

INTRODUZIONE

Tra i dogmi che tradizionalmente edificano la certezza del diritto privato v'è quello legato alla categoria della capacità di agire, elevata, nell'ambito problematico della dinamica giuridica, a criterio di demarcazione del prima e del dopo, del momento (anagrafico) in cui il soggetto è escluso dall'attività giuridica e di quello in cui ne diviene partecipe.

Al dogma si accompagna una lettura "in negativo" della capacità, ritenendo il soggetto minore di età totalmente incapace di agire, fatte salve le specifiche previsioni di legge.

Tale schema si adatta senz'altro all'impianto originario del codice civile e alla sua impronta liberale.

La lettura costituzionalmente orientata ha, poi, consentito soltanto, e comunque con voce non unanime, di relegare l'assioma prevalentemente all'attività patrimoniale del soggetto minorenni, alla sua attività contrattuale, consegnando, invece, ad altri criteri – radicati, appunto, nei principi costituzionali e capaci di cogliere l'identità individuale – l'esercizio dei diritti della personalità.

Ma l'edificazione di una nuova assiologia del diritto minorile, realizzata da fonti multilivello feconde di principi e di regole e inserita nelle trame della narrazione dei diritti fondamentali, ha introdotto nel circuito del nostro ordinamento significati che implicano, necessariamente, il ripensamento della teoria della capacità del soggetto, specialmente con riguardo all'attività contrattuale.

L'interprete si trova al cospetto di un notevole impatto di carattere sistematico, che reclama il ricollocamento di categorie e regole. Il quale si dispiega all'insegna di un'attività maieutica, che scorge nella capacità di discernimento, nel diritto di ascolto che essa genera e nell'ordine di senso del *best interest of the child* nel quale l'una e l'altro si innestano, i referenti normativi della riorganizzazione dei significati.

Rispetto all'attività contrattuale del soggetto infradiciottenne si giunge, allora, al superamento della rigidità della distinzione tra ordinaria e

straordinaria amministrazione da un lato, e atti minuti della vita quotidiana dall'altro, come possibile discriminazione dell'autonomia del minore. Contestualmente si approda a una categoria flessibile e porosa, quella degli atti identitari della vita corrente, rispetto ai quali non può non riconoscersi la capacità del minore di determinarsi autonomamente e direttamente.

Atti che, per la loro conformazione, esprimono pure il superamento dell'altrettanto rigida differenziazione categoriale tra atti personali e atti patrimoniali, essendo compresenti in essi l'una e l'altra dimensione in rapporto di stretta interfunzionalità. Profilo, questo, che è osservabile anche in talune rilevanti espressioni delle discipline eurounitarie in materia di protezione e trattamento dei dati personali e di contratti di fornitura di contenuti o servizi digitali, in cui è particolarmente evidente l'inevitabile eccedenza della capacità di agire del minore dall'ambito strettamente personale.

In questi termini, si attua la posizione della capacità di agire del "grande" minore a servizio dell'identità. Con l'ulteriore inferenza che pure la categoria dell'atto di disposizione si ammanta di flessibilità sganciandosi dalla logica dominicale alla quale è tradizionalmente legata.

Prende evidenza, in definitiva, la fragilità dell'impostazione che, con riguardo all'attività del minore, scinde rigorosamente l'esercizio dei diritti personali dall'esercizio dei diritti patrimoniali, ammettendo l'autodeterminazione soltanto con riguardo al primo ambito.

Ma l'autonomia decisionale del minore munito della capacità di discernimento, e perciò titolare del diritto all'ascolto, va razionalmente riconosciuta anche oltre gli atti identitari della vita corrente, nel momento in cui l'atto risulta conforme al suo migliore interesse, identificato, autenticamente, dal minore contraente.

In sostanza, per effetto dell'assetto assiologico dell'attuale diritto privato minorile e dell'affermazione di nuove categorie che lo presiedono, vanno riposizionati i significati delle regole sul contratto del minore, sull'annullabilità dello stesso, sul sistema delle autorizzazioni dell'attività dei suoi rappresentanti legali e sul ruolo assunto da questi ultimi.

Il risultato che si trae è che la capacità di discernimento funge da categoria di specificazione della capacità di agire del minore, elevando il *best interest of the child* a congegno definitivo della stabilità degli effetti del contratto. E ciò non soltanto per gli atti inequivocabilmente identitari, quelli della vita corrente in cui il minore con discernimento, per mezzo dell'atto, afferma la propria identità; ma pure per ogni altro contratto che il minore "grande" dovesse riconoscere conforme al proprio migliore

interesse, fermo restando il controllo, in funzione di protezione, del suo rappresentante legale o, se necessario, del giudice.

La sistemazione e la verifica rigorosa di queste intuizioni esigono un'analisi volta a ricostruire il rapporto tra capacità di agire, capacità di discernimento e capacità contrattuale attingendo dal sistema, in una prospettiva capace di disporre l'ordinamento alla complessità sociale e sensibile agli impulsi promananti specialmente dall'Unione europea e dalle soluzioni poste da altri ordinamenti. L'obiettivo è giungere a tracciare le coordinate di una nuova sistematica dell'autodeterminazione e dell'autonomia del soggetto minore di età, ordinata dal principio della tutela prevalente del migliore interesse del minore e indirizzata da un criterio di gradualità.

CAPITOLO I

CAPACITÀ DI AGIRE, CAPACITÀ DI DISCERNIMENTO, CAPACITÀ CONTRATTUALE

SOMMARIO: 1. L'ermeneutica della capacità del soggetto non ancora maggiorenne: dalla rigidità del dogma in funzione protettiva alla flessibilità di una categoria identitaria in funzione partecipativa. – 2. L'autonomia patrimoniale, materiale e negoziale, del minore di età nell'ambito degli atti non pregiudizievoli. – 3. La complessità ordinamentale e sociale nel cui contesto si consuma la rigidità del dogma dell'incapacità contrattuale del minore. – 4. *Segue. Ratio* normativa, diritto positivo e realtà del mercato del consumo minorile. La necessità di consegnare il problema a categorie e criteri dotati di flessibilità. – 5. La soluzione francese. – 6. Uno sguardo ad altre soluzioni europee. – 7. I referenti normativi del percorso ricostruttivo dei significati della capacità contrattuale del minore di età. L'ambito operativo del diritto all'ascolto. – 8. Il mutamento di paradigma: la capacità di discernimento come categoria espressiva della capacità di agire e criterio di definizione della capacità contrattuale. – 9. Trattamento e "disponibilità" dei dati personali: il necessario radicamento della capacità contrattuale nella circolarità inter-funzionale tra dimensione personale e dimensione patrimoniale.

1. *L'ermeneutica della capacità del soggetto non ancora maggiorenne: dalla rigidità del dogma in funzione protettiva alla flessibilità di una categoria identitaria in funzione partecipativa*

La teoria del diritto soggettivo articola il discorso intorno ai due momenti della *titolarità* e dell'*esercizio*, individuando presupposti e procedure che presidiano il perfezionamento della prima nonché gli strumenti che consentono la realizzazione del secondo; ma pure le situazioni in presenza delle quali si attivano i congegni formali preposti a rendere comunque possibile la necessaria congiunzione tra l'uno e l'altro momento¹. Invero, come sintetizzano illustri pagine della nostra tradizione

¹Vasta è la letteratura sull'argomento; ci limitiamo ad alcuni riferimenti: W. CESARINI-SFORZA, voce *Diritto soggettivo*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1965, p. 694 ss.; P.G.

scientifico, «l'ordine giuridico, in considerazione di talune circostanze dalle quali si può normalmente desumere la mancanza totale o parziale di discernimento o di senso di responsabilità nel soggetto, pone dei limiti all'esercizio dei diritti; sicché, mentre da un punto di vista extragiuridico, la titolarità implicherebbe da sola il potere di disporre di un diritto, per l'ordine giuridico occorre anche la capacità di agire, la quale viene assunta come presupposto essenziale di ogni valida disposizione giuridica»².

Il dogma è in tal modo scolpito lasciando esposte delle spigolature che nell'evoluzione del sistema troveranno potenziamento in principi e regole³, mettendo l'interprete nelle condizioni di poter attivare i meccanismi di resilienza dell'ordinamento⁴. Ci si riferisce, evidentemente, al *discernimento*, al quale il Maestro riconduce la ragione del limite della capacità di agire; sì che, nel momento in cui il legislatore contemporaneo lo eleva a contenuto di un altro *tipo* di capacità, generatrice di diritti in capo a chi la matura, consente di superare il presupposto meramente anagrafico della capacità di agire e di restituire al titolare del diritto il potere di esercitarlo, senz'altro per quanto concerne i diritti soggettivi personali, ma pure, nei termini che andremo a precisare, per quelli di carattere patrimoniale.

E qui, percorrendo la storia del pensiero giuridico fino ai nostri giorni, ci si imbatte in altre pagine della letteratura, le quali, argomentando sull'impatto sistematico e sistemico del principio del *best interest of the child*⁵, concludono constatando che «giudicare nell'interesse del minore lascia aperto un altro dilemma, del quale non si parla apertamente quasi mai, forse perché in tempi di accento fortemente posto sugli aspetti personali, invece che su quelli patrimoniali, parlare di questi ultimi potrebbe sembrare "politicamente scorretto": quale peso dare al benessere pa-

MONATERI, voce *Diritto soggettivo*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VI, Torino, 1990, p. 411 ss.; G. ALPA, M. GRAZIADEI, A. GUARNIERI, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. SACCO, *Il diritto soggettivo*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Torino, 2001, *passim*; E. RUSSO, *Il concetto di diritto soggettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, Supplemento annuale di studi e ricerche, p. 1 ss.

² S. PUGLIATTI, *L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*, in *Diritto civile. Metodo-Teoria-Pratica. Saggi*, Milano, 1951, p. 6.

³ Sulla validità operativa di questa distinzione v. R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, p. 9 s.

⁴ Cfr. N. LUHMANN, *L'autoriproduzione del diritto e i suoi limiti*, in *Pol. dir.*, 1987, p. 46 ss.; A.C. JEMOLO, *I concetti giuridici*, in N. IRTI (a cura di), *La polemica sui concetti giuridici*, Milano, 2004, p. 21 ss.

⁵ Su tale impatto si veda, tra gli altri, M.R. MARELLA, *Fra pulsioni protettive e rigurgiti proprietari. I molti pasticci del ddl Pillon*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2019, p. 109.

trimoniale e alla sicurezza materiale di vita del minore, rispetto agli altri aspetti di cui tener conto». E così, dinanzi all'«affermazione ricorrente che l'aspetto patrimoniale non rilevi», l'Autore dubita «assai che ciò corrisponda pienamente a verità», ritenendo che «faccia invece parte di quei criteri di valutazione che non possono essere enunciati, perché giudicati moralmente inaccoglibili, ma che nei fatti mantengono tuttora un peso, pur solo sotterraneamente»⁶.

Ebbene, il momento di vita della minore età, anche per quanto concerne codesta dimensione (patrimoniale) del *best interest*, è dominato da impalcature dogmatiche oggi sottoposte a condizionamenti conformanti, che le approntano a un "nuovo" dover-essere giuridico. Ed è proprio il momento dell'esercizio dei propri diritti ad essere interessato da tale sollecitazione, consegnandosi ai percorsi ricostruttivi della giurisprudenza teorica e pratica volti a ri-definire, nella sua storicità, l'ordine giuridico, senza soluzione di continuità.

Ora, la rigidità formale del confine che separa il momento statico da quello dinamico del diritto soggettivo, segnata dalla categoria della capacità d'agire (art. 2 c.c.)⁷ – intesa, appunto, come *possibilità* del soggetto di affermare e far valere i propri interessi⁸ – è stata, per molti aspetti, mitigata già dallo stesso legislatore, conoscendo talune soluzioni, la cui vocazione all'ordine generale è oggi ampiamente condivisa dalla scienza

⁶L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 111.

⁷Fondamentale, in proposito, è quanto osserva F.D. BUSNELLI, *Il diritto delle persone*, in *I cinquant'anni del Codice civile. Atti del convegno di Milano 4-6 giugno 1992*, I, Milano, 1993, p. 99 ss., ora anche in *Persona e famiglia. Scritti di Francesco D. Busnelli*, Pisa, 2017, p. 21, ove, analizzando il passaggio dall'impianto normativo del vecchio codice a quello del codice del '42, scrive che «se il negozio è l'espressione di quanto, nell'attività dell'uomo, è rilevante in forma giuridica qualificata, senza distinzione di concreti settori di riferimento, l'incapacità legale di agire è l'impossibilità di una qualsiasi attività giuridica qualificata». Sulla funzione della capacità di agire, con specifico riguardo alla minore età, si veda, in particolare, P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, con la prefazione di R. PANE, rist. dell'edizione del 1975, Napoli, 2018, *passim*; F.D. BUSNELLI, *Capacità ed incapacità di agire del minore*, in *Dir. fam.*, 1982, p. 61 ss.; F. GIARDINA, *La condizione giuridica del minore*, Napoli, 1984, *passim*; G. PALMERI, *Diritti senza poteri. La condizione giuridica dei minori*, Napoli, 1994, *passim*; L. TAFARO, *L'età per l'attività*, Napoli, 2003, p. 36 ss.; G. ALPA, *I contratti del minore. Appunti di diritto comparato*, in *I Contratti*, 2004, p. 520 ss.; M. CINQUE, *Il minore contraente. Contesti e limiti della capacità*, Padova, 2007, *passim*; G. CAPILLI, *La capacità negoziale dei minori. Analisi comparata e prospettive di riforma*, Torino, 2012, p. 12 ss.; N. IRTI, *Significato giuridico dell'effettività*, Napoli, 2009, p. 13 ss.

⁸A. FALZEA, voce *Capacità (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 16.

giuridica per effetto anzitutto dell'interazione ermeneutica di *regole, principi, fatti*⁹. Ed è pur sempre all'insegna di questo "linguaggio" dialogico che pare possibile approdare a significati ulteriori, anche nell'ambito più strettamente dominato dalla categoria appena evocata, vale a dire quello dei rapporti patrimoniali¹⁰.

Un percorso ricostruttivo, questo, che pare potersi intraprendere tenendo fermo il dogma, ma agendo sullo stesso in chiave ermeneutica, specie sulle angolature flessibili dei suoi significati, facendolo così evolvere e con esso il sistema nel suo complesso.

Segnatamente, quanto alla categoria della capacità di agire, si è già ritenuto che, trattandosi dell'«attitudine, normativamente riconosciuta, a cooperare al processo di produzione delle fattispecie giuridiche»¹¹, non possa ammettersi una nozione generale della stessa, valida per ogni attività. La constatazione è «che il nostro codice contiene alcune disposizioni di legge le quali regolano in modo apparentemente generale ed assoluto la capacità di agire dei soggetti, ma in effetti si tratta di norme che si riferiscono soltanto a una categoria di atti giuridici, e da essa non si può dedurre una nozione unica che dovrebbe essere identicamente configurata per ogni possibile attività giuridicamente qualificabile»¹².

L'adattamento del significato della categoria alla specifica attività comporta, allora, che con riguardo all'infradiciotenne, la sua rappresentazione tradizionale quale soggetto "totalmente incapace di agire"¹³ (fat-

⁹ Si rinvia, in particolare, a H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, traduzione e apparati di G. VATTIMO, introduzione di G. REALE, VI ed., Milano, 2016, p. 715 ss. V. inoltre L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, *passim*; G. BERTI, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 467; F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, IX ed., Roma-Bari, 2016, *passim*; P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2018, p. 72 ss.; ID., *Pluralità delle fonti del diritto e attuazione della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, p. 773 ss.; G. BENEDETTI, *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*, Bologna, 2020, *passim*.

¹⁰ Cfr. P. ZATTI, *Rapporto educativo e intervento del giudice*, in M. DE CRISTOFARO, A. BELVEDERE (a cura di), *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, Milano, 1980, p. 254 s.

¹¹ A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, p. 154.

¹² A. FALZEA, *op. ult. cit.*, p. 155.

¹³ Si veda il quadro storico e ideologico in cui tale concezione prende forma, ben tratteggiato da F. GIARDINA, *La condizione giuridica del minore*, cit., p. 5 ss., spec. p. 49 ss. V. inoltre F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. I, IX ed., Milano, 1957, p. 236; S. PUGLIATTI, *L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*, cit., pp. 5-7. Anche nella letteratura più recente il minore viene collocato tra gli "incapaci

te salve le eccezioni di legge) – privato, cioè, del diritto di realizzare *direttamente* i suoi interessi giuridicamente protetti – deve ritenersi superata, e con essa la distinzione tra «stati naturali e stati arbitrari della persona»¹⁴; sì che l'art. 2 c.c. si dispone, ancor più nel tempo attuale, a una lettura “in positivo”, nel senso di ravvisare nel compimento del diciottesimo anno di età il momento a partire dal quale il soggetto acquisisce la *pienezza* del potere di autodeterminazione, di «compiere *tutti* gli atti»¹⁵, senza con ciò escludere che prima di questo fatto, strettamente anagrafico, egli possa compiere alcun atto a causa della sua incapacità¹⁶.

In sostanza, dinanzi alla rigidità del dogma che segna con l'età il prima e il dopo del valido agire individuale, si concorda con la dottrina d'oltralpe nel dire che «*hier incontestée, l'incapacité du mineur fait aujourd'hui figure (...) d'institution archaïque méconnaissant les droits du mineur*»¹⁷.

La distanza dalla rappresentazione del minore come soggetto totalmente incapace di agire è via via segnata dalle revisioni di senso e di significato condotte, principalmente, per mezzo di un'attività di adeguamento delle regole ai principi¹⁸ espressi dalla Costituzione, dalla Carta

assoluti”: v. P.M. PUTTI, *L'annullabilità*, in *Diritto civile*, diretto da N. LIPARI, P. RESCIGNO, coordinato da A. ZOPPINI, III, *Obbligazioni*, II, *Il contratto in generale*, Milano, 2009, p. 1019.

¹⁴ F. GIARDINA, *op. ult. cit.*, p. 33 ss.

¹⁵ È chiaro, in tal senso, il Codice spagnolo ove sancisce che «*El mayor de edad es capaz para todos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código*» (art. 322).

¹⁶ Cfr. A. FALZEA, voce *Capacità (teoria gen.)*, cit., p. 24; G.B. FERRI, *Capacità e oggetto del negozio giuridico: due temi meritevoli di ulteriori riflessioni*, in *Quadrimestre*, 1989, p. 2. Pienamente condivisibile è la lettura condotta da S. PATTI, *Il consenso dell'interessato al trattamento dei dati personali*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, p. 458, ove osserva che «il comma primo dell'art. 2 c.c., affermando che si acquista con la maggiore età la capacità di compiere tutti gli atti per i quali *non sia stabilita* un'età diversa, non contiene un mero rinvio alla legge scritta ma sembra piuttosto collegarsi alla norma effettivamente vigente nell'ordinamento».

¹⁷ F. TERRÉ, C. GOLDIE-GENICON, D. FENOUILLET, *Droit civil. La famille*, IX éd., Dalloz, Paris, 2018, p. 927.

¹⁸ Particolarmente efficace, in questa prospettiva di metodo, è la definizione del diritto come «insieme indissolubile di principi e di regole», così P. PERLINGIERI, *Interpretazione ed evoluzione dell'ordinamento*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, p. 161. L'urgente necessità di operare questo adeguamento nei vari settori del diritto privato, specialmente in quello riguardante il diritto delle persone e della famiglia, è ben argomentata da F. RUSCELLO, *Garanzie fondamentali della persona e ascolto del minore*, in *Famiglia*, 2002, p. 954 ss.; V. SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio «personalista» in Italia e nell'Unione europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 145 ss.; F.D. BUSNELLI, *Il*

dei diritti fondamentali UE, dalla Convenzione EDU, ma pure dalle fonti internazionali più strettamente dedicate al minore, vale a dire la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 (ratificata dall'Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176)¹⁹ e la Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei minori del 25 gennaio 1996 (ratificata dall'Italia con l. 20 marzo 2003, n. 77)²⁰.

Le trame assiologiche discendenti da tale sistema di fonti conformano il ruolo del soggetto infradiciottenne nelle relazioni familiari e sociali e pongono i fondamentali di una nuova considerazione della minore età all'insegna del passaggio dall'ordine di senso *protettivo* a quello *partecipativo*²¹, trovando la loro sintesi funzionale nel *best interest of the child*, elevato a criterio politico, relazionale e valutativo dello statuto giuridico della minore età²².

diritto di famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1472 ss.; F. GIARDINA, "Morte" della potestà e "capacità" del figlio, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1611 ss. Sul tema e sul metodo dell'adeguamento delle regole ai principi v. inoltre C. CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017, p. 22 ss.; E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017, p. 3 ss.; G. D'AMICO, *Principi costituzionali e clausole generali: problemi (e limiti) nella loro applicazione nel diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in G. D'AMICO (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, presentazione di P. GROSSI, Milano, 2017, p. 49 ss.; P. PERLINGIERI, *Interpretazione e controllo di conformità alla Costituzione*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 593 ss.; N. RIZZO, *Note minime sull'uso dei principi costituzionali nel diritto dei contratti, rileggendo Dworkin e Hart*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 912 ss.

¹⁹ Giustamente definita come la *Grundnorm* della materia minorile, «oltre che per la sua specificità, anche per il valore vincolante delle norme poste a carico degli Stati che l'hanno ratificata», così M. DI MASI, *L'interesse del minore. Il principio e la clausola generale*, Napoli, 2020, p. 87.

²⁰ Per un'analisi sociologica della questione dei diritti del minore, si rinvia a P. RONFANI, *I diritti del minore. Cultura giuridica e rappresentazioni sociali*, Milano, 2001, *passim*. V., inoltre, C. FOCARELLI, *La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di "best interests of the child"*, in *Riv. dir. int.*, 2010, p. 981 ss.; F. SCAGLIONE, *Ascolto, capacità e legittimazione del minore*, in *Dir. fam.*, 2014, pp. 426-428; M. DOGLIOTTI, *Capacità, incapacità, diritti degli incapaci. Le misure di protezione*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, già diretto da L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, V. ROPPO, F. ANELLI, Milano, 2019, p. 82 ss.

²¹ Cfr. D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 154.

²² Sui profili funzionali del principio della tutela del migliore interesse del minore si veda M.L. QUADRATO, *Il minore tra interessi e diritti. Una lettura comparata*, Bari, 1995; G. FERRANDO, *Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali*, in *Pol. dir.*, 1998, p. 167 ss.; E. QUADRI, *L'interesse del minore nel sistema della legge civile*, in

Più propriamente, dalla inter-comunicazione delle fonti multilivello, il minore è tratteggiato come un soggetto, la realizzazione dei cui diritti soggettivi, che costituiscono «la sfera giuridica su cui egli esercita il suo dominio»²³, è presidiata da principi *specifici*, edificanti l'ordine giuridico minorile contemporaneo: *i*) considerazione preminente del migliore interesse del fanciullo in tutte le decisioni che lo riguardano; *ii*) diritto del minore, munito della capacità di discernimento, di esprimere liberamente la propria opinione sulle questioni che lo interessano; *iii*) necessaria considerazione dell'opinione così espressa, tenendo conto dell'età e del grado di maturità dell'interessato; *iv*) diritto del minore di essere ascoltato in tutte le questioni che lo riguardano.

Ne è uscita, così, l'immagine dell'*enfant-roi*²⁴, la cui inferenza è l'in-

Fam. dir., 1999, p. 80 ss.; E. LA ROSA, *Tutela dei minori e contesti familiari. Contributo allo studio per uno statuto dei diritti dei minori*, Milano, 2005, p. 5 ss.; M. BIANCA, *L'uguaglianza dello stato giuridico dei figli nella recente legge n. 219 del 2012*, in *Giust. civ.*, 2013, II, p. 205 ss.; E. MOSCATI, *Il minore nel diritto privato, da soggetto da proteggere a persona da valorizzare (contributo allo studio dell'interesse del minore)*, in *Dir. fam.*, 2014, p. 1141 ss.; G. SICCHIERO, *La nozione di interesse del minore*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 72 ss.; L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., p. 86 ss.; F. GIARDINA, *L'interesse del minore: gli aspetti identitari*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 159 ss.; E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, prefazione di L. POMODORO, Milano, 2016, p. 64 ss.; G. RECINTO, *Il superiore interesse del minore tra prospettive interne "adultocentriche" e scelte apparentemente "minorecentriche" della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Foro it.*, I, 2017, c. 3669 ss.; G. CORAPI, *La tutela dell'interesse superiore del minore*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, p. 777 ss.; V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 405 ss.; M.R. MARELLA, *Fra status e identità. L'interesse del minore e la costruzione della genitorialità*, in AA.VV., *Liber Amicorum Pietro Rescigno in occasione del novantesimo compleanno*, Napoli, 2018, p. 1213 ss.; F. VIOLA, *Nell'interesse del minore: la tutela giuridica tra sfide vecchie e nuove*, Relazione al convegno internazionale "Prendiamoci cura di me. Servizi, scuole, famiglie per la tutela dei minori", Rimini, 9-10 novembre 2018; S. SONELLI, *L'interesse superiore del minore. Ulteriori «tessere» per la ricostruzione di una nozione poliedrica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 1373 ss.; G. BALLARANI, *La responsabilità genitoriale e l'interesse del minore (tra norme e principi)*, in P. PERLINGIERI, S. GIOVA (a cura di), *Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità*, Napoli, 2019, p. 318 ss.; E. BILOTTI, *Diritti e interesse del minore*, in R. SENIGAGLIA (a cura di), *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile*, Pisa, 2019, p. 34 ss.; A.C. DI LANDRO, *Best interest of the Child e tutela dei minori nel dialogo tra legislazione e giurisprudenza*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, p. 451 ss.; M. DI MASI, *L'interesse del minore. Il principio e la clausola generale*, cit., *passim*.

²³ S. PUGLIATTI, *L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*, cit., p. 4.

²⁴ Così F. TERRÉ, C. GOLDIE-GENICON, D. FENOUILLET, *Droit civil. La famille*, cit., p. 348.

versione della prospettiva da assumere nei relativi processi decisionali, esigendo la loro articolazione dal *punto di vista* del minore e non più dell'adulto, al quale, in passato, il primo era considerato sottomesso. Di qui la necessità di realizzare *effettivamente* il superiore (*recte* migliore) interesse del minore espresso dai suoi diritti fondamentali, per loro natura "insaziabili"²⁵, in tutti gli ambiti di vita che lo riguardano, ivi compresa la sua aspirazione all'autonomia, anche patrimoniale. Una necessità, questa, che è via via penetrata nelle regole interne²⁶ sino a trovare la sua espressione, a elevato impatto sistematico e valore simbolico, nei contenuti della disposizione codicistica (art. 315 *bis* c.c.) – introdotta dalla riforma del diritto della filiazione del 2012²⁷ – che elenca i diritti e i doveri del figlio in una prospettiva di senso non più di *potere/soggezione* ma di *cura/partecipazione*²⁸.

²⁵ Su tale carattere si rinvia, in particolare, ad A. PINTORE *Diritti insaziabili*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. VITALE, Roma-Bari, 2008, p. 179 ss.; L. ANTONINI (a cura di), *Il traffico dei diritti insaziabili*, Catania, 2008, *passim*.

²⁶ V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, cit., p. 418, evidenzia il carattere *incisivo* del superiore interesse del minore, nel senso che esso esplica una funzione «che potrebbe dirsi *integrativa* o più propriamente *adeguatrice* e *correttiva* del principio di legalità, in quanto diretta a temperare la rigidità di talune norme e principi propri del diritto minorile o del diritto di famiglia o determinarne, se necessario, la disapplicazione». Su questo impatto ordinamentale del principio si veda inoltre L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., p. 87.

²⁷ Ci sia consentito rinviare, in proposito, al nostro *Status filiationis e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, Napoli, 2013, *passim*. Si veda anche U. SALANITRO, *La riforma della filiazione dopo l'esercizio della delega*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 540 ss.

²⁸ Una prospettiva, questa, già messa in luce, in tempi diversamente attrezzati in termini assiologici, da F. GIARDINA, *La condizione giuridica del minore*, cit., p. 64. L'a., alla luce dei significati introdotti dalla riforma del diritto di famiglia del 1975, giunge a ritenere essersi attuata una modificazione della condizione giuridica del minore nella famiglia nel senso non più di soggezione ma di protezione «che, col maturare del soggetto, tende a divenire partecipazione alla vita del nucleo familiare». Su tale lettura del mutamento del rapporto v., anche, P. RONFANI, *Dal bambino protetto al bambino partecipante. Alcune riflessioni sull'attuazione dei "nuovi" diritti dei minori*, in *Soc. dir.*, 2001, p. 77 ss.; G. BALLARANI, *La capacità autodeterminativa del minore nelle situazioni esistenziali*, Milano, 2008, p. 45 ss.; F. RUSCELLO, *Potestà dei genitori versus responsibility*, in www.comparazioneDirittocivile.it, 2012, p. 2, il quale, in questa stessa prospettiva, vede nella figura del figlio minore non più un soggetto che subisce l'azione dei genitori bensì un ruolo di attore protagonista di una comune esperienza di vita; G.F. BASINI, *I diritti-doveri dei genitori e dei figli*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da G. BONILINI, vol. IV, *La filiazione e l'adozione*, Torino, 2016, p. 4045 ss.; A. GORGONI, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Padova, 2017, p. 104 ss.; M. TAMPONI, *Del convivere. La società postfamiliare*, Milano, 2019, p. 259.

Muovendo da questi fondamentali, i più recenti percorsi ermeneutici volti a definire lo spazio di autodeterminazione del minore sono giunti, per quanto concerne l'esercizio dei diritti di carattere personale²⁹, a intendere le fattispecie *tipiche* di autonomia decisionale del minore³⁰ non in termini di regole *eccezionali*³¹ bensì di espressioni specifiche di quanto riconosciuto e garantito all'uomo (in quanto tale) dall'art. 2 Cost., ovvero, nella dinamica giuridica, della «piena capacità di ogni soggetto di esercitare i propri diritti personali appena abbia acquisito una sufficiente maturità di giudizio»³².

In sostanza, atteso che per i diritti personali *titolarità* ed *esercizio* sono strutturalmente inseparabili – tant'è che sono insuscettibili di rappresentanza³³ – non può che competere *soltanto* al minore capace di discernimento la loro realizzazione³⁴, la quale si attua, stabilmente, nello svol-

²⁹ Su questi aspetti (personali) si concentra anche il recente lavoro di M. DI MASI, *L'interesse del minore. Il principio e la clausola generale*, cit., *passim*.

³⁰ Una rassegna di queste ipotesi in P. VERCELLONE, *Gli aspetti personali della potestà dei genitori*, in G. COLLURA, L. LENTI, M. MANTOVANI (a cura di), *Filiazione*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. ZATTI, vol. II, II ed., Milano, 2012, p. 1245 ss.; M. PICCINNI, *I minori di età*, in C.M. MAZZONI, M. PICCINNI, *La persona fisica*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Tratt. dir. priv.*, Milano, 2016, p. 404 ss.; A.C. MORO, *Manuale di diritto minorile*, a cura di M. DOSSETTI, C. MORETTI, M. MORETTI, P. MOROZZO DELLA ROCCA, S. VITTORINI GIULIANO, VI ed., Bologna, 2019, p. 380 ss.; M. DOGLIOTTI, *Capacità, incapacità, diritti degli incapaci. Le misure di protezione*, cit., p. 329 ss.

³¹ Così le considera M. GIORGIANNI, *In tema di capacità del minore di età*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, I, p. 108.

³² F.D. BUSNELLI, *Capacità ed incapacità di agire del minore*, in *Dir. fam.*, 1982, p. 61. Si veda anche F. GIARDINA, *I rapporti personali tra genitori e figli alla luce del nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 1390; S. PATTI, *Il consenso dell'interessato al trattamento dei dati personali*, cit., p. 458; L. TAFARO, *L'età per l'attività*, cit., p. 241 ss.; E. LA ROSA, *Tutela dei minori e contesti familiari. Contributo allo studio per uno statuto dei diritti dei minori*, cit., p. 20 ss.; M. CINQUE, *Il minore contraente. Contesti e limiti della capacità*, cit., p. 23 ss.; A. NICOLUSSI, voce *Autonomia privata e diritti della persona*, in *Enc. dir.*, Annali, IV, Milano, 2011, p. 137 ss.

³³ Cfr. A. NICOLUSSI, *op. ult. cit.*, p. 149 ss., il quale segnala che il codice civile prevede espressamente la categoria dei «diritti che devono essere esercitati dal titolare». Rispetto agli atti personalissimi, alcuni ritengono che l'incapacità d'agire si converta in incapacità giuridica (F. DEGNI, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Torino, 1939, p. 47; F. SANTORO-PASSARELLI, *Lineamenti di diritto civile. Persone fisiche*, Padova, 1940, p. 19; M. DOGLIOTTI, *Capacità, incapacità, diritti degli incapaci. Le misure di protezione*, cit., p. 24); altri, invece, sono di diversa opinione (M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, Torino, 1939, p. 68; P. RESCIGNO, voce *Capacità di agire*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 210).

³⁴ Osserva in proposito F.D. BUSNELLI, *Capacità ed incapacità di agire del minore*,

gimento della personalità³⁵; con la conseguenza che anche là dove la legge richiede che la volontà venga *manifestata* dai genitori – come nell'ipotesi prevista dall'art. 3 della l. n. 219/2017³⁶ – questi ultimi dovranno *associarsi* (e non sostituirsi) alla (nel senso di fare propria la) volontà liberamente espressa dal figlio.

Esito, questo, ulteriormente supportato dall'argomento, ben conscio del modello antropologico dell'individualismo proprietario recepito dai codici liberali³⁷, che delimita il perimetro operativo della categoria della capacità di agire all'ambito dei diritti patrimoniali, sì come l'istituto della rappresentanza – tipicamente preposto a sopperire all'incapacità (legale) del soggetto – è deputato al compimento di atti di natura patrimoniale³⁸.

cit., p. 59, che dai principi costituzionali si evince «che le scelte esistenziali operate da un soggetto capace di intendere l'importanza di tali scelte e di volerle porre in essere con adeguata maturità di giudizio non possono essere considerate giuridicamente irrilevanti o addirittura destinate a soccombere senza residui di fronte a scelte di segno contrario formulate, in nome e per conto del soggetto stesso, dai suoi rappresentanti legali». Sull'argomento v. G. BALLARANI, *La capacità autodeterminativa del minore nelle situazioni esistenziali*, cit., *passim*; T. MONTECCHIARI, *Il diritto di autodeterminazione dei soggetti deboli*, Rimini, 2015, p. 103 ss.

³⁵ Su tale profilo si veda P. PERLINGIERI, *Aspetti dei rapporti familiari personali e patrimoniali*, in ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, II, III ed., Napoli, 2006, p. 948 s.; V. SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio «personalista» in Italia e nell'Unione europea*, cit., p. 145 ss.; G. BALLARANI, *Diritti dei figli e della famiglia. Antinomia o integrazione?*, in G. DALLA TORRE, *Studi in onore di Giovanni Giacobbe*, t. I, *Teoria generale, Persone e Famiglia*, Milano, 2010, p. 482; R. PANE, *Dalla protezione alla promozione del minore*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 84 ss.

³⁶ Ci sia consentito rinviare al nostro «*Consenso libero e informato del minore tra capacità e identità*», in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 1318 ss. V. anche P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 249; M. FOGLIA, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Torino, 2018, p. 110 ss.; G. DI ROSA, *Il minore e la salute*, in R. SENIGAGLIA (a cura di), *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile*, cit., p. 93 ss.; G. BINATO, *Mature minors and self-determination in medical consent law: a comparison between the Italian legal system and the English legal system*, in *Interdisciplinary Journal of Family Studies*, 2019, p. 72 ss.

³⁷ Su questo aspetto v. M. DOGLIOTTI, *Eclissi della capacità*, in *Dir. fam.*, 1986, p. 239 s.

³⁸ P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, con la prefazione di R. PANE, cit., pp. 250-251; F.D. BUSNELLI, *Capacità ed incapacità del minore*, cit., p. 61; F. GIARDINA, *La condizione giuridica del minore*, cit., p. 15, la quale sottolinea che, già nel *Code Napoléon*, la *puissance paternelle* era in realtà lo strumento di tutela dell'individuo proprietario; G. PALMERI, *Diritti senza poteri. La condizione giuridica dei minori*, cit., p. 15 ss.; P. ZATTI, *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, 2009, p. 119 ss.

Da questo argomento discende una sorta di equazione tra atto patrimoniale di autonomia privata e incapacità del minore³⁹; la quale però, se fatta funzionare nella rigidità che essa tendenzialmente esprime, conduce a rafforzare il dogma della incapacità legale di agire anziché attenuarlo⁴⁰, contrastando con le linee assiologiche poc'anzi evocate.

Sta di fatto che, per quanto concerne lo spazio di autonomia che può riconoscersi al soggetto non ancora maggiorenne nell'esercizio dei suoi diritti patrimoniali, gli steccati dogmatici eretti dalla teoria dell'incapacità accusano una maggiore difficoltà a essere superati o quantomeno mitigati⁴¹.

È anzitutto sul terreno della complessità giuridica e sociale che sostiene i mutamenti di senso e di prospettiva dianzi enunciati che si radica la ragione della riproposizione del problema volto a chiarire se con riferimento all'attività di carattere patrimoniale sia ancora possibile affermare la totale incapacità del soggetto minore di età.

Ed è proprio a questo tipo di problema che intendiamo indirizzare le nostre riflessioni, delimitandole però principalmente, per evidenti profili di rilevanza, al cosiddetto "grande minore", all'adolescente, a quel soggetto, cioè, che ha conseguito un livello di maturità che lo rende capace di discernere, di saper distinguere le scelte conformi al proprio interesse da quelle a esso contrarie⁴².

³⁹ In proposito v. G. BALLARANI, *Diritti dei figli e della famiglia. Antinomia o integrazione?*, cit. p. 483 s.

⁴⁰ Così F. GIARDINA, *La condizione giuridica del minore*, cit., p. 67.

⁴¹ A.C. MORO, *Manuale di diritto minorile*, cit., p. 366.

⁴² In proposito, mentre le fonti internazionali sopra riferite non stabiliscono un'età, compiuta la quale si debba ritenere che il minore abbia raggiunto la capacità di discernimento, il nostro ordinamento *presume* che ciò avvenga con il compimento del dodicesimo anno di età, senza peraltro escludere che si verifichi anche prima di tale momento anagrafico. Rispetto a questa forma di capacità, L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., p. 99, puntualizza che deve ritenersi capace di discernimento il minore che abbia raggiunto «una sensatezza sufficiente sul piano psicologico, che gli permetta di valutare le circostanze in cui si trova, l'importanza della decisione da prendere, i valori e gli interessi che vi sono in gioco, le conseguenze che potranno derivarne sia nel breve periodo, sia soprattutto per la sua vita futura, fino all'età adulta». Sul tema si veda anche G. BALLARANI, *La capacità autodeterminativa del c.d. grande minore*, in L. PALAZZANI (a cura di), *L'interesse del minore tra bioetica e bio-diritto*, Roma, 2010, p. 187 ss.; G. CAPILLI, *La capacità negoziale dei minori. Analisi comparata e prospettive di riforma*, cit., p. 15 ss.; E. MOSCATI, *Il minore nel diritto privato, da soggetto da proteggere a persona da valorizzare (contributo allo studio dell'interesse del minore)*, cit., p. 1155; P. MALAURIE, *Droit des personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, X éd., Issy-Les-Molineaux, 2018, p. 295, il quale definisce la ca-