

La situazione giuridica dell'infanzia e dell'adolescenza negli ambienti digitali^(*)

Itz'iar GÓMEZ FERNÁNDEZ*

Sommario: 1. Introduzione 2. Progredire rispetto a una prospettiva adulto-centrica dello statuto dei minori negli ambienti digitali 3. Potenziamento del sistema di garanzie vs. il consolidamento delle barriere di accesso agli ambienti digitali 4. Rafforzamento dei meccanismi di protezione e rafforzamento della autonomia 5. Sintesi

1. Introduzione

Secondo i dati forniti dall'UNICEF, uno ogni tre utenti di internet nel mondo è un bambino o una bambina, riferendoci a tutti gli esseri umani con età inferiore ai diciotto anni, salvo che ai sensi della legge applicabile non abbia raggiunto prima la maggiore età (art. 1 della "Convenzione sui Diritti del Bambino", d'ora in poi CDB^[*]). Si tratta di una proporzione molto elevata, che potrebbe essere maggiore nel Sud del mondo¹ e che mette in evidenza come i minori d'età siano soggetti particolarmente interessanti quando ci riferiamo all'esercizio dei diritti nell'ambiente digitale.

Le ragioni di tale interesse si articolano intorno a due idee.

Da un lato, il regime giuridico del minore, come titolare dei diritti, risponde a una definizione e delimitazione estremamente complessa, dovuta alla posizione subordinata di bambini e bambine rispetto a chi esercita su di loro l'autorità genitoriale o equivalente. Dall'altro lato, anche se in stretta relazione, si pone la questione sempre più diffusa riguardo alla posizione dei minori come utenti di internet in una situazione particolarmente vulnerabile, per cui l'approccio al modello di definizione dei loro diritti in internet tende ad essere prevalentemente protezionistico. Sicché, mentre occupano una posizione di utenti preferenziali a motivo di un uso sempre più crescente delle nuove tecnologie in questa fascia d'età, i minori continuano ad essere considerati come utenti "deboli", che devono essere protetti in quanto possono facilmente assumere la posizione di vittime per la violazione dei loro diritti fondamentali o per abusi più seri di contenuto penale².

La particolare difficoltà nell'affrontare questo tema relativo alla posizione giuridica dei minori nei contesti digitali, è data quindi dal protagonismo di bambini e bambine e degli adolescenti nei suddetti contesti, a fronte dell'esigenza di riformulazione del regime giuridico delle persone minori d'età. Vale a dire, stiamo costruendo teoricamente due ambiti che si snodano in parallelo e che, analizzati in

^(*) Traduzione dallo spagnolo di Luigi Ferraro.

* Professoressa di Diritto Costituzionale, Università Carlos III di Madrid.

^[*] [NdR. Viene così tradotto l'originale spagnolo "Convención sobre los Derechos del Niño". In italiano, la "Convenzione dei diritti del fanciullo" (dall'inglese *Convention on the rights of the child*), secondo l'espressione contenuta nella legge di ratifica 27 maggio 1991, n. 176, GU 11 giugno 1991, n. 35, è denominata anche "Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza", come si legge nell'edizione a cura dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, per il seguente motivo: "Piuttosto che con 'fanciullo', nel titolo si è preferito tradurre il termine 'child' con 'infanzia e adolescenza' poiché la Convenzione riguarda tutte le persone di minore età (da zero a diciotto anni)"].

¹ Dati dell'ufficio di investigazione UNICEF (Innocenti), pubblicati nella pagina web "Child rights in the digital age".

² Sui paradossi che solleva la posizione del bambino come utente di internet v. J. Ramiro Vacquez, *Virtualizando infancias. Del niño Competente al menor en riesgo a través de internet*, in S. Pérez Alvarez, L. Burguera Ameave, K. Paul Larrañaga, *Menores e Internet*, Cizur Menor, 2013.

maniera simultanea, mostrano incoerenze e paradossi sui quali è necessario fermarsi a riflettere. Pertanto, assieme all'idea di protezione dell'infanzia – che talvolta sconfinava nel paternalismo, molto difficile da aggirare per le ragioni che vedremo più avanti e che hanno molto a che vedere con la prospettiva adulto-centrica con la quale si affrontano i problemi relativi all'infanzia e all'adolescenza – è necessario inserire l'idea di autonomia. Questa opzione richiede non solo di tenere in considerazione il rapporto privilegiato dei minori con gli strumenti disponibili negli ambienti digitali, ma anche la necessità di coinvolgerli nel processo decisionale di regolamentazione di questi contesti.

In realtà, le due dimensioni sono strettamente correlate: per promuovere i diritti e il benessere dei bambini su internet è necessario ridurre al minimo i rischi dell'uso, potenziando al contempo le capacità di apprendimento offerte dalla rete. Per farlo, è essenziale avvicinarsi alle esperienze e alle aspettative dei bambini stessi, che non hanno l'eguale percezione di vulnerabilità che noi adulti 'costruiamo' su di loro³.

Il punto di partenza essenziale – per qualunque riflessione generale sull'infanzia, sui bambini e sulle bambine come utenti degli ambienti digitali e titolari dei diritti in questo ambito – è ricordare che la CDB proclama che bambini e bambine sono titolari di diritti (eccetto quello di partecipazione politica in senso stretto), che l'adozione di decisioni che li riguardano deve essere ispirata all'interesse superiore del minore (art. 3.1, CDB⁴, art. 24.2, Carta Europea dei Diritti Fondamentali, CDFUE) e che i minori hanno diritto ad essere ascoltati e la loro opinione tenuta in considerazione (art. 12 CDB⁵, art. 24.2 CDFUE, e art. 3 della Convenzione Europea sull'Esercizio dei Diritti dei Bambini⁶).

Questi principi sono connessi con quanto prevede la Costituzione Spagnola (CE), poiché l'articolo 39.4 CE⁷ riconosce che i bambini godono della protezione prevista dagli accordi internazionali che tutelano i loro diritti, il che collega questa previsione anche con l'art. 10.2 CE. Pertanto, esiste un vincolo materiale tra i diritti costituzionali e i diritti dell'infanzia tutelati a livello internazionale e sovranazionale (europeo), e riprodotti in diverse disposizioni dell'ordinamento interno.

Nelle riflessioni seguenti, necessariamente brevi, il tema in generale del regime giuridico dei minori come titolari di diritti rimarrà sullo sfondo, senza però mai essere perso di vista, come punto di riferimento intorno al quale ripensare questo regime dalla prospettiva dell'esercizio dei diritti dei minori, considerati da un lato come utenti preferenziali degli ambienti digitali e, dall'altro, come soggetti in situazioni speciali di vulnerabilità e sottomessi ad una autorità genitoriale, la cui capacità di decisione completa la mancanza di piena capacità di agire di bambini e bambine e degli adolescenti.

Dobbiamo ricordare che la vulnerabilità è una condizione che si associa a persone e gruppi per definirli nella loro relazione con le strutture di potere istituzionalizzato. Jose Maria Roca Martinez⁸

³ UNICEF sviluppa i programmi di ricerca specificamente destinati a conoscere le relazioni dei bambini con internet: Global Kids Online e Disrupting Harm.

⁴ Quest'articolo è interpretato dal Comitato dei Diritti del Bambino, nell'Osservazione generale num.14 sul diritto del bambino, nel senso di considerare il suo interesse superiore come preminente. L'interesse superiore del minore è stato considerato dal Comitato dei Diritti del Bambino, insieme al principio della non discriminazione, al diritto alla vita e al diritto ad essere ascoltato, come uno dei 4 principi generali della Convenzione, per ciò che riguarda l'interpretazione e applicazione di tutti i diritti del bambino presenti nell'Osservazione generale n. 5 (2003), relativamente alle misure di applicazione della Convenzione sui diritti del bambino Doc. CRC/GC/2003/5, del 27 novembre 2003, par. 12. Per quanto riguarda la normativa interna, tale principio si integra con l'art. 2 della Legge Organica 1/1996, del 15 gennaio, di Protezione Giuridica del Minore, modificata dalla Legge Organica 8/2015, del 22 luglio, di Protezione dell'Infanzia e dell'Adolescenza, e con gli artt. 103.1, 137, 149, 156, 161, 172.4, 173.3, 173.4, 216 e 224, tra gli altri, del Codice civile.

⁵ Questo articolo è interpretato dal Comitato dei Diritti del Bambino nella Osservazione generale n. 12 (2009).

⁶ Nell'ordinamento interno spagnolo, il diritto è riconosciuto nell'art. 9 della Legge Organica 1/1996, del 15 gennaio, di Protezione Giuridica del Minore, modificata dalla Legge Organica 8/2015, del 22 giugno, di Protezione dell'Infanzia e dell'Adolescenza. Allo stesso modo, l'art. 92.6 del Codice civile e gli articoli 770.1 4^a e 777.5 della Legge di Procedura Civile prevedono l'audizione del minore nei processi civili.

⁷ Un riconoscimento molto simile lo si rinviene nell'art. 3.3 TUE quando afferma che l'Unione svilupperà "la solidarietà tra generazioni e la protezione dei diritti del bambino" e contribuirà alla protezione dei diritti umani e, in particolare, alla protezione dei diritti del bambino (art. 3.5 TUE).

⁸ J.M. Roca Martínez, *Tutela jurisdiccional de los derechos de las personas y grupos vulnerables en los órdenes civil y laboral*, in M.Á. Presno Linera, *Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables*, Oviedo, 2013.

analizza questa definizione affermando che la condizione di soggetto vulnerabile si relaziona alla situazione di svantaggio nella quale si trova un individuo o un gruppo dinanzi al resto della società. Tuttavia, rispetto ai minorenni l'idea di vulnerabilità agisce in un senso ambivalente.

I bambini, le bambine e gli adolescenti sono individui la cui immaturità, secondo il parametro di osservazione degli adulti, determina la limitazione dell'autonomia e della capacità di agire, e queste limitazioni sono surrogate dalla capacità degli adulti o delle autorità che tutelano i loro interessi, compensando così la loro situazione di svantaggio. Ebbene, la loro situazione di vulnerabilità immanente, che li rende senza dubbio meritevoli di protezione, giustifica anche alcune limitazioni introdotte nel pieno godimento ed esercizio dei propri diritti e tale limitazione può arrivare a rafforzare la situazione di vulnerabilità in determinate circostanze, particolarmente in contesti di conflitto di interesse in cui il minore è sufficientemente maturo per identificare i propri interessi, ma incapace di difenderli in un sistema processuale di garanzie che gli nega la piena capacità di agire. Pertanto, in questo caso la valutazione della situazione o la condizione di vulnerabilità è estremamente complessa, perché può rafforzare la propria situazione di svantaggio.

Inoltre, nel caso concreto che stiamo ora affrontando, i bambini, le bambine e gli adolescenti non si trovano in situazioni di svantaggio rispetto al resto della società per ciò che riguarda l'uso degli ambienti digitali, né per ciò che riguarda la padronanza degli strumenti che questi contesti forniscono. Si tratta di nativi digitali che conoscono ed usano tali ambienti con meno difficoltà rispetto agli adulti e che comprendono ed integrano il linguaggio della rete con maggiore rapidità, adattandosi facilmente alla situazione. Non hanno difficoltà di accesso né di permanenza, né barriere di comprensione della situazione. La vulnerabilità, pertanto, non si trova negli svantaggi relativi all'uso, ma si riferisce alla mancanza di maturità e capacità di ricorrere all'attuale sistema di garanzie, nei casi in cui sia necessario rispondere ad eventuali aggressioni o limitazioni dei loro diritti negli ambienti digitali.

Quindi la vulnerabilità in questo ambito ha un carattere proprio e distinto, che si collega con la difficoltà che hanno i bambini e le bambine di relazionarsi con due strutture di potere: da un lato il potere privato delle imprese e delle piattaforme che forniscono il servizio di internet, di giochi, di reti social, etc.; dall'altro il potere pubblico, che prevede meccanismi di garanzia dei diritti del tutto inadeguati all'agire dei minori, e che basa la maggior parte del sistema di protezione sull'intervento mediato di chi ha la tutela o la protezione dei minori, e quindi rappresenta il minore e supplisce alla sua mancanza di capacità di agire. Queste considerazioni introduttive generali vengono sviluppate, nelle pagine che seguono, intorno alle seguenti idee: i) il sistema di garanzia del diritto dei bambini e delle bambine in internet è basato su una prospettiva adulto-centrica del regime giuridico dei minori che è necessario riformare (2); ii) il rafforzamento del sistema di garanzia non può basarsi su una restrizione dell'accesso dei minori agli ambienti digitali (3); iii) la vulnerabilità dei bambini, delle bambine e degli adolescenti richiede un sistema di protezione che, in modo inadeguato, non limiti l'autonomia dei bambini utenti di internet (4); iv) la previsione di un modello di protezione dei diritti dei minori in internet deve passare per un processo di elaborazione normativo partecipato dai minori.

2. Progredire rispetto a una prospettiva adulto-centrica dello statuto dei minori negli ambienti digitali

L'evoluzione sociologica, educativa e giuridica che ha sperimentato il giusto approccio ai bambini, bambine e adolescenti, permette di constatare come, nelle società occidentali⁹, essi siano stati perce-

⁹ A partire dall'impostazione contenuta nel Codice di Napoleone, che ha avuto un'indiscutibile influenza sul diritto civile continentale, secondo cui i figli sono soggetti alla potestà genitoriale così come era concepita nell'antico diritto romano, si sono fatti progressivi passi avanti nel superamento delle nozioni di obbedienza e produttività al servizio del *pater familias*. Così, alla fine del XIX secolo, l'attenzione è stata rivolta prima alla necessità di fornire una protezione speciale ai bambini nel campo dei rapporti di lavoro, e poi ai loro bisogni educativi, in linea con le riflessioni di Jean-Jacques Rousseau, il primo teorico a vedere il bambino come una persona con un proprio valore (e diverso, per inciso, nel caso di bambini e bambine). Nel 1919, la neonata

piti progressivamente quali soggetti con un'identità autonoma rispetto agli adulti, sotto la cui custodia o tutela si trovano, e come soggetti che presentano determinate caratteristiche quando si relazionano con l'ordinamento giuridico. Un ruolo di primo piano in questa evoluzione è stato svolto dalle Nazioni Unite, che lavorano sull'approccio giuridico ai diritti dell'infanzia, partendo dal presupposto che la dignità intrinseca dell'essere umano è comunque presente nell'infanzia, indipendentemente dall'età, ma che quest'ultima è determinante quando si tratta di ritenere che i bambini, come gli adulti non autosufficienti, abbiano diritto a cure e assistenza speciali. Ad evidenziare la condizione dei minori come titolari di diritti è stata, in primo luogo, la Dichiarazione ONU sui Diritti del Bambino adottata dall'Assemblea Generale il 20 novembre del 1959, e successivamente la Convenzione ONU sui Diritti del Bambino (CDB) approvata il 20 novembre del 1989¹⁰.

La firma e la ratifica della CDB attiva l'obbligo dello Stato firmatario di adottare le misure necessarie per dare effettività a tutti i diritti riconosciuti nella Convenzione. Questo spiega l'evoluzione normativa in materia di legislazione dell'infanzia e dell'adolescenza che si è verificata in diversi Paesi, in particolare in Spagna, dalla fine degli anni '80 del secolo scorso. In questi 40 anni di legislazione si è passati progressivamente da un approccio in cui la famiglia era il centro intorno al quale ruotava il riconoscimento dei diritti del bambino, che – come prevede la CDB – si sviluppa in modo particolare in quest'ambiente, verso una percezione del minore come soggetto autonomo e con interessi propri che possono essere eventualmente incompatibili o discordanti con gli interessi delle persone che sono obbligate a prestargli assistenza, cura e protezione.

Malgrado questa evoluzione, sottile ma decisa, i minori non hanno piena autonomia nell'ambito giuridico, né la possiedono in qualunque altro aspetto della loro vita, in quanto la responsabilità delle loro azioni ricade su di loro solo in maniera parziale¹¹. Questo non significa che non siano titolari pieni dei diritti riconosciuti dalla Costituzione (con eccezione del diritto di suffragio attivo e passivo), perché in realtà lo sono. Il Tribunale Costituzionale ha riconosciuto apertamente¹² che i minori d'età

Società delle Nazioni istituì un Comitato per la protezione dei bambini, che promosse l'adozione, il 26 settembre 1924, della Dichiarazione di Ginevra sui diritti del fanciullo, una dichiarazione che riconosce il diritto allo sviluppo materiale e spirituale dei bambini (art. 1), il diritto a ricevere cure (art. 2) e aiuto in caso di rischio o abbandono (art. 3), il diritto a non essere sfruttati (art. 4) e il diritto a essere educati "nella consapevolezza che i suoi talenti vanno messi al servizio degli altri uomini" (art. 5). Dopo questo momento iniziale, l'evoluzione è stata paralizzata dalla Seconda Guerra Mondiale e l'Organizzazione delle Nazioni Unite, nata al termine del conflitto, ha istituito nel 1946 il Fondo Internazionale d'Emergenza per l'Infanzia delle Nazioni Unite (noto con l'acronimo UNICEF) per soddisfare i bisogni dei bambini nati nel dopoguerra in Europa e in Cina.

¹⁰ Questo trattato, il più ratificato della storia con 196 Stati firmatari, frutto del lavoro interpretativo e di sviluppo realizzato, attraverso distinti meccanismi di controllo, dal "Comitato dei diritti del bambino", è servito da catalizzatore e motore di cambiamento delle legislazioni nazionali e dei sistemi interni di protezione dell'infanzia, anche di quello spagnolo. Lo stato delle firme e ratifiche può essere seguito nel web attraverso la raccolta di trattati delle Nazioni Unite. La Spagna pubblicò lo strumento di ratifica della CDB, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre del 1989. La sua entrata in vigore, raggiunto il numero di ratifiche necessario, si è avuta il 2 settembre del 1990; per la Spagna il 5 gennaio 1991, dove la sua influenza è divenuta rilevante a partire dall'anno 2015, con l'approvazione della Legge Organica 8/2015, del 22 luglio, di modifica del sistema di protezione dei minori e degli adolescenti (LOMSPIA) e della Legge 26/2015, del 28 luglio, di modifica del sistema di protezione dell'infanzia e dell'adolescenza (LMSPIA), che hanno incorporato i contenuti derivati tanto dalla CDB, quanto dalla Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, del 13 dicembre 2006.

¹¹ Nonostante ciò, non si può negare che, così come afferma M.C. Nuñez Zorrilla, *La nueva configuración del interés superior del menor en las reformas llevadas a cabo por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, con especial referencia a las reformas peradas en este ámbito en el ordenamiento catalán*, in *Derechos Fundamentales de los Menores (Desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia)*, 2018: dall'ambito giuridico, si è prodotta un'evoluzione e un cambio sostanziale nella forma di concepire la capacità giuridica del bambino, che si adegua in funzione del suo sviluppo e del grado di autonomia. Il bambino viene considerato come un individuo con opinioni proprie che dovranno essere prese in considerazione compatibilmente con la sua capacità e maturità.

¹² L'ha fatto per la prima volta risolvendo un *recurso de amparo* nella STC 141/2000, del 29 maggio, ribadendolo nella STC 154/2002, ancora a seguito di *recurso de amparo*, per recuperare questa dottrina di recente, risolvendo una questione di incostituzionalità, sollevata dal Tribunale Supremo, nella STC 99/2019, del 18 luglio. Il *recurso de amparo* deciso con la STC 141/2000 fu proposto da un padre in difesa della sua libertà religiosa, poiché, in un procedimento ordinario sopra il regime di tutela e custodia dei suoi figli dopo una rottura matrimoniale, si limitarono giuridicamente le sue facoltà nel fare proselitismo religioso con i minori. In questo contesto, il Tribunale ha posto l'esercizio dei diritti dei bambini come limite implicito all'esercizio dei diritti del padre su di loro. Si veda a questo proposito M. Fernández De Frutos, *Titularidad*

sono titolari pieni dei loro diritti fondamentali, il che significa che l'esercizio di tali diritti e la facoltà di disporre di essi non vengono meno per la mera soggezione dei minori alla potestà genitoriale (STC 141/2000, del 29 maggio, FJ 5).

Sebbene si riconosca a coloro i quali viene attribuita la tutela e la custodia dei minori, o la patria potestà che possono incidere sul godimento da parte del minore di suoi diritti fondamentali, tale incidenza "si modulerà in funzione della maturità del bambino e dei diversi stadi in cui la legislazione gradua la sua capacità di agire [...]. In tal modo, sui poteri pubblici e, in modo particolare, sui Tribunali, grava il compito di vegliare affinché l'esercizio di queste potestà dei genitori o tutori, o di coloro a cui è stata attribuita la loro protezione e difesa, si realizzi nell'interesse del minore, e non al servizio di altri interessi, che pur leciti e rispettabili, devono procrastinarsi davanti a quello "superiore" del bambino" (FJ 5, STC 141/2000, del 29 maggio).

La modulazione che la giurisprudenza costituzionale riconosce nell'esercizio dei diritti da parte dei minori implica una minore capacità di ingerenza quanto maggiore è l'età del bambino o della bambina, sempre fino ai diciotto anni, dal momento che la Costituzione fissa la maggiore età "costituzionale" al compimento del diciottesimo anno (art. 12 CE). Questo "indicatore oggettivo"¹³ coincide con la previsione della CDB (art. 1) ed è confermato dall'indicazione dell'art. 1 della Legge Organica 1/1996, del 15 gennaio, sulla Protezione Giuridica del Minore (LOPJM), che, nel definire l'ambito di applicazione della legge, segna questa linea di demarcazione che separa un regime giuridico di massima sottomissione alla protezione e alla competenza di chi esercita le responsabilità genitoriali, da un altro regime di piena autonomia e responsabilità della persona stessa¹⁴. Pertanto, la regola generale è che finché non si raggiunga la maggiore età, né l'emancipazione civile a partire dai 16 anni, coloro che hanno la patria potestà – come regola generale i genitori – esercitano la rappresentanza legale dei minori per agire in qualsiasi ambito, anche davanti la giurisdizione, salvo che esista un conflitto di interesse tra loro, o che il minore, per il suo livello di maturità, possa esercitare da sé alcune azioni relative ai diritti della personalità (art. 162.1 CC).

Definita in questo modo la minore età e con l'eccezione legale del diritto di voto¹⁵, coloro che si trovano nei periodi vitali dell'infanzia, dell'adolescenza o della prima giovinezza, sono titolari di diritti individuali classificati come diritti fondamentali (artt. 14 a 29 e 30.2 CE), come diritti costituzionali (artt. 31 a 38 CE) o come principi guida della politica sociale ed economica (artt. 39 a 52 CE). La LOPJM conferma nel Capitolo II del Titolo I, ampliandolo, il contenuto dei diritti del minore all'onore, alla privacy e alla propria immagine (art. 4), il diritto all'informazione (art. 5), la libertà ideologica (art. 6), il diritto di partecipazione, di associazione e di riunione (art. 7) e la libertà di espressione (art. 8). Aggiunge poi espressamente il diritto, che viene preso dalla CDB, di essere sentito e ascoltato (art. 9).

Non è possibile introdurre alcuna eccezione al riconoscimento di tali diritti in capo a un minore, per il fatto che essi vengono siano esercitati in contesti digitali. E, partendo da questa premessa,

ejercicio de los derechos fundamentales por los menores de edad: examen de la jurisprudencia constitucional, in *Revista Jurídica de Catalunya*, 1/2005.

¹³ Inoltre, (tale indicatore) si proietta nella sfera civile e penale, i cui codici di riferimento introducono alcune variabili che modulano, o possono modulare, gli effetti della proclamazione della maggiore età a 18 anni. Così, l'art. 314 CC ammette la possibilità di emancipazione per chi ha più di 16 anni, per concessione di chi esercita la patria potestà o per decisione giudiziaria, il che significa che l'adolescente diventa capace e responsabile di tutti gli atti della vita civile, salvo alcune eccezioni previste dal codice stesso (ad esempio, gli artt. 323 e 324 CC), così come per comparire da solo in giudizio per la difesa dei propri interessi. Per quanto riguarda la sfera penale, l'età di 14 anni segna la possibilità di ritenere i minori responsabili in conformità con le disposizioni della Legge Organica 5/2000, del 12 gennaio, che regola la responsabilità penale dei minori (LORRPM) fino ai 18 anni.

¹⁴ Inoltre, questa disposizione, oltre a conformarsi come norma che risponde al mandato dell'art. 39 CE, stabilisce un quadro normativo che garantisce ai minori una protezione uniforme in tutto il territorio spagnolo. Si veda, in questo senso, M.C Nuñez Zorrilla, *La nueva configuración del interés superior del menor*, cit., 83.

¹⁵ Nella legislazione che sviluppa i diritti fondamentali, solo l'art. 2.1 della Legge Organica 5/1985, del 19 giugno, sul Regime Elettorale Generale (LOREG) stabilisce un'esclusione implicita, stabilendo che il diritto di voto corrisponde agli spagnoli maggiorenni.

possiamo notare che i diritti della personalità e la libertà di informazione sono stati oggetto di un'attenzione preferenziale per quanto riguarda il loro esercizio su internet da parte dei minori¹⁶. E, sebbene il focus iniziale di questo approccio fosse essenzialmente protezionistico, esso si è andato modificando gradualmente per integrare la percezione dei minori come soggetti attivi ed emancipati nell'ambiente digitale¹⁷.

A questo punto, dobbiamo quindi porci delle domande più complesse, in relazione all'esercizio del diritto alla propria immagine, che possono essere così esemplificate.

- A che età un minore può dare il proprio consenso valido, corretto e insostituibile all'utilizzo della propria immagine sui network, per pubblicare le proprie foto o i propri video?

- Fino a quale età del minore i genitori possono sostituire tale consenso ed esporre il minore nelle reti? Sarebbe possibile proibire l'esposizione dei minori nelle reti pubbliche fino a quando non sono abbastanza maturi per dare il loro consenso?

- Se si stabilisce un'età specifica e universalmente valida di manifestazione propria del consenso, chi è il responsabile per verificare che questa età sia stata raggiunta, le imprese fornitrici di servizi o i genitori? E quali sarebbero le conseguenze del mancato rispetto dell'obbligo di controllo?

- A partire da quale età si può esercitare il diritto alla cancellazione dell'identità digitale?

Il fatto che il legislatore non prenda in considerazione questo tipo di questioni ha a che vedere, in larga misura, con la difficoltà di distaccarsi da questa visione adulto-centrica del diritto, che considera il minore come un soggetto da tutelare, ma non come un soggetto in grado di prendere decisioni autonome in relazione all'esercizio dei diritti di cui è titolare, o come un individuo che può vedere i propri diritti minati da quelli che sono stabiliti dalla legge, il cui fine è quello di assicurare, almeno sulla carta, la tutela e la garanzia dei diritti stessi.

Nella legge organica sulla Tutela Giuridica del Minore (del 15 gennaio 1996), di modifica parziale del Codice civile e della Legge di procedura civile riformata sostanzialmente negli anni 2015 e 2021, è stata inclusa, dopo la prima delle due riforme, qualche indicazione interessante riguardo la relazione dei minori con gli ambienti digitali.

i) Riconoscendo il diritto all'informazione dei minori, si prevede l'obbligo delle Amministrazioni Pubbliche di sensibilizzare i minori sull'offerta culturale di internet e sulla difesa dei diritti del *copyright* (art. 5 LOPJM).

ii) Quando i minori sono sotto la tutela delle amministrazioni pubbliche (vale a dire, delle amministrazioni autonome che sono quelle che detengono le competenze in questo ambito), si prevede che queste amministrazioni stabiliscano le "misure educative e di supervisione che garantiscono la tutela dei dati personali del minore nel momento in cui accede alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione e alle reti sociali".

Si spinge ancora oltre la recente Legge Organica 8/2021, del 4 giugno, sulla tutela integrale dell'infanzia e dell'adolescenza rispetto alla violenza (LOPIVI), che affronta la questione degli ambienti digitali dalle seguenti prospettive.

iii) Strumento da utilizzare al servizio dei fini della legge, in particolare per sensibilizzare al rifiuto e all'eliminazione di ogni tipo di violenza contro i bambini e gli adolescenti (artt. 3 a), 22 LOPIVI).

iv) Oggetto della formazione a diversi livelli. Da un lato, formazione specializzata per coloro che hanno un contatto abituale con i minori, con l'obiettivo di garantire un uso sicuro di internet (artt. 5.1.

¹⁶ Infatti, i primi lavori che, dal punto di vista teorico si svilupparono in Spagna in relazione ai rapporti dei minori con internet, ebbero per oggetto, da un lato la protezione dei minori nella loro condizione di potenziali vittime delle modalità di sfruttamento sessuale che si incominciavano a sviluppare attraverso diverse applicazioni e reti sociali, dall'altro la protezione dei diritti della personalità dei quali sono titolari i minori di età (onore, intimità e immagine propria). Molti autori pongono l'accento sul secondo di questi elementi, indipendentemente dalla gravità che presenta il primo tipo di situazione, data la difficoltà di cancellare la "identità digitale" e per il fatto che, nei casi di esposizione pubblica dei più piccoli, sono spesso i responsabili della loro tutela a incidere, limitandoli, sui diritti dei minori.

¹⁷ A tal riguardo, si veda J. Solé Resina, *Emancipación digital y potestad parental*, in J. Solé Resina, V. Almada Mozetic (coord.), *Protección de los menores en la era digital*, Vila Nova de Gaia, 2020.

c) e 45 LOPIVI); dall'altro, formazione per i minori in materia di diritti, di sicurezza e responsabilità digitali (artt. 33 e 45 LOPIVI); in terzo luogo, formazione e sostegno alle famiglie (art. 45.1 LOPIVI).

v) Oggetto della ricerca e dello scambio di informazioni tra il settore pubblico e il settore privato (art. 8 LOPIVI) o di diagnosi e controllo dei contenuti (art. 46 LOPIVI).

vi) Oggetto di controllo in quanto strumento di trasmissione di contenuti illeciti (artt. 19 e 52 LOPIVI e sesta disposizione finale, commi 12, 14, 23 e 32 LOPIVI, che riformano diverse disposizioni del Codice penale).

Tra questi due dettati normativi, la Legge organica 3/2018, del 5 dicembre, sulla protezione dei dati personali e la garanzia dei diritti digitali, riconosce l'obbligo di genitori, tutori, curatori o rappresentanti legali di proteggere i minori in riferimento all'utilizzo degli ambienti digitali, assicurando che ne facciano un uso appropriato e avvertendo che la diffusione di immagini o informazioni di minori sotto la loro tutela può comportare un'intromissione illecita nei diritti relativi alla personalità di questi ultimi (art. 84 LOPD); e, allo stesso modo, attribuisce obblighi di protezione dei dati dei minori su internet ai centri educativi e alle persone fisiche o giuridiche che svolgono attività alle quali partecipano minori (art. 92 LOPD).

Allo stesso tempo, la LOPD stabilisce l'obbligo del Governo, in collaborazione con le Comunità Autonome, di sviluppare politiche di promozione dei diritti digitali, includendo tra queste politiche misure educative che, sebbene non specificamente rivolte ai minori, dovrebbero comunque essere indirizzate a tale categoria di persone (art. 97 c) LOPD). Questa legge organica contiene il mandato di presentare al Congresso dei Deputati, entro un anno dalla sua entrata in vigore, un progetto di legge specificamente volto a garantire i diritti dei minori di fronte all'impatto di internet (Disposizione aggiuntiva 19° LOPD). Tuttavia, questa disciplina non ha avuto ancora seguito.

Ciò che appare evidente dalla breve descrizione normativa sopra riportata è che l'ordinamento giuridico attenua progressivamente la prospettiva adulto-centrica al fine di definire uno specifico regime giuridico del minore utente di internet, definendo i diritti e le proprie politiche pubbliche. Tuttavia, la visione protezionista è ancora così presente che il sistema di garanzie non va di pari passo con il riconoscimento materiale del suddetto regime giuridico. A tale riflessione è dedicato il paragrafo seguente.

3. Potenziamento del sistema di garanzie vs. il consolidamento delle barriere di accesso agli ambienti digitali

Internet si evolve ad una velocità vertiginosa: il 1983 è l'anno che segna l'inizio di "Internet" come strumento di lavoro interno al Dipartimento della Difesa degli Stati Uniti; nel 1991 e nel 1992 è stato aperto agli utenti e c'erano circa cinquanta siti web pubblici; nel corso degli anni 1990 sono stati pubblicati i primi lavori giuridici che analizzavano i legami tra diritto e internet. Nel 2004 è stato creato Facebook; nel 2006, Twitter; Whatsapp nel 2009 e Instagram l'anno successivo; Tiktok, nella sua versione cinese (chiamata Douyin), è stato lanciato nel 2016; infine, con l'arrivo della pandemia da COVID-19, le applicazioni di e-learning sono proliferate, diventando uno strumento di teledidattica per milioni di minori (e adulti) in tutto il mondo.

In meno di quarant'anni, dunque, si è sviluppato un mondo virtuale in cui si svolgono attività che comportano l'esercizio di diritti (fondamentali e soggettivi) o che possono comportare interferenze illegittime nell'esercizio dei diritti. L'accesso dei minori a questo universo è praticamente globale se parliamo di adolescenti (dai 16 anni in su) e in percentuali molto alte se parliamo di bambini più piccoli. Questo mondo virtuale, questo spazio e tempo in cui le persone (molte delle quali minorenni) interagiscono, non appartiene a uno Stato, né è controllato dallo Stato o da altre organizzazioni inter o transnazionali che esercitano il potere pubblico, cosicché le relazioni di potere e l'esercizio dei diritti che si sviluppano in questo contesto operano secondo dinamiche estranee a quelle tipiche dello Stato di diritto.

L'evoluzione di queste dinamiche, gli ambienti in cui si producono, le applicazioni che ne consentono lo sviluppo, agiscono secondo un modello di crescita esponenziale, che si è accentuato negli ultimi anni. Esistono più scenari di interazione e ci sono più utenti. Questi ultimi sono sempre più giovani. E gli Stati non sono in grado di assumere il controllo giuridico di questi ambienti, perché si tratta, in un'alta percentuale di casi, di media imprenditoriali.

Per questo motivo, quando pensiamo a come garantire il corretto esercizio dei diritti dei minori negli ambienti digitali, possiamo classificare le opzioni normative in due grandi gruppi, che non necessariamente si escludono a vicenda.

a) Da un lato, si può prendere in considerazione la necessità di stabilire barriere di accesso dei minori all'uso di determinate risorse digitali, ma, tenendo conto che la proprietà di queste risorse è privata, sarebbe necessaria la collaborazione delle società che le gestiscono.

Per il momento, la velocità dell'evoluzione dello scenario su cui dovrebbe agire una legge che reagisce troppo lentamente (rispetto alle necessità) giustifica che parte della dottrina sostenga l'autoregolamentazione o la co-regolamentazione¹⁸. Non si tratta di un intervento obbligatorio nelle aziende, né dell'imposizione di regole per proteggere i minori o semplicemente per garantire l'autonomia dei minori quando agiscono online.

Il fatto è che anche queste opzioni non sono in grado di tenere il passo con la progressione delle dinamiche degli ambienti digitali, delle reti sociali, delle applicazioni che facilitano tutti i tipi di servizi, dell'economia elettronica, etc. Sarebbe quasi necessario che ogni azienda che sviluppa un'applicazione avesse un proprio sistema di autoregolamentazione, ma ciò non è né possibile, né rispettoso di un principio minimo di certezza del diritto. È quindi necessario iniziare a pensare a una normativa di applicazione generale che garantisca la libera prestazione di un servizio che, nella misura in cui può interferire con l'esercizio dei diritti fondamentali o dei diritti soggettivi, sia comunque rispettoso di essi. Tuttavia, questa opzione – al di là delle considerazioni relative all'effettiva possibilità di realizzare questo controllo senza incrociare i dati con i registri pubblici che permettono di certificare in modo affidabile l'età – è la più complessa da mettere in pratica nel breve periodo, perché siamo a un punto di non ritorno per quanto riguarda l'utilizzo delle reti e degli ambienti digitali da parte dei giovani. A indicarlo è anche l'indagine dell'Istituto spagnolo di statistica (INE) su "Dotazione e Uso delle Tecnologie dell'Informazione e della Comunicazione nelle Famiglie" per l'anno 2021¹⁹. Negli ultimi dieci anni l'uso di internet è aumentato dal 69,5% al 93,9%, l'uso quotidiano di internet dal 49,8% all'85,8% e il numero di acquirenti in rete dal 21,7% al 55,2%. L'indagine afferma inoltre che le persone di età compresa tra i 16 e i 24 anni utilizzano il telefono cellulare in una proporzione vicina al 100% (99,7%), sempre con una connessione a internet, sicché è questa la fascia d'età che utilizza maggiormente internet su base giornaliera, insieme alla terza fascia d'età che effettua il maggior numero di acquisti online: dopo le fasce d'età tra i 25 e i 34 anni (74,3%) e tra i 35 e i 44 anni (68,7%); il che, tenendo conto del loro potere d'acquisto, è estremamente significativo.

Nelle statistiche appaiono anche come la fascia d'età che si protegge di più, questione questa che si misura nel numero di azioni intraprese per gestire l'accesso all'informazione personale su internet (mentre la media indica che il 75,9% degli intervistati intraprende qualche tipo di azione per proteggersi, in questa fascia d'età la percentuale sale sino all'89,4%). Per quanto riguarda la generazione più giovane (fascia d'età compresa tra i 10 e i 15 anni), l'uso di internet si attesta in media al 95%, aumentando con l'età, ma non scendendo al di sotto dell'89,7% di utenti di internet all'età di 10 anni, con una media di un telefono ogni cinque bambini in questa fascia d'età (il 21,6% dei bambini di 10 anni possiede un telefono cellulare, salendo questa percentuale al 96,3% all'età di 15 anni).

Pertanto, l'uso di internet tra gli adolescenti e i giovani è quasi universale; la loro autoprotezione è abbastanza elevata rispetto al resto delle fasce d'età e la loro fiducia nelle reti è la più alta di tutte (il 62,6% ha un grado di fiducia abbastanza elevato in internet e il 5,9% ha un grado di fiducia elevato).

¹⁸ M. Palop Belloch, *Autorregulación de los prestadores de servicio de la información*, in *Dereito*, 28/2019, 263.

¹⁹ I dati dell'indagine sono disponibili in rete sul sito ufficiale dell'INE.

Come si potrebbe sottoporre quest'intera popolazione a un controllo a posteriori che subordini il proprio accesso a determinate risorse digitali alla concessione del consenso, che deve essere necessariamente informato e che i minori hanno dato a suo tempo, probabilmente attraverso l'intermediazione dei genitori o dei tutori, senza la minima verifica di veridicità? Per esempio, si potrebbero espellere da Tiktok tutti i minori di 13 anni, così come previsto dal suo regolamento, se avessero mentito al momento della registrazione all'app, se fosse stato loro richiesto di fornire il numero del documento di riconoscimento? Come si può verificare che questo numero corrisponda ad un minore? E come impedire che tale minore utilizzi un account creato da un maggiorenne? In effetti, domande molto simili potrebbero essere poste ai futuri utenti, ma forse si potrebbe proporre al riguardo un efficiente sistema di controllo degli accessi. Quello che è più difficile immaginare è un sistema ragionevolmente efficace.

b) Se, prima di tentare una disciplina, si ipotizza una sconfitta in termini di controllo sugli accessi o sulla permanenza, e anche se si lavorasse in questo senso, sarebbe necessario rafforzare i meccanismi di garanzia dei diritti a disposizione dei minori. Ciò consentirebbe una riflessione sull'accesso ai meccanismi di garanzia non giurisdizionali e, naturalmente, una specifica attenzione sulla necessità di migliorare l'accessibilità ai meccanismi di protezione giurisdizionali.

Sebbene i bambini e gli adolescenti siano titolari del diritto a un'effettiva tutela giurisdizionale (art. 24 CE), unitamente a tutte le facoltà associate a questo diritto, tuttavia essi non si vedono riconosciuta la capacità processuale necessaria per agire in un procedimento giurisdizionale e ciò, in pratica, può diventare un ostacolo per l'accesso al sistema di garanzie e, indirettamente, un limite al pieno godimento dei diritti costituzionalmente riconosciuti.

La mancanza di capacità processuale dei minori non emancipati è solitamente supplita da chi ne detiene la rappresentanza legale, che, nella maggior parte dei casi, è associata a chi ne detiene la tutela, ossia i loro genitori, i tutori o i curatori di fatto²⁰. Nei casi di abbandono, saranno le amministrazioni pubbliche²¹ o le organizzazioni del terzo settore a cui è stata assegnata la tutela o la custodia a ricoprire questo ruolo (art. 7.1 della Legge 1/2000, del 7 gennaio, di Procedura Civile).

Nei casi in cui il minore sia sufficientemente maturo per esprimere la propria opinione e se gli interessi del bambino o della bambina non coincidono con quelli dei genitori, dei tutori o dei curatori, l'art. 8 della *Ley de Enjuiciamiento Civil* del 7 gennaio 2000 (LECiv), prevede la nomina di un difensore legale che rappresenti in giudizio gli interessi del minore. La stessa disposizione è contenuta nell'art. 10.1 LOPJM che, accogliendo il diritto dei minori ad un'effettiva tutela giurisdizionale, dispone che essi possano richiedere l'assistenza legale e la nomina di un difensore per poter intraprendere, in tal caso, le necessarie azioni giudiziarie e amministrative finalizzate alla protezione e alla difesa dei loro diritti e interessi. Un difensore che non è necessariamente un avvocato, dovendosi distinguere chiaramente tra l'istituzione del tutore legale e l'assistenza legale (avvocato) o la rappresentanza processuale in senso stretto (procuratore). A sua volta, l'art. 18 della Legge 29/1998, del 13 luglio, che regola la giurisdizione del contenzioso amministrativo (LRJCA), stabilisce che detengono la capacità processuale "dinanzi all'ordine giurisdizionale del contenzioso amministrativo, oltre alle persone che ne

²⁰ Questo caso, particolarmente raro, si rinviene nel ricorso di amparo risolto dalla STC 221/2002, del 25 novembre, che ammette la legittimazione dei tutori di fatto dei minori a ricorrere in amparo contro una decisione giudiziaria che ritengono lesiva dei diritti fondamentali del minore di cui sono responsabili.

²¹ È il caso, invece, anch'esso del tutto eccezionale, emerso nella STC 260/1994, del 3 ottobre, che ha respinto diversi ricorsi di amparo presentati dalla *Generalitat* di Catalogna, in qualità di ente tutore di 24 minori, la cui tutela era stata revocata a diverse famiglie membri della comunità religiosa "Figli di Dio", per non aver scolarizzato i minori in centri autorizzati e averli formati all'interno del gruppo religioso. Una volta che la tutela è stata restituita ai genitori per ordine dell'autorità giudiziaria, la *Generalitat* si è rivolta al Tribunale per difendere gli interessi dei bambini e il loro diritto fondamentale a ricevere un'istruzione completa, sostenendo che i bambini non erano legittimati e che, poiché gli interessi dei genitori erano opposti a quelli dei bambini, era l'amministrazione a dover agire per conto di questi ultimi. Il Tribunale, in questo caso, tenendo conto del diritto invocato (art. 27 CE), ha ritenuto che la *Generalitat* possa garantire il rispetto del diritto fondamentale in un altro modo, senza la necessità di revocare la tutela dei bambini ai genitori. In questo caso, è l'Amministrazione che assume la difesa degli interessi dei minori contro quelli dei genitori, ma il Tribunale ritiene, implicitamente, che il modo scelto per difendere tali interessi non è stato il più appropriato.

sono titolari ai sensi della Legge di procedura civile, anche i minori d'età ai fini della difesa di quelli che sono i loro diritti ed interessi legittimi, la cui attuazione è consentita dall'ordinamento senza necessità di assistenza da parte di chi esercita la potestà genitoriale, la tutela o la curatela". Pertanto, anche se i loro genitori, tutori o rappresentanti legali possono presentarsi davanti ai Tribunali in difesa degli interessi del minore e in sua rappresentanza, questa attivazione dei meccanismi di garanzia dei diritti sarà adeguata solo quando gli interessi dei minori coincidano con gli stessi di quelli che hanno la loro rappresentanza processuale. Se esiste una divergenza di interessi, l'accesso dei bambini, delle bambine e degli adolescenti si complica oltremodo, nonostante esistano meccanismi legali che prevedono questa eventualità e a cui si è già fatto riferimento. Questi meccanismi, nella pratica, sono scarsamente utilizzati, perché esigono una conoscenza che i minori non sono soliti possedere o un ruolo proattivo da parte delle Amministrazioni pubbliche e del Pubblico Ministero, che di solito non si realizza.

Inoltre, è necessario concepire le politiche per l'infanzia come politiche per la promozione e lo sviluppo dei diritti fondamentali dei minori e come implementazione degli obblighi positivi degli Stati a garanzia dei diritti, perché altrimenti assoceremo i diritti dei minori ai diritti di prestazione, e non come diritti di libertà in senso stretto, quali effettivamente sono. I minori non possono godere del pieno esercizio dei loro diritti senza azioni specifiche che consentano loro di superare situazioni di vulnerabilità. Tra queste azioni è essenziale prestare attenzione alla promozione di meccanismi specifici per la difesa e la tutela dei diritti. L'art. 14 della LOPIVI riconosce il diritto all'assistenza legale gratuita per i minori nell'ambito di determinati procedimenti e la LOPJM (art. 10.2.e) prevede la possibilità di nominare un difensore legale a favore del minore "per intraprendere le azioni giudiziarie e amministrative necessarie, finalizzate a proteggere e difendere i loro diritti ed interessi". Da un altro punto di vista, la modifica delle norme procedurali o sostanziali contribuisce, al fine di contemplare le peculiarità legate all'infanzia, anche a migliorare il pieno godimento dei diritti dei bambini e delle bambine (si veda il caso dei nuovi articoli 109 bis, 110 o 132 del Codice penale spagnolo).

4. Rafforzamento dei meccanismi di protezione e rafforzamento della autonomia

Il rafforzamento dell'autonomia passa attraverso il riconoscimento della capacità di gestire i diritti di cui si è titolari ed eventualmente di definirne i limiti. La formula per riconoscere questa capacità deve essere la valutazione della maturità (del minore), che non può essere presupposta, nonostante la formula più comune sia la determinazione dell'età, segnata dal determinante biologico della data di nascita, che presuppone un certo grado di maturità dei minori così da acconsentire, ad esempio, all'uso di certe applicazioni o all'accesso a determinati contenuti.

La maturità e la conoscenza, tuttavia, non sono necessariamente collegate sempre all'età, anche se questa è un indicatore oggettivo. Inoltre, i fornitori di servizi (digitali) non attivano meccanismi efficaci per verificare che l'età dichiarata dall'utente sia realmente la sua età biologica.

In larga misura, la protezione e l'autonomia finiscono per dipendere dalla capacità di controllo e dal margine di azione che i genitori consentono ai minori o dalla capacità dei minori di sottrarsi al controllo dei genitori. In realtà, non si tratta di nulla di nuovo rispetto ad altri ambiti della vita dei bambini e degli adolescenti; con la differenza che, in questo caso, le conseguenze di un uso inappropriato degli ambienti digitali possono non solo compromettere i diritti di terzi, ma anche l'eventuale violazione dei diritti dell'utente minore.

L'impatto, ad esempio, sul diritto all'onore o alla *privacy* dei bambini è stato studiato a fondo da un cospicuo numero di autori²². Questo è l'esempio paradigmatico della necessità di regolare adeguatamente la prestazione del consenso. L'art. 3.1 della Legge Organica 1/1982, del 5 maggio, sulla protezione civile del diritto all'onore, alla *privacy* personale e familiare e alla propria immagine (approvata quando internet non esisteva ancora), stabilisce che "il consenso dei minori e degli incapaci dovrà essere dato dagli stessi se le loro condizioni di maturità lo consentono, in conformità

²² Tra tutti, Jordá Capitán *et al.*, *Los derechos de la personalidad de los menores y las nuevas tecnologías*, Madrid, 2012.

con la legislazione civile". Questa legge, indubbiamente obsoleta e basata su una concezione dei diritti della personalità non più valida né per i minori, né per gli adulti, ammette la possibilità che i minori maturi possano acconsentire ad eventuali limitazioni o concessioni dei diritti della personalità. Ciò potrebbe valere, ad esempio, per l'uso dei *social network*. Tuttavia, questa norma non ci fornisce indicazioni per valutare il grado di maturità, né per standardizzarlo, né attribuisce alle persone giuridiche-private – che controllano la fornitura dei servizi di informazioni o la creazione di forum per lo scambio di idee – alcuna responsabilità nella valutazione di tale maturità. Allo stesso modo, neppure fornisce ai genitori del minore gli strumenti per agire quando il minore consenziente opera contro i propri interessi.

È vero, tuttavia, che l'articolo 4.2 LOPJM migliora la situazione quando stabilisce che "la diffusione di informazioni o l'utilizzazione di immagini o nomi di minori nei mezzi di comunicazione che possano implicare un'illegittima violazione della loro privacy, del loro onore o della loro reputazione, contraria ai loro interessi, determinerà l'intervento del Pubblico Ministero, che richiederà immediatamente le misure cautelari e protettive previste dalla Legge e chiederà il corrispondente risarcimento dei danni causati". Nella pratica, però, il ricorso a questo rimedio è molto scarso; il regime di responsabilità civile per danni richiede il ricorso o alla obsoleta LO 1/1982, o alla Legge 34/2002, dell'11 luglio, sui servizi della società dell'informazione e del commercio elettronico, che si limita a chiedere che le amministrazioni pubbliche promuovano codici di condotta volontari da parte di società, associazioni o organizzazioni commerciali, professionali e di consumatori, che tengano conto della tutela dei minori (art. 18). Però, in quest'ultima disposizione non si dice nulla sul consenso dei minori che permetta di capire che esiste un regime applicabile diverso da quello previsto dall'art. 1.262 del Codice civile.

Ancora una volta, ci troviamo di fronte all'idea di autoregolamentazione o co-regolamentazione alla quale si è prima fatto riferimento. Ciò, però, pone l'utente, minore d'età, in una posizione di notevole subordinazione rispetto alle aziende che forniscono i servizi. Il conflitto giuridico con queste ultime, data l'esistenza di un consenso formale come quello che si richiede per accedere come utente agli ambienti digitali, è una contrapposizione destinata, molto probabilmente, al fallimento. Con o senza riferimento ad un codice di condotta.

Per questo motivo, sarebbe necessario lavorare o sulla definizione di uno standard unificato che applichi una presunzione sull'età del consenso, basata su uno stretto criterio cronologico, o sulla definizione appropriata del grado di maturità necessario a dare il consenso da parte dei bambini e degli adolescenti, comprendendo che un grado sufficiente di maturità "implica la conoscenza del contenuto dei diritti che vengono esercitati, oltre che degli effetti e delle conseguenze di questo esercizio"²³.

Nell'ordinamento spagnolo sembra potersi applicare un criterio misto. Così come afferma Cadenas Osuna, "sebbene per alcuni atti tanto il CC, quanto le diverse leggi speciali stabiliscano età specifiche a partire dalle quali si presume *iuris tantum* che il minore abbia la maturità sufficiente per compierli ("scala legale delle età"), rispetto ad altri atti, invece, bisogna valutare nello specifico se il minore ha il grado di maturità necessario per realizzarli (es.: gli atti relativi ai diritti della personalità, ex art. 162.1º CC), il tutto tenendo come punto di partenza il diciottesimo anno, che implica l'inizio della maggiore età". Tuttavia, continua ad esistere una lacuna per quanto riguarda gli strumenti di valutazione della maturità. Nell'ambito del consenso per i trattamenti medici, è stata sviluppata la teoria della competenza di Gillick²⁴, che richiede una valutazione della capacità del minore di comprendere le conseguenze delle sue decisioni quando dà il consenso a eseguire o a opporsi a un trattamento medico.

²³ J. Alventosa Del Río, *El derecho a la autonomía de los pacientes*, in A. Cabanillas Sánchez et al. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, t. I, Madrid, 2003, p. 197.

²⁴ Sentenza della House of Lords del 17 ottobre del 1985 in *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and Another* [1986] 1 A.C. 112. Questa decisione è analizzata dettagliatamente in D. Cadenas Osuna, *El consentimiento informado y el rechazo a la intervención o tratamiento médico por el menor de edad tras la Reforma de 2015 estudio comparado con el common law*, in *Anuario de derecho civil*, 71-3/2018, p. 789 ss.

Si dovrebbe considerare se una prova di maturità simile possa essere applicata all'uso degli ambienti digitali, valutando se il minore comprende le conseguenze delle sue decisioni di interagire in rete, di esporre la propria privacy, di fare uso della propria libertà di espressione o di utilizzare determinate applicazioni. Se si ipotizza che sia possibile valutare la maturità, ad esempio prima della decisione di assumere contraccettivi, allora si dovrebbe ipotizzare che è possibile valutare – ovviamente con altri strumenti metodologici – anche la maturità di una persona ad agire come soggetto autonomo nell'ambiente digitale.

Il Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche in riferimento al trattamento dei dati personali e alla libera circolazione di essi²⁵, prevede un modello di consenso dei minori in relazione ai servizi della società dell'informazione.

Così, per quanto riguarda il trattamento dei dati e il rilascio della loro autorizzazione, il Regolamento considera lecito il consenso a partire dai 16 anni, cioè una barriera oggettiva che presuppone una maturità sufficiente per concedere tale consenso. Tuttavia, se il minore ha meno di 16 anni, il trattamento dei dati “sarà considerato lecito se il consenso sia dato o autorizzato dal titolare dell'autorità genitoriale o della tutela sul minore, e solo nella misura in cui sia stato dato o autorizzato”. In altre parole, non è consentito il rilascio del consenso al di sotto di tale età, a meno che, come autorizza il Regolamento, lo Stato membro non abbia stabilito un'età inferiore tra i 13 e i 16 anni. In Spagna esiste una disposizione che fissa l'età del consenso ai 14 anni, ai sensi dell'art. 7 della Legge Organica 3/2018, del 5 dicembre, sulla protezione dei dati personali e la garanzia dei diritti digitali.²⁶

Fissando un'età oggettiva, si articola un principio di presunzione di maturità che non sembra ammettere eccezioni, né nel senso di riconoscere la capacità del consenso ad un bambino di 13 anni, né nel senso di limitare tale capacità ad uno di 15 che non sia sufficientemente maturo. E, soprattutto, stabilendo la presunzione *iuris et de iure*, il fornitore di servizi è sollevato dalla quasi totale responsabilità in questo ambito.

L'art. 7, par. 2, del Regolamento UE prevede che il responsabile del trattamento compia sforzi ragionevoli per verificare, in caso di consenso dei genitori per conto del minore, che tale consenso sia stato dato o autorizzato dal titolare della patria potestà o della tutela sul minore, tenendo conto della tecnologia disponibile. Ma quale sia questo “ragionevole sforzo di verifica”, a quanto pare, è lasciato alla decisione del fornitore del servizio, poiché non viene citato nulla al riguardo. Di nuovo si ritorna all'idea della autoregolamentazione. Di nuovo si registra uno spazio eccessivo senza controllo.²⁷

5. Sintesi

È necessario rivedere l'approccio con cui si analizza la vulnerabilità dei bambini e degli adolescenti negli ambienti digitali.

La vulnerabilità dei minori non si misura in funzione delle difficoltà di accesso all'esercizio dei diritti, né in termini di divario digitale, né in termini di accesso agli strumenti digitali. Si valuta in termini di povertà, di deficit educativi di ogni tipo, si calibra in termini di maggiore o minore capacità mediatica e di controllo dell'uso degli strumenti digitali da parte dei genitori o di chi ne fa le veci, oltre

²⁵ Questo regolamento abroga la Direttiva 95/46/CE (Regolamento generale sulla protezione dei dati); così come la Direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 27 Aprile 2016 – relativa alla protezione delle persone fisiche per ciò che si riferisce al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti con il fine di prevenzione, investigazione, detenzione o perseguimento di reati penali o di esecuzione di condanne penali e alla libera circolazione di detti dati – abroga la Decisione Quadro 2008/977/GAI del Consiglio.

²⁶ La norma lascia la porta aperta al carattere eccezionale di questa età, nelle “situazioni in cui la legge esige l'assistenza dei titolari della patria potestà o la tutela per la celebrazione dell'atto o del negozio giuridico al cui interno si chiede il consenso per il trattamento”.

²⁷ Sul controllo dei fornitori dei servizi, A. Moreno Bobadilla, *Intimidación y Menores*, Madrid, Centro de Estudios. Políticos y Constitucionales, 2017, in particolare p. 195.

a valutarsi in funzione della capacità di formazione di un consenso libero ed informato (e quindi di maturità).

Da questo punto di vista, la legislazione è estremamente carente e poco utile. Essa stabilisce una barriera oggettiva ai 14 anni per il trasferimento dei dati e il regime generale della contrattazione civilistica in tutti gli altri casi, senza tenere conto della maturità specifica di ciascun minore, il che impedisce di valutare l'interesse superiore del bambino che, invece, deve sempre basarsi su una valutazione individualizzata, sollevando, peraltro, i fornitori dei servizi da qualsiasi obbligo.

Si parte dalla presunzione di una autoregolamentazione da parte delle aziende, ma questa è chiaramente insufficiente, sia per quanto riguarda la fissazione dei limiti di età cronologicamente oggettivi – perché molte applicazioni non rispettano nemmeno l'età dei 14 anni previsti dalla legislazione nazionale –, sia per quanto riguarda il controllo della veridicità dei dati offerti quando una persona accede ai servizi, in quanto possono verificarsi casi di falsa dichiarazione dell'età oggettiva, o casi di utilizzo di dati dei genitori senza che esista una loro reale autorizzazione. Il sistema è basato sull'esistenza di un consenso liberamente concesso, senza attivare le possibilità tecniche esistenti per verificare chi si cela dietro la richiesta del consenso, nonché il reale grado di maturità della persona che, in forma reale o figurata, sta prestando il consenso.

Un sistema di valutazione del grado di maturità circa l'uso delle risorse digitali sarebbe relativamente semplice e consentirebbe di adattare meglio i servizi all'interesse superiore del minore, oltre a garantire che quest'ultimo, o l'adulto in sua rappresentanza, siano pienamente consapevoli, assumendosene il rischio, che l'uso di determinate applicazioni presuppone un'interferenza con i propri diritti. Un semplice test, che richieda un'attenta lettura di questi rischi o delle regole di utilizzo, potrebbe essere sufficiente, e l'unico inconveniente si misurerebbe in termini di tempo necessario per installare o iniziare a utilizzare un programma. Si tratta di un sacrificio certamente accettabile se si tiene conto della necessità di rafforzare il sistema di garanzie per la tutela dei diritti dei minori.

Sono quindi dell'opinione che sia migliore un modello di tutela che controlli l'accesso ai servizi basandosi sul sistema, quando possibile, di concessione del consenso del minore, senza la necessità di intermediazione dei genitori, e che permetta di valutare il grado di maturità dell'individuo, tenendo presente l'idea che la ricerca dell'interesse superiore del minore può rendere opportuno, in molti casi, un accesso anticipato e, in altri, un accesso ritardato, a seconda delle circostanze personali, del grado di conoscenza e della capacità di discernimento del bambino o dell'adolescente che sceglie di accedere agli ambienti digitali.

Nei casi in cui l'accesso si sia già realizzato e si verifichi la lesione dei diritti del minore in questi ambienti, è necessario assicurare meccanismi di garanzia extra-giurisdizionali o giurisdizionali veloci ed efficaci, nei quali si ascolti il minore come requisito *sine qua non*, così da individuare l'interesse superiore dello stesso nel processo di risoluzione della controversia. L'efficacia di questi procedimenti assicurerebbe l'autonomia del bambino o dell'adolescente rispetto agli interessi di coloro che si sostituiscono alla sua incapacità di agire, di modo che, in caso di interessi contrastanti per qualsiasi motivo, gli interessi del minore non siano mai subordinati a quelli degli adulti che, in questi casi, anche in qualità di tutori e genitori, possono occupare la posizione di soggetti attivi della limitazione dei diritti dei minori. Tutto ciò potrebbe avvenire, per esempio, esponendo la loro immagine da parte degli adulti sulle reti social, o utilizzando i minori in attività commerciali sulla rete senza essere soggetti al regime generale che limita la partecipazione dei minori alle attività commerciali o a quelle che comportano un certo ritorno economico.²⁸

La protezione dei minori richiede anche un'adeguata valutazione del rischio a cui sono esposti su internet, che accerti se sono proprio i minori a rappresentare un rischio per sé stessi, nel qual caso dovrebbe essere presa in considerazione una modulazione dell'autonomia riconosciuta a queste persone, tenendo conto: se il rischio risiede nei fornitori che non realizzano un adeguato controllo o filtro d'accesso ai minori per determinati servizi; se il rischio è in capo a chi possiede la potestà genitoriale

²⁸ Sul rendimento economico dell'attività infantile-giovanile in rete, C. Florit Fernández, *Kidfluencers: menores de edad emancipados autónomos en internet*, in *Actualidad civil*, 2/2021.

sui bambini e sulle bambine, perché sono proprio queste persone ad utilizzare l'immagine dei minori, ad esempio, senza tenere conto dell'identità digitale o dell'impossibilità di prestare o meno il consenso per queste attività da parte dei minori; oppure se il rischio proviene da utenti terzi, adulti o minori, che devono essere controllati da chi fornisce il servizio o, eventualmente, dalle autorità pubbliche.

Abstract

Il contributo si articola intorno ad alcune idee fondamentali, quali: il sistema di garanzia del diritto dei bambini e delle bambine in internet è basato su una prospettiva adulto-centrica del regime giuridico dei minori che è necessario riformare; il rafforzamento del sistema di garanzia non può basarsi su una restrizione dell'accesso dei minori agli ambienti digitali; la vulnerabilità dei bambini, delle bambine e degli adolescenti richiede un sistema di protezione che, in modo inadeguato, non limiti l'autonomia dei bambini utenti di internet; la previsione di un modello di protezione dei diritti dei minori in internet deve passare per un processo di elaborazione normativo partecipato dai minori.

Parole chiave: ambiente digitale, minori, garanzie

*

The paper is structured around some fundamental ideas, which are as follows the guarantee system of children's rights on the Internet is based on an adult-centric perspective of the legal regime of minors that needs to be reformed; the strengthening of the guarantee system cannot be based on a restriction of minors' access to digital environments; the vulnerability of children, girls and adolescents requires a protection system that, inadequately, does not restrict the autonomy of children Internet users; the provision of a model of protection of children's rights on the Internet must go through a process of normative elaboration participated by minors.

Keywords: digital environment, minors, protections