

I CONFLITTI DI INTERESSI NEGLI ATTI DEL MINORE

Indice

Introduzione

PARTE I – I contratti del minore

Capitolo I – Contratti del minore – Teoria generale e comparazione giuridica

1. Gli interessi in gioco.
2. I conflitti di interessi.
3. Il principio della non vincolatività del contratto per il minore e le sue eccezioni. Considerazioni di teoria generale del diritto.
4. I modelli di soluzione: esperienze a confronto.
5. Segue. Il modello tedesco.
6. Segue. Il modello inglese.
7. Il diritto privato europeo.

Capitolo II – I contratti del minore nell'ordinamento giuridico italiano

1. I conflitti di interessi fra potestà e rappresentanza.
2. Il principio di non vincolatività del contratto nell'ordinamento italiano.
3. Il rimedio dell'annullamento.
4. Eccezioni al principio della non vincolatività del contratto per il minore. Adattamenti e finzioni giuridiche.
5. Contratti del minore e diritti fondamentali della persona.

PARTE II – Gli atti non patrimoniali del minore

Capitolo I – Gli spazi di autodeterminazione del minore

1. La peculiarità degli interessi in gioco.
2. Disamina di talune fattispecie di consenso manifestate dal minore.
3. Segue. La vicenda dell'insegnamento della religione cattolica nelle scuole e l'incidenza della volontà del minore.

Capitolo II - Informazione e consenso del minore nei trattamenti sanitari

1. L'esercizio dei diritti della personalità del minore e la necessità che questi sia a conoscenza della malattia.
2. Disamina di talune fattispecie di consenso manifestate dal minore.
3. Segue. Disciplina degli stupefacenti e della prevenzione e cura dell'AIDS.
4. Segue. Il ricovero in degenza ospedaliera per la cura della malattia mentale

Conclusioni

1. La prospettiva gius - formalista e quella gius – realista: il ruolo del giurista nella definizione di un difficile equilibrio.
2. Prospettive *de iure condendo*.

I conflitti di interesse negli atti del minore

Introduzione

Il tema dell'indagine trae spunto da una osservazione svolta dal Prof. Guido Alpa in un suo testo del 2005 in cui si afferma che “*nel mondo del diritto privato i codici civili, le leggi speciali, e le regole giurisprudenziali non affrontano compiutamente il tema dei contatti negoziali e dei contratti del minore*” (G. ALPA e M. ANDENAS, Fondamenti del diritto privato europeo, Milano, 2005, p. 268).

Ciò che stupisce è che nemmeno le trattazioni manualistiche usuali trattano il tema *ex professo*, eppure, è facile constatare come ogni giorno i minori concludano una miriade di contratti e di atti.

L'approfondimento della questione si svilupperà secondo due linee direttrici profondamente distanti l'una dall'altra: la prima, di tipo gius-formalista, che tiene conto dei dati normativi vigenti (in particolare, del tema della incapacità legale di agire); l'altra di tipo gius-realista, che tiene conto del dato statistico in base al quale, quasi mai vi sono delle azioni aventi ad oggetto i profili patologici di atti posti in essere dal minore.

L'obiettivo dell'indagine sarà, invece, quello di capire se la distanza fra le due prospettive debba essere colmata, in una prospettiva *de iure condendo*, attraverso una puntuale ricognizione normativa del fenomeno (come già accade ad esempio nel modello tedesco) oppure, se sia preferibile lasciare tutto immutato.

Nella parte introduttiva del lavoro si cercherà di capire se il concetto giuridico di capacità di agire coincida esattamente con quello cognitivo: in altri termini, si cercherà di capire se il minore sia realmente un soggetto incapace di agire.

I dati acquisiti dalla letteratura psicologica, saranno quindi confrontati con i dati normativi vigenti e posti in relazione con quelli derivanti dalla nozione giuridica di incapacità di intendere e di volere (*ex art. 428 c.c.*).

La prima parte del lavoro prenderà in esame il tema dei contratti del minore. L'argomento sarà trattato in una duplice prospettiva: quella diacronica (che

tiene conto della evoluzione storica del fenomeno) e quella sincronica (che tiene conto invece della prospettiva della comparazione.

L'impostazione prescelta si spiega in considerazione del fatto che questa indagine vuole avere una prospettiva di tipo europeo, anzi, più specificatamente, vuole perseguire l'ambizioso obiettivo di definire una sorta di *acquis comunitarie* del diritto dei contratti in cui siano protagonisti soggetti minori di età.

Il titolo del primo capitolo, infatti, è strutturato in maniera articolata: "Teoria generale e comparazione giuridica". La comparazione giuridica, intesa sia in senso verticale (storia del diritto) che in senso orizzontale (diritto comparato *stricto sensu*) vuole rappresentare un tentativo di ricostruzione del sistema e dimostrare che, in realtà, nonostante le differenze geografiche e la pluralità dei modelli giuridici (coincidenti in maniera approssimativa con quella degli stati nazionali) è possibile costruire (o meglio ri-costruire) un "diritto comune" che avvicini la scienza giuridica alla realtà fattuale.

Il collante di questo intero percorso è costituito dalle risultanze degli studi di psicologia che, prendendo spunto dalle diversità geografiche e culturali, addiventano ad una conclusione praticamente unanime: dal punto di vista educativo è evidente l'opportunità di concedere al minore uno spazio di libertà e di autodeterminazione nelle diverse fasi della sua infanzia e della sua adolescenza.

Ciascuna delle esperienze giuridiche prese in considerazione partono da un assunto: il principio della non vincolatività dei contratti stipulati dal minore. Nel contempo, ciascuna di queste esperienze introduce delle "eccezioni al principio", ed è proprio sul loro significato che il giurista è chiamato ad interrogarsi per dare delle risposte coerenti.

Da una disamina dei vari modelli, emerge che quello italiano (insieme a quello francese) può essere catalogato fra quelli definiti "tradizionali" e che si contrappone pertanto ai modelli c.d. "intermedi" (inglese e statunitense) ed a quelli c.d. "innovativi" (irlandese).

Perché il tema del conflitto di interessi assurge ad argomento predominante nell'intero svolgimento dell'indagine?

Il diritto, come è noto, persegue la finalità di dirimere i conflitti fra interessi divergenti: qualsiasi norma giuridica cerca di contemperare opposte esigenze. Qui, gli interessi in gioco sono peculiari e se ne individuano almeno tre: a) quello superiore del minore; b) quello alla circolazione di merci e servizi; c) quello alla stabilità degli affari.

Ma il tema degli interessi può essere esaminato anche dalla prospettiva dei soggetti coinvolti: a) l'interesse del minore; b) l'interesse del rappresentante legale del minore; c) l'interesse della parte legalmente capace.

Tutti questi interessi non sono fra loro isolati, ma posti in nesso di reciproca interrelazione: essi pertanto andranno esaminati nella prospettiva dei rimedi posti dai vari ordinamenti giuridici.

L'ultimo argomento trattato nella prima parte (e che si pone a conclusione del secondo capitolo) trae spunto da una innovazione metodologica davvero significativa introdotta dal Prof. Vincenzo Roppo nel suo recente Trattato del contratto". Questo autore, infatti, ha "prolungato" il lavoro da lui curato con un sesto volume (da lui stesso definito "stravagante") ed intitolato alle "Interferenze".

Tale volume persegue la finalità di esplorare le situazioni in cui il contratto interferisce con altre istituti. In particolare, tratta il rapporto (controverso) fra il contratto ed i diritti della personalità. Ebbene, è significativo rilevare che nonostante la peculiarità dell'argomento, nel volume indicato non vi è riferimento alcuno ai contratti stipulati dal minore. Forse si potrebbe ritenere che trattasi di un problema di prospettiva: un trattato intitolato al contratto pone l'attenzione prevalentemente, sull'atto e sul regolamento, non certamente sui soggetti.

Se questo ragionamento fosse valido allora basterebbe consultare un trattato che si occupi di diritto di famiglia, ed in particolare nella parte in cui si occupa della potestà dei genitori, per rendersi conto del contrario.

Ebbene, il tema trattato in una delle opere più autorevoli (si allude alla importante opera curata da P. Zatti) si sofferma sulla potestà genitoriale, esaminando la prospettiva dei poteri attribuiti ai genitori per il compimento degli atti nell'interesse del minore, ma non alla capacità del minore di concludere contratti in proprio.

Insomma, né la trattatistica in tema di contratti né quella in tema di diritto di famiglia si occupa *ex professo* della questione.

Nella seconda parte del lavoro, invece, viene trattato il tema degli atti non patrimoniali posti in essere dal minore.

Anche questo tema trae spunto da una considerazione svolta dal prof. G. Alpa nel lavoro prima citato. Questi infatti, nel tentativo di individuare delle soluzioni alla rigidità del sistema, richiama quella parte della dottrina che circoscrive l'area dell'annullamento solo agli atti (posti in essere dai minori) aventi contenuto patrimoniale.

Qui però si assiste ad un brusco mutamento di prospettiva: nelle trattazioni innanzi richiamate, infatti, come già rilevato, per il compimento degli atti di natura patrimoniale (*recte*: dei contratti) si tiene conto del ruolo e della incidenza della volontà dei rappresentanti legali (ed in particolare dei genitori); per il compimento degli atti di natura non patrimoniale, invece, si tiene conto soprattutto della volontà manifestata dal minore.

La trama concettuale sarà sviluppata seguendo due distinti percorsi: il primo, che esamina gli spazi di autodeterminazione del minore (con ampi spunti di natura psicologica); il secondo, invece, che tiene conto di un tema estremamente delicato: il tema del consenso del minore ai trattamenti sanitari ed agli atti di disposizione del proprio corpo.

Nel primo capitolo, saranno esaminate talune fattispecie in cui il minore decide su vicende personalissime della propria vita, avvalendosi di un vero e proprio diritto di autodeterminazione.

Nel secondo capitolo, invece, saranno esaminate delle situazioni poste al limite, e le soluzioni offerte dalla giurisprudenza.

Anche in tale parte del lavoro, il *leit motiv* è costituito dal conflitto di interessi fra il minore (rappresentato) ed i genitori esercenti la potestà (rappresentanti).

Alla fine del percorso dovrebbe essere possibile trarre delle conclusioni. Ancora una volta saranno messe a confronto la posizione gius- formalista e

quella gius – realista per capire i possibili scenari in una prospettiva *de iure condendo*.

Ci si interrogherà (cercando di dare delle risposte coerenti) sul significato (e sui motivi) della differente prospettiva in cui viene collocata la volontà del minore, a seconda che si tratti di atti patrimoniali o non patrimoniali, cercando di addivenire ad una soluzione unitaria.

All'esito di questa progressione argomentativa, dovrebbe essere, infine, possibile comprendere se sia preferibile lasciare il quadro normativo immutato e dare spazio al c.d. "diritto vivente", oppure se sia preferibile introdurre un modello (come ad esempio quello tedesco) che disciplini in maniera dettagliata il tema dei contratti del minore. O se adottare una terza via, probabilmente più conforme al quadro derivante dalle fonti internazionali, che attribuisce una peculiare centralità al diritto di autodeterminazione del minore.

Napoli, 15.10.2007

Avv. Francesco MARESCALCO

PARTE I
I Contratti del minore

Capitolo I

Contratti del minore – Teoria generale e comparazione giuridica

Sommario: 1. Gli interessi in gioco. 2. I conflitti di interessi. 3. Il principio della non vincolatività del contratto per il minore e le sue eccezioni. Considerazioni di teoria generale del diritto. 4. I modelli di soluzione: esperienze a confronto. 5. Segue. Il modello tedesco. 6. Segue. Il modello inglese. 7. Il diritto privato europeo.

1. Gli interessi in gioco.

I fenomeni giuridici hanno la loro ragion d'essere per gli interessi che ad essi sono sottesi. Non v'è istituto giuridico che non persegua la funzione di dirimere un conflitto di interessi: la tecnica generalmente adoperata è quella del bilanciamento.

Logico corollario di questo postulato è che occorre, *in primis*, cercare di riempire di contenuto il concetto di “interesse” rilevante per il diritto: a tal uopo, appare ancora attuale il pensiero di Salvatore Pugliatti, che definisce l'interesse come “la tipica utilità riferibile al qualsiasi entità del mondo esterno”.

Ogni giurista che intenda avviare una indagine, volta a perseguire proficuamente la finalità di attribuire concretezza ai fenomeni giuridici, deve preliminarmente tendere alla scomposizione degli interessi in gioco; solo dopo averli isolati, deve poi tentare una loro ricomposizione, collocandoli in delicato equilibrio fra loro.

Il tema dei contratti del minore, poco trattato dalla dottrina italiana ed europea¹, non è esente da queste considerazioni di carattere generale: esso investe, infatti, profili correlati sia allo *status* delle persone che alla formazione del consenso.

¹ La attenta osservazione è di G. ALPA (ALPA e ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, Milano, 2005, p. 268) il quale afferma che “Nel mondo del diritto privato, se si fa eccezione per emancipazione, matrimonio, aborto e lavoro, i codici civili – con la sola eccezione del B.G.B. tedesco (§ 110) – le leggi speciali e le regole giurisprudenziali, al di là delle affermazioni di principio, non affrontano compiutamente il tema dei contatti negoziali e dei contratti del minore, di volta in volta affidando all'interprete l'applicazione delle regole che concernono in generale il consenso, l'amministrazione del patrimonio, i rimedi perché siano adattate alle fattispecie in cui una parte sia connotata da quel particolare status che si riconosce al (o in cui si incapsula il) minore”.

In tale ambito, gli interessi in gioco sono almeno tre: a) quello, superiore, del minore; b) quello alla circolazione di merci e servizi; c) quello alla stabilità degli affari.

Ma il tema degli interessi può essere esaminato anche dalla prospettiva dei soggetti coinvolti, ed in particolare: a) l'interesse del minore; b) l'interesse del rappresentante legale del minore; c) l'interesse della parte legalmente capace.

Tutti questi interessi, non sono fra loro isolati, ma posti in nesso di reciproca interrelazione: essi, pertanto, vanno esaminati nella prospettiva dei rimedi posti dai vari ordinamenti giuridici.

Come rilevato, al tema, né il legislatore, né la dottrina, né la giurisprudenza (le c.d. "formanti del diritto") hanno dedicato specifica attenzione.

Tale vistosa lacuna pone dei problemi e crea delle esigenze primarie. In particolare:

- a) l'esigenza di conciliare le regole giuridiche con i fatti della vita reale;
- b) l'esigenza di assicurare certezza ai rapporti commerciali;
- c) l'esigenza di prefigurare regole armonizzate nei rapporti transnazionali e conclusi a distanza.

Per risolvere gli accennati problemi e soddisfare le esigenze primarie che da essi derivano, il giurista è solito ricorrere a due espedienti: gli adattamenti e le finzioni. Attraverso tali tecniche, il giurista utilizza il materiale normativo che ha a disposizione e, avvalendosi della interpretazione estensiva o della *analogia legis*, cerca di avvicinare quanto più è possibile, il mondo reale con quello del diritto (spesso fra loro distanti)².

2. I conflitti di interessi.

Ogni ordinamento giuridico necessita di norme che stabiliscano le condizioni alle quali gli adolescenti posseggano la capacità di agire e possano, conseguentemente, concludere negozi giuridici validi ed efficaci, in particolare, possano stipulare contratti.

Tali norme sono preposte alla soluzione di conflitti di interessi. In particolare esse:

² Sul punto ALPA, *Storia, fonti, interpretazione*, in Trattato di diritto civile, Milano, Vol. I, *passim*.

- a) devono tutelare coloro i quali non sono ancora in possesso di sufficienti facoltà mentali;
- b) devono tutelare l'interesse alla validità del contratto che ha il contraente capace di agire.

Costituisce principio generale la regola secondo la quale possono assumere obbligazioni contrattuali soltanto coloro che, considerando la loro evoluzione mentale, dispongono di un minimo di capacità di comprendere e di giudizio³.

Il parametro essenziale di riferimento è dunque rappresentato dalla evoluzione mentale della persona.

Con riferimento specifico alla posizione dei minori, viene evidenziata l'opportunità, se non addirittura la necessità, di concedere a costoro uno spazio di libertà e di autodeterminazione, nelle diverse fasi dell'infanzia e dell'adolescenza⁴.

Secondo la più accreditata letteratura psicologica, per rendere effettiva questa capacità, è necessario educare ed allevare i figli in maniera consapevole; il fondamentale ruolo dei genitori diviene quello di condurre il minore ad uscire dalla vita fantastica dell'infanzia, senza tuttavia smarrirne il valore e renderli, di tal guisa, degli adulti⁵.

Da tali considerazioni è dunque evidente che gli interessi sopra individuati (*supra* § 1), non possono non collidere fra loro, nel senso che, se da un lato è giusto che anche i minori siano in grado di porre in essere atti giuridici validi ed efficaci (quantunque non ancora legalmente capaci), dall'altro lato è altresì giusto che venga tutelato, l'interesse e l'affidamento del contraente legalmente capace e, sia pure in una prospettiva diversa, che sia data stabilità ai rapporti giuridici.

³ Sul punto H. KOTZ e S. PATTI, *Diritto europeo dei contratti*, Milano, 2006, p. 183.

⁴ Afferma ALPA, (in ALPA e ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, cit., p. 271) che “nel corso dell'infanzia è suggerita l'assegnazione di un peculio, in modo che gli sia insegnato il risparmio e gli siano impartiti suggerimenti e orientamenti per gli acquisti, in previsione della sua maturità; e nel corso dell'adolescenza, quando si avvicina il momento fatidico della maggiore età, cioè l'età in cui il minore acquisisce per legge maturità e consapevolezza, capacità di discernimento e di amministrazione, del proprio patrimonio, il *discrimen* temporale rivela tutta la sua (pur necessaria) artificiosità”.

⁵ Sul punto M. L. VON FRANZ, *Puer Aeternus*, Boston, 1970 (ora in trad. it. *L'eterno fanciullo. Il genio creativo dell'infanzia*, Milano, 1977. L'Autrice, allieva di Jung riprende il pensiero del suo maestro sul “Fanciullo Divino” in *Gli archetipi dell'inconscio*, in Opere, vol. IX, tomo I, trad. it., Torino, 1980, p. 75 e ss.

Quale è il criterio che consente di creare un equilibrio fra tanti divergenti interessi, tutti pienamente meritevoli di tutela giuridica?

In primis, va rilevata la inopportunità di adottare soluzioni manichee, che creerebbero un inutile quanto inopportuno irrigidimento del sistema. A tal uopo, in relazione alla dichiarazione resa da un minore, occorre stabilire se questi era o meno in grado, di capirne il significato, tenuto conto della sua capacità di comprensione e di giudizio.

Aggregando i dati derivanti dalla comparazione giuridica (intesa in senso orizzontale), va rilevato che alcuni ordinamenti giuridici prevedono un limite di età fisso ed escludono qualsiasi capacità di agire del minore che non abbia compiuto l'età prevista. Da ciò ne consegue che gli atti posti in essere da soggetti minori di età non producono, di regola, effetti giuridici. Alcuni ordinamenti, invece, come la Germania (BGB: § 105 1° comma e § 106) e l'Austria (ABGB: § 865), prevedono una limitata capacità di agire per il compimento di taluni atti e fissano tale limite a sette anni; la Grecia (codice civile: art. 120 c.c.) fissa tale limite a dieci anni.

Particolarmente significativa è l'esperienza tedesca (sulla quale *infra*, § 5). Il paragrafo 105 stabilisce infatti, in maniera perentoria, che la dichiarazione di volontà di un incapace di agire è nulla, così come è nulla anche la dichiarazione di volontà emessa in stato di incoscienza o di transitorio turbamento dell'intelletto⁶.

Il legislatore tedesco ha posto dunque sullo stesso piano, lo stato di incapacità di agire con quello dello stato di incoscienza o di transitorio turbamento dell'intelletto.

Il rigore del principio però viene attenuato nel successivo § 106 il quale, rubricato "limitata capacità di agire dei minorenni", stabilisce che un minorenne che abbia compiuto il settimo anno di vita è limitato nella capacità di agire secondo i §§ da 107 a 113⁷.

⁶ BGB §105 (*Nichtigkeit der Willenserklärung*) – "1) Die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen ist nichtig. 2) Nichtig ist auch eine Willenserklärung, die im Zustand der Bewusstlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit abgegeben wird".

⁷ BGB § 106 (*Beschränkte Geschäftsfähigkeit Minderjähriger*) – Ein Minderjährige, der das siebente Lebensjahr vollendet hat, ist nach Maßgabe der §§ 107 bis 113 in der Geschäftsfähigkeit beschränkt. CANARIS, in JZ, 1987, p. 993, ha duramente criticato la scelta adoperata dal legislatore del BGB, ritenendo che questa soluzione crei una ingiustificata disparità di trattamento fra i minori di età inferiore e superiore a 7 anni

L'Italia, come si vedrà, non conosce una norma equivalente a quella tedesca e pone il principio rigido secondo il quale solo con la maggiore età (fissata con il compimento del diciottesimo anno) si acquista la capacità di compiere tutti gli atti per i quali non sia prevista un'età diversa.

E' significativo notare però, che nella realtà economica, siano esclusi dal rigore di questa regola i c.d. "atti giuridici della vita quotidiana": tale esclusione viene giustificata ritenendo che per la scarsa rilevanza economica di tali atti o per l'eccessivo costo del ricorso alla macchina della giustizia, o più semplicemente per un generico difetto di interesse, questi non vengano elevati al livello della qualificazione giuridica.

Una soluzione questa assolutamente insoddisfacente che riflette un universo sommerso di rapporti che prosperano, senza creare problemi di consistenza economica.

È anche vero però che questa soluzione riflette una netta divaricazione fra una posizione di tipo gius – formalista ed una posizione di tipo gius-realista.

3. Il principio della non vincolatività del contratto per il minore e le sue eccezioni. Considerazioni di teoria generale del diritto.

Come già rilevato nel paragrafo precedente, quasi tutti gli ordinamenti giuridici inseriscono nel novero dei principi generali quello della non vincolatività del contratto stipulato da una persona minore di età⁸.

Eppure, questo principio incontra una serie di rilevanti eccezioni. In particolare: a) quando i genitori del minore (o altro legale rappresentante) hanno dato il loro consenso alla stipulazione del contratto; b) quando il contratto è favorevole al minore; c) quando il minore lo approva una volta raggiunta la maggiore età.

Per comprendere come la dialettica regola- eccezione sia inadeguata alla comprensione della complessità del fenomeno, è opportuno passare in rassegna ciascuna delle ipotesi richiamate.

⁸ A titolo esemplificativo, oltre al BGB tedesco (§ 105) ed al codice civile italiano (art. 2), merita di essere menzionato anche il codice civile spagnolo che, all'art. 1.263, stabilisce che i minori non possono prestare il consenso per la stipulazione dei contratti (*No pueden prestar consentimiento: 1. los menores no emancipados; 2. los incapacidatos*).

A) Il consenso prestato dal genitore (o da altro legale rappresentante) alla stipulazione del contratto.

Alcuni ordinamenti giuridici affermano il principio in base al quale, il contratto stipulato dal minore è valido se i genitori abbiano prestato il loro consenso prima della stipula (mediante autorizzazione) ovvero dopo la stipula (mediante approvazione).

Questi ordinamenti, però, prevedono due significative eccezioni: a) è valido il contratto che fa ottenere al minore “unicamente un vantaggio giuridico” (BGB: § 107; ZGB svizzero: art. 19); b) è altresì valido il contratto se stipulato usualmente da minori della stessa età, avente ad oggetto un aspetto secondario della vita quotidiana, a condizione che il minore abbia adempiuto la propria obbligazione (ABGB austriaco: § 151 3° comma).

L’ordinamento giuridico tedesco, coerentemente con il principio esposto, ritiene, altresì, valido ed efficace il contratto concluso senza l’approvazione del rappresentante legale, se il minore esegue la prestazione contrattuale con mezzi affidatigli per questo fine (o per disporne liberamente), dal rappresentante legale, o con l’approvazione di quest’ultimo o di un terzo (BGB § 110). Tale norma, in realtà, non costituisce una ulteriore eccezione al principio del consenso del genitore per la validità del contratto stipulato dal minore, ma tiene conto di uno specifico fatto concludente (*i.e.*: la consegna di una somma di danaro) corrispondente, nella sostanza, al consenso preventivo.

Anche l’ordinamento giuridico italiano considera l’incapacità di agire del minore in funzione protettiva, e ciò al fine di evitare che la mancanza di maturità pregiudichi il minore nella vita di relazione.

L’art. 1389 del codice civile italiano stabilisce, tuttavia, il principio in base al quale per la validità del contratto stipulato dal rappresentante, basta che questi abbia la capacità di intendere e di volere, sempre che, però, il rappresentato sia legalmente capace (sul punto più ampie considerazioni saranno svolte *infra*, capitolo II, § 4).

B) I contratti c.d. “utili”.

Alcuni ordinamenti giuridici (in particolare, quello inglese), invece, ritengono vincolante il contratto concluso dal minore sempre che questo rechi a lui una utilità.

Come immediatamente si avverte, questa scelta metodologica determina non già la soluzione del problema, ma semplicemente, un suo spostamento, perché diviene poi indispensabile definire dei criteri volti a chiarire il concetto di utilità.

Ebbene, l'esperienza giuridica inglese, parte dal principio che il minore è vincolato al contratto con il quale ha acquistato "*necessaries*" ed il *Sale of Goods Act* del 1979 allo *statute 3*, stabilisce che sono *necessaries* "i beni adatti alla condizione di vita del minore... ed alle sue esigenze al tempo della vendita e della consegna"⁹.

Da ciò ne consegue, pertanto, che il giudice inglese, al fine di stabilire la validità del contratto, deve prendere in esame due elementi: *in primis*, deve valutare se il minore abbia effettivamente bisogno degli oggetti o dei servizi acquistati; in secondo luogo, se la spesa sia ragionevole, in considerazione del suo reddito e del modo in cui conduce la propria vita¹⁰.

Particolarmente interessante è il confronto con l'esperienza giuridica francese, che considera valide tutte le dichiarazioni rese dal minore, purché siano finalizzate unicamente alla conservazione o alla garanzia di un diritto a lui spettante (c.d. "*actes conservatoires*").

Da questo postulato derivano una serie di corollari. In particolare, il minore titolare di un credito, può chiedere l'iscrizione di una ipoteca a garanzia del credito, anche senza l'intervento dei suoi genitori; il minore, inoltre, secondo quanto stabilito dagli artt. 389-3 e 450 del *code civil*, può compiere, anche senza l'intervento dei suoi genitori, tutti quegli atti, che non solo la legge, ma anche gli usi, a ciò lo autorizzano.

⁹ "*Goods suitable to the conditions in life of the minor ... and to his actual requirements at the of the sale and delivery*".

¹⁰ Sul punto, interessante è il raffronto fra due sentenze inglesi, in cui i giudici giungono a conclusioni diametralmente opposte: nel caso *Peters v. Fleming* (1840), concernente l'acquisto di gioielli da parte di un minore proveniente da una famiglia economicamente agiata, il giudicante ha ritenuto l'acquisto *necessaries*; nel caso *Nash v. Iman* (1908), concernente l'acquisto di costosi panciotti da parte di un giovane studente di un College di Cambridge, invece, ha ritenuto l'acquisto "non necessario". I riferimenti richiamati sono contenuti in ALPA e ANDENAS, *Fondamenti cit.*, p. 276.

In particolare, la dottrina¹¹ e la giurisprudenza¹² francesi, nonché la prassi negoziale, pacificamente ritengono che il minore possa compiere: a) tutti i negozi della vita quotidiana che non lo espongono a rischi rilevanti; b) tutti i negozi della vita quotidiana che possono essere adempiuti con mezzi che non vanno oltre le sue possibilità; c) tutti i negozi della vita quotidiana che sono compatibili con la posizione e le condizioni della sua famiglia.

In definitiva, il diritto francese ritiene che i contratti conclusi dal minore siano validi ed efficaci, a condizione che questi non rechino loro alcun pregiudizio.

Ma la dottrina, sul punto, si spinge ancora oltre, ritenendo che il pregiudizio sussiste soltanto in due ipotesi: i) quando vi è un oggettivo squilibrio fra prestazione e controprestazione; ii) quando l'esecuzione del negozio è irrazionale.

A questo punto è interessante, attraverso la mera sovrapposizione dei due sistemi (apparentemente agli antipodi), individuare analogie e differenze.

Ciò che li accomuna, è sicuramente il dato che i minori possono stipulare validamente tutti i negozi della vita quotidiana che sono compatibili con la posizione e le condizioni della famiglia da cui provengono.

Ciò che li differenzia, invece, è che il diritto francese esclude la efficacia di quei contratti (c.d. "importanti"), che neanche il rappresentante legale avrebbe potuto stipulare, senza il rispetto di determinate prescrizioni (autorizzazione del "consiglio familiare o del giudice tutelare).

Tale differenza si giustifica per il fatto che il diritto inglese non conosce l'istituto della rappresentanza legale.

Per dovere di completezza però, è opportuno precisare, che anche il diritto inglese conosce la figura dei c.d. "contratti importanti" e la giurisprudenza li considera vincolanti per il minore¹³. Ciò che li caratterizza, però, è che il minore può revocare il suo consenso, in qualsiasi momento, prima di

¹¹ Sul punto, RAISON, *Le statut des mineurs et des majeurs protégés*, 1990, p. 20, nonché, MONTANIER, *Les actes de la vie courante en matière des incapacités*, in J.C.P., 1982, I, p. 3076.

¹² Sul punto, Civ. 4 ottobre 1996, in Bull. Cass., 1996, I, no. 449.

¹³ La giurisprudenza inglese considera "importanti": a) i contratti aventi ad oggetto l'acquisto di un immobile; b) i contratti aventi ad oggetto la locazione di immobili a lungo termine; c) contratti aventi ad oggetto l'acquisto di quote societarie; d) contratti aventi ad oggetto la partecipazione in società di persone, in qualità di socio.

compiere la maggiore età, o anche dopo, purché entro un termine ragionevole.

Nel diritto inglese, pertanto, la tutela del minore in tale tipologia di contratti è comunque garantita dal fatto che, di regola, i beni patrimoniali di un certo valore vengono gestiti attraverso un *trust*.

C) Approvazione del contratto da parte del contraente divenuto maggiorenne.

Più semplice, invece, è la terza eccezione al principio ritenuto di carattere generale. Quasi tutti gli ordinamenti giuridici continentali, prevedono una norma *ad hoc* che attribuisce valore alla dichiarazione resa dal contraente minore di età, divenuto successivamente maggiorenne.

Merita, a tal uopo, di essere segnalata la norma contemplata dal § 108 3° comma del codice civile tedesco (BGB), il quale, espressamente stabilisce che “se il minore è divenuto illimitatamente capace di agire, la sua approvazione successiva subentra alla approvazione successiva del rappresentante”.

Costituisce principio generale dunque la regola in base alla quale, la sopravvenuta capacità di agire rende valido l’atto posto in essere da colui che era legalmente incapace.

4. I modelli di soluzione. Esperienze a confronto.

Un metodo utile alla indagine oggetto del presente lavoro è sicuramente quello comparatistico. La comparazione giuridica, infatti, consente all’interprete di individuare taluni punti critici del tema oggetto dell’indagine e conseguentemente, di valutarli in relazione al contesto in cui essi operano¹⁴.

Dalla analisi delle esperienze straniere è dato inferire che esistono, sostanzialmente, quattro modelli di disciplina che hanno ad oggetto il tema specifico dei contratti del minore.

¹⁴ Sul punto si vedano le considerazioni svolte da A. DIURNI e D. HENRICH, *Percorsi europei di diritto privato e comparato*, Milano, 2006, p. 7, nonché, B. MARKESINIS, *Il metodo della comparazione*, Milano, 2004, p. 184.

Il primo modello, che può essere definito “tradizionale”, ritiene indispensabile un consenso validamente espresso e, conseguentemente, considera invalidi gli atti posti in essere dai minori. Rientrano in questa categoria, il sistema italiano e quello francese.

Il secondo modello, che può essere definito “transitorio”, è meno rigido ed assume come parametro di riferimento, la utilità che da un determinato atto, possa derivare al minore. Rientrano in questa categoria, il sistema inglese e quello statunitense.

Il terzo modello, che può essere definito “innovativo”, prevede delle regole *ad hoc* che legittimano il minore al compimento di atti giuridici validi ed efficaci. Rientra in questa categoria, solo il sistema irlandese.

Il quarto modello, che può essere definito “limitatamente innovativo”, prevede, come il precedente, delle regole *ad hoc* particolarmente restrittive e, conseguentemente, una limitata capacità di agire del minore.

Una analitica disamina di taluni di questi modelli, può costituire un valido ausilio per il giurista a ridurre la divaricazione fra la prospettiva gius-formalista e quella gius-realista. Particolarmente significativi ai fini dello sviluppo della presente indagine, sono il modello tedesco ed il modello inglese.

5. Segue. Il modello tedesco.

La scelta operata dal legislatore tedesco del 1896 merita di essere segnalata non solo per la sua originalità, ma anche per il momento storico in cui fu emanata¹⁵.

Il tema dei contratti dei minori costituisce uno specifico terreno di elezione che connota la progressiva evoluzione storica ed il passaggio dalla “giurisprudenza degli interessi” alla “giurisprudenza dei valori”.

¹⁵ Come è noto, il retroterra metodologico del *Bürgerliches Gesetzbuch* fu dato inizialmente dalla “giurisprudenza degli interessi” (c.d. “*Interessenjurisprudenz*”), riconducibile alle riflessioni di R. Jhering , poi successivamente rielaborate da P. Heck ed infine convertita, dopo il 1945 (e quindi nel suo momento applicativo) nella giurisprudenza dei valori (c.d. “*Wertungsjurisprudenz*”). Sul punto interessanti sono le considerazioni di R. ZIMMERMAN, *Il BGB e l'evoluzione del diritto civile*, in *Contratto e impresa/ Europa*, 2004, 2, p. 647 e ss.. Una analisi completa della dottrina della interpretazione della legge in Germania e del suo sviluppo storico è contenuta in VOGENAUER, *Die Auslegung von Gesetzen und auf dem Kontinent: Ein vergleichende Untersuchung der Rechtsprechung und ihrer historischen Grundlagen*, I, Tübingen, 2001, pp. 28 e ss.

Il § 104 del BGB stabilisce che non è capace di agire la persona che non ha compiuto il settimo anno di vita; conseguentemente, sancisce la nullità (§ 105) della dichiarazione di volontà resa da un soggetto ritenuto (dalla legge) incapace. La stessa norma, equipara la posizione di chi non ha compiuto il settimo anno di vita con quella di chi si trova in uno stato di turbamento patologico dell'intelletto, che escluda la libera determinazione della volontà.

Particolarmente significativa è anche la norma contemplata dal § 105a (*Geschafte des taglichen Leben*) che sancisce la validità dei c.d. “negozi della vita quotidiana”, ancorché posti in essere da un incapace maggiore di età.

Gli incapaci minorenni che hanno compiuto il settimo anno di età hanno, invece, una capacità di agire “limitata” (§ 106), ed in particolare, un contratto concluso da un minore senza l'approvazione del rappresentante legale, si ritiene efficace dal principio se il minore esegue la prestazione contrattuale con mezzi affidatigli per questo fine o per disporne liberamente dal rappresentante, o con l'approvazione di quest'ultimo, da un terzo (§ 110).

In definitiva, il quadro si presenta molto articolato, ma dalla complessiva interpretazione delle norme appena richiamate, sembra possibile ricavare un principio abbastanza chiaro: il minore che ha compiuto il settimo anno di età può stipulare in proprio non solo i negozi della vita quotidiana, ma anche quei contratti che possono essere eseguiti con i mezzi affidatigli a qualunque titolo dai genitori.

Anche se il legislatore non lo dice espressamente, pare potersi desumere che il parametro di riferimento preso in considerazione sia quello della utilità del minore.

6. *Segue. Il modello inglese.*

Il modello inglese è particolarmente complesso perché è costituito dalla risultante di norme promananti dalla *case law* e di norme promananti dalla *statute law*¹⁶.

¹⁶ MCKENDRIC, *Contrat Law. Texts, Cases and Materials*, Oxford, 2003, p. 788 e ss., nonché, BEALE, BISHOP, FURMSTON, *Contract, Cases and Materials*, 1990, p. 666.

Come già rilevato (*supra*, § 3 *sub* B), anche in Inghilterra, come negli altri ordinamenti presi in esame, vige il principio secondo il quale il contratto non è vincolante per il minore; ed anche in Inghilterra questo principio incontra una serie di significative eccezioni.

In particolare, sono validi, quantunque stipulati da minori: a) i contratti di lavoro; b) i contratti che hanno ad oggetto l'acquisto di cose ritenute necessarie; c) i contratti in cui una delle prestazioni sia stata già eseguita (c.d. “*executed*”); d) i contratti annullabili, di cui però non sia chiesto l'annullamento.

Sulla scorta delle considerazioni qui svolte e di quelle contenute *supra* (§ 3 let. B), è agevole desumere che il faro che guida avvocati e giudici è, ancora una volta, quello della utilità del minore e conseguentemente, la sua capacità di compiere autonomamente degli atti, a prescindere dal dato anagrafico, che diventa, quindi, un indice puramente presuntivo.

7. *Il diritto privato europeo.*

Come è noto, coloro che si occupano di questo particolare segmento del diritto, da taluni collocato (impropriamente) nella prospettiva della post-modernità, ritengono che le vie che conducono ad esso, siano almeno cinque: a) la via della storia del diritto europeo; b) la via della comparazione; c) la via di “Bruxelles” (alludendo, in particolare, alle sentenze della Corte di Giustizia CE, ed agli atti della Commissione e del Consiglio) ; d) la via di “Strasburgo” (alludendo in particolare alle sentenze della Corte europea dei diritti dell’Uomo ed ai provvedimenti del Parlamento europeo); e) la via della cittadinanza europea¹⁷.

Il tema dei contratti dei minori, a quanto risulta, non è mai stato oggetto di specifica trattazione, ma incidentalmente, è stato affrontato in relazione a due distinti profili: *i*) quello della tutela del minore nell’ambito della complessa relazione fra persona e mercato; *ii*) quello dei contratti informatici.

¹⁷ Sul punto, L . MOCCIA, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano, 2005, p. 987 e ss., nonché la Relazione tenuta dall’Autore, il 18 gennaio 2006, presso la sede del Consiglio Nazionale Forense, in occasione della inaugurazione della edizione per l’anno 2006- 2007, del master in diritto privato europeo organizzato dall’Università la Sapienza.

Il problema è divenuto di drammatica attualità, soprattutto se si tiene conto dei dati emergenti dai centri di studio del comportamento minorile, che evidenziano l'incidenza statistica davvero significativa, delle operazioni compiute dai minori attraverso la rete¹⁸.

L'intervento delle istituzioni comunitarie è orientato a predisporre una linea di azione al fine di proteggere la dignità del minore e di porlo al riparo da condotte illegittime o potenzialmente dannose.

In particolare, il Consiglio dei Ministri dell'Unione europea, nel 1998 ha approvato una Raccomandazione (n. 98/560) volta all'avvicinamento delle legislazioni nazionali in materia di protezione della dignità minorile e promuovere la redazione di codici deontologici nei quali si prevedano particolari garanzie a favore del minore.

Nella stessa prospettiva, si è posta la direttiva 97/7 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 1997, riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza. Tale testo normativo, all'art. 4 2° comma stabilisce che le informazioni preliminari necessarie per la formazione del consenso, devono essere fornite in modo chiaro e comprensibile, con ogni mezzo adeguato alla tecnica di comunicazione a distanza impiegata, osservando in particolare, i principi di lealtà in materia di transazioni commerciali e per quanto rileva ai fini della presente indagine, di protezione di coloro che sono incapaci di manifestare il loro consenso, "come ad esempio i minori".

La direttiva 2000/31 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici della società della informazione, in particolare, il commercio elettronico nel mercato interno, all'art. 16 let. e) stabilisce che gli Stati membri e la Commissione incoraggiano "l'elaborazione di codici di condotta riguardanti la protezione dei minori e della dignità umana".

È, infine, significativo notare, che anche i Principi di Diritto Europeo dei Contratti, redatti dalla Commissione per il diritto europeo dei contratti,

¹⁸ Sul punto, interessanti sono le considerazioni di E. GROSSI, *La tutela del minore nel commercio elettronico e nella rete Internet*, in LIUC Papers n. 138, Serie Impresa e Istituzioni, 2003, p. 20.

presieduta dal Prof. Ole Lando¹⁹ non faccia riferimento alcuno né alla tematica della capacità di agire (l'art. 2:102 si limita infatti a stabilire che “la volontà di una parte di vincolarsi giuridicamente è quella che si ricava dalle dichiarazioni e dalla condotta di essa, così come sono state ragionevolmente comprese dall'altra parte”²⁰, né ai rimedi da applicare allorquando un contratto sia stato stipulato da un minore.

Anche il Progetto di un Codice europeo dei contratti, predisposto dall'Accademia dei giusprivatisti europei²¹, e coordinato dal prof. Giuseppe Gandolfi, all'art. 18 fa riferimento soltanto alla incapacità “sopravvenuta” del proponente o dell'accettante, obliterando completamente l'ipotesi in cui uno dei contraenti sia un minore.

¹⁹ CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti, Parte I*, Milano 2001.

²⁰ Il testo dei “Principi” cos' come elaborato dalla Commissione, è costituito dalla parte propriamente normativa (gli articoli) e dai commenti e dalle note che li accompagnano. Queste ultime, in particolare, perseguono la finalità di fare il punto rispetto agli ordinamenti degli stati membri e talora anche di altre fonti normative dell'”esperienza universale”. E. CASTRONOVO, *Prefazione all'edizione italiana dei Principi*, in *Principi di diritto europeo dei contratti, Parte I*, cit., p. XIII.

²¹ Il testo completo è rinvenibile in R. SCHULZE e R. ZIMMERMANN, *Testi fondamentali di diritto privato europeo*, Milano, 2003, pp. 411 e ss.

Capitolo II

I contratti del minore nell'ordinamento giuridico italiano

Sommario: 1. I conflitti di interessi fra potestà e rappresentanza. 2. Il principio di non vincolatività del contratto nell'ordinamento italiano. 3. Il rimedio dell'annullamento. 4. Eccezioni al principio della non vincolatività del contratto per il minore. Adattamenti e finzioni giuridiche. 5. Contratti del minore e diritti fondamentali della persona.

1. I conflitti di interessi fra potestà e rappresentanza.

I cultori del diritto comparato considerano il modello italiano (insieme a quello francese), di tipo tradizionale. L'art. 2 del codice civile italiano stabilisce, infatti, che solo con il compimento della maggiore età si acquista la capacità di compiere tutti gli atti per i quali non sia stabilita un'età diversa; l'art. 316 c.c. stabilisce che il figlio è soggetto alla potestà dei genitori sino all'età maggiore o alla emancipazione; l'art. 320 primo comma stabilisce, infine, che i genitori rappresentano i figli nati e nascituri in tutti gli atti civili e ne amministrano i beni.

L'intera vicenda dei contratti in cui uno dei contraenti sia una persona minore di età ruota, dunque, intorno a due concetti: potestà e rappresentanza.

Ma vi è di più. Il tassello ulteriore che deve essere aggiunto a questo percorso argomentativo, è che il tema del conflitto di interessi è immanente ad entrambi i concetti innanzi richiamati.

E' opportuno chiarire il significato di quest'ultima affermazione.

Come è noto, la potestà rientra nel novero delle situazioni giuridiche soggettive attive. Essa viene comunemente intesa come l'autorità personale e patrimoniale che l'ordinamento attribuisce ai genitori sul figlio minore nel suo esclusivo interesse²². Trattasi, dunque, del potere, attribuito alla volontà di un soggetto (i genitori), di compiere atti giuridici in nome proprio, ma nell'interesse di un'altra persona (il figlio). Già nella definizione viene, dunque, evocata l'alterità dell'interesse, che costituisce l'elemento caratterizzante della nozione.

La rappresentanza, viene, invece, comunemente intesa come il potere (o la legittimazione) di un soggetto (rappresentante) di stipulare contratti con i

²² BIANCA, *Diritto civile*, Vol. 2, Milano, 2005, p. 329.

terzi, o di compiere atti giuridici in genere, in nome e nell'interesse di un altro soggetto (rappresentato)²³. Anche in questo caso appare evidente la dissociazione fra capacità giuridica e capacità di agire e conseguentemente, la evocazione dell'alterità dell'interesse.

Sul piano etico e morale, chi ha una siffatta legittimazione deve agire nell'interesse di colui che rappresenta: tuttavia, compito del diritto è quello di preservare questo delicato equilibrio (fra il *Sein* ed il *Sollen*).

La norma giuridica deve, conseguentemente, porsi come regola socialmente garantita: la garanzia sociale della norma si identifica nella sanzione²⁴.

2. Il principio di non vincolatività del contratto nell'ordinamento italiano.

Il codice civile italiano sancisce il principio perentorio della incapacità di agire delle persone che non abbiano compiuto il diciottesimo anno di età. I minori di età sono quindi considerati privi della capacità di agire e conseguentemente, essi sono ritenuti inidonei a compiere e ricevere gli atti giuridici incidenti sulla propria sfera personale e patrimoniale.

In considerazione del fatto che il minore si trova in uno stato di incapacità di agire assoluta, onde gli è preclusa *in toto* la possibilità di porre in essere atti negoziali, l'amministrazione del suo patrimonio deve necessariamente essere affidata a soggetti terzi che siano in condizione di curarne gli interessi patrimoniali, svolgendo le attività materiali, negoziali e processuali a tal fine necessarie²⁵.

Logico corollario di questo postulato è che anche per l'ordinamento giuridico italiano vige il principio della non vincolatività del contratto stipulato dal minore²⁶.

²³ Sul punto STELLA, *La rappresentanza*, in Trattato del contratto, a cura di V. Roppo, Milano, 2006, Vol. I, p. 723.

²⁴ BIANCA, *Diritto civile*, Vol. I, Milano, 2002, pp. 4 e ss.

²⁵ COSSU, voce *Potestà dei genitori*, in Digesto, IV, Discipline priv, sez. civ., XIV, Torino, 1996, p. 123.

²⁶ È opportuno rilevare che anche nell'impianto del codice civile italiano del 1865 la regola era quella della non vincolatività dei contratti in cui uno dei contraenti non avesse ancora raggiunta la maggiore età. L'art. 1104 del codice civile previgente poneva, infatti, fra i requisiti di validità del contratto, la capacità di contrattare, ed il successivo art. 1105 stabiliva che "qualunque persona può contrattare, se non è dichiarata incapace dalla legge". L'art. 1106, a sua volta, precisava che i minori (così come gli interdetti, gli inabilitati e le donne maritate) sono incapaci di contrattare.

Questo principio è previsto in funzione protettiva del soggetto e persegue la finalità di evitare che la mancanza di una adeguata maturità lo pregiudichi nella vita di relazione.

3. Il rimedio dell'annullamento.

Coerentemente con la funzione di protezione, il legislatore italiano, nel caso di contratti in cui uno dei contraenti non abbia ancora raggiunto la maggiore età, ha previsto la sanzione dell'annullamento e non quella più drastica, della nullità.

L'art. 1425 c.c. stabilisce, infatti, che il contratto è annullabile se una delle parti era legalmente incapace di contrattare²⁷.

La scelta di campo non è di poco conto.

Come è noto, l'art. 1441 del codice civile italiano, stabilisce che l'azione di annullamento del contratto può essere proposta solo dalla parte nel cui interesse è stabilito dalla legge²⁸, salva l'ipotesi di annullabilità derivante dall'incapacità legale del condannato in stato di interdizione legale che, invece, può essere fatta valere da chiunque vi ha interesse. Autorevole dottrina²⁹ vede nella distinzione fra annullabilità assoluta e relativa la diversa natura dell'interesse considerato. In particolare, ritiene che l'annullabilità relativa avrebbe a suo fondamento un interesse negoziale mentre, quella assoluta, avrebbe un interesse estraneo al negozio.

Tale impostazione sembra demolire la apparente intrinseca coerenza del sistema. Se è vero che il principio della non vincolatività del contratto assolve ad una funzione protettiva del minore, perché il legislatore del 1942 non ha optato per la soluzione della nullità, certamente più congeniale con l'impianto del codice?

²⁷ Il codice civile italiano del 1865 (che accoglieva però una sistematica molto diversa dal quella del codice vigente) prevedeva come sanzione la nullità: l'art. 1303 stabiliva, in particolare, che nelle obbligazioni dei minori l'azione di nullità è ammessa, tra l'altro, allorchè il minore non emancipato "ha fatto da sé un atto senza l'intervento del suo legittimo rappresentante".

²⁸ L'art. 1107 del codice civile abrogato prevedeva un principio analogo: " La persona capace di obbligarsi non può opporre l'incapacità del minore (...) con cui essa ha contrattato".

²⁹ PIAZZA, *La convalida nel diritto privato*, Napoli, 1983, pp. 157 e ss.

La risposta è agevole se si tiene conto ancora una volta della peculiarità degli interessi sottostanti e soprattutto delle risultanze derivanti dalla comparazione giuridica.

Si è già avuto modo di precisare (*supra*, capitolo I, § 3 *sub* B) che alcuni ordinamenti giuridici (in particolare, quello inglese) ritengono vincolante il contratto concluso dal minore, sempre che questo rechi a lui una utilità. In questo modo, la stella polare del giurista diventa l'interesse del minore non aprioristicamente definito, e rimesso al prudente apprezzamento di coloro che esercitano su di lui la potestà.

Continuando a ragionare in chiave rigorosamente giuridica, logico corollario di tale impostazione è che il ruolo dei rappresentanti legali del minore, non è necessariamente sostitutivo ma può e deve essere anche di controllo della capacità valutativa della persona di cui hanno la cura. Questa distinzione di ruoli, dunque, consente al giurista-interprete di ri-definire l'autonomia del minore in grado di valutare i propri interessi, ed attribuisce alla potestà genitoriale una valenza meramente sussidiaria, nel senso che essa interviene solo laddove ve ne sia la effettiva necessità.

Né valga obiettare che il genitore, potrebbe, per il solo fatto che il minore ha stipulato un contratto, proporre la relativa azione di annullamento. Questa impostazione, rigorosamente formale, non tiene conto dell'effettivo interesse del minore e soprattutto, della reale funzione della potestà. In tale ipotesi, pertanto, ben potrà essere proposta un'azione *ex art. 333 c.c.*, chiedendo al giudice di adottare i provvedimenti più convenienti nell'interesse del figlio.

4. Eccezioni al principio della non vincolatività del contratto per il minore. Adattamenti e finzioni giuridiche.

Il sistema congegnato dal codice civile italiano, se fosse stato applicato in tutta la sua rigidità, avrebbe potuto dar luogo ad una pericolosa forma di discriminazione e conseguentemente, trasformare la potestà da strumento di tutela del minore a vero e proprio mezzo di coercizione³⁰.

³⁰ La Storia insegna che in passato la famiglia in generale, e l'istituto della potestà genitoriale in particolare, è stata sovente utilizzata come strumento di coercizione del padre nei confronti dei figli, piuttosto che come strumento di libertà per favorire lo sviluppo della

L'incapacità di agire costituisce, infatti, una menomazione dell'autonomia del soggetto che, non solo non può stipulare direttamente gli atti negoziali che incidono sulla propria sfera giuridica, ma non può neppure deciderne il compimento³¹.

La potestà genitoriale, così intesa, sarebbe strumento di mortificazione, piuttosto che di vivificazione dello sviluppo cognitivo del minore. Una siffatta interpretazione delle norme del codice civile si porrebbe però non solo contro la Costituzione, ma anche contro i principi contenuti nelle fonti internazionali³².

Per questo motivo, la nozione di incapacità negoziale tende ad essere ridimensionata e conseguentemente, si assiste ad una progressiva espansione della autonomia del minore.

La dottrina e la giurisprudenza tradizionali³³, volendo tener fede alla lettera delle legge, ma rendendosi conto nel contempo della necessità di adattare il

personalità del minore. In Francia, all'indomani della Rivoluzione del 1789 (in particolare, negli anni 1791 – 1794), fu avviata una intensa attività legislativa (c.d. “*droit intermédiaire*”) volta a creare un solco profondo fra il sistema di diritto comune, ritenuto oramai anacronistico ed incontrollabile per il particolarismo delle fonti, e l'età della codificazione. In materia di diritto di famiglia e di patria potestà, il marchese *Mirabeau*, in un discorso tenuto alla Costituente, affermava: “Quanto meno le leggi accorderanno al dispotismo paterno, tanto più ne verranno rafforzati il sentimento e la ragione. Dite ai padri che il loro principale potere deve racchiudersi nell'autorità delle loro virtù, nella saggezza delle loro lezioni e nelle testimonianze della loro tenerezza”. Nel 1792, a pochi giorni dal voto dell'assemblea legislativa che aveva approvato la legge sul divorzio, si cominciò a smantellare l'istituto della patria potestà. Fu così che l'assemblea dopo un acceso dibattito (“non è raro che la potestà barbara sia esercitata su un figlio sessantenne”), su proposta di Ducastel, fu decretato che “La patria potestà non ha più alcun effetto su un cittadino che abbia raggiunto l'età di ventuno anni”. Pochi anni dopo, con l'avvento di Napoleone, questa ventata di riformismo subì un brusco arresto ed il *code Napoleon* del 1804 impose nuovamente un modello di famiglia monolitica e granitica. Sul punto A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa.. Le fonti ed il pensiero giuridico*, vol. 2, Milano, 2005, pp. 448- 457.

³¹ Sul punto, BIANCA, *Diritto civile*, vol 1, cit., p. 237.

³² Particolarmente interessanti sono le considerazioni svolte su questo tema specifico da J. LONG, *Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali*, Milano, 2006, p. 51. L'Autrice sottolinea che “La tutela dei diritti del minore è in rapporto di specie a genere con quella dei diritti dell'uomo: pertanto, i principi contenuti nei *corpora* normativi relativi ai diritti umani riguardano, in linea di principio, anche i soggetti più giovani della società”. Da ciò ne consegue pertanto che “I minori godono dunque innanzitutto degli stessi diritti civili, economici, sociali e culturali che i documenti generali in materia di diritti dell'uomo riconoscono ad ogni essere umano”. Sul punto si veda anche Corte di Giustizia CE, sentenza 19 ottobre 2004, C- 200/02, *Kunquian Catherine Zhu, Man Lavette Chen c. Secretary of State for the Home department*, p. 20, espressamente richiamata dall'autrice nel lavoro citato.

³³ In termini generali, FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, p. 82, nonché, Id. voce *Capacità (Teoria generale)*, in Enc. del dir., VI, Milano, 1960, pp. 12 e ss.

dato normativo alla realtà, sono ricorsi ad adattamenti e finzioni per giustificare la validità di taluni atti posti in essere dai minori.

In particolare, per giustificare la validità degli atti della vita quotidiana posti in essere dai minori si richiama la norma contemplata dall'art. 1389 c.c. che, ai fini della validità del contratto concluso dal rappresentante richiede che questi abbia la capacità di intendere e di volere, sempre che però, sia legalmente capace il rappresentato. Invertendo i termini della questione, la nozione di rappresentanza legale viene intersecata con quella di rappresentanza volontaria: in particolare, lo schema originario "minore (rappresentato) – genitore (rappresentante), collocato dal legislatore nella prospettiva della rappresentanza legale, viene poi a sua volta rovesciato e fatto confluire nello schema della rappresentanza volontaria, di guisa tale che il genitore (soggetto legalmente capace) diviene il "rappresentato" ed il figlio minore (se capace di intendere e di volere) diviene il rappresentante, o addirittura, spingendosi ancora oltre, un mero *nuncius*.

Trattasi di una costruzione particolarmente complessa che tende a contemperare due esigenze di fondo: il rispetto del dato normativo (*scilicet*: codicistico) e la esigenza di adeguare il più possibile il diritto alla realtà.

In realtà, a ben vedere questa conclusione è la esatta proiezione di ciò che la persona è diventata nella prospettiva contemplata dalla Costituzione, dalle Dichiarazioni universali e dalle Convenzioni internazionali.

Si è in tal modo profilata ed affermata la necessità (di tipo sociologico) di considerare la capacità non da un punto di vista generale ed astratto, ma con riferimento alla concreta situazione, riferita al soggetto come specifica individualità, alla espressione dettagliata del suo modo di essere, alla particolarità che offre un rapporto realmente vissuto, nel contesto del più generale assetto della società, colto nel suo divenire storico³⁴.

Intesa in questi termini, la incapacità del minore tende a svincolarsi dal suo referente normativo apparentemente privilegiato (l'art. 2 del codice civile) per essere proiettata nella norma contemplata dall'art. 428 del codice civile ("*Atti compiuti da persona incapace di intendere e di volere*").

³⁴ STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975, p. 34-35.

Ciò che va indagato dunque è principalmente la capacità del minore (*recte*: la maturità) a compiere atti giuridici ed in particolare, la idoneità di salvaguardare nella migliore maniera possibile i propri interessi³⁵.

È questo forse il punto in cui il giurista non può non avvalersi delle risultanze degli studi di psicologici.

La letteratura più accreditata in materia ritiene che per poter comprendere se il minore è o meno capace di tutelare i propri interessi, è giocoforza riconoscere preliminarmente le sue esigenze. Il genitore deve dunque consentire al figlio di esprimere la sua identità e conseguentemente, egli, non solo deve prendere in considerazione l'evolversi nel corso del suo sviluppo delle capacità di comprensione e di valutazione degli eventi, ma soprattutto, deve valutare la sua capacità di gestione³⁶.

5. Contratti del minore e diritti fondamentali della persona.

La capacità di agire costituisce un predicato fondamentale della persona. La dottrina prevalente accoglie ancora oggi la dicotomia capacità giuridica – capacità di agire, ritenendo di trovarne esplicita conferma nel dato normativo³⁷. Si è inoltre affermato che la capacità giuridica esprime un momento “statico” che esprime un carattere meramente passivo del soggetto, mentre la capacità di agire esprime un momento dinamico, che permette alla soggettività di svolgersi nel suo progressivo divenire.

Con riferimento specifico alla capacità di agire si distingue fra capacità legale, fondata sui presupposti richiesti dalla legge e capacità naturale, fondata, invece, sulle condizioni naturali della persona³⁸. Si sottolinea inoltre che è ben possibile che un soggetto sfornito di capacità di agire abbia la capacità naturale o, al contrario, che un soggetto formalmente capace sia in realtà sfornito momentaneamente o permanentemente di tale capacità.

³⁶ Sul punto, DELL'ANTONIO, *La partecipazione del minore alla sua tutela*, Milano, 2001, p. 104.

³⁷ Per tutti si veda RESCIGNO, voce *Capacità di agire*, in *Novissimo Dig. Italiano*, II, Torino, 1958, ID., voce *Capacità di agire*, in *Dig. It., disc. civ.*, II, Torino, 1988, p. 209, nonché, PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, I, Milano, 1943, p. 164 e ss.

³⁸ Sul punto, GIORGIANNI, *La c.d. incapacità naturale nel nuovo libro del c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, p. 398, nonché, RESCIGNO, *Incapacità naturale e adempimento*, Milano, 1950, *passim*. Conferma tale impostazione BIANCA, *Diritto civile, La norma giuridica i soggetti cit.*, p.- 240 e ss.

Infine, si considera la capacità di intendere e di volere come presupposto della capacità di agire, sostenendosi peraltro, l'impossibilità per la prima di configurarsi come elemento costitutivo della seconda³⁹.

Tutto questo complesso ragionamento perseguiva la finalità di dimostrare che il soggetto di diritto risulterebbe composto da un elemento materiale e da un elemento formale, attraverso il quale si attuerebbe l'inserimento dell'individuo nel sistema normativo⁴⁰.

Questa impostazione è stata oggi superata, ritenendo che "il soggetto non può più intendersi come fattispecie, ma come sintesi a posteriore degli effetti, mera registrazione dell'accaduto, senza alcuna possibilità di individuare previamente gli interessi effettivamente tutelati"⁴¹.

Oggi la problematica della capacità di agire e del contratto viene esaminata anche alla luce delle norme costituzionali. Si afferma così che il riconoscimento della capacità giuridica a tutte le persone fisiche è in realtà priva di contenuto se ad essa non viene correlata la capacità di agire.

Il binomio capacità giuridica – capacità di agire viene dunque posto nella prospettiva del principio di eguaglianza, non solo formale (*ex art. 3 1° co. Cost.*) ma anche e soprattutto, sostanziale (*ex art. 3 2° co. Cost.*)⁴².

Logico corollario di questo postulato è che il problema della capacità di agire debba essere necessariamente inquadrato nella più generale tematica della tutela della personalità e del suo sviluppo, attraverso un unico filo conduttore che lega l'art. 1 del codice civile con gli artt. 2, 3 (primo e secondo comma) e 22 della Costituzione.

Continuando a tracciare questa linea ideale che lega la capacità giuridica alla capacità di agire, nella costruzione di un percorso che intenda in qualche misura delineare una sorta di statuto del minore, appare dunque evidente che il fondamento della incapacità di agire, comunemente individuato nella esigenza di protezione del minore, ritenuto

³⁹ Sul punto, FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, cit., p. 41.

⁴⁰ Sul punto, ALCARO, *Riflessioni critiche intorno alla soggettività giuridica. Significato di una evoluzione*, Milano, 1976, p. 143.

⁴¹ In tal senso si esprime LIPARI, *Spunti problematici in tema di soggettività giuridica*, in *La civilistica italiana dagli anni cinquanta ad oggi, tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Padova, 1991, p. 55. Nella stessa prospettiva, RODOTA', *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano 2004, p. VI.

⁴² In tal senso si esprime RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1994, p. 121.

presuntivamente inidoneo ad attendere ai propri interessi, produce un risultato diametralmente opposto. Per una sorta di eterogenesi dei fini, la norma dell'art. 2 del codice civile, da strumento di protezione si è trasformata in un strumento di emarginazione: il minore, come l'interdetto, diventa così "l'incapace"⁴³.

Ebbene, è significativo notare che le risultanze a cui è giunta la dottrina tradizionale si pongono proprio agli antipodi rispetto alle risultanze a cui è giunta la letteratura psicologica.

Secondo la prospettiva suggerita dagli psicologi, infatti, l'età e la maturità sono parametri che vanno presi in considerazione per la incidenza della partecipazione del minore alle sue scelte: è una sorta di *work in progress* che per dare i suoi risultati deve essere necessariamente messa alla prova.

Se manca questo esercizio il minore viene inevitabilmente relegato in una brutale condizione di minorità!

⁴³ Una problematica per certi versi analoga, si era posta per l'istituto della interdizione, che, anziché essere istituto di protezione, era, di fatto, diventato strumento di emarginazione. Tale paradossale situazione è stata poi superata con la legge 9 gennaio 2004, n. 6, che ha introdotto nel nostro ordinamento (artt. 404 e ss. c.c.) l'istituto dell'amministrazione di sostegno. Sul punto, AUTORINO STANZIONE, ZAMBRANO, *L'amministrazione di sostegno*, Milano, 2005, pp. 61 e ss..

PARTE II

Gli atti non patrimoniali del minore

Capitolo I

Gli spazi di autodeterminazione del minore

Sommario: 1. La peculiarità degli interessi in gioco. 2. Disamina di talune fattispecie di consenso manifestate dal minore. 3. Segue. La vicenda dell'insegnamento della religione cattolica nelle scuole e l'incidenza della volontà del minore.

1. La peculiarità degli interessi in gioco.

Il rapporto fra genitore e figlio rappresenta, per il giurista, un ambito particolarmente significativo per la emersione di interessi che in nessun altro tipo di rapporto giuridico è dato rinvenire.

La potestà dei genitori⁴⁴, infatti, incide sulla sfera giuridica di una persona (nel caso di specie, del figlio minore di età) di guisa tale da comprimerne la sua autonomia.

Il vero problema sul quale il giurista è chiamato a dare una risposta (non senza l'ausilio dei cultori delle scienze psicologiche) riguarda il grado di compressione di tale autonomia.

Dal punto di vista metodologico, per poter dare una compiuta risposta al problema posto, è necessario, preliminarmente, porre correttamente ed in maniera compiuta il quesito.

Ebbene, a tal uopo, riteniamo che, in primo luogo, occorra chiedersi: a) se e fino a che punto, una persona possa prendere decisioni che incidono nella sfera giuridica di un'altra persona; successivamente, una volta che si sia data risposta positiva al quesito, occorre chiedersi: b) quale debba essere il parametro di riferimento nell'assunzione delle decisioni.

La risposta ai due quesiti, che *prima facie* potrebbe apparire banale, nasconde, invece, delle pericolose insidie, soprattutto nel campo degli atti non patrimoniali. Ciò in quanto, proprio in questo ambito particolare (

⁴⁴ Secondo i cultori della teoria generale del diritto, la potestà rientra nel novero delle "situazioni giuridiche soggettive attive". Essa viene definita come il potere attribuito alla volontà di un soggetto, di compiere degli atti giuridici, in nome, e nell'interesse di un altro soggetto. Il connotato che la caratterizza è quindi, "l'alterità dell'interesse" che non si rinviene in nessun'altra situazione giuridica soggettiva attiva: il diritto soggettivo, infatti, è il potere, attribuito alla volontà di un soggetto, di agire per il soddisfacimento di un proprio interesse; il diritto potestativo è, invece, il potere attribuito alla volontà di un soggetto di agire negativamente nell'altrui sfera giuridica, per il soddisfacimento di un proprio interesse.

contrariamente a quello degli atti patrimoniali), è più facile che l'idea della soluzione migliore da adottare nell'interesse del minore, sia legata a matrici culturali marcatamente soggettive che non tengano conto della evoluzione dei tempi, e soprattutto, che siano ancorate ad un deposito valoriale assolutamente contrastante a quello che è il c.d. "*best interest of the child*".

Ed è questa la vera essenza del problema: quale è il miglior interesse del minore? Chi è che lo stabilisce? Quali sono i parametri di riferimento?

Una prima risposta (assolutamente inadeguata all'entità del problema) è rinvenibile nei dati normativi vigenti. In particolare: l'art. 2 1° co. c.c. (*La maggiore età è fissata al compimento del diciottesimo anno. Con la maggiore età si acquista la capacità di compiere tutti gli atti per i quali non è stabilita un'età diversa*); l'art. 316 1° comma c.c. (*Il figlio è soggetto alla potestà dei genitori sino all'età maggiore o alla emancipazione*).

Sulla scorta di questi parametri normativi, il principio generale che si ricava potrebbe essere articolato nelle seguenti proposizioni: *il figlio minore di età, in quanto soggetto legalmente incapace, è soggetto alla potestà dei genitori; questi, pertanto, sono gli unici soggetti legittimati a porre in essere atti giuridici idonei ad incidere (positivamente) nella sua sfera personale e patrimoniale; solo con il compimento del diciottesimo anno, il figlio acquista piena autonomia e può quindi compiere tutti gli atti, che prima di quel momento, sono a lui preclusi.*

Il primo corollario di questo enunciato è che nell'ipotesi in cui vi sia contrasto fra la volontà del minore e quella dei genitori esercenti la potestà, di fronte ai terzi, sarà sempre la seconda a prevalere sulla prima.

Il secondo corollario è che, nella prospettiva del legislatore, i migliori interpreti dell'Interesse del figlio ancora minorenni, sono solo ed esclusivamente i genitori⁴⁵.

L'ambito degli atti non patrimoniali costituisce un significativo terreno di elezione per dimostrare la inadeguatezza del postulato appena enunciato. La rigidità che si desume dai dati di diritto positivo, infatti, mal si concilia con

⁴⁵ Sul punto, VERCELLONE (*La potestà dei genitori: funzione e limiti interni* in Trattato di diritto di famiglia, Vol. II, Milano, 2002, p. 959) afferma che "L'attribuzione della potestà ai genitori risponde ad una valutazione statistica in base alla quale di regola i genitori amano i loro figli, sicché è probabile che di quella autorità facciano buon uso e non ne abusino".

una caratteristica intrinseca al concetto di potestà, che è quella di una sua progressiva erosione direttamente proporzionale al progressivo aumento del grado di maturità del figlio ed alla sua capacità di autodeterminarsi. E' opportuno tener presente che la potestà non è un potere fine a se stesso; essa, richiamando la felice formulazione adoperata dal legislatore del *code civil* francese (art. 371-2), è uno strumento per proteggere ed educare il minore. Conseguentemente, se il fine dell'educazione è quello di rendere il minore un uomo libero, è evidente che gli interessi che emergono nel complesso rapporto fra genitori e figlio, virtualmente coincidenti, col passare del tempo, possono divenire concretamente configgenti.

Gli interessi che si contendono il campo sono quindi due: da un lato, la potestà (dei genitori); dall'altro la libertà (del figlio). L'obiettivo che deve porsi il giurista (con l'indispensabile apporto dello psicologo), in una prima fase, è quello di trovare un equilibrio fra queste due istanze contrapposte; successivamente, è quello di attribuire veste giuridica al concetto di "equilibrio" che rappresenta una regola non solo etica ma anche di sana pedagogia.

Questo è il solco nel quale si svilupperà la seconda parte dell'indagine.

2. Disamina di talune fattispecie di consenso manifestate dal minore.

Sulla scorta delle osservazioni sopra svolte, è agevole desumere che alla dilatazione della autodeterminazione del minore corrisponde una progressiva limitazione della potestà genitoriale.

In ogni caso, poiché la regola (per il nostro diritto positivo) è la incapacità del minore a porre in essere degli atti giuridici, ne deriva che tutte le eccezioni al principio devono essere previste dalla legge o desunte in via interpretativa⁴⁶.

E' questo il punto in cui si fa più evidente la distanza fra la prospettiva *gius-formalista* e quella *gius-realista*: compito del giurista, collocandosi nella prima prospettiva (di diritto positivo) è quello di districarsi in una selva di norme giuridiche per definire l'ampiezza dei limiti della potestà genitoriale;

⁴⁶ E' significativo notare che la dottrina più autorevole qualifichi gli spazi lasciati all'autodeterminazione del figlio, come "limiti esterni alla potestà" (VERCELLONE, *Limiti esterni alla potestà: l'autonomia dell'adolescente*, in Trattato di diritto di famiglia, Vol. II, Milano 2002, p. 971).

collocandosi nella seconda prospettiva (quella *gius*-realista, o se si vuole, *gius*-naturalista), compito del giurista è, invece, quello di definire i limiti della capacità del minore di porre in essere atti giuridici.

A seconda della prospettiva prescelta, quindi, il giurista si trova di fronte a due opposti principi generali: il primo, di diritto positivo, in base al quale il minore non può, di regola, porre in essere atti giuridici, salvi i casi previsti dalla legge (art. 2 1° co. c.c. e 316 1° co. c.c.); il secondo, di matrice *gius*-realista, secondo il quale, il minore può compiere tutti gli atti giuridici, di carattere non patrimoniale, in base alla sua capacità di autodeterminarsi. Nel primo caso, la capacità di autodeterminazione del minore ha valenza residuale, costituendo un limite della potestà genitoriale; nel secondo caso, invece, la potestà genitoriale ha valenza meramente sussidiaria, intervenendo laddove il minore abbia bisogno di protezione e di tutela.

E' ancora significativo notare, che aderendo alla prima prospettiva, gli art. 2 1° co. c.c. e 316 1° c.c., costituiscono la regola, mentre le ipotesi che derogano ai principi ivi enucleati rappresentano l'eccezione; aderendo, invece, alla seconda prospettiva, gli artt. 2 1° co. c.c. e 316 1° co. c.c., rappresentano l'eccezione al principio della autodeterminazione del minore a compiere atti giuridici non patrimoniali.

La dialettica regola – eccezione costituisce, per l'interprete, un valido ausilio per superare la antinomia fra i due opposti principi generali: quello di matrice *gius* – formalista e quello di matrice *gius* –realista.

A tal uopo, per rendersi conto della entità del problema, è giocoforza esaminare, in concreto, quali sono le norme giuridiche che *ex professo* consentono al minore di porre in essere atti giuridici non patrimoniali. Solo all'esito di tale disamina sarà possibile capire quale sia la regola e quale l'eccezione e quindi comporre la predetta antinomia. Il metodo adoperato sarà quello della interpretazione assiologica e teleologica.

Come già rilevato, la dottrina prevalente distingue le previsioni normative esplicite da quelle deducibili per interpretazione.

Con riferimento alle prime, meritano di essere annoverate le seguenti.

- a) L'art. 84 del codice civile, dopo aver stabilito, al primo comma, che i minori di età non possono contrarre matrimonio, precisa, al comma successivo, che il tribunale (per i minorenni) su istanza

dell'interessato, accertata la sua maturità psico – fisica e la fondatezza delle ragioni addotte, può (...) ammettere, per gravi motivi, al matrimonio chi abbia compiuto i sedici anni. La norma in parola merita di essere menzionata per due motivi. *In primis*, perché attribuisce al minore (che abbia compiuto il sedicesimo anno di età) la legittimazione a richiedere l'autorizzazione; in secondo luogo, perché il tribunale, deve valutare la sua maturità psico-fisica. In questo caso, la volontà dei genitori non ha nessuna rilevanza ed il matrimonio potrà essere celebrato anche in caso di loro opposizione⁴⁷.

- b) L'art. 250 5° co. del codice civile, in materia di filiazione naturale, stabilisce che il riconoscimento non può essere fatto dai genitori che non abbiano compiuto il sedicesimo anno di età.
- c) L'art. 250 2°co. del codice civile, stabilisce che il riconoscimento del figlio che ha compiuto i sedici anni, non produce effetto senza il suo assenso.
- d) L'art. 7 2° comma della legge 4 maggio 1983, n. 184 (modificata dalla legge 28 marzo 2001, n. 149) intitolata, "*Diritto del minore ad una famiglia*", stabilisce che il minore, che ha compiuto il quattordicesimo anno di età, non può essere adottato se non presta personalmente il proprio consenso che, peraltro, può essere revocato fino alla pronuncia definitiva dell'adozione.
- e) L'art. 12 della legge 22 maggio 1978, n. 194 stabilisce che l'aborto della minorenni può essere autorizzato dal giudice tutelare, su richiesta della ragazza, qualunque sia la sua età.
- f) L'art. 1 della legge 18 giugno 1986, n. 281 (*Capacità di scelte scolastiche e di iscrizione nelle scuole secondarie superiori*) sancisce il diritto degli studenti che frequentano la scuola secondaria superiore (e quindi che hanno compiuto il quattordicesimo anno di

⁴⁷ Sul punto , in particolare, DOGLIOTTI, *La potestà dei genitori e l'autonomia dei minori*, Milano 2007, p. 271 e ss.

età) il diritto di scegliere se avvalersi o meno dell'insegnamento della religione cattolica.⁴⁸

Con riferimento specifico agli spazi di autonomia del minore deducibili in via interpretativa, meritano di essere segnalati i problemi che riguardano le fondamentali libertà costituzionali: si allude in particolare, alla libertà religiosa ed a quella politica.

Passando in rassegna talune fattispecie normative che esplicitamente attribuiscono al minore uno specifico potere decisionale, si è richiamata la norma contemplata dall'art. 1 della legge 18 giugno 1986, n. 281 che sancisce il diritto degli studenti che frequentano la scuola secondaria superiore, di avvalersi o meno dell'insegnamento della religione cattolica.

Orbene, il quesito che il giurista è tenuto a porsi è il seguente: lo stesso diritto può essere attribuito anche ai minori non studenti di età corrispondente a quelli che frequentano la scuola secondaria superiore?

La risposta non può che essere positiva e ciò per una fondamentale esigenza di eguaglianza (*ex art. 3 1° co. Cost.*). Ben può dunque un adolescente scegliere il proprio credo religioso anche se in contrasto con quello imposto dai genitori e, per analogia, può anche scegliere di non seguire alcun credo religioso, coltivando una sua vocazione di agnosticismo.

Diversa, sotto alcuni profili, è invece la questione relativa alla libertà politica.

Può un soggetto minore di età iscriversi ad un partito politico, anche contro la volontà dei suoi genitori? La risposta al quesito è tutt'altro che agevole. Mentre infatti l'art. 18 1° comma Cost. sancisce il diritto di tutti i cittadini di associarsi liberamente per fini che non sono vietati ai singoli dalla legge penale, dall'altro, l'art. 48 1° comma Cost. stabilisce che sono elettori i cittadini, uomini e donne, che hanno raggiunto la maggiore età.

Al quesito però pare doversi dare risposta affermativa in quanto il diritto di voto è solo uno dei modi per manifestare il proprio credo politico, ed

⁴⁸ Su questo tema, per la complessità e l'interesse della questione, più ampie considerazioni saranno svolte *infra*, al § 3.

anzi, è obbligo del genitore (*ex art. 147 c.c.*) educare la prole tenendo conto delle capacità, della inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli⁴⁹.

Sulla scorta dei dati richiamati di natura espressamente normativa o desumibili per interpretazione, è dunque possibile concludere che il minore che abbia compiuto i sedici anni abbia la capacità di porre in essere delle importanti scelte anche di natura esistenziale che riguardano la propria persona ed il proprio modo di essere. In questo caso, ai genitori che esercitano la potestà è riconosciuto solo un generico potere di sorveglianza e, in caso di abuso, la questione sarà ovviamente rimessa al tribunale per i minorenni, chiamato a decidere *ex art. 333 cc.*

3. Segue. La vicenda dell'insegnamento della religione cattolica nelle scuole e l'incidenza della volontà del minore.

Nella definizione degli spazi di autonomia del minore merita di essere annoverata la problematica relativa alla scelta dell'insegnamento della religione cattolica.

Come è noto, la questione è stata oggetto di uno specifico intervento del legislatore ordinario che, con la legge 18 giugno 1986, n. 281, ha introdotto un ulteriore profilo di discontinuità rispetto a quella che appare la regola generale desumibile dalla interpretazione letterale degli artt. 2 e 316 c.c..

L'art. 1 della legge richiamata attribuisce, infatti, agli studenti della scuola secondaria superiore, il diritto di scegliere se avvalersi o meno dell'insegnamento della religione cattolica. Tale fondamentale diritto è esercitato personalmente dallo studente.

Anche in questo ambito specifico, in caso di conflitto, sarà dunque la volontà del minore a prevalere su quella del genitore.

⁴⁹ Propende per la soluzione indicata nel testo VERCELLONE, o.u.c., p.978, il quale però afferma che "Al genitore è naturalmente attribuita la facoltà di riconoscere *di fatto* al figlio un'ampia libertà di scelte politiche e di relative attività, tenendo conto delle inclinazioni del figlio, della sua età, della sua individuale maturità; divieti o limitazioni arbitrari, possono giustificare interventi del Tribunale per i minorenni a protezione della libertà del figlio". Autorevole dottrina afferma altresì che "devono reputarsi esclusi dalla regola della incapacità negoziale quegli atti nei quali si estrinsecano le libertà fondamentali della persona, salva solo l'interferenza del genitore o del tutore, giustificata dalla funzione di educazione e di cura". Sul punto, BIANCA, *Diritto civile*, I, Milano, 2002, p. 237.

Il legislatore del 1986 ha introdotto, forse in maniera inconsapevole, una norma in grado di scardinare un principio generale apparentemente consolidato.

E' particolarmente interessante per l'interprete collocarsi in una prospettiva diacronica per rendersi conto della evoluzione del diritto in questo ambito e come, la norma dell'art. 2 del codice civile sia stato nel tempo sottoposto ad un processo di progressiva erosione contenutistica: per il giurista di oggi è dunque arduo affermare ancora che il principio della incapacità legale del minore, con riferimento specifico al compimento degli atti non patrimoniali, costituisca ancora la regola.

Questa soluzione interpretativa è peraltro anche avallata dalle fonti internazionali con cui il nostro diritto non può non misurarsi.

In particolare, l'art. 14 primo comma della Convenzione sui diritti del fanciullo (adottata a New York il 20 novembre 1989 e ratificata dall'Italia con la legge 27 maggio 1991, n. 176) sancisce il diritto del fanciullo alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione.

Nella stessa prospettiva, si colloca, sia pure in termini più generali, l'art. 10 della Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea (adottata a Nizza il 7 dicembre 2000), nella parte in cui stabilisce che ogni individuo (incluso quindi il minore di età) ha diritto alla libertà di coscienza, di pensiero e di religione.

La vicenda specifica dell'insegnamento della religione cattolica in Italia rappresenta, dunque, un terreno di elezione particolarmente significativo, perché riduce in maniera sensibile la divaricazione fra prospettiva gius-formalista e prospettiva gius-realista ed arriva a considerare la volontà del minore, in caso di conflitto con quella dei genitori, non già prevalente, ma addirittura esclusiva.

Capitolo II

Informazione e consenso del minore nei trattamenti sanitari

Sommario: 1. L'esercizio dei diritti della personalità del minore e la necessità che questi sia a conoscenza della malattia. 2. Disamina di talune fattispecie di consenso manifestate dal minore. 3. Segue. Disciplina degli stupefacenti e della prevenzione e cura dell'AIDS. 4. Segue. Il ricovero in degenza ospedaliera per la cura della malattia mentale.

1. *L'esercizio dei diritti della personalità del minore e la necessità che questi sia a conoscenza della malattia.*

La dottrina tradizionale ritiene che anche in tema di trattamenti sanitari la regola generale da applicare sia quella contemplata dall'art. 2 c.c., inferendone, conseguentemente, che la volontà dei figli minorenni sia irrilevante e che i consensi in materia di accertamenti e trattamenti sanitari siano legittimamente prestati dai genitori⁵⁰.

Questo è un ulteriore tema in cui appare evidente un conflitto di posizioni e la scelta formale del legislatore appare sicuramente inadeguata.

Occorre in primo luogo rilevare che, ancor prima della disamina del conflitto, è gioco forza esaminare il momento formativo della volontà: se è vero che il conflitto è fra due volontà, il giurista dovrà, *in primis*, accertarsi del fatto che essa sia correttamente formata.

Affinché ciò accada è necessario che siano fornite tutte le informazioni relative al trattamento sanitario a cui il minore dovrà essere sottoposto.

La letteratura medica più accreditata sostiene che nella prassi ospedaliera più ricorrente i ragazzi (e talvolta anche i bambini) vengono sempre informati della situazione. Ciò accade anche perché essi lo

⁵⁰ VERCELLONE, *La potestà dei genitori*, in Trattato di diritto di famiglia diretto da Paolo Zatti, Milano 2002, Vol.II, p. 995. L'Autore giustifica la posizione esposta nel testo, ritenendo che "Questa soluzione ha una sua logica. È vero che la salute, la sofferenza, anche la vita in gioco è quella loro, dei minorenni, non quella dei genitori; ma è anche vero che è propria dei bambini ed anche dei ragazzi, una minore esperienza del pericolo e del dolore, una minore capacità di rappresentarsi il futuro, una maggiore emotività. D'Altronde, almeno statisticamente, vale la presunzione che il genitore si curi, si preoccupi della salute e della vita dei suoi figli".

verrebbero comunque a sapere, e talvolta anche senza la sensibilità che può avere un medico o, ancor meglio, uno psicologo⁵¹.

È inoltre importante che tali informazioni sia comunicate al minore, perché sarà lui a doversi sottoporre alla terapia e quindi dovrà essere collaborativo per la sua migliore riuscita.⁵²

Particolarmente emblematica è una vicenda giudiziaria che ha riguardato una bambina (di dieci anni) affetta da un tumore e che si rifiutava di sottoporsi alla chemioterapia. Ebbene, è significativo notare che il tribunale per i minorenni di Brescia, in una prima fase, aveva imposto la prosecuzione del trattamento, nonostante la volontà contraria da lei manifestata⁵³. A seguito di una successiva azione proposta, lo stesso tribunale, rivedeva la propria posizione, constatando “la mancanza di strumenti attuativi per assicurare alla bambina il diritto ad un confacente trattamento sanitario” ed evidenziando “una lucidità ed una determinazione non facilmente riscontrabili in bambini della sua età”⁵⁴.

La sentenza richiamata merita di essere segnalata perché pone l’attenzione sul momento volitivo del minore. Nel caso di specie, la volontà dei genitori era conforme a quella della bambina: ma *quid iuris* se i genitori avessero insistito per la prosecuzione delle terapia, nonostante il netto rifiuto da lei opposto? Probabilmente, si sarebbe giunti alla stessa conclusione e ciò in quanto, come esattamente evidenzia il tribunale, ella ha espresso un diniego “senza esitazioni”, mostrando dunque una capacità cognitiva e volitiva che non necessitava in alcun modo di essere integrata (o peggio, sostituita) dalla volontà dei genitori.

⁵¹ Tali informazioni, risalenti all’anno 2002, sono acquisite dal Prof. E. Madon, responsabile di oncematologia nel dipartimento di scienze pediatriche e dell’adolescenza dell’Università di Torino. Egli evidenzia, in particolare, che a volte, le informazioni del proprio stato di salute, i minori le apprendono dagli altri piccoli ospiti (mediante frasi come “anche tu hai la leucemia visto che sei nella mia stessa stanza”) o, più semplicemente, leggendo le indicazioni nei reparti.

⁵² STANZIONE, SCIANCALEPORE, *Minori e diritti fondamentali*, Milano, 2006, p. 117., Nella stessa prospettiva, VIGNALI, *La tutela della salute del minore*, in *Diritto della Famiglia e delle persone*, p. 1422.

⁵³ Tribunale per i minorenni di Brescia, 16 marzo 1999, inedita.

⁵⁴ Tribunale per i minorenni di Brescia, 18 maggio 1999, in *La nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2000, I, 204, con nota di GRIFASI..

Questa dolorosa vicenda giudiziaria (conclusasi con la morte della piccola) conferma dunque che in realtà non è vero che la volontà dei figli minorenni è irrilevante; vale anzi l'esatto contrario: e cioè che se il minore è capace di auto-determinarsi anche nel compimento di scelte cruciali per la sua vita, la volontà dei genitori non può sostituirsi a quella dei figli.

Il provvedimento giudiziario da ultimo richiamato resiste anche alla prova di compatibilità con la normativa internazionale. Come è noto, infatti, l'art. 6 della Convenzione di Strasburgo sui diritti dell'uomo e la biomedicina del 19 novembre 1996, stabilisce che per il consenso ad un determinato trattamento sanitario, il parere del minorenne è considerato determinante in funzione dell'età e del suo livello di maturità.

In tal senso, particolarmente felice è la formulazione della norma contemplata da § 1626 del BGB secondo cui "i genitori hanno il dovere ed il diritto di prendersi cura del figlio minorenne". L'idea del "prendersi cura" esprime esattamente l'essenza della potestà che non deve tradursi in autorità, bensì in servizio finalizzato alla realizzazione di un interesse altrui.

2. Disamina di talune fattispecie di consenso manifestate dal minore.

Sulla scorta di questa premessa, è ora opportuno passare in rassegna talune ipotesi volte a suffragare la tesi esposta. L'*iter* argomentativo prescelto prenderà in esame taluni casi limite, dove l'elemento volitivo del minore è compromesso da forme (più o meno gravi) di alterazione mentale. Si allude in particolare: alla disciplina degli stupefacenti e della prevenzione e cura dell'AIDS (*sub* 3); al ricovero in degenza ospedaliera per la cura della malattia mentale (*sub* 4). All'esito, saranno svolte (*sub* 5) talune considerazioni relative al compimento, da parte del minore, di atti di disposizione del proprio corpo.

Come è agevole desumere, le ipotesi richiamate (in particolare quella *sub* 3 e *sub* 4), rappresentano un terreno di elezione particolarmente significativo per la definizione dei conflitti di interessi, proprio perché in questo ambito, la volontà dei genitori non è integrativa di quella del minore, ma potrebbe essere talvolta, addirittura, sostitutiva.

È altresì significativo rilevare che tutte le ipotesi innanzi menzionate non sono il frutto di elaborazioni giurisprudenziali, ma costituiscono l'oggetto specifico di tematiche affrontate *ex professo* dal legislatore⁵⁵.

3. *La disciplina degli stupefacenti e della prevenzione e cura dell'AIDS.*

La dialettica regola - eccezione torna ancora utile all'interprete per definire l'incidenza della volontà del minore nell'ambito dei trattamenti sanitari. La disciplina dettata in tema di sostanze stupefacenti e quella in tema di prevenzione e cura dell'AIDS, sono considerate dalla dottrina tradizionale come delle eccezioni rispetto alla regola generale prevista dagli artt. 2 e 316 c.c..

L'art. 120 2° comma del D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (*Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza*) in tema di terapia volontaria e anonimato, stabilisce che “Qualora si tratti di minore di età o incapace di intendere e di volere, la richiesta di intervento può essere fatta, oltre che personalmente dall'interessato, da coloro che esercitano su di lui la potestà parentale o la tutela”.

Si tratta di una norma davvero significativa perché rovescia l'impostazione contemplata nel codice civile⁵⁶. La richiesta di intervento è posta in essere, *in primis*, dal minore e solo se questi non è capace, da coloro che esercitano su di lui la potestà.

Ancora una volta però si rende necessario un quesito. *Quid iuris* in caso di richiesta fatta dai genitori esercenti la potestà parentale fatta senza il consenso, o addirittura contro il consenso del minore? Ancora una volta ci troviamo di fronte ad un chiaro conflitto di posizioni (*recte*: di interessi) che pare possa avere un'unica soluzione: le terapie, incluse

⁵⁵ Ritene VERCELLONE, o.l.u.c. che “Poiché in tutte queste norme (art. 11 della l. 170/1978 e art. 33 della l. 833/78) non si fa cenno ai minori di età, se ne dovrebbe dedurre che, in forza delle regole generali (artt. 2 e 316 c.c.), la volontà rilevante, il consenso necessario non sono quelli del soggetto direttamente interessato, se minore di età, sibbene quelli del suo genitore (o del suo tutore)”.

⁵⁶ La dottrina più recente però esclude che tale norma costituisca una regola di carattere generale. Sul punto, DOGLIOTTI, *La potestà dei genitori*, cit. p. 298.

quelle di recupero delle tossicodipendenze, richiedono la volontà partecipativa e la collaborazione di colui che deve essere curato. Un trattamento imposto a chi non vuole liberarsi dalla dipendenza di sostanze stupefacenti è destinato a fallire miseramente.

Anche il tema della prevenzione e cura dell'AIDS reca profili rilevanti in ordine all'oggetto della presente indagine.

La legge 5 giugno 1990, n. 135 (*Programma di interventi urgenti per la prevenzione e la lotta contro l'AIDS*), all'art. 5 3° comma, stabilisce che nessuno può essere sottoposto, senza il suo consenso, ad analisi tendenti ad accertare l'infezione da HIV se non per motivi di necessità clinica nel suo interesse.

Poiché la norma non dice nulla in ordine alla posizione dei minori, la dottrina tradizionale ha ritenuto applicabile la regola generale, secondo la quale, la volontà del minore è sostituita da quella dei genitori esercenti la potestà⁵⁷.

Ebbene, sulla scorta delle considerazioni precedentemente svolte, questa interpretazione non può essere condivisa.

La soluzione proposta non tiene conto del dato normativo nella sua interezza. Il quarto comma del citato articolo 5, stabilisce infatti che "la comunicazione di risultati di accertamenti diagnostici diretti o indiretti per infezione da HIV, può essere data esclusivamente alla persona cui tali esami si riferiscono".

Si tratta di un principio giuridico di notevole rilevanza che sconfessa la tesi innanzi esposta, perché se l'accertamento diagnostico deve essere consegnato esclusivamente alla persona che ad esso si è sottoposta, è evidente, che solo quella persona può decidere se effettuare o meno il test, a prescindere dal fatto che abbia o meno raggiunta la maggiore età.

4. *Segue. Il ricovero in degenza ospedaliera per la cura della malattia mentale.*

È significativo che in un ambito così sensibile come quello della cura della malattia mentale, anche le posizioni tradizionali sembrano

⁵⁷ VERCELLONE, *oluc.*, p. 993.

attribuire maggiore rilevanza alla volontà del minore. Il problema è particolarmente delicato perché, in questi casi, il minore non ha una adeguata capacità di discernimento.

Può dunque la volontà del genitore sostituirsi a quella del minore? E quando si deve, invece, ricorrere al T.S.O.?

Per rispondere compiutamente al quesito proposto, è necessario prendere in esame alcune ipotesi che si possono verificare.

Può accadere che vi sia convergenza fra la volontà del minore e quella dei genitori. E' evidente che in questo caso non si debba ricorrere al trattamento sanitario obbligatorio.

Può accadere, invece, che vi sia divergenza fra le due volontà. In particolare: a) che il ragazzo chieda l'ospedalizzazione, ma i genitori la rifiutino; b) che i genitori chiedano la ospedalizzazione, ma il ragazzo la rifiuti. Come si risolve questo problema?

Nel primo caso, seguendo l'orientamento tradizionale, l'ospedale non potrebbe accettare il minore che chieda di essere ricoverato, senza il consenso dei genitori esercenti la potestà. Questa tesi lascia però perplessi, perché se la richiesta di aiuto parte dal minore ed il genitore non è in grado di recepire le sue esigenze, non si riesce a capire il motivo per il quale tale istanza debba essere disattesa.

Sarebbe forse più corretto muoversi nella logica del caso per caso e ritenere che tutte le volte in cui vi sia una divergenza di volontà si debba ricorrere al tribunale dei minorenni (*ex art. 333 c.c.*) solo nel caso in cui il rifiuto del genitore sia supportato da motivazioni che, quantunque non rispondenti all'interesse del minore, risultino comunque dotate di una loro intrinseca coerenza.

Nel secondo caso, la soluzione appare più lineare. E' infatti evidente la centralità della volontà del minore che, in caso di ospedalizzazione psichiatrica, vede limitata la propria libertà personale. In questo caso, ove ritenuto necessario, quindi, non basta la volontà dei genitori per disporre la degenza ospedaliera in un reparto psichiatrico, ma si rende

necessaria la procedura prevista dall'art. 35 della legge 833/78, in tema di trattamento sanitario obbligatorio⁵⁸.

⁵⁸ Sul punto, DOGLIOTTI, *La potestà* cit., p. 299. L'Autore sostiene che la normativa nulla prevede in ordine alla posizione del minore e precisa che "Si tratterebbe di ricovero volontario, ove3 convergessero la volontà del genitore e del figlio; in caso di contrasto, invece, secondo il principio generale (...) dovrebbe prevalere il consenso o il dissenso del minore".

CONCLUSIONI

Conclusioni

Sommario: 1. La prospettiva *gius* - formalista e quella *gius*-realista: il ruolo del giurista nella definizione di un difficile equilibrio. 2. Prospettive *de iure condendo*.

1. La prospettiva gius - formalista e quella gius-realista: il ruolo del giurista nella definizione di un difficile equilibrio.

Durante l'intero sviluppo dell'indagine è apparso evidente lo scollamento del diritto positivo alla realtà quotidiana: lo si è visto a proposito degli atti non patrimoniali, dove però più ampi sono i margini di autonomia riconosciuti al minore; ma lo si è visto in maniera ancor più evidente a proposito degli atti di natura patrimoniale, caratterizzati ancora da un radicato ancoraggio alla disciplina codicistica⁵⁹.

Del resto, nel 1942, quando fu emanato il codice civile, la concezione della famiglia era intesa ancora in termini autoritari: ma il diritto non può essere ridotto ad un universo di norme e sanzioni⁶⁰!

Compito del giurista è, avvalendosi della profondità della storia, quello di recuperare una dimensione più sostanziale dei fenomeni e disancorarsi dalla lettera della legge.

Pensare ancora che i minori siano soggetti sprovvisti di autonomia e ritenere che in virtù della norma dell'art. 2 del codice civile tutti gli atti da loro posti in essere siano invalidi, significa non tener conto di quasi sessanta anni di storia.

Valga a tal uopo ancora l'insegnamento di Salvatore Pugliatti, il quale, a metà degli anni cinquanta dello scorso secolo, si chiedeva come lavora lo storico e come lavora il dogmatico del diritto. Egli afferma che "Il primo fa la storia degli istituti giuridici. Senonché, a rigore, l'istituto giuridico è un concetto, cioè un'astrazione. In questo senso, è una entità perfettamente individuata, e la descrizione diacronica che si dice storia, si risolve in una serie di descrizioni scaglionate nel tempo. Serie discontinua dunque". Il dogmatico del diritto, invece, "descrive anch'egli gli istituti giuridici, isolati

⁵⁹ Sul punto, DE CRISTOFORO, *Il contenuto patrimoniale della potestà*, in Trattato di diritto di famiglia a cura di P. Zatti, Milano, 2002, Vol II, p. 1077, secondo cui "L'amministrazione del patrimonio compete nella sua pienezza, soltanto al genitore che della potestà abbia l'esercizio".

⁶⁰ Interessanti sono le considerazioni svolte da P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007, *passim*.

e staccati dal fluire del tempo. Anch'egli ha da fare con astrazioni, con entità discontinue tra loro contigue, nella prospettiva spaziale statica che costituisce la premessa della descrizione sincronica"⁶¹.

L'evolversi della storia conferisce quindi una connotazione diversa alle norme giuridiche cristallizzate nel codice, che pertanto, non possono essere intese nella loro immobile fissità, ma necessariamente devono venir contaminate dal fluire del tempo.

Non dunque il momento genetico della norma contribuisce a creare il diritto inteso come ordinamento, ma il suo momento applicativo⁶².

Il diritto dei minori, forse più di ogni altro segmento dell'ordinamento giuridico, è intriso di positivismo sociologico: da ciò deriva dunque la necessità di ricercare le fonti del diritto al di là delle leggi, prendendo in esame la ricchezza dell'esperienza sociale⁶³.

Ed oltre il realismo sociologico, il diritto dei minori deve tener conto della evoluzione non solo dell'uomo, ma anche dell'individuo – persona: ecco perché, nel suo momento applicativo, l'anacronistico art. 2 del codice civile italiano assume ancora oggi una connotazione dinamica assolutamente impensata.

L'idea del "bambino interlocutore"⁶⁴ è certamente il precipitato di una elaborazione culturale che tiene conto di una serie di indici, non ultimo, il più elevato grado di scolarizzazione che ha sicuramente dotato la persona che non ha ancora raggiunto la maggiore età, di un maggior grado di autonomia, tale da renderla un soggetto pensante.

De iure condito, si può dunque concludere che la progressiva dilatazione della capacità del minore a compiere atti giuridici (siano essi di natura patrimoniale o non patrimoniale) e la conseguente progressiva erosione della potestà genitoriale è una conquista che può ritenersi già acquisita avvalendosi dei procedimenti di interpretazione assiologia e teleologica.

⁶¹ PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo nel diritto*, in *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, p. 85.

⁶² Sul punto, CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*,. *Le fonti ed il pensiero giuridico*, Vol. I, Milano 1982, p. 10.

⁶³ Sul punto, GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, II, Paris, 1954, p. 54 e ss.

⁶⁴ Così lo definisce DELL'ANTONIO, *La partecipazione cit.*, p. 104.

2. Prospettive de iure condendo.

Recenti studi di psicologia⁶⁵ ritengono che in una prospettiva di riforma legislativa occorrerebbe prendere in maggior considerazione la capacità di discernimento del minore nell'ascoltarlo, nel tener conto delle sue opinioni e dei suoi desideri. L'ascolto del minore non dovrebbe limitarsi ad una semplice presa d'atto, ma dovrebbe, invece, costituire il punto di partenza per consentire al minore di partecipare alle decisioni che riguardano il suo futuro.

A questo punto, si pone per il giurista un ulteriore dilemma: è opportuno, *de iure condendo*, incidere sul tema dell'autonomia del minore?

Gli scenari sono almeno due: a) proseguire come se nulla fosse e quindi lasciare immutato il quadro normativo attualmente vigente, che ha dimostrato, tutto sommato, una buona tenuta; b) modificare la disciplina attualmente vigente, traducendo in chiare norme ciò che nella vita reale già succede.

Qualora si volesse optare per questa seconda soluzione, si aprirebbero nuovi scenari: in particolare i) si potrebbe ampliare il regime delle eccezioni alla incapacità legale; ii) si potrebbe abbassare l'età per certe categorie di contratti; c) si potrebbe attenuare ulteriormente la sanzione prevista nel caso di mancato rispetto del precetto.

Ciascuna di queste soluzioni reca pregi e difetti: in realtà è solo il diritto vivente a stabilire l'esatta portata del principio: Gibran, in un suo scritto del 1923 scriveva: *“I vostri figli non sono i vostri figli: essi sono i figli e le figlie della smania della Vita per se stessa. Vengono attraverso di voi ma non da voi e benché stiano con voi non vi appartengono. Voi potete dar loro il vostro amore, ma non i vostri pensieri, poiché essi hanno i propri pensieri (...). Voi potete sforzarvi di essere come loro, ma non cercate di renderli simili a voi (...). Voi siete archi dai quali i vostri figli vengono proiettati in avanti, come frecce viventi”*⁶⁶.

⁶⁵ Ancora, DELL'ANTONIO, *La partecipazione del minore* cit., p. 104 e ss.

⁶⁶ GIBRAN, *Il profeta*, New York, 1923, (trad. italiana di G.F. Brambilla, Milano, 2006, pp. 18 – 19).

I CONFLITTI DI INTERESSI NEGLI ATTI DEL MINORE

Bibliografia

1. ALCARO, *Riflessioni critiche intorno alla soggettività giuridica. Significato di una evoluzione*, Milano, 1976.
2. G. ALPA e M. ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, Milano, 2005.
3. G. ALPA, *Storia, fonti, interpretazione*, in Trattato di diritto civile, Milano, Vol I.
4. AUTORINO STANZIONE, ZAMBRANO, *L'amministrazione di sostegno*, Milano, 2005
5. BEALE, BISHOP, FURMSTON, *Contract, Cases and Materials*, 1990.
6. C.M. BIANCA, *Diritto civile, La norma giuridica. I soggetti*, Vol. I, Milano, 2002.
7. C.M. BIANCA, *Diritto civile, La famiglia. Le successioni*, Vol. 2, Milano, 2005.
8. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, Parte I, Milano 2001.
9. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa, Le fonti ed il pensiero giuridico*, Vol. I, Milano 1982.
10. A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti ed il pensiero giuridico*, Vol. II, Milano 2005.
11. COSSU, voce *Potestà dei genitori*, in Digesto, IV, Discipline priv, sez. civ., XIV, Torino, 1996, p. 123.
12. G. DE CRISTOFARO, in Trattato del diritto di famiglia, diretto da Paolo Zatti, Vol. II, Filiazione, Milano, 2002.
13. M. DOGLIOTTI, *La potestà dei genitori e l'autonomia dei minori*, Milano 2007.
14. A.M. DELL'ANTONIO, *La partecipazione del minore alla sua tutela*, Milano, 2001.
15. E. DEL PRATO, in Trattato del contratto, diretto da Vincenzo Roppo, Vol IV, Milano, 2006.

16. A. DIURNI e D. HENRICH, *Percorsi europei di diritto privato e comparato*, Milano, 2006.
17. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939.
18. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, II, Paris, 1954.
19. GIORGIANNI, *La c.d. incapacità naturale nel nuovo libro del c.c.*, in Riv. dir. civ., 1939.
20. FALZEA, voce *Capacità (Teoria generale)*, in Enc. del dir., VI, Milano, 1960, pp. 12 e ss.
21. E. GROSSI, *La tutela del minore nel commercio elettronico e nella rete Internet*, in LIUC Papers n. 138, Serie Impresa e Istituzioni, 2003.
22. P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*. Milano, 2007.
23. H. KOTZ e S. PATTI, *Diritto europeo dei contratti*, Milano, 2005.
24. L. VON FRANZ, *Puer Aeternus*, Boston, 1970 (ora in trad. it. *L'eterno fanciullo. Il genio creativo dell'infanzia*, Milano, 1977.
25. JUNG, *Gli archetipi dell'inconscio*, in Opere, vol. IX, tomo I, trad. it., Torino, 1980.
26. MCKENDRIC, *Contrat Law. Texts, Cases and Materials*, Oxford, 2003.
27. LIPARI, *Spunti problematici in tema di soggettività giuridica*, in *La civilistica italiana dagli anni cinquanta ad oggi, tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Padova, 1991, p. 55.
28. J. LONG, *Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali*, Milano, 2006.
29. B. MARKESINIS, *Il metodo della comparazione*, Milano, 2004.
30. L. MOCCIA, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano, 2005.
31. MONTANIER, *Les actes de la vie courante en matière des incapacités*, in J.C.P., 1982, I, p. 3076.
32. A. PALAZZO, *La filiazione*, in Trattato di diritto civile e commerciale diretto da Piero Schlesinger, Milano 2007.
33. G. PIAZZA, *La convalida nel diritto privato*, Napoli, 1983.

34. PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, I, Milano, 1943.
35. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo nel diritto*, in *Grammatica e diritto*, Milano, 1978.
36. RAISON, *Le statut des mineurs et des maieurs protégés*, 1990.
37. RESCIGNO, *Incapacità naturale e adempimento*, Milano, 1950.
38. RESCIGNO, voce *Capacità di agire*, in *Novissimo Dig. Italiano*, II, Torino, 1958.
39. RESCIGNO, voce *Capacità di agire*, in *Dig. It., disc. civ.*, II, Torino, 1988.
40. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1994.
41. RODOTA', *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano 2004.
42. R. SCHULZE e R. ZIMMERMANN, *Testi fondamentali di diritto privato europeo*, Milano, 2003.
43. P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975.
44. P. STANZIONE e G. SCIANCALEPORE, *Minori e diritti fondamentali*, Milano, 2006.
45. G. STELLA, *La rappresentanza*, in *Trattato del contratto*, a cura di V. Roppo, Milano, 2006, Vol. I, p. 723.
46. P. VERCELLONE, in *Trattato del diritto di famiglia*, diretto da Paolo Zatti, Vol. II, Filiazione, Milano, 2002.
47. VIGNALI, *La tutela della salute del minore*, in *Diritto della Famiglia e delle persone*, p. 1422.
48. VOGENAUER, *Die Auslegung von Gesetzen und auf dem Kontinent: Ein vergleichende Untersuchung der Rechtsprechung und ihrer historischen Grundlagen*, I, Tübingen, 2001.
49. R. ZIMMERMAN, *Il BGB e l'evoluzione del diritto civile*, in *Contratto e impresa/ Europa*, 2004, 2, p. 647 e ss. , pp. 28 e ss.