

Francesca Naddeo

IL CONSENSO AL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI DEL MINORE

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

FRANCESCA NADDEO

IL CONSENSO AL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI DEL MINORE

SOMMARIO: 1. Il diritto alla protezione dei dati personali tra Codice della *privacy* e Regolamento UE 2016/679. — 2. La tutela della riservatezza della persona minorenni. — 3. Minore e trattamento dei dati personali fra auto ed eterodeterminazione. — 4. Il consenso al trattamento dei dati sanitari.

1. IL DIRITTO ALLA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI TRA CODICE DELLA *PRIVACY* E REGOLAMENTO UE 2016/679.

Per inquadrare correttamente il tema del consenso al trattamento dei dati personali del minore occorre, in via preliminare, accennare brevemente ai profili strutturali e funzionali della situazione giuridica soggettiva di cui il consenso stesso rappresenta esercizio.

La disciplina dettata dal d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, contenente il Codice in materia di protezione dei dati personali, ha fugato ogni dubbio circa l'autonomia concettuale del diritto alla protezione dei dati personali che, pur costituendo sviluppo dell'originario *right of privacy*, finisce, nell'incontro con l'*Information and Communication Society*, per arricchirsi di contenuti propri, traslando dal piano della "difesa statica delle prerogative dell'interessato (...) all'altro della protezione *in action* dei dati personali"¹.

Dopo aver stabilito, infatti, all'art. 1 del suddetto Codice, che "chiunque ha diritto alla protezione dei dati personali", il legislatore sottolinea, nell'art. 2, comma 1, come la *ratio legis* sia

¹ Così, efficacemente, S. SICA, Sub artt. 1-6. *Principi generali*, in S. SICA, P. STANZIONE (diretto da), *La nuova disciplina della privacy. Commento al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, Bologna, 2004, p. 4 s., il quale ritiene che il fenomeno si possa sintetizzare nella seguente formula: "Il soggetto non ha più diritto a che in assoluto di sé non si sappia, mentre ha certamente diritto a conoscere che cosa, perché e come di sé si sa". Pochi anni prima, S. RODOTÀ, *Privacy e*

costruzione della sfera privata, in Id., *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, pp. 101 ss. aveva sostenuto che la *privacy* andasse ridefinita quale "diritto di mantenere il controllo sulle proprie informazioni e di determinare le modalità di costruzione della propria sfera privata", specificando che l'oggetto di tale diritto era costituito dal "patrimonio informativo attuale o potenziale" di un soggetto".

quella di garantire “che il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell’interessato, con particolare riferimento alla riservatezza, all’identità personale e al diritto alla protezione dei dati personali”. Il comma 2 della stessa disposizione specifica che tale trattamento “è disciplinato assicurando un elevato livello di tutela dei diritti e delle libertà di cui al comma 1”, e ne individua i canoni nei “principi di semplificazione, armonizzazione ed efficacia delle modalità previste per il loro esercizio da parte degli interessati, nonché per l’adempimento degli obblighi da parte dei titolari del trattamento”, cui va aggiunto il principio di necessità sancito all’art. 3 del Codice ².

Concordemente a quanto sostenuto dalla dottrina dominante, il diritto alla protezione dei dati personali può, dunque, ascriversi al novero dei diritti della personalità dotati di copertura costituzionale ³, in virtù della clausola generale di cui all’art. 2 Cost.

La natura di diritto soggettivo fondamentale della situazione giuridica soggettiva in questione emerge chiaramente anche dall’art. 8 della Costituzione europea, la quale recita: “Ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano” ⁴. Essa, inoltre, è da ultimo ribadita dal Regolamento UE 2016/679, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (GDPR), che avrà applicazione diretta negli Stati membri a partire dal 25 maggio 2018 ⁵. Il primo *Considerando* del GDPR, infatti, proclama espressamente: “La protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale è un diritto fondamentale”. Correlativamente, l’art. 1, comma 2, del Regolamento stesso stabilisce che quest’ultimo ha la finalità di proteggere “i diritti e le libertà

² Sul significato di ciascuno di tali principi cfr. S. SICA, *Sub artt. 1-6*, cit., p. 12 ss.

³ S. SICA, *Sub artt. 1-6*, cit., p. 9, il quale, coerentemente con l’affermata autonomia concettuale del diritto in questione rispetto ai diritti alla riservatezza ed all’identità personale, evidenzia come l’illecito trattamento dei dati comporti *in re ipsa* un danno non patrimoniale, risarcibile a prescindere dal pregiudizio, patrimoniale e non, eventualmente cagionato a queste ultime situazioni giuridiche soggettive. Sul carattere “aperto” dell’elencazione contenuta nell’art. 2 Cost. cfr., fra gli altri, P. RESCIGNO, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990, p. 1 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *Personalità (diritti della)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, p. 453 ss.

⁴ Per un commento all’art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, proclamata il 7 dicembre 2000 a Nizza, v. per tutti M. PANEBIANCO (a cura di), *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, Milano, 2011, p. 134 ss.

⁵ È da precisare che il nuovo Regolamento europeo — che ha abrogato la direttiva 95/46 CE, rimodulando significativamente la disciplina sovranazionale in materia di protezione dei dati personali — ha un campo di applicazione più ristretto rispetto al Codice della *privacy*, poiché, ex art. 2, comma 1, riguarda solo il trattamento interamente o parzialmente automatizzato di dati personali ed il trattamento di dati personali contenuti in un archivio o destinati a figurarvi.

fondamentali delle persone fisiche, in particolare il diritto alla protezione dei dati personali”⁶.

L’obiettivo del legislatore italiano ed europeo di tutelare la persona umana “nel” trattamento e “dal” trattamento dei dati personali che la riguardano si realizza, nel Codice della *privacy*, tramite una rigorosa disciplina dei requisiti di legittimità del trattamento, fra i quali spicca — ove il trattamento venga effettuato da parte di privati o di enti pubblici economici — il consenso espresso dall’interessato⁷.

A conferma del ruolo centrale del consenso *in subiecta materia*, il Testo unico vi dedica un intero capo, differenziando il trattamento dei dati ordinari da quello dei dati sensibili e disciplinando le eccezioni alla regola del consenso⁸.

In particolare, ai sensi dell’art. 23, comma 3, del Codice, tale consenso “è validamente prestato solo se è espresso liberamente e specificamente in riferimento ad un trattamento chiaramente individuato, se è documentato per iscritto, e se sono state rese all’interessato le informazioni di cui all’art. 13”, le quali sono poste anche a garanzia della piena consapevolezza della relativa manifestazione di volontà⁹.

Qualora si tratti di dati sensibili, poi, il quarto comma della

⁶ Per un commento analitico al Regolamento UE 217/679 v., tra gli altri, S. SICA, V. D’ANTONIO, G. M. RICCIO (a cura di), *La nuova disciplina europea della privacy*, Asago, 2016, *passim*; M. MAGLIO, M. POLLINI, N. TILI (a cura di), *Manuale di diritto alla protezione dei dati personali. La privacy dopo il Regolamento UE 2016/679*, Santarcangelo di Romagna, 2017, *passim*; G. FINOCCHIARO (diretto da), *Il nuovo regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017, *passim*; A. CICCIA MESSINA, N. BERNARDI, *Privacy e regolamento europeo*, Asago, 2017, *passim*. Per un’analisi diacronica sul tema v. F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali: dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Torino, 2016, *passim*.

⁷ È appena il caso di precisare che per interessato, ai sensi dell’art. 4, lett. i), del suddetto Codice, si intende “la persona fisica, la persona giuridica, l’ente o l’associazione cui si riferiscono i dati personali”.

⁸ Sulla centralità del consenso già nella l. n. 675/1996, che del d.lgs. n. 196/2003 ha costituito punto di riferimento, cfr., tra gli altri, G. COMANDÈ, *Commento agli artt. 11-12*, in E. GIANNANTONIO, M. G. LOSANO, V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *La tutela dei dati personali. Commentario alla l. 675/1996*, Padova, 1997, p. 102, il quale evidenzia l’inversione del rapporto regola/eccezione

rispetto alla disciplina comunitaria, anche se successivamente esprime dubbi sulla effettiva valenza del consenso quale regola generale, date le numerose deroghe a tale requisito previste dalla legge; nello stesso senso, V. CUFFARO, *Il consenso dell’interessato*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO (a cura di), *La disciplina del trattamento dei dati personali*, Torino, 1997, p. 201 ss.; precisa, peraltro, che il consenso non è comunque equiparabile agli altri requisiti di liceità del trattamento, esprimendo “la centralità della libera scelta e del potere decisionale dell’interessato nella materia dei diritti fondamentali” S. PATTI, *Commento all’art. 23*, in C. M. BIANCA, F. D. BUSNELLI (a cura di), *La protezione dei dati personali. Commentario al D. lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (“Codice della privacy”)*, t. 1, Padova, 2007, p. 543; analogamente, F. MACARIO, *La protezione dei dati personali nel diritto privato europeo*, Torino, 1997, p. 29; G. M. RICCIO, *Sub artt. 23-27*, in S. SICA, P. STANZIONE (diretto da), *op. cit.*, p. 89 ss.

⁹ Sulle diverse finalità perseguite dall’informativa cfr., tra gli altri, V. ZENO ZENCOVICH, *Commento all’art. 10*, in E. GIANNANTONIO, M. G. LOSANO, V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *op. cit.*, p. 92 ss.; M. MARTORANA, Art. 10, *Informazioni rese al momento della raccolta*, in *Nuove leggi civ. comment.*, 1999, *Tutela della privacy*, p. 346 ss. Sul bilanciamento normativo fra l’interesse del tito-

stessa disposizione prevede che il consenso, ai fini della validità, debba essere prestato in forma scritta ¹⁰.

Il principio dell'*informed consent* al trattamento dei dati personali è stato successivamente riaffermato, in modo ancora più incisivo, dal legislatore europeo, nel Regolamento UE 2016/679 ¹¹. La particolare attenzione del GDPR alla tematica del consenso emerge già dall'art. 4, il quale lo definisce come "qualsiasi manifestazione di volontà libera, specifica, informata e inequivocabile dell'interessato, con la quale lo stesso manifesta il proprio assenso, mediante dichiarazione o azione positiva inequivocabile, che i dati personali che lo riguardano siano oggetto di trattamento" ¹². L'art. 6 pone tale manifestazione di volontà fra le condizioni di liceità del trattamento, mentre l'art. 7 ne detta ulteriori prescrizioni di contenuto e di forma, addossando inoltre al titolare del trattamento, qualora esso sia basato sul consenso, l'onere della prova circa la prestazione del consenso stesso da parte dell'interessato.

Sul problema della natura e della funzione del consenso al trattamento dei dati personali la dottrina è divisa. Un primo indirizzo dottrinale, che muove dalla concezione del trattamento dei dati personali altrui quale attività in sé antigiuridica, poiché lesiva di attributi della persona, ritiene che la manifestazione di volontà dell'interessato, avendo la funzione di escludere l'illiceità della condotta in questione, debba essere qualificata come atto

lare del trattamento e l'interesse all'informazione del soggetto al quale si riferiscono i dati da trattare cfr. V. ZENO ZENCOVICH, *op. ult. cit.*, p. 92 ss.; ID., *Il "consenso informato" e la "autodeterminazione informativa" nella prima decisione del garante*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 915 ss.; A. BARBA, *Le modalità del trattamento*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO, (a cura di), *La disciplina del trattamento dei dati personali*, cit., p. 178 ss.; M. G. CUBEDDU, *Commento all'art. 13*, in C. M. BIANCA, F. D. BUSNELLI, *op. cit.*, p. 294 ss.

¹⁰ Il requisito della forma scritta per i dati sensibili viene ribadito anche nell'art. 26, il quale vi aggiunge l'autorizzazione del Garante: per una critica alla ripetizione legislativa v. G. M. RICCIO, *op. cit.*, p. 91, il quale la ritiene illogica, attribuendola ad una "mera svista lessicale del redattore". L'autore, inoltre, sottolinea la differenza fra la "forma scritta", necessaria per i dati sensibili, e la "documentazione per iscritto", sufficiente per i dati ordinari, evidenziando come la modifica lessicale della corrispon-

dente previsione normativa di cui all'art. 10 della l. n. 675/96 (che faceva riferimento alla "forma specifica e documentata per iscritto") abbia eliminato ogni dubbio sulla valenza esclusivamente probatoria della documentazione.

¹¹ Sul tema specifico del consenso al trattamento dei dati personali anche alla luce del nuovo regolamento europeo, v. per tutti S. THOBANI, *I requisiti del consenso al trattamento dei dati personali*, Santarcangelo di Romagna, 2016, *passim*.

¹² L'esclusione di qualsivoglia rilevanza al consenso tacito, che si ricava chiaramente dal testo normativo, è sottolineata anche nel *Considerando* n. 32, secondo il quale "il consenso dovrebbe essere espresso mediante un atto positivo inequivocabile con il quale l'interessato manifesta l'intenzione libera, specifica, informata e inequivocabile di accettare il trattamento dei dati personali che lo riguardano, ad esempio mediante dichiarazione scritta, anche attraverso mezzi elettronici, o orale (...) Non dovrebbe pertanto configurare consenso il silenzio, l'inattività o la preselezione di caselle (...)".

giuridico in senso stretto, riconducibile alla figura del consenso dell'avente diritto di cui all'art. 50 c.p.¹³.

Un secondo orientamento, in senso opposto, partendo dal presupposto della "reificazione" dell'informazione, quale bene giuridico in titolarità del soggetto cui i dati personali si riferiscono, ascrive al consenso il ruolo di atto negoziale di disposizione del diritto di privativa su di essi¹⁴.

In posizione mediana si colloca la tesi che, pur negando, anche alla luce della *ratio legis* e della complessiva disciplina dettata dal Codice della *privacy*, l'esistenza di un potere del soggetto di disporre dei propri dati *ad instar* delle *res* in proprietà¹⁵, rifugge dall'alternativa di qualificarlo, mortificando il ruolo della volontà del singolo, come atto giuridico in senso stretto e vi ascrive

¹³ In tal senso S. PATTI, *op. cit.*, p. 553, il quale definisce il consenso al trattamento dei dati personali come un elemento della fattispecie legale cui la legge attribuisce "l'effetto di far venire meno il carattere dell'antigiuridicità che altrimenti presenterebbe l'attività relativa ai dati personali"; analogamente, A. DI MAJO, *Il trattamento dei dati personali tra diritto sostanziale e modelli di tutela*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO, V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Milano, 1998, p. 230 s.; A. FICI, E. PELLEGRINIA, *Il consenso al trattamento*, in R. PARDOLESI (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, Milano, 2003, p. 502; sulla funzione, esplicita del consenso al trattamento dei dati personali, di esclusione dell'antigiuridicità della condotta v. anche G. MIRABELLI, *Le posizioni soggettive nell'elaborazione elettronica dei dati personali*, in *Dir. inf.*, 1993, p. 323.

In linea generale, sulla natura non negoziale del consenso dell'avente diritto v. R. SCOGNAMIGLIO, *Atto giuridico*, in *Enc. forense*, I, Milano, 1958, p. 597 (*contra*, tuttavia, G. MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955, p. 299).

¹⁴ Cfr., sul punto, V. ZENO ZENCOVICH, voce "Cosa", in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., III, Torino, 1987, p. 438; Id., *Una lettura comparatistica della L. 675/96 sul trattamento dei dati personali*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO, V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *op. cit.*, p. 168, secondo il quale "i dati sono cedibili, trasferibili, scambiabili e, normalmente, danno vita a rapporti che al livello più generale possono qualificarsi come negoziali (in quanto vi è un atto volontario di disposizione da parte del soggetto), ad un livello medio si qualificano come obbligatori (in quanto fanno sorgere in capo ad un soggetto obblighi giuridificati di contenuto

patrimoniale), e al livello più alto si qualificano come contrattuali (in quanto la cessione del dato fa sorgere obblighi giuridici in capo a tutte le parti del rapporto"; V. CUFFARO, *A proposito del ruolo del consenso*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO, V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *op. cit.*, p. 121; E. GIANNANTONIO, Sub art. 1, in E. GIANNANTONIO, M. G. LOSANO, V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *op. cit.*, p. 6; G. RESTA, *Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 299; G. OPPO, "Trattamento" dei dati personali e consenso dell'interessato, in Id., *Scritti giuridici, VI, Principi e problemi del diritto privato*, Padova, 2000, p. 113 ss. Osserva come la "progressiva patrimonializzazione dei diritti della personalità" possa condurre all'ammissibilità di atti di disposizione dei propri dati personali a favore di terzi S. SICA, *Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli di qualificazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, p. 641 ss.

¹⁵ Ostandovi, secondo tale tesi, sia la previsione normativa di ipotesi di circolazione delle informazioni anche a prescindere dalla volontà dell'interessato e, viceversa, di fattispecie in cui la suddetta volontà non è sufficiente a legittimare il trattamento, essendo richiesta anche l'autorizzazione del Garante, sia l'attribuzione per legge all'interessato del potere di opporsi al trattamento anche successivamente alla prestazione del consenso, ove sussistano motivi legittimi, potere che mal si concilia con la vincolatività dell'atto di disposizione: così G. M. RICCIO, *op. cit.*, p. 98 ss., il quale evidenzia come l'opposizione al trattamento vada intesa, in senso ampio, come "espressione del potere di autonomia e determinazione del soggetto, che, autorizzando il terzo all'uso dei propri dati personali, conserva

comunque natura negoziale, sulla scorta della considerazione che, sebbene i suoi effetti siano predeterminati dalla legge, il consenso si caratterizza comunque per la libera e discrezionale iniziativa dell'autore che *vuole* quegli effetti e la cui volontà è considerata necessaria, dall'ordinamento, affinché essi si producano ¹⁶.

Come, in ogni caso, è stato osservato, "l'interrogativo sulla natura del consenso assume rilevanza solo se non si riduca ad una mera operazione classificatoria ma presenti piuttosto valenza regolamentare per le sue conseguenze in punto di disciplina, di cui invero oggi si giunge a dubitare" ¹⁷.

Coglie, dunque, nel segno chi, ammonendo ad evitare "l'ansia catalogatoria" che connota la nostra dogmatica, esorta a concentrare l'indagine, più che sulla astratta riconducibilità del consenso alla categoria dell'atto o del negozio giuridico, sulla reale funzione che lo stesso persegue nell'ambito del trattamento dei dati personali ¹⁸.

In quest'ottica, considerati i dati personali come attributi indisponibili della persona umana, che rappresentano la proiezione del valore fondamentale della stessa nella società dell'informazione, e ascritto, dunque, al trattamento dei dati in questione il carattere di attività di interesse pubblico avente ad oggetto il "bene primario" della dignità personale, tanto il consenso dell'interessato, quanto gli ulteriori, eventuali requisiti richiesti dalla legge, hanno la medesima finalità di assicurare la tutela di tale bene: se, infatti, da un lato il consenso è posto a garanzia della

un potere di controllo che gli permette di poter impedire atti che possano ledere la propria persona". Secondo l'autore, il consenso al trattamento dei dati personali sarebbe riconducibile alla figura dell'autorizzazione privata, avendo la funzione di rimuovere un limite posto dal legislatore, nell'interesse dell'autorizzante, all'esercizio di un'attività per sua natura lecita. Sulla categoria degli atti autorizzatori v. per tutti A. AURICCHIO, voce "Autorizzazione (dir. priv.)", in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 503 ss.

Contro la tesi che considera i dati personali come beni giuridici nella libera disponibilità del soggetto si pronunciano anche D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 350 — il quale peraltro, pur qualificando il consenso come atto autorizzatorio, vi attribuisce natura non negoziale —; F. CAFAGGI, *Qualche appunto su circolazione, appartenenza e riappropriazione nella disciplina dei dati personali*, in *Danno e resp.*, 1998, p. 619 — che al contrario nega la valenza autorizzativa del consenso, qualificandolo

come atto negoziale che regola l'utilizzazione del dato personale in conformità ai diritti dell'interessato" —; A. ORESTANO, *La circolazione dei dati personali*, in R. PARDOLESI (a cura di), *op. cit.*, p. 142 ss., secondo il quale la disciplina dettata dal legislatore costituisce "l'ostacolo più rilevante per una (piena) riconduzione del consenso al trattamento nella categoria degli atti di disposizione, almeno ove l'atto di disposizione si ritenga coincidere con l'atto con il quale il titolare originario fa sì che altri si sostituisca a se stesso nel godimento e nell'esercizio del diritto".

¹⁶ G. M. RICCIO, *op. cit.*, p. 106. In linea generale, sulla sufficienza di un "atto libero e discrezionale di iniziativa" ad integrare un negozio giuridico, cfr. P. STANZIONE, *Sulla natura del riconoscimento di figlio naturale*, in *Casi e questioni di diritto privato*, Salerno, 1990, p. 25 ss.

¹⁷ S. MAZZAMUTO, *Il principio del consenso e il problema della revoca*, in R. PANETTA (a cura di), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, Milano, 2006, t. I, p. 1022.

¹⁸ S. SICA, *Il consenso al trattamento dei dati personali*, cit., p. 641 ss.

libertà della persona di autodeterminarsi nelle scelte che la riguardano¹⁹, d'altro lato la vigilanza della pubblica autorità ed in particolare il potere autorizzatorio del Garante è strumentale alla protezione della libertà e dignità personale in quelle circostanze, più delicate, in cui il solo consenso, anche in considerazione dell'asimmetria tra le parti del rapporto, non è sufficiente di per sé a garantirle²⁰.

Entrambi i requisiti si inseriscono, pertanto, nel contesto di un procedimento volto a garantire una circolazione delle informazioni "conformata" dal soggetto privato e controllata dal potere pubblico²¹.

In termini di disciplina, sia l'afferenza del consenso alla sfera dei diritti fondamentali della persona che il suo carattere di requisito "procedimentale" ostano ad una automatica trasposizione ad esso della disciplina contrattuale.

Sotto il primo aspetto, infatti, nonostante l'impegnatività della dichiarazione negoziale di volontà, il consenso è atto revocabile, sia pure, attualmente, in presenza di quei "motivi legittimi" richiesti dalla legge per evitare l'arbitrarietà della ritrattazione²².

Dal secondo punto di vista, la violazione delle norme generali in tema di libertà e consapevolezza del consenso, come ad es. la

¹⁹ Di "diritto all'autodeterminazione informativa" ha parlato il Garante per la protezione dei dati personali nella sua prima pronuncia del 28 maggio 1997, in *Foro it.*, 1997, III, c. 317, la cui espressione è stata ripresa dalla dottrina successiva: v. tra gli altri, V. ZENO ZENCOVICH, *Il consenso informato*, cit., p. 916 ss.; R. PANETTA, *Diritto all'autodeterminazione informativa e rispetto delle garanzie pregiudiziali alla libera manifestazione del consenso: due principi chiaramente ribaditi nella prima pronuncia del Garante per la tutela dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, p. 477 ss.; S. PATTI, *op. cit.*, p. 547.

²⁰ G. M. RICCIO, *op. cit.*, p. 104 ss. Sottolinea come la dignità umana, richiamata dall'art. 2 d.lgs. n. 196/2003, debba costituire la chiave di lettura dell'intera disciplina dettata dal Codice della *privacy* E. PELLECCIA, *Commento all'art. 26*, in C. M. BIANCA, F. D. BUSNELLI, *op. cit.*, p. 619, secondo la quale lo statuto diversificato del trattamento dei dati sensibili trova la sua *ratio* proprio nel maggiore *vulnus* alla dignità arrecabile da tale trattamento, in considerazione del fatto che fra di essi rientrano sia dati che attengono alla sfera corporea della persona (quali quelli idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale, nonché, sotto un certo aspetto, quelli idonei a rivelare le origini razziali ed etniche), sia

dati che concernono l'esercizio di libertà fondamentali (quelli che concernono le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale), il cui trattamento illegittimo può avere scopi o effetti discriminatori.

²¹ Cfr., al riguardo, D. MESSINETTI, *op. cit.*, p. 353.

²² Sulla revocabilità del consenso e sui suoi limiti concordano, sia pure con diverse motivazioni, tanto i fautori della tesi negoziale quanto quelli della tesi non negoziale: cfr., per tutti, da un lato S. PATTI, *op. cit.*, p. 465 ss.; dall'altro G. RESTA, *Revoca del consenso*, cit., p. 327 ss. Il Regolamento europeo 2016/679, sul punto, è ancor più esplicito e netto rispetto al Codice della *privacy*, in quanto prevede, all'art. 7, il diritto dell'interessato di "revocare il proprio consenso in qualsiasi momento", aggiungendo che "il consenso è revocato con la stessa facilità con cui è accordato" e stabilendo che dell'esistenza di tale potere di revoca l'interessato deve essere informato prima di esprimere il proprio consenso.

Pertanto, la stessa disposizione opportunamente precisa che "la revoca del consenso non pregiudica la liceità del trattamento basata sul consenso prima della revoca".

disciplina sui vizi del volere, non comporterà l'autonoma annullabilità della dichiarazione, bensì influirà direttamente sulla legittimità del trattamento dei dati personali posto in essere in mancanza di un valido consenso ²³.

2. LA TUTELA DELLA RISERVATEZZA DELLA PERSONA MINORENNE.

Le considerazioni *supra* svolte in merito al profilo funzionale e strutturale del consenso devono essere di guida all'interprete anche nella soluzione del problema relativo alla capacità del minore a prestare il consenso al trattamento dei dati personali — soluzione che presuppone, peraltro, l'inquadramento del problema stesso nella più ampia tematica del diritto del minore alla riservatezza e del suo rapporto con i poteri-doveri degli esercenti la responsabilità genitoriale —.

La tutela della *privacy* del minore sia nei confronti dei terzi che degli stessi componenti il nucleo familiare ²⁴ è un dato acquisito sia a livello nazionale che sovranazionale, ove ha ricevuto apposita attenzione, in ragione delle peculiari esigenze di protezione della sfera privata di un soggetto la cui personalità è ancora in via di formazione.

L'art. 16 della Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo sancisce, al primo comma, che “nessun fanciullo sarà oggetto di interferenze arbitrarie o illegali nella sua vita privata, nella sua famiglia, nel suo domicilio o nella sua corrispondenza, e neppure di affronti illegali al suo onore e alla sua reputazione”, garantendogli, al secondo comma, il “diritto alla protezione della legge contro tali interferenze o tali affronti”.

Nel diritto interno, la protezione del minore da indebite ingerenze nella sua vita privata è stata attuata anzitutto in ambito penalistico, garantendo la *privacy* del minore coinvolto in reati ²⁵: l'art. 114, comma 6, c.p.p., come modificato dalla l. n. 112/2004, vieta la pubblicazione delle generalità e dell'immagine dei minorenni testimoni, persone offese o danneggiati dal reato fino a quando non sono divenuti maggiorenni, nonché la pubblicazione di qualsiasi elemento che anche indirettamente possa comunque portare alla identificazione dei suddetti minorenni.

La norma prevede solo due casi in cui la pubblicazione può essere consentita: qualora il tribunale per i minorenni ritenga che essa risponda all'interesse esclusivo del minore e qualora quest'ultimo che abbia compiuto i sedici anni vi acconsenta.

²³ S. PATTI, *op. cit.*, p. 551.

²⁴ Sui due distinti ambiti di relazioni — familiari e sociali — in cui opera il diritto del minore alla riservatezza cfr. M. R. SCOTTI, *Il diritto del minore alla riservatezza*, Na-

poli, 2006, p. 15 ss., ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

²⁵ Lo sottolinea V. CORRIERO, *Privacy del minore e potestà dei genitori*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 1011 s.

Per una serie di gravi delitti contro la libertà individuale, nel caso in cui la persona offesa sia minorenni, l'art. 472, comma 3-bis, c.p.p. stabilisce che il dibattimento debba avvenire sempre a porte chiuse. Il quarto comma della stessa disposizione dà, inoltre, facoltà al giudice di disporre che in tali procedimenti avvenga a porte chiuse anche l'esame dei minorenni.

Inoltre, nel caso in cui il minore sia vittima di un reato sessuale, la divulgazione delle sue generalità o della sua immagine è penalmente sanzionata dall'art. 734 bis c.p.

La *privacy* del minore è tutelata dalla legge anche quando egli assuma la veste di imputato in un processo penale: l'art. 13 d.P.R. n. 448/1988, recante il Codice del processo penale minore, vieta infatti la pubblicazione e la divulgazione, con qualsiasi mezzo, di notizie o immagini idonee a consentire l'identificazione del minore comunque coinvolto nel procedimento, salvo che il tribunale proceda al dibattimento in pubblica udienza.

Ai sensi dell'art. 33 dello stesso Codice, l'udienza può avvenire in forma pubblica solo se l'imputato che abbia compiuto gli anni sedici ne faccia richiesta ed il tribunale, valutata la fondatezza delle ragioni addotte e l'opportunità di procedere in udienza pubblica, nell'esclusivo interesse dell'imputato, lo autorizzi.

Sul versante civilistico, il divieto di pubblicazione e divulgazione con qualsiasi mezzo di notizie o immagini idonee a consentire l'identificazione di un minore coinvolto in procedimenti giudiziari, di cui al predetto art. 13 d.P.R. n. 448/1988, è stato generalizzato dall'art. 50 del Codice della *privacy* che, colmando il vuoto della disciplina previgente, lo ha esteso a ogni "caso di coinvolgimento a qualunque titolo del minore in procedimenti giudiziari in materie diverse da quella penale"²⁶.

L'art. 52 dello stesso Codice, anch'esso inserito *ex novo* dal legislatore del 2003, prevede inoltre che, "fermo restando quanto previsto dall'articolo 734-bis del codice penale relativamente alle

²⁶ La particolare rilevanza assunta dalla norma predetta nel quadro della tutela della riservatezza del minore è sottolineata, tra gli altri, da M. MESSINA, Sub art. 50, in S. SICA, P. STANZIONE (diretto da), *op. cit.*, p. 232 ss.; L. A. SCARANO, *Commento all'art. 50*, I, in C. M. BIANCA, F. D. BUSNELL (a cura di), *op. cit.*, p. 903 ss.; V. GAGLIARDI, *Commento all'art. 50*, II, *ivi*, p. 905 ss.

Fra le altre disposizioni speciali a tutela del diritto del minore alla riservatezza merita di essere richiamata quella dell'art. 28 l. n. 184/83, sul "Diritto del minore ad una famiglia", il quale dispone che, concluso il procedimento di adozione piena, "qualunque attestazione di stato civile riferita al-

l'adottato deve essere rilasciata con la sola indicazione del nuovo cognome e con l'esclusione di qualsiasi riferimento alla paternità e alla maternità del minore e della annotazione di cui all'ultimo comma dell'articolo 26" e che "l'ufficiale di stato civile e l'ufficiale di anagrafe debbono rifiutarsi di fornire notizie, informazioni, certificazioni, estratti o copie dai quali possa comunque risultare il rapporto di adozione, salvo autorizzazione espressa dell'autorità giudiziaria". Correlativamente, l'art. 73 della stessa legge sanziona penalmente il comportamento di chi, essendone a conoscenza in ragione del proprio ufficio, fornisce qualsiasi notizia atta a rintracciare un minore nei cui confronti sia stata pronunciata ado-

persone offese da atti di violenza sessuale, chiunque diffonde sentenze o altri provvedimenti giurisdizionali dell'autorità giudiziaria di ogni ordine e grado è tenuto ad omettere in ogni caso, anche in mancanza dell'annotazione di cui al comma 2, le generalità, altri dati identificativi o altri dati anche relativi a terzi dai quali può desumersi anche indirettamente l'identità di minori, oppure delle parti nei procedimenti in materia di rapporti di famiglia e di stato delle persone”²⁷.

Significativa attenzione è dedicata, poi, alla tutela del minore da parte dei codici deontologici ed in particolare da quello relativo al trattamento dei dati personali nell'esercizio dell'attività giornalistica il quale, “negoziato” tra la categoria dei giornalisti ed il Garante, ha la veste di provvedimento di quest'ultimo ed è inserito come allegato allo stesso Codice della *privacy*²⁸.

Il suddetto codice deontologico, infatti, dedica alla tutela del minore una specifica norma contenuta nell'art. 7, il cui primo comma, al dichiarato fine di proteggere la personalità di quest'ultimo, vieta al giornalista di pubblicare i nomi dei minori coinvolti in fatti di cronaca o di fornire particolari in grado di condurre alla loro identificazione. Il secondo comma specifica che “la tutela della personalità del minore si estende, tenuto conto della qualità della notizia e delle sue componenti, ai fatti che non siano specificamente reati”.

Particolare rilievo assume, poi, il terzo comma, secondo il quale “il diritto del minore alla riservatezza deve essere sempre consi-

zione o rivela in qualsiasi modo notizie circa lo stato di figlio per adozione.

²⁷ Per una recente applicazione degli artt. 50 e 52 del Codice da parte del Garante per la protezione dei dati personali si legga il provvedimento del 23 febbraio 2017, doc. web n. 6163649, con cui l'*Authority* ha sancito la violazione del diritto alla riservatezza di una minore la cui madre aveva “postato” sul proprio profilo *Facebook* due sentenze relative alla cessazione degli effetti civili del proprio matrimonio, le quali contenevano anche informazioni concernenti l'intimità della vita familiare della figlia. Rilevato che le sentenze consentivano l'identificabilità della minore nella cerchia di persone che condividevano le informazioni rese disponibili dalla madre e contenevano dettagli delicati relativi al vissuto della bambina, il Garante ritiene opportuna una “interpretazione del Codice alla luce dell'evoluzione tecnologica e della diffusione dei *social network*, strutturati per consentire comunicazione sistematica con estrema facilità”. L'Autorità, pertanto, in ragione del fatto che, sebbene il profilo fosse “chiuso” e dunque accessibile ad un numero ristretto

di amici, esso era agevolmente modificabile, da “chiuso” ad “aperto” in ogni momento da parte del titolare, nonché della possibilità per qualunque “amico” ammesso al profilo stesso di condividere sulla propria pagina il *post* rendendolo, conseguentemente, visibile ad un numero indefinito di utenti, ha affermato che la divulgazione dei provvedimenti giurisdizionali in questione era incompatibile con il divieto di cui agli artt. 50 e 52 del Codice e conseguentemente ha ordinato la rimozione delle suddette sentenze dal profilo *Facebook* della madre.

²⁸ Sull'importante ruolo che il d.lgs. n. 196/2003 assegna ai codici deontologici e sulle problematiche relative alla loro collocazione nelle fonti di produzione delle norme v. per tutti M. BIANCA, *Commento all'art. 106*, in C. M. BIANCA, F. D. BUSNELLI (a cura di), *op. cit.*, p. 1432 ss., ed ivi ulteriore bibliografia. Più specificamente, sul codice deontologico relativo al trattamento dei dati personali nell'esercizio dell'attività giornalistica, previsto dall'art. 139 del d.lgs. n. 196/2003, v. A. BELLELLI, *Commento all'art. 139*, in C. M. BIANCA, F. D. BUSNELLI (a cura di), *op. cit.*, p. 1716 ss.; M. R. SCOTTI, *op. cit.*, p. 41 ss.

derato come primario rispetto al diritto di critica e di cronaca; qualora, tuttavia, per motivi di rilevante interesse pubblico e fermo restando i limiti di legge, il giornalista decida di diffondere notizie o immagini riguardanti minori, dovrà farsi carico della responsabilità di valutare se la pubblicazione sia davvero nell'interesse oggettivo del minore, secondo i principi e i limiti stabiliti dalla « Carta di Treviso »²⁹.

In attuazione di tali principi, la giurisprudenza della Suprema Corte ha ripetutamente affermato che “il diritto alla riservatezza del minore deve essere, nel bilanciamento degli opposti valori costituzionali del diritto di cronaca e del diritto alla *privacy*, considerato assolutamente preminente (...) laddove si riscontri che non vi sia l'utilità sociale della notizia, e, quindi, con l'unico limite del pubblico interesse”³⁰.

La tutela rafforzata di cui gode il minore nel nostro ordinamento, in rapporto al trattamento dei dati personali nell'esercizio dell'attività giornalistica, è stata più volte ribadita anche dal Garante per la protezione dei dati personali, il quale ha interpretato in maniera particolarmente stringente il principio di essenzialità dell'informazione *in subiecta materia*³¹.

Come, inoltre, ripetutamente chiarito dall'*Authority*, nemmeno

²⁹ Quest'ultima, sottoscritta il 25 novembre 1995 a Treviso dal Consiglio nazionale dell'Ordine dei giornalisti, dalla Federazione nazionale della stampa e dal Telefono azzurro, contiene una serie dettagliata di disposizioni volte ad assicurare la protezione della *privacy* del minore nei confronti di “interferenze arbitrarie o illegali”, stabilendo espressamente che in tutte le azioni riguardanti i minori debba costituire oggetto di primaria considerazione “il maggiore interesse del bambino” e che perciò tutti gli altri interessi debbano “essere a questo sacrificati”.

³⁰ Cass., 5 settembre 2006, n. 19069, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, p. 811 (con nota di Gaudino), nonché, più di recente, Cass., 6 dicembre 2013, n. 27381, in *Giust. civ.*, *Mass.*, 2013 la quale, in merito ad un caso in cui un settimanale, riprendendo una notizia sul supposto legame sentimentale extraconiugale di un personaggio pubblico, aveva pubblicato dati ed immagini dei figli minori, del coniuge e della madre di questa, nonché del luogo di residenza e della palazzina di abitazione, ha sottolineato come i limiti dell'essenzialità dell'informazione riguardo a fatti di interesse pubblico, che circoscrivono la possibilità di diffusione dei dati personali nell'esercizio dell'attività giornalistica, comportino il dovere di evitare riferimenti a congiunti del personaggio pubblico, non potendo la notorietà di quest'ul-

timo affievolire i diritti dei primi, particolarmente quando essi siano minori. In sede penale, v. Cass., 16/07/2013, n. 7504, in *Riv. pen.*, 2014, p. 409, per la quale “costituisce trattamento illecito dei dati personali relativi a minori, punibile ai sensi dell'art. 167, comma 2, del d.lg. 30 giugno 2003 n. 196, la pubblicazione non autorizzata, in un articolo di cronaca giornalistica, delle generalità e della fotografia di un minore rimasto vittima di un incidente stradale, quand'anche lo scopo perseguito sia stato quello di richiamare più efficacemente l'attenzione dell'opinione pubblica e delle competenti autorità sulla ritenuta necessità di interventi atti ad eliminare le condizioni di insicurezza presentate dal tratto stradale in cui l'incidente si era verificato, non presentandosi comunque, la detta pubblicazione, come connotata dal carattere dell'essenzialità ai fini della completezza dell'informazione, né potendosi escludere tanto la sussistenza del nocumento (ravvisabile anche con riferimento a soggetti terzi) quanto quella della quanto meno concorrente finalità di profitto, correlata al possibile incremento delle vendite del giornale”.

³¹ V., *ex plurimis*, i provvedimenti del 28 maggio 2001, doc web n. 40923, in cui l'*Authority* ha statuito che “il diritto dei minori alla riservatezza deve essere sempre considerato prevalente rispetto al diritto di cronaca, anche quando si tratti di figli di

l'eventuale consenso dei genitori alla diffusione dei dati personali dei figli minori esime il giornalista dall'obbligo di verificare l'esistenza di un interesse oggettivo del minore a tale diffusione, ai sensi dell'art. 7, comma 3, del codice deontologico ³².

3. MINORE E TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI FRA AUTO ED ETERODETERMINAZIONE.

Una volta chiarito, dunque, che il diritto alla riservatezza, quando concerne un minore, assume contenuti ancor più pregnanti, essendo strumentale al pieno e libero sviluppo della sua

personaggi noti. La notorietà di un personaggio o l'esercizio di funzioni pubbliche — nel caso di specie, un parlamentare — non deve comportare un affievolimento della tutela della *privacy* riconosciuta anche ai familiari e, in particolare, ai minori (nello stesso senso più recentemente, il provvedimento del 18 ottobre 2012, doc. web n. 2109781; del 10 aprile 2002, doc. web n. 1065203, con il quale il Garante, “facendo seguito a precedenti comunicati-stampa concernenti il c.d. “caso Cogne”, nei quali ha invitato gli organi di informazione ad astenersi dal divulgare dettagli e informazioni sul fratello della vittima, un bambino di sette anni, (...) richiama ulteriormente l'attenzione degli operatori del settore, pubblici e privati, sulla necessità di conformare il trattamento dei dati relativi alle persone coinvolte nella tragica vicenda al più rigoroso rispetto delle disposizioni in materia di tutela della dignità personale e della riservatezza, con specifica attenzione per le norme dettate a protezione dei minori”; del 10 marzo 2004, doc. web n. 1090071; del 6 aprile 2004, doc. web n. 1091956; del 10 luglio 2008, doc. web n. 1536583; del 2 ottobre 2008, doc. web n. 1557470; del 16 febbraio 2009, doc. web n. 1590076, relativi a casi di diffusione di dati su minori vittime di violenza sessuale; nonché, da ultimo, il provvedimento del 16 novembre 2017, doc. web n. 7354837, con il quale il Garante, su istanza del padre di una minorenne, ha dichiarato illecito il trattamento illecito dei dati personali riferiti alla figlia, nonché la lesione del diritto all'immagine della stessa in relazione ad una fotografia — nella quale la minore è ritratta, vestita da sposa, nell'atto di infilare un anello nuziale nella mano di un adulto — pubblicata sulla pagina *web* di una testata giornalistica, a corredo di un articolo dal titolo “Ragazzina venduta come sposa per 15mila euro dal papà. Arrestato il padre serbo che si era accordato con un connazionale in Francia”. L'Autorità ha,

infatti, sottolineato come “ancorché il contenuto dell'articolo sia riconducibile ad una legittima attività di cronaca su un fatto di rilevante interesse pubblico, l'associazione allo stesso della fotografia in parola configura però un trattamento illecito di dati personali dell'interessata. Ed invero l'accostamento dell'immagine al menzionato fatto di cronaca è lesivo del diritto all'identità personale dell'interessata (artt. 2 e 11, comma 1, lett. a), e 137 del Codice), essendo idoneo ad individuare (erroneamente) la minore quale protagonista del fatto di cronaca, fatto radicalmente diverso da quello che aveva giustificato l'originaria raccolta e diffusione dell'immagine e pregiudizievole per la minore”.

³² Cfr., in merito, il parere fornito al Comitato di applicazione del Codice di autoregolamentazione Tv e Minori del 6 giugno 2007, nonché i provvedimenti del 15 novembre 2001, doc. web n. 30943 e 42212; del 27 novembre 2008, doc. web n. 1582436; del 16 settembre 2010, doc. web n. 1753383, e, da ultimo, del 21 aprile 2016, doc. web n. 5029484, in cui si ribadisce che, in materia di diffusione o comunicazione di dati personali per finalità giornalistiche, il consenso dei genitori “non è di per sé solo sufficiente a legittimare simili forme di pubblicità. Anche il consenso parentale non esime infatti il giornalista dalla valutazione in ordine al carattere potenzialmente pregiudizievole del trattamento rispetto al minore, dovendo adottarsi le cautele di volta in volta più opportune per tutelarla senza per questo abdicare al ruolo fondamentale di denuncia e informazione della collettività circa notizie di interesse pubblico”. Il Garante adduce, a conferma del principio, la disposizione della Carta di Treviso in cui si afferma che il minore “non va coinvolto in forme di comunicazioni lesive dell'armonico sviluppo della sua personalità, e ciò a prescindere dall'eventuale consenso dei genitori”.

personalità in formazione³³, occorre ora verificare come il suo esercizio si articoli nell'ambito della famiglia, soprattutto in rapporto alla responsabilità genitoriale.

Al riguardo, da tempo ormai la dottrina più sensibile sottolinea l'azionabilità del fondamentale diritto del minore alla riservatezza anche nell'ambito delle relazioni familiari, evidenziando come il potere-dovere dei genitori di prendersi cura dei figli minori non possa tradursi in una intrusione nelle vicende intime di questi ultimi, a meno che l'intervento non sia necessario per tutelare il loro preminente interesse³⁴.

È dunque pacifico che gli esercenti la responsabilità genitoriale non possano violare la *privacy* del minore senza incorrere in conseguenze sia sul piano risarcitorio³⁵ che, eventualmente, su quello dell'esercizio della stessa responsabilità, potendo il loro

³³ Cfr., tra gli altri, A. C. MORO, *Manuale di diritto minorile*, Bologna, 2001, p. 358 ss.; A. MARCHIO, *Profili del diritto alla riservatezza dei minori di età*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, Milano, 1998, p. 473, il quale sottolinea come il generale principio di intangibilità della sfera privata "se riferito ai minori, presenta aspetti peculiari meritevoli di autonoma considerazione", poiché "il bambino ha proprie esigenze protettive della riservatezza, che sono correlate direttamente alla salvaguardia dello sviluppo e dell'accrescimento della persona".

³⁴ M. DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, vol. II, t. I, Torino, 1982, p. 159; nello stesso senso, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, p. 410 s.; F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali. Artt. 315-319*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2^a ed., 2006, p. 50; P. STANZIONE, *Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 446; P. STANZIONE, G. SCIANCALEPORA, *Minori e diritti fondamentali*, Milano, 2006, p. 26 ss.; P. VERCELLONE, *La potestà dei genitori*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. Zatti, II, *Filiazione*, a cura di G. Collura, L. Lenti, M. Mantovani, Milano, 2002, p. 980 ss.; V. CORRIERO, *op. cit.*, p. 998 ss.; M. R. Scotti, *op. cit.*, p. 11 ss.

³⁵ Cfr., in tal senso, S. MOLFINO, *Il diritto d'immagine del minore in rete: profili di responsabilità genitoriale e ipotesi di risarcimento del danno*, in *Ilfamiliarista.it*, 09 gennaio 2017. In linea generale, sulla

risarcibilità del danno derivante dai cc.dd. illeciti endofamiliari cfr., fra gli altri, A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, p. 939; M. BONA, *Violazione dei doveri genitoriali e coniugali: una nuova frontiera della responsabilità civile?*, in *Fam. e dir.*, 2001, p. 185 ss.; G. DOSI, C. DI BARTOLOMEO, *Abuso della potestà genitoriale e risarcimento del danno al minore*, in *Fam. e dir.*, 1996, p. 489 ss.; V. CORRIERO, *op. cit.*, p. 1000. In giurisprudenza, la risarcibilità, in capo al figlio, dei danni derivanti dalla violazione degli obblighi genitoriali è stata affermata, ad es., da Cass., 7 giugno 2000, n. 7713, in *Foro it.*, 2001, I, c. 187, (con nota di D'Adda), la quale, dopo aver premesso che "la lesione di diritti di rilevanza costituzionale va incontro alla sanzione risarcitoria per il fatto in sé della lesione (danno-evento) indipendentemente dalle eventuali ricadute patrimoniali che la stessa possa comportare (danno-conseguenza)", ha confermato la decisione di merito che aveva riconosciuto il diritto al risarcimento del danno, liquidato in via equitativa, del figlio naturale in conseguenza della condotta del genitore, tale riconosciuto a seguito di dichiarazione giudiziale, che per anni aveva ostinatamente rifiutato di corrispondere i mezzi di sussistenza; più di recente, Cass., 16 febbraio 2015, n. 3079, in *Giust. civ.*, *Mass.* 2015, ha statuito che "il disinteresse mostrato da un genitore nei confronti di una figlia naturale integra la violazione degli obblighi di mantenimento, istruzione ed educazione della prole, e determina la lesione dei diritti nascenti dal rapporto di filiazione che trovano negli art. 2 e 30 cost. — oltre

comportamento essere valutato dal giudice ai fini dei provvedimenti di cui agli artt. 330 e 333 c.c.³⁶.

Qualora, invece, la lesione provenga o possa provenire da terzi, non vi è dubbio che gli stessi esercenti la responsabilità genitoriale siano legittimati, nell'ambito dei loro poteri-doveri di cura del minore, a far valere in nome e per conto del medesimo il suo diritto alla riservatezza sia sul piano sostanziale che su quello processuale³⁷.

Il problema è, peraltro, se essi possano, al contrario, esercitare tale diritto nel senso di autorizzare le ingerenze dei terzi, sostituendosi al minore nella prestazione del consenso al trattamento dei propri dati personali.

Sul punto, il Codice della *privacy* non contiene una prescrizione di carattere generale, ma solo disposizioni concernenti specifici trattamenti. L'art. 24, lett. e), dopo aver stabilito che il consenso non è richiesto quando il trattamento è necessario per la salvaguardia della vita o dell'incolumità fisica di un terzo, aggiunge che "se la medesima finalità riguarda l'interessato e quest'ultimo non può prestare il proprio consenso per impossibilità fisica, per incapacità di agire o per incapacità di intendere o di volere, il consenso è manifestato da chi esercita legalmente la potestà, ovvero da un prossimo congiunto, da un familiare, da un convivente o, in loro assenza, dal responsabile della struttura presso cui dimora l'interessato".

La stessa norma, in chiusura, dichiara applicabile la disciplina di cui al comma 2 dell'art. 82, rubricato "Emergenze e tutela della salute e dell'incolumità fisica", secondo cui l'informativa e il consenso al trattamento dei dati personali possono intervenire

che nelle norme di natura internazionale recepite nel nostro ordinamento — un elevato grado di riconoscimento e tutela, sicché tale condotta è suscettibile di integrare gli estremi dell'illecito civile e legittima l'esercizio, ai sensi dell'art. 2059 c.c., di un'autonoma azione volta al risarcimento dei danni non patrimoniali sofferti dalla prole".

³⁶ Per un caso concreto, v. Trib. min. Catania, 21 giugno 1990, in *Dir. fam. e pers.*, 1992, p. 1064 ss.

³⁷ V., da ultimo, Cass., 25 novembre 2014, n. 24986, in *Giust. civ.*, *Mass.*, 2014, in materia di illecito trattamento giornalistico di dati personali relativi ad una minore affetta da *handicap*. Nel caso specifico, i genitori avevano fatto ricorso, in proprio e quali esercenti la potestà genitoriale sulla figlia minore, al fine di ottenere il risarcimento dei danni per l'illecito trattamento giornalistico dei dati personali di quest'ultima, diversamente abile, da parte di un periodico che aveva pubblicato la notizia

della delibera comunale di assistenza alla predetta minore, suscitando una "continua e insistente curiosità delle persone". La Corte ha ritenuto corretta la decisione del giudice di merito che aveva negato l'applicabilità alla fattispecie in esame del D.Lgs. n. 196 del 2003, comma 3, secondo cui "possono essere trattati i dati personali relativi a circostanze o fatti resi noti direttamente dagli interessati attraverso loro comportamenti in pubblico". I giudici di legittimità, nel confermare che "la percepibilità *ictu oculi*, da parte dei terzi, della condizione di *handicap* di una persona non può, infatti, considerarsi circostanza o fatto reso noto direttamente dall'interessato o attraverso un comportamento di questi in pubblico", ha sottolineato come ciò valga, a maggior ragione, quando ad essere violata è la riservatezza di una persona minorenni, senza che i dati personali della stessa siano di interesse pubblico ed essenziali alla informazione.

anche successivamente alla prestazione, purché senza ritardo, in caso di “impossibilità fisica, incapacità di agire o incapacità di intendere o di volere dell’interessato, quando non è possibile acquisire il consenso da chi esercita legalmente la potestà, ovvero da un prossimo congiunto, da un familiare, da un convivente o, in loro assenza, dal responsabile della struttura presso cui dimora l’interessato” (lett. a).

Con specifico riguardo ai casi di trattamento medico su minore, il comma quarto dell’art. 82 soggiunge che “dopo il raggiungimento della maggiore età l’informativa è fornita all’interessato anche ai fini della acquisizione di una nuova manifestazione del consenso quando questo è necessario”.

Le citate disposizioni non sono apparse, peraltro, sufficienti da sole a risolvere il problema della legittimazione a prestare il consenso al trattamento dei dati personali, come testimonia il fatto che di esse sono state date due interpretazioni diametralmente opposte.

Alcuni, infatti, dall’espressa previsione del consenso del legale rappresentante nelle ipotesi specificamente contemplate dalla legge hanno desunto, *a contrario*, il principio per cui nei restanti casi la volontà può e deve essere manifestata direttamente dal minore, purché capace di intendere e di volere ³⁸.

Altri, invece, facendo leva sull’enumerazione dell’incapacità di agire fra le ipotesi di impossibilità dell’interessato di prestare il consenso al trattamento dei propri dati, hanno richiamato tali disposizioni a sostegno della tesi secondo la quale anche *in subjecta materia* si applica la regola di cui all’art. 2 c.c. e dunque la manifestazione di un valido consenso presuppone nell’interessato la capacità di agire.

Nell’ambito di tale orientamento, poi, vi è chi ha sostenuto che, data la natura personalissima del diritto alla protezione dei dati personali e dell’atto di esercizio dello stesso, di là dai casi espressamente disciplinati dal legislatore il consenso non possa nemmeno essere prestato, in nome e per conto del minore, dai genitori nella veste di legali rappresentanti ³⁹.

Secondo altro orientamento, manifestato anche dal Garante per la protezione dei dati personali, il consenso al trattamento di dati concernenti minori può essere manifestato, invece, dagli esercenti la potestà (ora responsabilità) genitoriale ⁴⁰.

³⁸ S. PATTI, *op. cit.*, p. 544 ss., secondo il quale “la connessione tra consenso e capacità di agire risulta espressamente posta soltanto con riferimento ad ipotesi eccezionali”; analogamente, V. CORRIERO, *op. cit.*, p. 1016 s.

³⁹ Così V. CUFFARO, *Il consenso dell’interessato*, cit., p. 223, il quale argomenta

tale tesi anche con la necessità che il requisito della previa informativa sia assolto direttamente nei confronti dell’interessato; nello stesso senso, G. COMANDÈ, *op. cit.*, p. 133.

⁴⁰ Per un caso specifico di trattamento a fini di *marketing*, v. il provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali

Un tassello importante per la soluzione del problema è stato di recente inserito nel quadro ordinamentale dal legislatore sovranazionale. Il già citato Regolamento UE 2016/679, infatti, a differenza del Codice della *privacy*, ha dedicato al tema della capacità del minore a prestare il consenso al trattamento dei dati personali una disciplina *ad hoc*, osservando, al *Considerando* n. 38, che “i minori meritano una specifica protezione relativamente ai loro dati personali, in quanto possono essere meno consapevoli dei rischi, delle conseguenze e delle misure di salvaguardia interessate nonché dei loro diritti in relazione al trattamento dei dati personali” e che “tale specifica protezione dovrebbe, in particolare, riguardare l'utilizzo dei dati personali dei minori a fini di *marketing* o di creazione di profili di personalità o di utente e la raccolta di dati personali relativi ai minori all'atto dell'utilizzo di servizi forniti direttamente a un minore”⁴¹.

Tale disciplina, si applica, peraltro, ai sensi dell'art. 8, solo all'offerta diretta di servizi della società dell'informazione ai minori, quali si intendono, secondo l'art. 1, par. 1, lett. b) della dir. UE 2015/1535, richiamato dall'art. 4, n. 25) del GDPR, i servizi prestati, “normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi”. La precisazione che essi devono essere offerti direttamente ai minori vale, inoltre, ad escludere dall'ambito di applicazione della disposizione tutti i servizi che il fornitore dichiara di offrire solo ad utenti maggiori di diciotto anni, a meno che il contenuto del sito o il “*market plain*” non dimostrino che in realtà il *target* del servizio sia un minorenne⁴².

La specifica attenzione dedicata dal legislatore europeo al settore dei servizi della società dell'informazione è giustificata dal vertiginoso aumento nell'uso dei media *online* da parte dei minori, registrato nel corso degli ultimi decenni, in conseguenza della “rivoluzione digitale” che ha caratterizzato la fine del XX secolo

del 30 novembre 2005, in *www.garanteprivacy.it*, doc. web n. 1212652, il quale richiama, a sostegno, l'art. 11 della l. n. 675/1996, gli artt. 316 e ss. cod. civ., il punto 2.6. dello *European Code of Practice for the use of personal data in direct marketing* - Codice della Fedma, *Federazione europea del marketing diretto*, allegato a Gruppo di lavoro per la tutela dei dati personali Art. 29, nonché il Parere n. 3/2003 sul Codice di condotta europeo della Fedma per l'utilizzazione dei dati personali nel *marketing* diretto, del 13 giugno 2003.

⁴¹ Al *Considerando* n. 58, inoltre, dopo aver sancito il principio della trasparenza — il quale “impone che le informazioni destinate al pubblico o all'interessato siano

concise, facilmente accessibili e di facile comprensione e che sia usato un linguaggio semplice e chiaro”, il legislatore europeo ha rimarcato: “Dato che i minori meritano una protezione specifica, quando il trattamento dati li riguarda, qualsiasi informazione e comunicazione dovrebbe utilizzare un linguaggio semplice e chiaro che un minore possa capire facilmente”.

⁴² Se, poi, dovesse prevalere un'interpretazione restrittiva della disposizione in questione, l'ambito di operatività della norma potrebbe essere ulteriormente ristretto solo ai trattamenti indispensabili all'esecuzione della prestazione oggetto del servizio, come ad esempio il trattamento dell'indirizzo e-mail per ricevere una newsletter: così S. THOBANI, *op. cit.*, p. 26.

e l'inizio del XXI⁴³. Tale aumento, infatti, unitamente all'incremento dell'accesso dei minori stessi al denaro, ha reso questi ultimi protagonisti chiave dei mercati *online*, accentuando, oltre che i rischi di potenziale sfruttamento da parte degli adulti al momento della stipula di contratti, anche i problemi di tutela della *privacy*⁴⁴.

I maggiori pericoli provengono dagli inserzionisti e dai venditori, i quali hanno un'enorme presenza *on line* nell'era digitale. Essi possono utilizzare *Internet* per rivolgersi ai bambini e raccogliere informazioni personali da loro per scopi di *marketing*, approfittando della loro ignoranza o scarsa consapevolezza dei fini commerciali.

La necessità di regolamentare l'interazione fra i minori e la cd. società dell'informazione è stata da tempo avvertita oltreoceano. La legislazione federale statunitense già dal 1998, con il *Children's Online Privacy Protection Act*, (COPPA) ha disciplinato il trattamento *online* dei dati personali concernenti i minori, fissando a tredici anni l'età per il consenso al trattamento (cd. consenso digitale) e disponendo che tutti coloro i quali offrano servizi "diretti ai bambini"⁴⁵, raccogliendo i dati personali degli utenti, così come tutti coloro che comunque raccolgano consapevolmente dati personali da parte di soggetti minori di tredici anni, debbano informarne i genitori ed ottenere da loro un "*verifiable consent*"⁴⁶.

⁴³ C. B. PRESTON, *Cyberinfants*, in 39 *Pepp. L. Rev.*, 2012, p. 225 ss.

⁴⁴ Da una ricerca condotta negli Stati Uniti negli ultimi anni risulta che circa il 95% dei minori, dai dodici ai diciassette anni, navigano *online*; di questi, il 75% lo fa quotidianamente e circa il 50% più volte al giorno. Degli adolescenti intervistati, l'80% utilizza i siti di *social network*. La ricerca mostra anche che gli adolescenti condividono maggiori quantità di informazioni personali su se stessi sui siti di *social media* rispetto agli anni passati, segnalando aumenti costanti nella frequenza con cui essi pubblicano immagini di se stessi e forniscono nomi di scuole, città di residenza, indirizzi e-mail e numeri di cellulare (i dati sono riportati da M. DIFFENDERFER, *The rights of privacy and publicity for minors online: protecting the privilege of disaffirmance in the digital*, in *U. Louisville Law Review*, 2016, p. 131).

In particolare, l'iscrizione dei minori ai *social network sites* suscita problemi delicati, in quanto, com'è stato rilevato, la reclamata gratuità dei servizi offerti dal gestore quasi sempre "nasconde (...) una componente suscettibile di valutazione econo-

mica e, quindi, di tipo patrimoniale", in relazione ai processi di *User Data Profiling* e di *Behavioural Advertising* posti in essere dagli inserzionisti pubblicitari che appaiono sulle pagine *social*: v., al riguardo, S. SICA, G. GIANNONE CODIGLIONE, *Social network sites e il "labirinto" delle responsabilità*, in *Giur. merito*, 2012, p. 2714 ss.

⁴⁵ È opportuno notare che La *Federal Trade Commission*, autorità deputata all'*enforcement* del COPPA, allo scopo di verificare se un sito o un servizio è diretto a minori di 13 anni, prende in considerazione una serie di fattori, quali l'oggetto del sito o del servizio, i contenuti visivi e audio, l'uso di personaggi animati, l'età dei modelli, la presenza di celebrità minorenni o che comunque si rivolgono ai bambini, la pubblicità sul sito o servizio rivolto ai bambini e qualsiasi altra "*reliable evidence about the age of the actual or intended audience*" (FTC, *Children's Online Privacy Protection Rule: A SixStep Compliance Plan for Your Business*, in www.ftc.gov).

⁴⁶ Il *Children's Online Privacy Protection Act* (COPPA) è stato poi modificato, nel 2013, per adeguare e rafforzare ulteriormente la protezione dei bambini nei con-

Di conseguenza, poiché le principali piattaforme online, quali *Facebook*, *Instagram*, *Whatsapp*, *Snapchat* e *Youtube* sono americane, i limiti fissati dalla normativa USA sono da loro applicati per il trattamento dei dati personali dei minori.

Ad imitazione della disciplina statunitense, il legislatore europeo, all'art. 8 del GDPR, sancisce che, qualora la liceità del trattamento presupponga il consenso dell'interessato, ai sensi dell'art. 6, par. 1, lett. a), "per quanto riguarda l'offerta diretta di servizi della società dell'informazione ai minori, il trattamento di dati personali del minore è lecito ove il minore abbia almeno 16 anni. Ove il minore abbia un'età inferiore ai 16 anni, tale trattamento è lecito soltanto se e nella misura in cui tale consenso è prestato o autorizzato dal titolare della responsabilità genitoriale".

Come specifica il *Considerando* n. 38, peraltro, il consenso del titolare della responsabilità genitoriale non dovrebbe essere necessario nel quadro dei servizi di prevenzione o di consulenza forniti direttamente a un minore, come ad esempio un servizio di protezione dell'infanzia offerto *online* per mezzo di una *chat*.

L'ultimo capoverso dell'art. 8, par. 1, rende, inoltre, flessibile il limite di età per il consenso digitale, prevedendo la possibilità per gli Stati membri di stabilire per legge un'età inferiore, purché non al di sotto dei 13 anni. Tale previsione, pur opportuna secondo alcuni, a garanzia di diritti fondamentali del bambino quali la libertà di espressione, di associazione e di riunione, sanciti dagli artt. 13 e 15 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza⁴⁷, potrebbe ingenerare non pochi problemi

fronti delle nuove tecniche di *marketing* e di raccolta dei dati personali. Per una dettagliata analisi, anche in chiave storica, della disciplina statunitense v. K. MONTGOMERY, J. CHESTER, *Data Protection for Youth in the Digital Age*, in EDPL, 2015, 4, p. 277 ss.; M. DIFFENDERFER, *op. cit.*, p. 131 ss.; J. WARMUND, *Can COPPA work? An Analysis of the Parental Consent Measures in the Children's Online Privacy Protection Act*, in *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.*, vol. 11, p. 189 ss.

⁴⁷ Secondo uno studio congiunto dell'Istituto italiano per la *privacy* e la valorizzazione dei dati e del Centro nazionale anti-cyberbullismo (L. BOLOGNINI, C. BISTOLFI, *L'età del consenso digitale. Privacy e minori online, riflessioni sugli impatti dell'art. 8 del Regolamento 2016/679*, Roma, 2017, *passim*), la "libertà di ricercare, ricevere e di divulgare informazioni e idee di

ogni specie, indipendentemente dalle frontiere, sotto forma orale, scritta, stampata o artistica, o con ogni altro mezzo a scelta del fanciullo", garantita dall'art. 13.1 della citata Convenzione, si esplica anche attraverso la rete, così come i *social network*, le piattaforme e le *community* costituiscono strumento per l'esercizio della libertà di associazione e della libertà di riunirsi pacificamente, di cui all'art. 15. Gli autori hanno, al riguardo, auspicato l'emanazione di una legge italiana che fissi ai 13 anni la soglia per la prestazione personale del consenso da parte dei minori, asserendo che "un più elevato limite minimo di età per la validità del consenso digitale del minore non pare essere la forma migliore di tutela", in considerazione sia delle "competenze digitali" dei bambini, sia dei rischi di aggiramento delle limitazioni della rete da parte degli *under 16*, che sarebbero indotti a mentire

applicativi, in assenza di una armonizzazione delle discipline nazionali⁴⁸.

Quanto alla previsione del consenso del “titolare della responsabilità genitoriale” per i minori *under 16*, l’espressione normativa va interpretata estensivamente, così da ricomprendere “qualsiasi persona che eserciti la responsabilità di genitore su un minore”, ai sensi dell’art. 2, n. 7, Regolamento cd. “Bruxelles II bis”, compreso il tutore⁴⁹. Inoltre, l’utilizzo da parte del legislatore di due verbi differenti — “prestato o autorizzato” — sembra

sulla loro età reale per non chiedere il consenso ai genitori e così accedrebbero a servizi calibrati su minori di età più elevata, senza alcun controllo sui contenuti.

In senso opposto, tuttavia, si è schierata altra parte della dottrina, la quale ha stigmatizzato i pericoli dell’uso del *web* da parte dei più piccoli, i quali non avrebbero ancora adeguate capacità cognitive in rapporto all’uso dei servizi della società dell’informazione, ed ha evidenziato le insidie della rete anche per i minori fra i 14 ed i 18 anni, “*who are still very vulnerable to exploitation by commercial interests*” (C. KULVER, *Parental Notification, the FTC and Kids Apps: what’s COPPA all about?*, in *The Digital Media Diet*, 2013, <http://digitalmediadiet.com>). In Italia, manifesta perplessità in merito alla possibilità, per gli Stati membri, di abbassare a tredici anni la soglia dell’età richiesta ai fini della valida prestazione del consenso, S. THOBANI, *op. cit.*, p. 27, la quale obietta che, “mentre il riconoscimento della capacità all’ultrasedecenne a prestare il consenso al trattamento è in sintonia con altre disposizioni legislative e corrisponde al diffuso e sentito bisogno di riconoscere ai grandi minori una sempre maggiore autonomia, la questione si pone diversamente per un tredicenne, rispetto al quale il ruolo educativo dei genitori si deve poter esplicitare con maggiore intensità”. L’autrice, pertanto, ritiene ci si debba interrogare “sul verosimile permanere, sia pure di fronte ad una norma attributiva della capacità al minore, di un potere di controllo ed anche interdittivo in capo al genitore, esercitabile anche nei confronti del terzo”. Deve, peraltro, osservarsi che la recente riforma della filiazione ha già introdotto ipotesi di abbassamento della soglia della capacità di agire anticipata del minore al di sotto dei sedici anni: in particolare, in tema di riconoscimento di un figlio minorenni, l’art. 250, comma 2, c.c., ammette a prestare l’assenso al riconoscimento stesso il figlio che abbia compiuto i quattordici anni. Ora, se in una materia così delicata come l’instaurazione di un le-

game di filiazione, il legislatore interno riconosciuto al minore anche infrasedecenne il potere decisionale, non dovrebbe destare maggiori timori l’ipotesi del consenso del tredicenne al trattamento dei dati personali.

⁴⁸ In considerazione delle possibili diversità fra le legislazioni nazionali in materia di età per il consenso digitale, il Gruppo di lavoro dei Garanti europei sulla tutela degli individui nei confronti del trattamento dei dati personali (WP29), ha sottolineato, nelle *Linee guida sul consenso secondo il Regolamento 2016/679*, che il titolare del trattamento ha l’obbligo di conoscere le diverse leggi nazionali, tenendo conto del pubblico interessato dai suoi servizi, notando in particolare che, in caso di servizi transfrontalieri, il titolare del trattamento che fornisce tali servizi non può sempre basarsi solo sul rispetto della legge dello Stato membro in cui ha lo stabilimento principale ma potrebbe dover attenersi alle rispettive leggi nazionali di ciascuno Stato membro in cui offre i servizi della società dell’informazione. Ciò dipende dal fatto che uno Stato membro scelga, nell’interesse superiore del minore, come criterio di applicazione della sua legge nazionale il luogo di principale stabilimento del responsabile del trattamento o piuttosto la residenza del soggetto dei dati. Il WP29 ha rivolto, in merito, agli Stati membri la richiesta di cercare una soluzione “armonizzata” della questione.

⁴⁹ G. SPOTO, *Disciplina del consenso e tutela del minore*, in S. SICA, V. D’ANTONIO, G. M. RICCIO (a cura di), *op. cit.*, p. 115 s.

Sullo stretto legame tra la responsabilità genitoriale e la tutela, istituto con funzione surrogatoria rispetto alla prima, che trova fondamento nella stessa norma posta alla sua base e cioè nell’art. 30 Cost., cfr., *ex plurimis*, M. BESSONE, *Sub art. 30, in Comm. della cost.*, a cura di G. Branca, *Rapporti etico-sociali*, Bologna-Roma, 1976, p. 126 ss.; C. GRASSETTI, *Principi costituzionali relativi al diritto familiare*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, a cura di P. Calamandrei, A. Levi, Firenze, 1950,

voler alludere alle due distinte ipotesi in cui siano i soli rappresentanti legali a manifestare volontà positiva al trattamento dei dati o, invece, sia il minore in prima persona ad esprimere il proprio consenso, che peraltro richiede di essere integrato dall'autorizzazione dell'esercente la responsabilità genitoriale ⁵⁰.

Come già verificatosi nell'esperienza statunitense ⁵¹, si pone, sia in merito al consenso del minore che a quello dei genitori, il problema dell'accertamento, da parte del titolare del trattamento, dell'esistenza dei requisiti di validità dello stesso.

Nel primo caso, sebbene la disciplina europea taccia, le Linee guida del WP29 hanno chiarito come, essendo l'età minima richiesta dalla normativa un requisito di validità del consenso e dunque di liceità del trattamento, i titolari di quest'ultimo, qualora l'utente dichiari di aver superato l'età del consenso digitale, debbano compiere "sforzi ragionevoli" e controlli appropriati, nonché proporzionati alla natura e ai rischi delle attività di trattamento, per verificare la veridicità dell'affermazione ⁵².

Nel secondo caso, il par. 2 dell'art. 8 pone espressamente in capo al titolare del trattamento l'obbligo di adoperarsi "in ogni

p. 285 ss.; A. DELL'ORO, *Della tutela dei minori*. Art. 343-389, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Libro primo - Delle persone e della famiglia*, Bologna-Roma, 1979, p. 1 ss.; P. PAZÉ, *La tutela e la curatela dei minori*, in AA.VV., *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, vol. VI, *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, a cura di L. Lenti, 2 ed., Milano, 2012, p. 338.

Il Garante per la protezione dei dati personali ha inoltre riconosciuto anche all'affidatario la legittimazione al compimento di atti di ordinaria amministrazione relativi al trattamento dei dati personali (nel caso di specie, la proposizione di istanze ex art. 13 l. n. 675/96) v. sottolineando che "l'art. 5 della legge 4 maggio 1983, n. 18 e successive modificazioni e integrazioni prevede che l'affidatario debba provvedere al mantenimento, all'educazione ed all'istruzione del minore e che a tal fine si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all'articolo 316 del codice civile relative all'esercizio della potestà dei genitori" (provvedimento del 2 maggio 2002, doc. web. n. 1064906).

⁵⁰ Secondo S. THOBANI, *op. cit.*, p. 27, peraltro, non si tratterebbe di un'ipotesi di capacità congiunta "in quanto, nei confronti del terzo, ciò che rileva è il consenso del genitore".

⁵¹ La disciplina statunitense, nell'imporre ai *website operators* di ottenere un "parents' verifiable consent", stabilisce un criterio di ragionevolezza come misura ade-

guata di conformità alla legge del compimento dei titolari del trattamento ed in particolare delle procedure poste in essere per proteggere la riservatezza, sicurezza ed integrità dei dati personali dei bambini. La Federal Trade Commission, nel citato *Children's Online Privacy Protection Rule: A SixStep Compliance Plan for Your Business*, ha elencato una serie di metodi per verificare il consenso dei genitori, quali: "Sign a consent form and send it back to you via fax, mail, or electronic scan; use a credit card, debit card, or other online payment system that provides notification of each separate transaction to the account holder; call a toll-free number staffed by trained personnel; connect to trained personnel via a video conference; provide a copy of a form of government issued ID that you check against a database, as long as you delete the identification from your records when you finish the verification process; answer a series of knowledge-based challenge questions that would be difficult for someone other than the parent to answer; or verify a picture of a driver's license of other photo ID submitted by the parent and then comparing that photo to a second photo submitted by the parent, using facial recognition technology".

⁵² Tra le altre misure, i *social network* prevedono un apposito modulo con il quale chiunque può segnalare l'*account* di persone con età inferiore a quella consentita, nel qual caso il *web operator* provvede a rimuovere l'*account*.

modo ragionevole per verificare in tali casi che il consenso sia prestato o autorizzato dal titolare della responsabilità genitoriale sul minore, in considerazione delle tecnologie disponibili”⁵³, non specificando, peraltro, le modalità pratiche per acquisire il consenso dei genitori o per accertare l’identità di questi ultimi.

Dal canto loro, le Linee guida raccomandano, anche a tale riguardo, l’adozione di un approccio proporzionato, in linea con il principio di minimizzazione dei dati di cui all’art. 5, par. 1, lettera c), il quale miri ad ottenere una quantità limitata di informazioni, in rapporto anche ai rischi inerenti al trattamento ed alla tecnologia disponibile⁵⁴.

Il problema, da tempo emerso nei dibattiti della dottrina straniera, è che i metodi di verifica più blandi, come ad esempio quello che si basa sulla posta elettronica, vengono spesso elusi dai minori che possono facilmente mascherare la propria identità usando questo mezzo, mentre quelli più rigorosi, come ad esempio l’uso delle carte di credito, sono costosi per gli operatori e poco graditi, spesso, agli stessi genitori⁵⁵.

L’ulteriore pericolo è che i *web operators* decidano di risolvere il problema vietando l’accesso alle piattaforme ai minori che non hanno ancora l’età per il consenso digitale, con un evidente *vulnus* ai diritti fondamentali di questi ultimi.

Qualora, come di norma, la responsabilità genitoriale sia esercitata da entrambi i genitori, altro problema che si pone è quello della legittimazione congiunta o disgiunta a prestare o autorizzare il consenso in nome e per conto del minore.

La questione si è già posta, nel nostro ordinamento, con riguardo al consenso per la diffusione dell’immagine — che costituisce sicuramente un dato personale ai sensi dell’art. 4 del Regolamento —. Secondo una pronuncia della giurisprudenza di legittimità, il requisito del consenso dell’interessato, richiesto dal

⁵³ Sottolinea la differenza fra tale previsione e quella dell’art. 1426 c.c. — in base alla quale il contratto concluso da un minore non è annullabile se con raggiungi il minore abbia occultato la sua età —, S. THOBANI, *op. cit.*, p. 27, la quale osserva, dunque, che il consenso del minore al trattamento dei dati personali, ai sensi dell’art. 8, è valido anche se non vi è stato alcun raggiungi da parte del minore, purché sia stata rispettata, da parte del titolare del trattamento, la “normale soglia di diligenza e perizia”.

⁵⁴ Secondo i Garanti europei, in particolare, nei casi a basso rischio la verifica della responsabilità genitoriale via e-mail può essere sufficiente, mentre nei casi ad alto rischio, potrebbe essere opportuno chie-

dere ulteriori prove, in modo che il titolare del trattamento sia in grado di verificare e conservare le informazioni di cui all’articolo 7, paragrafo 1, del Regolamento. Ad esempio, “a un genitore o tutore potrebbe essere chiesto di effettuare un pagamento di € 0,01 al titolare del trattamento tramite una transazione bancaria, includendo una breve conferma nella riga descrittiva della transazione che il titolare del conto bancario è titolare della responsabilità genitoriale nei confronti dell’utente. Se del caso, dovrebbe essere fornito un metodo alternativo di verifica per prevenire un indebito trattamento discriminatorio delle persone che non hanno un conto bancario”.

⁵⁵ Cfr., al riguardo, l’acuta disamina di J. WARMUND, *op. cit.*, p. 206 ss.

combinato disposto degli artt. 96 e 97 l. n. 633/1941, sarebbe integrato anche dalla volontà di un solo genitore ⁵⁶.

Un più recente orientamento espresso dalla giurisprudenza di merito, tuttavia, ha ritenuto che per la legittima diffusione dell'immagine del minore sia necessario il consenso di entrambi i genitori ⁵⁷.

Si reputa preferibile, al riguardo, seguire quest'ultima linea di pensiero e dunque interpretare la disposizione nel senso che, di regola, entrambi gli esercenti la responsabilità genitoriale debbano concordemente acconsentire al trattamento dei dati, trat-

⁵⁶ Cass., 29 settembre 2006, n. 21172, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, p. 807, la quale, nel rigettare la domanda di risarcimento dei danni avanzata dalla madre di un minore nei confronti di una rivista che aveva pubblicato una fotografia del figlio su di una spiaggia in compagnia del padre e di una nota attrice televisiva in "topless", ha confermato la sentenza di merito secondo la quale, da un lato, "il servizio fotografico non risultava attuato con modalità tali da ledere la dignità del minore o della madre stessa" e, dall'altro, "l'esposizione del figlio, da parte del padre esercente la potestà, in luogo pubblico in compagnia dell'attrice, come tale notoriamente soggetta all'interesse dei fotografi" comportava "un implicito consenso alla ripresa fotografica".

⁵⁷ Cfr. Trib. Mantova, 19 settembre 2017, in *Ifamiliarista.it*, 18 gennaio 2018 (con nota adesiva di S. MOLFINO, *Vietato pubblicare le foto dei figli sui social network senza il consenso dell'altro genitore*), secondo il quale "l'inserimento da parte di un genitore di foto dei figli sui *social network*, a fronte del dissenso dell'altro genitore, integra violazione della norma di cui all'art. 10 c.c. (« Abuso dell'immagine altrui »), del combinato disposto degli artt. 4, 7, 8 e 145 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (riguardanti la tutela della riservatezza dei dati personali) nonché degli artt. 1 e 16, comma 1, della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989". Nel caso di specie, i genitori dei minori erano legalmente separati ed in regime di affidamento; nell'accordo di separazione la madre si era impegnata espressamente a non pubblicare le foto dei figli sui *social network* e a rimuovere quelle già "postate". A fronte dell'inadempimento di tale obbligo, il padre aveva adito il Tribunale per chiedere la modifica delle condizioni della separazione, domandando in via accessoria un provvedimento di inibitoria e di rimozione delle im-

magini dei minori. È da sottolineare che il giudice ha impartito immediatamente l'ordine di inibitoria e di rimozione delle foto già inserite, considerando il potenziale pregiudizio per il minore come "insito" nella diffusione della sua immagine sui *social network*, "in quanto ciò determina la diffusione delle immagini fra un numero indeterminato di persone, conosciute e non, le quali possono essere malintenzionate e avvicinarsi ai bambini dopo averli visti più volte in foto *on-line*, non potendo inoltre andare sottaciuto l'ulteriore pericolo costituito dalla condotta di soggetti che taggano le foto *on-line* dei minori e, con procedimenti di fotomontaggio, ne traggono materiale pedopornografico da far circolare fra gli interessati". Il tribunale aderisce in ciò all'orientamento già espresso dalla giurisprudenza di legittimità, (Cass., 10 marzo 2016, n. 19112, in *Guida al diritto*, 2016, p. 58), la quale ha evidenziato come l'evoluzione tecnologica e "la intensa potenza comunicativa anche tra privati nella rete, pervenuta ad una sorta di ubiquità *in re ipsa* di quanto prende le mosse dall'utente di un tale apparato", imponessero un *revirement* rispetto a quanto affermato in passato dalla stessa Corte circa la necessità di accertare di volta in volta la potenzialità concreta di diffusione pure mediante uno strumento telematico (Cass., SS.UU., 31 maggio 2000, n. 13, in *Studium Juris*, 2000, 1410). Secondo i giudici, infatti, "l'odierno notorio insegna che l'inserimento di materiale entro un *social network* come Facebook (...) più non necessita, in realtà, alcuno specifico accertamento sulla potenzialità diffusiva. (...) La "piazza telematica" è aperta a tutti e la sua idoneità a diffondere quanto tutti vi versano, incluso il materiale pornografico, ha raggiunto un livello notoriamente così elevato da esonerare la necessità di valutazione del concreto pericolo, nel momento in cui il materiale, appunto, è inserito (o po-

tandosi di una questione che concerne l'esercizio di un diritto fondamentale del minore ⁵⁸.

Ove il consenso sia stato prestato dagli esercenti la responsabilità genitoriale in nome e per conto del minore infrasedicenne, deve inoltre osservarsi come quest'ultimo, al compimento del sedicesimo anno di età, possa e debba personalmente acconsentire al trattamento dei dati ed abbia il diritto di chiederne al titolare del trattamento, ai sensi dell'art. 17, comma 1, lett. b) del Regolamento, la cancellazione "senza ingiustificato ritardo" (cd. diritto all'oblio) ⁵⁹.

Le Linee Guida elaborate dal Gruppo dei Garanti europei hanno, infatti, chiarito al riguardo che il consenso da parte del titolare della responsabilità genitoriale "scade" nel momento in cui l'interessato raggiunga l'età del "consenso digitale" e dunque il titolare del trattamento deve ottenere un valido consenso direttamente da parte di quest'ultimo ⁶⁰.

Nell'ordinamento interno, soluzione analoga è stata adottata, pur nel silenzio della legge, da una recente pronuncia della giurisprudenza di merito che, sottolineando "l'elevata rilevanza" assunta dalla volontà dei cc.dd. *grand enfants* in materia di scelte

trebbe esserlo, come è avvenuto nel caso di specie) entro un frequentatissimo *social network*, in cui l'imputato lo avrebbe veicolato. Il convogliamento di materiale, in questi casi, sulla bacheca di un *account* si traduce in una metastasi diffusiva con la massima facilità".

⁵⁸ In tal senso anche S. MOLFINO, *Il diritto d'immagine del minore in rete*, cit., p. 2. In dottrina, vi è anche chi, con un'interpretazione definita dallo stesso autore "forzata", ha motivato a favore della tesi del consenso congiunto richiamando l'art. 320 c.c., in merito agli atti di straordinaria amministrazione (G. MAGLIANO, *Quando il minore dev'essere social: il consenso alla pubblicazione di una foto di un minore su un social network da parte dei genitori*, in *Filodiritto*, 5 dicembre 2016). Si ipotizza, infatti, che "l'atto giuridico (pur non essendo un contratto) con il quale i genitori consentono alla pubblicazione dell'immagine di un figlio possa avere una qualche rilevanza economica, atteggiandosi per l'utilizzatore come un diritto personale di godimento. L'autore, richiamandosi anche alla giurisprudenza statunitense, osserva infatti come "i *social network* siano latenti di interessi patrimoniali, provvedendo, tra l'altro, alla profilazione commerciale degli (spesso inconsapevoli) utenti". In ogni caso, se pur si aderisse all'opposta tesi del consenso congiunto, si sottolinea che l'altro genitore può in ogni momento manifestare il proprio

dissenso rispetto alla pubblicazione e dunque chiedere l'intervento del giudice *ex art.* 316 c.c.

⁵⁹ Così, sia pure dubitativamente, G. SPOTO, *op. cit.*, p. 126. L'importanza del diritto all'oblio con riferimento ai dati personali del soggetto minore è espressamente riconosciuta, del resto, dal *Considerando* n. 65, secondo il quale "tale diritto è in particolare rilevante se l'interessato ha prestato il proprio consenso quando era minore, e quindi non pienamente consapevole dei rischi derivanti dal trattamento, e vuole successivamente eliminare tale tipo di dati personali, in particolare da internet". Il *Considerando* aggiunge che "l'interessato dovrebbe poter esercitare tale diritto indipendentemente dal fatto che non sia più un minore", facendo così arguire che può senz'altro farlo anche prima. Sul diritto all'oblio prima e dopo l'avvento del nuovo Regolamento europeo v. per tutti S. RUSSICA, P. MONTONE, N. TILLI, *Il diritto all'oblio dopo il nuovo regolamento europeo sulla privacy*, in M. MAGLIO, M. POLLINI, N. TILLI (a cura di), *op. cit.*, p. 103 ss.

⁶⁰ Le linee guida specificano che in pratica ciò può comportare, per il titolare del trattamento, l'onere di inviare periodicamente messaggi agli utenti per ricordare loro che il consenso per i figli scadrà una volta che essi abbiano compiuto i 16 anni e dovrà essere confermato dall'interessato personalmente.

esistenziali, ha accolto la richiesta di un minore sedicenne di cessazione della diffusione di informazioni sulla sua situazione e sulla vicenda familiare precedentemente operata da uno dei genitori ⁶¹.

È infine da precisare che, ai sensi del par. 3 dell'art. 8 GDPR, “Il paragrafo 1 non pregiudica le disposizioni generali del diritto dei contratti degli Stati membri, quali le norme sulla validità, la formazione o l'efficacia di un contratto rispetto a un minore”. Pertanto, laddove il consenso al trattamento dei dati personali sia inserito all'interno di un contratto — come ad esempio nel caso in cui, per accedere ad un servizio fornito *online*, sia richiesto il consenso al trattamento dei dati personali per finalità promozionali —, la disciplina sui requisiti del consenso deve “interagire” con quella, stabilita dalla legge nazionale applicabile, che concerne i presupposti di validità ed efficacia del contratto. Se, dunque, il minore ha compiuto l'età per prestare il consenso digitale ma non quella per concludere il relativo contratto, l'invalidità di quest'ultimo comporta, nonostante la liceità del trattamento, che esso debba cessare qualora venga vittoriosamente esperita l'azione di annullamento del contratto stesso ⁶².

Sebbene, come già detto, la normativa europea *supra* esaminata non riguardi tutte le fattispecie di trattamento dei dati personali, si ritiene che essa offra comunque significativi spunti di riflessione per la soluzione del problema della capacità del minore ultrasedicenne di prestare direttamente il consenso al trattamento dei dati personali nell'ordinamento italiano.

La questione va ancora una volta affrontata alla luce della peculiare funzione che caratterizza il consenso dell'interessato al

⁶¹ Il caso, deciso da Trib. Roma, 23 dicembre 2017, in *Redazione Giuffrè* 2018, è, invero, particolare, perché concerne un minore sedicenne sotto tutela, a seguito della sospensione della responsabilità genitoriale per comportamenti gravemente pregiudizievoli dei genitori nei suoi confronti. Il tutore aveva chiesto ed ottenuto dal giudice tutelare di poter iscrivere il minore in un istituto scolastico estero; a tale richiesta si era opposta la madre, adducendo che ciò sarebbe stato contrario all'interesse del minore, in quanto egli avrebbe dovuto interrompere un percorso terapeutico in atto. Il minore, ascoltato dal tribunale, aveva manifestato la ferma volontà di proseguire all'estero i suoi studi ed aveva, inoltre, contestato l'idoneità della madre a valutare il suo interesse, adducendo la diffusione, da lei operata, delle vicende familiari e personali del ragazzo sui *media* ed in particolare su *social network*, con grave pregiudizio per il minore. Il giudice accoglie la richiesta

del minore di iscriversi in un *college* americano e dispone, “a tutela del minore e al fine di evitare il diffondersi di informazioni anche nel nuovo contesto sociale frequentato dal ragazzo, l'immediata cessazione della diffusione da parte della madre in *social network* di immagini, notizie e dettagli relativi ai dati personali e alla vicenda giudiziaria inerente il figlio”, ordinando alla donna di rimuovere da tali *social network* ogni dato personale relativo al figlio ed alla vicenda processuale relativa al minore, da lei già inseriti. Particolarmente importante è l'utilizzazione, da parte del tribunale, al fine di assicurare l'osservanza di tali obblighi, dell'*astreinte* di cui all'art. 614-bis cpc.

⁶² S. THOBANI, *op. cit.*, p. 107, la quale precisa, peraltro, che in tal caso la validità del consenso al trattamento dei dati personali impedisce all'interessato di ottenere, oltre all'annullamento del contratto, anche il risarcimento dei danni cagionati dal trattamento già posto in essere.

trattamento dei propri dati personali: se, infatti, tale manifestazione di volontà è espressione del potere di autodeterminazione del singolo nelle scelte che concernono attributi indisponibili della persona, la sua disciplina non può essere apoditticamente mutuata da norme nate per regolamentare atti ed interessi di natura eminentemente patrimoniale, ma deve seguire la disciplina degli atti e dei diritti di natura personalissima⁶³.

In particolare, per quanto concerne i diritti fondamentali — tra i quali, come si è detto, va annoverato il diritto alla protezione dei dati personali —, non è dato rinvenire a livello costituzionale limitazioni fondate sulla suddivisione delle persone in classi di età: a tutti, piuttosto, in egual misura, è garantita non solo l'astratta titolarità ma anche il concreto esercizio di tali situazioni giuridiche soggettive⁶⁴.

Deve, pertanto, ritenersi che l'effettività di tale diritto non possa prescindere dal riconoscimento al minore stesso del potere di esercitarlo autonomamente, ogni qualvolta egli abbia sufficiente capacità di discernimento⁶⁵.

Del resto, l'autonomia decisionale del minore nell'ambito della sfera personale ed esistenziale trova espresso riconoscimento da parte del legislatore in una serie di ipotesi specifiche, delle quali

⁶³ Stigmatizza "l'errore, comunemente diffuso, di trasporre la dicotomia capacità giuridica-capacità di agire dal campo patrimoniale, in cui essa è sorta ed in cui può forse conservare utilità d'impiego, ai rapporti che toccano molto da vicino e spesso coinvolgono l'essenza dell'uomo" P. STANZIONE, *Capacità (diritto privato)*, in *Enc. giur. Treccani*, V, 1988, p. 10 e, più ampiamente, *Id.*, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Camerino-Napoli, 1975, p. 372 ss.; *Id.*, *Diritti fondamentali dei minori*, cit., p. 447 ss.; *Id.*, *Il diritto all'educazione del minore*, in G. AUTORINO, F. NADDEO, P. STANZIONE, *Studi sul diritto di famiglia*, Salerno, 2012, p. 191 ss.; nello stesso senso, C. M. BIANCA, *Diritto civile, 1, La norma, i soggetti*, Milano, 1978, p. 214; G. AUTORINO STANZIONE, *Manuale di diritto di famiglia*, Torino, 2016, p. 414 ss.; M. Giorgianni, *In tema di capacità del minore di età*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, p. 103 ss.; P. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 501; F. D. BUSNELL, *Capacità e incapacità di agire del minore*, in *Dir. fam.*, 1982, p. 55 ss.; F. RUSCELLO, *Potestà genitoriale e capacità dei figli minori: dalla soggezione all'autonomia*, in *Vita not.*, 2000, p. 57 s.; L. TAFARO, *L'età per l'attività*, Napoli, 2003, p. 222 ss.

⁶⁴ Osserva efficacemente che "il lungo elenco dei diritti fondamentali — art. 13 ss. cost. — non è scandito sui ritmi della titol-

larità e dell'esercizio" G. AUTORINO STANZIONE, *op. cit.*, p. 415 ss.

⁶⁵ Quest'ultima nozione, da tempo proposta in dottrina (v. per tutti P. STANZIONE, *Diritti fondamentali dei minori*, cit., p. 110 ed ivi ulteriori indicazioni bibliografiche), è stata anche normativamente recepita dalla legge di riforma della filiazione n. 219/2012 e del successivo decreto legislativo di attuazione n. 14/2013 ed in particolare dalla norma di carattere generale di cui all'art. 315 bis c.c., e dalle disposizioni specifiche di cui agli artt. 250, 252, 316, 336, 337 octies c.c. Sulla legge di riforma della disciplina della filiazione, cfr., *ex plurimis*, AA.VV., C. M. Bianca (a cura di), *La riforma della filiazione*, Padova, 2015, *passim*; R. PANE (a cura di), *Nuove frontiere della famiglia: la riforma della filiazione*, Roma, 2014, *passim*; A. FIGONE, E. RAVOT, *Responsabilità genitoriale: contenuto, limitazioni e decadenza*, Milano, 2016, *passim*; F. R. FANTETTI, *Responsabilità genitoriale e riforma della filiazione: commento al d.lgs 154/2013*, Santarcangelo di Romagna, 2014, *passim*; F. RUSCELLO, *Potestà dei genitori versus Responsibility*, in *www.comparazione-dirittocivile.it*, 2013; G. AUTORINO STANZIONE, *op. cit.*, p. 495 ss. Già prima della riforma della filiazione, peraltro, la dottrina più sensibile, facendo leva sul dettato costituzionale, aveva sottolineato la necessità di funzionalizzare l'istituto della potestà all'in-

alcune, per la loro eterogeneità, non possono essere applicate analogicamente all'ipotesi in questione⁶⁶, altre invece possono invece risultare utili alla soluzione del problema relativo alla prestazione del consenso al trattamento dei dati personali di minori.

A tacere delle già citate norme di cui all'art. 114 c.p.p. e degli artt. 13 e 33 d.P.R. n. 448/88 — che concernono il trattamento dei dati personali di minorenni coinvolti in procedimenti penali e, come si è detto, danno rilievo, sia pur a diverso titolo, alla manifestazione di volontà del minore interessato —, il principale referente normativo da prendere in considerazione è stato individuato nell'art. 108 della l. n. 633/1941 sul diritto d'autore, il quale prevede che "l'autore che abbia compiuto sedici anni di età ha la capacità di compiere tutti gli atti giuridici relativi alle opere da lui create e di esercitare le azioni che ne derivano". Il compimento di atti relativi alle opere dell'ingegno, infatti, può comportare facilmente anche il trattamento dei dati personali, al quale dunque il minore ultrasedicenne può acconsentire senza alcuna necessità o possibilità di intervento sostitutivo od integrativo da parte dei legali rappresentanti⁶⁷.

I referenti normativi nazionali e sovranazionali — sia pur relativi ad ipotesi o ad ambiti specifici — convergono, quindi, nell'attribuire al minore ultrasedicenne il potere di prestare il consenso al trattamento dei propri dati personali, in base alla considerazione che il raggiungimento di tale età comporti l'acquisizione, da parte del minore stesso, di una sufficiente maturità psico-fisica e di una correlativa capacità di autovalutare il proprio interesse. Nonostante l'assenza di una previsione generale sul punto, sembra dunque che la soluzione accolta dal legislatore europeo possa essere applicata anche ai casi non rientranti nell'ambito di applicazione del Regolamento⁶⁸.

teresse della prole, riconoscendo al minore dei diritti soggettivi azionabili anche nei confronti dei genitori: oltre agli autori precedentemente citati, adde M. BESSONE, *op. cit.*, p. 101 ss.; F. GIARDINA, *I rapporti personali tra genitori e figli alla luce del nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 1357 ss.; P. STANZIONE, *Minori (condizione giuridica dei)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, IV, Milano, 2011, p. 725 ss.

⁶⁶ Si pensi, per citarne solo un paio, all'art. 84 c.c., in tema di matrimonio del minore, e all'art. 250 c.c., in tema di riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio, sulla cui inapplicabilità ai casi non previsti dalla legge v. M. GIORGIANNI, *In tema di capacità del minore di età*, cit., p. 108; P. VERCELLONE, *La filiazione*, in *Tratt. dir.*

civ. it., diretto da F. Vassalli, vol. III, t. II, Torino, 1987, p. 369; S. THOBANI, *op. cit.*, p. 19.

⁶⁷ S. THOBANI, *op. cit.*, p. 23, ritiene che tale disposizione possa essere applicata analogicamente a tutti i trattamenti i quali comportino una esposizione al pubblico del minore.

⁶⁸ Già prima dell'emanazione del Regolamento EU 2016/679, alla luce dei dati normativi interni, affermava la capacità del minore ultrasedicenne all'esercizio dei diritti della personalità P. VERCELLONE, *Gli aspetti personali della potestà dei genitori*, in G. COLLURA, L. LENTI, M. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 1258 s.; legava tale capacità all'acquisto dell'età lavorativa G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Na-

Nell'ipotesi di minore infrasedicenne, invece, deve ritenersi che il potere di prestare il consenso al trattamento dei dati personali del minore rientri nell'ambito dei poteri-doveri afferenti alla responsabilità genitoriale e che dunque i titolari della stessa (o, in loro vece, il tutore), siano chiamati ad esprimere la loro volontà in merito ⁶⁹.

Tale potere, tuttavia, deve fare i conti, nel nostro ordinamento, con la funzione, le condizioni di esercizio ed i limiti della stessa responsabilità genitoriale.

In particolare, ai sensi dell'art. 315 *bis* c.c., esso richiede di essere esercitato nel rispetto delle capacità, inclinazioni naturali ed aspirazioni del minore, nonché in correlazione con il suo diritto all'ascolto in tutte le questioni che lo riguardano.

Deve ritenersi, pertanto, che ove il minore sia concretamente dotato della capacità di discernimento, a prescindere dal raggiungimento di un'età predefinita, la sua volontà debba essere presa in debita considerazione dagli esercenti la responsabilità genitoriale nella scelta di acconsentire o meno al trattamento dei suoi dati personali.

In caso di contrasto fra la volontà del minore e quella dei legali rappresentanti, deve ritenersi che non si possa dare automatica prevalenza all'una o alle altre, ma spetti eventualmente all'autorità giudiziaria la valutazione, nel caso concreto, sia della capacità di discernimento del minore, sia della rispondenza della valutazione al suo oggettivo interesse ⁷⁰.

Il giudice può, inoltre, intervenire, ai sensi dell'art. 316, comma 2, c.c., qualora il contrasto sul trattamento dei dati personali

poli, 2005, p. 319. In linea generale, peraltro, sull'inopportunità di procedere all'individuazione di limiti fissi di età per l'esercizio dei diritti della personalità e sull'esigenza di valutare in concreto la capacità di discernimento v. per tutti P. STANZIONE, *Diritti fondamentali dei minori*, cit., p. 110, secondo il quale "imprescindibile è (...) la valutazione dell'ipotesi concreta, sì che di volta in volta (...) si dovrà stabilire se il minore abbia, oppure no, la capacità o, se si preferisce, il discernimento per prendere una decisione con la medesima consapevolezza con cui la prenderebbe una persona adulta"; più di recente, v. Id., *Persona minore di età e salute, diritto all'autodeterminazione, responsabilità genitoriale*, in www.comparazioneDirittocivile.it, 2013. Manifesta, con riguardo all'art. 8 del Regolamento Eu, l'opinione che "forse sarebbe stato preferibile, piuttosto che indicare un'età prefissata per il consenso", puntare l'attenzione "sull'effettivo raggiungimento della maturità psicofisica dell'interessato" G. SPOTO, *op. cit.*, p. 125.

⁶⁹ V., da ultimo, G. SPOTO, *op. cit.*, p. 118.

⁷⁰ Una tale ricostruzione sembra idonea a fugare i dubbi di chi teme che la scelta del legislatore europeo di legare la prestazione del consenso ad un'età prefissata possa costituire un passo indietro "rispetto all'effettiva tutela delle esigenze del minore" (così G. SPOTO, *op. cit.*, p. 125).

Per una formulazione giurisprudenziale del principio di autodeterminazione del minore capace di discernimento nella diversa materia della sottrazione consensuale di minorenni cfr. Cass., 5 marzo 2014, n. 5237, in *Dir. fam. e pers.*, 2014, 1346, secondo la quale "la sempre maggiore rilevanza attribuita dalla normativa nazionale, comunitaria ed internazionale alla volontà del minore, pur illegittimamente sottratto alla potestà ed al diritto di custodia di un genitore da parte dell'altro genitore, entrambi residenti in Stati diversi, esige che la volontà chiaramente e giustificamente manifestata dal figlio di non volere essere restituito al genitore cui era stato arbitrariamente sot-

insorga fra i genitori esercenti la responsabilità genitoriale, poiché, come già detto a proposito dell'art. 8 del Regolamento UE, deve ritenersi che la decisione in merito vada presa in accordo da entrambi ⁷¹.

Occorre, infine, ricordare che il potere sostitutivo degli esercenti la responsabilità genitoriale può subire un temperamento qualora il consenso al trattamento dei dati personali possa essere fatto rientrare, nel caso concreto, fra i cc.dd. *actes de la vie courante*, o atti minuti della vita quotidiana. In tal caso, infatti, secondo una condivisibile opinione dottrinale, può essere riconosciuto direttamente al minore capace di discernimento il potere di porre validamente in essere l'atto in questione, senza necessità di alcuna autorizzazione da parte dei genitori ⁷².

4. IL CONSENSO AL TRATTAMENTO DEI DATI SANITARI.

Una problematica particolare, che richiede di essere affrontata nel più ampio contesto della relazione medico-paziente, concerne il consenso al trattamento dei dati personali del minore in ambito sanitario. Occorre preliminarmente osservare che, se in virtù del principio dell'*informed consent* ⁷³, la volontà del paziente stesso svolge un ruolo fondamentale quale condizione necessaria per la liceità dell'intervento del professionista, il problema preliminare che si pone è chi debba autorizzare l'intervento medico quando la persona sulla quale effettuare il trattamento sia minorenne.

tratto, deve, anche qualora manchi ogni timore per l'incolumità psicofisica del figlio, prevalere, impedendo la restituzione del minore, qualora il giudice accerti che il rifiuto di quest'ultimo rispecchi un suo ragionevole progetto esistenziale ed affettivo, sorretto da una costante, fortissima volizione ed adeguatamente motivato: andando in diverso avviso, il giudice, lungi dal proteggere e cautelare il minore, gli arrecherebbe un danno non lieve e, con ogni probabilità, irreversibile".

⁷¹ Afferma addirittura che il consenso all'uso dell'immagine del figlio minore da parte del genitore vada considerato alla stregua di un atto di straordinaria amministrazione, che come tale richiede non solo l'accordo fra i genitori ma anche l'autorizzazione da parte del giudice tutelare, A. C. MORO, *op. cit.*, p. 1024.

⁷² In tal senso S. THOBANI, *op. cit.*, p. 25 s. In linea più generale, sul tema degli *actes de la vie courante* nell'ambito dei negozi a contenuto patrimoniale, cfr., tra gli altri, P. STANZIONE, *Capacità e minore età*, cit., p. 292 ss.; M. GIORGIANNI, *In tema di capacità del minore*, cit., p. 109; A. C. MORO, *op. cit.*, p. 281 ss.

⁷³ Principio che, com'è noto, è sancito da tempo sia a livello nazionale che internazionale: sui referenti normativi cfr. per tutti V. ZAMBRANO, *Sub artt. 81 e 82*, in S. SICA, P. STANZIONE (diretto da), *op. cit.*, p. 342 ss. Per l'affermazione del consenso informato quale strumento di esercizio della libertà personale e di attuazione del diritto alla salute, costituzionalmente garantiti rispettivamente dagli artt. 13 e 32 Cost., cfr. G. ALPA, *La responsabilità medica*, in *Riv. it. med. leg.*, 1999, p. 28. Sulla progressiva sostituzione del modello del cd. paternalismo medico con quello della cd. alleanza terapeutica si leggano anche M. MAGLIO, *Dati personali e attività sanitaria*, in M. MAGLIO, M. POLLINI, N. TILLI (a cura di), *op. cit.*, p. 527 ss.; C. BORZI, A. MONTELEONE, *Il consenso informato del paziente al trattamento sanitario dalla concezione paternalistica dell'attività medica alla cosiddetta "alleanza terapeutica" tra i soggetti coinvolti nella relazione di cura*, in AA.VV., *La sanità sostenibile orientata al futuro: competenze e responsabilità*. Atti del 42° Congresso nazionale ANMDO, Bologna, 12/14 ottobre 2016.

Si è, al riguardo, distinta l'ipotesi in cui all'incapacità legale corrisponda anche un'incapacità naturale dall'ipotesi in cui, invece, il minore sia dotato di sufficiente capacità di discernimento in relazione alla singola scelta sanitaria. Nel primo caso, si è sostenuto — anche alla luce delle indicazioni del Codice deontologico medico ⁷⁴ — che il consenso possa e debba essere manifestato dal legale rappresentante ⁷⁵.

Nel caso in cui, invece, il minore sia dotato di sufficiente capacità di discernimento, si è ritenuto — in linea con quanto asserito, in linea generale, in merito all'esercizio delle situazioni di natura personale ed esistenziale — che alla sua volontà debba ascriversi giuridica rilevanza: sebbene, infatti, le scelte mediche rientrino nell'ambito della responsabilità genitoriale, questa, come detto, va esercitata nel rispetto della volontà del minore sufficientemente maturo; pertanto, la sua opinione va tenuta in debito conto e, qualora sia contrastante con quella del legale rappresentante, potrebbe anche prevalere su quest'ultima tutte le volte in cui non sia espressione di capriccio o arbitrio ma rappresenti l'esito di una ponderata e adeguata autovalutazione dell'interesse del minore ⁷⁶.

Si crede che questa opinione possa continuare ad essere sostenuta anche dopo l'entrata in vigore della l. 22 dicembre 2017, n. 219, in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate

⁷⁴ Secondo l'art. 33 del Codice deontologico dei medici e degli odontoiatri del 2016, infatti, anzitutto le informazioni relative al trattamento sanitario vanno fornite dal medico "alla persona assistita o al suo rappresentante legale". L'art. 37 prevede poi specificamente che "il medico, in caso di paziente minore o incapace, acquisisce dal rappresentante legale il consenso o il consenso informato alle procedure diagnostiche e/o agli interventi terapeutici". Il secondo comma della disposizione in questione prevede, inoltre, che il medico debba segnalare all'Autorità competente "l'opposizione da parte del minore informato e consapevole o di chi ne esercita la potestà genitoriale a un trattamento ritenuto necessario" e possa, in relazione alle condizioni cliniche, procedere comunque tempestivamente alle cure ritenute indispensabili e indifferibili.

⁷⁵ Tale soluzione, del resto, è stata accolta anche da previsioni di legge speciale come la l. n. 219/2005 in materia di attività trasfusionali, il cui l'art. 3 dispone che il consenso informato alla donazione di sangue, emocomponenti e cellule staminali emopoietiche vada espresso, qualora la persona sia minore di età, dai genitori esercenti la responsabilità, dal tutore o dal giudice tutelare.

⁷⁶ L'art. 33 del Codice deontologico medico dispone, infatti, che il medico debba garantire al minore "elementi di informazione utili perché comprenda la sua condizione di salute e gli interventi diagnostico-terapeutici programmati, al fine di coinvolgerlo nel processo decisionale" e l'art. 35 ribadisce che "il medico tiene in adeguata considerazione le opinioni espresse dal minore in tutti i processi decisionali che lo riguardano".

Particolare importanza riveste, al riguardo, l'art. 4 del d.lgs. n. 211/2003, in tema di sperimentazione clinica, che all'art. 4, dopo aver ammesso la sperimentazione su minori a condizione che sia stato ottenuto "il consenso informato dei genitori o dell'altro genitore in mancanza di uno di essi o del rappresentante legale nel rispetto delle disposizioni normative vigenti in materia", aggiunge che tale consenso "deve comunque rispecchiare la volontà del minore".

Sulla rilevanza da dare alla volontà del minore dotato di sufficiente capacità di discernimento in *subiecta materia*, v., tra gli altri, P. STANZIONE, V. ZAMBRANO, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Milano, 1998, p. 266 ss.; P. STANZIONE, *Persona minore di età*, cit., p. 21 s.; G. FERRANDO, *Incapacità e consenso al trattamento me-*

di trattamento, che ha dedicato un apposito articolo alla tematica del consenso al trattamento medico su minori e incapaci. L'art. 3, comma 2, stabilisce infatti che "il consenso informato al trattamento sanitario del minore è espresso o rifiutato dagli esercenti la responsabilità genitoriale o dal tutore tenendo conto della volontà della persona minore, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità, e avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita del minore nel pieno rispetto della sua dignità".

Tale disposizione va letta, infatti, in combinato disposto con il comma 1 dello stesso articolo, che sancisce il diritto della persona minore di età o incapace "alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione", nel rispetto dei diritti alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione, nonché con il comma 2, secondo il quale, a tal riguardo, essa "deve ricevere informazioni sulle scelte relative alla propria salute in modo consono alle sue capacità per essere messa nelle condizioni di esprimere la sua volontà".

Pertanto, un'interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata della disposizione induce a sostenere che i genitori non possano disattendere la volontà del minore, ogniqualvolta egli abbia sufficiente capacità di discernimento e la sua decisione appaia conforme al suo interesse, come del resto il combinato disposto degli artt. 1 e 3, comma 1, della stessa l. n. 219/2017 appare confermare⁷⁷.

Se questo, dunque, è il quadro concernente il consenso all'atto medico su persona minorenni, *quid iuris* in merito al correlativo trattamento dei dati personali del paziente? Parte della dottrina ritiene che il principio del consenso informato alle cure si proietti anche sul profilo del trattamento dei dati personali in ambito sanitario, riservando al paziente medesimo il controllo delle informazioni che concernono la sua salute⁷⁸.

In realtà, com'è stato acutamente sottolineato, non si possono

dico, in *Pol. dir.*, 1999, p. 147 ss.; A. SANTOSUOSSO, *La decisione sulle cure quando il paziente è incapace*, in M. BARNI, A. SANTOSUOSSO (a cura di), *Medicina e diritto*, Milano, 1995, n. 1, pp. 139 ss.; E. CECARELLI, A. GAMBA, *Il consenso informato e i minorenni*, in A. SANTOSUOSSO (a cura di), *Il consenso informato*, Milano, 1996; Consulta di bioetica, *Bambini e autodeterminazione*, in *Bioetica*, 1995, n. 1, pp. 99-100; nonché, in una prospettiva più generale, P. STANZIONE, *Capacità e minore età*, cit., *passim*; Id., *Personalità, capacità e situazioni giuridiche del minore*, cit., p. 260 ss.; M. DE CRISTOFARO, A. BELVEDERE (a cura di), *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, Milano, 1980, *passim*; G. FERRANDO, *Libertà, respon-*

sabilità e procreazione, Padova, 1999, p. 59 ss.; P. VERCELLONE, *Il corpo dei minorenni: i trattamenti sanitari*, in P. ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, II, *Filiazione*, a cura di G. Collura, L. Lenti, M. Mantovani, Milano, 2002, p. 987 ss.

⁷⁷ Da questo punto di vista, sembra peraltro un passo indietro l'uso legislativo dell'espressione "tenendo conto", laddove la precedente legge di riforma della filiazione, con riferimento alle capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni dei figli minori, ad essa ha sostituito la più pregnante formula "nel rispetto".

⁷⁸ Sembra muoversi in quest'ottica M. MAGLIO, *op. cit.*, p. 531 s.

porre sullo stesso piano il consenso all'atto medico e quello relativo al trattamento dei dati sanitari, poiché la funzione delle due manifestazioni di volontà è profondamente diversa. Mentre, infatti, il consenso all'atto medico è funzionale alla tutela della salute, quello al trattamento dei dati sanitari è volto a proteggere la personalità del paziente, dal momento che i dati relativi alla salute del paziente non sono che una *species* rispetto al *genus* dei dati personali ⁷⁹.

È, tuttavia, innegabile che, ogniquale volta il consenso al trattamento dei dati sanitari sia necessario per esigenze diagnostiche e di cura, vi sia una strettissima correlazione con il consenso all'atto medico, sia, in negativo, nel senso che la mancanza del primo, “refluendo sullo stesso consenso al trattamento medico, renderebbe impossibile al medico eseguire la prestazione” ⁸⁰, sia, in positivo, nel senso che la tutela della riservatezza del paziente è a sua volta funzionale anche alla piena realizzazione del diritto alla salute, come si vedrà a proposito del trattamento sanitario su persona minorenne.

Per quanto concerne i dati sanitari, deve preliminarmente ricordarsi che il legislatore, in considerazione della loro natura sensibile, ha dettato una disciplina specifica per il loro trattamento ⁸¹.

L'art. 76 del Codice della *privacy* prevede, in particolare, che, se il trattamento riguarda dati e operazioni indispensabili per perseguire una finalità di tutela della salute o dell'incolumità fisica dell'interessato, gli esercenti le professioni sanitarie e gli organismi sanitari pubblici, anche ove operino nell'ambito di un'attività di rilevante interesse pubblico ai sensi dell'articolo

⁷⁹ V. ZAMBRANO, Sub artt. 81 e 82, cit., p. 342 s.

⁸⁰ V. ZAMBRANO, Sub artt. 81 e 82, cit., p. 342 s., la quale soggiunge: “A meno di non ritenere che al medico sia demandato il compito di verificare, attraverso un bilanciamento degli interessi contrapposti, se — in caso di mancata prosecuzione del trattamento medico — il soggetto non sopporti un pregiudizio maggiore rispetto a quello che gli deriverebbe dalla diffusione dei dati personali”.

⁸¹ Per un commento a tale disciplina cfr., *ex plurimis*, F. CAGGIA, *Il trattamento dei dati sulla salute, con particolare riferimento all'ambito sanitario*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *Il codice del trattamento dei dati personali*, Torino, 2007, p. 405 ss.; S. VICIANI, *Brevi osservazioni sul trattamento dei dati in-*

renti la salute e la vita sessuale in ambito sanitario, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 315 ss.; G. FINOCCHIARO, *Il trattamento dei dati sanitari: alcune riflessioni critiche a dieci anni dall'entrata in vigore del Codice in materia di protezione dei dati personali*, in G. FERRARI (a cura di), *La legge sulla privacy dieci anni dopo*, Milano, 2008, p. 207 ss. In giurisprudenza, si segnala come di particolare interesse, perché senza precedenti, la decisione di Cass., 22 settembre 2011, n. 19365, in *Giust. civ.*, 2011, p. 2262, secondo la quale “il dato relativo alla salute di un minore costituisce dato personale e sensibile, e come tale più intensamente tutelabile, sia in relazione al minore stesso sia in relazione ad altre persone, come i genitori, alle quali la legge riconosca il diritto di ottenere un beneficio come conseguenza di un obbligo di assistenza”.

85⁸², possano trattare i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute della persona senza necessità di autorizzazione da parte del Garante ma debbano necessariamente acquisire il consenso dell'interessato medesimo⁸³.

Anche la disciplina in tema di forma e modalità di prestazione del consenso al trattamento dei dati sanitari si caratterizza in termini di specialità rispetto alle corrispondenti regole riguardanti in genere i dati sensibili: mentre, infatti, per il trattamento di questi ultimi l'art. 26 del Codice della *privacy* richiede il requisito della forma scritta, il consenso al trattamento dei dati idonei a rivelare lo stato di salute può essere manifestato, ai sensi dell'art. 81, anche oralmente, purché di esso venga data successivamente documentazione, mediante annotazione da parte dell'esercente la professione sanitaria o dell'organismo sanitario⁸⁴.

Tanto l'informativa quanto il consenso al trattamento dei dati idonei a rivelare lo stato di salute devono, di regola, essere forniti prima dell'effettuazione della prestazione sanitaria. Tuttavia, il già citato art. 82 del Codice della *privacy* prevede che entrambe possano intervenire anche successivamente alla prestazione, purché senza ritardo, in una serie di ipotesi fra le quali spiccano, ai fini della presente indagine, quelle "di impossibilità fisica, incapacità di agire o incapacità di intendere o di volere dell'interessato, quando non è possibile acquisire il consenso da chi esercita legalmente la potestà, ovvero da un prossimo congiunto, da un familiare, da un convivente o, in loro assenza, dal responsabile della struttura presso cui dimora l'interessato".

⁸² La precisazione vale ad escludere l'applicabilità, all'attività di trattamento dei dati sanitari da parte degli organismi sanitari pubblici, dell'art. 20 d.lgs. n. 196/2003 — secondo il quale i soggetti pubblici possono trattare i dati sensibili senza il consenso dell'interessato, qualora siano autorizzati da espressa disposizione di legge nella quale vengano specificati i tipi di dati che possono essere trattati e di operazioni eseguibili e le finalità di rilevante interesse pubblico perseguite —, sciogliendo così il nodo interpretativo che si era creato in proposito nel regime previgente: cfr., al riguardo, V. ZAMBRANO, Sub art. 76, in S. Sica, P. Stanzone (diretto da), *op. cit.*, p. 328 ss.

⁸³ Qualora, invece, le suddette finalità riguardino un terzo o la collettività, i titolari del trattamento possono prescindere dal consenso dell'interessato ma devono essere previamente autorizzati dal Garante, sentito — salvi i casi di particolare urgenza — il Consiglio superiore di sanità.

⁸⁴ Inoltre, ai sensi del secondo comma dell'art. 81, quando l'informativa relativa

al trattamento dei dati personali è fornita, ai sensi dell'articolo 78, comma 4, dal medico di medicina generale o dal pediatra di libera scelta anche per conto di altri professionisti che debbano effettuare trattamenti correlati, "il consenso è reso conoscibile ai medesimi professionisti con adeguate modalità, anche attraverso menzione, annotazione o apposizione di un bollino o tagliando su una carta elettronica o sulla tessera sanitaria, contenente un richiamo al medesimo articolo 78, comma 4, e alle eventuali diverse specificazioni apposte all'informativa ai sensi del medesimo comma". Sottolineano l'importante differenza tra il requisito della forma scritta imposto dall'art. 26 *ad substantiam* per i dati sensibili e la documentazione per iscritto del consenso al trattamento dei dati sanitari, previsto solo *ad probationem*, G. BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza*, Milano, 1997, p. 281 ss.; V. ZAMBRANO, Sub artt. 81-82, cit., p. 338, la quale critica la scelta del legislatore che, "demandando al medico la rappresentazione del fatto della dichiarazione, oltre a prestarsi a future contestazioni di fatto svuota di contenuti lo stesso consenso".

Dalla lett. a) del citato art. 82, comma 2, si evince, dunque, che il consenso al trattamento dei dati idonei a rivelare lo stato di salute del minore debba essere, di norma, manifestato dai legali rappresentanti dello stesso.

A conferma di ciò, il quarto comma dell'art. 82 aggiunge che “dopo il raggiungimento della maggiore età l'informativa è fornita all'interessato anche ai fini della acquisizione di una nuova manifestazione del consenso quando questo è necessario”.

Il Regolamento UE 2016/679, dal suo canto, dopo aver previsto, all'art. 9, il divieto di trattare dati personali relativi alla salute — definiti ampiamente dall'art. 4, n. 15, come tutti quei “dati personali attinenti alla salute fisica o mentale di una persona fisica, compresa la prestazione di servizi di assistenza sanitaria, che rivelano informazioni relative al suo stato di salute” — senza il consenso esplicito dell'interessato, stabilisce che tale consenso non è necessario ove “il trattamento è necessario per tutelare un interesse vitale dell'interessato o di un'altra persona fisica, qualora l'interessato si trovi nell'incapacità fisica o giuridica di prestare il proprio consenso”.

Nella generica espressione “incapacità giuridica di prestare il proprio consenso” sembrerebbe doversi includere, così come nelle corrispondenti fattispecie del Codice della *privacy*, l'ipotesi di minore età dell'interessato, con la differenza che in tal caso non è richiesto nemmeno il consenso del legale rappresentante. Poiché, peraltro, secondo quanto disposto dall'art. 9, par. 4, “gli Stati membri possono mantenere o introdurre ulteriori condizioni, comprese limitazioni, con riguardo al trattamento di dati genetici, dati biometrici o dati relativi alla salute”, deve ritenersi che tale requisito continui a sussistere⁸⁵.

Paradossalmente, dunque, mentre in tema di consenso all'atto medico l'assenza di un'apposita disciplina generale ha consentito alla dottrina ed alla giurisprudenza di attribuire rilievo alla volontà del minore dotato di sufficiente capacità di discernimento, nel caso del trattamento dei dati sanitari quest'ultima sembra non giocare alcun ruolo⁸⁶.

E tuttavia, l'intimo legame funzionale fra le due manifestazioni di consenso, *supra* chiarito, induce a ritenere, *in primis*, che in tutti i casi nei quali la legge riconosce espressamente la possibilità per il minore capace di discernimento di sottoporsi a trattamento medico senza il previo consenso dei genitori esercenti la responsabilità genitoriale o del tutore, al minore stesso compete anche la manifestazione del consenso al trattamento dei relativi dati sani-

⁸⁵ Sui problemi di compatibilità fra l'art. 26, comma 1 del Codice della *privacy* e l'art. 9 del Regolamento v. per tutti S. THOBANI, *op. cit.*, p. 84.

⁸⁶ Critica la scelta legislativa V. ZAMBRANO, *Sub artt. 81 e 82, cit.*, p. 350 ss.

tari: così, ad esempio, nel caso di richiesta di somministrazione, su prescrizione medica, nelle strutture sanitarie e nei consultori, dei mezzi necessari per conseguire le finalità liberamente scelte in ordine alla procreazione responsabile, secondo quanto previsto dall'art. 2, comma 3, l. n. 194/1978; nel caso di interruzione volontaria della gravidanza, ai sensi dell'art. 12 della stessa legge; di sottoposizione volontaria ad accertamenti diagnostici o a programma terapeutico e socio-riabilitativo da parte di minorenni che facciano uso di sostanze stupefacenti e psicotrope, ex art. 20, comma 2, d.P.R. n. 309/90; di donazione, da parte di una minorenne partoriente, di cellule staminali emopoietiche, placenta e sangue del cordone ombelicale, ai sensi dell'art. 3 l. n. 219/2005⁸⁷.

In questi casi, il problema della tutela della riservatezza del minore si pone *in primis* nei confronti degli stessi genitori, all'insaputa dei quali spesso i figli richiedono il trattamento sanitario. Se infatti, nelle ipotesi su elencate le scelte inerenti alla salute del minore vengono in parte o totalmente sottratte alla sfera di competenza degli esercenti la responsabilità genitoriale, per essere affidate direttamente all'interessato, fornire ai primi le relative informazioni sanitarie e richiederne il consenso al trattamento dei dati personali significherebbe rischiare di vanificare il diritto alla salute dell'interessato, che potrebbe essere indotto a rinunciare al trattamento pur di non renderne edotti i genitori⁸⁸.

Una tendenza in atto alla generalizzazione del riconoscimento al minore capace di discernimento, unitamente al potere di autode-

⁸⁷ Cfr., sul punto, R. DUCATO, U. IZZO, *Diritto all'autodeterminazione informativa del minore e gestione dei dati "supersensibili" nel contesto del fascicolo sanitario elettronico*, in *Dir. inf.*, 2013, p. 703 ss., i quali ritengono di poter aggiungere a tali esprese previsioni quella di cui all'art. 5, l. n. 219/2005, per la prevenzione e la lotta contro l'AIDS, la quale, dopo aver stabilito, al comma 3, 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", prevede, al comma 4, che la comunicazione di risultati di accertamenti diagnostici diretti o indiretti per infezione da HIV possa essere data esclusivamente alla persona cui tali esami sono riferiti. Nel silenzio della legge in merito all'ipotesi che il soggetto da sottoporre a trattamento sia minorenne, tali autori aderiscono infatti all'orientamento per cui il test HIV possa essere effettuato anche senza il consenso genitoriale (in tal senso P. VERCELLONE, *Il corpo dei minorenni*, cit., p. 993) ed i risultati vadano comunicati esclusivamente al mi-

nore stesso, richiamando a sostegno anche le Linee Guida su "il consenso al test HIV da parte del minore", adottate dalla Regione Piemonte.

⁸⁸ R. DUCATO, U. IZZO, *op. cit.*, p. 704, i quali evidenziano come "*ratio* comune, sottesa al riconoscimento dell'autodeterminazione anticipata del minore e di una sfera di *privacy* con riferimento ai dati sanitari che lo riguardano nei particolari contesti appena visti, è l'esigenza di rimuovere una condizione giuridica che, ove fosse seguita indefettibilmente, indurrebbe il minore ad adottare strategie elusive, tese non solo ad evitare di "accostarsi" alle prestazioni erogate dal servizio sanitario, ma addirittura a dissimulare e nascondere il proprio stato patologico, con effetti nefasti per la piena tutela del diritto alla salute del minore". In tale prospettiva si è mosso anche il Garante per la protezione dei dati personali il quale, nel provvedimento del 17 novembre 2010, doc. web n. 1769451, considerato il fatto che "la somministrazione su prescrizione medica, nelle strutture sanitarie e nei consultori, dei mezzi necessari per conseguire le

terminarsi nelle scelte sanitarie, del diritto alla riservatezza sulle relative vicende, anche nei confronti dei genitori, può cogliersi nel “Codice del diritto del minore alla salute e ai servizi sanitari”, elaborato dall’Istituto Nazionale per i Diritti dei Minori sulla base di un lungo lavoro di confronto tra istituzioni, enti e associazioni che operano nel campo dei diritti dei minorenni e della sanità pediatrica e presentato presso il Ministero della Salute il 6 febbraio del 2013. Dopo aver sancito, all’art. 13, il diritto del minore “di essere coinvolto e di esprimere liberamente il proprio consenso o dissenso in merito a ogni decisione relativa alle pratiche sanitarie che lo riguardano, in ragione della sua capacità di discernimento”, all’art. 17 si stabilisce che “il minore, a qualunque età, ha diritto alla *privacy*. Tutti gli operatori che si prendono cura di lui sono tenuti a mantenere il segreto professionale su tutto ciò che lo riguarda durante e dopo il ricovero. (...) L’adolescente ha diritto di chiedere e ottenere assistenza e consulenza dagli operatori sanitari, nei limiti della legislazione vigente, anche all’insaputa dei propri genitori o di chi ne fa le veci”.

Il problema relativo alla tutela della riservatezza del minore e al riconoscimento allo stesso della gestione dei propri dati sanitari, almeno nelle ipotesi specifiche appena descritte, si è acuito con l’avvento dell’informatizzazione anche nel settore sanitario ed il conseguenziale aumento dei rischi collegati alla diffusione delle informazioni ⁸⁹.

Il cd. “Decreto crescita (d.l. n. 179/2012, convertito con modificazioni nella l. n. 221/2012), nell’ambito della sezione IV, dedicata alla “Sanità digitale”, ha previsto l’istituzione, da parte delle regioni e province autonome, del fascicolo sanitario elettronico, definito dall’art. 12, comma 1, come “l’insieme dei dati e documenti digitali di tipo sanitario e sociosanitario generati da eventi clinici presenti e trascorsi, riguardanti l’assistito”. La stessa disposizione, dopo aver stabilito, al comma 2, che “il FSE è istituito nel rispetto della normativa vigente in materia di protezione dei dati personali”, precisa nel comma 3-*bis* che l’alimentazione del FSE da parte dei soggetti che prendono in cura

finalità liberamente scelte in ordine alla procreazione responsabile è consentita anche ai minori”, e che pertanto il minore può rivolgersi alle strutture sanitarie e ai consultori senza che i genitori ne siano informati, *ex art. 2*, ultimo comma, l. 22 maggio 1978, n. 194, ha dato parere contrario in ordine alla richiesta di accesso di due genitori a documenti sanitari della figlia minore detenuti presso l’U.L.S.S. al fine di scoprire se alla minorenne fosse stato prescritto un farmaco contraccettivo. È interessante sottolineare che, secondo il Garante, “dalla *ratio* della

norma dovrebbe desumersi che il genitore in questione non possa accedere alla documentazione richiesta (...) neppure con il consenso della figlia, per l’evidente probabilità che la volontà della minore venga coartata”.

⁸⁹ Sulla cd. *e-health* v., tra gli altri, M. MORUZZI, *Fascicolo sanitario elettronico personale e reti e-Health. Appunti per un’analisi della sanità di Internet*, in *Salute e società*, 2008, p. 1; R. DUCATO, U. IZZO, *op. cit.*, p. 703 ss.; M. MAGLIO, *op. cit.*, p. 532 ss.

l'assistito nell'ambito del Servizio sanitario nazionale e dei servizi socio-sanitari regionali può avvenire “esclusivamente sulla base del consenso libero e informato da parte dell'assistito, il quale può decidere se e quali dati relativi alla propria salute non devono essere inseriti nel fascicolo medesimo”. Inoltre, ai sensi del comma 5, “la consultazione dei dati e documenti presenti nel FSE (...) può essere realizzata soltanto con il consenso dell'assistito e sempre nel rispetto del segreto professionale, salvo i casi di emergenza sanitaria secondo modalità individuate a riguardo”.

Qualora l'assistito sia minorenne, dall'applicazione della disciplina su esposta in tema di potere del legale rappresentante di prestare il consenso al trattamento dei dati sanitari discende, come corollario, che tanto il consenso all'inserimento dei dati nel FSE del minore quanto quello alla consultazione dello stesso spetti ai genitori esercenti la responsabilità genitoriale o al tutore, essendo precluso, in caso di rifiuto, non solo ai terzi ma all'assistito stesso il potere di accedere alle informazioni che lo riguardano ⁹⁰.

Con riguardo alle situazioni, legislativamente previste, in cui al minore è riservato il potere di prestare il consenso all'atto medico e, di conseguenza, al trattamento dei relativi dati sanitari, tuttavia, coerenza impone di riconoscere a quest'ultimo il controllo sul proprio FSE, dal punto di vista sia dell'inserimento delle informazioni in questione, sia — ove le stesse vengano inserite — della selezione dei soggetti che possono accedervi.

In particolare, poiché i genitori possono normalmente consultare il fascicolo dei propri figli minori, si pone il problema di garantire la *privacy* di questi ultimi nei loro confronti, ideando meccanismi di oscuramento selettivo dei dati sanitari il cui controllo compete al minore, nonché di quelli ad essi in qualche modo connessi ⁹¹.

Un sistema del genere è stato attuato, del resto, in materia di *dossier* sanitario elettronico, che viene definito, nelle linee guida, come l'insieme dei dati personali riguardanti la salute del paziente, trattati presso un'unica struttura sanitaria (un ospedale, un'azienda sanitaria, una casa di cura), al fine di documentarne la storia clinica presso quella singola struttura e offrirgli un migliore processo di cura.

Il *dossier* sanitario, dunque, si differenzia sia dal fascicolo sanitario elettronico — nel quale invece confluisce l'intera storia

⁹⁰ R. DUCATO, U. IZZO, *op. cit.*, p. 704.

⁹¹ R. DUCATO, U. IZZO, *op. cit.*, p. 704 s., i quali, accanto ai dati “supersensibili” di per sé, quali quelli attinenti alla sfera della sessualità e della gravidanza, all'HIV, o all'uso di sostanze psicotrope e stupefacenti, individuano dati “supersensibili per

relationem”, ovvero sia tutti quei dati “spia”, comunque attinenti ad un programma di cura o assistenza relativo alle situazioni su elencate, che potrebbero rivelare al genitore la situazione del figlio (ad esempio, le analisi del sangue).

clinica della persona, generata da più strutture sanitarie — sia dalla cartella clinica elettronica (prevista dall'art. 47 *bis* d.l. 9 febbraio 2012, n. 5/2012, convertito con modificazioni dalla l. n. 35/2012) — che invece rappresenta “lo strumento informativo individuale finalizzato a rilevare tutte le informazioni anagrafiche e cliniche significative relative ad un paziente e ad un singolo episodio di ricovero”⁹².

Secondo le Linee guida del Garante per la protezione dei dati personali in materia di *dossier* sanitario, poiché quest'ultimo “costituisce un trattamento di dati personali specifico e ulteriore rispetto a quello effettuato dal professionista sanitario con le informazioni acquisite in occasione della cura del singolo evento clinico”, esso si configura come un trattamento facoltativo, essendo rimessa all'interessato la scelta dell'inserimento delle informazioni cliniche che lo riguardano in un tale *dossier*. In tale ottica, il consenso al *dossier*, anche se manifestato insieme a quello previsto per il trattamento dei dati a fini di cura, deve essere autonomo e specifico.

Per quanto concerne la situazione del minore d'età, le Linee guida, in ottemperanza a quanto previsto dal Codice della *privacy*, stabiliscono che deve essere acquisito il consenso di chi esercita la “potestà legale” su di esso e che, raggiunta la maggiore età, deve essere acquisito — al primo contatto utile — nuovamente il consenso informato dell'interessato divenuto maggiorenne.

Poco dopo, tuttavia, le stesse Linee guida si occupano dei “particolari casi di consenso”, stabilendo che, qualora nel *dossier* vadano inserite “informazioni relative a prestazioni sanitarie offerte a soggetti nei cui confronti l'ordinamento vigente ha posto specifiche disposizioni a tutela della loro riservatezza e dignità personale”, come nel caso “dei dati soggetti a maggiore tutela dell'anonimato, ovvero relativi ad atti di violenza sessuale o di pedofilia, all'infezioni da HIV o all'uso di sostanze stupefacenti, di sostanze psicotrope e di alcool, alle prestazioni erogate alle donne che si sottopongono ad interventi di interruzione volontaria della gravidanza o che decidono di partorire in anonimato e ai servizi offerti dai consultori familiari”, non sia sufficiente il generico consenso alla formazione del dossier ma il titolare del trattamento debba acquisire una specifica manifestazione di volontà dell'interessato. Quest'ultimo, inoltre, può legittimamente richiedere che tali informazioni siano consultabili solo da parte di alcuni soggetti dallo stesso individuati (ad es., solo dallo specialista presso cui è in cura), ferma restando la possibilità che alle

⁹² Così la definiscono le *Linee guida* del Garante per la protezione dei dati personali in materia di *dossier* sanitario del

2015, sulla scorta dei relativi riferimenti normativi.

stesse possano sempre accedere i professionisti che le hanno elaborate”.

Deve ritenersi, pertanto, che, in questi casi, ogniqualevolta la prestazione sanitaria sia richiesta dallo stesso minore all’insaputa dei genitori, a lui spetti la prestazione del consenso all’inserimento dei relativi dati in *dossier* e la possibilità di chiederne l’oscuramento nei confronti di altri soggetti che potrebbero accedere al documento elettronico, compresi i genitori.

Abstract

The right to the protection of personal data is a fundamental right, in accordance with the art. 8 of the European Constitution, the Italian Code on the personal data processing and the EU Regulation 2016/679 (GDPR). Among the requirements of legitimacy of the treatment, both under Italian and European legislation, it stands out the consent of the interested party. If the latter is the minor, it is important to investigate on his capacity to give consent to the processing of his personal data; otherwise, it arises the problem of the legitimacy of the holders of parental responsibility on his behalf. On this point, without a general requirement in the Privacy Code, the GDPR provides significant causes of reflection for a positive solution of the problem regarding the minor over-16 capacity to directly give consent to the personal data processing in the Italian legal system.