>27</sup>.

L'enjeu est plus que jamais que sa capacité pénale soit liée à sa capacité civile : « *Je dois rendre des comptes à la société pour ce que je suis et à la hauteur de ce que je suis !* ».

### *Une capacité juridique limitée, mais réelle*

Sur quelques points en France l'enfant a des droits propres qu'il peut exercer sans contrôle a priori (article 388-1-1 C. civ.).

Pour ne prendre que quelques exemples, à 13 ans il doit donner son accord au projet d'adoption le concernant (art. 360 C. Civ.) ; à 16 ans il peut valablement tester quitte à ce que l'efficacité de son legs soit limitée à la moitié de ce dont il aurait pu disposer s'il était majeur et cette limitation s'applique même s'il décède après sa majorité (art. 903 et 904 C. civ.).

Dans le champ de la nationalité, né en France de deux parents étrangers, le mineur résidant en France depuis 5 ans peut acquérir la nationalité française par anticipation en souscrivant une déclaration dès l'âge de 13 ans. L'enfant né à l'étranger d'un seul parent français peut répudier la qualité de Français dans les six mois précédant sa majorité et dans les douze mois la suivant (art 18-1 C. civ.).

Il peut obtenir le statut de réfugié étant observé que le Conseil d'Etat exige qu'il ait un administrateur ad hoc ; cela donc rend difficile la procédure.

Surtout l'enfant s'est vu reconnaître – dans l'intérêt même des adultes ! – la capacité d'exercer les actes de la vie courante (art. 1148 C. Civ.). Reste à s'accorder sur ce que sont effectivement aujourd'hui les actes de la vie courante, concept subjectif dont la loi ne donne aucune définition. Par définition il varie d'une époque à une autre. Ainsi, peut-on tenir pour tel le fait pour un enfant d'acheter seul un ordinateur qui peut coûter un SMIC ? On peut en douter. Le vendeur s'exposerait à ce que la vente soit annulée et des poursuites pénales engagées contre lui pour abus de faiblesse de l'enfant. Le montant de la transaction n'est pas le seul critère. En revanche il lui est loisible d'acheter une calculatrice.

<sup>26</sup> La présomption d'irresponsabilité pénale avant 13 ans posée par le CJPM, entré en vigueur en septembre 2021, n'empêche pas le parquet de poursuivre et au juge pour enfant de condamner s'il est démontré que le jeune avait le discernement au moment du passage à l'acte c'est-à-dire avait le sentiment de l'interdit du bien et du mal, des conséquences de ses actes. Simplement il revient désormais au parquet de faire la preuve de ce discernement. Force est de constater que les poursuites à l'encontre des moins de 13 ans ont chuté.

<sup>27</sup> Dès 4 ans, l'enfant qui crève involontairement l'œil de son camarade de jeu doit réparer le dommage causé (Cour de Cassation 1984).

Il ne peut pas ouvrir seul un compte en banque, mais avec l'accord de ses parents et même disposer d'une carte de retrait avec un montant limité, mais bien réel.

L'administration parfois en rajoute sur la loi. Ainsi quand la loi de 1955 ne conditionnait pas l'octroi à un enfant d'une carte d'identité nationale à l'accord parental, le décret d'application et la circulaire de 1955 qui en résultaient exigeaient l'accord d'un parent. Ces dispositions ont été maintenues dans les nouveaux textes. On peut en être choqué pour l'enfant discernant. Toute personne devrait pourvoir faire la preuve de faits comme son identité et sa nationalité. La carte d'identité ne fait que les constater. C'est autre chose que la délivrance d'un passeport qui emporte autorisation parentale de laisser l'enfant circuler à l'étranger.

### *La santé*

Comme toute personne, le mineur d'âge s'est vu reconnaître par la loi du 4 mars 2001, après avoir visité seul un médecin pour le consulter, le droit d'interdire à celui-ci au nom du respect du secret professionnel (art. 226-13 CP) d'informer ses parents ou les personnes qui l'ont en charge de son diagnostic, comme le repérage du SIDA ou la confirmation d'une grossesse. Mieux encore : le professionnel peut se voir interdire par le jeune tout simplement de faire état de cette visite, fait dont on pourrait induire un diagnostic (art. L. 2212-4 du CSP).

Seul un danger vital – et notamment une grossesse bien gérée n'est pas un danger – peut justifier qu'ayant échoué à convaincre le jeune le médecin tenu par une obligation de porter aide et assistance à la personne en péril (art. 223-6 CP) prévienne et mobilise ceux qui à qui il revient de veiller sur le mineur. Il n'est pas souhaitable qu'un enfant se trouve en situation de se rendre seul chez un thérapeute et dans le plus grand secret. Le ferait-il que cela devrait interroger sur la situation d'isolement dans laquelle il se trouve.

De même une jeune fille mineure enceinte est en droit de souhaiter mener à bien sa grossesse quoique ses parents ou d'autres l'incitent à y mettre fin et font pression sur elle. Elle doit nécessairement donner son accord pour une IVG – loi de 1975 – et le renouveler hors la présence de ses parents – loi de 1979 (art. L 2212-7 CSP). La mineure a le droit d'être mère<sup>28</sup>. Et le père mineur de reconnaître son enfant.

Si elle entend mettre fin à sa grossesse dans le respect des autres conditions posées par la loi – notamment de délai – elle pourra l'obtenir si elle est accompagnée d'un adulte de son choix. Le plus souvent ce sera un membre du Planning familial. La loi de 2001 exige simplement qu'il s'agisse d'un adulte

<sup>28</sup> « L'enfant n'appartient à personne, il s'appartient ». François Mitterrand, Nantes, mai 1990.

On dénombre 6000 naissances par an de naissances avec des mères mineures et autant d'IVG.

de confiance qui pourra l'accompagner psychologiquement ou moralement, sinon l'assister, dans cette période particulièrement délicate, spécialement, pour une mineure. Jusque 2001 l'un des deux parents devait donner son accord à la mineure. Les parents disposant donc d'un droit de veto pouvaient contraindre juridiquement leur enfant à aller jusqu'un bout de sa grossesse. En d'autres termes, ils avaient d'un pouvoir de propriété sur le corps de leur fille.

A quel titre ? D'autant qu'on pourrait imputer la grossesse non désirée à une carence dans leur éducation à la vie sexuelle de leur enfant !<sup>29</sup>

On a été surpris pendant la longue et sévère période de la COVID que les pouvoirs publics affirment, sans être contestés sur la place publique, qu'il fallait l'accord d'un parent pour qu'un enfant puis accéder au test alors même qu'il n'impliquait aucune intervention chirurgicale et n'entraînait aucun danger. Plus surprenant encore l'exigence de l'accord cette fois-ci des deux parents pour la vaccination à l'instar d'une opération à cœur ouvert. Un vent de folie, en tout cas d'irrationalité soufflait.

Comme on est surpris de voir exiger l'accord parental pour qu'un enfant discernant intervienne sur un média notamment à la télévision ou dans un film même si on comprend le souci de le protéger. L'enfant ne jouit-il pas aux termes de l'article 12 de la CIDE d'une pleine liberté d'expression dès lors qu'il ne trouble pas l'ordre public ou n'insulte pas ou ne diffame pas ? (art.12).

### *Le respect de la personne de l'enfant*

Reste qu'il est des situations où protéger l'enfant passe d'abord par des interdits à l'adulte. C'est le cas en matière sexuelle. On a en encore eu la démonstration ces dernières années s'agissant des relations imposées par des adultes à des enfants sans que nécessairement il y ait eu recours à la violence physique. Dans cette hypothèse on allègue fréquemment que l'enfant aurait accepté ces relations, voire les a sollicitées. N'est-il pas très tôt un séducteur ? Comment résister à une Lolita ? Des personnages comme l'écrivain Gabriel Mazneff qui admettaient certes aimer les jeunes, affichaient avoir le souci – par sacrifice ? – de permettre à ces enfants d'accéder au mieux à l'exercice de leur droit à l'amour. En les initiant on leur rendait service !

<sup>29</sup> « *C'est une salope ! Il faut qu'elle paie* » me lançait telle mère dans mon cabinet en visant sa fille enceinte m'amenant prendre une décision dans laquelle j'habilitais l'aide sociale l'enfance en légitimant m'on intervention avec été attendu qui m'est resté en mémoire « si l'on peut abuser du droit de propriété, on eut également abuser du droit d'autorité parentale ».

Les années 1975, la loi Veil n'ayant pas envisagé l'hypothèse d'un conflit entre la jeune fille et ses parents, certains jugent pour enfants dont j'étais confiant la jeune fille à l'ASE en l'habilitant à donner l'autorisation aux lieu et place des parents défailants. Cet outil juridique a été consacré par la loi du 5 mars 2007 (art. 375-5 C. civ).

C'était le droit de l'enfant détourné par les adultes à leur profit quand nous nous évertuions à affirmer que, l'enfant avait droit à l'amour, mais pas à ce qu'on le lui fasse !

Encore plus avec MeToo on est dans l'idée que les relations sexuelles doivent être sous le signe de l'égalité et du respect réciproque, y compris avec le droit au dernier moment – qu'il reste à définir – de dire non. Qui peut oser soutenir qu'il y a égalité entre une enfant de 11 ans et un adulte de 28 ans ou de 20 ans pour reprendre les deux affaires qui ont défrayé la chronique française en 2017 ?<sup>30</sup>

Il fallait donc rappeler solennellement aux adultes qu'il leur revenait d'avoir un comportement d'adulte responsable en leur posant l'interdit de toute relation sexuelle avec un mineur, notamment de 15 ans. On en finirait ainsi avec le débat subjectif sur le consentement et une preuve pas toujours évidente à faire.

Cela a été finalement acquis en 2021 alors qu'on s'était en effet contentés en 2018 de poser une présomption relative de non discernement du mineur de 15 ans pour une relation avec un adulte. Nos principes juridiques interdisaient d'aller jusqu'à une présomption absolue sur un élément majeur d'une infraction comme l'absence de consentement de la victime qui caractérise le viol.

En vérité on ne changeait rien à la loi quand il eut fallu quitter ce registre de la subjectivité et de l'écriture classique du viol. Les parlementaires s'y étaient refusés malgré nos suggestions. C'est ce que nous avons obtenu par la loi du 4 avril 2021 où pour caractériser le crime de violences sexuelle sur enfant puni de 20 ans d'emprisonnement on retient trois faits objectifs : une relation sexuelle, l'un ayant plus de 18 ans et l'autre moins de 15 ans. Le comportement de l'enfant peut éventuellement jouer sur la peine par la prise en compte de circonstances atténuantes, mais pas influencer sur l'existence même du crime.

L'enfant a le droit reconnu à une sexualité sans violence ; l'adulte lui est punissable de ce qu'il fait à un enfant.

Malheureusement pour protéger ce qu'il tenait pour des amours adolescentes le législateur a introduit une disposition qualifiée de clause « Romeo et Juliette » en exigeant 5 ans de différence – autre fait objectif – entre le jeune et l'adulte pour que les faits soient punissables. Concrètement une jeune fille de 14 ans et demi peut avoir une relation sexuelle avec un adulte de 19 ans et demi – sans que celui-ci soit punissable, sauf violence avérée. A 19 ans et demi peut-on être qualifié d'adolescent ? Quelle égalité entre cet adulte déjà accompli, souvent expérimenté et la jeune fille de 14 ans et demi qui s'éveille à la sexualité ?

Cette disposition affaiblit le message « *Touche pas l'enfant, c'est un crime !* » envoyé par la loi aux adultes.

<sup>30</sup> A Nanterre l'une, à Melun l'autre.

*Apprendre à accéder à ses droits*

Ainsi et sans avoir eu à attendre la ratification de la CIDE la France a consacré une relative capacité de l'enfant à peser sur sa vie. Il a la compétence pleine et entière sur ce qu'on appelle les actes de la vie courante et peut donner son avis sur les autres actes le concernant. Dans des cas limités il dispose juridiquement d'un droit de veto. La CIDE a complété ce tableau avec les articles 12 à 15 qui constituent le cœur de son réacteur en consacrant la liberté de conscience et de religion, la liberté d'expression individuelle et collective. Bref ce que l'on qualifie de droits à participation.

*Demain ?*

Plus que jamais l'enjeu est déjà d'éduquer – enfants et... adultes au droit de l'enfance, mais déjà les enfants à la connaissance des droits et libertés. Le premier des droits est bien de connaître ses droits !

Il importe également de les former plus que jamais à un regard critique sur les informations auxquelles ils peuvent accéder et qui peuvent s'avérer fausses, en tout cas non vérifiées.

L'actualité tient bien évidemment à la place tenue par les réseaux sociaux et leur impact sur l'enfant et les autres, impact d'autant plus important qu'il est fréquemment monopolistique. La levée de l'anonymat sur les réseaux sociaux réduirait déjà le nombre de situations préoccupantes.

L'enjeu moderne n'est pas de nier l'enfance et ses spécificités, mais de ne pas ramener l'enfant à être seulement un objet de désir, mais aussi un sujet de droit qui sera d'autant plus protégé qu'il sera respecté.

Parmi les premiers droits de l'enfant celui d'être protégé par leurs parents – en vérité désormais par les adultes qui l'ont en charge sans nécessairement être leurs parents biologiques – les beaux-parents par exemple – et de les identifier comme tels aux yeux de chacun, dont les enfants.

Si les enfants doivent être associés aux décisions qui les concernent, et plus encore à l'orée de leur majorité, ils ont d'abord un droit majeur à l'irresponsabilité – aux adultes de porter le poids des décisions. C'est la nature même, sinon le cœur, de cette séquence de la vie qu'est l'enfance. Le temps viendra où ils seront en situation de décision. – et un droit au silence !

En revanche un enfant comme personne ressent les choses, a des besoins et les exprime par la parole, le geste, la posture. Il faut savoir les prendre en considération. D'autant plus qu'il n'a pas toujours tort. Il faut donc savoir fléchir pour ne pas rompre. Il faut en tenir compte. Cela n'est pas une question de droit, mais d'intelligence.

Il faut aussi admettre que l'enfant est une personne à part entière avec ses affects, ses sentiments, ses convictions. Dans une démocratie respectueuse des personnes on se doit respecter sa liberté de conscience et admettre qui malgré l'influence légitime et réelle exercée sur lui, il peut ne partager pas les

croyanances des siens. Ce discours demeure minoritaire. Certains en sont encore à marquer leur enfant dans leur corps pour prouver et s'assurer de leur appartenance à une religion ou une communauté en violation de la CIDE qui n'autorise l'atteinte à l'intégrité humaine que pour des raisons de santé.

La marge de progression reste encore importante dans notre droit et encore plus au quotidien.

### *Aligner les deux statuts*

Nous proposons dans notre rapport de 2014<sup>31</sup> d'aligner le statut civil de l'enfant sur son statut pénal avec des seuils d'âge. Avant 13 ans il serait représenté, mais son avis recueilli ; à partir de 13 ans assisté dans les actes importants par ses parents ; à 16 ans il exercerait ses droits quitte à ce que ses parents s'y opposent formellement sous contrôle d'un juge. Un parcours vers l'accession par étape, non pas vers l'autonomie – aucun d'entre nous n'est autonome –, mais à la pleine responsabilité.

Ce rapport a été enterré. Ces propositions reviendront. La démocratie y gagnera. Participants comme enfants, devenus adultes ils seront d'autant plus acteurs. Ils sauront dire Non ; faire des choix, construire.

Reste que ces enfants sont déjà là, ici et présents. ils doivent tout simplement être considérés comme des personnes : respectés, entendus, pris en compte, acteurs pour ce qui les concernent. Là-encore nous n'avons rien à redouter. A l'expérience – pédagogie Freinet, classes inclusives, conseils municipaux d'enfants, etc. – la mobilisation des compétences des enfants leur est utile et nous est bénéfique<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> « Reconnaître de nouveaux droits aux enfants ? Oui Dans l'intérêt Les adultes et de la démocratie », Président Jean-Pierre Rosenczweig, rapporteurs Dominique Youf et Flore Capelier, Documentation française.

<sup>32</sup> A preuve le CNPE doté d'un collège enfants.

*Abstract* [Fr]

De nombreux mécanismes juridiques permettent au mineur de prendre part aux décisions le concernant, afin de donner son opinion et exprimer ce qu'il estime le mieux pour lui dans le cadre de sa protection. Il peut également agir de lui-même dans certaines situations précises de la vie courante.

*Mots clés* : protection ; audition ; juge des enfants ; assistance éducative ; autonomie.

*Abstract* [Eng]

Various legal mechanisms allow children to take part in decisions concerning them, by giving their opinion and expressing what they feel is best for them in the legal process. They can also decide on their own in certain specific situations of the daily life.

*Keywords*: protection; hearing; children's judge; juvenile justice; autonomy.

# La revocazione del giudicato civile per contrarietà alla CEDU e brevi note in tema di tutela dello status di filiazione

Maria Luisa Serra

*Sommario:* 1. Premessa. – 2. Violazione della CEDU e revisione del giudicato. – 3. Le legge delega e le ragioni della riforma. – 4. Art. 391 *quater* c.p.c.: presupposti applicativi. – 5. La revocazione del giudicato e la nozione di diritti di stato delle persone. – 5. Segue: e la tutela del rapporto di filiazione. – 6. Considerazioni conclusive.

## 1. Premessa

Il l.d. lgs. 10 ottobre 2022 n. 149 (contenente la riforma del processo civile, c.d. Riforma Cartabia) ha introdotto, nel caso di contrarietà alla CEDU, una nuova ipotesi di revocazione straordinaria del giudicato civile<sup>1</sup>.

L'introduzione di tale ipotesi nell'ordinamento interno, oltre che rispondere alle sempre più insistenti sollecitazioni provenienti dalla dottrina<sup>2</sup> e dalla giurisprudenza nazionale e sovranazionale<sup>3</sup>, soddisfa l'esigenza di fornire una

<sup>1</sup> D'ALESSANDRO, *Revocazione della sentenza e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 1, p. 217; ID, *Revocazione per contrarietà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. it.*, 2023, p. 479 e ss.; M. GRASSI, *Revocazione della sentenza civile per contrasto con la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2022, 4, p. 919 ss.; A. GRAZIOSI, *Le nuove norme sul giudizio di cassazione e sulla revocazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 2, p. 668 e ss., spec., p. 692; S. MENCHINI, *Osservazioni sulla revocazione per (accertate) violazioni della CEDU*, in *Judicium*, 14 aprile 2023; G. RAITI, *La revocazione dei giudicati civili per contrarietà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. proc.*, 2024, 1, p. 167 e ss.

<sup>2</sup> D'ALESSANDRO, *Revocazione della sentenza e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., p. 222 e ss.

<sup>3</sup> V. Corte Edu 20 agosto 2021, nel caso *Beg. s.p.a. c. Italia*, in motivazione, laddove, si rimarca «l'importanza, per l'efficacia del sistema della Convenzione, di garantire che esistano procedure nazionali che permettano la revisione di una causa alla luce della constatazione che vi è stata violazione delle garanzie di un equo processo offerte dall'articolo 6». Ciò, precisa la Corte, «è particolarmente vero in Italia dove la Corte Costituzionale ha ripetutamente dichiarato che non esiste un meccanismo per riaprire un procedimento civile al fine di realizzare l'esecuzione di una sentenza della Corte che riscontra la violazione di una disposizione della Convenzione».

misura adeguata al fine di garantire il rispetto dell'obbligo di conformarsi alle decisioni della Corte EDU imposto dall'art. 46 CEDU<sup>4</sup>, il quale dispone che «Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti» (art. 46, co. 1).

La disposizione della CEDU ora richiamata – anche al fine di meglio comprendere le scelte operate dal legislatore italiano con l'introduzione della nuova ipotesi di revocazione delle sentenze disciplinata oggi nell'art. 391 *quater* c.p.c. – deve essere posta in relazione alla previsione dell'art. 41 della CEDU. Tale norma dispone che «Se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa»<sup>5</sup>. La compensazione economica (equa soddisfazione), in favore della parte ricorrente vittoriosa costituisce, pertanto, il rimedio

<sup>4</sup> In punto è opportuno segnalare che il Comitato del Consiglio d'Europa ha avviato diverse procedure contro l'Italia per mancata attuazione di alcune sentenze definitive della Corte di Strasburgo (i provvedimenti della Corte EDU sono consultabili sul sito <https://www.coe.int/fr/web/cm/execution-judgments>). In particolare, è stato sottolineato (G. CHIAPPETTA, G. CARUSO, *La revocazione delle sentenze civili per condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di diritti di stato della persona*, in *www.Judicium.it*, 5 aprile 2024, p. 3) che il Comitato ha esaminato sentenze in corso di esecuzione riguardanti diversi profili della vita dei minorenni e dei loro genitori riguardanti l'adozione piena, il diritto di visita del genitore in caso di separazione e divorzio e le misure di affidamento extrafamiliare. In punto, G. RAITI, *La revocazione dei giudicati civili per contrarietà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 167 e ss., spec. p. 168, nt. 5, precisa che, il Comitato dei Ministri è investito della funzione di «controllo» dell'«esecuzione» delle sentenze definitive della Corte ai sensi dei commi 2° ss. dell'art. 46. L.A. sottolinea che «il Comitato dei ministri ha tuttavia espressamente caldeggiato, con la Raccomandazione (2000)2, del 19 gennaio 2000, che le Alte Parti contraenti si dotino di strumenti di riapertura dei giudizi nazionali per garantire, per quanto possibile, la *restitutio in integrum*, sottolineando, al § 10 della Raccomandazione, che tale invito, pur rivestendo la massima importanza in ambito penale, attiene anche a quelli non penali»; in punto, cfr. M. GRASSI, *Revocazione della sentenza civile per contrasto con la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 941 e s.; M. AVERSANO, *L'esecuzione delle sentenze della corte europea dei diritti dell'uomo nella duplice prospettiva, nazionale ed europea*, in *Il diritto europeo e il giudice nazionale*, II.I, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il ruolo del giudice nazionale. L'interpretazione e l'applicazione della CEDU nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, Milano, 2023, p. 242.

<sup>5</sup> Cfr. M. GRASSI, *Revocazione della sentenza civile per contrasto con la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 924 e ss.; S. MENCHINI, *Osservazioni sulla revocazione per (accertate) violazioni della CEDU*, cit., p. 1, il quale nel richiamare le norme che si occupano di disciplinare i differenti profili della revocazione per violazioni della CEDU, osserva che con tali norme il legislatore ha inteso dare attuazione agli artt. 41 (che prevede il pagamento alla parte lesa dell'equa soddisfazione, ove attribuita dalla Corte EDU) e 46 CEDU (che sancisce l'obbligo di conformazione alle sentenze della EDU da parte degli Stati membri). Obbligo di conformazione che, come osserva l'A., per giurisprudenza consolidata della Corte Europea si traduce nella previsione, anche cumulativa, della misura prevista dall'art. 41 CEDU e nel «l'applicazione delle misure individuali necessarie all'eliminazione delle conseguenze della violazione accertata e dei rimedi generali volti a far cessare la violazione e ad evitare violazioni future».

rispetto ad «una violazione non completamente emendabile per altre vie a livello nazionale»<sup>6</sup>.

Da quanto precede discende che, rispetto all'art. 46, in merito agli obblighi esecutivi gravanti sullo Stato al fine di dare attuazione alle sentenze della Corte EDU, sussiste l'obbligo di porre fine alla violazione e di eliminarne le conseguenze, in modo tale da ripristinare per quanto possibile la situazione precedente a quest'ultima<sup>7</sup>. «Se invece il diritto nazionale non permette o permette solo in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze della violazione, l'art. 41 autorizza la Corte ad accordare alla parte lesa, se del caso, la soddisfazione che ritiene appropriata»<sup>8</sup>.

Nel sistema convenzionale è regola di principio generale che lo Stato goda di una certa discrezionalità nell'adozione delle misure individuali<sup>9</sup> «in for-

<sup>6</sup> Così, M. AVERSANO, *op. ult. cit.*

<sup>7</sup> Sotto questo profilo, si è precisato (GRASSI, *Revocazione della sentenza civile per contrasto con la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 926) che «gli organi dello Stato, inclusi gli organi giurisdizionali, sono, quindi, tenuti a dare esecuzione alle sentenze della Corte EDU, cioè ad assicurare la cessazione della violazione, la rimozione delle sue conseguenze e la non ripetizione della stessa, tenendo in debita considerazione le indicazioni fornite dalla Corte EDU».

<sup>8</sup> In punto, cfr. M. AVERSANO, *L'esecuzione delle sentenze della corte europea dei diritti dell'uomo nella duplice prospettiva, nazionale ed europea*, cit., p. 237.

<sup>9</sup> Quanto alla distinzione fra misure individuali e misure generali, cfr. M. AVERSANO, *L'esecuzione delle sentenze della corte europea dei diritti dell'uomo nella duplice prospettiva, nazionale ed europea*, cit., p. 238; da tale distinzione è dato desumere che, a seguito di una sentenza di violazione, lo Stato è tenuto ad agire su un duplice piano, quello delle misure individuali, a beneficio dello specifico ricorrente, e quello delle misure generali di sistema, dirette sostanzialmente a prevenire il verificarsi di ulteriori violazioni dello stesso tipo. L'A. sottolinea che «le misure individuali, in base allo specifico fatto esaminato ed alla violazione riscontrata, potranno consistere, quindi, in una compensazione economica e, per quanto consentito dal sistema, nell'adozione di atti di intervento in “forma specifica” sulla situazione sofferta dal ricorrente ed all'origine della violazione accertata (ad es. riapertura di un procedimento giudiziario ritenuto iniquo o la ripresa dei rapporti genitore-figlio interrotti). La compensazione economica, detta equa soddisfazione, in favore della parte ricorrente vittoriosa costituisce il rimedio ad una violazione non completamente emendabile per altre vie a livello nazionale». Tuttavia, come già accennato, si evidenzia che «non si tratta di statuizione necessaria in caso di violazione, ma, qualora vi sia stata una tempestiva e provata istanza risarcitoria da parte del ricorrente» di una concessione riconducibile ai poteri di valutazione della Corte, che può porre il relativo onere a carico dello Stato convenuto ovvero ritenere la mera constatazione della violazione di per sé idonea a riparare il danno procurato alla parte dalla violazione accertata. Con specifico riferimento alle misure generali, l'A. osserva (*ivi* p. 246) che «lo Stato deve adottare anche delle misure di carattere generale ogni qual volta la violazione accertata, benché riferibile ad uno specifico caso, sia conseguenza diretta o indiretta di aspetti sistemici e ordinamentali a portata generale». Pertanto, prosegue l'A. «compiuta una valutazione dell'origine e del contesto della violazione accertata, al fine di perseguire l'interesse generale all'innalzamento delle tutele e, quindi, alla prevenzione di future analoghe violazioni, le Autorità nazionali competenti procederanno di volta in volta, nell'esercizio del loro margine di apprezzamento, ai conseguenti interventi sul quadro normativo di riferimento che ha dato causa alla lesione, ove possibile, congiuntamente o alternativamente, ad un mutamento giurisprudenziale in termini convenzionalmente orientati, all'adozione di misure amministrative, all'adozione di misure organizzative adeguate, ad un'attività di sensibilizzazione e formazione

ma specifica» non spettando, di norma<sup>10</sup>, alla Corte Edu indicare allo Stato contraente le misure da adottare per dare esecuzione alla sentenza [ma è riservata allo Stato destinatario del provvedimento/autore della violazione «la determinazione dei mezzi e dei modi di attuazione della decisione della Corte europea»<sup>11</sup>].

Di qui la conclusione per cui «l'equa soddisfazione ha carattere sussidiario rispetto alla *restitutio in integrum*, ed è accordata direttamente dalla Corte di Starsburgo alla parte lesa quando non vi siano tutele di diritto interno capaci di rimuovere in modo perfetto le conseguenze della violazione convenzionale»<sup>12</sup>.

Conclusione di portata non assoluta, come può desumersi dalla scelta del legislatore italiano orientata nel senso di invertire l'ordine delle misure da adottare di modo che «la regola è la tutela per equivalente; l'eccezione è la tutela in forma specifica mediante il travolgimento del giudicato e un nuovo giudizio»<sup>13</sup>.

## 2. Violazione della CEDU e revisione del giudicato

Più problematico è l'adempimento dell'obbligo esecutivo di dare attuazione alle sentenze della Corte EDU, ogni qual volta l'obbligo di conformarsi alle

delle autorità che si occupano della materia, ed in particolare gli operatori del diritto, oltre ad ogni altra misure ritenuta funzionale allo scopo».

<sup>10</sup> In punto, si osserva (cfr. M. AVERSANO, *op. ult. cit.*, p. 240 e 241,) che, tuttavia, non si esclude che la Corte stessa, nell'ambito delle sue valutazioni sui fatti e sul tipo di violazione, individui essa stessa già in sentenza la strada per addivenire al risultato ed indichi allo Stato l'adozione delle specifiche misure individuali necessarie alla cessazione della violazione e, possibilmente, all'eliminazione delle sue conseguenze. A tale riguardo, l'A. richiama, a titolo meramente esemplificativo, alcuni casi in cui la Corte, «in relazione alla specifica violazione convenzionale riscontrata, ha anche indicato allo Stato la specifica misura da adottare al fine di consentire una possibile *restitutio in integrum* in favore del ricorrente», fra i quali si segnala il caso italiano relativo alla dichiarazione di adottabilità del minore Corte Edu, 20 gennaio 2022, n. 60083/19, *D.M e N./Italia*. La Corte Edu, dopo avere riscontrato una violazione del diritto alla vita familiare di entrambe le ricorrenti (madre e figlia) in relazione alla disposta misura dell'adozione da parte del giudice nazionale, «tenuto conto delle circostanze particolari della presente causa e della necessità urgente di porre fine alla violazione del diritto delle ricorrenti al rispetto della loro vita familiare» ha invitato le autorità interne a riesaminare «entro breve termine, la situazione delle ricorrenti alla luce della presente sentenza, e che adottino le misure appropriate nell'interesse superiore della minore»; in punto, cfr. M. GRASSI, *Revocazione della sentenza civile per contrasto con la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 925 e s.

<sup>11</sup> Così S. MENCHINI, *Osservazioni sulla revocazione per (accertate) violazioni della CEDU*, cit., p. 2; in punto, cfr. E. D'ALESSANDRO, *Revocazione della sentenza e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 219 e ss.; M. GRASSI, *Revocazione della sentenza civile per contrasto con la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 931; M. AVERSANO, *L'esecuzione delle sentenze della corte europea dei diritti dell'uomo nella duplice prospettiva, nazionale ed europea*, cit., p. 238.

<sup>12</sup> S. MENCHINI, *Osservazioni sulla revocazione per (accertate) violazioni della CEDU*, cit., p. 2.

<sup>13</sup> Così, S. MENCHINI, *Op. ult. cit.*, p. 5.

decisioni della Corte EDU implichi la necessità di riaprire i procedimenti giurisdizionali chiusi in via definitiva<sup>14</sup>, in considerazione del fatto che le sentenze di condanna della Corte incidono su questioni decise con sentenze nazionali passate in giudicato.

In tali ipotesi, l'atto lesivo della CEDU consiste in un provvedimento giurisdizionale che, in quanto tale, non può essere eliminato se non attraverso strumenti che appunto ne consentano la rimozione e, pertanto, la *restitutio in integrum* è ottenuta per mezzo dalla riapertura del processo.

Ciò comporta, quindi, che, rimosso il giudicato nazionale, si possa procedere alla revisione della causa. Come evidenziato anche dall'esperienza di altri ordinamenti a noi vicini, la riapertura del processo – e pertanto la revisione del giudicato – rappresenta una delle misure individuali più idonee al perseguimento della *restitutio in integrum*<sup>15</sup>.

Nell'ordinamento italiano, il problema è stato affrontato da prima in sede penale, con la pronuncia della Corte costituzionale avente ad oggetto la dichiarazione di incostituzionalità dell'articolo 630 del codice di procedura penale nella parte in cui non prevede[va] un diverso caso di revisione della decisione penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando la riapertura sia necessaria per conformarsi a una sentenza definitiva alla Corte europea dei diritti dell'Uomo<sup>16</sup>.

Al contrario, in materia civile la Corte costituzionale, con ripetuti interventi<sup>17</sup>, ha rilevato che la Corte EDU incoraggia, ma non obbliga, gli Stati

<sup>14</sup> M. GRASSI, *Revocazione della sentenza civile per contrasto con la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 927 e ss., il quale osserva che «a fronte della regola che condiziona il ricorso alla Corte di Strasburgo al previo esaurimento dei rimedi interni, infatti, la violazione dei diritti sanciti dalla convenzione normalmente deriva dalla formazione di un giudicato incompatibile, nel suo contenuto e nei suoi effetti, con tali diritti. Pertanto, per porre fine alla violazione accertata dalla Corte di Strasburgo o eliminare le conseguenze, lo Stato potrebbe essere tenuto a modificare o rimuovere la decisione interna lesiva dei diritti tutelati dalla convenzione».

<sup>15</sup> M. AVERSANO, cit., p. 242.

<sup>16</sup> Corte Cost., 7 Aprile 2011, n. 113; in punto, cfr. D'ALESSANDRO, *Revocazione della sentenza e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 221 e ss.; M. GRASSI, *Revocazione della sentenza civile per contrasto con la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 928; S. MENCHINI, *Osservazioni sulla revocazione per (accertate) violazioni della CEDU*, cit., p. 4; G. RAITI, *La revocazione dei giudicati civili per contrarietà alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 169, ove il richiamo a G. CANZIO, R.E. KOSTORIS, A. RUGGERI, *Gli effetti dei giudicati «europei» sul giudicato italiano dopo la sentenza n. 113/2011 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2011, del 28 giugno 2011.

<sup>17</sup> Corte Cost., 26 maggio 2017, n. 123, (in *Foro it.* 2017, I, 2180, con con nota di E. D'ALESSANDRO, *Il giudicato amministrativo (e quello civile) per ora non cedono all'impatto con la Corte europea dei diritti dell'uomo*; nonché in *Giur. cost.* 2017, 1261 ss., con nota di E. TRAVI, *Pronunce della corte di Strasburgo e revocazione delle sentenze: un punto fermo della Corte costituzionale*) che ha dichiarato inammissibile (per difetto di motivazione sulla non manifesta infondatezza), in riferimento agli artt. 24 e 111 Cost., nonché infondata in riferimento all'art. 117, co. 1, Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 106 d. lgs. 2 luglio 2010,

contraenti a adottare la misura ripristinatoria della riapertura del processo. In particolare, la Corte ha precisato che «la decisione di prevedere tale rimedio è rimessa agli Stati contraenti, i quali, peraltro, sono incoraggiati a provvedere in tal senso, pur con la dovuta attenzione per i vari e confliggenti interessi in gioco»<sup>18</sup>.

Diversamente dalla soluzione adottata dalla Corte Costituzionale nel processo penale in considerazione dell'incidenza della sentenza su diritti e libertà personali, «nel caso dei procedimenti civili tra privati, il tema della riapertura del processo è molto più complesso, venendo in gioco il principio di certezza giuridica del giudicato nazionale e buona fede, soprattutto rispetto ad una parte processuale rimasta estranea al procedimento innanzi alla Corte Edu»<sup>19</sup>. Trattasi, infatti, di principi che toccano interessi la cui tutela trova le sue ragioni nella salvaguardia del non meno fondamentale principio del nostro sistema giuridico costituito dalla certezza della cosa giudicata e della regola del *ne bis in idem*<sup>20</sup>.

n. 104 e degli artt. 395 e 396 c.p.c.; Corte Cost., ord. 2 febbraio 2018, n. 19 che ha dichiarato inammissibile, per carenza di motivazione in ordine alla non manifesta infondatezza, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 106 d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, e degli artt. 395 e 396 c.p.c., censurati, per violazione degli artt. 24, 111 e 117, comma 1, Cost., nella parte in cui non prevedono un diverso caso di revocazione della sentenza quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'Uomo; nonché Corte Cost., 27 aprile 2018, n. 93, in *Foro it.*, 2018, I, 2289 ss. (con nota di E. D'ALESSANDRO, *Violazione della Cedu e revocazione del giudicato civile: 'nihil novi sub sole'* e in *Giur. cost.*, 2018, 3, 1489 ss., con nota di BRANCA, *L'esecuzione della sentenza CEDU e la riapertura del processo civile o amministrativo: Corte cost. n. 123 del 2017, n. 6 e n. 93 del 2018*), che ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 395 e 396 c.p.c., censurati per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 46, par. 1, della CEDU, atteso che l'art. 46, par. 1, della CEDU, «come letto dalla Corte di Strasburgo, cui spetta la funzione di interprete "eminente" del diritto convenzionale, allo stato non impone un obbligo di riapertura dei processi civili e amministrativi». La Corte EDU precisa, inoltre, che «nell'interpretare l'art. 46, paragrafo 1, si limita ad incoraggiare l'introduzione della misura ripristinatoria della riapertura dei processi non penali, lasciando, tuttavia, la relativa decisione agli Stati contraenti, e ciò in considerazione della necessità di tutelare i soggetti, diversi dal ricorrente a Strasburgo e dallo Stato, che, pur avendo preso parte al giudizio interno, non sono parti necessarie del giudizio convenzionale»; critico nei confronti della pronuncia della Corte Cost., M. GRASSI, *Revocazione della sentenza civile per contrasto con la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 930 e ss., spec., 933; in punto, cfr. D'ALESSANDRO, *Revocazione della sentenza e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 221 e ss.; di G. RAITI, *La revocazione dei giudicati civili per contrarietà alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 169, nt. 7.

<sup>18</sup> Corte Cost., 27 aprile 2018, n. 93, cit.; nello stesso senso S. MENCHINI, *Osservazioni sulla revocazione per (accertate) violazioni della CEDU*, op. ult. cit.; riguardo all'estensione della previsione di delega al processo amministrativo e tributario G. RAITI, *La revocazione dei giudicati civili per contrarietà alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 169, nt. 7, 8 e 9.

<sup>19</sup> M. AVERSANO, *L'esecuzione delle sentenze della corte europea dei diritti dell'uomo nella duplice prospettiva, nazionale ed europea*, cit., p. 243 e s.

<sup>20</sup> G. SCARSELLI, *Note sulla nuova revocazione di cui all'art. 391 quater c.p.c. per contrarietà del giudicato alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Judicium*, 22 aprile 2024, p. 1.

Sotto questo profilo in dottrina si è osservato che «la scelta circa i rimedi da adottare è rimessa alla discrezionalità degli Stati i quali sono chiamati a compiere il bilanciamento tra la necessità di garantire alla parte lesa tutela piena ed effettiva tramite l'ammissione alla nuova decisione che le riconosca il bene della vita ingiustamente negato dal giudicato anticonvenzionale e l'esigenza di non stravolgere i principi della res iudicata e della certezza del diritto e di salvaguardare gli interessi dei soggetti in buona fede che pur avendo ricevuto protezione dalla sentenza interna non hanno preso parte al processo dinanzi alla Corte»<sup>21</sup>.

Per questa ragione si sottolinea che «da un punto di vista giuridico il giudicato è (nel nostro sistema) decisione da ritenere sempre corretta, e non a caso le impugnazioni c.d. straordinarie non hanno mai avuto ad oggetto una denunciata violazione di legge, bensì circostanze di fatto eccezionali in forza delle quali consentire, in taluni rari casi, la riapertura del processo»<sup>22</sup>.

### 3. *Le legge delega e le ragioni della riforma*

In virtù dei principi contenuti nella legge con la quale è stata autorizzata la ratifica della convenzione<sup>23</sup>, tutti gli organi dello Stato italiano, comprese le autorità giurisdizionali (civili e non), se responsabili di una violazione accertata dalla Corte europea, devono adottare le misure necessarie per porvi rimedio, cessando il comportamento lesivo e rimuovendo le conseguenze ad esso riconducibili.

Al fine di perseguire tale finalità il legislatore delegato è stato autorizzato «a prevedere che, ferma restando l'esigenza di evitare la duplicità di ristori, sia esperibile il rimedio della revocazione previsto dall'articolo 395 del codice procedura civile nel caso in cui, una volta formatosi il giudicato, lo stesso sia successivamente dichiarato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo contrario

<sup>21</sup> Così, S. MENCHINI, *Osservazioni sulla revocazione per (accertate) violazioni della CEDU*, cit., p. 3, M. GRASSI, *Revocazione della sentenza civile per contrasto con la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 933, per il quale è necessaria una «delicata ponderazione» fra diritto del ricorrente vittorioso a Strasburgo all'esecuzione della decisione della Corte EDU e diritti dei terzi; bilanciamento che spetta al giudice compiere in fase rescissoria, valutando le circostanze del «caso concreto», poiché, prosegue l'A., una volta pronunciata la revocazione, «spetta al giudice decidere del merito della causa, disponendo, se del caso, l'assunzione di nuovi mezzi istruttori» (ivi p. 942 testo e note). In punto, cfr. E. D'ALESSANDRO, *Revocazione per contrarietà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. it.*, 2023p. 482, per la quale «verosimilmente è stata l'esigenza di un bilanciamento tra gli interessi della parte vittoriosa a Strasburgo e quelli della parte vittoriosa nel giudizio interno – che, si ricordi, non è autrice della violazione convenzionale, imputabile solo allo Stato – ad indurre il legislatore a circoscrivere il testo dell'art. 391-quater c.p.c. alle sole fattispecie di violazione di “diritti di stato della persona”».

<sup>22</sup> G. SCARSELLI, *Note sulla nuova revocazione di cui all'art. 391 quater c.p.c. per contrarietà del giudicato alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 1.

<sup>23</sup> Legge 4 agosto 1955, n. 848.

in tutto e in parte alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali ovvero uno dei suoi protocolli e non sia possibile rimuovere la violazione tramite tutela per equivalente” [art. 1, co. 10, lett. a) l. 26 novembre 2021, n. 206]<sup>24</sup>.

Sotto questo profilo, alla luce di quanto in precedenza richiamato, nel sistema della legge delega si assiste a “un capovolgimento di prospettiva rispetto a quello della Convenzione”, atteso che “la riapertura del processo ha carattere, oltre che alternativo, sussidiario rispetto all’equa soddisfazione, posto che l’impugnazione per revocazione è permessa solo se “non sia possibile rimuovere la violazione tramite tutela per equivalente” e ferma restando “la salvezza dei diritti acquistati dai terzi in buona fede che non hanno partecipato al processo” davanti alla Corte europea<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Nell’ambito della riforma della giustizia civile, prevista dal PNRR, la legge delega 26 novembre 2021, n. 206, all’art. 10, comma 1, lettere a), b), c), d), e), f), ha autorizzato il Governo a prevedere un nuovo motivo di revocazione straordinaria a seguito di sentenze emesse dalla Corte europea dei diritti dell’uomo. Il legislatore delegato ha dato attuazione alla delega con il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, il quale ha introdotto le norme in precedenza richiamate. Sulla base di quanto disposto dall’art. 35, comma 1, di tale decreto, come modificato dalla legge 29 dicembre 2022, n. 197, le nuove norme hanno effetto a decorrere dal 1° gennaio 2023 e si applicano ai giudizi introdotti con ricorsi notificati a decorrere da tale data. Ciò significa che la revocazione è ammessa anche contro decisioni passate in giudicato anteriormente al 1 gennaio 2023, rispetto alle quali la violazione della disciplina convenzionale sia successivamente accertata da una sentenza della Corte EDU; poiché il ricorso si propone nel termine di sessanta giorni [dalla comunicazione o, in mancanza], dalla pubblicazione della sentenza della Corte europea (art. 391-*quater*, comma 2, c.p.c.), è preclusa, allo stato, l’impugnazione di provvedimenti emessi anteriormente al 1° gennaio 2023 e contrari a sentenze della Corte pubblicate prima di tale data, i quali sono impugnabili, però, ove sopravvenga una pronuncia che dichiari il loro contenuto in contrasto con la Convenzione. In punto è opportuno sottolineare che, ai sensi dell’art. 391 *quater*, co. 2, come modificato dal decreto correttivo (d. lgs. 31 ottobre 2024, n. 164), il termine di sessanta giorni decorre dalla pubblicazione della sentenza definitiva e non più dalla sua comunicazione. Perplessità riguardo al termine per la proposizione del ricorso, in particolare riguardo alla brevità e dello stesso sono state manifestate dalla dottrina (G. SCARSELLI, *Note sulla nuova revocazione di cui all’art. 391 quater c.p.c. per contrarietà del giudicato alla Convenzione europea dei diritti dell’Uomo*, cit., p. 3), per il quale «non v’è bisogno di sottolineare che il termine breve per impugnare dei sessanta giorni dipende, di regola, dalla notificazione del provvedimento, e non certo dalla sua comunicazione di cancelleria, nè tanto meno dalla sua pubblicazione, della quale la parte potrebbe non essere a conoscenza. Va da sé che porre un termine così breve, e financo aleatorio, rende assai difficile l’esercizio di questo tipo di impugnazione, e va parimenti da sé che la scelta dei termini *ex art. 391 quater c.p.c.* non è stata conforme a quella usata dal legislatore negli altri casi di impugnazione per revocazione dinanzi alla Corte di Cassazione, poiché infatti l’art. 391 *bis c.p.c.* statuisce diversamente che: “la revocazione può essere chiesta entro il termine perentorio di sessanta giorni dalla notificazione ovvero di sei mesi dalla pubblicazione del provvedimento».

<sup>25</sup> Così, S. MENCHINI, *Osservazioni sulla revocazione per (accertate) violazioni della CEDU*, cit., p. 5. In punto occorre segnalare che, a seguito del decreto correttivo sopra citato (nt. precedente), è stato introdotto nell’art. 2690, co. 1, c.c., il n. 6 *bis*, che ha sostituito la previsione per la quale la trascrizione della sentenza che accoglie la domanda prevale sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite contro il convenuto dopo la trascrizione della domanda con la disposizione secondo cui detta sentenza di accoglimento «non pregiudica i diritti acquistati dai terzi di buona fede in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda»; in pun-

Come accennato in precedenza, la regola è la tutela per equivalente; l'eccezione è la tutela in forma specifica mediante il travolgimento del giudicato e un nuovo giudizio. Tale impostazione è stata conservata dal legislatore delegato.

Muovendo da tale premessa, si deve rilevare come in determinati settori la tutela per equivalente difficilmente possa essere attuata, ed il rilievo vale, in particolare, nell'ambito delle controversie relative a diritti non patrimoniali rispetto alle quali tale forma di tutela si mostra di difficile attuazione<sup>26</sup>. Si pensi alle sentenze riguardanti i profili della vita dei minori e dei loro genitori e, in particolare, alle sentenze in materia di adozione piena, come verificatosi, non a caso, per la vicenda che ha originato la pronuncia della Corte costituzionale sopra citata.

Ci si riferisce alla nota sentenza resa dalla Corte di Strasburgo nel caso Zhou c. Italia Nella specie, la parte ricorrente lamentava di aver subito la sospensione dei rapporti con il figlio e la perdita dello *status* (di madre) a seguito di una dichiarazione dello stato di abbandono in violazione dell'art. 8 CEDU. La Corte rilevava che i motivi addotti dai giudici italiani per dichiarare lo stato di adottabilità del minore non corrispondevano alle circostanze «del tutto eccezionali» che avrebbero potuto giustificare la rottura del legame familiare.

to P. FARINA, R. GIORDANO, R. METAFORA, *Il decreto correttivo alla riforma civile Cartabia*, Milano 2024.

<sup>26</sup> In punto, cfr. E. D'ALESSANDRO, *Revocazione per contrarietà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. it.*, 2023, p. 481, la quale osserva che nelle ipotesi di violazione del diritto di difesa della parte ricorrente «l'equa soddisfazione conferita ai sensi dell'art. 41 della Convenzione assai difficilmente potrà fungere da pieno ristoro, considerato che la Corte sovranazionale può solo liquidare in via equitativa il danno non patrimoniale (morale), non avendo gli strumenti per valutare se e quanto sia stato l'ulteriore danno patrimoniale patito, i. e. quale avrebbe potuto essere l'esito del giudizio se la violazione processuale non fosse stata perpetrata, ovvero quale sia stata l'incidenza della perpetrata violazione processuale sull'esito della lite. Danno patrimoniale che, beninteso, potrebbe anche non sussistere». Sotto questo profilo, l'A. richiama, a titolo esemplificativo, il caso *Succi/Italia* (cfr. Corte EDU 28 ottobre 2021, n. 55064/11), in cui i ricorrenti, parti di tre differenti procedimenti civili, lamentavano la violazione del loro diritto di accesso al giudice garantito dall'art. 6 della Convenzione sostenendo che le relative decisioni di inammissibilità prese dalla Corte di cassazione per difetto di autosufficienza del ricorso fossero affette da eccessivo formalismo. Allo stesso tempo, però, si osserva (G. RAITI, *La revocazione dei giudicati civili per contrarietà alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 178, nt. 23), che sebbene l'interpretazione «più garantista restituirebbe alla revocazione maggiore utilità» allo stesso tempo deve rilevarsi che essa «si scontra con il dato testuale dell'art. 391-*quater*» nella parte in cui dispone che la violazione accertata in sede sovranazionale «ha pregiudicato il diritto di stato della persona»; nonché nella parte in cui prevede l'impugnabilità delle decisioni passate in giudicato «il cui contenuto è stato dichiarato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo contrario alla Convenzione». Tale previsione, sottolinea l'A., riconnette la «violazione» al «contenuto passato in giudicato», da ciò discende, «considerandosi quelle parole rigorosamente», che tale previsione non riguarderebbe le ipotesi in cui «le violazioni alle regole dell'equo processo non si fossero propriamente incorporate nel contenuto della decisione passata in giudicato ma avessero permeato il procedimento senza poter rilevare quale tema oggetto del giudicato formale: come accadrebbe, esemplarmente, le volte in cui la violazione risultasse consumata in seno al procedimento per cassazione, con vizio non rilevabile nel corso del giudizio, ed altresì estraneo alle residue ipotesi di impugnabilità della pronuncia».

All'esito del giudizio europeo la sig. Zhou chiedeva ai giudici nazionali che venissero presi contatti con i genitori adottivi e con i servizi sociali perché e, nel rispetto dell'interesse del minore, si valutassero le possibili forme di attuazione della sentenza definitiva della Corte EDU contro l'Italia. La Corte di appello di Venezia adita, con ordinanza del 18 luglio 2016, n. 55, sollevava la questione di legittimità costituzionale relativa agli artt. 395 e 396 cpc in relazione all'art. 117, comma 1, cost., nella parte in cui non consentivano la revocazione di una sentenza civile per contrasto con una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>27</sup>.

Ciò premesso, prima ancora di affrontare i problemi connessi all'applicabilità dell'istituto della revocazione al caso di violazione di un diritto di Stato della persona, attesa la difficoltà di definire con puntualità contenuto e tipologia di tali diritti, pare necessario soffermare l'attenzione sulla scelta compiuta dal legislatore di introdurre un nuovo articolo, l'art. 391 *quater* c.p.c., invece che di integrare la disciplina preesistente con l'introduzione di un nuovo motivo di revocazione fra quelli elencati nell'art. 395<sup>28</sup>.

La ragione della scelta operata in tal senso può essere ricondotta alla non puntuale formulazione dell'art. 1, co. 10 della legge 206/2021, che si limitava a prevedere l'esperibilità del «rimedio previsto dall'articolo 395 del codice di procedura civile» nel caso in cui, una volta formatosi il giudicato, il contenuto della sentenza fosse successivamente dichiarato dalla Corte EDU contrario alla Convenzione o ad uno dei suoi Protocolli.

L'assoluta genericità del dato normativo, infatti, consentiva da un lato di convenire che la delega fosse riferibile alle forme di tutela giurisdizionale civile e, dall'altro, di ritenere al più – attesa la mancanza di alcuna specifica limitazione, riguardo all'esperibilità del rimedio previsto dall'art. 395 c.p.c. – che il rimedio fosse estensibile anche alle giurisdizioni non civili che si avvalgono del rinvio a quella norma (come accade per il processo amministrativo, *ex art.* 106 c.p.a. e, per il processo tributario, *ex art.* 64, d.lgs. n. 546 del 31 dicembre 1992)<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> In punto, cfr. M. GRASSI, *Revocazione della sentenza civile per contrasto con la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 933; G. CHIAPPETTA, G. CARUSO, *La revocazione delle sentenze civili per condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di stato della persona*, cit., p. 3 e s.

<sup>28</sup> A. GRAZIOSI, *Le nuove norme sul giudizio di cassazione e sulla revocazione*, cit., p. 693.

<sup>29</sup> Il profilo legato all'incerta estensione della nuova figura di revocazione è evidenziato da G. RAITI, *La revocazione dei giudicati civili per contrarietà alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 170, (*ivi*, p. 169, nt. 9, per quanto riguarda l'estensione della previsione di delega al processo amministrativo e tributario; nello stesso senso si era, del resto, espressa la dottrina occupatasi *ex professo* della disposizione: v., in particolare, E. ROMANI, *Il processo amministrativo e l'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo: l'istituto della revocazione «convenzionale» prefigurato dalla l. 26 novembre 2021 n. 206*, in *Federalismi. it del 15 giugno 2022* e E. D'ALESSANDRO, *Revocazione della sentenza*, cit., 267, nonché ID., *Revocazione per contrarietà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 479 ss., spec. 480, ove, peraltro, il rilievo per cui l'estensione avrebbe comportato un impatto pratico

Soluzione quest'ultima non persuasiva quando si consideri che il legislatore delegato ha preferito, anziché integrare l'art. 395, inserendo un ulteriore caso di revocazione della sentenza, prevedere nel codice di rito un'autonoma fattispecie di revocazione straordinaria con caratteristiche sue proprie regolata dal nuovo articolo 391 *quater* c.p.c.<sup>30</sup>. Da ciò consegue che il motivo di revocazione opera esclusivamente nel campo della giurisdizione civile, mentre non vale per la giurisdizione amministrativa e per quella tributaria.

Infatti, per l'art. 362, ultimo comma, c.p.c., possono essere impugnate per revocazione, quando il loro contenuto è stato dichiarato dalla Corte europea contrario alla Convenzione ovvero ad uno dei suoi Protocolli, le decisioni dei giudici ordinari passate in giudicato; chiaro ed esplicito è il riferimento alle sole decisioni dei giudici ordinari<sup>31</sup>.

“Oltre a ciò, non a caso si è preferito introdurre una disposizione autonoma, ossia l'art. 391-*quater*, c.p.c., anziché integrare l'art. 395 c.p.c., inserendo un nuovo numero per prevedere il nuovo motivo di revocazione; così facendo, nel rispetto della delega, oggettivamente circoscritta al processo civile, si è evitato di estendere alla giurisdizione amministrativa e al contenzioso tributario la figura di revocazione in esame, la quale, invece, sarebbe stata recuperata in forza del richiamo dell'art. 395 c.p.c., effettuato rispettivamente dall'art. 106, comma 1, del codice del processo amministrativo e dall'art. 64 del d.lgs. n. 546 del 1992, se fosse stata adottata la tecnica della novellazione dell'art. 395 c.p.c.”<sup>32</sup>

#### 4. Art. 391 *quater* c.p.c.: presupposti applicativi

Le decisioni passate in giudicato il cui contenuto è stato dichiarato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo contrario alla convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ovvero ad uno dei suoi protocolli possono essere impugnate per revocazione se ricorrono le seguenti

che avrebbe oltrepassato l'ambito di operatività della delega»; in argomento, v. anche A. FABBI, *Art. 391quater Revocazione per contrarietà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Commentario alla riforma del processo civile*, a cura di F. Santangeli, vol. I, Napoli 2023, 283 ss.

<sup>30</sup> In punto, cfr. S. MENCHINI, *Osservazioni sulla revocazione per (accertate) violazioni della CEDU*, cit., p. 5, per il quale «così facendo, nel rispetto della delega, oggettivamente circoscritta al processo civile, si è evitato di estendere alla giurisdizione amministrativa e al contenzioso tributario la figura di revocazione in esame, la quale, invece, sarebbe stata recuperata in forza del richiamo dell'art. 395 c.p.c., effettuato rispettivamente dall'art. 106, comma 1, del codice del processo amministrativo e dall'art. 64 del d.lgs. n. 546 del 1992, se fosse stata adottata la tecnica della novellazione dell'art. 395 c.p.c.». Per una ricostruzione dei precedenti tentativi compiuti dal legislatore italiano di modifica dell'art. 395 c.p.c., v. E. D'ALESSANDRO, *Revocazione della sentenza e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 220 e s., spec. 226 e ss.

<sup>31</sup> Così, S. MENCHINI, *Osservazioni sulla revocazione per (accertate) violazioni della CEDU*, cit., p. 5; G. RAITI, *op. ult. cit.*

<sup>32</sup> Sempre, S. MENCHINI, *Osservazioni sulla revocazione per (accertate) violazioni della CEDU*, cit., p. 5.

due condizioni: l'accertamento da parte della Corte europea di una violazione che abbia pregiudicato un diritto di stato della persona; l'inidoneità dell'equa indennità eventualmente accordata alla Corte ai sensi dell'articolo 41 a compensare le conseguenze della violazione<sup>33</sup>.

Il dato testuale consente di sottolineare che le due condizioni devono sussistere al momento in cui si invoca la revocazione convenzionale, anche se è netta la distinzione fra esse sul piano degli effetti.

L'accertamento della violazione è, infatti, un dato oggettivo coincidente con la pronuncia della Corte europea che accerta la contrarietà della decisione impugnata alla Convenzione ovvero ad uno dei suoi Protocolli (art. 391-*quater*, comma 1, c.p.c.

Di qui un duplice ordine di implicazioni. In primo luogo, l'accertamento della violazione è demandato in via esclusiva alla Corte Edu, la cui dichiarazione positiva costituisce l'avveramento della condizione, insindacabile da parte della Corte di cassazione, che deve soltanto verificare se il contenuto della sentenza impugnata è stato dichiarato dalla Corte di Strasburgo contrario alla convenzione. In secondo luogo, ai fini dell'accertamento della sussistenza della violazione, non è prevista alcuna distinzione, potendo la stessa riguardare vizi di natura sia sostanziale sia processuale, a prescindere dalla gravità degli stessi<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Così, A. GRAZIOSI, *Le nuove norme sul giudizio di cassazione e sulla revocazione*, cit., p. 694; S. MENCHINI, *Osservazioni sulla revocazione per (accertate) violazioni della CEDU*, cit., p. 5: il quale osserva che «l'azione di fronte alla Corte europea presuppone l'esaurimento delle vie di ricorso interno (art. 35 Cedu), per cui la revocazione, di regola, colpisce i provvedimenti della Corte di cassazione, anche di rigetto, sebbene, in tale ultimo caso, il giudicato si vada a formare sulla sentenza (di appello) impugnata». Si precisa (GRAZIOSI, p. 696), inoltre, che «il nuovo rimedio è concesso indistintamente contro tutte "le decisioni passate in giudicato" e non soltanto contro le pronunce passate in giudicato in senso sostanziale, sicché, se per un verso potranno essere oggetto di revocazione ex art. 391-*quater* anche le pronunce di rigetto emesse dalla Corte di cassazione – contrariamente alla revocazione ex art. 391-ter c.p.c., che invece è proponibile nei soli casi in cui la Corte ha deciso la causa nel merito – per altro verso l'esperibilità del rimedio pare doversi estendere anche alle decisioni giudiziarie che, pur non essendo idonee ad acquisire l'autorità di cosa giudicata in senso sostanziale, si configurino comunque come decisioni di ultima istanza sulla *res controversa* e siano passate in giudicato anche solo in senso formale (si pensi, in particolare, ai molti provvedimenti che potrebbero rivelare queste caratteristiche nel campo della giurisdizione volontaria ed in specie in quello del diritto processuale di famiglia)»; in punto, anche E. D'ALESSANDRO, *Revocazione per contrarietà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 484.

<sup>34</sup> S. MENCHINI, *Osservazioni sulla revocazione per (accertate) violazioni della CEDU*, cit., p. 6. Raiti, p. 175 e ss.; G. RAITI, *La revocazione dei giudicati civili per contrarietà alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 175, il quale osserva che «un tema che, presupposta la perimetrazione oggettiva del nuovo istituto, la disciplina vigente ha proposto agli interpreti, sul piano – ancora – della sua materiale portata applicativa, è quello dell'incerta estensione della nuova revocazione a violazioni determinatesi, pur sempre nell'ambito di procedimenti nazionali vertenti su diritti di stato della persona, ma non immediatamente a carico del relativo interesse sostanziale, bensì in rapporto ai canoni convenzionali dell'"equo processo", a mente dell'art. 6 conv. eur. dir. uomo».

Al contrario, la seconda condizione – l'inidoneità dell'equa indennità accordata dalla Corte Edu – può intendersi avverata soltanto a seguito del giudizio emesso in tal senso dalla Corte di cassazione chiamata a pronunciarsi sulla domanda di revocazione prevista dall'art. 391-*quater* cod. proc. civ.

In altri termini, mentre il giudizio della Corte di Cassazione riguardo all'accertamento della violazione consiste in una mera operazione di verifica della sussistenza di un dato oggettivo (la dichiarazione di contrarietà della sentenza alla CEDU), il giudizio della Corte di Cassazione sulla inidoneità dell'equa indennità si traduce in una valutazione critica in ordine all'inidoneità o meno della misura riparatoria accordata dalla Corte EDU a soddisfare il concreto interesse della parte lesa dalla violazione accertata.

La conclusione ora esposta è, del resto, coerente con la prospettiva prettamente riparatoria con cui è concepito il rimedio in esame. L'esperibilità della revocazione convenzionale è, infatti, subordinata alla circostanza che «l'equa indennità eventualmente accordata dalla Corte europea ai sensi dell'articolo 41 della Convenzione non [sia] idonea a compensare le conseguenze della violazione». La condizione in esame attua il criterio direttivo contenuto nella legge delega, volto a subordinare la revocazione convenzionale all'insufficienza della tutela per equivalente, evitando, al contempo, una duplicazione dei ristori.

Al riguardo può piuttosto osservarsi che la formulazione testuale della disposizione può prestarsi a una lettura potenzialmente equivoca dell'art. 41 CEDU, nel senso di lasciare intendere che nel sistema della convenzione la corresponsione di un'equa soddisfazione in luogo del rimedio restitutorio rappresenti la regola e non già l'eccezione. Per le ragioni già illustrate, si deve però ribadire che a seguito dell'accertamento di una violazione dei diritti umani tutelati dalla CEDU, lo Stato «soccombente» è tenuto ad adottare tutte le misure necessarie per rimuovere le conseguenze dell'illecito e, solo in via residuale, l'art. 41 CEDU prevede che alla parte lesa possa essere accordata una compensazione pecuniaria, ogni qual volta il diritto interno di tale Stato non permetta la riparazione.

Ciò premesso ci si può domandare se prevedendo la previa verifica della non idoneità della tutela per equivalente a compensare le conseguenze dell'illecito, il legislatore italiano abbia invertito i termini della questione<sup>35</sup>.

Al fine di dare risposta al quesito pare sufficiente considerare che la Corte di cassazione, dovendo concorrere entrambe le condizioni indicate, nella fase rescindente deve compiere un duplice controllo, verificando se il diritto violato sia un diritto di stato della persona e se la Corte europea abbia attribuito al ricorrente un equo indennizzo e se, qualora questo sia stato disposto, se sia idoneo a compensare le conseguenze della violazione.

Pertanto, da un lato, l'avvenuta attribuzione di un indennizzo da parte della Corte di Strasburgo non è di per sé sufficiente ad escludere la revocazione (è

<sup>35</sup> M. GRASSI, *Revocazione della sentenza civile per contrasto con la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 947.

consentito, cioè, il cumulo dei rimedi, nella misura in cui l'equa soddisfazione non sia pienamente soddisfattiva, sul presupposto che la parte lesa ha diritto alla rimozione di tutti gli effetti pregiudizievoli; peraltro è evitata anche la duplicazione dei ristori, come richiesto dalla legge delega, posto che la revocazione è sì compatibile con l'equo indennizzo, ma solo se questo non è idoneo a ristorare del tutto le conseguenze dannose della violazione); dall'altro lato, il legislatore, consapevole della funzione meramente indennitaria dell'equa soddisfazione, attribuisce alla Corte di cassazione il delicato compito di valutare se le conseguenze della violazione possano considerarsi oppure no integralmente rimosse e riparate in forza di quanto disposto dalla Corte europea (tale giudizio, spesso, è già compiuto da quest'ultima Corte, la quale indica allo Stato le iniziative che debbono essere assunte per eliminare totalmente le conseguenze della violazione).

Infine, il motivo di revocazione introdotto all'art. 391-*quater* c. p.c. sembra scontare le medesime criticità già evidenziate dalla dottrina con riguardo all'orientamento giurisprudenziale della Corte Costituzionale. Esso, cioè, pare concepire la revocazione della sentenza civile in un'ottica esclusivamente riparatoria, senza preoccuparsi dell'eventualità in cui la riapertura del procedimento potrebbe essere funzionale non tanto (o non soltanto) alla rimozione delle conseguenze negative dell'illecito, quanto piuttosto alla cessazione dello stesso. Come si è detto, invece, in tali ipotesi la rimozione del giudicato potrebbe rendersi necessaria al fine di adempiere agli obblighi che, in base al diritto internazionale consuetudinario, sorgono in capo allo Stato responsabile di un illecito internazionale e, dunque, anche al di fuori dei casi in cui la violazione della CEDU abbia pregiudicato un diritto di stato della persona e pur in presenza di diritti acquisiti da terzi di buona fede<sup>36</sup>.

##### 5. La revocazione del giudicato e la nozione di diritti di stato delle persone

Le maggiori criticità sono quelle derivanti dall'interpretazione dell'art. 391 *quater* nella parte in cui individua nella violazione di un diritto di stato della persona il presupposto della revocazione in oggetto<sup>37</sup>. Sotto questo profilo

<sup>36</sup> M. GRASSI, *Revocazione della sentenza civile per contrasto con la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 951.

<sup>37</sup> In punto è stato sottolineato che il motivo di revocazione straordinaria introdotto dal legislatore delegato «è ciò che resta del più ampio testo che era stato elaborato nei lavori preparatori» ove «si prevedeva che la revocazione potesse essere proposta anche nel caso in cui, a prescindere dalla tipologia di diritto sostanziale *sub judice*, la violazione riscontrata dalla Corte europea avesse pregiudicato "in modo decisivo" il diritto di difesa della parte ricorrente a Strasburgo» (in questo senso, E. D'ALESSANDRO, *Revocazione per contrarietà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 479, spec., p. 481, per la quale sarebbe stato preferibile recepire il testo dei lavori preparatori). In punto, nella Relazione illustrativa al decreto legislativo si precisa, inoltre, che il riferimento ai diritti di stato della persona trova spiegazione nel fatto

possono prospettarsi, infatti, non poche difficoltà nel definire con esattezza i diritti di stato della persona e il relativo contenuto<sup>38</sup>.

Una conclusione condivisibile è nel senso che tali diritti, proprio perché attinenti allo stato della persona, siano necessariamente soltanto i diritti a carattere non patrimoniale<sup>39</sup>.

Resta incerto, invece, sul piano applicativo, l'ambito della tutela riservato al nuovo rimedio revocatorio, essendo legittimo domandarsi – a fronte del dato letterale della norma – se la lesione di un qualsiasi diritto non patrimoniale protetto dalla convenzione legittimi il ricorso al nuovo rimedio revocatorio ovvero se lo stesso sia riservato soltanto ai diritti di stato della persona intesi in senso tecnico e, quindi, costituenti una più circoscritta categoria del più ampio *genus* di diritti (personali) non patrimoniali, con la conseguenza che il requisito di ammissibilità in esame andrebbe interpretato in modo ancora più restrittivo<sup>40</sup>.

che per tali diritti il rimedio risarcitorio «è tendenzialmente inidoneo a rimuovere le conseguenze della violazione convenzionale» nonché «si rivela non del tutto satisfattivo» (in punto A. MONDINI, *La nuova, limitata, ipotesi di revocazione straordinaria di decisioni contrarie alla CEDU*, in *Judicium*, 17 gennaio 2023, p. 1, nt. 3).

<sup>38</sup> A. GRAZIOSI, *Le nuove norme sul giudizio di cassazione e sulla revocazione*, cit., p. 694; S. MENCHINI, *Osservazioni sulla revocazione per (accertate) violazioni della CEDU*, cit., p. 7, pare non avere dubbi, solo stato delle persone; G. RAITI, *La revocazione dei giudicati civili per contrarietà alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 172, il quale parla di una categoria dagli "incerti confini".

<sup>39</sup> In questo senso, A. GRAZIOSI, *Le nuove norme sul giudizio di cassazione e sulla revocazione*, cit., p. 694; MENCHINI, *Osservazioni sulla revocazione per (accertate) violazioni della CEDU*, cit., p. 3; G. SCARSELLI, *Note sulla nuova revocazione di cui all'art. 391 quater c.p.c. per contrarietà del giudicato alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 3; E. D'ALESSANDRO, *Revocazione della sentenza e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 223; M. GRASSI, *Revocazione della sentenza civile per contrasto con la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 946; A. MONDINI, *La nuova, limitata, ipotesi di revocazione straordinaria di decisioni contrarie alla CEDU*, cit., p. 2, il quale osserva «restano escluse le decisioni violative di diritti patrimoniali quantunque le violazioni non siano state interamente risarcite per equivalente dalla Corte di Strasburgo (come può accadere anche per difficoltà di quest'ultima di stimare in modo compiuto le conseguenze della violazione accertata), le violazioni di diritti processuali (diritto di accesso al giudice, diritto al contraddittorio, diritto al giusto processo riconducibili all'art.6 della Convenzione), le violazioni di diritti personalissimi dato che questi ultimi spettano alla persona in quanto individuo e non in quanto parte di una *societas*». Segnala profili di illegittimità costituzionale della norma, G. RAITI, *La revocazione dei giudicati civili per contrarietà alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 173 e ss., in quanto «Al di là dell'ambigua portata della categoria dei diritti tutelabili con il nuovo strumento revocatorio, la scelta del legislatore delegato» lascia «emergere profili di illegittimità in relazione al vincolo di delega».

<sup>40</sup> In punto, G. RAITI, *La revocazione dei giudicati civili per contrarietà alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 172. Anche il CSM, nel parere pronunciato il 21 settembre 2022 (sul disegno di legge governativo n. 1662/2020 e sullo schema di decreto legislativo di riforma del processo civile, reperibile su [www.csm.it/web/csm-internet/-/parere-sul-disegno-di-legge-governativo-n-1662-2020-di-riforma-del-processo-civile](http://www.csm.it/web/csm-internet/-/parere-sul-disegno-di-legge-governativo-n-1662-2020-di-riforma-del-processo-civile), p. 31e s.) segnalava l'uso di un'espressione dal significato «non sufficientemente univoco e determinato, tale da poter essere propriamente utilizzata in una disposizione del codice di rito». Analoghe perplessità manifestano E. D'ALESSANDRO, *Revocazione per contrarietà*, cit., 480 s., e A. GRAZIOSI, *Le nuove norme*

A favore di una interpretazione restrittiva si sottolinea che la norma, non fa riferimento ai diritti *della persona* bensì ai diritti *di stato della persona*<sup>41</sup>. Di qui l'implicazione in termini applicativi, per cui qualora la violazione della Convenzione dei diritti dell'uomo sia caduta, ad esempio, su controversie relative alla filiazione oppure all'adozione o, ancora, alla cittadinanza, alla rettificazione degli atti di stato civile o ad altre ipotesi simili, il contenzioso sarebbe riconducibile nell'ambito dei *diritti di stato della persona*, e quindi legittimerebbe la richiesta di revocazione della sentenza<sup>42</sup>. Nel caso opposto, qualora si tratti di controversie aventi ad oggetto diritti riferibili alla persona in quanto tale, come, ad esempio, può avvenire nei rapporti riconducibili al mondo del lavoro, ovvero in materia di diritto al nome, all'immagine e ipotesi assimilabili, si verserebbe in fattispecie estranee al campo dei diritti di *status*, e quindi la violazione della Convenzione relativamente a quei diritti non consentirebbe il ricorso al rimedio ex all'art. 391 *quater* c.p.c. e non renderebbe esperibile la revocazione<sup>43</sup>.

Ne' pare possibile, come sottolineato da alcuni, «proporre una lettura interpretativa del n. 1 dell'art. 391 *quater* c.p.c. nel senso di ricomprendere nell'espressione *diritto di stato della persona* semplicemente ogni diritto della persona, poiché una simile esegesi si porrebbe in chiaro contrasto con il tenore letterale della norma, e quindi in totale difformità della regola im-

*sul giudizio di cassazione e sulla revocazione*, in *Riv. dir. proc.* 2023, 667 ss.; parimenti critico verso l'uso della formula «non tecnicamente perfetta» anche S. MENCHINI, *Osservazioni sulla revocazione per (accertate) violazioni della CEDU*, cit., 6 s., il quale ritiene «la volontà della legge» tuttavia «inequivoca: oggetto del giudicato (interno) anticonvenzionale deve essere uno stato della persona (di famiglia, quale il matrimonio, la filiazione, l'unione civile, ovvero di cittadinanza)»; perplessità non diverse sono segnalate anche nella dottrina francese rispetto a un testo normativo pressoché identico, sul punto, a quello italiano (così G. CHIAPPETTA, G. CARUSO, *La revocazione delle sentenze civili per condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di stato della persona*, cit, p. 7, cui si rinvia anche per i riferimenti alla nozione di «stato delle persone» inteso come «*une notion a contenu variable*»).

<sup>41</sup> G. SCARSELLI, *Note sulla nuova revocazione di cui all'art. 391 quater c.p.c.c per contrarietà del giudicato alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo*, cit., p. 3.

<sup>42</sup> In punto, G. RAITI, *La revocazione dei giudicati civili per contrarietà alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 171, a proposito della possibilità di estendere la nuova figura di revocazione nei confronti di giudicati vertenti su interessi sostanziali, ancorché particolari [quali ad es. quelli pertinenti alla giurisdizione militare, stante che l'art. 1940, comma 3°, d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66 (c.d. codice dell'ordinamento militare) assegna testualmente «al giudice ordinario in sede civile» le domande di tutela riferite: a) a «questioni di cittadinanza, di domicilio e di età»; o b) a «diritti civili o di filiazione, fatto riferimento ai soggetti sottoposti all'obbligo di leva per le ipotesi di ripristino del medesimo»]. A. MONDINI, *La nuova, limitata, ipotesi di revocazione straordinaria di decisioni contrarie alla CEDU*, cit, p. 2) ritiene l'espressione «diritti di stato della persona», a stretto rigore «vuota data la mancanza dell'indicazione dello stato di riferimento, di certo non riferibile ai diritti di stato di cittadino giacché il contenzioso afferisce alla giurisdizione amministrativa e le sentenze amministrative non sono revocabili ai sensi del nuovo art. 391 *quater*».

<sup>43</sup> G. SCARSELLI, *Note sulla nuova revocazione di cui all'art. 391 quater c.p.c. per contrarietà del giudicato alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p.1.

posta dall'art. 12 delle preleggi, secondo la quale alla norma: «non si può attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole»<sup>44</sup>.

Ciò precisato, peraltro, non può non tenersi conto del fatto che proprio l'ambiguità della locuzione “diritti di stato delle persone” ne suggerisca un'interpretazione secondo le categorie di diritto sostanziale tradizionali e della loro evoluzione nel tempo (o nella modernità)<sup>45</sup>.

In questa prospettiva appare, pertanto, condivisibile un'interpretazione della norma comprensiva non soltanto dei diritti riconducibili, innanzitutto, allo *status personae e familiae* e in via estensiva, anche allo *status civitatis* (delineato dalla Corte dei diritti dell'uomo con riferimento alle nozioni di rifugiato, migrante e detenuto)<sup>46</sup>.

Alla luce delle osservazioni esposte può conclusivamente ritenersi che il nuovo art. 391 *quater* c.p.c. avrà comunque portata applicativa piuttosto limitata. Al di là della formulazione più o meno esatta della locuzione legislativa e del riferimento testuale al pregiudizio non pare, infatti, possa dubitarsi che oggetto del giudicato (interno) anticonvenzionale debba essere uno “stato della persona” (quale richiamato nell'art. 70, comma 1, n. 3, c.p.c., laddove è previsto l'intervento obbligatorio del pubblico ministero nelle “cause che riguardano lo stato e la capacità della persona”)<sup>47</sup>.

Pertanto, il rimedio della revocazione convenzionale deve intendersi ammesso in presenza non di ogni diritto a contenuto non patrimoniale ancorché si

<sup>44</sup> G. SCARSELLI, *op. ult. cit.*, p. 1.

<sup>45</sup> G. CHIAPPETTA, G. CARUSO, *La revocazione delle sentenze civili per condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di stato della persona*, cit., p. 10; G. FREZZA, “Diritti di stato della persona”, *trascrizione della domanda di revocazione ex art. 2652, comma 1, n. 9-bis e inapplicabilità della relativa disciplina*, in *Judicium*, 28 aprile 2023, p. 5, osserva che l'espressione «diritti di stato delle persone» è «ambigua, ragionando ovviamente con le categorie di diritto sostanziale».

<sup>46</sup> G. FREZZA, “Diritti di stato della persona”, *trascrizione della domanda di revocazione ex art. 2652, comma 1, n. 9-bis e inapplicabilità della relativa disciplina*, cit., p. 6; G. CHIAPPETTA, G. CARUSO, *La revocazione delle sentenze civili per condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di stato della persona*, cit., p. 10, i quali osservano che «tuttavia, la nozione potrà comprendere i diritti di stato di “altro familiare” di cui all'art. 3, della direttiva 2004/3845 nella quale rientra, secondo la giurisprudenza della Corte del Lussemburgo il minore in Kafala presso cittadini dell'Unione i quali si fanno carico del mantenimento, dell'istruzione e della protezione, in forza di un impegno assunto sulla base del diritto del Paese d'origine del minore». In punto gli AA. richiamano la sentenza della Corte di giustizia (26 marzo 2021, C-129/18, CGUE, SM c. Entry Clearance Officer, UK Visa Section), in particolare la parte della sentenza nella quale la Corte afferma che l'obiettivo della direttiva consiste nel «preservare l'unità della famiglia in senso più ampio», «agevolando l'ingresso e il soggiorno delle persone che presentano vincoli familiari stretti e stabili con un cittadino dell'Unione in ragione di circostanze di fatto specifiche, quali una dipendenza economica, un'appartenenza al nucleo familiare o gravi motivi di salute».

<sup>47</sup> G. CHIAPPETTA, G. CARUSO, *La revocazione delle sentenze civili per condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di stato della persona*, cit., p. 6 e ss. spec. p. 9.

tratti di diritto protetto dalla convenzione, ma soltanto per la specifica categoria di diritti di questo tipo, ossia riferibile a “uno stato personale”<sup>48</sup>.

Il legislatore ha identificato negli stati della persona il nucleo dei diritti fondamentali dell'uomo, meritevoli della tutela in forma specifica; l'interpretazione di questo concetto deve essere rigorosa, considerato che il rimedio revocatorio, per la legge, ha carattere di eccezione rispetto alla tutela per equivalente.

Conclusione questa che non deve ritenersi, peraltro, preclusiva di interpretazione, più che di segno opposto, diretta a estendere l'ambito di applicazione della revocazione ad altre ipotesi in cui sia configurabile una lesione del diritto di stato delle persone. Tale espressione dovrebbe, infatti, coincidere con quella di diritti non patrimoniali inerenti allo stato di persona, «non avendo alcun senso restringere la portata soltanto agli status in senso tecnico (filiazione; matrimonio; unione civile, cittadinanza e così di seguito)»<sup>49</sup>.

### 5. *Segue: e la tutela del rapporto di filiazione*

Nella prospettiva ora tracciata può dirsi che, a prescindere dalla difficoltà di attribuire all'espressione «diritti di stato delle persone» un significato “sufficientemente univoco e determinato”<sup>50</sup>, l'esperienza giurisprudenziale di altri paesi (in particolare quella francese), pur nella sua limitata casistica, porti a condividere – con specifico riguardo alle controversie in materia di filiazione,

<sup>48</sup> MONDINI, *La nuova, limitata, ipotesi di revocazione straordinaria di decisioni contrarie alla CEDU*, cit., p. 2; in punto, cfr. E. D'ALESSANDRO, *Revocazione per contrarietà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 482.

<sup>49</sup> In punto è stato osservato (G. RAITI, *La revocazione dei giudicati civili per contrarietà alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 172 e s.), che, secondo questa interpretazione, non si potrà escludere, ad es. che il soggetto che è stato dichiarato decaduto dalla responsabilità genitoriale con sentenza censurata dalla Corte EDU possa utilizzare la revocazione. In via generale si è osservato (G. RAITI, *op. ult. cit.*) che sarà l'art. 8 della Cedu «a fornire il *medium* normativo più frequente la cui violazione risulti da giudicato revocando, ma non può escludersi che diritti di stato risultino violati per il tramite di riconosciuti vulnera ad altri diritti fondamentali (quale il diritto «al matrimonio», ad esempio, tutelato dall'art. 12)». Conclusione che si giustifica sul presupposto che l'estensione dell'ambito applicativo ad ogni diritto della personalità che, come i diritti “di stato”, non sono passibili per loro natura di adeguata tutela in forme schiettamente patrimoniali soddisferebbe anche il «rispetto del criterio di uguaglianza sostanziale, presupposta, quale ratio della disciplina, quella – dichiarata dal Governo – di voler riservare lo strumento alla tutela di posizioni di regola, appunto, non passibili di compiuta riparazione per via meramente pecuniaria». In senso conforme, A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile*, Torino 2023, 128, che in caso di interpretazione restrittiva dell'espressione «diritto di stato della persona» parla di «disparità di trattamento processuale di situazioni sostanziali identiche» che «difficilmente sarebbe in grado di superare il vaglio di costituzionalità»; A. FABBI, *Art. 391quater Revocazione per contrarietà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 289, per il la scelta restrittiva del Governo «può prestarsi a qualche remora in punto di [...] una non limpida ragionevolezza, e della diffusa contraddittorietà».

<sup>50</sup> In punto si rinvia al parere del CSM richiamato alla nt. 40.

e, in particolare, quelle relative alla tutela dello *status* di figlio nato da gestazione per altri, attesa la peculiare incidenza del loro esito sullo *status* di figlio e non solo dei genitori – l'orientamento favorevole alla riconducibilità di tali controversie e di quelle ad esse assimilabili nell'ambito di applicazione dell'istituto della revocazione per contrarietà alla Convenzione<sup>51</sup>.

A conforto di tale conclusione è sufficiente richiamare, in questa sede, il precedente della Corte europea nel quale viene censurata per violazione dell'art. 8 CEDU la sentenza (dell'autorità francese) che aveva impedito il riconoscimento del rapporto di filiazione dei bambini nati da gestazione per altri nei confronti del padre biologico<sup>52</sup>. La Corte EDU ha statuito che il rifiuto delle autorità nazionali (in ipotesi l'autorità francese) di trascrivere negli atti dello stato civile minori nati [in India] a seguito di accordi di maternità surrogata non viola il diritto alla vita familiare dei ricorrenti (padri biologici), bensì il diritto alla vita privata dei minori, per i quali tale diritto si sostanzia nella trascrizione della filiazione biologica<sup>53</sup>.

Sempre in materia di filiazione, è opportuno ricordare che, di recente, anche l'Italia è stata condannata per la violazione dell'art. 8 della CEDU. Più precisamente, la Corte di Strasburgo ha affermato che l'art. 8 CEDU «richiede

<sup>51</sup> In punto, G. RAITI, *La revocazione dei giudicati civili per contrarietà alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 171, nt. 13 e ss., osserva che per via della limitata portata materiale di applicazione dell'istituto, in Francia il riesame dei giudicati civili per contrarietà accertata alla CEDU ha avuto sparute applicazioni (e solo a partire dal 2018); G. CHIAPPETTA, G. CARUSO, *La revocazione delle sentenze civili per condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di stato della persona*, cit., p. 8 e ss. In punto, anche per una comparazione con altri ordinamenti, cfr. E. D'ALESSANDRO, *Revocazione della sentenza e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 217, nt. 1; M. GRADI, *Il contrasto pratico di giudicati*, Bari, 2020, p.181 e ss.

<sup>52</sup> Cfr. Corte EDU 26 giugno 2014, n. 65192/11, *Mennesson/Francia*. Le questioni sottoposte al giudizio della Corte riguardavano il rifiuto di attribuire riconoscimento legale in Francia ai rapporti genitoriali che erano stati legalmente stabiliti negli Stati Uniti tra minori nati da maternità surrogata e le coppie che si erano sottoposte a tale trattamento. Nel 2000, la madre surrogata ha dato alla luce due bambine. In forza di una sentenza della Corte Suprema della California, la genitorialità dei nascituri della madre surrogata veniva riconosciuta in capo ai coniugi francesi (sigg.ri Mennesson) che venivano indicati nei certificati di nascita delle gemelle come genitori delle bambine. A fronte del divieto della Corte di Cassazione francese di trascrivere gli atti di nascita stranieri dei figli nei registri dello stato civile francese, i coniugi Mennesson hanno quindi presentato ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, invocando una violazione dei loro diritti fondamentali. Successivamente, sostanzialmente la medesima questione, in materia di diritto alla vita privata e familiare (art. 8 CEDU), riguardante la trascrizione negli atti dello stato civile di un minore nato all'estero (in India) con maternità surrogata veniva decisa dalla Corte EDU 21/07/2016, n. 9063/14 e n. 10410/14, *Foulon et Bouwet/Francia*.

<sup>53</sup> Più di recente, cfr. la sentenza (corte EDU, 6 dicembre 2022, 25212/21, *K.K. and Othes/Denmark*) con la quale la Corte europea dei diritti dell'uomo ha sancito che il rifiuto delle autorità danesi di riconoscere come madre adottiva la madre intenzionale di due gemelli nati tramite maternità surrogata violava il diritto al rispetto della vita privata dei due bambini (in punto, cfr. M. CAIELLI, *La Corte EDU torna sulla maternità surrogata e conferma la sua giurisprudenza in materia: no news good news?*, in *DPCE online*, DOI: <https://doi.org/10.57660/dpceonline.2023.1859>).

che il diritto interno offra una possibilità di riconoscimento del legame tra un minore nato da una GPA praticata all'estero e il padre intenzionale quando quest'ultimo è il padre biologico»<sup>54</sup>.

## 6. Considerazioni conclusive

In conformità alle linee interpretative qui richiamate si è da ultimo pronunciata la Suprema Corte italiana, che ha dichiarato inammissibile il ricorso per revocazione proposto in seguito all'accertata contrarietà alla CEDU di una sentenza resa dalla Corte italiana in materia di risarcimento danni (patrimoniali e non patrimoniali) derivanti dalla perdita di un rapporto parentale<sup>55</sup>.

A giudizio della Corte «l'oggetto della tutela revocatoria [sono] esclusivamente le violazioni che abbiano pregiudicato il diritto al riconoscimento di un determinato *status* personale, cioè si siano risolte nella negazione totale o parziale di esso o anche nel tardivo riconoscimento dello *status* alla persona con una compressione insuscettibile di riparazione solo per equivalente». Ai fini della concessione del rimedio della revocazione «una cosa è, infatti, il pregiudizio incidente direttamente sul diritto al riconoscimento di uno *status*, soggettivo personale, al pregiudizio, cioè, che si risolve nella negazione o nel tardivo riconoscimento di uno *status* al quale si abbia diritto (ad es. lo *status*

<sup>54</sup> Corte EDU, 23 agosto 2023, n. 47196/21. Con sentenza 31 agosto 2023 (ricorso n. 47196/21), la Corte europea dei diritti umani ha accertato la sussistenza di una violazione del diritto al rispetto della vita privata di una minore nata da maternità surrogata altruistica, a seguito del mancato riconoscimento da parte delle autorità italiane del legame di filiazione con il padre biologico, stabilito da un atto di nascita ucraino. Secondo la Corte, invece, non integra una violazione dello stesso art. 8 della CEDU alla mancata trascrizione del legame tra la minore e la madre d'intenzione, essendo in tal caso possibile il ricorso all'adozione in casi particolari per il riconoscimento giuridico di tale rapporto.

<sup>55</sup> Così Cass. 17 marzo 2025, n. 7128, per la quale «La nuova ipotesi di “revocazione per contrarietà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo”, prevista dall'art. 391-*quater* c.p.c., essendo stata introdotta in relazione alle decisioni passate in giudicato il cui contenuto è stato dichiarato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo contrario alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali ovvero ad uno dei suoi Protocolli, a condizione che la violazione accertata dalla Corte europea abbia pregiudicato un “diritto di stato della persona” e che l'equa indennità eventualmente accordata dalla Corte europea ai sensi dell'articolo 41 della Convenzione non sia idonea a compensare le conseguenze della violazione, può essere invocata esclusivamente nei casi in cui la decisione nazionale abbia avuto ad oggetto una domanda incidente direttamente sul diritto al riconoscimento o alla negazione di uno *status* soggettivo personale e, quindi, la violazione accertata dalla Corte EDU abbia arrecato un pregiudizio che si risolve nella negazione o nel tardivo riconoscimento di uno *status* personale al quale si abbia diritto ovvero nell'illegittima attribuzione di uno status personale che si neghi di possedere, in quanto situazioni soggettive non suscettibili di tutela per equivalente; di conseguenza, la revocazione è, in ogni caso, esclusa quando la stessa domanda proposta nel giudizio definito con la sentenza passata in giudicato di cui si invoca la revocazione abbia avuto ad oggetto già essa stessa una tutela meramente risarcitoria o, comunque, per equivalente, e ciò anche se il diritto oggetto della sentenza sia un diritto fondamentale della persona, ma non di stato».

di figlio) ovvero nell'illegittima attribuzione di uno *status* che si sia negato di possedere (ad es. lo *status* di genitore)» pregiudizio rimovibile solo con il riconoscimento effettivo dello *status* o con l'eliminazione della sua attribuzione; «altra cosa è il pregiudizio arrecato ad uno stato soggettivo personale inteso [...] come la mera titolarità di un qualsiasi altro diritto» anche se si tratta di diritti inviolabili e di natura non patrimoniale ed anche se eventualmente si tratti di un diritto che presupponga la titolarità di un determinato *status* personale: diritti la cui natura non implica necessariamente l'insuscettibilità di una tutela per equivalente e che, anzi, in taluni casi sono tutelabili solo per equivalente, in forma risarcitoria»<sup>56</sup>.

In altri termini la decisione in esame ribadisce che – ai fini della revocazione – non sono sufficienti la lesione di un diritto personalissimo ancorché di natura non patrimoniale e la sua risarcibilità, nel senso che sin quando sussiste la possibilità di risarcimento per equivalente secondo l'ordinamento nazionale applicabile non vi è spazio per la revocazione convenzionale anche in presenza di un accertamento della violazione da parte della Corte EDU. Di qui la necessità di accertare se la violazione tocchi diritti riferibili ad uno *status* personale, perché soltanto in tal caso si può ragionevolmente ritenere che il pregiudizio arrecato alla vittima sia rimovibile soltanto con il riconoscimento dello *status* ovvero l'eliminazione della sua attribuzione.

Con riferimento alle sentenze che possono essere oggetto di revocazione ai sensi dell'art. 391 *quater* c.p.c. appare, pertanto, condivisibile il principio enunciato dalla S.C. nel senso che tale rimedio opera nell'ipotesi di violazione di un diritto dello stato della persona e non di un diritto derivante dalla titolarità di tale *status*, come verificatosi nel caso di specie, ove la richiesta di revocazione della sentenza da parte della ricorrenti era diretta «ad ottenere una compensazione di tipo economico, per equivalente, per la perdita del rapporto parentale, mentre non era direttamente in discussione il riconoscimento dei loro *status* personali»<sup>57</sup>. In tal caso come in quelli assimilabili, infatti, «può ritenersi già, di per sé, sufficiente a concludere che il nuovo istituto non possa operare in caso di decisioni nazionali che abbiano accolto o rigettato una domanda volta essa stessa a conseguire una condanna di una somma di danaro (sia pure a titolo risarcitorio per la lesione di un diritto fondamentale, anche non patrimoniale), in quanto in tal caso viene richiesta proprio – e

<sup>56</sup> Così Cass. 17 marzo 2025, n. 7128, cit. in motivazione (n.5) nel negare la revocazione della sentenza di legittimità avente ad oggetto danni patrimoniali e non patrimoniali derivanti da perdita di un rapporto parentale, proprio perché diretta ad ottenere una compensazione di tipo economico per equivalente, per la perdita del rapporto parentale senza che fosse in discussione il riconoscimento dello *status* personale dei parenti della vittima).

<sup>57</sup> Nel caso di specie la Corte di Cassazione ha preso atto, in ordine allo *status* personale della ricorrente, che «lo *status* [...] di figlia della vittima era pacifico; quello di convivente *more uxorio* [...] era stato negato per difetto di prova della convivenza», ma sulla questione non era stato proposto ricorso davanti alla Corte EDU (Cass., 17 marzo 2025, n. 7128, cit., in motivazione, *sub* n. 6).

soltanto – una tutela per equivalente [...] ciò che esclude in radice l’operatività della nuova ipotesi di revocazione straordinaria». Conclusione ancor più corretta alla luce dell’ulteriore rilievo per cui «la tutela per equivalente che si vorrebbe ottenere mediante la revocazione della pronuncia che l’ha negata sarebbe, allora, solo aggiuntiva a quella riconosciuta dalla CEDU e non volta a sopperire a ciò che la pronuncia della stessa non ha potuto indennizzare»<sup>58</sup>, appaiono, pertanto, condivisibili gli orientamenti interpretativi che individuano l’ambito applicativo della nuova fattispecie di revocazione alle ipotesi in cui la tutela si renda necessaria – a fronte dell’accertata contrarietà della decisione alla CEDU – per assicurare un’effettiva *restitutio in integrum*, a seguito della constatata sussistenza dei presupposti alla cui occorrenza il legislatore subordina l’ammissibilità del rimedio. In altre parole, con particolare riferimento alla materia della filiazione, ai fini dell’applicabilità della revocazione straordinaria all’interprete è consentita – una volta accertata la contrarietà della decisione alla CEDU – un’interpretazione che tenga conto dell’evoluzione dell’istituto, ma non un’interpretazione estensiva dei presupposti cui la legge subordina l’ammissibilità del rimedio.

<sup>58</sup> Sempre (Cass., 17 marzo 2025, n. 7128, cit., in motivazione (*sub* n. 6.2). Nella pronuncia in esame la Corte, in motivazione (n. 7 e ss.), ha esaminato i dubbi di legittimità costituzionale dell’art. 391 *quater* c.p.c., se interpretato restrittivamente, sollevati dalle ricorrenti, ritenuti peraltro «manifestamente infondati e, in parte, anche non rilevanti ai fini della decisione». La Corte, una volta escluso che in materia possano ravvisarsi dubbi di legittimità costituzionale per non esercizio della delega limitato all’applicazione del nuovo istituto esclusivamente alle violazioni della CEDU, esclude altresì che sia ipotizzabile la violazione dei principi di uguaglianza e ragionevolezza (art. 3 Cost.), dei diritti fondamentali dell’uomo (art. 2 Cost.) e del diritto alla difesa (art. 24 Cost.), per irragionevole disparità di trattamento fra diverse tipologie di diritti fondamentali (*ivi*, n. 7.2). Per la Corte, infatti, l’obbligo di conformarsi alle decisioni della Corte EDU non richiede necessariamente la previsione del rimedio della riapertura del processo (civile), in quanto tale tipologia di rimedio, derogando al principio del giudicato e incidendo, così, sulla certezza dei rapporti giuridici è configurabile come *extrema ratio* da utilizzarsi solo quando la tutela per equivalente non è, ontologicamente, idonea a rimuovere adeguatamente le conseguenze della violazione. Per completezza va segnalato che – anche per la Corte – qualche dubbio potrebbe prospettarsi in ordine alla lesione del parametro dell’uguaglianza «se si fosse in presenza di una decisione interna su un diritto fondamentale lesiva della CEDU e per la quale la tutela per equivalente non sia soddisfacente»; al riguardo si rinvia anche alle osservazioni della dottrina richiamata *supra* alla nt. 47.

*Abstract* [Ita]

Oggetto del presente articolo è l'analisi della nuova ipotesi di revocazione straordinaria per contrarietà alla CEDU, introdotta dalla recente riforma del processo civile (dell'art. 391 *quater* c.p.c.). Nell'articolo sono analizzati sia le ragioni della riforma sia i presupposti applicativi dell'istituto. Con specifico riferimento a tale profilo, si pone in evidenza che le maggiori criticità sono quelle derivanti dall'interpretazione dell'art. 391 *quater* nella parte in cui individua nella violazione di un "diritto di stato della persona" il presupposto applicativo dell'istituto in esame. Il dato che emerge è che, a prescindere dalla difficoltà di attribuire all'espressione «diritti di stato delle persone» contenuta nella norma, l'ambito applicativo dell'istituto è quello delle controversie in materia di filiazione, come testimoniato anche dall'oggetto della pronuncia della Corte di Cassazione che si occupa per la prima volta della nuova ipotesi di revocazione straordinaria.

*Parole chiave:* revocazione; CEDU; *res iudicata*; diritti di stato delle persone; filiazione.

*Abstract* [Eng]

This article deals with the new case of extraordinary revision due to the contrast with the ECHR as introduced by the recent reform of civil procedure (of Article 391 *quater* of the Code of Civil Procedure). The article analyses both the reasons for the reform and the application prerequisites for the extraordinary revision. In particular, it is highlighted that the most critical issues are those arising from the interpretation of art. 391 *quater* in relation to the identification of the prerequisite of the violation of a "state right of the person". In the final analysis, a part from the difficulty in interpreting the expression 'rights of status of the person' contained in the rule, the scope of application of the provision at issue seems to be confined to the resolution of disputes concerning filiation, as epitomised also by the subject matter of the Supreme Court's judgment dealing for the first time with the new hypothesis of extraordinary revocation.

*Keywords:* revision; ECHR; *res iudicata*; rights of status of the person; filiation.



# La tutela del consumatore nella Direttiva 93/13/CEE

## Analisi dell'evoluzione giurisprudenziale dei tre concetti di: chiarezza, informazione e significativo squilibrio

Christian Giuseppe Comito

*Sommario:* 1. Una premessa di carattere generale. – 2. I requisiti della chiarezza e dell'informazione dal punto di vista della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Criticità. – 3. *Excursus* sul concetto di significativo squilibrio. – 4. Conclusioni; o quasi.

### 1. *Una premessa di carattere generale*

La direttiva 93/13/CEE, emanata dal Consiglio oramai in anni lontani, è un atto legislativo che sin dal principio si è proposto l'audace obiettivo di tutelare i consumatori dalle clausole abusive presenti nei contratti sottoscritti con le imprese e con i professionisti: fra parte debole e parte forte, dunque.

Proprio in quest'ottica, allora, è giusto affermare che la sua funzione primaria è sempre stata quella di garantire l'equità nel mercato interno della Comunità Europea nonché proteggere la sicurezza e i diritti dei consumatori<sup>1</sup>. Nondimeno, pur essendo trascorsi più di tre decenni dal giorno della sua pubblicazione, la direttiva risulta essere ancor oggi soventemente al centro dell'attenzione del panorama giuridico europeo. E questo soprattutto per via della portata innovativa di talune sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che non smettono di estrofflettere principi e soluzioni ermeneutiche tuttora pervasive. Tuttavia, nonostante i progressi giurisprudenziali, un problema persistente è rappresentato tutt'oggi dal rischio di frammentazione applicativa della direttiva tra gli Stati membri e, soprattutto, dall'assenza di un'interpretazione uniforme. Quest'ultima mancanza, specificatamente, ha contribuito a formare un panorama normativo eterogeneo, con conseguenti difficoltà per operatori economici e consumatori nel prevedere gli effetti giuridici delle clausole contrattuali e, di conseguenza, le interpretazioni giurisprudenziali che di queste potrebbero offrire le Corti.

<sup>1</sup> Cfr. G. ALPA, laddove affermava che «L'Unione europea ha inserito tra le sue iniziative prioritarie le finalità di protezione della sicurezza e dei diritti dei consumatori, settore prioritario di tutte le politiche dell'Unione [...]», in *I contratti del consumatore*, 2014, p. 9.

È proprio una delle ultime fatiche della Commissione a restituire all'operatore giuridico europeo la misura di questa diversità di pronunzie. La sua Comunicazione del 27 agosto 2019, invero, oltre a regalare una puntuale e selezionata rassegna giurisprudenziale della CGUE, offre al lettore anche degli ottimi spunti di riflessione da cui val qui la pena prender le mosse. Nel prosieguo del presente saggio, quindi, si indagherà essenzialmente su tre aspetti interconnessi fra loro: *in primis*, si cercherà di capire come la Corte supera il divieto di controllo dell'oggetto del contratto con il pretesto della chiarezza della clausola; *in secundis*, congiuntamente, si analizzerà anche il grado di informazione che il professionista deve assicurare al consumatore all'interno dei contratti con loro redatti, *ex artt.* 4 e 5 della direttiva; e in terzo luogo si osserverà il modo in cui la Corte valuta lo squilibrio tra le posizioni giuridiche delle parti, ai sensi dell'art. 3 del medesimo testo. Il tutto verrà esaminato sotto una lente di ingrandimento giurisprudenziale che, partendo da talune deliberazioni antesignane, giungerà alla disamina di diverse sentenze milari più recenti.

## 2. I requisiti della chiarezza e dell'informazione dal punto di vista della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Criticità

Sappiamo che quello della chiarezza è un requisito preteso dalla direttiva e previsto in seno agli articoli 4 e 5 dietro la più intellegibile formula: "*in modo chiaro e comprensibile*". Particolare rilievo assume, in questo contesto, il paragrafo 2 dell'art. 4, il quale fornisce al giudice europeo uno strumento di valutazione polivalente e flessibile. In base a tale disposizione, l'analisi dell'eventuale carattere abusivo<sup>2</sup> di una clausola non si estende né alla determinazione dell'oggetto principale del contratto, né al rapporto tra il prezzo e la prestazione ricevuta: purché tali clausole siano espresse in modo chiaro e comprensibile.

È proprio l'inciso "*purché*" a costituire un importante elemento di flessibilità che, nel tempo, ha prodotto una prassi applicativa variegata. In alcuni ordinamenti ad esempio, tale eccezione, pur senza assumere carattere di regola generale, si è consolidata attraverso una pratica giurisprudenziale costante, diventando una consuetudine diffusa. E ciò nonostante la direttiva, anche nel suo considerando n. 19, precisi espressamente che la valutazione del carattere abusivo non debba riguardare le clausole che definiscono l'oggetto principale del contratto o il rapporto qualità/prezzo della prestazione<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> In materia, non può non menzionarsi il recente volume di S. PAGLIANTINI, *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori*, La Tribuna, 2024.

<sup>3</sup> «Considerando che, ai fini della presente direttiva, la valutazione del carattere abusivo non deve vertere su clausole che illustrano l'oggetto principale del contratto o il rapporto qualità/prezzo della fornitura o della prestazione; che, nella valutazione del carattere abusivo di altre clausole, si può comunque tener conto dell'oggetto principale del contratto e del rapporto qualità/prezzo [...]».

Una conferma di ciò si riscontra nel fatto che, quando uno Stato membro ha scelto di non recepire tale limitazione nel proprio ordinamento – come avvenuto, ad esempio, in Spagna – il carattere abusivo di alcune clausole è stato valutato anche indipendentemente dal rispetto dei requisiti di chiarezza e comprensibilità. Questo però, va riconosciuto, rappresenta una singolarità piuttosto circoscritta.

Un caso emblematico in tal senso è rappresentato dalla causa C-484/08, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, in cui la Corte di Giustizia ha affermato che il combinato disposto degli articoli 4, paragrafo 2, e 8 della direttiva non impedisce agli Stati membri di prevedere un controllo giudiziario del carattere abusivo di clausole, anche qualora queste siano formulate in modo chiaro e comprensibile. Ciò vale anche nel caso in cui tali clausole riguardino la definizione dell'oggetto principale del contratto o il rapporto tra il prezzo e la controprestazione. In tale pronuncia, infatti, la Corte ha riconosciuto che il giudice nazionale può verificare la natura abusiva di clausole inserite in contratti stipulati con i consumatori, anche quando esse risultino formulate in modo trasparente e regolino aspetti fondamentali del contratto, come l'oggetto principale o l'equilibrio tra il corrispettivo pattuito e la prestazione fornita<sup>4</sup>.

Secondo il magistrato estensore del caso sarebbe proprio l'articolo 8 di questa stessa fonte legislativa ad accordare la facoltà agli Stati membri di adottare o mantenere disposizioni più severe per garantire un livello di protezione più elevato al consumatore<sup>5</sup>. Una rappresentazione plastica, questa, di quel famoso concetto di armonizzazione minima citato a più riprese in numerose pronunzie europee e sul quale si fonda questa deroga, *in melius* – perlomeno per il consumatore –, capace di consentire un controllo sull'oggetto anche a prescindere dall'assenza di chiarezza<sup>6</sup>. Il tutto, peraltro, a sicuro vantaggio della parte debole del contratto che, grazie appunto ad un così ampio raggio d'azione del controllo sostanziale, vedrà sempre più miniaturizzate le possibilità di rimanere vincolato a clausole contrattuali abusive, o presunte tali. Certo è però, d'altro canto, che se questa fosse la quotidiana interpretazione data alla norma sarebbe facile immaginare che le imprese rimarrebbero altamente refrattarie ad estendere le proprie attività verso paesi in cui è riservato al giudice un potere così ampio nel merito<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Causa C-484/08, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, conclusioni I: «[...] è consentito compiere un controllo giudiziario del carattere abusivo di clausole contenute in contratti stipulati con i consumatori, le quali sono formulate in modo chiaro e comprensibile e disciplinano l'oggetto principale del contratto e la perequazione tra il prezzo e la remunerazione, da un lato, e i servizi o i beni che devono essere forniti in cambio, dall'altro».

<sup>5</sup> «Gli Stati membri possono adottare o mantenere, nel settore disciplinato dalla presente direttiva, disposizioni più severe, compatibili con il trattato, per garantire un livello di protezione più elevato per il consumatore».

<sup>6</sup> Cfr. G. ALPA, *I contratti del consumatore*, 2014, p. 50.

<sup>7</sup> Si veda a tal proposito F.A. VIGLIANISI, *La sentenza Caja de Ahorros e l'armonizzazione tradita*, in *Contratti*, 2010, 10, p. 880.

Di estremo interesse è valutare adesso il modo in cui si è evoluto un orientamento così permissivo negli ultimi anni.

La postura assunta dai diversi giudici europei più di recente parrebbe essersi rimodulata ed un elemento sintomatico di ciò sembrerebbe desumersi dalla recente sentenza del 3 settembre 2020 – C-84/19, *Profi Credit Polska* – ove sostanzialmente si è affermato che dal momento che l'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13 introduce un'eccezione al controllo di merito sulle clausole abusive tale disposizione debba essere interpretata in senso restrittivo<sup>8</sup>. Un indirizzo palesemente intenzionato a circoscrivere la portata applicativa del controllo declinato in tale articolo, limitandolo ai soli casi di *extrema ratio* e non più, quindi, a situazioni similari a quella della succitata causa C-484/08.

Al contempo poi, sempre all'interno della medesima pronuncia, il giudice ha dichiarato che l'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13 dovesse essere letto nel senso che le clausole inserite in un contratto di credito al consumo, che impongono al consumatore il pagamento di spese aggiuntive oltre alla restituzione del capitale e degli interessi, non possono beneficiare dell'eccezione prevista da tale articolo. Secondo l'estensore della sentenza, ciò accadrebbe tutte le volte in cui tali clausole: non indichino in modo chiaro quale sia la natura di queste spese; non specificino quali servizi esse vadano effettivamente a coprire; siano formulate in un modo che rende difficile per il consumatore capire con esattezza quali siano i suoi obblighi e quali conseguenze economiche derivino dall'applicazione di tali clausole<sup>9</sup>.

Tali conclusioni, oltre a restituire una delle immagini più attuali dell'interpretazione dell'art. 4 paragrafo 2, sono risultate anche uniformi alle riflessioni finali suggerite dall'Avvocato Generale Gerard Hogan il 2 aprile 2020<sup>10</sup>. Conclusioni sicuramente meno permissive rispetto a quelle abbracciate dal giudice del caso spagnolo, dalle quali peraltro riteniamo di non dissentire. E questo anche in considerazione del fatto che, ancorché la tutela dei consumatori sia oggettivamente uno degli obiettivi cardine perseguiti dall'Unione Europea, non bisogna comunque sottovalutare il ruolo svolto da un'accorta opera di

<sup>8</sup> Cause riunite C-84/19, C-222/19 e C-252/19, *Profi Credit Polska*: «poiché l'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13 sancisce un'eccezione al meccanismo di controllo nel merito delle clausole abusive quale previsto nell'ambito del sistema di tutela dei consumatori attuato da tale direttiva, la Corte ha dichiarato che alla disposizione in questione occorre dare un'interpretazione restrittiva».

<sup>9</sup> «[...] le clausole di un contratto di credito al consumo che pongono a carico del consumatore spese diverse dal rimborso del credito per capitale e interessi non rientrano nell'eccezione prevista da tale disposizione, qualora dette clausole non specificino né la natura di tali spese né i servizi che esse sono dirette a remunerare e siano formulate in modo da creare confusione per il consumatore quanto ai suoi obblighi e alle conseguenze economiche di tali clausole, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare».

<sup>10</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Gerard Hogan, cause riunite C-84/19, C-222/19 e C-252/19.

bilanciamento con gli altri scopi sanciti nei Trattati, come ad esempio quello tutelante *“la libertà di impresa”* sancito all'art. 16 della Carta di Nizza.

Cambiando adesso punto di vista, è interessante notare come all'interno di un'altra causa, la C-186/16 del settembre 2017, il giudice – occupandosi di una clausola contrattuale inserita in un contratto di mutuo espresso in una valuta estera<sup>11</sup> non oggetto di negoziato individuale e in forza della quale il prestito doveva essere restituito nella stessa valuta estera nella quale era stato contratto – ha stabilito che il mutuatario debba essere chiaramente informato del fatto che, sottoscrivendo un contratto di mutuo in valuta estera, si espone a un rischio di cambio che, in caso di svalutazione della moneta in cui percepisce il proprio reddito, potrebbe risultare economicamente gravoso da sostenere.<sup>12</sup> O ancora, sempre a detta del medesimo magistrato, che il professionista – in questo caso l'istituto bancario – ha l'obbligo di informare il consumatore sulle possibili oscillazioni dei tassi di cambio e sui rischi connessi alla stipula di un mutuo in valuta estera<sup>13</sup>, soprattutto nel caso in cui il mutuatario non percepisca il proprio reddito nella stessa valuta<sup>14</sup>. E questo anche a detta dell'Avvocato Generale occupatosi della vicenda<sup>15</sup>.

Da tali impostazioni risulta chiaro ed evidente di come l'interpretazione della norma delineata in queste righe – seppur meno condiscendente rispetto al paradigma emerso dalla causa *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid* – sia comunque permissiva ed elastica: capace, dunque, di riservare al giudice un controllo nel merito oggettivamente poderoso, idoneo a caducare l'efficacia di una clausola contrattuale perché poco chiara.

Proprio sul concetto della chiarezza si insisteva ancora all'interno del punto 47 specificando che in tali valutazioni assumono un ruolo centrale due aspetti: da un lato, la necessità di verificare se le clausole siano redatte in modo chiaro e comprensibile, in modo tale da permettere a un consumatore medio – ossia una persona normalmente informata, ragionevolmente attenta e prudente – di comprendere e valutare l'impatto di un costo di questo tipo; dall'altro, l'eventuale assenza nel contratto di credito di informazioni ritenute essenziali in relazione alla natura dei beni o dei servizi oggetto dello stesso contratto<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> In materia, cfr. con Direttiva 2014/17/UE.

<sup>12</sup> «[...] sottoscrivendo un contratto di mutuo formulato in una valuta estera, si espone a un determinato rischio di cambio che gli sarà, eventualmente, economicamente difficile sostenere in caso di svalutazione della moneta nella quale egli percepisce il proprio reddito».

<sup>13</sup> «[...] il professionista, nella fattispecie l'istituto bancario, deve esporre le possibili variazioni dei tassi di cambio e i rischi inerenti alla sottoscrizione di un mutuo in valuta estera, segnatamente nell'ipotesi in cui il consumatore mutuatario non percepisca il proprio reddito in tale valuta».

<sup>14</sup> Cfr. causa C-186/16 e Corte giust. UE 20 settembre 2017, causa C-186/16.

<sup>15</sup> Paragrafi 66 e 67 delle conclusioni dell'Avvocato Generale.

<sup>16</sup> «Svolgono un ruolo determinante in siffatta valutazione, da un lato, la questione di accertare se le clausole siano formulate in modo chiaro e comprensibile tale da consentire a un consumatore medio, ossia un consumatore normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, di valutare un costo del genere e, d'altro lato, la circostanza collegata alla mancata

Diretto corollario di quanto sopra – interessante anche per comprendere il grado di informazione che il professionista deve assicurare al consumatore – è che tale requisito di trasparenza postula che nei contratti di credito gli istituti finanziari debbano fornire ai mutuatari informazioni sufficienti volte a garantirgli di assumere le proprie scelte con prudenza e in piena cognizione di causa. Una formulazione astratta sicuramente polivalente e perciò capace di garantire ancor di più la libertà interpretativa del giudice.

Proseguendo allora nel solco delle “*informazioni*”, sappiamo che secondo giurisprudenza costante della Corte è di fondamentale importanza che queste siano comunicate prima della conclusione del contratto: in maniera trasparente. Osservando appieno gli obblighi informativi precontrattuali, invero, si possono ridurre al minimo tutte quelle asimmetrie informative che spesso, e malvolentieri, conducono poi a squilibri contrattuali<sup>17</sup>. È proprio sulla base di queste informazioni infatti che un consumatore decide se vincolarsi o meno ad un contratto<sup>18</sup>: “[...] *l’informazione, prima della conclusione di un contratto, sulle condizioni contrattuali e sulle conseguenze di tale conclusione riveste per il consumatore un’importanza fondamentale. È in particolare sulla base di tali informazioni che quest’ultimo decide se intende concludere un contratto con un professionista rispettando le condizioni precedentemente redatte da quest’ultimo*”<sup>19</sup>.

A ricordarci ulteriormente del ruolo nevralgico giocato dalla trasparenza delle informazioni, vi è anche la sentenza della causa C-26/13. In tale occasione la Corte ha rammentato che tale obbligo informativo non dovesse essere inteso esclusivamente con riferimento al carattere formale o grammaticale delle clausole contrattuali. Al contrario, siccome il sistema della direttiva ruota proprio attorno all’assunto secondo cui un consumatore versa in una situazione di inferiorità rispetto al professionista – perlomeno per quanto riguarda il livello di informazione –, ai fini del rispetto dell’obbligo di trasparenza è dirimente indagare se il contratto illustri in modo trasparente le ragioni e le modalità del meccanismo di conversione della valuta estera, oltre al suo collegamento con le altre clausole che regolano l’erogazione del mutuo. Solo così il consumatore potrà valutare con criteri chiari e comprensibili le conseguenze economiche che ne derivano<sup>20</sup>. Pertanto, in situazioni come questa, ove ci si trova nell’am-

menzione nel contratto di credito delle informazioni considerate come essenziali alla luce della natura dei beni o dei servizi che costituiscono l’oggetto del suddetto contratto».

<sup>17</sup> G. ALPA, *Il contratto in generale*, Giuffrè, 2021.

<sup>18</sup> Cfr. sentenze del 21 marzo 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, punto 44, nonché del 21 dicembre 2016, Gutiérrez Naranjo e a., C-154/15, C-307/15 e C-308/15, EU:C:2016:980, punto 50.

<sup>19</sup> Causa C-288/20.

<sup>20</sup> Causa C-26/13, punto 73: «[...] il contratto esponga in modo trasparente il motivo e le modalità del meccanismo di conversione della valuta estera nonché il rapporto fra tale meccanismo e quello prescritto da altre clausole relative all’erogazione del mutuo di modo che il consumatore possa prevedere, in base a criteri chiari e comprensibili, le conseguenze economiche che gliene derivano».

bito di un contratto di mutuo, è compito del giudice valutare l'insieme degli elementi di fatto, come la pubblicità e l'informazione – fornita “*da qualsiasi altra persona*”<sup>21</sup> che abbia partecipato, per conto del professionista, alla formazione del contratto –, e stabilire se un consumatore medio avrebbe dovuto conoscere o meno la differenza fra corso di vendita ed il corso di acquisto di una valuta estera, nonché le relative conseguenze economiche derivanti dall'applicazione del corso di vendita ai fini del calcolo dei rimborsi.

Il giudice, orbene, in tale specifica occasione ha deciso di ritenere che l'art. 4 paragrafo 2 della direttiva dovesse essere inteso nel senso che la clausola contrattuale non deve solo risultare comprensibile sul piano grammaticale, ma anche garantire che il contratto spieghi in modo trasparente il funzionamento concreto del meccanismo di conversione della valuta estera a cui essa si riferisce. Inoltre, questa, deve anche chiarire il legame tra tale meccanismo e le altre clausole che regolano l'erogazione del mutuo, in modo da permettere al consumatore di valutare, sulla base di criteri chiari e comprensibili, le conseguenze economiche che ne derivano<sup>22</sup>.

Una soluzione ermeneutica in linea sicuramente con quella registrata nella summenzionata causa C-186/16, ove il giudice così apostrofava: “*tale requisito [della trasparenza] implica che una clausola, in base alla quale il prestito deve essere rimborsato nella medesima valuta estera nella quale è stato contratto, sia compresa dal consumatore non solo sul piano formale e grammaticale, ma altresì in relazione alla sua portata concreta, nel senso che un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, possa non solo essere a conoscenza della possibilità di apprezzamento o deprezzamento della valuta estera nella quale il prestito è stato contratto, ma anche valutare le conseguenze economiche, potenzialmente significative, di una tale clausola sui suoi obblighi finanziari*”.

Altro esempio, dunque, di come la Corte effettivamente riesca a riservarsi un controllo sostanziale “*di ultima istanza*” trincerandosi dietro lo scudo della locuzione “*chiaro e comprensibile*”. Un controllo, questo, potenzialmente ipertrofico e pervasivo: in grado di sovvertire completamente il fisiologico epilogo di un contratto.

Sempre sul medesimo argomento anche la sentenza C-96/14. In questo caso, con riguardo ad una clausola stipulata in un contratto di assicurazione

<sup>21</sup> Sentenze del 10 giugno 2021, BNP Paribas Personal Finance, C-609/19, EU:C:2021:469, punto 45, e del 10 giugno 2021, BNP Paribas Personal Finance, da C-776/19 a C-782/19, EU:C:2021:470, punto 66.

<sup>22</sup> «[...] redatta in modo chiaro e comprensibile nel senso di imporre non soltanto che la clausola in questione sia intelligibile per il consumatore su un piano grammaticale, ma anche che il contratto esponga in maniera trasparente il funzionamento concreto del meccanismo di conversione della valuta estera al quale si riferisce la clausola in parola nonché il rapporto fra tale meccanismo e quello prescritto da altre clausole relative all'erogazione del mutuo, di modo che il consumatore sia posto in grado di valutare, sul fondamento di criteri precisi ed intelligibili, le conseguenze economiche che gliene derivano».

intesa a garantire la presa a carico delle rate dovute al mutuante in caso di inabilità totale al lavoro del mutuatario, il giudice ha avuto modo di confermare che le perplessità sulla mancanza di chiarezza della clausola oggetto del procedimento erano ulteriormente accentuate dall'estrema genericità e indeterminatezza dell'espressione "*attività retribuita o meno*" in essa utilizzata. Come evidenziato dalla Commissione, d'altro canto, il termine "*attività*" può riferirsi a qualsiasi azione o operazione svolta dall'uomo con un obiettivo specifico, rendendo così la portata della clausola ambigua e di difficile interpretazione<sup>23</sup>.

Una dimostrazione lapalissiana di come il giudizio di valore sulla chiarezza sia, soventemente, lasciato al libero arbitrio del giudice europeo il quale, come nel caso di specie, può arrivare a pretendere che la clausola sia non soltanto intellegibile sul piano grammaticale ma anche che il contratto esponga in modo chiaro e trasparente il funzionamento effettivo del meccanismo a cui la clausola fa riferimento, così come il suo rapporto con le altre clausole del contratto, affinché il consumatore possa valutare, sulla base di criteri definiti e comprensibili, le implicazioni economiche che ne derivano<sup>24</sup>.

Come visibile, ci troviamo dinanzi a un'idea ampiamente diffusa nel panorama europeo che sembra far convergere l'unanimità degli organi giudicanti verso una medesima interpretazione comune.

Ancora, in un diverso caso, la Corte si è trovata a pronunciarsi su di una causa, la C-143/13, ove la controversia era volta a stabilire se, con riferimento alle clausole che prevedevano la cosiddetta "*commissione di rischio*", il contratto di mutuo esponesse in modo trasparente le ragioni che giustificavano la remunerazione associata a tale commissione. In particolare, si discuteva se il mutuante fosse effettivamente tenuto a fornire una controprestazione concreta per giustificare tale onere, oltre alla semplice assunzione del rischio di mancato rimborso, il quale, secondo i contestanti, sarebbe risultato essere già coperto da un'ipoteca<sup>25</sup>.

Come abbiamo già avuto modo di osservare, è chiaro che da una parte, ai fini del rispetto dell'obbligo di trasparenza, è di rilevanza essenziale capire se il

<sup>23</sup> Causa C-96/14: «[...] i dubbi relativi alla mancanza di chiarezza della clausola di cui al procedimento principale sono rafforzati dall'estrema ampiezza e vaghezza dell'espressione «attività retribuita o meno» impiegata in tale clausola. Infatti, come sottolinea la Commissione, il termine «attività» può comprendere qualsiasi operazione o attività umana realizzata al fine di conseguire uno scopo preciso».

<sup>24</sup> «[...] in modo trasparente il funzionamento concreto del meccanismo al quale la clausola si riferisce nonché la relazione tra tale meccanismo e quello prescritto da altre clausole, in modo che il consumatore sia posto in grado di valutare, sul fondamento di criteri precisi e intelligibili, le conseguenze economiche che gliene derivano».

<sup>25</sup> Causa C-143/13: «[...] relativamente alle clausole che prevedono la «commissione di rischio», si pone la questione se il contratto di mutuo di cui trattasi esponga in maniera trasparente i motivi che giustificano la remunerazione corrispondente a tale commissione, dal momento che è contestato che il mutuante sia tenuto a fornire una reale controprestazione per ottenere la suddetta commissione, oltre al fatto di assumere il rischio del mancato rimborso, che si sostiene essere già garantito da un'ipoteca».

contratto esponga in modo trasparente il motivo e le modalità del meccanismo di modifica del tasso di interesse e il rapporto tra tale clausola e altre clausole relative alla remunerazione del mutuante di modo che un consumatore informato possa prevedere, in base a criteri chiari e comprensibili, le conseguenze economiche che gliene derivano.<sup>26</sup> Pertanto, in una causa come questa riguardante essenzialmente due tipi di clausole – “*che prevedono una «commissione di rischio» riscossa dal mutuante e che autorizzano quest’ultimo, in presenza di determinate condizioni, a modificare il tasso di interesse*” – la mancanza di trasparenza, come giustamente stabilito dal giudice, sembrerebbe discendere dal fatto che il mutuante ha suggerito ai mutuatari di modificare la denominazione delle clausole in questione, rinominandole “*commissione di gestione del credito*”, senza tuttavia apportare alcuna modifica al loro contenuto sostanziale. Un’interpretazione agevole, questa, in grado di consentire al giudice di soffermarsi legittimamente sulla valutazione sostanziale delle clausole abusive, circumnavigando – di fatto – i confini e i limiti di un diverso assetto potere.

Vi è poi un’altra sentenza in cui l’art. 4 paragrafo 2 fa da padrone, e con lui anche il concetto di informazione. La C-51/17, all’interno della quale il giudice europeo era chiamato a valutare se tale norma dovesse essere interpretata nel senso che il requisito secondo cui le clausole contrattuali devono essere formulate in modo chiaro e comprensibile richieda che l’istituto di credito fornisca informazioni dettagliate sul rischio di cambio e finanche un’analisi delle possibili conseguenze economiche derivanti da un’eventuale svalutazione della valuta nazionale rispetto alla valuta estera in cui il mutuo è denominato<sup>27</sup>. Lo stesso magistrato ha proseguito poi la sua esposizione chiarendo che, da un lato, il mutuatario deve essere adeguatamente informato del fatto che, stipulando un mutuo in valuta estera, si espone a un rischio di cambio che, in caso di svalutazione della moneta in cui percepisce il proprio reddito rispetto alla valuta del mutuo, potrebbe diventare economicamente gravoso da sostenere. E dall’altro lato, il professionista – ossia l’istituto bancario – ha l’obbligo di fornire un’informazione chiara e trasparente sulle possibili oscillazioni dei tassi di cambio e sui rischi connessi alla sottoscrizione di un mutuo in valuta estera, affinché il consumatore possa valutarne correttamente le implicazioni economiche<sup>28</sup>. Ciò premesso, al netto di un ampio ragionamento, anche que-

<sup>26</sup> Cfr. in tal senso, sentenza Kásler e Káslermé Rábai, EU:C:2014:282, punto 73.

<sup>27</sup> Causa C-51/17: «[...] tra cui figurerebbe un’analisi dei rischi circa le conseguenze economiche che potrebbero derivare da un deprezzamento della valuta nazionale rispetto alla valuta estera in cui il mutuo è stato espresso».

<sup>28</sup> «Più in particolare, il mutuatario, da un lato, deve essere chiaramente informato del fatto che sottoscrivendo un contratto di mutuo espresso in una valuta estera, egli si espone a un rischio di cambio che gli sarà, eventualmente, economicamente difficile sostenere in caso di deprezzamento della moneta nella quale percepisce i propri redditi rispetto alla valuta estera in cui il mutuo è stato concesso. Dall’altro lato, il professionista, nella fattispecie l’istituto bancario, deve esporre le possibili variazioni dei tassi di cambio e i rischi inerenti alla sottoscrizione di un mutuo in valuta estera».

sto giudice ha concluso asserendo che il requisito della chiarezza obbliga gli istituti finanziari a fornire ai mutuatari informazioni sufficienti a consentire a questi ultimi di adottare le proprie decisioni con prudenza e piena cognizione di causa. In definitiva, tale requisito non solo richiederebbe che la clausola relativa al rischio di cambio sia compresa dal consumatore su di un piano formale e grammaticale “*ma anche per quanto riguarda la sua portata concreta*”. Pertanto, in casi simili a questo, un consumatore medio normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto deve essere reso consapevole della possibilità di deprezzamento della valuta nazionale rispetto alla valuta estera in cui il mutuo è stato sottoscritto, ed anche posto in grado di valutare le conseguenze economiche, potenzialmente incisive, di una clausola riguardante i suoi obblighi finanziari.

Anche questo l'ennesimo caso in cui il giudice, per il tramite del volano della “*chiarezza e comprensibilità*” si riserva poi, *de facto*, la facoltà di intrattenersi sull'oggetto del contratto tutelando ulteriormente il consumatore: una sorta di *dirigisme contractuelle* giudiziale, quindi, che però – nei casi in cui interpretato con pacatezza e misura – sembrerebbe aver portato più benefici che problemi.

In un'altra pronuncia, ancora – causa C-118/17 Dunai –, sempre con riferimento alle clausole relative al rischio di cambio, la Corte non ha esitato a rammentare che: “*tali clausole, in quanto definiscono l'oggetto principale del contratto di mutuo, rientrano nell'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13, sottraendosi alla valutazione del loro carattere abusivo soltanto qualora il giudice nazionale competente consideri [...] che esse sono state formulate dal professionista in modo chiaro e comprensibile*”<sup>29</sup>.

Pertanto, per un'ulteriore dimostrazione di come la Corte ritenga di fondamentale importanza la tutela del consumatore basti pensare al concetto di “*trasparenza sostanziale*” così per come coniato dal giudice europeo in una nota sentenza del 2016<sup>30</sup>. In tale occasione è stato appunto asserito di come il requisito di trasparenza contemplato all'articolo 4, paragrafo 2, non si dovesse intendere come riferito esclusivamente alla trasparenza formale delle clausole contrattuali, intesa come chiarezza e comprensibilità della loro formulazione, ma anche come comprensivo della trasparenza sostanziale, che riguarda l'adeguatezza delle informazioni fornite al consumatore affinché possa comprendere pienamente sia le implicazioni giuridiche che le conseguenze economiche del suo impegno contrattuale<sup>31</sup>. Una ricostruzione, questa, in grado

Ma cfr. anche, in tal senso, la sentenza del 20 settembre 2017, Andriuc e a., C-186/16, EU:C:2017:703, punto 50.

<sup>29</sup> Cfr. in tal senso, sentenza del 20 settembre 2018, OTP Bank e OTP Faktoring, C-51/17, EU:C:2018:750, punto 68 e giurisprudenza ivi citata.

<sup>30</sup> Cause riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15, Gutiérrez Naranjo e altri, punti 48 e 49.

<sup>31</sup> «[...] all'osservanza della trasparenza formale delle clausole contrattuali, legata al carattere chiaro e comprensibile della loro formulazione, bensì come esteso al rispetto della loro trasparenza sostanziale, inerente al carattere sufficiente delle informazioni fornite

di far comprendere l'assoluto rilievo che l'attuale impianto normativo riserva al requisito della trasparenza informativa: vera protagonista della direttiva.

Sempre sul medesimo tema, più recentemente, il Ráckevei Járásbíróság (Tribunale distrettuale di Ráckeve, Ungheria), nell'ambito della causa C-670/20 Erste Bank Hungary, ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale volta a comprendere se si potesse considerare come chiara e inequivoca una clausola contrattuale relativa alla presa a carico del rischio di cambio che, senza prevedere espressamente che detto rischio gravi solamente ed integralmente sul debitore, conteneva unicamente una dichiarazione del debitore secondo cui quest'ultimo: *“è pienamente cosciente dei rischi potenziali derivanti dalla transazione, e in particolare del fatto che le fluttuazioni della valuta estera di cui trattasi rispetto al fiorino ungherese possano determinare sia un aumento sia una riduzione degli oneri di rimborso del prestito in fiorini ungheresi”*<sup>32</sup>. Sempre nel medesimo caso, il giudice nazionale si rivolgeva poi al collega europeo al fine di sapere se, tenuto conto dell'interpretazione dell'articolo 4, paragrafo 2, si potesse considerare come chiara e inequivoca una clausola riguardante la presa a carico del rischio di cambio in cui non si indichi espressamente che è il consumatore ad assumere in modo esclusivo e integrale il rischio del tipo di cambio senza che dalle clausole contrattuali emerga chiaramente che l'incremento delle rate di rimborso potrebbe essere rilevante o, in alcuni casi, arrivare a qualsiasi livello senza limiti predefiniti<sup>33</sup>. Orbene, in questa recente sentenza del 6 dicembre 2021, il giudice, soffermandosi sul requisito della trasparenza, statuiva ancora una volta che questo non poteva venir soddisfatto solamente con riferimento al carattere comprensibile sul piano formale e grammaticale. Peraltro, concentrandosi altresì sul concetto di *“informazione”*, il giudice ricordava che, siccome il sistema di tutela della direttiva si basa segnatamente sull'idea che il consumatore si trovi in una situazione di inferiorità rispetto al professionista, l'obbligo di chiarezza, comprensibilità e trasparenza delle clausole dovesse essere inteso in modo estensivo<sup>34</sup>. Di conseguenza, anche secondo questo magistrato un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente avveduto, deve essere messo in grado di comprendere il funzionamento concreto della clausola e di valutare sulla base di criteri precisi e intelligibili le conseguenze economiche – potenzialmente incisive – di questa sui suoi obblighi finanziari. Insomma, al consumatore devono essere comunicati tutti

al consumatore per quanto attiene la portata sia giuridica che economica del suo impegno contrattuale».

<sup>32</sup> Causa C-670/20 Erste Bank Hungary.

<sup>33</sup> «[...] cosicché dalle clausole del contratto non risulta espressamente che l'aumento delle mensilità di rimborso potrebbe rivelarsi significativo o anche, di fatto, raggiungere un qualsivoglia livello».

<sup>34</sup> Cfr. sentenze del 10 giugno 2021, BNP Paribas Personal Finance, C-609/19, EU:C:2021:469, punto 42, e del 10 giugno 2021, BNP Paribas Personal Finance, da C-776/19 a C-782/19, EU:C:2021:470, punto 63 e giurisprudenza ivi citata.

gli elementi idonei a consentirgli di comprendere il costo totale del suo mutuo e, come ricordato dalla migliore dottrina, deve altresì poter conoscere ogni aspetto del contratto. Il canone della comprensibilità, invero, si combina con quello della chiarezza proprio per far sì che il contraente debole si renda conto dei rischi assunti e degli obblighi discendenti dal sinallagma<sup>35</sup>.

Sempre all'interno di questa pronuncia il giudice ricordava inoltre che per comprendere se il requisito della trasparenza fosse stato rispettato puntualmente bisognasse esaminare tutti gli elementi fattuali pertinenti come la pubblicità e le informazioni fornite dal mutuante all'interno della negoziazione dei contratti di mutuo di cui in parola, ma anche il linguaggio utilizzato dall'istituto nei documenti precontrattuali e contrattuali. Segnatamente, l'assenza di termini chiari o spiegazioni esplicite che informino il mutuatario sui rischi specifici associati ai mutui in valuta estera può costituire un elemento indicativo del mancato rispetto del requisito di trasparenza, come previsto dall'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13<sup>36</sup>. È corretto ritenere, allora, che le clausole contrattuali di cui l'impatto può essere compreso esclusivamente leggendole congiuntamente, non dovrebbero essere presentate in modo tale da celare il loro impatto congiunto, ad esempio posizionandole in parti diverse del contratto<sup>37</sup>. Per giunta, con precipuo riferimento all'obbligo di informazione, lo stesso giudice così affermava: *«una dichiarazione del consumatore secondo la quale quest'ultimo è pienamente consapevole dei rischi potenziali derivanti dalla sottoscrizione di un mutuo espresso in valuta estera non può essere rilevante, di per sé, al fine di valutare se tale professionista abbia soddisfatto detto requisito di trasparenza»*. In definitiva, come anche posto in evidenza dal Comitato europeo per il rischio sistemico<sup>38</sup> e come anche richiamato dal magistrato del caso: gli istituti finanziari hanno l'obbligo di fornire ai mutuatari informazioni adeguate affinché possano prendere decisioni consapevoli e ponderate. Tali informazioni dovrebbero almeno includere l'impatto che un significativo deprezzamento della valuta nazionale dello Stato membro di residenza del mutuatario, unitamente a un aumento del tasso di interesse estero, potrebbe avere sulle rate di rimborso del mutuo<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> G. ALPA, *La trasparenza dei contratti bancari*, Cacucci, 2003.

<sup>36</sup> «In particolare, l'assenza di termini o di spiegazioni che avvertano il mutuatario, in modo esplicito, dell'esistenza di rischi particolari connessi ai contratti di mutuo espressi in valuta estera può confermare che il requisito di trasparenza, quale risulta segnatamente dall'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13, non è soddisfatto».

<sup>37</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Hogan del 15 maggio 2019 nella causa C-621/17, Kiss, punto 41.

<sup>38</sup> Raccomandazione CERS/2011/1, del 21 settembre 2011, sui prestiti in valuta estera (GU 2011, C 342, p. 1).

<sup>39</sup> «[...] gli istituti finanziari devono fornire ai prenditori di mutuo informazioni sufficienti a consentire a questi ultimi di assumere le proprie decisioni con prudenza e in piena cognizione di causa e dovrebbero quanto meno includere l'impatto sulle rate di rimborso che deriverebbe da un forte deprezzamento della moneta avente corso legale nello Stato membro nel quale il mutuatario è domiciliato e da un aumento del tasso di interesse estero».

Del medesimo avviso di quanto sopra riferito anche il giudice della causa C-288/20, il quale, con una sentenza recente del 24 marzo 2022, così delibera: *“nell’ambito di un contratto di mutuo espresso in valuta estera, l’obbligo di trasparenza delle clausole di tale contratto, che prevedono che la valuta estera è la valuta di conto e che l’euro è la valuta di pagamento e che hanno l’effetto di porre il rischio di cambio sul mutuatario, è soddisfatto quando il professionista ha fornito al consumatore informazioni sufficienti e accurate per consentire a un consumatore medio, ragionevolmente ben informato, ragionevolmente attento ed avveduto, di comprendere l’effettivo funzionamento del meccanismo finanziario in questione e quindi di valutare il rischio di conseguenze economiche negative, potenzialmente significative, di tali clausole sui suoi obblighi finanziari per tutta la durata del contratto”*<sup>40</sup>. Tale estratto, tuttavia, non esaurisce la portata innovativa di detta pronunzia. E, infatti, scorrendo fra le varie argomentazioni del giudice preposto può osservarsi – con riferimento alle simulazioni numeriche come quelle inserite nell’offerta di prestito di tale vicenda – che queste costituiscono delle informazioni utili solo laddove siano basate su dati precisi e sufficienti; e, ancora, solo laddove contengano valutazioni oggettive espresse in modo chiaro e comprensibile. Si afferma, infatti, che solo a queste condizioni tali simulazioni possono permettere al professionista di mettere in evidenza, per il consumatore, il rischio di conseguenze economiche negative potenzialmente rilevanti derivanti dalle clausole contrattuali in questione<sup>41</sup>.

Ciò posto, anche il comunicare una grande quantità di informazioni può talora non soddisfare l’esigenza di trasparenza in tutti quei casi in cui il professionista non ha informato il consumatore sulle condizioni del contesto economico che potrebbero influenzare le variazioni dei tassi di cambio<sup>42</sup>. E questo perché, in un caso del genere, secondo la Corte, la parte debole non sarebbe messa in condizione di comprendere le reali conseguenze – potenzialmente gravi – che potrebbero colpire le sue finanze a seguito della sottoscrizione di un prestito in valuta estera. Dalla lettera della prevalente giurisprudenza della Corte, pertanto, il mutuatario deve essere chiaramente informato del fatto che, concludendo un contratto di mutuo espresso in valuta estera, si espone ad un rischio di cambio che può essere economicamente difficile da sostenere in caso di deprezzamento della valuta in cui percepisce i suoi redditi. Ragion per cui, inoltre, il professionista deve indicare le possibili variazioni dei tassi di cambio e i rischi inerenti alla conclusione di un siffatto contratto<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> Causa C-288/20.

<sup>41</sup> «È solo a tali condizioni che siffatte simulazioni possono consentire al professionista di richiamare l’attenzione di tale consumatore sul rischio di conseguenze economiche negative potenzialmente significative delle clausole contrattuali di cui trattasi».

<sup>42</sup> «[...] il consumatore non è stato avvertito dal professionista del contesto economico suscettibile di avere ripercussioni sulle fluttuazioni dei tassi di cambio».

<sup>43</sup> Cfr. le sentenze del 10 giugno 2021, BNP Paribas Personal Finance, C-609/19, EU:C:2021:469, punto 50, e del 10 giugno 2021, BNP Paribas Personal Finance, da C-776/19 a C-782/19, EU:C:2021:470, punto 71 e giurisprudenza ivi citata.

Nondimeno, con ulteriore recente sentenza del 10 giugno 2021 il giudice del caso ha stabilito ancora una volta che in un contratto di mutuo espresso in valuta estera – con clausole che prevedono che i pagamenti a scadenze fisse siano imputati prioritariamente agli interessi e che prevedono, al fine di liquidare il saldo del conto, l'estensione della durata di detto contratto e l'aumento dell'importo delle rate mensili – il requisito della trasparenza e dell'adeguatezza delle informazioni è soddisfatto<sup>44</sup> quando il professionista fornisce al consumatore informazioni chiare e complete, tali da permettere a un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e prudente, di comprendere il funzionamento effettivo del meccanismo finanziario in questione e di valutare i potenziali rischi economici negativi, anche significativi, che clausole di questo tipo potrebbero comportare sui suoi obblighi finanziari per l'intera durata del contratto<sup>45</sup>.

A chiusura del cerchio, parrebbe conferente affermare che, pur essendo emerse nel corso degli anni talune inclinazioni giurisprudenziali volte a rendere estremamente pervasivo il potere conferito al giudice dalla Direttiva, si riterrebbe conveniente far rimanere queste pronunzie delle isolate eccezioni. Evitando, dunque, di farle assurgere al rango di ordinarietà e, al contempo, evitando che l'art. 4 paragrafo 2 della direttiva possa diventare una vera e propria riproduzione fotografica dell'art. 307 del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB)<sup>46</sup>.

### 3. *Excursus sul concetto di significativo squilibrio*

Per quel che concerne adesso il concetto di squilibrio, considerando che alla luce dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 93/13 una clausola contrattuale che non è stata oggetto di negoziato individuale si considera abusiva se, in contrasto con il requisito della buona fede, determina, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto, parrebbe opportuno osservare quanto riportato all'interno dell'ora menzionata causa C-288/20 ove si è affermato che l'articolo 3, paragrafo 1, della Direttiva dovesse venire interpretato nel senso che le clausole di un contratto di mutuo – secondo cui la valuta estera funge da valuta di conto

<sup>44</sup> «[...] quando il professionista ha fornito al consumatore informazioni sufficienti ed esatte che consentano a un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, di comprendere il funzionamento concreto del meccanismo finanziario in discussione e di valutare quindi il rischio delle conseguenze economiche negative, potenzialmente gravi, di clausole del genere sui suoi obblighi finanziari nel corso dell'intera durata del contratto medesimo».

<sup>45</sup> Cfr. le due sentenze del 10 giugno 2021, della causa C-609/19 e delle cause riunite da C-776/19 a C-782/19.

<sup>46</sup> Cfr. F. AZZARRI, *Principio di trasparenza e prospettive rimediali: a proposito dei mutui (ai consumatori) e dei leasing (ai professionisti) indicizzati a una valuta straniera*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2022, 5, p. 1219.

mentre l'euro è la valuta di pagamento – che trasferiscono integralmente il rischio di cambio al mutuatario senza alcun limite massimo, possono determinare un significativo squilibrio tra i diritti e gli obblighi delle parti contrattuali a svantaggio del consumatore<sup>47</sup>. E questo soprattutto per via delle conoscenze superiori del venditore e dei suoi mezzi più adeguati per anticipare il fisiologico rischio di cambio che può manifestarsi in qualsiasi momento durante la durata del contratto, nonché il rischio riguardante le variazioni dei tassi di cambio che clausole contrattuali come quelle di cui in parola impongono al consumatore. Secondo il giudice del caso, invero, siffatte clausole ben possono determinare un significativo squilibrio – a danno del consumatore – tra i diritti e gli obblighi delle parti derivanti dal contratto di mutuo.

Sempre con riguardo al fenomeno dello squilibrio è stato poi ben delineato il *modus operandi* in cui questo dovrebbe essere indagato. Nello specifico, in seno alla sentenza C-421/14. Qui, difatti, il giudice – oltre a sottolineare che l'art. 3 par. 1 della direttiva definiva solo in modo astratto gli elementi che conferiscono carattere abusivo ad una clausola – ricordava che per appurare se una clausola determinasse “*un significativo squilibrio*” bisognasse tener conto delle disposizioni utilizzabili nel diritto nazionale in caso di assenza di un accordo tra le parti a tal riguardo. E ancora, sempre lo stesso magistrato, affermava poi che sarà proprio un'analisi comparatistica di questo tipo a consentire di stabilire se, e in quale misura, il contratto ponga il consumatore in una condizione giuridica meno favorevole rispetto a quella garantita dal diritto nazionale vigente. Analogamente, nella stessa prospettiva, sarà poi opportuno esaminare la posizione giuridica del consumatore anche alla luce degli strumenti previsti dall'ordinamento nazionale per contrastare l'applicazione di clausole abusive<sup>48</sup>.

Volgendo ora lo sguardo su di un nuovo caso pratico, non può qui non menzionarsi la recente sentenza del 3 settembre 2020<sup>49</sup>, ove si è stabilito che il costo del credito, al netto degli interessi e pur se soggetto a un limite massimo imposto dalla legislazione nazionale, potrebbe comunque generare un significativo squilibrio ai sensi della giurisprudenza della Corte. Ciò potrebbe

<sup>47</sup> Causa C-288/20: «[...] le clausole di un contratto di mutuo, che prevedono che la valuta estera è la valuta di conto e che l'euro è la valuta di pagamento e che hanno l'effetto di far sopportare il rischio di cambio, senza un massimale per il mutuatario, sono idonee a creare un significativo squilibrio tra i diritti e gli obblighi delle parti derivanti da tale contratto a danno del consumatore, dal momento che il professionista non poteva ragionevolmente aspettarsi, nel rispetto dell'obbligo di trasparenza nei confronti del consumatore, che quest'ultimo avrebbe accettato un rischio di cambio sproporzionato derivante da tali clausole».

<sup>48</sup> Causa C-421/14, Banco Primus SA contro Jesús Gutiérrez García: «Sarà proprio una siffatta analisi comparatistica a consentire al giudice nazionale di valutare se, ed eventualmente in che misura, il contratto collochi il consumatore in una situazione giuridica meno favorevole rispetto a quella prevista dal vigente diritto nazionale. Del pari, nella medesima ottica, risulta opportuno procedere a vagliare la situazione giuridica in cui versa il citato consumatore alla luce dei mezzi che la disciplina nazionale mette a sua disposizione per far cessare il ricorso a clausole abusive».

<sup>49</sup> Cause riunite C-84/19, C-222/19 e C-252/19.

verificarsi anche qualora tale costo rimanesse al di sotto di tale soglia, nel caso in cui i servizi forniti in cambio non risultassero ragionevolmente riconducibili alle attività di conclusione o gestione del contratto di credito, oppure se gli oneri posti a carico del consumatore, sotto forma di spese di concessione e gestione del prestito, risultassero chiaramente sproporzionati rispetto all'importo del finanziamento concesso. In casi del genere, secondo la Corte, spetterebbe al giudice del rinvio valutare complessivamente l'effetto delle diverse clausole contrattuali per determinare se queste contribuiscano a creare un significativo squilibrio a danno del mutuatario<sup>50</sup>.

Sempre in argomento, il giudice proseguiva affermando che l'esame relativo al significativo squilibrio – causato da clausole che imponevano spese diverse dagli interessi – non poteva limitarsi a una valutazione economica di natura quantitativa basata su una comparazione fra l'importo complessivo dell'operazione e i costi a carico del consumatore provenienti da tale clausola. La Corte, di fatti, aveva già stabilito nella sentenza *Kiss c. CIB Bank* che un significativo squilibrio potrebbe anche derivare da un semplice pregiudizio, sufficientemente grave, causato ad un consumatore a causa delle disposizioni nazionali applicabili. E sia che questo si manifesti in forma di restrizione al contenuto dei diritti o di ostacolo all'esercizio dei medesimi, ovvero in forma di imposizione di un obbligo ulteriore non previsto dalla disciplina nazionale<sup>51</sup>.

Sempre in tale occasione, val qui la pena ricordare che il magistrato *de quo* ha deciso di sentenziare nel senso di ritenere tale clausola – riguardante i costi del credito al netto degli interessi, che fissa tale costo al di sotto di un massimale legale e che trasferisce sul consumatore costi dell'attività economica del creditore – capace di generare un significativo squilibrio qualora avesse posto a carico del consumatore delle spese eccessive e “*sproporzionate*” rispetto alle prestazioni e all'ammontare del prestito da egli ottenuto.

È di tutta evidenza allora che anche con riferimento a tale requisito – proprio come accade con riguardo alla “*trasparenza*” – è riservato al giudice un ampio potere ermeneutico. Un potere evidentemente capace di garantirgli autonomia e, soprattutto, enorme libertà di soluzioni.

Vi è poi un'altra sentenza, la C-186/16, dove il giudice ha così stabilito con riferimento al momento in cui valutare lo squilibrio: “*Ne deriva, come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 78, 80 e 82 delle sue conclusioni, che*

<sup>50</sup> «Pertanto, il costo del credito al netto degli interessi per il consumatore, che, in forza della legislazione nazionale, è limitato nel massimo, potrebbe nondimeno dar luogo a un significativo squilibrio ai sensi della giurisprudenza della Corte, quand'anche fosse fissato al di sotto di tale massimale, qualora i servizi forniti in cambio non rientrassero ragionevolmente nelle prestazioni effettuate nell'ambito della conclusione o della gestione del contratto di credito, o gli importi posti a carico del consumatore a titolo di spese di concessione e di gestione del prestito risultassero chiaramente sproporzionati rispetto all'importo del prestito. Il giudice del rinvio deve tener conto, al riguardo, dell'effetto delle altre clausole contrattuali al fine di stabilire se le suddette clausole determinino un significativo squilibrio a danno del mutuatario».

<sup>51</sup> Sentenza del 3 ottobre 2019, *Kiss e CIB Bank*, C-621/17, EU:C:2019:820, punto 51.

*la valutazione del carattere abusivo di una clausola contrattuale deve essere effettuata con riferimento al momento della conclusione del contratto di cui trattasi, tenendo conto dell'insieme delle circostanze di cui il professionista poteva essere a conoscenza in tale momento e che erano idonee a incidere sull'ulteriore esecuzione del contratto in questione, in quanto una clausola contrattuale può essere portatrice di uno squilibrio tra le parti che si manifesta solo durante l'esecuzione di quest'ultimo*<sup>52</sup>. Proseguiva poi il magistrato affermando che la valutazione del giudice del rinvio si sarebbe dovuta basare su tutte le circostanze del caso principale, comprese quindi le conoscenze e competenze della banca relative alle potenziali variazioni dei tassi di cambio e ai rischi concernenti la sottoscrizione di un mutuo in valuta estera<sup>53</sup>.

In altra occasione ancora – causa C-119/17 –, il giudice ha invece affermato che gli articoli 3, 4 e 5 della direttiva 93/13 devono essere interpretati nel senso che una clausola di un contratto di credito che trasferisce interamente il rischio di cambio al mutuatario e che non è redatta in modo sufficientemente trasparente da permettere a quest'ultimo di comprendere, sulla base di criteri chiari e intelligibili, le conseguenze economiche della stipula del contratto, può essere considerata abusiva dal giudice nazionale. Tale considerazione, peraltro, secondo la medesima Corte, dovrebbe manifestarsi ogniqualvolta si accerti che la clausola, in violazione del principio di buona fede, determini un significativo squilibrio tra i diritti e gli obblighi delle parti, a danno del consumatore. In questo contesto, spetta al giudice del rinvio esaminare il caso alla luce di tutte le circostanze della controversia, considerando in particolare le competenze e le conoscenze del professionista in merito alle possibili oscillazioni dei tassi di cambio e ai rischi connessi alla sottoscrizione di un mutuo in valuta estera. Detta valutazione dovrà seguire due fasi: in primo luogo, verificare l'eventuale violazione del principio di buona fede; in secondo luogo, accertare l'esistenza di un significativo squilibrio, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 93/13<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> Causa C-186/16.

<sup>53</sup> Interessante notare invece di come all'interno della sentenza del 17 maggio 2022, cause riunite C-693/19 e C-831/19, il giudice europeo abbia ribadito che per ovviare allo squilibrio contrattuale il magistrato nazionale è tenuto ad esaminare, anche d'ufficio, il carattere abusivo di una clausola contrattuale «laddove disponga degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine».

<sup>54</sup> Cfr. causa C-119/17: «Gli articoli da 3 a 5 della direttiva 93/13 devono essere interpretati nel senso che la clausola di un contratto di credito, come quella di cui al procedimento principale, in conseguenza della quale l'intero rischio di cambio è trasferito sul mutuatario, e che non è redatta in maniera trasparente, in modo che il mutuatario non è in grado di valutare, sulla base di criteri chiari e comprensibili, le conseguenze economiche della conclusione di tale contratto, può essere ritenuta abusiva dal giudice nazionale in sede d'esame di tale clausola, qualora si constati che, in contrasto con il requisito della buona fede, questa determina, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto. A tal riguardo, spetta al giudice del rinvio, valutare, alla luce di tutte le circostanze della controversia di cui al procedimento principale, e tenendo conto in particolare delle competenze e delle conoscenze del professionista riguardo alle possibili variazioni dei tassi di cambio e ai rischi inerenti alla sottoscrizione di un mutuo espresso in valuta estera, in un primo momento,

Da ultimo, per chiudere, si osservi quanto riportato all'interno della surrichiamata sentenza delle cause riunite C-84/19, C-222/19 e C-252/19, Profi Credit Polska – precedentemente citata nel ruolo di ambasciatrice del concetto di trasparenza – laddove si è affermato che una clausola riguardante i costi del credito al netto degli interessi che fissa tale costo al di sotto di un massimale legale e che trasferisce sul consumatore costi dell'attività economica del creditore, determina un significativo squilibrio qualora ponga a carico del consumatore: “*spese sproporzionate rispetto alle prestazioni e all'importo del prestito ricevuti*”<sup>55</sup>.

#### 4. Conclusioni; o quasi

Alla luce di quanto sinora evidenziato, parrebbe opportuno adesso mettere l'accento sul modo in cui la giurisprudenza dell'Unione Europea ha, in quest'ultimi anni, svolto un ruolo focale di traduzione pratica dei principi sottostanti alla Direttiva 93/13/CEE. Un compito, il suo, non facile e al contempo di straordinaria rilevanza poiché capace di affinare l'interpretazione di tale fonte del diritto con particolare riguardo ai tre concetti centrali di: chiarezza, informazione e significativo squilibrio.

Uno degli elementi nevralgici della riflessione riguarda il ruolo della chiarezza contrattuale, che si è configurata non solo come un requisito formale, ma anche come una garanzia sostanziale dell'effettiva comprensione del contratto da parte del consumatore. L'orientamento della CGUE ha dimostrato un progressivo ampliamento del perimetro di controllo giudiziale, con la possibilità per i tribunali nazionali di sindacare il contenuto delle clausole, anche laddove formalmente chiare, qualora esse non consentano al consumatore di valutare con consapevolezza gli effetti economici e giuridici dell'accordo. La crescente attenzione alla trasparenza sostanziale ha quindi rafforzato il ruolo del giudice quale garante di un equilibrio effettivo tra le parti contrattuali.

Un secondo aspetto cruciale è rappresentato dal concetto di informazione, che costituisce il presupposto essenziale per l'esercizio consapevole dei diritti del consumatore. La giurisprudenza ha sottolineato come il requisito informativo non si esaurisca nella mera comunicazione formale di dati, ma implichi un obbligo sostanziale di fornire al consumatore tutti gli elementi necessari per comprendere le implicazioni economiche e giuridiche del contratto. La Corte di Giustizia ha ribadito l'importanza della trasparenza informativa anche con riferimento alle clausole finanziarie, in particolare nei contratti di mutuo, dove il consumatore deve essere pienamente consapevole dei rischi connessi alle oscillazioni dei tassi di cambio e delle altre condizioni contrattuali.

la possibile violazione del requisito della buona fede e, in un secondo momento, la sussistenza di un eventuale significativo squilibrio, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 93/13.

<sup>55</sup> Cause riunite C-84/19, C-222/19 e C-252/19; Cfr. con nota n. 4.

Infine, il concetto di significativo squilibrio, il quale rappresenta un pilastro dell'opera di valutazione delle clausole abusive. L'orientamento giurisprudenziale ha mostrato un progressivo perfezionamento nella determinazione di quegli elementi contrattuali ritenuti idonei a concretizzare uno squilibrio in grado di ledere la buona fede e l'equità tra le parti. La CGUE ha chiarito, invero, che l'analisi dello squilibrio non si esaurisce in una valutazione meramente economica, ma deve considerare anche l'impatto sostanziale che una clausola contrattuale può avere sulla posizione giuridica del consumatore.

Un elemento critico di questo sviluppo giurisprudenziale, a ben vedere, è il rischio di una discrezionalità eccessiva nella valutazione giudiziale, che potrebbe portare a esiti divergenti tra gli Stati membri, minando la prevedibilità delle decisioni e creando un quadro normativo frammentato. A tal proposito si osservino i risultati raggiunti all'interno della notoria sentenza *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, e li si raffrontino con quelli tracciati in pronunce più recenti. In tal senso, quindi, è fondamentale garantire che il concetto di significativo squilibrio – così come i primi due concetti passati in rassegna – sia interpretato in maniera coerente, evitando che la tutela del consumatore sfoci in un'incertezza giuridica eccessiva.

Il principio di proporzionalità deve chiaramente guidare l'analisi giudiziale affinché la protezione della parte debole non si traduca in un vincolo eccessivo per gli operatori economici, i quali potrebbero essere scoraggiati dall'intraprendere attività transfrontaliere all'interno dell'Unione Europea. In questo senso, la tensione tra armonizzazione e discrezionalità interpretativa rappresenta uno dei nodi fondamentali della disciplina consumeristica europea. E ciò, specialmente all'interno di tale perimetro giuridico.

Il problema legato alla frammentazione applicativa della direttiva, nondimeno, rappresenta un'argomentazione evidenziata anche dalla migliore dottrina laddove ha osservato che: *“La Commissione europea da tempo ritiene che detta frammentazione, da una parte, comporti l'insorgere di costi aggiuntivi per gli operatori economici professionali (anzitutto per acquisire le consulenze giuridiche necessarie per operare con la sufficiente sicurezza di rispettare le prescrizioni giuridiche dei diversi ordinamenti), disincentivando l'iniziativa imprenditoriale transfrontaliera, e, dall'altra parte, che essa costituisca uno dei motivi che ingenerano la mancanza di fiducia dei consumatori rispetto agli acquisti transfrontalieri, non potendo i consumatori essere sicuri che il livello di protezione di cui godono nel proprio Stato si applichi allorché fanno acquisti in un altro Stato membro”*<sup>56</sup>.

Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale evidenzia inoltre come l'obiettivo di garantire un elevato livello di protezione al consumatore debba essere temperato con l'esigenza di evitare una sovrapposizione eccessiva tra giudizio di abusività e revisione giudiziale del merito contrattuale. Il rischio di una tute-

<sup>56</sup> Cfr. G. ALPA, *I contratti del consumatore*, op. cit.

la “*apodittica*” del consumatore, che potrebbe tradursi in un’eccessiva rigidità delle relazioni contrattuali, è un tema di crescente attenzione nelle discussioni accademiche e istituzionali. A riguardo, non possono qui non riportarsi le parole di un fine giurista che così simpaticamente ammoniva: “*Ci troviamo [...] di fronte ad un vestito di Arlecchino, che sicuramente le imprese esercenti il commercio transfrontaliero, di conseguenza tenute a valutare le clausole da impiegare Paese per Paese, alla luce delle diversità di conseguenze che potrebbero derivare dal loro utilizzo, avrebbero preferito non dovere indossare*”<sup>57</sup>.

Queste piacevoli righe, peraltro, assumono una profondità e veridicità ancor più pregnante se confrontate con quanto sapientemente ricordato dalla nostra Corte di Cassazione. La quale, nello specifico, ha rammentato a più riprese che il *dictum* della Corte di Giustizia dell’Unione Europea incarna una vera e propria *regula iuris*<sup>58</sup>, applicabile dal giudice interno in ogni stato e grado del giudizio<sup>59</sup>, con la conseguenza che ogni pronuncia della CGUE rappresenta una sostanziale fonte di diritto oggettivo capace: sia di innovare positivamente il diritto nazionale per il tramite di ordinanze oculate e ponderate; sia di innovare in maniera più disarticolata, laddove tali pronunzie si scoprono distinte nelle argomentazioni e nei relativi capisaldi giuridici formulati<sup>60</sup>.

In definitiva, pur rappresentando la direttiva la pietra angolare del sistema di tutela dei consumatori all’interno del perimetro europeo, l’auspicio è che l’attuale impostazione sistemica non venga sovvertita o contaminata da interpretazioni poco morigerate in grado di inquinare l’odierno archetipo, generando così: sviluppi giuridici disarmonici, soluzioni antitetiche e, conseguenzialmente, un’endemica incertezza del diritto.

Il futuro della disciplina si giocherà dunque sulla capacità di trovare un punto di convergenza tra tutela del contraente debole ed esigenze di stabilità del mercato giuridico europeo, nel rispetto dei principi fondativi del diritto dell’Unione e nel rispetto della natura dei tre concetti della chiarezza, dell’informazione e del significativo squilibrio.

L’armonizzazione giuridica all’interno dell’alveo europeo rimane quindi uno di quegli obiettivi autoctoni della Direttiva; ai giuristi che in futuro saranno chiamati a pronunziarsi, dunque, l’ardito compito di proseguire nel solco pragmatico e ponderato già tracciato.

<sup>57</sup> A. ZACCARIA, *Considerazioni in ordine all’attuazione, in Europa, della Direttiva 93/13/CEE concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Il quotidiano giuridico*, 2016.

<sup>58</sup> K. LENAERTS, I. MASELIS e G. GUTMAN, *EU Procedural Law*, Oxford, pp. 243 ss.

<sup>59</sup> F. MEZZANOTTE, *Il rimborso anticipato nei contratti di credito immobiliare ai consumatori*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2020, 1, p. 65; a proposito del caso *Lexitor*.

<sup>60</sup> Cfr. Cass. 2468/16; Cass. 17994/15; Cass. 1917/12; Cass. 4466/05; Cass. 857/95.

*Abstract* [Ita]

La Direttiva 93/13/CEE ha rappresentato un punto di svolta nella tutela dei consumatori contro le clausole abusive nei contratti stipulati con imprese e professionisti. Questo studio analizza l'evoluzione giurisprudenziale di tre concetti chiave della Direttiva quali quello della chiarezza, dell'informazione e del significativo squilibrio. In merito, particolare attenzione ha attratto la nozione di trasparenza sostanziale, la quale impone ai professionisti di fornire informazioni chiare e comprensibili ai consumatori affinché questi possano assumere decisioni contrattuali consapevoli. Il contributo esamina poi come la Corte abbia progressivamente ampliato il proprio perimetro di controllo giudiziale riuscendo – talora – a prevaricare persino i confini disegnati in seno alla Direttiva, concedendosi così una valutazione più incisiva del carattere abusivo delle clausole contrattuali. L'analisi, dunque, concentrandosi sul delicato ruolo assunto dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nell'interpretazione e nell'applicazione della Direttiva, suggerisce quelle che sembrano essere le sfide derivanti dall'eterogeneità delle pronunce giudiziarie con alcune riflessioni finanche sulle sue implicazioni per la certezza del diritto e il commercio transfrontaliero.

*Parole chiave:* Direttiva 93/13/ECC; clausole abusive; trasparenza sostanziale; controllo giudiziale; Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

*Abstract* [Eng]

Directive 93/13/EEC represented a turning point in the protection of consumers against unfair terms in contracts stipulated with companies and professionals. This study analyzes the evolution of case law on three key concepts of the Directive, such as clarity, information and significant imbalance. In this regard, particular attention has attracted the notion of substantial transparency, which requires professionals to provide information to consumers in plain intelligible language so that they can make informed contractual decisions. The contribution then examines how the Court has progressively broadened its scope of judicial control, sometimes managing to overstep even the boundaries drawn up in the Directive, thus allowing itself a more incisive evaluation of the abusive nature of contractual clauses. The analysis, therefore, focusing on the delicate role assumed by the Court of Justice of the European Union in the interpretation and application of the Directive, suggests what appear to be the challenges arising from the heterogeneity of judicial rulings with some reflections even on its implications for legal certainty and cross-border trade.

*Keywords:* Directive 93/13/EEC; unfair terms; substantial transparency; judicial control; Court of Justice of the European Union.



# Note a margine del legame tra diritto romano e ordinamento privatistico cinese

Aldo Petrucci

*Sommario:* 1. Premessa. – 2. Diritto romano e ordinamento giuridico cinese prima del XIX secolo. – 3. La ‘svolta’ ottocentesca. – 4. I primi decenni del XX secolo e la ‘prima ricezione’ del diritto romano e della tradizione romanistica. – 5. Dall’approvazione del primo Codice civile alla morte di Mao Zedong (1976). – 6. La ‘seconda ricezione’ del diritto romano in Cina tra fine del XX e prime decadi del XXI secolo. – 7. Il nuovo Codice civile: brevi considerazioni finali.

## 1. *Premessa*

È oggi sotto gli occhi di tutti l’importanza assunta dalla Repubblica Popolare Cinese nello scacchiere geo-politico mondiale, con un’economia diventata la seconda a livello globale e proiettata a raggiungere il primato. Parallelamente è cresciuto l’interesse per il suo sistema giuridico, anche se, forse, non nella misura che meriterebbe, soprattutto se leggiamo quanto si trova al riguardo in alcuni correnti manuali italiani di diritto comparato<sup>1</sup>. Focalizzando la nostra attenzione sul solo ordinamento privatistico, si preferisce evitare un inquadramento rigido in una delle grandi famiglie giuridiche individuate dalla scienza comparatista e liquidare l’argomento in poche battute, che ne sottolineano il carattere misto, con elementi di *civil law*, di *common law* e alcune tracce di diritto tradizionale<sup>2</sup>. In generale, si tacciano i legami con il diritto romano e la tradizione romanistica<sup>3</sup>, oppure li si negano con annotazioni, a volte di carattere sprezzante<sup>4</sup>, verso chi, principalmente in Italia, li

<sup>1</sup> Si vedano, ad es., le poche pagine dedicate al diritto cinese in A. GAMBARO - R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*<sup>4</sup>, Milano, rist. 2021, 376-383.

<sup>2</sup> Cfr., ad es., V. VARANO - V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*<sup>5</sup>, Torino 2014, 518. In tal senso già R. CAVALIERI, *La legge e il rito. Lineamenti di storia del diritto cinese*, Milano 1999, 184-186, a proposito dei Principi generali di diritto civile del 1986, sui quali torneremo nel § 7.

<sup>3</sup> Come avviene nel volume di G. AJANI - A. SERAFINO - M. TIMOTEO, *Diritto dell’Asia orientale*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da R. Sacco, Torino 2007.

<sup>4</sup> Come quelle di R. Sacco in GAMBARO - SACCO, *Sistemi giuridici comparati*<sup>4</sup>, cit., 383 nt. 51, dove, parlando dei modelli europei continentali utilizzati dalla legislazione cinese attuale, si osserva: «è ovvio che si tratta di modelli affermatasi dal 1800 in poi, e non di modelli romani. Tuttavia in Italia qualcuno fraintende».

ha da molti anni analizzati, grazie all'intensa collaborazione scientifica e accademica con i giuristi cinesi<sup>5</sup>.

Al fine di superare tali pregiudizi e di favorire un fecondo dialogo in dottrina tra sensibilità diverse, cui non si sono, per fortuna, sottratti anche alcuni comparatisti<sup>6</sup>, il presente contributo, molto umilmente, si propone di ripercorrere in chiave storica i contatti tra i due ordinamenti, cinese e romano, di comprendere le ragioni del forte impatto esercitato nella Cina imperiale dalla tradizione romanistica di diritto privato dopo la metà del XIX secolo, di coglierne i successivi sviluppi avvenuti con la fondazione, prima, della Repubblica Cinese e, poi, della Repubblica Popolare Cinese, per arrivare, infine, alla situazione determinatasi nelle ultime due decadi del XX secolo e nelle prime due del XXI, segnata dall'approvazione, nel 2020, del nuovo Codice civile<sup>7</sup>.

## 2. Diritto romano e ordinamento giuridico cinese prima del XIX secolo

Quando il diritto romano era diritto vigente nell'Impero, non mancano notizie su contatti intercorsi con la Cina. La loro veridicità non è oggi messa in dubbio<sup>8</sup>. Secondo le cronache cinesi, già nel 97 d.C. la dinastia allora regnante, gli Han, avevano tentato di inviare un ambasciatore al "grande impero" di Occidente, chiamato dai Cinesi *Da Qin* o *Lijian*, ma costui non aveva raggiunto la meta; Marco Aurelio, poi, nel 166, aveva mandato un'ambasceria a Pechino, che era giunta in Cina passando dal Vietnam (quindi seguendo una rotta marittima), ed una successiva ambasceria sarebbe avvenuta sul finire del III secolo, ma in entrambi i casi senza che si instaurassero rapporti stabili e permanenti.

Da parte romana, oltre all'isolata testimonianza di Floro su un'ambasceria del popolo dei *Seres* (identificati da alcuni studiosi con i Cinesi)<sup>9</sup> giunta a Roma all'epoca di Augusto<sup>10</sup>, le maggiori prove dei rapporti tra i due Imperi sono costituite dai riferimenti alla produzione e commercio della seta ed ai

<sup>5</sup> Il riferimento è rivolto in modo particolare agli studi di Sandro Schipani e di quei romanisti italiani, che ne hanno seguito l'insegnamento, cui alluderemo più volte nelle note successive.

<sup>6</sup> Mi piace richiamare nello specifico il volume di E. TOTI, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico tra legge e dottrina*, Roma 2020.

<sup>7</sup> In questo mio percorso di ricostruzione storica mi sono avvalso, in larga misura, di un intervento che ho tenuto nel Congresso *Roma Sinica III. Languages of Science between Western and Eastern Civilizations*, svoltosi a Pisa il 7-9 settembre 2022, e pubblicato nel volume dei relativi Atti, editi da de Gruyter, Berlin-Boston 2024.

<sup>8</sup> Al riguardo si vedano, per tutti, S. SCHIPANI, *Diritto romano in Cina*, in *Treccani XXI secolo* 2009, in [https://www.treccani.it/enciclopedia/diritto-romano-in-cina\\_%28XXI-Secolo%29](https://www.treccani.it/enciclopedia/diritto-romano-in-cina_%28XXI-Secolo%29); G. BERTUCCIOLI - F. MASINI, *Italia e Cina*, Roma 2014, 3-14; R. CARDILLI - S. PORCELLI, *Introduzione al diritto cinese*, Torino 2020, 5-6.

<sup>9</sup> BERTUCCIOLI - MASINI, *Italia e Cina*, cit., 5.

<sup>10</sup> Flor. *epit.* 2.34.62.

suoi costi, che hanno giustificato taluni interventi imperiali diretti a limitarne l'importazione<sup>11</sup>. Certo, questi dati debbono essere considerati con cautela, perché potrebbero anche solo rispecchiare l'intermediazione in tali rapporti commerciali di mercanti appartenenti a nazioni collocate geograficamente tra l'Impero romano e la Cina (Parti, Indiani o popoli dell'Asia centrale), ma non vanno neppure sottovalutati, dal momento che tanto gli annali dinastici cinesi quanto alcune opere occidentali (come il *De geografia* di Claudio Tolomeo<sup>12</sup> del II secolo) parlano di commercianti romani, inviati nei porti dell'Asia sud-orientale (Siam, Tonchino e Annam), alludendo a rotte commerciali terrestri e marittime con la Cina.

Poiché nei racconti di entrambe le parti ricorre il *topos* della reciproca correttezza negli scambi, anche se accompagnata da lamentele per i prezzi praticati<sup>13</sup>, è plausibile che i Cinesi fossero entrati in contatto con quella branca del diritto privato romano denominata *ius gentium*, il cui nucleo centrale era appunto costituito da un "diritto internazionale degli affari", dominato dal principio della *bona fides*<sup>14</sup>.

Tale ipotesi potrebbe essere in qualche modo supportata, se si accettasse la storicità della notizia della fondazione della città di Liqian da parte di legionari romani, scampati alla sconfitta di Carre nel 54/53 a.C., catturati e poi liberati dai Cinesi dopo la battaglia di Zhizhi nel 35 a.C. Ma su tali eventi gli studiosi moderni appaiono nettamente divisi, anche dopo il ritrovamento in Tagikistan di un affresco raffigurante la lupa capitolina<sup>15</sup>. È in ogni caso sicuro che un eventuale ricorso al *ius gentium* nelle relazioni mercantili non ha prodotto alcun tipo di influenza sul sistema giuridico tradizionale cinese<sup>16</sup>.

Anche dopo la caduta dell'Impero romano d'Occidente, restano memorie di ambascerie e rapporti commerciali fra l'Impero bizantino e quello cinese, contenute però pressoché esclusivamente nelle cronache dinastiche cinesi, mentre le fonti occidentali fra VI e X secolo tacciono, forse a causa della fine del monopolio della Cina sulla produzione della seta, avviata anche in Occidente durante il regno di Giustiniano, allorché, secondo la narrazione di

<sup>11</sup> Tac. *ann.* 2.33.1 (in riferimento al senatoconsulto dell'età di Tiberio, con cui si vietava agli uomini di indossare abiti di seta); Sen. *ben.* 7.9.5; Plin. *nat. hist.* 6.20.54 e 12.1.2.

<sup>12</sup> Cl. Ptol. *geog.* 1.11.7.

<sup>13</sup> BERTUCCIOLI - MASINI, *Italia e Cina*, cit., 6, 11-13.

<sup>14</sup> Cfr., per tutti, A. PETRUCCI, *Corso di diritto pubblico romano*, Torino 2017, 338-341, 390-391.

<sup>15</sup> Scettici, ad es., BERTUCCIOLI - MASINI, *Italia e Cina*, cit., 15-16; più possibilisti Schipani, *Diritto romano in Cina*, cit.; CARDILLI - PORCELLI, *Introduzione al diritto cinese*, cit., 47-64.

<sup>16</sup> Per un suo quadro generale su tale sistema rinvio a J. GILISSEN, *Diritto cinese. I) Antichità e tradizione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma 1988, 1-29; MI J., *Die chinesische traditionelle Kultur und das gegenwärtige Rechtssystem*, in *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1989, 24-38; CAVALIERI, *La legge e il rito*, cit., 67-107; con più specifico riferimento alla materia contrattuale, v. M. TIMOTEO, *Il contratto in Cina e in Giappone nello specchio dei diritti occidentali*, Padova 2004, 9-68, 121-139, e CARDILLI - PORCELLI, *Introduzione al diritto cinese*, cit., 247-265.

Procopio di Cesarea<sup>17</sup>, alcuni monaci avrebbero portato di nascosto uova dei bachi a Costantinopoli.

Nel basso Medioevo e nella prima età moderna abbiamo una serie di elementi, che dimostrano la persistenza di scambi commerciali tra Cina ed Occidente: basta riferirci a figure di mercanti, quali Marco Polo<sup>18</sup>, al ruolo assunto dal porto di Zayton/Quanzhou dei secoli XIII-XIV<sup>19</sup> ed alla fondazione ad opera dei Portoghesi dell'avamposto mercantile di Macao intorno al 1550, riconosciuto dalle autorità cinesi nel 1557<sup>20</sup>. Ma la possibile conoscenza da parte di un numero ristretto di operatori economici cinesi delle normative della *lex mercatoria* occidentale (che seguivano, almeno in parte, le regole del diritto romano) è stata, anche in questo caso, del tutto ininfluyente e non in grado di incidere sui codici, sulle leggi imperiali e sulla mentalità giuridica tradizionale.

Per poter ipotizzare una qualche forma di conoscenza del diritto romano (veicolata dal *ius commune* romano-canonico di matrice medievale) nelle classi dirigenti cinesi (i Mandarin), bisogna attendere il XVII secolo e l'arrivo dei Gesuiti nell'Impero cinese durante l'ultimo periodo della dinastia Ming (terminata nel 1644) e la fase iniziale di quella Qing (l'ultima delle dinastie imperiali, rovesciata nel 1911)<sup>21</sup>. Infatti, l'incessante attività di traduzione in cinese di opere europee (ancorché non di carattere giuridico), realizzata dai membri della Congregazione a cominciare da Matteo Ricci, Adam Schall von Bell e Ferdinand Verbiest nel corso del XVI e XVII secolo, sarebbe stata un mezzo idoneo a favorire un primo approccio al diritto comune romano-canonico dei letterati confuciani, che formavano l'apparato amministrativo imperiale. In tale prospettiva mi verrebbe da pensare a scritti come la traduzione cinese, seppur parziale, della *Summa Theologiae* di Tommaso d'Aquino, compiuta dal gesuita italiano Ludovico Buglio (1606-1682) e pubblicata in 30 volumi a Pechino, con il titolo *Compendio di Scienza del Soprannaturale*, negli anni 1654-1676<sup>22</sup>, data la formazione anche giuridica del teologo medievale ed i suoi frequenti richiami alle norme del diritto comune contenuti nella *Summa*. Tuttavia, questa traduzione conobbe una scarsa diffusione e certamente i profili giuridici dovevano essere quelli meno interessanti per la classe colta cinese, modellata sulla dottrina confuciana.

<sup>17</sup> Proc. *bell. Goth.* 8.17.1-8.

<sup>18</sup> Sulla sua figura e sul suo libro si rinvia, in generale, a PH. MÉNARD, *Intérêt et importance de la version française du Devisement du Monde de Marco Polo*, in F. MASINI - F. SALVATORI - S. SCHIPANI (ed.), *Marco Polo 750 anni. Il viaggio. Il libro. Il diritto*, Roma 2006, 183-197; G. AIRALDI, *Autobiografia di Marco*, *ibidem*, 209-219; L. LANCIOTTI, *Marco Polo e la sinologia occidentale*, *ibidem*, 269-274; BERTUCCIOLI - MASINI, *Italia e Cina*, cit., 42-48.

<sup>19</sup> ZHANG K., *Indagine sul rapporto tra il commercio d'oltremare in epoca Song e Yuan e la rivoluzione commerciale del Mediterraneo*, in *Marco Polo 750 anni*, cit., 275-301.

<sup>20</sup> BERTUCCIOLI - MASINI, *Italia e Cina*, cit., 68-69.

<sup>21</sup> SCHIPANI, *Diritto romano in Cina*, cit.; BERTUCCIOLI - MASINI, *Italia e Cina*, cit., 70-83, 94-98; CARDILLI - PORCELLI, *Introduzione al diritto cinese*, cit., 5-7.

<sup>22</sup> BERTUCCIOLI - MASINI, *Italia e Cina*, cit., 97-98.

### 3. La 'svolta' ottocentesca

La situazione fin qui descritta subisce un primo profondo cambiamento dalla metà del XIX secolo, quando, dopo la sconfitta nelle guerre dell'oppio (1839-1842 e 1856-1860) e l'imposizione dei trattati ineguali con ampie concessioni in tema di sovranità ai Paesi occidentali, l'Impero cinese dà avvio ad un rinnovamento delle conoscenze scientifiche e tecnologiche, apprendendole da questi stessi Paesi. In tale contesto si inserisce l'intensa attività di traduzione in cinese di opere europee ed americane, che viene intrapresa dalla Scuola di lingue occidentali (*Tongwen guan*), istituita a Pechino nel 1862, includendo anche alcuni testi giuridici, come gli *Elements of International Law* di Wheaton (London & Philadelphia 1836), tradotta dal missionario protestante americano W.A.P. Martin, dove si indicava il diritto romano come la base del diritto internazionale<sup>23</sup>.

La conoscenza degli ordinamenti giuridici occidentali prosegue, durante la seconda metà del XIX secolo, con la traduzione di ulteriori opere<sup>24</sup>, ma in tal modo i Cinesi vengono ad apprendere non il diritto come si era sviluppato storicamente in età romana e poi raccolto nel *Corpus iuris civilis*, bensì il diritto romano come era stato elaborato dalla scienza giuridica europea dei secoli XII-XIX. Entrano, quindi, in contatto con il diritto della tradizione romanistica, vale a dire con un sistema giuridico depurato da ogni elemento di storicità, costruito in modo razionale, logico ed immutabile, soprattutto ad opera delle varie correnti giusnaturaliste, ed applicato, prima, come diritto vigente ed utilizzato, poi, a cominciare dagli inizi del XIX secolo, come base delle codificazioni civilistiche già approvate (si pensi alla francese, austriaca, olandese, di vari Stati preunitari italiani e tedeschi, di molti cantoni svizzeri), oppure in corso di redazione (come nel caso del Codice civile tedesco).

Tuttavia, il vero impatto della tradizione romanistica sul diritto cinese si verifica dopo la disastrosa sconfitta nella guerra con il Giappone del 1894-1895 ed il passaggio a quest'ultimo del controllo sulla Corea (Trattato di Maguan/Shimonoseki), fino ad allora uno Stato vassallo della Cina. L'esempio giapponese, che in pochi decenni (durante il governo Meiji dell'imperatore Mutsuhito, a partire dal 1868) era divenuto un Paese moderno ed efficiente, in grado di competere con le Potenze occidentali anche sul piano dell'ordinamento giuridico, rappresenta lo sprone per il Governo imperiale cinese a rinnovare integralmente anche il proprio.

Oltre alla sconfitta militare ad opera di una Nazione fino ad allora ritenuta inferiore, le ragioni per cui i Cinesi, nell'intraprendere tale opera di rinnovamento, si orientano verso il Giappone sono principalmente due: una certa

<sup>23</sup> Cfr. SCHIPANI, *Diritto romano in Cina*, cit.; BERTUCCIOLI - MASINI, *Italia e Cina*, cit., 219-221; CARDILLI - PORCELLI, *Introduzione al diritto cinese*, cit., 13-15.

<sup>24</sup> Come il Codice civile francese: v. CARDILLI - PORCELLI, *Introduzione al diritto cinese*, cit., 15-20.

base di partenza giuridica comune e il maggiore avanzamento della scienza giuridica giapponese nella recezione delle categorie giuridiche occidentali<sup>25</sup>. Circa il primo punto, è noto che il diritto tradizionale giapponese era stato profondamente modellato dalla ricezione del diritto cinese della dinastia Tang (621-959), che aveva dato vita ad un sistema unificato, chiamato in giapponese *Ritsu Ryo*, restato ufficialmente in vigore fino all'epoca Meiji, seppure sostituito in molte parti dalle consuetudini locali. Quanto al secondo punto, in Giappone una specifica educazione giuridica era cominciata già negli anni Settanta dell'Ottocento con la fondazione delle Università sul modello occidentale, l'istituzione delle Facoltà di Giurisprudenza e l'insegnamento del diritto romano, oltreché degli ordinamenti francese, inglese e tedesco, impartiti da docenti stranieri.

Fin da quel momento nei giuristi giapponesi si era radicata la convinzione che, se non si fosse studiato il diritto romano, non si sarebbe potuto comprendere in fondo il diritto privato moderno dei Paesi occidentali. A tal fine, pertanto, quando gli insegnamenti giuridici furono dati in giapponese, il più grande problema si era rivelato quello di esprimere in questa lingua i concetti romanistici (ripresi poi dagli ordinamenti moderni, e non solo di *civil law*), un problema che non vi era stato per la ricezione del diritto cinese, in quanto anche in Giappone si usavano gli stessi ideogrammi come lingua scritta. Ma in tempi rapidi la scienza giuridica giapponese era riuscita a risolverlo, creando nuovi caratteri (e quindi nuove parole) adeguati ad esprimerli<sup>26</sup>.

#### 4. I primi decenni del XX secolo e la 'prima ricezione' del diritto romano e della tradizione romanistica

Il governo imperiale cinese, dunque, agli inizi del Ventesimo secolo avvia la fondazione di Università e l'istituzione di Facoltà e Scuole di diritto, rivolte specificamente all'educazione giuridica (la prima è l'Università di Pechino nel 1901), prendendo a fondamento i diritti occidentali e il diritto giapponese ed utilizzando, in una prima fase, per l'insegnamento docenti stranieri (soprattutto giapponesi, ma anche francesi). Contemporaneamente si inviano all'estero eminenti studiosi (come Shen Jiaben e Wu Tingfang) per conoscere ed esa-

<sup>25</sup> KAMIYA N., *Aspetti e problemi della storia giuridica in Giappone: la ricezione del diritto cinese e del sistema romanista*, in *Index. Quaderni camerti di studi romanistici*, 20, 1992, 365-376; F. MASINI, *The Formation of the Modern Chinese Lexicon and Its Evolution Toward a National Language: The Period from 1840 to 1898*, in *Journal of Chinese Linguistic Monograph Series* 6, Berkeley 1993, 84-107; TIMOTEO, *Il contratto in Cina e in Giappone*, cit., 69-91, 147-165; CARDILLI - PORCELLI, *Introduzione al diritto cinese*, cit., 20-30.

<sup>26</sup> KAMIYA, *Aspetti e problemi della storia giuridica in Giappone*, cit., 375-376; HAYASHI T., *The Reception of Roman Law Education in Japan: on the First Lecture on the Roman Law at the Tokyo Kaisei-Gakko in 1874*, in <http://ir.library.osaka-u.ac.jp/dspace/handle/11094/52398>, 2012, 1-9; CARDILLI - PORCELLI, *Introduzione al diritto cinese*, cit., 22-30.

minare le leggi straniere, con l'obiettivo immediato di regolare le transazioni internazionali. Nell'elaborare un linguaggio giuridico concettualmente idoneo a tal fine i giuristi cinesi hanno potuto beneficiare all'inizio dell'esperienza di quelli giapponesi per le ragioni che si sono espone nel paragrafo precedente; ma ben presto hanno intrapreso anche vie autonome, come vedremo fra breve.

Così, nell'arco di pochi anni, anche in Cina si forma una scienza giuridica nazionale, che si sostituisce a quelle straniere sia nell'insegnamento che nelle elaborazioni dottrinarie<sup>27</sup>. Benché i corsi di diritto romano, laddove attivati, fossero in genere opzionali, si radica però anche in Cina la profonda convinzione della necessità di conoscerlo non solo per comprendere gli ordinamenti civilistici degli altri Paesi, ma anche per realizzarne uno proprio in senso moderno. Il diritto romano, che si comincia a studiare nelle Scuole giuridiche e nelle Università cinesi, è dunque quello privato, che non deriva da una conoscenza diretta delle fonti, ma è declinato e fortemente influenzato dalla dottrina tedesca pandettistica e dalla sua visione sistematica e razionale<sup>28</sup>. Ciò è dovuto non tanto all'esempio giapponese, che pure ha avuto un suo indubbio peso, quanto al grande prestigio acquisito dalla scienza giuridica della Germania tra la fine dell'Ottocento e gli inizi del Novecento.

Oltretutto nei contenuti, sui quali ci soffermeremo tra breve, l'influenza della tradizione romanistica di derivazione tedesca, si manifesta anche nella scelta di redigere un proprio Codice civile, una scelta, in verità, seguita da tutti i Paesi c.d. di *civil law* e che in Cina ben si innestava sull'ordinamento tradizionale, dove si erano succeduti nel tempo i Codici di leggi delle varie dinastie. L'osservazione potrebbe apparire banale, ma in realtà, a mio avviso, non lo è, in quanto gli studiosi cinesi inviati all'estero avevano avuto modo di conoscere anche gli ordinamenti anglo-americani (che, come è noto, non contemplan codici civili) ed avrebbero potuto orientare il governo imperiale in quella direzione, poiché si trattava di "sradicare" l'ordinamento giuridico tradizionale e "ripiantarne" uno totalmente nuovo.

Il principale risultato di questa prima recezione del diritto romano, ancorché nell'elaborazione pandettistica tedesca, consiste nell'approvazione di un Codice civile nazionale alla fine degli anni Venti. Il suo primo progetto era già pronto nel 1911, ma la caduta dell'ultima dinastia imperiale (i Qing) in quell'anno ne aveva impedito l'approvazione e l'entrata in vigore. Sulla sua base, negli anni seguenti il governo repubblicano fa redigere un secondo

<sup>27</sup> Cfr. MI J., *Evoluzione storica e caratteristiche del sistema giuridico cinese*, in *Index. Quaderni camerti di studi romanistici*, 19, 1991, 347-348; S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, Torino 1996, 71-73 e *Diritto romano in Cina*, cit.; XU G., *L'insegnamento del diritto romano nelle Università della Cina*, in *Diritto@storia*, 1, 2002, in <https://www.dirittoestoria.it/memorie/Testi%20delle%20Comunicazioni/XU>; CARDILLI - PORCELLI, *Introduzione al diritto cinese*, cit., 30-43.

<sup>28</sup> MI, *Evoluzione storica e caratteristiche del sistema giuridico cinese*, cit., 346-349; XU, *L'insegnamento del diritto romano nelle Università della Cina*, cit.; CARDILLI - PORCELLI, *Introduzione al diritto cinese*, cit., 41-43.

progetto, realizzato dai più eminenti studiosi cinesi di diritto civile (e di diritto romano), ma anch'esso rimane inattuato a causa della difficile situazione politica interna (epoca dei Signori della guerra). Tuttavia, questo progetto è largamente utilizzato dalla Corte Suprema, le cui decisioni sono raccolte nei *Principi fondamentali per il giudizio dei casi civili*, favorendone così la diffusione all'interno della società cinese. Si apre così la strada alla successiva approvazione del Codice civile, fondato anch'esso su tale progetto ed entrato in vigore tra il 1928 ed il 1931<sup>29</sup>.

Una breve analisi della sistematica e del contenuto di questo Codice civile appare utile anche nella nostra attuale prospettiva, per comprendere il successo della penetrazione in esso delle categorie e dei concetti giuridici romanistici e le numerose difficoltà terminologiche affrontate e superate dai giuristi cinesi.

Il Codice è articolato in cinque libri, di cui il primo racchiude una parte generale, come quello tedesco (il *Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB), sulla scia degli insegnamenti della dottrina pandettistica ottocentesca, che aveva tratto ed elaborato dai testi giuridici romani principi e regole generali, da applicare poi alle singole branche del diritto privato. Le altre quattro parti del Codice sono, infatti, dedicate alle obbligazioni (libro II), alla proprietà, diritti reali e possesso (libro III), alla famiglia (libro IV) ed alle successioni ereditarie (libro V). Si tratta di una scelta, che si presentava in quel momento come la più avanzata, scientificamente e sistematicamente, rispetto al modello delle Istituzioni di Giustiniano, seguito nei tre libri del Codice civile francese<sup>30</sup>.

Per comprendere quanto tale Codice, recependo la tradizione romanistica nei modi fin qui descritti, abbia rivoluzionato l'ordinamento cinese anteriore, è sufficiente un breve confronto con la struttura e i contenuti del Codice della dinastia Qing, l'ultima dinastia imperiale, promulgato nel 1740 con il nome di *Da Qing lü li* e rimasto vigente fino al 1911. Tale Codice, composto da 436 articoli fondamentali e permanenti (i *lü*) e 815 disposizioni complementari (i *li*), era ampiamente modellato su quelli delle dinastie precedenti, di cui aveva accolto molti contenuti<sup>31</sup>, e si può quindi, a ragione, ritenere un'espressione del pensiero giuridico tradizionale.

La sua struttura risultava così suddivisa. Ad una parte generale, comprendente "nomi e regole generali", incentrata sulle cinque pene applicate (art. 1) e sui dieci reati più gravi (art. 2), facevano seguito sei parti speciali, ciascuna corrispondente agli Uffici centrali dell'amministrazione imperiale: Ufficio del Personale, Ufficio delle Imposte, (al cui interno sono contenute disposizioni,

<sup>29</sup> MI, *Evoluzione storica e caratteristiche del sistema giuridico cinese*, cit., 349-350; CAVALLIERI, *La legge e il rito*, cit., 121-123; SCHIPANI, *Diritto romano in Cina*, cit.; CARDILLI - PORCELLI, *Introduzione al diritto cinese*, cit., 37-43. È significativo che di tale Codice esista, oltre alle traduzioni in inglese, francese e tedesco, anche una in latino compiuta dal vicario apostolico di una missione cattolica: cfr. C.R. JARRE, *Codex iuris civilis Reipublicae Sinicae*, Tsinanfu 1934.

<sup>30</sup> MI, *Evoluzione storica*, cit., 348-349; SCHIPANI, *Diritto romano in Cina*, cit.; CARDILLI - PORCELLI, *Introduzione al diritto cinese*, cit., 95-97.

<sup>31</sup> GILISSEN, *Diritto cinese*, cit., 9; Cavallieri, *La legge e il rito*, cit., 88-91.

indirette ed in un'ottica penale, sulla compravendita di fondi, sul *dian*, sul matrimonio e sulle successioni), Ufficio dei Riti, Ufficio della Guerra, Ufficio delle Pene ed Ufficio dei Lavori Pubblici<sup>32</sup>.

Il linguaggio del nuovo Codice civile riflette anche un'importante maturazione di quello giuridico cinese formatosi negli anni precedenti. Se, da un lato, come si è da poco detto, la scienza giuridica cinese si era potuta basare su nuovi ideogrammi inventati da quella giapponese per esprimere nozioni, quali diritto civile, diritto soggettivo, persona giuridica, negozio giuridico, diritti reali, beni mobili e immobili<sup>33</sup>, dall'altro, si era mossa in modo autonomo, spesso all'esito di una pluralità di tentativi e soluzioni. Possiamo brevemente ricordare i seguenti esempi.

Obbligazione: nel diritto cinese antico non esisteva una distinzione tra obbligazione (*obligatio*) e responsabilità derivante dal suo inadempimento, in quanto si usavano indifferentemente i termini *zhai* (obbligazione) e *ze* (responsabilità) con una connotazione penalistica di soggezione ad una pena. Ora, attraverso anche la mediazione del giapponese, tali parole transitano nell'ambito civilistico, dando vita ai neologismi *zhaiquan* (obbligazione/diritto di esigerne l'adempimento) e *zeren* (responsabilità), che, come nella tradizione romanistica, esprimono concetti ben separati<sup>34</sup>.

*Receptum nautarum, cauponum et stabulariorum*. Si tratta di una pattuizione con la quale un armatore o il comandante di una nave oppure il titolare di un albergo o di una stazione di cambio si impegnava a custodire e salvaguardare, in modo rigoroso ed assoluto, le merci dei passeggeri o dei clienti. Le traduzioni cinesi sono state varie, a seconda degli aspetti di questo istituto ritenuti più rilevanti: *yue ding* mette in luce la sua natura di *pactum*, *fuze jianyue* il profilo della responsabilità per aver concluso un patto, *chengbao* l'assunzione di un'obbligazione di custodia, con un passaggio dal campo penale a quello civile dei morfemi *cheng* (assumere un obbligo) e *bao* (garantire)<sup>35</sup>.

Anche nel campo dell'educazione giuridica si registra in questi stessi anni un considerevole sviluppo con l'aumento del numero delle Facoltà di Giurisprudenza e dei corsi di diritto romano al loro interno, che in molte diventano obbligatori. I cinque grandi romanisti cinesi dell'epoca, formati anche all'estero, realizzano molti studi e scrivono manuali di diritto romano, destinati all'insegnamento. I loro nomi sono: Huang Youchang, Chen Chaobi, Chen Yun, Yin Shi e Qiu Hanping<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> GILISSEN, *Diritto cinese*, cit., 13-27; W.C. JONES, *Introduction to the Great Qing Code translated into English*, Oxford 1994, 1-28.

<sup>33</sup> CARDILLI - PORCELLI, *Introduzione al diritto cinese*, cit., 33-35.

<sup>34</sup> CARDILLI - PORCELLI, *Introduzione al diritto cinese*, cit., 197-202.

<sup>35</sup> A. PETRUCCI, *Problemi della traduzione in cinese dei testi del titolo D. 4.9. La responsabilità «ex recepto» nel contratto di trasporto in diritto romano e nel diritto civile moderno*, in *Index. Quaderni camerti di studi romanistici*, 24, 1996, 456-457.

<sup>36</sup> MI, *Evoluzione storica*, cit., 351; XU, *L'insegnamento del diritto romano*, cit.; SCHIPANI, *Diritto romano in Cina*, cit.

### 5. *Dall'approvazione del primo Codice civile alla morte di Mao Zedong (1976)*

Se con il Codice civile del 1928-1931 la 'prima ricezione' del diritto romano in Cina ha raggiunto l'apice, non va, tuttavia, dimenticato che la sua conoscenza non era avvenuta direttamente, ma attraverso il filtro e l'intermediazione del diritto e della scienza giuridica di altri Paesi. Le traduzioni cinesi di alcune fonti, come le Istituzioni di Giustiniano, sono compiute non dal testo latino, ma da quello di altre lingue moderne e gli studi dei romanisti cinesi fanno largo uso della letteratura europea in materia e dell'impiego che essa fa dei testi giuridici romani, senza leggerli direttamente e svolgere una loro autonoma interpretazione. Inoltre, la diffusione di questa nuova cultura giuridica interessa soltanto alcune aree della Cina: quelle più sviluppate, più aperte ai traffici commerciali e ai rapporti con gli stranieri, mentre nelle altre continua a seguirsi il diritto tradizionale.

Negli anni successivi fino al 1949, anno della fondazione della Repubblica Popolare, il destino del Codice civile, del diritto romano e degli studi romanistici subisce le vicissitudini, che hanno travagliato la storia cinese contemporanea. Sono vicende assai note, ma che è opportuno riassumere anche qui *à vol d'oiseau*.

Il governo del *Guomindang* perde il controllo di larghe parti del territorio rurale, dove scoppia la rivoluzione promossa dal Partito comunista, che le sottopone alla propria autorità, dando inizio ad un'esperienza che si sarebbe rivelata utile nell'epoca successiva. Tra il 1931 e il 1934 in tali zone, infatti, sono varate leggi sul lavoro, sull'organizzazione economica, sul matrimonio, sulla terra, che seguivano strettamente l'esempio dell'URSS. La Manciuria al Nord è occupata dai Giapponesi, che insediano lo Stato 'fantoccio' del Manzhuguo, esportandovi il proprio ordinamento giuridico. Poi, nel 1937, il Giappone aggredisce ed invade anche le regioni orientali della Cina, dando inizio ad una guerra, che termina solo nel 1945 con la sconfitta dei Nipponici nella Seconda guerra mondiale. Nazionalisti e comunisti cinesi, che avevano sospeso le reciproche ostilità per opporsi in un fronte comune ai Giapponesi, le riprendono fino alla definitiva vittoria dei secondi ed all'instaurazione, il 1° ottobre 1949, della Repubblica Popolare Cinese.

In un tale contesto, non è difficile comprendere come la tradizione romanistica e la nuova scienza del diritto civile che ne derivava non avessero un particolare impatto, restando confinate a limitate zone del Paese, mentre le altre vivevano o secondo esperienze giuridiche diverse (sovietica e giapponese) oppure facevano uso del diritto tradizionale<sup>37</sup>.

La proclamazione della Repubblica Popolare, se ha avuto il merito di riunificare politicamente il Paese (ad eccezione di Hong Kong, Macao, ritornati

<sup>37</sup> CAVALIERI, *La legge e il rito*, cit., 112-114, 118-154; FEI A., *Gli sviluppi storici del diritto cinese dal 1911 fino ad oggi. Lineamenti di una analisi relativa al diritto privato*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 23, 2007, 113-120; SCHIPANI, *Diritto romano in Cina*, cit.

sotto la sovranità cinese solo nel 1997 e 1999 con un'ampia autonomia anche giuridica, e di Taiwan), ha contato, fra i suoi primi atti, quello di abolire i codici e tutte le normative fatte approvare dal governo nazionalista. Cessa così la vigenza del Codice civile, che permane nella sola isola di Taiwan, recuperata dal Giappone nel 1945 e rimasta sotto il controllo del *Guomindang*, e parallelamente si abbandona la formazione giuridica su base romanistica, che ad esso si collegava e che si era sviluppata nei quattro decenni precedenti. L'ordinamento del Paese e l'educazione dei futuri giuristi sono decisamente rivolti verso il modello sovietico, dati i rapporti privilegiati del nuovo regime con l'Unione Sovietica. I piani degli studi di diritto, previsti dal Ministero dell'Educazione Pubblica nel 1951 e 1953, erano appiattiti su tale modello, con insegnamenti impartiti da docenti russi o di formazione russa e manuali tradotti dal russo. Il diritto romano e la tradizione romanistica ne erano però esclusi diversamente da come avveniva nell'URSS<sup>38</sup>.

Infatti, nelle Università sovietiche i corsi di diritto romano, dopo essere stati per un certo tempo aboliti, erano stati reintrodotti come materia obbligatoria da Stalin nel 1944 non solo per l'influenza esercitata dalla dottrina pandettistica tedesca sul modello seguito dal primo Codice civile del 1922, promulgato da Lenin<sup>39</sup>, ma anche e soprattutto per motivi di carattere ideologico, in quanto una più piena conoscenza delle radici del diritto privato borghese avrebbe contribuito a creare strumenti più efficaci per combatterlo.

Dunque, fino alla crisi delle relazioni sino-sovietiche nel 1958, gli studenti cinesi più brillanti, inviati nelle Università russe per ricevere una formazione giuridica, quando erano tornati in patria, avevano acquisito anche una conoscenza del diritto romano, dei suoi concetti e principi attraverso il filtro e l'intermediazione sovietica. Si tratta di un elemento di fondamentale importanza e non di dettaglio, come potrebbe apparentemente sembrare, ed i motivi li vedremo chiaramente da quanto si dirà nel prossimo paragrafo.

Dopo il 1958 la Repubblica Popolare si richiude in se stessa, isolandosi dall'esterno e realizzando un processo di radicale trasformazione interna, culminato nella 'Grande rivoluzione culturale' degli anni 1966-1976, con pesanti riflessi anche nel settore giuridico. È la fase che i Cinesi chiamano del 'nichilismo giuridico', perché in essa è annullato ogni ruolo del diritto e dei giuristi, le Facoltà di Giurisprudenza sono chiuse e tutte le questioni giuridiche trovano una soluzione esclusivamente sul piano ideologico, mediante i pensieri contenuti nel 'libretto rosso' di Mao Zedong ed i principi del marxismo-leninismo. Come è evidente, in questa fase storica si tronca anche ogni nesso fra ordinamento cinese e diritto romano<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> XU, *L'insegnamento del diritto romano nelle Università della Cina*, cit.; SCHIPANI, *Diritto romano in Cina*, cit.

<sup>39</sup> XU, *L'insegnamento del diritto romano*, cit.

<sup>40</sup> Sulle diverse fasi attraversate dall'ordinamento cinese tra la fondazione della Repubblica Popolare e la morte di Mao rinvio a JIANG P., *Il diritto romano nella Repubblica Popolare*

6. *La 'seconda ricezione' del diritto romano in Cina tra fine del XX e prime decadi del XXI secolo*

Dopo la morte di Mao nel 1976 e l'ascesa al potere di Deng Xiaoping, il Governo cinese si è subito attivato per ricostruire un nuovo ordinamento giuridico in grado di permettere una incisiva trasformazione della società e la realizzazione di un'economia 'socialista di mercato' ed in tale nuovo contesto è stato il diritto romano (e non solo la tradizione romanistica) ad assumere un proprio ruolo di rilievo. Vediamo come.

Ancora una volta il punto di partenza iniziale è stato quello di conoscere i più recenti sviluppi della scienza giuridica dei Paesi occidentali, principalmente nel campo del diritto privato, ritenuto, non a caso, il settore più importante per il raggiungimento dei risultati economico-sociali attesi. Come nei primi anni del Novecento, anche adesso le finalità sono state quelle di trarre da ogni sistema, ordinamento e modello le norme che apparissero più utili alle peculiarità della situazione cinese. In una simile prospettiva, l'approccio allo studio del diritto romano cambia, subendo un salto di qualità, in quanto i giuristi cinesi non si sono limitati a riprendere le attività di studio e insegnamento interrotte nel 1949 (importanti romanisti degli anni Trenta e Quaranta, come Chen Chaobi e Zhou Nan, erano comunque sopravvissuti), ma hanno principalmente puntato a conoscerlo in via diretta sulla base delle fonti, senza lenti e intermediazioni della scienza giuridica moderna e degli ordinamenti altrui.

Nel perseguimento di questo obiettivo un peso determinante è stato svolto proprio da uno di quei giuristi, che, come osservato in precedenza, era stato mandato a studiare giurisprudenza a Mosca nei primi anni Cinquanta, dove aveva sostenuto l'esame di diritto romano. Il suo nome è Jiang Ping. Egli, oltre a rivestire importanti ruoli politici (membro della Commissione permanente dell'Assemblea Popolare Nazionale e Vicepresidente della sua Commissione giuridica), è stato professore di diritto civile e di diritto romano (scrivendo anche un manuale di *Principi di diritto romano*, Beijing 1987) e Rettore, dal 1988 al 1990, dell'Università di Scienze Politiche e Giurisprudenza della Cina di Pechino, una delle cinque Università istituite agli inizi degli anni Ottanta con lo specifico compito di formare le nuove leve di giuristi e poste alle dirette dipendenze del Ministero della Giustizia anziché dell'Educazione Pubblica.

In tale qualità, durante la sua visita in Italia nel febbraio del 1989, su invito del CNR in collaborazione con l'Università di Roma Tor Vergata, ha siglato con quest'ultima un accordo grazie al quale, negli anni successivi, è stato possibile per molti giovani ricercatori cinesi venire a studiare sui testi di diritto romano

*Cinese*, in *Index. Quaderni camerti di studi romanistici*, 16, 1988, 367; MI, *Evoluzione storica e caratteristiche del sistema giuridico cinese*, cit., 351; SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, cit., 69; FEI, *Gli sviluppi storici del diritto cinese dal 1911 fino ad oggi*, cit., 120-121; SCHIPANI, *Diritto romano in Cina*, cit.; CARDILLI - PORCELLI, *Introduzione al diritto cinese*, cit., 97-98.

e poi tradurli<sup>41</sup>. Durante il loro soggiorno (protrattosi fra i due e quattro anni e finanziato con risorse soprattutto del CNR) questi giovani sono stati integrati in un gruppo di ricerca, di cui ha fatto parte il sottoscritto fino agli inizi del Duemila, dove sono stati dapprima introdotti alla conoscenza delle fonti e delle basi del latino giuridico e poi seguiti nel lavoro di traduzione, discutendo le complesse problematiche relative alla terminologia ed ai concetti giuridici romanistici.

I risultati che ne sono derivati sono stati soddisfacenti sotto molteplici aspetti<sup>42</sup>. Innanzitutto, le pubblicazioni. Tra il 1991 e il 1999 sono stati editi in Cina, per la prima volta, dodici volumetti di frammenti selezionati del *Corpus iuris civilis* di Giustiniano (tratti soprattutto dai *Digesta* e dal *Codex*) tradotti in cinese (*Corporis iuris civilis fragmenta selecta*, casa editrice CUPL). Contemporaneamente e successivamente sono state pubblicate le traduzioni delle XII Tavole e delle Istituzioni di Gaio (per la prima volta), delle Istituzioni di Giustiniano, del *De republica* e del *De legibus* di Cicerone (tutte direttamente dal latino, senza intermediazione di altre lingue moderne). Si è inoltre avviato – e in parte realizzato – un più ampio ed ambizioso progetto, che ha portato all'edizione in cinese della traduzione di interi libri dei *Digesta* (ad esempio, il sesto sulla rivendicazione della proprietà, il settimo sull'usufrutto, l'ottavo sulle servitù prediali, il diciottesimo sulla compravendita, il quarantottesimo sugli illeciti privati) e di alcuni manuali classici italiani di diritto privato e pubblico romano, quali le *Istituzioni di Diritto Romano* di Pietro Bonfante, le *Lezioni di storia del diritto romano* di Giuseppe Grosso ed il primo volume della monumentale *Storia della costituzione romana* di Francesco De Martino. Ancor più importanti, però, sono state le pubblicazioni di monografie romanistiche e testi per la didattica del diritto romano, scritti dagli studiosi cinesi formati in Italia utilizzando di prima mano i dati delle fonti tradotte<sup>43</sup>.

In secondo luogo, si è messo in atto un ulteriore sforzo per individuare una più precisa terminologia tecnica cinese per i concetti del diritto romano e soprattutto per renderla uniforme, superando le difficoltà che si sono evidenziate negli esempi fatti nel § 4. In tale sforzo si sono rivelati di grande ausilio i risultati già raggiunti dalla scienza giuridica cinese delle prime decadi del XX secolo (nei modi descritti in precedenza) ed il lavoro svolto dal Gabinetto di traduzione giuridica della Regione autonoma di Macao, che, già prima del suo ritorno alla Repubblica Popolare nel 1999, ha realizzato importanti glossari giuridici portoghese-cinese, che vengono ancora periodicamente aggiornati (e

<sup>41</sup> SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, cit., 77-80.

<sup>42</sup> Per un quadro di sintesi cfr. XU, *L'insegnamento del diritto romano nelle Università della Cina*, cit.; SCHIPANI, *Diritto romano in Cina*, cit.

<sup>43</sup> Basta menzionare qui le monografie di Ding Mei sulla responsabilità contrattuale in diritto romano del 1998 (DING MEI, *Luoma fa qiyue zeren*, Beijing 1998) e di Zhang Lihong sui contratti innominati del 2007 (ZHANG LIHONG, *I contratti innominati in diritto romano: impostazione di Labeone e Aristone*, Milano 2007) ed il manuale di diritto privato romano di Huang Feng del 2003 (HUANG FENG, *Luoma sifa daolun*, Beijing 2003).

qui, come è ovvio, un notevole ausilio è dato dalla forte corrispondenza della terminologia giuridica portoghese a quella latina)<sup>44</sup>. Ne è nato così un glossario latino giuridico-cinese, purtroppo solo parzialmente edito in appendice ad alcune delle pubblicazioni citate in precedenza, che andrebbe però rivisto oggi nel suo complesso, prima di pensare a pubblicarlo integralmente.

In terzo luogo, sono stati riattivati o attivati numerosi corsi di diritto romano nelle Università cinesi<sup>45</sup>, insegnati da ricercatori educati principalmente in Italia con il metodo del confronto immediato con le fonti. La maggior parte di loro ha conseguito un dottorato romanistico nel nostro Paese, che gli ha consentito di vincere il concorso di professore dopo il rientro in Cina.

Meritano, dunque, una grande attenzione gli effetti che gli studi post-maioistici di diritto romano hanno esercitato sul rinnovamento attuale dell'ordinamento giuridico cinese. Nonostante l'aiuto da parte italiana, è doveroso sottolineare che non è stato mai operato alcun condizionamento o direccionamento nei confronti dei ricercatori cinesi sui modi di utilizzare il diritto romano appreso dai dati delle fonti. Ci è stata chiesta una collaborazione nel conoscerli e tradurli e questo abbiamo fatto. E, come sempre, la scienza giuridica cinese si è mossa in modo del tutto autonomo e prammatico, prendendo ed utilizzando solo quanto le è sembrato conveniente.

Chiarito ciò, va sottolineato il notevole numero di corrispondenze concettuali e normative tra diritto romano 'puro', diritto romano 'filtrato' dalla tradizione romanistica e dagli ordinamenti moderni e singole leggi della Repubblica Popolare Cinese sul diritto privato patrimoniale, approvate tra gli anni Novanta del Novecento e la prima decade del Duemila (in particolare, quelle sui contratti del 1999<sup>46</sup> e sui diritti reali del 2007<sup>47</sup>), riversate pressoché integralmente nel nuovo Codice civile del 2020, di cui tratteremo nel § 7. Solo per fare qualche esempio: il rilievo riconosciuto alla buona fede (art. 7) e all'equità (art. 6) nelle attività giuridiche, la libertà di concluderle e la posizione paritaria dei soggetti (artt. 4 e 5, in contrapposizione alle direttive dirigistiche derivanti dall'economia pianificata statale), la tipicità dei diritti reali di godimento (artt. 116, 323 ss.), in cui si separa la proprietà dei suoli (necessariamente pubblica) dalla loro utilizzazione o dall'utilizzazione degli edifici costruiti su di essi (consentita anche ai privati)<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> Cito come esempio il *Glossário Jurídico Chinês-Português, Português-Chinês*, pubblicato a Macao nel 2005 dalla *Direcção dos Serviços de Assuntos de Justiça* della Regione amministrativa speciale.

<sup>45</sup> MI, *Evoluzione storica e caratteristiche del sistema giuridico cinese*, cit., 351-352; XU, *L'insegnamento del diritto romano nelle Università della Cina*, cit.

<sup>46</sup> Su cui cfr., per tutti, TOTI, *Diritto cinese dei contratti*, cit., 125-271; S. PORCELLI, *Hetong e contractus. Per una reciproca dell'idea di reciprocità nel dialogo tra diritto cinese e diritto romano*, Torino 2020, 67-100.

<sup>47</sup> Per il commento della quale rinvio ai contributi nel volume *Le nuove leggi cinesi e la codificazione. La legge sui diritti reali*, a cura di S. Schipani e G. Terracina, Roma 2008.

<sup>48</sup> Su tali argomenti si rinvia, oltre al più volte citato CARDILLI - PORCELLI, *Introduzione al diritto cinese*, cit., 153-165, 273-293, agli studi indicati nelle note del prossimo paragrafo.

Un'annotazione conclusiva sul futuro destino del diritto romano in Cina. Una volta approvato il nuovo Codice civile e ricostruito l'ordinamento privatistico del paese, si può ritenere ormai assolta la funzione assegnata al diritto romano negli anni Ottanta del secolo passato e quindi farne a meno? Oppure gli va ancora riconosciuto un ruolo fondamentale nell'educazione e nella *forma mentis* delle giovani generazioni di giuristi? Come è evidente, è un dibattito che caratterizza oggi tutti i Paesi di tradizione romanistica ed i suoi esiti non sono affatto prevedibili: nel caso cinese, bisognerà vedere se continuerà a prevalere la convinzione dell'utilità formativa della conoscenza di questo diritto oppure se verranno ad avere maggiore peso fattori più prammatici (i più determinanti nella Cina contemporanea), per cui lo stesso, con tutto il suo enorme bagaglio di esperienza, sarà sacrificato sull'altare di un diritto più specializzato e collegato all'informatica ed alle nuove tecnologie, slegato da una visione generale ed unitaria dell'ordinamento.

### 7. Il nuovo Codice civile: brevi considerazioni finali

Al termine del nostro rapido *excursus* sui rapporti tra diritto romano, tradizione romanistica e ordinamento cinese non possiamo esimerci da una rapida analisi sul suo punto attuale di arrivo rappresentato dal nuovo Codice civile, che, per quanto recente (è entrato in vigore il 1° gennaio 2021), ha già formato oggetto di numerosi studi in lingua occidentale<sup>49</sup>. In questa sede mi limito, pertanto, ad alcune rapide annotazioni di carattere sistematico nell'ottica dei fondamenti romanistici del diritto privato attuale.

Innanzitutto, va ricordato che l'impianto del Codice risulta articolato in sette libri, di cui il primo costituisce la parte generale, mentre gli altri hanno ad oggetto, nell'ordine, i diritti reali (libro II), i contratti (libro III), i diritti della personalità (libro IV), il matrimonio e la famiglia (libro V), le successioni *mortis causa* (libro VI), la responsabilità per illecito civile (libro VII), per un totale di 1260 articoli. Il lungo percorso della sua realizzazione è segnato da due fattori rilevanti: la decisione di farla precedere dall'emanazione di una pluralità di leggi settoriali, destinate a regolare singole branche dell'ordinamento privatistico (citiamo le leggi sul matrimonio nel 1980, sulle successioni nel 1985, sui contratti tecnologici nel 1987, sulle garanzie delle obbligazioni nel 1995, sui contratti nel 1999, sui diritti reali nel 2007, sulla responsabilità civile nel 2009), e l'approvazione dei Principi generali del diritto civile nel 1986, che hanno rappresentato la prima ossatura dell'odierna Parte generale del Codice.

<sup>49</sup> Mi basta richiamare i numerosi contributi, scritti anche da giuristi cinesi e raccolti nella rivista *Roma e America. Diritto romano comune*, 41, 2020, 31- 301 e 42, 2021, 409-490. Del Codice esiste anche una traduzione in italiano di HUANG M., *Codice civile della Repubblica Popolare Cinese*, Pisa 2021.

Il primo fattore risponde all'esigenza di sperimentare le nuove normative, di volta in volta approvate, perfezionandole prima di procedere all'eventuale inserimento codicistico. È stato un atteggiamento prudente e consono alle trasformazioni dell'economia cinese in un'economia socialista di mercato, ma con risvolti non sempre positivi sul nuovo Codice, come dirò fra breve. Quanto al secondo fattore, i Principi generali del 1986, con i loro 153 articoli, hanno marcato una chiara linea di continuità con la scelta già fatta nel precedente Codice del 1928-31 e con i modelli tedesco, giapponese e sovietico, ma ne hanno ampliato l'ambito, dettando disposizioni anche su proprietà e altri diritti reali, obbligazioni, diritti della personalità (Capitolo V intitolato "diritti civili") e sulla responsabilità civile (Capitolo VI)<sup>50</sup>.

Ciò premesso, il nuovo Codice, e soprattutto la sua Parte generale, è stato concepito dal legislatore e dalla scienza giuridica cinesi come 'un'enciclopedia del diritto privato'<sup>51</sup>, perché destinato a contenere principi applicabili a tutte le sue branche, salvo le disposizioni derogatorie racchiuse nelle leggi speciali. Tale concezione riflette perfettamente l'opzione, avanzata fin dagli inizi del Novecento, di redigere un unico codice, senza una separazione del diritto commerciale, secondo una tendenza ormai prevalsa, non senza contrasti, nelle più recenti codificazioni (NWB olandese del 1970-2011, Codice civile brasiliano del 2002, Codice civile e commerciale della Nazione argentino del 2014)<sup>52</sup>.

Conseguentemente, non sorprende che nella Parte generale del Codice (già dalla sua versione 'provvisoria' del 2017) si trovino anche le norme cardine in materia di persone giuridiche a scopo di lucro (società ed altre imprese con personalità giuridica, artt. 76 ss.), di diritti della personalità (diritti alla libertà personale, dignità umana, vita, integrità del corpo, salute, nome, immagine, reputazione, onore, riservatezza e autonomia coniugale, artt. 109-111), di diritti reali (artt. 114-117) di obbligazioni (artt. 118-122), di proprietà intellettuale (art. 123), di successione (art. 124) e di responsabilità civili (artt. 176 ss.), che sono poi alla base delle disposizioni dei successivi libri del Codice o di leggi speciali, come quelle sulle società commerciali (del 1994 e più volte riformata da ultimo nel 2023) o sulla proprietà intellettuale (leggi sui brevetti del 1984 e sul diritto di autore del 1990, diverse volte emendate in seguito).

Per gli altri libri del Codice vorrei avanzare tre sole osservazioni.

La prima. Si conserva la tradizionale separazione romanistica, nell'ambito del diritto patrimoniale, tra diritti reali disciplinati nel libro secondo e contratti regolati nel terzo, con un ordine sistematico invertito rispetto a quello del

<sup>50</sup> Per un approfondimento di entrambi i fattori cfr. CARDILLI - PORCELLI, *Introduzione al diritto cinese*, cit., 67-111.

<sup>51</sup> Su tale espressione esplicitamente impiegata nella relazione di presentazione del Codice vedasi ancora PORCELLI, *Il Codice civile della Repubblica Popolare Cinese frutto del dialogo tra Cina e diritto romano*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 41, 2020, 266-267.

<sup>52</sup> Sulla scelta cinese di redigere un unico codice fin dagli albori della modernizzazione del suo ordinamento giuridico v. CAVALIERI, *La legge e il rito*, cit., 117-123; CARDILLI - PORCELLI, *Introduzione al diritto cinese*, cit., 91-92.

Codice civile del 1928/31. Si tratta di un allontanamento dal modello del *BGB* tedesco, dove, come è noto, le obbligazioni precedono i diritti reali, mentre si recupera lo schema dei Codici giapponese e sovietico/russo, che hanno adottato gli orientamenti originari della stessa Pandettistica tedesca, dove tanto Savigny nel *Sistema del diritto romano attuale* (edito nel 1840-1849) quanto Puchta nelle sue *Pandette* (del 1844), dopo la parte generale, anticipano i diritti reali, trattando poi le obbligazioni. Questo ordine sistematico, seguito anche dal Codice civile del Regno di Sassonia del 1865, si è modificato in Germania, quando è prevalsa l'idea di von Vangerow (1808-1870), il quale, nel suo libro *Grundriss zu den Pandekten* (ultima edizione 1863-1866), cambia tale ordine, ponendo nella parte speciale prima le obbligazioni e successivamente i diritti reali.

La seconda. In assenza di una parte generale sulle obbligazioni, si nota una cesura tra la collocazione dei contratti e quasi contratti nel terzo libro e la responsabilità da fatto illecito civile nell'ultimo libro, il settimo. Di fronte ai dubbi che suscita tale sistematica circa la volontà di seguire i modelli di *common law*, dove, come è noto, si rompe l'unitarietà della nozione di obbligazione derivata dal diritto romano, può soccorrere l'art. 118, il quale dà una chiara risposta, enunciando che l'obbligazione è il diritto derivante da contratto, fatto illecito, gestione di affari altrui, arricchimento ingiustificato o da altre norme di legge, per cui il titolare di tale diritto può pretendere un determinato comportamento dal debitore<sup>53</sup>. La collocazione in due luoghi così distanti sembrerebbe, quindi, in parte discendere da una visione prettamente punitiva del diritto, tipica della tradizione cinese, in parte dai modi con cui si sono formate progressivamente nel tempo le varie normative (lo abbiamo visto in precedenza) confluite poi, quasi senza modifiche, nel nuovo Codice, e in parte dall'urgenza di redigerlo ed approvarlo nei tempi stabiliti, accantonando gli inevitabili ritardi connessi alla redazione di un libro/parte generale delle obbligazioni, valevole per tutte e fortemente auspicato/a da gran parte della scienza giuridica cinese<sup>54</sup>.

La terza. Colpisce che all'interno del Codice civile vi sia un apposito libro, il quarto, dove sono regolati più dettagliatamente i diritti della personalità rispetto alle brevi affermazioni di principio contenute negli artt. 109-111 della Parte generale, cui abbiamo da poco accennato. La scelta del legislatore cinese di dedicare un libro a tale materia è presentata come una grande innovazione,

<sup>53</sup> Il suo testo, nella menzionata traduzione italiana di HUANG, *Codice civile della Repubblica Popolare Cinese*, cit., 27, è la seguente: "I soggetti di diritto sono titolari di diritti di obbligazione in conformità alla legge. Il diritto di obbligazione è il diritto in base al quale il titolare può pretendere che il debitore compia o non compia determinati atti e deriva da contratti, fatti illeciti, gestione degli affari altrui, arricchimento senza causa e altre disposizioni di legge".

<sup>54</sup> Su tali argomenti esiste una ricca bibliografia in lingua cinese. Per una prima trattazione in italiano rinvio a CARDILLI - PORCELLI, *Introduzione al diritto cinese*, cit., 108-110, e FEI A., *Elaborazione e caratteristiche del Codice civile cinese*, in *Roma e America*, 41, cit., 139-140, con altra bibliografia.

per segnare la centralità della persona in una codificazione civile<sup>55</sup>, dove usualmente, se prendiamo ad esempio il Codice italiano, incontriamo solo pochi articoli sulla tutela dell'integrità fisica della persona, del nome e dell'immagine (artt. 5-10). Si tratta di un'innovazione meritevole di riflessione da parte dei giuristi occidentali, non solo perché rappresenta una controtendenza rispetto al riconoscimento dei diritti fondamentali, inteso attualmente come una prerogativa pressoché esclusiva delle Carte costituzionali, ma anche perché si recupera in un certo senso lo spirito originario del Codice civile, espresso da quello napoleonico del 1804, dove trovano affermazione i valori di libertà ed uguaglianza frutto della Rivoluzione francese. Ma su questo punto mi riservo di ritornare in altra sede.

<sup>55</sup> V., per tutti, WANG L., *Il Libro del Codice civile cinese sui diritti della personalità. Punti salienti e innovazioni*, in *Roma e America*, 41, cit., 73-92; CARDILLI - PORCELLI, *Introduzione al diritto cinese*, cit., 105-106.

*Abstract* [Ita]

Il presente contributo intende riproporre alcune tappe dei bimillenni contatti tra diritto romano, tradizione romanistica e ordinamento privatistico cinese, soffermandosi sulle ragioni del forte impatto esercitato dalla prima nella Cina imperiale dopo la metà del XIX secolo e cogliendone i successivi sviluppi intercorsi con la fondazione, prima, della Repubblica di Cina e, poi, della Repubblica Popolare Cinese, per arrivare, infine, alla situazione determinatasi nelle ultime due decadi del XX secolo e nelle prime due del XXI, segnata dall'approvazione, nel 2020, del nuovo Codice civile.

*Parole chiave:* Diritto romano; tradizione romanistica; diritto cinese tradizionale; ordinamento privatistico cinese attuale; Codice civile cinese.

*Abstract* [Eng]

This contribution intends to deal with some of the stages of the bimillenary contacts between Roman law, the Roman law tradition and Chinese private law, focusing on the reasons for the strong impact exerted by the former in imperial China after the mid-19th century and discussing the subsequent developments that took place with the founding, first, of the Republic of China and, then, of the People's Republic of China, to arrive, finally, at the situation existing in the last two decades of the 20th century and in the first two decades of the 21st century, marked by the approval, in 2020, of the new Civil Code.

*Keywords:* Roman law; Roman law tradition; Chinese traditional law; actual Chinese private legal system; Chinese civil Code.

