

ARCHIVIO GIURIDICO SASSARESE

Diritto privato e valori sociali in una
prospettiva diacronica

a cura di Raimondo Motroni

Annamaria Abbruzzese, Enrico Borghetto, Tania Bortolu,
Alessandra Camedda, Federico Cappai,
Francesco Capriglione, Federica Chironi,
Claudio Colombo, Ludovica Decimo, Lorenzo Gagliardi,
Tommaso Gazzolo, Valerio Lemma, Salvatore Mistretta,
Marco Montella, Flaviana Monti,
Raimondo Motroni, Federico Onnis Cugia,
Federica Pes, Elisabetta Piras,
Giuseppe W. Romagno

XXX

2025-1

INSCHIBBOLETH

Gennaio - Giugno

ARCHIVIO GIURIDICO SASSARESE

RIVISTA INTERNAZIONALE DI DIRITTO PRIVATO ANTICO, CONTEMPORANEO E DELL'ECONOMIA

Direttore scientifico

Giovanni Maria UDA (Università di Sassari)

Co-Direttore scientifico

Rosanna ORTU (Università di Sassari)

Vice-Direttore scientifico

Luigi NONNE (Università di Sassari)

Comitato di direzione

Francesco CAPRIGLIONE (Università LUISS “Guido Carli” – Università telematica G. Marconi); Claudio COLOMBO (Università di Sassari); José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE (Università di Valencia); Andrea DI PORTO (Sapienza Università di Roma); Catherine GINESTET (Università di Tolosa); Mauro GRONDONA (Università di Genova); Gabor HAMZA (Univ. Eötvös Loránd Budapest); Alessandro HIRATA (Università di San Paolo “USP”); Valerio LEMMA (Università di Roma G. Marconi); Agustin LUNA SERRANO (Università Ramon Llul Barcelona); Salvatore PATTI (Sapienza Università di Roma); Mirella PELLEGRINI (Università LUISS “Guido Carli”); Diego ROSSANO (Università di Napoli “Parthenope”); Illa SABBATELLI (Università Telematica San Raffaele Roma); Andrea SACCO GINEVRI (Università telematica internazionale Uninettuno); Christoph SCHMID (Università di Brema); Marco SEPE (Università di Roma Unitelma Sapienza); Vincenzo TROIANO (Università di Perugia); Alberto URBANI (Università Ca’ Foscari Venezia)

Comitato di redazione

Maria Teresa NURRA (Caporedattrice – Università di Sassari)

Davide ACHILLE (Università del Piemonte Orientale); Carlo ATTANASIO (Università di Sassari); Claudia BENANTI (Università di Catania); Tania BORTOLU (Università di Sassari); Gianluca DE DONNO (Università di Sassari); Dario FARACE (Università di Roma “Tor Vergata”); Massimo FOGLIA (Università di Bergamo); Stefania FUSCO (Università di Sassari); Lorenzo GAGLIARDI (Università di Milano Statale); Domenico GIURATO (Università di Sassari); Maria Alessandra IANNICELLI (Università Roma Tre); Daniele IMBRUGLIA (Sapienza Università di Roma); Arturo MANIACI (Università di Milano Statale); Raimondo MOTRONI (Università di Sassari); Laurent POSOCCO (Università di Tolosa); Federico

PROCCHI (Università di Pisa); Giuseppe Werther ROMAGNO (Università di Sassari); Maria Gabriella STANZIONE (Università di Salerno) Fabio TORIELLO (Università di Sassari); Maria Manuel VELOSO GOMES (Università di Coimbra)

Comitato dei revisori

Luigi GAROFALO (Presidente – Università di Padova)

Emanuela ANDREOLA (Università Telematica UniCusano); Marco AZZALINI (Università di Bergamo); Federico AZZARRI (Università di Pisa); Angelo BARBA (Università di Siena); Vincenzo BARBA (Sapienza Università di Roma); Marco BODELLINI (Università di Bergamo); Maria Vittoria BRAMANTE (Università Telematica Pegaso); Maria Novella BUGGETTI (Università di Ferrara); Pierangelo BUONGIORNO (Università di Münster); Fausto CAGGIA (Università “Kore” di Enna); Iaria Amelia CAGGIANO (Università “Suor Orsola Benincasa” di Napoli); Valeria CAREDDA (Università di Cagliari); Maria Luisa CHIARELLA (Università “Magna Graecia” di Catanzaro); Alberto Giulio CIANCI (Università di Perugia); Alessandro CIATTI CÀIMI (Università di Torino); Maria Rosa CIMMA (Università di Sassari); Laura D’AMATI (Università di Foggia); Iole FARGNOLI (Università di Milano Statale); Sara CORRÊA FATTORI (Università di Araraquara “UniAra”); Maurilio FELICI (Università LUMSA di Palermo); Emanuela FUSCO (Università della Campania “Luigi Vanvitelli”); Lucilla GATT (Università “Suor Orsola Benincasa” di Napoli); Andrea GENOVESE (Università della Tuscia Viterbo); Fulvio GIGLIOTTI (Università “Magna Graecia” di Catanzaro); Claudia IRTI (Università Ca’ Foscari Venezia); Umberto IZZO (Università di Trento); David KREMER (Université Paris Descartes); Paola LAMBRINI (Università di Padova); Simone MEZZACAPO (Università di Perugia); Lorenzo MEZZASOMA (Università di Perugia); Massimo MIGLIETTA (Università di Trento); Maria Concetta NANNA (Università di Bari “Aldo Moro”); Eleonora NICOSIA (Università di Catania); Francesco Paolo PATTI (Università “Luigi Bocconi” di Milano); Aldo PETRUCCI (Università di Pisa); Guido PFEIFER (Università Goethe di Frankfurt am Main); Fabrizio PIRAINO (Università di Palermo); Johannes PLATSCHKE (Università di München “LMU”); Roberto PUCCELLA (Università di Bergamo); Francesca REDUZZI MEROLA (Università di Napoli “Federico II”); Nicola RIZZO (Università di Pavia); Giacomo ROJAS ELGUETA (Università Roma Tre); Anna Maria SALOMONE (Università di Napoli “Federico II”); Gianni SANTUCCI (Università di Bologna); Roberto SCEVOLA (Università di Padova); Roberto SENIGAGLIA (Università Ca’ Foscari Venezia); Domenico SICLARI (Sapienza Università di Roma); Eduardo Cesar SILVEIRA VITA MARCHI (Università di San Paolo “USP”); Laura TAFARO (Università di Bari “Aldo Moro”); Elena TASSI (Sapienza Università di Roma); Mario VARVARO (Università di Palermo); Paola ZILLOTTO (Università di Udine)

Segreteria di redazione

Roberta BENDINELLI; Lorenzo BOTTA; Federica CHIRONI; Giovanni GANDINO; Roberta GUAINELLA; Maria Cristina IDINI; Pietro LIBECCIO; Claudia MARASCO; Salvatore MISTRETTO; Enrico NIEDDU; Anna Maria PANCALLO; Edoardo PINNA; Pietro Giovanni Antonio SANTORU; Laudevino Bento DOS SANTOS NETO DA SILVEIRA

Rivista on line open access. Indirizzo web: www.archiviogiuridicosassarese.org.

Registrazione: Tribunale di Sassari n° 11 del 26/01/1974.

Prima serie: Archivio Storico Sardo di Sassari, pubblicata in formato cartaceo dal 1975 al 1992.

Seconda serie: Archivio Storico e Giuridico Sardo di Sassari, pubblicata in formato cartaceo dal 1994 al 1998 e in formato digitale dal 1999 al 2019 (ISSN print: 2240-4856; ISSN on line: 2240-4864). Periodicità: semestrale.

Serie attuale: Archivio Giuridico Sassarese.

ISSN print: 2785-034X

ISSN on line: 2785-0803

ISBN print: 978-88-5529-643-4

© 2025, Associazione Giuridica Sassarese.

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

Fascicolo n. 1/2025, gennaio-giugno, pubblicato online il 30 settembre 2025.



**Finanziato
dall'Unione europea**
NextGenerationEU

BANDO INTERNO PER LA RICERCA COLLABORATIVA TRA ATENEIO DI SASSARI
E ATENEIO DI CAGLIARI – DM 737/2021 - RISORSE 2022-2023

Principal Investigator: Prof. Raimondo Motroni

Titolo del progetto di ricerca: La sostenibilità ambientale e climatica dell'approvvigionamento energetico tra finanza, contratto e mercato: prospettive giuridiche ed economiche nell'ordinamento eurounitario

I contributi pubblicati nel presente volume di cui sono autori Francesco Capriglione, Raimondo Motroni, Alessandra Camedda, Federico Cappai, Federica Chironi, Claudio Colombo, Salvatore Mistretta, Marco Montella, Federico Onnis Cugia, Federica Pes, Elisabetta Piras e Giuseppe Werther Romagno costituiscono la rielaborazione degli interventi presentati in occasione del Convegno “La sostenibilità ambientale e climatica dell'approvvigionamento energetico tra finanza, contratto e mercato: prospettive giuridiche ed economiche nell'ordinamento eurounitario”, tenutosi nei giorni 21-22 giugno 2025 ad Alghero, nell'ambito del progetto di ricerca interdisciplinare collaborativa tra l'Ateneo di Sassari e l'Ateneo di Cagliari – ai sensi del D.M. n. 737/2021 – concernente lo studio dei diversi profili giuridici ed economici della c.d. finanza sostenibile.

INDICE

Diritto privato e valori sociali in una prospettiva diacronica

a cura di
Raimondo Motroni

Editoriale

FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Sostenibilità ambientale e climatica, approvvigionamento energetico. Riflessioni introduttive* p. 1

RAIMONDO MOTRONI, *Introduzione e presentazione del progetto di ricerca: La sostenibilità ambientale e climatica dell'approvvigionamento energetico tra finanza, contratto e mercato: prospettive giuridiche ed economiche nell'ordinamento eurounitario* p. 9

ALESSANDRA CAMEDDA, *Sostenibilità e governo del prodotto* p. 17

FEDERICO CAPPAL, *La sostenibilità nei contratti pubblici* p. 29

FEDERICA CHIRONI, *Le preferenze di sostenibilità dell'investitore: diritto effettivo o retorica regolatoria?* p. 35

CLAUDIO COLOMBO, *Accordi di compravendita di energia elettrica da fonti rinnovabili a lungo termine* p. 43

SALVATORE MISTRETTA, *Il contratto di efficientamento energetico: intersezioni tra profili di diritto privato e prospettive giuspubblicistiche* p. 55

MARCO MONTELLA, *L'integrazione dei fattori di sostenibilità nel settore bancario: prospettive e criticità* p. 65

FEDERICO ONNIS CUGIA, *Il ruolo del contratto nello sviluppo dell'agrivoltaico, tra continuità agricola e transizione energetica* p. 79

FEDERICA PES, <i>Catastrofi naturali e polizze assicurative: evoluzione normativa e prime criticità</i>	p. 101
ELISABETTA PIRAS, <i>Coassicurazione e riassicurazione tra sostenibilità e regole della concorrenza</i>	p. 115
GIUSEPPE WERTHER ROMAGNO, <i>Modelli costitutivi per le comunità energetiche rinnovabili</i>	p. 129
ANNAMARIA ABBRUZZESE, <i>Domini collettivi e sostenibilità ambientale: verso una rilettura della proprietà in chiave ecologica. Profili comparativi tra Italia e Regno Unito</i>	p. 143
ENRICO BORGHETTO, <i>Responsabilità medica tra doppio ciclo causale e il concorso di colpa del paziente danneggiato</i>	p. 183
TANIA BORTOLU, <i>L'autodeterminazione del minore e dell'incapace nelle scelte sanitarie</i>	p. 211
LUDOVICA DECIMO, <i>Il riconoscimento, la pubblicità e il controllo degli enti religiosi civilmente riconosciuti</i>	p. 239
LORENZO GAGLIARDI, <i>Il regime delle "tierras comunales de grupos étnicos" in Colombia</i>	p. 271
TOMMASO GAZZOLO, <i>Satta e il mistero del giudizio</i>	p. 293
VALERIO LEMMA, <i>Dalla mutualità all'agri-fintech: quale ruolo possono svolgere gli organismi collettivi di difesa?</i>	p. 309
FLAVIANA MONTI, <i>Rassegna: Identidad Latinoamericana. Dall'Europa all'America Latina e dall'America Latina all'Europa: diritto, cultura e storia (Roma 7-8 aprile 2025)</i>	p. 321

L'autodeterminazione del minore e dell'incapace nelle scelte sanitarie

Tania Bortolu

Sommario: 1. Ambito dell'indagine. – 2. Principio consensualistico nelle cure sanitarie: le criticità connesse alla condivisione della teoria della *competence* nella tutela dei minori e degli incapaci nella Legge n. 219/2017. – 3. La riformulazione dei c.d. regimi di protezione: dell'incapace maggiore di età in Francia. – 3.1. (segue) del minore in Spagna. – 4. La generale rilevanza del discernimento quale limite ultimo di protezione dei "soggetti deboli" sulle scelte di salute. Valutazione dell'art. 3 della Legge n. 219 del 2017 alla luce dell'indagine comparatistica.

1. Ambito dell'indagine

Il tema della valorizzazione dell'autonomia dell'individuo nell'ambito delle scelte sanitarie è un argomento che postula una serie di riflessioni anche dopo l'approvazione della Legge n. 219 del 2017, recante *Norme sul consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*¹, giacché se, da un lato, il

¹ A.A. V.V., *La relazione di cura dopo la legge 219/2017. Una prospettiva interdisciplinare*, a cura di M. Foglia, Pacini editore, 2019; M. MANTOVANI, *Relazione di cura e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 1, p. 188; M. AZZALINI, *Legge n. 219/2017: la relazione medico-paziente irrompe nell'ordinamento positivo tra norme di principio, ambiguità lessicali, esigenze di tutela della persona, incertezze applicative*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 8 e ss; M. BIANCA, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento. Prime note di commento*, in *Famiglia*, 1, 2018; S. CANESTRARI, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una "buona legge buona"*, in *Corr. Giur.* 2018, p. 302 ss.; D. CARUSI, *La legge sul "biotestamento": una luce e molte ombre*, in *Corr. Giur.* 2018, p. 293 ss; C. CASONATO, *Introduzione: la legge 219 fra conferme e novità*, in *BioLaw Journal*, 2, 2018, p. 12 ss; L. D'AVACK, *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una analisi della legge recente approvata in Senato*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 179 ss; G. DE MARZO, *Prime note sulla legge in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Foro it.*, 2018, V, c. 137 ss; B. DE FILIPPIS, *Biotestamento e fine vita. Nuove regole nel rapporto medico paziente: informazioni, diritti, autodeterminazione*, Cedam, Padova, 2018; G. FERRANDO, *Rapporto di cura e disposizioni anticipate nella recente legge*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1, 2018, p. 47 ss.; M. FOGLIA, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Torino, 2018; M. PICCINI, *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo «critico» sulla l. n. 219/2017 in dialogo con*

legislatore ha ovviato alla mancanza di espresse linee di indirizzo normative in un contesto ove era necessario trovare un equilibrio tra il progressivo e continuo evolversi della scienza e la centralità della persona, dall'altro, è utile interrogarsi se tale previsione legislativa sia sufficiente a rispondere agli interessi esistenziali della persona, soprattutto con riguardo ai soggetti non dotati di una piena capacità di agire², con espresso riferimento ai minori ed agli incapaci, posto che la diffusione dell'artificialità scientifica e tecnologica mette continuamente e radicalmente in discussione quella giuridica del soggetto. In tale contesto, infatti, la rilevanza attribuita alla persona in quanto tale produce «uno spostamento dell'attenzione su categorie costruite su dati espressivi della nuova realtà, come il consenso informato, l'integrità della persona, l'irriducibilità del mercato»³, così da far emergere una moderna frontiera dell'indivi-

Stefano Rodotà, in *BioLaw Journal*, 1, 2018, p. 121 ss.; V. VERDICCHIO, *Testamento biologico e consenso informato (Aspetti sulle decisioni di fine vita nel diritto italiano tra jus conditum e jus condendum)*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, p. 637 ss.; P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge in materia di consenso informato e DAT: a proposito di volontà e di cura, di fiducia e di comunicazione*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, p. 935.

² La delicata tematica del difficile rapporto tra capacità e status è ampiamente sviluppata e argomentata da P. STANZIONE, *Capacità, legittimazione, status*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu-F. Messineo-L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2017, p. 74 ss. Dello stesso A. v: *Costituzione, diritto civile e soggetti deboli*, in *Fam. e dir.*, 2009, n. 3, p. 305 ss.; *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007; *Tutela dei soggetti deboli*, Ed. San Paolo, Milano, 2004; *Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 447 ss.; *Scelte esistenziali e autonomia del minore*, Esi, Napoli, 1983, p. 1645 ss.

³ In questi termini S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2015, p. 163, il quale, nel tracciare il processo di costituzionalizzazione della persona, individua le tre tappe che hanno progressivamente mutato la considerazione giuridica dell'individuo: il Welfare State, la scienza e la tecnologia, il pensiero delle donne. Quanto alla prima tappa, pone l'accento sulla frattura dell'unità del cittadino, ove al posto del welfare inclusivo compare la diversa finalità di individuare un argine all'esclusione, consacrata oggi dall'art. 3 Cost., che sgancia l'universalismo dall'astrattezza ed introduce una condizione generale, incarnata da tutti coloro ai quali può essere riferito il compito della Repubblica di rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana. Tale riferimento si presenta come un vincolo doppiamente rilevante. Come fine per l'intera azione pubblica, che deve assicurarne lo sviluppo e come limite invalicabile per l'azione legislativa, che «in nessun caso» può far venire meno il rispetto che le è dovuto (art. 32 Cost.). Detto principio è stato tradotto in specifiche indicazioni, ovvero quelle relative agli indigenti, ai quali devono essere garantite cure gratuite (art. 32 Cost.); ai capaci e meritevoli, che, pur privi di mezzi, hanno diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi (art. 34 Cost.); alla madre e al bambino, ai quali deve essere assicurata adeguata protezione (art. 37 Cost.). Quanto alla seconda tappa, evidenzia l'apporto che la scienza e la tecnologia danno alle diverse fasi della vita umana, ove nascere, vivere e morire diventano oggetto di scelte possibili e non solo affidate al caso o al destino. Viene richiamata la Carta di Norimberga del 1946 come momento di radicale capovolgimento della relazione tra la persona-paziente ed il medico, delegittimato, attraverso l'introduzione del consenso volontario, della autonomia di cui avevano fatto uso i medici nazisti. Un ulteriore momento di frattura è, infine, rappresentato dal pensiero femminista, con il rifiuto totale del soggetto astratto in nome di una diversa descrizione del mondo che ha fatto emergere la peculiarità del corpo femminile, imponendo così di dare rilevanza al corpo in sé considerato, trasferendo sul terreno delle relazioni quel che prima era chiuso nella considerazione del soggetto come entità separata. La critica all'astrazione del soggetto ha così arricchito gli strumenti per guardare alla

duo, fondata sulla sua libera determinazione. Ne consegue che ciascuno deve essere libero di decidere la misura dell'accettabilità della ingerenza esterna e la salvaguardia di questa prerogativa diviene il criterio per determinare la legittimità dell'intervento legislativo.

In questa prospettiva, è difficile che la regola giuridica possa risolvere completamente il problema della portata della libera determinazione di ciascun soggetto nel momento delle scelte, dovendosi, *in primis*, conciliare con le esigenze di protezione del malato e, nello specifico della presente indagine, con quella dei soggetti che siano in tutto o in parte limitati della capacità di agire. Ciò che essa può fare, invece, è costruire l'insieme delle condizioni necessarie affinché il processo di decisione si svolga in modo tale da assicurare alla persona la consapevolezza di ogni sua scelta, il controllo di ogni fase del processo decisorio e la chiarezza nell'approdo finale. Questo significa che le peculiarità riguardanti le scelte di salute e di vita possono abbandonare la pretesa di formalizzare la disciplina tutta intorno ad un unico schema e, anzi, possono prevedere un nuovo equilibrio tra le innovazioni scientifiche e tecnologiche e la centralità della persona, preservando così la dimensione umana.

L'analisi si inserisce dunque nel più ampio discorso sulla inaccettabilità della esasperata autonomia tra capacità giuridica e capacità di agire e sulla esigenza «di individuare ipotesi di autonoma rilevanza, in stato di incapacità legale di agire, della c.d. capacità naturale; (sul)la inutilità e (sul)la inapplicabilità alle situazioni giuridiche soggettive più strettamente legate alla persona della dicotomia in parola; (sul)l'impossibilità di disgiungere l'astratta titolarità dal concreto esercizio dei c.d. diritti fondamentali; (sul)la necessità di dar rilievo al discernimento, piuttosto che all'acquisto o alla conservazione della capacità legale, laddove si tratti della possibilità di esercizio di taluni diritti che più di altri sono concepiti ai fini dello sviluppo della persona umana»⁴.

Risultato di questo percorso ermeneutico, sorretto da una precisa gerarchia di valori che vede all'apice l'armoniosa affermazione della persona uma-

persona nella sua complessità, consentendo, di conseguenza, una riflessione più matura sullo stesso ruolo del soggetto astratto.

⁴ Così G. AUTORINO STANZIONE, *Infermità mentale e tutela del disabile negli ordinamenti francese e spagnolo*, Esi, Napoli, 1990, p. 23. Si interroga sull'equazione capacità giuridica-soggettività, come affermata dalla c.d. teoria organica, considerando la visione del fenomeno giuridico quale fatto storico-sociale che penetra nell'ordinamento attraverso la qualificazione giuridica. Di talché, «dalla considerazione unitaria del fatto e della sua qualificazione formale scaturente dalla norma deriva che il soggetto è fattispecie: composto dal substrato materiale e dal riconoscimento formale con cui, attribuendo al sostrato di fatto la qualifica di persona in senso giuridico, si verifica la penetrazione dell'individuo nel sistema dei fenomeni giuridici. Il soggetto però è configurato come centro dell'ordinamento giuridico, elemento fondante e ordinante dello stesso e, contemporaneamente, come fenomeno appartenente al mondo del diritto, cioè come costruzione e derivazione di quest'ultimo. Se la capacità giuridica, o capacità di legittimazione soggettiva, assume in tale contesto la funzione di indice dell'esistenza o della rilevanza giuridica del soggetto, la volontà non si presenta più come caratteristica necessaria della capacità né come qualità intrinseca e irrinunciabile della soggettività giuridica»

na (artt. 2 e 3 Cost.), è una (ri)scoperta della capacità naturale del soggetto, della sua maturità di intendere e di volere⁵, che, con riguardo agli interessi esistenziali della persona, si sostanzia in maniera sempre più netta con il requisito della capacità di discernimento, lasciando alle sole situazioni patrimoniali l'artificialità giuridica tra l'aspetto statico della titolarità del diritto (capacità giuridica) e l'aspetto dinamico del suo esercizio (capacità di agire)⁶. L'interazione tra questi due aspetti della capacità consente una lettura del sistema di protezione dei soggetti non dotati di una piena capacità di agire, che è sempre meno fondata sullo *status* della persona e più indirizzata all'individuazione degli atti che tali soggetti possono invece compiere⁷.

Ed è proprio in questo contesto che si inserisce la scelta di indagare il ruolo e la rilevanza della volontà del consenso al trattamento sanitario per minori e incapaci, ai quali la recente Legge ha dedicato l'art. 3, prevedendo il diritto alla valorizzazione delle loro capacità di comprensione e di decisione nel rispetto dei diritti alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione, oltretutto, in ragione di ciò, il diritto di ricevere informazioni sulle scelte relative alle proprie condizioni di salute, in modo consono alle specifiche capacità di comprensione⁸.

Così definita, la prima parte della norma parrebbe optare per l'accoglimento da parte del nostro legislatore del superamento della dicotomia tra capacità giuridica e capacità di agire, nei termini sopra evidenziati. Alla premessa segue, invece, la disciplina applicativa che, con riguardo ai minori di età, prevede che il consenso al trattamento sia 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

⁵ P. STANZIONE, *Costituzione, diritto civile e soggetti deboli*, cit., p. 312. Sempre P. STANZIONE, *Persona minore di età e salute, diritto all'autodeterminazione, responsabilità genitoriale*, in *comparazioneDirittocivile.it*, svolge alcune considerazioni sui grandi momenti storici che hanno determinato trasformazioni sociali ed istituzionali e con essi il ripensamento dei ruoli tra la maggiore età e quella minore. Con riguardo alla codificazione del '42, l'A. evidenzia come l'infra-diciottenne sia stato relegato in una posizione di sostanziale soggezione all'altrui determinazione «in nome di logiche di tutela di carattere preminentemente patrimoniale», in quanto «il drastico binomio capacità/incapacità legale di agire delineato dal legislatore incarnava, per l'esattezza, alla perfezione uno strumento di razionalizzazione del traffico giuridico, di garanzia della certezza degli scambi, di protezione patrimoniale dell'incapace attraverso l'esclusione dall'attività giuridica e di tutela dei terzi nella sicurezza della contrattazione».

⁶ P. STANZIONE, *Capacità e minore d'età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975; P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 183 ss. Più di recente, si v. G. RECINTO-F. DELL'AVERSANA, *I rapporti personali del minore*, in *Capacità e incapacità*, a cura di F. Rossi, Napoli, Esi, 2018. Con riferimento alla situazione di fragilità del malato S. VICIANI, *I confini labili del fine-vita nella tutela dei "nuovi soggetti deboli"*, in *giustiziacivile.com*, approfondimento del 17.10.2019.

⁷ R. ROSSANO, *Diritti delle persone con disabilità, autonomia dell'individuo e nuove forme di tutela*, in *comparazioneDirittocivile.it*, 1, 2015, p. 4.

⁸ B. SALVATORE, *Il minore e la persona incapace nella L. n. 219/2017: la rilevanza della volontà del soggetto vulnerabile nelle scelte sanitarie*, in *juscivile.it*, 2020, p. 1496.

avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita del minore nel pieno rispetto della sua dignità (art. 3, comma 2, L. 219/2017). La norma prevede, inoltre, che il consenso della persona interdetta, ai sensi dell'art. 414 c.c., sia espresso o rifiutato dal tutore, sentito, ove possibile, l'interdetto, avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita della persona nel pieno rispetto della sua dignità (art. 3, comma 3). Le persone inabilitate possono, invece, esprimere il proprio consenso e, solo nel caso in cui sia stato nominato un amministratore di sostegno la cui nomina preveda l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, il consenso è espresso o rifiutato anche dall'amministratore di sostegno ovvero solo da quest'ultimo, tenendo conto della volontà del beneficiario, in relazione al suo grado di capacità di intendere e di volere (art. 3, comma 4). Infine, la norma prevede che, nel caso in cui il rappresentante legale della persona interdetta o inabilitata oppure l'amministratore di sostegno, in assenza delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT), o il rappresentante legale della persona minore rifiuti le cure proposte e il medico ritenga invece che queste siano appropriate e necessarie, la decisione è rimessa al giudice tutelare su ricorso del rappresentante legale della persona interessata, ovvero dei soggetti di cui agli artt. 406 e ss c.c. o del medico o del rappresentante legale della struttura sanitaria (art. 3, comma 5).

Il legislatore del 2017 ha dunque scelto di accordare piena facoltà decisionale all'inabilitato in relazione ai trattamenti sanitari, incrementando tale prerogativa anche quando sia stato nominato un amministratore di sostegno ed il provvedimento non disponga alcunché in ordine alle questioni mediche; al contrario, ha scelto di considerare il minore d'età e gli interdetti o gli amministrati, il cui provvedimento di attivazione preveda espressamente l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, incapaci assoluti di autodeterminarsi⁹.

Da ciò, considerato altresì che il consenso libero e informato al trattamento sanitario rappresenta il fulcro del sistema di protezione predisposto a livello nazionale e sovranazionale dei soggetti deboli, deriva l'interesse alla disamina dell'altrui esperienza, con particolare riguardo agli ordinamenti francese e spagnolo, che da tempo hanno adottato, per analoghe fattispecie, sistemi di protezione «a misura» del soggetto da tutelare¹⁰. Nello specifico, l'analisi sviluppata in queste pagine muove dall'intento di verificare come altri ordinamenti di *civil law* siano progressivamente addivenuti ad una strutturale riformulazione dei c.d. regimi di protezione del minore e dell'incapace

⁹ S. CACACE, *Il trattamento sanitario su minore e incapace: il miglior interesse sul paziente vulnerabile fra (più) volontà e scienza*, in A.A. V.V., *La relazione di cura dopo la legge 219/2017. Una prospettiva interdisciplinare*, a cura di M. Foglia, cit., p. 71 ss.

¹⁰ Si è scelto qui di indagare la disciplina prevista da altri ordinamenti di *civil law*, in quanto la prevalenza del formante legislativo come fonte primaria del diritto permetterà di vagliare la portata, anche in termini pratici, della riforma italiana del 2017.

maggiore di età in dissonanza con la precedente tradizione, in modo tale da investire ogni aspetto della previgente disciplina (principi, presupposti, funzione ed organizzazione)¹¹.

All'esito dell'indagine comparatistica, che, in conclusione, privilegerà in particolare la ricerca delle dissonanze¹², il raffronto tra le discipline degli ordinamenti stranieri considerati e quella italiana consentirà di verificare, per un verso, il grado di autodeterminazione nelle scelte di salute degli incapaci (minori o maggiori di età) nel nostro ordinamento, per altro verso, gli strumenti di tutela ed al contempo i punti deboli della Legge n. 219 del 2017.

2. Principio consensualistico nelle cure sanitarie: le criticità connesse alla condivisione della teoria della competenza nella tutela dei minori e degli incapaci nella Legge n. 219/2017

L'affermazione del principio consensualistico, come manifestazione dell'adesione consapevole del paziente al trattamento sanitario, implica, quale suo fondamentale corollario, una interazione tra il medico ed il paziente, consacrata nella c.d. alleanza terapeutica¹³. Questa, in particolare, sintetizza due diritti fondamentali: quello all'autodeterminazione (art. 13, comma 1, Cost.) e quello alla salute (art. 32, comma 2, Cost.), per cui ogni individuo ha il diritto ad essere curato ed altresì a ricevere le opportune e complete informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico al quale può essere sottoposto, nonché le possibili terapie alternative¹⁴. Ciò in quanto

¹¹ In questo senso e con riguardo agli infermi di mente ed alle persone con disabilità, si legga ancora puntualmente G. AUTORINO STANZIONE, *Infermità mentale e tutela del disabile negli ordinamenti francese e spagnolo*, cit., p. 96 ss.

¹² T.E. FROSINI, *Scienza giuridica e diritto comparato*, in *Nomos*, 3, 2021, p. 4, svolge alcune riflessioni sul metodo del diritto comparato ed evidenzia come «Il diritto comparato può essere definito come una sorta di “clausola aperta” a qualunque principio o regola, proveniente dall'esterno, che possa servire per progredire, per innovare, per tutelare di più e meglio i diritti di libertà dell'individuo. A tal fine, l'A. precisa che «sono [...] le dissonanze che esaltano maggiormente la comparazione, producendo davvero un valore aggiunto».

¹³ M. Di Masi, *La giuridificazione della relazione di cura e del fine vita. Riflessioni a margine della legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in *Rivista di diritti comparati*, 3, 2018, p. 123. Opportunamente il diritto del paziente ad essere informato dal medico, in maniera adeguata, riguardo ai rischi/benefici degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, delle possibili alternative e delle conseguenze di un eventuale rifiuto è sancito altresì dall'art. 33 del Codice di deontologia medica. Sul punto, M.G. DI PENTIMA, *Il consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento*, Milano, 2018, p. 37 ss.

¹⁴ A livello sovranazionale, la necessaria preventiva acquisizione del consenso libero ed informato della persona coinvolta nell'atto medico trova riconoscimento nella Convenzione sui diritti dell'uomo e della biomedicina e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. La prima, detta anche Convenzione sulla bioetica, è stata approvata ad Oviedo il 4 aprile 1997 ed è stata ratificata in Italia con la Legge n. 145 del 2001. In particolare, l'art. 5 prevede che «Un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato. Questa persona riceve innanzitutto una

«nessuno può essere obbligato a un trattamento sanitario per disposizione di legge», dovendo essere garantita «la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale»¹⁵.

Nella disciplina dettata dalla legge del 2017 l'importanza attribuita all'informazione rappresenta uno degli aspetti più rilevanti del rapporto tra il medico ed il paziente, giacché il tempo della comunicazione viene qualificato come tempo di cura¹⁶, essendo funzionale al rispetto della libertà di autodeterminazione di ogni singolo individuo.

In questa prospettiva, la scelta legislativa di riconoscere valore all'esplicazione dell'autodeterminazione anche per i soggetti non dotati di una piena capacità di agire, in quanto minori o incapaci, evidenzia la necessità di garantire a tutti gli individui spazi di autonomia nelle scelte esistenziali¹⁷, in risposta alle crescenti istanze di inclusione e di valorizzazione della personalità di soggetti che si trovano in una situazione di particolare debolezza¹⁸; si riconosce dunque rilievo al discernimento, piuttosto che all'acquisto o alla conservazione della capacità legale, nel momento in cui entrano in gioco taluni diritti che, più di altri, sono concepiti ai fini dello sviluppo della persona umana¹⁹. Di qui, allora, la necessità di dare concreto rilievo alla capacità del soggetto minorenni o inabile di assumere decisioni responsabili anche in ambito sanitario, fermo

informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi. La persona interessata può, in qualsiasi momento ritirare il proprio consenso». La seconda, approvata a Nizza nel 2000 ed inclusa tra le fonti del diritto dell'U.E. a seguito dell'approvazione del Trattato di Lisbona, prevede all'art. 3 che «nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge [...]».

¹⁵ Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Foro it.*, 2009, I, c. 1328.

¹⁶ L'art.1, comma 8, della Legge n. 219 del 2017 stabilisce infatti che «Il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura». Il successivo comma 9 rafforza l'assunto dal momento che introduce un obbligo di formazione iniziale e continua dei medici, e in generale dei professionisti sanitari, in materia di comunicazione e relazione con il paziente, garantendo in tal modo che i pazienti ricevano sempre un'adeguata e corretta informazione su cui basare le proprie decisioni.

¹⁷ A livello sovranazionale, l'esigenza di garantire l'esplicazione della personalità del minore è fissata dalla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989, dalla Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei minori del 1996 e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'U.E., il cui art. 24, comma 1, stabilisce che «i bambini [...] possono esprimere liberamente la propria opinione; questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità».

¹⁸ B. SALVATORE, *Il minore e la persona incapace nella L. n. 219/2017: la rilevanza della volontà del soggetto vulnerabile nelle scelte sanitarie*, cit., p. 1495. L'A. evidenzia come «la disabilità stessa dell'individuo non sia più circoscritta alla menomazione fisica e psichica dell'incapace ma sia tesa a valorizzarne la portata relazionale e sociale incentrata sulla necessità di includere il soggetto per la piena esplicazione della propria personalità». Viene, in particolare, richiamato l'art. 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E., il quale riconosce il diritto delle persone con disabilità di beneficiare di misure tese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità.

¹⁹ G. AUTORINO STANZIONE, *Infermità mentale e tutela del disabile negli ordinamenti francese e spagnolo*, cit., p. 23.

restando che, in ogni caso, il consenso deve essere espresso o rifiutato dal rappresentante legale del beneficiario al trattamento.

La soluzione adottata dal nostro ordinamento risponde così alla delicata operazione di bilanciamento tra l'esigenza di protezione che la legge pone all'esercizio dei diritti da parte delle persone fisiche (diversamente che delle altre soggettività giuridiche), limitando totalmente o parzialmente la capacità d'agire di taluni soggetti, e la protezione dei diritti inviolabili e delle libertà riconosciute ad ogni persona²⁰, tra cui spiccano la tutela della libertà corporea e di autodeterminazione terapeutica²¹.

In linea generale, il processo di approvazione del consenso informato si sviluppa in tre fasi successive all'elaborazione di una specifica diagnosi: una informativa, una riflessiva o ponderativa ed una deliberativa²². Nella prima, il medico è tenuto a comunicare al paziente tutte le informazioni fondamentali per l'adozione di una scelta pienamente consapevole e, dunque, deve prospettare la natura dell'intervento medico, le modalità di esecuzione, i benefici, la durata della convalescenza, i possibili rischi e le eventuali conseguenze derivanti dalla sua realizzazione, oltre all'informativa relativa al luogo ed il momento dell'esecuzione del trattamento e le eventuali e possibili alternative terapeutiche. L'informazione deve avvenire in modo esaustivo e comprensibile per il paziente; ciò significa che il medico deve "personalizzare" la comunicazione, parametrandola in modo adeguato al livello culturale del paziente, in forza di una comunicazione che adotti un linguaggio a lui comprensibile in ragione dello stato soggettivo e del livello delle conoscenze scientifiche di cui dispone²³. Nella fase successiva, il paziente deve avere il tempo di elaborare

²⁰ Si badi che a mente dell'art. 6, comma 1, della Legge n. 76 del 2016 «il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali».

²¹ Il riconoscimento del principio consensualistico risponde all'esigenza del legislatore di fare i conti con il diffondersi di situazioni giuridiche soggettive differenti e differenziate, rispetto alle quali la nozione di debolezza spazia da una dimensione esclusivamente socio-economica ad un'altra, al contrario, spiccatamente socio-esistenziale. Così P. STANZIONE, *Costituzione, diritto civile e soggetti deboli*, cit., p. 308. Già G. FERRANDO, *Il beneficiario*, in *L'amministrazione di sostegno. Familia. Quaderni*, Milano, 2005, p. 26, chiarisce che «L'uomo astratto cede il passo al bambino, all'anziano, alla donna, al disabile, al consumatore, al lavoratore e così via».

²² E. J. EMANUEL – D. WENDLER – C. GRADY, *An Ethical Framework for Biomedical Research*, in E. J. EMANUEL – C. GRADY – R. A. CROUCH – R. K. LIE – F. G. MILLER – D. WENDLER (a cura di), *The Oxford Textbook of Clinical Research Ethics*, Oxford University Press, 2008, p. 130 ss.

²³ In relazione a tale assunto, recentemente, la Suprema Corte ha precisato che «la valutazione dei rischi appartiene al solo titolare del diritto esposto, e il professionista o la struttura sanitaria non possono omettere di fornirgli tutte le informazioni necessarie». In materia di comunicazione, v. Cass. Civ., sez. III, 4 febbraio 2016, n. 2177. Dello stesso orientamento: Cass. Civ., sez. III, 28 luglio 2011, n. 16543 e Cass. Civ., sez. III, 20 luglio 2013, n. 19220. In dottrina: L. ORSI – F. DE BIASI – A. SEMPREBONI – L. BUSATTA – D. MAZZON, *La comunicazione della cattiva notizia in ambito sanitario: da sconosciuta a perno della relazione di cura*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2017, 1, p. 194; F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, 2, p. 388.

le informazioni ricevute al fine di giungere ad una decisione consapevole in merito al trattamento proposto. Ne consegue che deve trascorrere un lasso di tempo sufficientemente ragionevole tra il momento informativo e quello deliberativo, tale da consentire al paziente di ponderare la propria scelta, facendo, eventualmente, ricorso anche ad altre consulenze mediche, affinché la decisione sia consapevole e coerente con il proprio sistema di valori morali ed anche con il proprio stile di vita²⁴. Conclusa la seconda fase, il paziente è chiamato ad esprimere le proprie volontà in merito al trattamento sanitario proposto²⁵. L'eventuale consenso, per essere considerato valido, deve essere corredato da determinati requisiti, ovvero, deve rappresentare l'espressione di una volontà libera e non condizionata, cristallizzata in un documento scritto, affinché se ne attesti l'effettivo rilascio da parte del paziente²⁶.

In ragione degli elementi fino ad ora analizzati, sussistono diversi momenti di criticità che possono dare adito a questioni complesse quando la volontà deve essere espressa da soggetti non dotati di una piena capacità di agire; sul punto, infatti, il legislatore italiano ha parametrato la rilevanza della capacità del minore non solo sull'età, ma anche sul grado di maturità dello stesso, e quella della persona inabilitata (quando sia stato nominato un amministratore di sostegno per l'assistenza o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario) sul grado di capacità di intendere e di volere del soggetto.

Per entrambe le situazioni parrebbe, dunque, ripresa e condivisa dal nostro legislatore la teoria della *competence*²⁷, intesa come capacità decisionale del

²⁴ C. GASONATO – F. CEMBRANI, *Il rapporto terapeutico nell'orizzonte del diritto*, in L. LENTI – E. PALERMO FABRIS – P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto. I diritti in medicina*, Giuffrè, 2011, p. 55; G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e personalità*, Giuffrè, 2008, p. 133 ss.

²⁵ A mente dell'art. 1, comma 5, della Legge n. 219 del 2017 "Ogni persona capace di agire ha il diritto di rifiutare, in tutto o in parte [...] qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso. Ha, inoltre, il diritto di revocare in qualsiasi momento [...] il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento.

²⁶ L'art. 1, comma 4, della Legge n. 219 del 2017 stabilisce che "Il consenso informato [...] è documentato in forma scritta o attraverso videoregistrazioni o, per la persona con disabilità, attraverso dispositivi che le consentano di comunicare".

²⁷ Il termine *competence* viene utilizzato nei Paesi anglofoni per indicare la capacità etica di un individuo. Esso si differenzia dal termine *capacity*, che indica genericamente la abilità di un soggetto ad eseguire un compito. La prima nozione è concordemente accolta negli ambiti della medicina, della psicologia e del diritto. In argomento J. HAWKINS – L. C. CHARLAND, *Decision-Making Capacity*, Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2020; K. BAERØE, *Patient Autonomy, Assessment of Competence and Surrogate Decision-Making: A Call For Reasonableness in Deciding for Others*, *Bioethics*, 2010, 24, pp. 87-95; P. BIELBY, *The Conflation of Competence and Capacity in English Medical Law: A Philosophical Critique*, *Medicine, Health Care and Philosophy*, 2005, 8, pp. 357-369; A. BUCHANAN, *Mental capacity, legal competence and consent to treatment*, in *Journal of the Royal Society of Medicine*, 2004, 97, p. 415; K. C. GLASS, *Refining Definitions and Devising Instruments: Two Decades of Assessing Mental Competence*, *International Journal of Law and Psychiatry*, 1997, 20, pp. 5-33; B.C. WHITE, *Competence to Consent*, Washington DC, Georgetown University Press, 1994; A.E. BUCHANAN-D.W. BROCK,

paziente, che non può essere presunta in base all'età e alle capacità, ma deve essere accertata caso per caso dal medico che ha in cura il paziente²⁸. La teoria, che rinvia, in termini sistemici, ad una serie di abilità funzionalmente collegate (*informability*, *cognitive capability* e *deciding*) fonda la capacità di ogni soggetto di essere destinatario o recettore di informazioni su un sistema complesso di abilità mentali che consentono di recepire, a livello sensoriale, i dati riguardanti l'oggetto della scelta, di comprendere le informazioni ricevute e di selezionare, fra i dati ricevuti e decodificati, quelli che assumono rilevanza centrale ai fini della decisione (*informability*). La capacità cognitiva consente, in un secondo momento, al soggetto di comprendere la situazione nella quale si trova e conseguentemente decodificare e selezionare i dati ricevuti, attraverso il proprio ragionamento. Tale capacità di valutazione permette al soggetto destinatario di ragionare sul trattamento proposto, sulle opzioni disponibili e sulle conseguenze derivabili da ogni alternativa praticabile, riconoscendo se stesso come paziente (*cognitive capability*). Infine, un paziente capace assume decisioni in maniera consapevole rispetto al trattamento proposto e le esprime nella consapevolezza delle motivazioni che hanno sostenuto la scelta²⁹.

Dette abilità conducono il paziente ad esprimere il consenso informato nei termini sopra indicati; tuttavia, non possono sottacersi le criticità connesse alla dimensione fattiva rispetto a quella normativa della capacità di consentire ad un determinato trattamento medico dei minori e degli incapaci. Le loro determinazioni sono ricondotte, nel nostro ordinamento, ai concetti generali di volontà, di maturità e di capacità, i quali avviano un procedimento di qualificazione da parte del medico, che pone l'esigenza di interrogarsi criticamente sulla reale portata della scelta legislativa.

La teoria della *competence* ben si sposa, infatti, in Gran Bretagna con il *Family Law Reform Act* del 1969 che prevede limiti di età ridotti in relazione al tipo di attività da compiere o al tipo di diritto da esercitare. In particolare, nell'ambito dei trattamenti sanitari, il consenso di un minore che ha raggiunto l'età di sedici anni è ritenuto efficace come quello prestato da un maggiore

Deciding for others. The ethics of surrogate decision making, Cambridge University Press, 1990; T. C. BEAUCHAMP, *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press, 1979.

²⁸ J. HAWKINS – L. C. CHARLAND, *Decision-Making Capacity*, cit., evidenziano, in particolare, la differenza tra *capacity* e *competence* «the term “decisional capacity” refers to the ability of subjects to make medical decisions; primarily, decisions to consent to or refuse medical intervention. Yet somewhat surprisingly, (at least for those new to the topic) there is a large amount of disagreement over terminology in this area, particularly over whether “decisional capacity” and its shortened version, “capacity” are the right terms to use. The other candidate is “mental competence” or just “competence” for short. Disputes about how (if at all) these terms differ can be very confusing and sadly there is no remedy other than familiarity with the various things people have said». Il testo è disponibile altresì in <http://plato.stanford.edu/entries/decision-capacity/#CompCapa>. A. BUCHANAN, *Mental capacity, legal competence and consent to treatment*, in *Journal of the Royal Society of Medicine*, 2004, 97, p. 415,

²⁹ E. SALVATERRA, *Capacità e competence*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI, *Trattato di biodiritto. I diritti in medicina*, Giuffrè, 2011, p. 341 ss.

di diciotto anni³⁰. A ciò deve aggiungersi che il *Mental Capacity Act* (MCA) del 2005³¹ fornisce una definizione di incapacità rilevante sia ai fini dell'applicazione della già menzionata normativa sia per la tutela di tutti gli individui che, difettando della capacità, non sono in grado di prendere autonomamente delle decisioni nel proprio interesse³². Punto di partenza del MCA è la definizione propria di incapacità e la sua distinzione logica dal disturbo mentale, per cui *“for the purposes of this Act, a person lacks capacity in relation to a matter if at the material time he is unable to make a decision for himself in relation to the matter because of an impairment of, or a disturbance in the functioning of, the mind or brain”*³³. Può, pertanto, comprendersi come, per dichiarare un soggetto incapace, sia necessario un accertamento medico della menomazione (*impairment*) o del disturbo (*disturbance*) di mente. Sul punto, anche la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che solo quando si è di fronte ad un vero e proprio *irrational behavior* si può parlare, giuridicamente, di incapacità³⁴.

³⁰ Il *Family Reform Act* del 1969 ha ridotto la maggiore età da ventuno a diciotto anni. La *Section 8* individua l'età minima di sedici anni per prestare il consenso a trattamenti chirurgici, medici e odontoiatrici. Così recita: *«(1) The consent of a minor who has attained the age of sixteen years to any surgical, medical or dental treatment which, in the absence of consent, would constitute a trespass to his person, shall be as effective as it would be if he were of full age; and where a minor has by virtue of this section given an effective consent to any treatment it shall not be necessary to obtain any consent for it from his parent or guardian. (2) In this section “surgical, medical or dental treatment” includes any procedure undertaken for the purposes of diagnosis, and this section applies to any procedure (including, in particular, the administration of an anaesthetic) which is ancillary to any treatment as it applies to that treatment. (3) Nothing in this section shall be construed as making ineffective any consent which would have been effective if this section had not been enacted»*, in <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1969/46/section/8>. Per un approfondimento sul consenso dei minori: J. MUNBY, *Consent to treatment: patient lacking capacity and children*, in *Principles of Medical Law*, a cura di A. Grubb, J. Laing e J. McHale, Oxford University Press, 2010, par. 10.142.

³¹ Il *Mental Capacity Act* (MCA) è entrato in vigore il 1° ottobre 2007. Il relativo Code of Practice descrive la *“underlying philosophy”* del MCA: *«to ensure that any decision made, or action taken, on behalf of someone who lacks the capacity to make the decision or act for themselves is made in their best interests. The Act is intended to assist and support people who may lack capacity and to discourage anyone who is involved in caring for someone who lacks capacity from being overly restrictive or controlling. But the Act also aims to balance an individual's right to make decisions for themselves with their right to be protected from harm if they lack capacity to make decisions to protect themselves. The Act sets out a legal framework of how to act and make decisions on behalf of people who lack capacity [...] in relation to personal welfare, healthcare and financial matters»*.

³² Nel Regno Unito, fino all'entrata in vigore del MCA, il trattamento dei soggetti adulti incapaci era disciplinato dal *Mental Health Act* (MHA) del 1983, modificato nel 2007, che, tra le varie ipotesi regolamenta il trattamento delle persone affette da disordine mentale. Sul punto: P. BOWEN, *The Blackstone's Guide to The Mental Health Act 2007*, Oxford University Press, 2007, pp. 6 ss.; E. JACKSON, *Medical law. Text, cases, and materials*, Oxford University Press, 2009, pp. 291 ss.

³³ MCA, *schedule 2* (1).

³⁴ *Grace R. Lane vs Rosaria Candura*, 6 Mass. App. 377, (1978), in <https://law.justia.com/cases/massachusetts/court-of-appeals/1978/6-mass-app-ct-377-1.html>.

Interessante è, dunque, notare come nell'ordinamento inglese vi sia una presunzione di capacità e, anche nei termini del consenso al trattamento sanitario, un soggetto maggiore dei sedici anni è ritenuto capace, finché non venga provata la sua incapacità per vizio di mente³⁵.

Alquanto differente è, invece, il perimetro disegnato dal legislatore italiano, laddove il medico debba accompagnare il paziente tra le diverse nozioni ed opzioni mediche disponibili per trattare la fattispecie concreta, non potendo in alcun modo sostituire la propria volontà a quella dell'assistito, trattandosi di decisioni che riguardano la sfera morale e valoriale di ogni singolo individuo. Tuttavia, nel medesimo perimetro, sebbene l'azione del sanitario esiga la verifica delle competenze del paziente in relazione alla capacità ed alla volontà dello stesso, il legislatore ha posto in capo al minorenne, indipendentemente dall'indicazione di una soglia di età minima, all'interdetto ed all'inabile, il cui provvedimento di amministrazione di sostegno attribuisca la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, una sorta di presunzione assoluta di incapacità di autodeterminarsi, in quanto la loro sfera valoriale deve essere manifestata da soggetti terzi (esercenti la responsabilità genitoriale, tutori o amministratori di sostegno).

Di conseguenza, nelle ipotesi in cui si verificano eventuali conflitti nell'ambito del processo decisionale che conduce all'espressione del consenso, la norma rimanda implicitamente alle soluzioni ed ai rimedi previsti dal codice civile³⁶. Così, la scelta normativa predilige la tutela giurisdizionale, demandando al giudice tutelare la risoluzione di eventuali conflitti che possono insorgere tra gli incapaci ed i loro rappresentanti e tra questi ed i medici³⁷.

3. La riformulazione dei c.d. regimi di protezione: a) dell'incapace maggiore di età in Francia

Gli ordinamenti francese e spagnolo hanno da tempo provveduto ad una riformulazione della disciplina dettata in materia di consenso informato dei mi-

³⁵ MCA, *schedule 1*.

³⁶ B. SALVATORE, *Il minore e la persona incapace nella L. n. 219/2017: la rilevanza della volontà del soggetto vulnerabile nelle scelte sanitarie*, cit., p. 1507.

³⁷ Si badi che l'art. 3, comma 5, della Legge n. 219/2017 prevede, in relazione a tutte le categorie di soggetti incapaci, una unica e specifica ipotesi di conflitto: quello che può sorgere tra il rappresentante legale e il medico, qualora il primo rifiuti le cure che il secondo propone reputandole adeguate e necessarie al caso concreto. La norma affida la soluzione del contrasto al giudice tutelare, che provvede con decreto motivato. Parti legittimate attive a proporre ricorso sono: il rappresentante legale dell'interessato, il medico, la struttura sanitaria e gli altri soggetti di cui all'art. 406 ss c.c., ovvero gli stessi che possono presentare ricorso per l'istituzione dell'amministratore di sostegno. Tra questi, oltre ai servizi sanitari e sociali direttamente impegnati nella cura e assistenza della persona, si ritiene sia legittimato anche il Pubblico Ministero. In tal senso, G. MARSEGLIA, *Pubblico ministero e persona: i procedimenti in materia di status, famiglia e minori*, in *Questione giustizia*, 1, 2018, p. 34 ss.

norì e degli incapaci. Tuttavia, non potendo, in tale sede, vagliare ogni singolo aspetto delle differenti discipline, si sceglierà di prendere in considerazione gli aspetti maggiormente innovativi, che, ai fini di un'indagine comparatistica "per dissonanze" con la disciplina italiana, possono offrire maggiori spunti di riflessione rispetto alle criticità emerse nel paragrafo precedente³⁸.

L'esperienza francese si mostra interessante non solo per la specifica disciplina relativa al consenso per i trattamenti sanitari, contenuta nel *Code de la Santé Publique*, recentemente novellato dalla Legge 2022-217 del 21 febbraio 2022³⁹, ma anche per l'evoluzione che ha avuto la normativa civilistica in materia di protezione degli incapaci maggiori di età nel corso degli ultimi cinquant'anni⁴⁰. A partire dalla riforma del 1968⁴¹ si è, infatti, progressivamente assistito all'erosione della regola dell'incapacità assoluta in favore di una capacità conformata al «grado di discernimento»⁴² attraverso l'introduzione di una serie di principi finalizzati a contemperare le esigenze di protezione degli incapaci con la ricerca di una moderata autonomia degli stessi. In particolare, la legge di riforma ha inteso abbandonare il richiamo a categorie di infermità predefinite in favore di una definizione elastica di incapacità che consente di «abbracciare in sé, tendenzialmente, tutte le ipotesi in cui il soggetto si trovi in concreto ostacolato, nel suo agire del mondo del diritto, dalle sue condizioni di salute»⁴³.

³⁸ Per tali ragioni, l'esposizione della disciplina francese sarà limitata ai regimi di protezione introdotti a favore dei soggetti maggiori di età, mentre quella spagnola agli interventi in favore dei minori.

³⁹ Il *Code de la Santé Publique* era già stato novellato in alcune parti dalle Leggi n. 2005-370 del 22 aprile 2005 e n. 2016-87 del 2 febbraio 2016. La versione integrale può essere letta su https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006072665/LEGISCTA000006125345/#LEGISCTA000006125345.

⁴⁰ Il sistema precedente alla riforma era gravato da un'immagine giuridica della follia di ispirazione volteriana, secondo cui la *folie* rappresentava una malattia che impediva all'uomo di pensare e di agire come gli altri. Per tale ragione «*Ne pouvant gérer son bien, on l'interdit, ne pouvant avoir des idées convenables à la société, on l'en exclut, s'il est dangereux, on l'enferme, s'il est furieux, on le lie*». Così VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, t. IV, sub «Folie». Sempre sulla follia: M. FOUCAULT, *Folie et déraison. Histoire de la folie l'âge classique*, Paris, 1961.

⁴¹ Legge n. 68-5 del 3 gennaio 1968 (c.d. riforma Carbonnier). Vennero, in particolare, introdotti dei rimedi di protezione, a sostituzione della *interdiction* e del *conseil judiciaire*, quali la *tutelle*, la *curatelle* e la *sauvegarde de justice*, che hanno come presupposto comune la condizione di alterazione delle facoltà personali, la quale può consistere sia in un'alterazione delle facoltà mentali dovuta a malattia, infermità, senescenza, sia in un'alterazione delle facoltà fisiche che incida sulla libera e consapevole espressione della volontà. In tali casi, il grado di infermità incide sulla determinazione specifica del trattamento giuridico applicabile al caso concreto, precisandone gli effetti. J. MASSIP, *La réforme du droit des incapables majeurs*, t. 1, Paris, 3 ed., 1977, p. 145 ss; J. CARBONNIER, *Droit civil*, 2, *La famille, les incapacités*, Paris, 11 ed., 1979, p. 528 ss; A. WEILL – F. TERRÉ, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, Paris, 5 ed., 1983, p. 861 ss; G. CORNU, *Droit civil. Introduction. Les personnes-Les biens*, Paris, 1988, p. 157 ss.

⁴² G. AUTORINO STANZIONE, *Infermità mentale e tutela del disabile negli ordinamenti francese e spagnolo*, cit., p. 84.

⁴³ Si badi che gli istituti della tutela e della curatela vengono adottati nei casi in cui le esigenze di protezione della persona derivino da alterazioni continuative e prolungate nel

Tra le principali misure di protezione previste dal legislatore francese (*sauvegarde de justice*, *curatelle* e *tutelle*) sussiste un rapporto di graduazione, tale per cui una misura maggiormente restrittiva può essere disposta solo nel momento in cui quella meno gravosa non appaia sufficiente. Dunque, la *curatelle*⁴⁴, che comporta l'assistenza-integrazione delle capacità del soggetto protetto, può essere disposta quando la *sauvegarde de justice*⁴⁵, regime di protezione minimale ed a carattere temporaneo, non risulti una misura di protezione adeguata a tutelare l'incapace. Parimenti, la *tutelle*⁴⁶, misura più incisiva rispetto alle altre, in quanto consistente nella rappresentanza-sostituzione del soggetto, può essere disposta quando non appaiono sufficienti né la *sauvegarde* né la *curatelle*⁴⁷. Per le stesse ragioni, la “*messa sotto tutela*” e la “*messa sotto curatela*” sono possibili solo nel caso in cui l'alterazione delle facoltà mentali sia comprovata da un certificato medico che evidenzi la gravità della situazione e la necessità di un provvedimento tanto invasivo quanto ineludibile⁴⁸.

Siffatto sistema di misure, differenziate e personalizzabili sia in ragione del grado di discernimento che dell'attitudine alla cura dei propri interessi da parte del soggetto vulnerabile, privilegia il ricorso a strumenti giuridici di tutela commisurati alla situazione concreta e realizza una equilibrata ponderazione dei ruoli attribuibili rispettivamente al giudice, chiamato ad individuare il regime di tutela, ed al medico, il quale deve certificare l'eventuale grado e stato di alterazione delle facoltà mentali o fisiche dell'infermo⁴⁹. A tal pro-

tempo. Ciò a garanzia della cura del patrimonio del disabile e della posizione dei terzi. In tal senso, G. AUTORINO STANZIONE, *La protezione civilistica del disabile per infermità mentale nell'ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 523 e ss.

⁴⁴ La *curatelle* è prevista prevalentemente per i casi di prodigalità. Non può eccedere i cinque anni, anche se il giudice può rinnovare la misura per la medesima durata (art. 442 *Code civil*).

⁴⁵ La *sauvegarde de justice* riguarda i soggetti che presentano una limitata esigenza di protezione che, pur avendo capacità di discernimento sufficiente a condurre una vita normale, possono tuttavia essere soggetti ad alterazioni cicliche. La misura ha la durata limitata, per cui non può eccedere un anno e può essere rinnovata una sola volta (art. 439 *Code civil*).

⁴⁶ Anche la *tutelle* è una misura a carattere temporaneo. Ai sensi dell'art. 441 *Code civil*: «*Le juge fixe la durée de la mesure sans que celle-ci puisse excéder cinq ans. Le juge qui prononce une mesure de tutelle peut, par décision spécialement motivée et sur avis conforme d'un médecin inscrit sur la liste mentionnée à l'article 432 constatant que l'altération des facultés personnelles de l'intéressé décrites à l'article 425 n'apparaît manifestement pas susceptible de connaître une amélioration selon les données acquises de la science, fixer une durée plus longue, n'excédant pas dix ans*».

⁴⁷ Art. 440, alinéa 4, *Code civil*.

⁴⁸ Legge n. 2007-308 del 5 marzo 2007.

⁴⁹ Non sono mancati nel panorama francese provvedimenti giudiziari. Tra questi rileva la sentenza del *Conseil d'État* n. 428117 del 24/4/2019, che ha statuito la possibilità di interrompere tutte quelle procedure mediche prive di efficacia curativa, consentendo la morte naturale del paziente, considerata come termine di un'esistenza solo artificialmente possibile (un medico che aveva in cura un degente in stato vegetativo avviò la procedura prevista dalla legge francese al fine di procedere all'interruzione del sostegno vitale, reputato come irragionevole ostinazione. A questa si opposero i familiari del paziente, che invece preferivano mantenere in vita il loro familiare, seppur con apprestamenti sanitari). La vicenda ha visto una lunga se-

posito, si è detto che la normativa riformata ha rappresentato, in tutta la sua forza innovativa, la garanzia della libertà civile, «*équilibre de pouvoirs entre le familial, le médical et le judiciaire*»⁵⁰. Ed è proprio il ruolo del medico che ha ridisegnato i nuovi confini dei regimi di protezione degli incapaci, giacché la riformulazione codicistica ha introdotto il principio di collaborazione tra lo specialista ed il giudice⁵¹, imponendo la necessità di un contatto continuo e personale, al di fuori di ogni formalismo, per valutare l'opportunità e la prevedibile incidenza del provvedimento da adottare, di volta in volta, sul malato. Il medico è divenuto così «un vero e proprio organo consultivo»⁵², che ha portato la regola della *individualisation* del regime di protezione, ovvero del principio di sussidiarietà degli interventi ablativi ed incapacitanti⁵³.

Tale principio è stato ribadito dalle successive riforme⁵⁴ e trasfuso anche nel *Code de la Santé Publique*, che, *in primis*, afferma il diritto della persona a ricevere le cure più appropriate e le terapie di riconosciuta efficacia, che garantiscano, secondo le conoscenze mediche disponibili, il miglior risultato sanitario nonché il massimo alleviamento della sofferenza possibili. Questo comporta che «*Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment*»⁵⁵. Così, anche il consenso dell'adulto sottoposto ad una misura di protezione deve essere acquisito dal sanitario quando il paziente è in grado di esprimere la propria volontà, eventualmente con l'assistenza del

quela di provvedimenti giudiziari resi da una molteplicità di uffici: *Tribunal administratif* di Châlons-en-Champagne del 16/1/2014; del *Conseil d'État* del 24/6/2014; della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 5/6/2015; del *Tribunal administratif* di Châlons-en-Champagne del 9/10/2015; della *Cour Administrative d'Appel* di Nancy del 16/6/2016; del *Conseil d'État* del 19/7/2017; delle ordinanze del *Tribunal administratif* di Châlons-en-Champagne del 20/4/2018, del 2/7/2018 e del 31/1/2019; della sentenza del *Conseil d'État* del 24/4/2019; dell'ordinanza del *Tribunal administratif* di Parigi del 20/4/2018 e, infine, della sentenza della *Cour de Cassation* n. 647 del 28/6/2019. Queste ultime, in particolare, furono l'ultimo tentativo da parte dei genitori del paziente di bloccare l'operatività della decisione di interruzione delle terapie di sostegno vitale.

⁵⁰ J. CARBONNIER, *Préface* à J. MASSIP, *La réforme*, cit., p. 11.

⁵¹ Art. 441, *alinéa* 2, *Code civil*.

⁵² G. AUTORINO STANZIONE, *Infermità mentale e tutela del disabile negli ordinamenti francese e spagnolo*, cit., p. 106.

⁵³ A. VIALATTE, *Des rôle du médecin traitant et du médecin spécialiste dans la protection des incapables majeurs*, in *Rec. Dalloz*, 1972, Chr., p. 165 ss. Evidenzia una distinzione tra il medico curante ed il medico specialista.

⁵⁴ Legge n. 2007-308 del 5 marzo 2007 e Legge n. 2009-526 del 12 maggio 2019. Alcuni commenti sulle riforme: T. FOSSIER, *La réforme de la protection des majeurs. Guide de lecture de la loi du 5 mars 2007*, in *JCP G* 2007, I, p. 118 ss; Id., *La protection de la personne, un droit flexible*, in *Dir. fam.* 2007, chr. 17; F. ARHAB-GIRARDIN, *La décision médicale du majeur protégé: une articulation complexe des dispositions du code de santé publique avec la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs*, *RDSS* 2009, p. 875 ss; A. BATTEUR, *Recherche d'une articulation entre le Code de la santé publique et le Code civil: un défi à relever en faveur des personnes vulnérables*, in *Dr. fam.* 2011, Étude 5; F. ARHAB-GIRARDIN, *L'aide à la décision médicale de la personne âgée vulnérable*, in *RDSS* 2018-5, p. 779 ss.

⁵⁵ Art. L. 1111-4, *alinéa* 4, *CSP*.

suo rappresentante e, solo quando ciò non è possibile, il consenso deve essere rilasciato dal responsabile della tutela, tenuto conto del parere eventualmente espresso dalla persona sottoposta a protezione, considerato che «*sauf urgence, en cas de désaccord entre le majeur protégé et la personne chargée de sa protection, le juge autorise l'un ou l'autre à prendre la décision*»⁵⁶.

I principi appena riportati rappresentano tutta la forza innovativa della disciplina francese che porta con sé un punto di osservazione privilegiato per il comparatista che si pone delle domande sulle opzioni italiane in materia di consenso informato degli incapaci⁵⁷. È facile notare, infatti, come la normativa d'oltralpe privilegi, in ogni caso e in coerenza con il principio di autonomia, la volontà del paziente, il quale è chiamato ad esprimere il proprio consenso, anche se sottoposto ad una misura di protezione e che questa, in ossequio ai principi di proporzionalità e di sussidiarietà, una volta rivelatasi necessaria deve essere rigorosamente proporzionata alla alterazione, confermata da un atto medico, delle facoltà mentali e/o fisiche del soggetto. Pertanto, la scelta della misura di protezione deve ricadere su quella meno invasiva e, al contempo, deve lasciare il più possibile intatta l'autonomia individuale della persona⁵⁸.

La peculiarità dell'ordinamento francese si coglie così nella scelta di fare degli istituti tradizionali, quali la *tutelle* e la *curatelle*, «*des techniques de masse*», condizionate al bisogno di protezione dell'infermo⁵⁹ e garantite dalla continua verifica dei presupposti ed un'ampia individualizzazione delle medesime, soprattutto grazie all'introduzione del limite temporale dei cinque anni all'efficacia di tali misure, che si riverbera, inevitabilmente, anche nella disciplina del *Code de la Santé Publique*, nel punto in cui prevede espressamente che «*la personne majeure faisant l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne doit être obtenu si elle est apte à exprimer sa volonté, au besoin avec l'assistance de la personne chargée de sa protection. Lorsque cette condition n'est pas remplie, il appartient à la personne chargée de la mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne de donner son autorisation en tenant compte de l'avis exprimé par la personne protégée*»⁶⁰.

⁵⁶ Art. L. 1111-4, alinéa 8, CSP.

⁵⁷ Il *Code de la Santé Publique* si differenzia, in particolare dall'art. 2 della l. n. 219/2017, poiché stabilisce che affinché si inneschi la procedura di interruzione dei sostegni vitali in situazioni cliniche irrimediabilmente compromesse è sufficiente che le terapie siano prive di benefici addizionali rispetto al mero mantenimento in vita dell'infermo, senza alcuna speranza di ottenere miglioramenti dello stato patologico irreversibile.

⁵⁸ Art. 415 *code civil*: «*Les personnes majeures reçoivent la protection de leur personne et de leurs biens que leur état ou leur situation rend nécessaire selon les modalités prévues au présent titre. Cette protection est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne. Elle a pour finalité l'intérêt de la personne protégée. Elle favorise, dans la mesure du possible, l'autonomie de celle-ci. Elle est un devoir des familles et de la collectivité publique*».

⁵⁹ J. CARBONNIER, *Préface* à J. MASSIP, *La réforme*, cit., p. 7.

⁶⁰ Art. L. 1111-4, alinéa 8, CSP.

3.1 (segue) del minore in Spagna

Appare interessante, ai fini della presente indagine, svolgere alcuni rilievi sulla disciplina spagnola dedicata al consenso informato per i trattamenti medici da eseguirsi su pazienti minori di età. Rileva, a tal fine, la riforma introdotta dalla *Ley* 26/2015, sul sistema di protezione dell'infanzia e dell'adolescenza, che ha inciso in modo importante sulla formulazione dell'art. 9 della *Ley* 41/2002, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica* (LBAP), riconoscendo la possibilità ai minori emancipati⁶¹ o che abbiano compiuto sedici anni di prestare il consenso, limitatamente ai casi in cui non si presenti un grave rischio per la vita o la salute del minore⁶²; al contrario, in siffatte ipotesi, per i minori di sedici anni e per gli incapaci, la regola generale vuole che il consenso sia prestato dai rappresentanti legali, «*después de haber escuchado su opinión*»⁶³.

La norma risponde all'impostazione tradizionale dell'ordinamento spagnolo, che evita di ritenere il minore dei diciotto anni⁶⁴ incapace assoluto, attribuendogli invece alcune capacità⁶⁵, in modo progressivo ed evo-

⁶¹ Deve evidenziarsi come una recente modifica apportata al *Código civil* dalla *Ley* 8/2021 del 2 giugno ha introdotto l'età minima di sedici anni per l'emancipazione del minore (art. 241 cc). Art. 241 *Código civil*: «*Para que tenga lugar la emancipación por concesión de quienes ejerzan la patria potestad, se requiere que el menor tenga dieciséis años cumplidos y que la consienta. Esta emancipación se otorgará por escritura pública o por comparecencia ante el encargado del Registro Civil*». Detta disposizione, prima della modifica apportata dalla *Ley* 8/2021, corrispondeva all'art. 317 *Código*, oggi abrogato.

⁶² Così dispone l'art. 9, 4°, LBAP: «*Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo*».

⁶³ L'art. 9, 3°, apartado c) stabilisce che «*Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor*». Il precetto rimanda dunque alla *Ley Orgánica de protección Jurídica del Menor*, che prevede «*El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias [...]*».

⁶⁴ La minore età non è espressamente indicata dal legislatore spagnolo, ma deve essere desunta dall'art. 12 CE, secondo il quale gli spagnoli diventano maggiorenni al compimento dei diciotto anni, e dall'art. 240 cc, a mente del quale la maggiore età inizia al compimento del diciottesimo anno.

⁶⁵ L'art. 663 cc prevede che «*No puede testar: 1. La persona menor de catorce años. 2. La persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun ayuda de medios o apoyos para ello*». Pertanto, secondo ragionamento a *sensu contrario*, il legislatore

lutivo⁶⁶, secondo due determinati criteri, che possono essere alternativi o cumulativi.

Il primo, oggettivo, si basa sulla fissazione di diverse tappe dello sviluppo biologico del minore, estendendone la capacità secondo una «*escala legal de edades*»⁶⁷; pertanto, con il raggiungimento di età prestabilite, l'ordinamento prevede *iuris tantum* una maturità psicologica sufficiente per compiere determinati atti con efficacia giuridica⁶⁸. Per tale ragione, la dottrina spagnola ritiene che in ambito sanitario la maggiore età si raggiunga al compimento dei sedici anni⁶⁹. Il secondo è un criterio soggettivo, per cui il minore acquisisce gradualmente e progressivamente la capacità di agire di pari passo con la sua crescita; motivo per il quale viene anche definito «*criterio de la madurez o del discernimiento*»⁷⁰. Su questo, ad esempio, si fonda l'art. 162 cc, il quale prevede che i minori possano esercitare alcuni diritti della personalità, secondo il loro grado di maturità, senza essere assoggettati alla potestà dei genitori, salvo l'esercizio della potestà genitoriale in virtù dei doveri di cura e di assistenza nei confronti della prole.

Entrambi i criteri sono stati indiscutibilmente utilizzati dal legislatore spagnolo in materia di consenso informato dei minori, nella parte in cui è prevista la presunzione della capacità di prestare il consenso per il minore emancipato o maggiore di sedici anni (art. 9 *LBAP*, comma 4), ma esclude espressamente da tale precetto i pazienti (minori di sedici anni o emancipati) che non siano intellettualmente o emotivamente capaci di comprendere la portata del trattamento e/o dell'intervento medico proposto (art. 9 *LBAP*,

spagnolo ammette la possibilità di fare testamento per i soggetti maggiori di quattordici anni, presumendo la capacità naturale *iuris tantum*. Fanno eccezione i testamenti olografi, per i quali l'art. 688.1 cc richiede la maggiore età.

⁶⁶ C. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, *Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamentos del libre ejercicio de los derechos de la personalidad*, in AA. Vv., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, A. Cavanillas Sánchez, tomo I, Civitas, Madrid, 2003, pp. 957; M. MORENO ANTÓN, *La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario*, *AFDUAM, El Menor ante el Derecho en el siglo XXI*, n. 15, J. Díaz Maroto – G. Rodríguez, Alma María (edits.), UAM y BOE, Madrid, 2011, p. 97; Comisión de Bioética de Castilla y León, *Problemas relacionados con las actuaciones sanitarias en los menores de edad*, Junta de Castilla y León, 2010, <http://www.saludcastillayleon.es/profesionales/es/bancoconocimiento/problemas-relacionados-actuaciones-sanitarias-menores-edad>.

⁶⁷ C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)*, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 45, n. 4, 1992, p. 1422.

⁶⁸ J. ALVENTOSA DEL RÍO, *El derecho a la autonomía de los pacientes*, in AA. Vv., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo I, Cavanillas Sánchez, Antonio *et al.* (coords.), Civitas, Madrid, 2003, p. 198.

⁶⁹ 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"*, *ADC*, tomo LXXI, 2018, fasc. III, 2018, p. 812.

⁷⁰ P. SIMÓN LORDA *et al.*, *La capacidad de los pacientes para tomar decisiones*, in AA. Vv., *Ética en la práctica clínica*, G. Guillén – D. y J. Gutiérrez, F. Javier (edits.), Triacastela, 2004, p. 55 ss.

comma 3, lett. c); in tali ipotesi, il consenso è espresso dal rappresentante del minore⁷¹.

Insomma, la scelta spagnola è quella di considerare il minore non incapace di agire, secondo la doppia dicotomia «piena capacità di agire-incapacità di agire» e «maggiore età-minore età», bensì limitatamente capace di agire in relazione ad alcuni e specifici atti individuati dal legislatore, che possono essere compiuti dallo stesso se dotato di un adeguato grado di discernimento⁷². Il modello ridefinisce così l'espressione «*menor de edad*», imponendo una distinzione tra «*niño/a*» e «*adolescente*»⁷³, poiché, come sostenuto da un'auto-revole dottrina, «*No hay [...] menor sino menores*»⁷⁴.

In questa prospettiva, come meglio si evidenzierà nel paragrafo successivo, la presunzione della capacità di discernimento del minore ultrasedicenne nelle scelte sanitarie evidenzia la grande differenza con la scelta operata dal legislatore italiano che, invece, in modo forse sbrigativo, ha addirittura equiparato tutti i pazienti incapaci di agire, adulti e minori, escludendo *a priori*

⁷¹ In relazione a tale aspetto è utile precisare che la norma dispone che sia il rappresentante legale del minore a prestare il consenso. Per tale motivo, la dottrina spagnola si è interrogata su chi debba prestare il consenso per rappresentanza. 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"*, cit., p. 813, ha evidenziato come, dopo aver svolto un'interpretazione sistematica degli artt. 9.3 3 9.4. LAP, sia chiaro che la decisione debba essere presa dai genitori del minore, in quanto l'emancipato non è soggetto alla potestà genitoriale, essendo l'emancipazione una delle cause di cessazione della potestà ex art. 222.1 cc.

⁷² M.C. BLASCO IGUAL, *El consentimiento informado del menor de edad en materia sanitaria*, *Revista de Bioética y Derecho*, n. 35, 2015, p. 35 ss. La capacità di discernimento del minore deve essere valutata con riguardo al concreto atto che il minore intende realizzare. L'A. sostiene, infatti, che «*obviamente, no es la misma la capacidad de entendimiento exigida al menor para comprar una golosina en un kiosco que para consentir una intervención quirúrgica en el ámbito sanitario*».

⁷³ I. VIVAS TESÓN, *Niños y niñas con capacidades diferentes: el derecho de la persona a tomar sus propias decisiones*, in *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, *Ejemplar dedicado a: La (in)capacidad de niños, niñas y adolescentes en el derecho español*, n. 13, 2017, ed. digital. L'A. propone una precisa distinzione: «*niños*» possono essere considerati i minori fino ai nove anni; «*adolescentes*» i ragazzi e le ragazze da dieci a diciassette anni, tappa cruciale della vita nella quale vengono rivendicati spazi di autonomia, di libertà e di partecipazione attiva.

⁷⁴ Così F. RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, 2. ed., Dykinson, Madrid, 2007, pp. 176-177. L'A. svolge il seguente ragionamento, che per chiarezza espositiva si trascrive: «*no debe olvidarse que dentro de la minoría de edad quedan comprendidas edades y situaciones tan distintas como son la del niño de tres meses o tres años y la del joven de quince o diecisiete años, que no pueden ser tratadas de idéntica forma. En el primero (incluso hasta los ocho o diez años) está poco desarrollada la razón, el ámbito de lo inteligible, y mucho más en cambio el de los sentimientos, que requieren especial atención. En el adolescente se va desarrollando el conocimiento (del mundo y de la vida, que importan aquí más que el de las matemáticas) y el entendimiento; el terreno de los sentimientos cede protagonismo ante el racional, no ya en importancia (que conserva), sino en el orden decisorio; el adolescente conoce más y mejor; por ello puede y debe intervenir en todo aquello que le interesa, opinando (audiencia) o decidiendo directamente. No hay, pues, menor sino menores*».

ogni possibilità, per tali categorie di soggetti, di esprimere direttamente il loro consenso o rifiuto al trattamento sanitario.

4. *La generale rilevanza del discernimento quale limite ultimo di protezione dei “soggetti deboli” sulle scelte di salute. Valutazione dell’art. 3 della Legge n. 219 del 2017 alla luce dell’indagine comparatistica*

L’indagine fino ad ora svolta fornisce una doppia chiave di lettura nella riflessione sul tema proposto: da una parte, porta a comprendere quale sia il cardine sul quale ruota la protezione dei soggetti deboli negli ordinamenti considerati, dall’altra, a definire la reale efficacia della disciplina italiana introdotta nel 2017 con riguardo ai minori e agli incapaci.

Sul primo aspetto, dal riscontro della comparazione, per cui si è scelto di prendere in considerazione solo ciò che degli ordinamenti francese e spagnolo appare interessante al fine di fornire delle risposte agli interrogativi posti, emerge chiaramente che l’esercizio delle situazioni c.d. esistenziali non dipende dalla mera capacità legale di agire, bensì dalla effettiva capacità di discernimento di ciascun soggetto, da valutare casisticamente e relativamente al tipo di atto da compiere.

In generale, infatti, nell’ambito delle scelte sanitarie, le norme poste a protezione delle persone che non hanno la capacità di dare il consenso non riconoscono il diritto dei pazienti incapaci di acconsentire o di rifiutare le cure, ma prevedono che il loro parere sia manifestato con l’ausilio di un soggetto terzo a ciò incaricato dalla legge, con una tendenza sempre più accentuata verso il superamento della presunzione dell’incapacità assoluta in favore del principio dell’individualizzazione dei regimi di protezione.

Emblematica, a tal proposito, è la scelta del legislatore francese, che a partire dalla riforma del 1968 ha optato per una serie di tecniche protettive ispirate a principi tendenti ad esigenze di contemperazione tra la difesa e la autonomia degli incapaci, rivelando tutta la propria forza prorompente nel principio di sussidiarietà degli interventi tesi alla personalizzazione dei regimi di protezione ed alla costante collaborazione tra il giudice ed il consulente medico⁷⁵. Ciò che maggiormente colpisce, oltre al riconoscimento di una temporaneità “automatica” della tutela generale degli incapaci, finanche per gli strumenti meno flessibili, quali la *tutelle* e la *curatelle*, è la possibilità per l’infermo maggiore di età e sottoposto ad una misura di protezione con rappresentazione relativa alla persona di esprimere personalmente la propria volontà in relazione ai trattamenti sanitari, quando il suo stato lo permetta⁷⁶. Ciò evidenzia che il principio a cui risulta ispirata la legge francese è la massima garanzia dell’autonomia

⁷⁵ F. P. OLIVIERI, *Strumenti a tutela della disabilità. Casistica e analisi comparata*, Milano, 2020, p. 232.

⁷⁶ Art. L. 1111-4, alinéa 8, CSP.

individuale della persona debole, che consente di attuare, nell'ottica della salvaguardia delle residue capacità dell'incapace, il massimo coinvolgimento del soggetto interessato nelle scelte che lo riguardano⁷⁷. A tale proposito, non può non richiamarsi il valore preminente riconosciuto al medico nella valutazione della capacità dell'infermo; una volta valutato, infatti, che il paziente non si trova «*hors d'état d'exprimer sa volonté*», il trattamento deve seguire la volontà espressa dallo stesso, anche se il medico dovesse ritenere necessaria una misura di protezione⁷⁸.

Allo stesso modo, la disciplina italiana ha optato per la sussidiarietà degli interventi posti a protezione delle persone incapaci; ne è esempio l'introduzione dell'istituto dell'amministrazione di sostegno, con lo scopo di tutelare, attraverso la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte dell'autonomia mediante interventi di sostegno sia temporanei che permanenti. Ed infatti il giudice modella il provvedimento sulla persona del beneficiario, indicando precisamente gli atti che egli può compiere da solo e quelli che, invece, devono essere compiuti dall'amministratore in nome e per conto del beneficiario⁷⁹. Secondo il medesimo fine di sussidiarietà, anche l'istituto dell'inabilitazione prevede che il soggetto che non sia pienamente in grado di curare i propri interessi possa compiere da solo tutti gli atti che non eccedano l'ordinaria amministrazione. Ed è così che l'art. 3, comma 4, della Legge n. 219 del 2017 pone la regola che la persona inabilitata possa esprimere direttamente il consenso o il rifiuto al trattamento sanitario, mentre debba farlo l'amministratore quando questo è previsto dal provvedimento di nomina. Allo stesso modo, il consenso dell'interdetto deve essere espresso dal tutore.

Anche la disciplina italiana ritiene, dunque, sufficiente la capacità naturale ai fini dell'espressione delle proprie scelte sanitarie, lasciando la dicotomia capacità giuridica e capacità di agire alle sole situazioni patrimoniali.

Ciò che, invece, non convince è la "staticità"⁸⁰ cui è soggetta la richiamata disciplina. Infatti, a differenza della previsione francese, anche nelle ipotesi di amministrazione di sostegno, il medico non ha alcun margine di valutazione della volontà del beneficiario una volta che il giudice ha previsto la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario⁸¹. Peraltro, per i soggetti interdetti non viene

⁷⁷ Ed infatti anche quando un soggetto risulti beneficiario di una misura di protezione deve, in ogni caso, essere ampiamente informato sulla propria situazione personale e patrimoniale e su qualsiasi atto compiuto nel suo interesse (art. 471-1 cc).

⁷⁸ Conseil d'État, 16 août 2002, n. 249552.

⁷⁹ Art. 404 c.c.

⁸⁰ "Staticità" della disciplina italiana intesa in contrapposizione con la temporaneità "automatica" della tutela degli incapaci prevista dalla legislazione francese.

⁸¹ Corte costituzionale, 13 giugno 2019, n. 144, in *Foro it.*, 2019, p. 3024. Il giudice delle leggi è stato chiamato a pronunciarsi sui poteri dell'amministratore di sostegno in ambito sanitario, in particolare, sulla illegittimità dell'art. 3, commi 4 e 5, della Legge n. 219 del 2017 nella parte in cui non richiede, nel caso di rappresentanza esclusiva in ambito sanitario ed in assenza di direttive anticipate di trattamento, la verifica puntuale da parte del giudice tutelare delle volontà

neppure evocata la possibilità di un loro coinvolgimento attivo nelle decisioni di salute, posto che non necessariamente l'incapacità di agire coincide con una inidoneità assoluta del soggetto a comprendere il proprio stato di salute, quando egli è provvisto della capacità di fatto adeguata alla natura della decisione che è chiamato ad assumere⁸². Il testo di legge prevede esclusivamente che l'interdetto possa essere sentito, ove possibile.

Parimenti, non convince la mancanza di indicazioni al giudice in ordine al modo in cui dirimere, in concreto, eventuali conflitti su argomenti tanto delicati, come quelli riguardanti le scelte sanitarie dei pazienti incapaci di agire. Il combinato disposto degli artt. 2 e 3 del nuovo testo di legge, in caso di disaccordo tra sanitari e rappresentanti del paziente sulle scelte terapeutiche rispondenti al miglior interesse di quest'ultimo, lascia che sia il giudice tutelare ad individuare, di volta in volta, i criteri da applicare per decidere il caso di specie⁸³.

Ne consegue che la disciplina italiana riflette l'imposizione tradizionale che considera i minori e gli incapaci privi della possibilità di esprimere il consenso o il rifiuto al trattamento sanitario; di talché, è lecito dubitare della reale ed effettiva rilevanza della volontà espressa dai minori o maggiori di età, in tutto o in parte limitati nella capacità di agire, in ordine alle scelte inerenti alla propria salute, proprio in ragione del fatto che il legislatore ha delegato al rappresentante legale il potere di esprimere l'assenso o il diniego all'intervento medico proposto e, al contempo, non ha fornito indicazioni in ordine al modo in cui dirimere, in concreto, le ipotesi conflittuali, demandando agli organi giurisdizionali il compito di risolvere il caso concreto, secondo la disciplina dettata dal codice civile.

del beneficiario in merito al rifiuto di un trattamento salvavita. La Corte ha rigettato il quesito ritenendolo non fondato sulla base di una corretta interpretazione delle norme in materia di amministrazione di sostegno, sulla circostanza che il decreto di nomina rappresenta il momento in cui il giudice valuta il caso concreto e può autorizzare, eventualmente, una decisione sul se prestare o meno il consenso a trattamenti di sostegno vitale. La Corte ha precisato altresì che il conferimento della rappresentanza esclusiva in ambito sanitario all'amministratore di sostegno non necessariamente deve recare in sé il potere di rifiutare i trattamenti sanitari necessari al mantenimento in vita, in quanto è sempre richiesta una verifica del caso concreto e dei compiti dell'amministratore. Ciò è stabilito dall'art. 410 c.c., il quale prevede che l'amministratore, nello svolgimento dei suoi compiti, deve sempre tener conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario. Sul punto, si rimanda a B. SALVATORE, *Il minore e la persona incapace nella L. n. 219/2017: la rilevanza della volontà del soggetto vulnerabile nelle scelte sanitarie*, cit., p. 1505.

⁸² U. NANNINI, *Il consenso al trattamento medico: presupposti teorici e applicazioni giurisprudenziali in Francia Germania e Italia*, Milano, 1989, p. 427 ss. Più di recente, la conclusione è riportata da B. SALVATORE, *Il minore e la persona incapace nella L. n. 219/2017: la rilevanza della volontà del soggetto vulnerabile nelle scelte sanitarie*, cit., p. 1499.

⁸³ Il comma 5 dell'art. 3 prevede che in caso si contrasti tra il medico e il rappresentante legale della persona interdetta o inabilitata o con l'amministratore di sostegno, in assenza di DAT, o con il rappresentante legale del minore che rifiuta le cure proposte, ritenute appropriate e necessarie dal medico, la decisione è rimessa al giudice tutelare su ricorso del rappresentante legale della persona interessata o dei soggetti di cui agli artt. 406 e ss del codice civile o del medico o del rappresentante legale della struttura sanitaria.

L'argomento si complica ulteriormente quando il conflitto scaturisce dal disaccordo tra la volontà espressa dal minore capace di discernimento ed i suoi genitori. Partendo dal presupposto che questi ultimi sono i primi interlocutori a dover essere coinvolti dai medici nelle decisioni che riguardano la salute del proprio figlio, non può negarsi che i rappresentanti legali non possano far prevalere scelte e preferenze individuali quando le stesse non rispondano all'interesse dei figli. Secondo una condivisibile impostazione compete, infatti, ai genitori la valutazione del migliore interesse dei figli nella fase fisiologica della vita, mentre quando si entra nella fase patologica, di conflitto o coordinamento di interessi differenti che possono far distintamente capo al minore e ai genitori, compete al giudice stabilire quale sia l'interesse del minore nella particolare situazione ambientale in cui la vicenda esistenziale si colloca e tenendo conto delle sue peculiarità⁸⁴.

Viene allora naturale domandarsi quale sia il miglior interesse del minore in questi casi, considerato altresì che il testo della Legge n. 219 del 2017 non lo menziona espressamente come criterio di orientamento delle decisioni che riguardano gli incapaci. Devono certamente essere considerati i precetti Costituzionali (artt. 2, 3 e 32) e della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. (artt. 1, 2 e 3), sulla tutela del diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona, per cui nessun trattamento può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, salve le ipotesi previste dalla legge. Essi, infatti, sono richiamati dall'art. 3, comma 2, il quale sancisce come indicazione di scopo della tutela della salute psicofisica e della vita del minore il «pieno rispetto della sua dignità»⁸⁵. Pertanto, deve accogliersi l'impostazione secondo la quale, sulla base di quanto appena richiamato, al minore capace di discernimento non possa negarsi il potere di impedire l'esecuzione di un trattamento sanitario coattivo sul proprio corpo⁸⁶.

A questo proposito, vale tuttavia la pena osservare che neppure la capacità di discernimento del minore è definita normativamente, creando ulteriori

⁸⁴ P. STANZIONE – B. TROISI, *Principi generali del diritto civile*, Giappichelli, 2011, p. 64 ss.

⁸⁵ Art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. sancisce l'inviolabilità della dignità umana, sancendo che essa deve essere rispettata e tutelata.

⁸⁶ L. LENTI, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per minorenni*, in *I diritti in medicina. Tratt. Biodiritto*, diretto da S. Rodotà-P. Zatti, II, Milano, 2011, p. 417 ss, il quale evidenzia come «nessun trattamento sanitario può essere imposto a una persona capace di discernimento che vi si opponga in modo consapevole, salvi i pochi casi espressamente previsti dalla legge di trattamento sanitario obbligatorio: altrimenti ne deriverebbe una lesione della personalità, sotto il profilo specifico della libertà di autodeterminazione nella gestione del proprio corpo e nella tutela della propria salute. Ciò significa che si riconosce anche al minorenne, purché capace di discernimento, un vero e proprio potere di *veto*, ovvero diritto di non subire alcuna forma di esecuzione coattiva sul proprio corpo» (p. 453). L'A. richiama anche la giurisprudenza che esclude l'esecuzione coattiva sul corpo del minorenne, aggiungendo inoltre in motivazione che subire una simile violenza sarebbe contraria al suo interesse. In particolare: Trib. Min. Brescia, 25.5.1999, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 204; Trib. Venezia, 2.6.1998, in *Dir. fam.*, 1999, 689.

incertezze in merito all'esplicazione autonoma dell'autodeterminazione del soggetto che, sebbene minore d'età, abbia raggiunto un determinato grado di maturità e di consapevolezza tale da consentire la rilevanza della volontà in un'ampia gamma di settori della vita quotidiana sia di natura personale che patrimoniale⁸⁷.

E dunque, alla luce di quanto fino ad ora rilevato, può apparire condivisibile la scelta spagnola sul consenso informato dei minorenni ultra-sedicenni, secondo un'impostazione antitetica a quella italiana, per cui tale capacità è presunta e si esplica come regola generale, ad eccezione dei casi in cui i minori non siano in grado di comprendere intellettualmente o emotivamente la natura del trattamento da eseguirsi. La presunzione di discernimento, così come impostata, richiede una valutazione *ad hoc* della maturità del minore per l'esercizio dei suoi diritti della personalità, che certamente non può prescindere dalla valutazione dello specifico atto che si intende realizzare⁸⁸. L'applicazione della norma ai casi concreti può dunque essere più complicata di quanto non sembri a prima lettura, ma rappresenta pur sempre una compiuta risposta legislativa orientata a bilanciare interessi confliggenti ed a dirimere potenziali situazioni di conflitto, individuando e tutelando l'interesse considerato, nel concreto, prevalente.

Pertanto, anche il legislatore del 2017, pur non esistendo una regola chiara ed univoca che stabilisca qual è il livello di autodeterminazione attribuibile ai minorenni in relazione ai diritti fondamentali della persona, con particolare riguardo alla libertà di gestione del proprio corpo e al diritto alla propria salute⁸⁹, avrebbe potuto optare per il riconoscimento di un autonomo ruolo decisionale con riguardo alle scelte di carattere personale dei minorenni capaci di comprendere il significato e l'importanza del trattamento proposto, secondo le differenti condizioni in cui si declina la minore età⁹⁰, per cui, ancora prima della nuova legge, la giurisprudenza aveva riconosciuto la rilevanza della capacità di discernimento quale strumento predisposto alla salvaguardia

⁸⁷ M. PICCINI, *Il consenso al trattamento medico del minore*, Padova, 2007, p. 303. L'A. evidenzia l'importanza dell'età come criterio per accertare la concreta capacità decisionale del minore. Tuttavia, egli sostiene che la verifica deve includere anche ogni altra circostanza, ovvero la personalità del minore, le caratteristiche dell'ambiente familiare e di quello in cui vive.

⁸⁸ F. RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, cit., p. 97. L'A. ritiene che, con riguardo al diritto di prestare il consenso informato in ambito sanitario, il grado di maturità richiesto al minore debba essere differente se il consenso deve essere prestato per un consulto medico, ovvero per un intervento chirurgico.

⁸⁹ L. LENTI, *Autodeterminazione e consenso nell'incapacità e capacità non completa*, in L. Lenti-E. Palermo Fabris-P. Zatti, *Trattato di biodiritto. I diritti in medicina*, Milano, 2011, p. 452.

⁹⁰ P. STANZIONE, *Persona minore di età e salute, diritto all'autodeterminazione, responsabilità genitoriale*, cit., p. 13, osserva l'evoluzione delle fasi della minore età, evidenziando, peraltro, che «l'evoluzione del bambino avviene [...] per stadi "la cui successione può essere accelerata ma non soppressa». L'A. precisa che altro è la condizione del neonato; altro quella dell'infante; altro quella dell'adolescente; altro ancora quella del quasi diciottenne ed altro, infine, quella del maggiore di età che la legge consideri alla stregua di un minore.

dell'autonomia valutativa del minore allo scopo di consentirgli il compimento di attività altrimenti precluse⁹¹. O, ancora, avrebbe potuto autorizzare il minore (capace di discernimento) ad esprimere direttamente il proprio consenso o rifiuto rispetto ai trattamenti terapeutici poco invasivi o che non incidono sulla vita o sulla integrità dello stesso, realizzando una sorta di "autodeterminazione in senso debole", già esistono alcune norme che riconoscono spazi di autonomia ai minorenni considerati capaci di valutare il rapporto costi-benefici nei casi complessi che riguardano la prescrizione di farmaci con efficacia contraccettiva (art. 2, ultimo comma, Legge n. 194 del 1978), la donazione delle cellule staminali emopoietiche da cordone ombelicale (Legge n. 219 del 2005) e la scelta di accedere a strutture per la cura della tossicodipendenza in assoluta riservatezza (Legge n. 685 del 1975, come modificata dalla Legge n. 162 del 1990)⁹².

In conclusione, la Legge n. 219 del 2017 ha l'impagabile merito di aver affrontato per la prima volta il problema del consenso informato e di aver positivizzato il diritto degli incapaci (minori o maggiori di età) ad essere informati sulle proprie condizioni di salute, attraverso un procedimento tendente a valorizzare le loro capacità decisionali in merito alla propria sfera personale e corporea. Tuttavia, non si può non evidenziare come il legislatore abbia relegato tale diritto ad una mera manifestazione della volontà e non all'espressione formale del consenso⁹³. Ne risulta, così, il rischio che la volontà espressa dal paziente legalmente incapace, ma dotato di capacità di discernimento, possa, alla fine, essere irrilevante. Probabilmente, dunque, anche alla luce delle soluzioni adottate dalle esperienze indagate, vi sono sufficienti motivi per riflettere sull'opportunità di una riformulazione dei principi in argomento,

⁹¹ Trib. Milano, 15.02.2010, in *Fam. e dir.*, 4/2011, con nota di F. RUSCELLO, *Minore età e capacità di discernimento: quando i concetti assurgono a «supernorme»*.

⁹² Tale dottrina ritiene che il minore considerato capace per scelte sanitarie tanto complesse, quali la procreazione responsabile, la sperimentazione clinica di farmaci e l'accesso a strutture terapeutiche, «a maggior ragione dovrebbe essere trattato come soggetto competente laddove le valutazioni da compiere siano meno difficili». Così, M. PICCINNI, *Il consenso al trattamento medico del minore*, cit., p. 314. Si deve peraltro segnalare che a fronte di una dottrina tradizionale che considera il minore incapace di esprimere il consenso come atto civile ex art. 320, comma 1, c.c., trattandosi di «manifestazione di volontà che esprime l'autonomia della persona, avente contenuto non patrimoniale e richiede la capacità di agire del soggetto oppure, in mancanza, l'intervento del rappresentante legale» (così, L. LENTI, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per minorenni*, cit., p. 417), altra parte della dottrina, al contrario, distingue l'incapacità del minore solo con riguardo alla manifestazione di volontà diretta alla conclusione del contratto di cura (S. BAGGIO, *La responsabilità medica*, Milano, 2008, p. 238). Per tali atti, infatti, risulta indispensabile fare riferimento alla capacità di agire, in quanto vi «trovano spazio gli accordi relativi all'onorario, o alle modalità di tempo e di luogo richieste per l'adempimento» (P. STANZIONE-V. ZAMBRANO, *attività sanitaria e responsabilità civile*, 1998, Milano, p. 265).

⁹³ Appare invece adeguata la scelta del legislatore francese che, nel caso di assenza di un volere manifestato in precedenza da un soggetto divenuto incapace, la scelta è lasciata ai medici, i quali decidono sulla scorta di una motivata valutazione, fondata su dati oggettivi, considerando lo stato clinico e l'utilità delle terapie da erogare, anche, eventualmente, in contrapposizione alla volontà dei familiari.

sul presupposto che il regime di protezione non possa operare, in concreto, se non quando l'alterazione psico-fisica o la maturità di un soggetto incidano effettivamente sul suo discernimento.

Abstract [Ita]

Il saggio approfondisce la tematica del consenso informato al trattamento sanitario dei soggetti incapaci di agire, sia minori che maggiori di età, come introdotto in Italia dall'art. 3 della Legge n. 219 del 2017. L'argomento, particolarmente delicato, solleva una serie di questioni interpretative ed applicative della norma che, posta a protezione delle persone che siano in tutto o in parte limitate della capacità di agire, può determinare, sul piano pratico, l'irrelevanza della loro volontà. L'art. 3, infatti, non disconosce il diritto dei pazienti incapaci di acconsentire o rifiutare le cure, ma prevede che la loro volontà sia manifestata da un soggetto terzo a ciò incaricato dalla legge. Alla luce di ciò, l'indagine si propone di individuare e di valutare i punti deboli della disciplina italiana, in una prospettiva comparatistica con l'esperienza francese e quella spagnola.

Parole chiave: consenso informato; trattamenti sanitari; incapaci; minori; volontà.

Abstract [Ita]

The essay focuses on the informed consent to the health treatment for incapable or pediatric patients, as introduced in Italy by art. 3 of Law no. 219 of 2017. The topic raises a series of interpretative and application issues of the rule which, placed to protect people who are wholly or partially limited in their ability to act, can determine, on a practical level, the irrelevance of their will. The Law does not deny the right of unable patients to consent or refuse treatment but provides that their will is expressed by a third party appointed to do so by the law. The investigation aims to assess the weaknesses of the Italian discipline, in a comparative law perspective with French and Spanish experiences.

Keywords: informed consent; health treatments; incapables; minors; will.