



PERSONA MINORE DI ETÀ E SALUTE, DIRITTO ALL'AUTODETERMINAZIONE, RESPONSABILITÀ GENITORIALE*

PASQUALE STANZIONE

SOMMARIO: 1. *Et prius videamus de personis*. – 2. Il ripensamento della tradizionale ipostatizzazione della capacità e della potestà. La “responsabilità” dei genitori. – 3. Responsabilità genitoriale e minore età tra “casi limite” e “casi di confine”. – 4. *Petits enfants* e *grand enfants*: il superamento della partizione e l'autodeterminazione del minore capace di discernimento. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Il “sentimento dell'infanzia”, la coscienza delle “particolari caratteristiche” che essenzialmente distinguono il bambino dall'uomo è scoperta recente¹. Il “passato del non adulto” si distacca a fatica dalla dimensione collettiva e “tutto sommato anonima” in cui resta relegato a lungo nel succedersi dei secoli, fino a quando l'Umanesimo ed il Rinascimento prima, il Romanticismo poi, non lo “inventarono” come mondo separato e come categoria concettuale a sé, restituendo alla minore età una propria, autonoma, fisionomia. Occorre, tuttavia, attendere gli inizi del XVII secolo perché si determini, sotto l'effetto della straordinaria “rivoluzione sentimentale” che portò, a sua volta, alla “nascita del sentimento della famiglia²”, il primo, vero, grande momento di sostanziale trasformazione sociale ed istituzionale e con esso di ripensamento dei ruoli. Il diritto non resta sordo all'evoluzione dei costumi ed a quella che il *divertissement* di uno storico originale³ ha inteso definire la “ricostruzione diacronica” dell'infanzia. Al contrario, la storia giuridica del minore ha anch'essa radici lontane, se è vero che tracce significative si rinvenivano nel diritto romano e nel noto istituto della *patria potestas*, che, in nome di un potere pieno ed

*E' il testo rielaborato e arricchito di note – dovute alla collaborazione di Mina Salito – della relazione svolta al Congresso nazionale dell'Associazione CamMiNo “Persone di età minore e diritto alla salute”, Matera, 3-5 ottobre 2013.

¹ Il virgolettato riproduce le parole di P. ARIES, *Padri e figli nell'Europa medievale e moderna*, Bari, 1968, *passim*.

² Il riferimento è, ancora, a P. ARIES, *Padri e figli nell'Europa medievale e moderna*, cit., 6.

³ In tal senso E. BECCHI, *Il bambino di ieri: breve storia di una storiografia*, in *Studi sulla formazione*, 2010, 8.



incondizionato del *pater familias*, cancellava ogni autonomia decisionale degli altri componenti il nucleo familiare.

Nell'era moderna, i momenti salienti della sua evoluzione sono segnati, invece, dalle codificazioni del 1865 e del 1942, secondo un percorso che appare scandito dalla mutazione semantica prima ancora che da quella tecnica. Il gergo comune e colloquiale dell'epoca si avvaleva, infatti, del termine *infante* per individuare la condizione di chi ancora non fosse reputato capace di agire in quanto impossibilitato ad esprimersi ed a far valere la propria opinione, in linea con l'etimologia della parola. Ad esso il codice del 1865 predilige, invece, il lemma "minore" (cfr. art. 240 c.c. abr.⁴); più specificamente, "minore di età", nel corpo di quelle norme, come l'art. 251, comma 3, o gli artt. 310 o 323 c.c. abr. che iniziavano a ritagliare timidi spazi alla sua iniziativa⁵.

La ri-codificazione del '42, pur capovolgendo ulteriormente la prospettiva definitoria – attraverso il richiamo alla maggiore età e non più a quella minore (cfr. art. 2 c.c) – finiva sostanzialmente con lo sposare gli esiti della abrogata legislazione e con il relegare l'infradiciottenne in una posizione di sostanziale soggezione all'altrui determinazione in nome di logiche di tutela di carattere preminentemente patrimoniale. Ma il codice civile, nella sua originaria formulazione, era il risultato delle istanze di una "società di proprietari"⁶, espressione cioè di un'antropologia giuridica oggi superata, che si premurava, essenzialmente, di proteggere il minore dal rischio di atti negoziali capaci di arrecare pregiudizio ai suoi interessi economici. 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

⁴ L'art. 240 c.c. abr., posto nel Capo I (rubricato, appunto, *Della minore età*), chiariva che "è minore la persona che non ha ancora compiuto gli anni ventuno".

⁵ L'art. 55 c.c. abr., ad esempio, autorizzava a contrarre matrimonio l'uomo che avesse compiuto gli anni diciotto e la donna che avesse compiuto gli anni quindici. Analogamente l'art. 1386 c.c. abr. consentiva al minore "capace di contrarre matrimonio" di prestare il consenso "per tutte le stipulazioni e donazioni che possono farsi nel relativo contratto". In misura parimenti significativa l'art. 9 del *Codice di commercio* del 1882 legittimava "i minori emancipati maschi o femmine" ad esercitare il commercio ed essere considerati alla stregua di "maggiori quanto alle obbligazioni da essi contratte per atti di commercio", previa autorizzazione del genitore con atto davanti al pretore o del consiglio di famiglia o di tutela con deliberazione omologata dal tribunale civile.

⁶ L. MENGONI, *Osservazioni generali*, in *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, a cura di P. Cendon, Napoli, 1988, 360, il quale evidenzia come l'impianto codicistico in materia di protezione dell'incapace (non solo minore di età) fosse il risultato di una composizione degli interessi, prevalentemente patrimoniali. Al riguardo cfr., altresì, A. VENCHIARUTTI, *La protezione civilistica dell'incapace*, Milano, 1995, 8.



patrimoniale dell'incapace attraverso l'esclusione dall'attività giuridica e di tutela dei terzi nella sicurezza della contrattazione⁷. Per lungo tempo, così, il legislatore mostrava di non voler rinunciare a scrivere, attraverso la norma, le pagine del *de patria potestate* in luogo di quelle, più performanti, complesse ed ardite del *de liberis liberandis*⁸.

Il processo di erosione del dogma della pressoché totale incapacità di agire del minore si realizza, pertanto, gradatamente; prende le mosse dalla considerazione delle pur presenti disposizioni concernenti gli atti di natura personale e dalla rilevanza ivi ascritta alla volontà del minore⁹ fino ad indurre a revocare in dubbio il valore assoluto dell'art. 2 c.c. e la *ratio* esclusivamente patrimoniale della norma¹⁰. La vera *rupture* con il passato si compie, tuttavia, solo con l'entrata in vigore della Carta Costituzionale che, in ossequio ai principi del personalismo e del solidarismo¹¹, capovolge, rivoluziona la tradizionale esegesi del sistema e, correlativamente, il concetto stesso di "persona". Da "maschera"¹² sul palcoscenico di un diritto prediale e proprietario, l'uomo diventa, il protagonista

⁷ Sono parole di F. GIARDINA, *La maturità del minore nel diritto civile*, in *Giustizia minore? La tutela giurisdizionale dei minori e dei "giovani adulti"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, a cura di M. CINQUE, p. 95. Ma sia consentito il richiamo a P. STANZIONE, *Capacità (diritto privato)*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988, p. 21 ss.; M. DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, in *Tratt. Rescigno*, 2, Torino, 1982, p. 16 ss.; A. FALZEA, *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 23.

⁸ L'espressione è di J. CARBONNIER, *Preface à R. Legeais, L'autorité parentale*, Paris, 1973, 13.

⁹ Basti pensare, a titolo meramente esemplificativo, all'età per contrarre matrimonio (art. 84 c.c.), al riconoscimento del figlio naturale (art. 250 c.c.), alla dichiarazione della paternità o maternità naturale (art. 273 c.c.), all'interruzione volontaria della gravidanza (art. 12 l. n. 194/1978), all'adozione (artt. 7, 45 l. n. 184/1983). Sulla trattazione analitica dei singoli argomenti citati che esulano dall'ambito del presente studio v. G. AUTORINO STANZIONE (diretto da), *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza, trattato teorico pratico*, v. I e v. IV, Torino, 2005 e 2006.

¹⁰ Sul punto, rinvio a P. STANZIONE, *Minori (condizione giuridica dei)*, in AA.VV., *Enc. dir.*, 2011, 725 ss. Ma sul tema avevo già avuto occasione di soffermarmi in passato. Tra i miei altri scritti, v. *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Camerino-Napoli, 1975, *passim*; *Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 446 ss.; *Scelte esistenziali e autonomia del minore*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 11, 1145 ss.; *Interesse del minore e "statuto" dei suoi diritti*, in *Fam. e dir.*, 1994, 351 ss. Di recente, altresì, *Il diritto all'educazione del minore*, in AA.VV., *Studi sul diritto di famiglia*, Salerno, 2012, 191 ss.

¹¹ Sul punto rinvio a P. STANZIONE, B. TROISI, *Principi generali del diritto civile*, Torino, 2011, 12 s.

¹² Come è noto, il termine "persona" era impiegato, nell'antica Roma, in ambito teatrale per designare la maschera che amplificava la voce dell'attore (*per sonare*) e soltanto in senso traslato l'individuo indipendentemente dalla sua capacità. È Vultejus (1565-1634) ad avvalersi del termine – per la prima volta, in senso tecnico – nell'espressione *servus emin homo est, non persona. Homo naturae, persona iuris civilis, vocabulum*. In argomento, P. STANZIONE, *Commento agli artt. 1-10*, in AA.VV. *Artt. 1-142 Disposizioni preliminari - Diritto internazionale privato – Persone fisiche e giuridiche – Parentela e affinità – Matrimonio*, Commentario al codice civile a cura di Paolo Cendon, Milano, 2009, 4, 465 ss.



dell'ordinamento giuridico, sia come singolo sia come componente delle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità (art. 2 cost.); cessa di essere “mezzo” e diviene, kantianamente, “fine”¹³, antecedente logico ed ontologico dell'ordinamento stesso¹⁴.

Et prius videamus de personis, scriveva, non a caso, Gaio¹⁵. La persona viene colta così dal diritto nella sua unitarietà; come tale, essa non conosce partizioni legate ora allo *status*, ora al sesso, ora, in particolare, all'età (cfr. art. 3 cost.). Affermare, tuttavia, che il minore è persona al pari dell'adulto è conclusione che, sebbene costituzionalmente fondata, impone il ripensamento sia di ipostatizzate ed inappaganti concezioni sulla capacità e sulla potestà (oggi, *responsabilità*) dei genitori, sia del ruolo e dei limiti da ascrivere alla volontà, o, più precisamente, al potere di autodeterminazione del minore.

2. La nozione di capacità d'agire sembra, invero, *prima facie*, scevra da implicazioni dogmatiche o almeno da quelle paragonabili agli svolgimenti storico-filosofici che hanno caratterizzato la capacità giuridica¹⁶. Nondimeno, non si è sottratta alla *querelle* dottrinale tra quanti hanno scorto nella norma dell'art. 2 c.c. uno strumento idoneo ad operare una selezione fra individuo ed individuo e quanti, al contrario, anche prima dell'entrata in vigore della Carta fondamentale, hanno contestato una tale interpretazione. La diversità di condizioni personali, lungi dal legittimare la discriminazione, si traduce, anzi, oggi in un'atipicità degli strumenti di tutela¹⁷, sullo sfondo della comune finalità di favorire la

¹³ L. MENGONI, *L'enciclica «Laborem exercens» e la cultura industriale*, in *Giorn. dir. lav. e relaz. ind.*, 1982, 595 ss., ricorda che il concetto di dignità è “la traduzione secolarizzata dell'idea biblica che l'uomo è stato creato da Dio a sua immagine e somiglianza”.

¹⁴ Occorre, peraltro, ricordare come da un punto di vista storico l'individuo sia diventato persona con una propria identità nel corso dell'Umanesimo e del Rinascimento, quando cioè è stato sganciato da parametri di identificazione legati al gruppo sociale. In argomento, di recente, F. PARENTE, *La persona e l'assetto delle tutela costituzionali*, in *Persona fisica, Trattato di dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, 2012, Napoli, II, 1, 6.

¹⁵ L'affermazione era preceduta, come è noto, dalla classificazione del *ius*: *Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones*. In particolare, il *prius* adoperato dal giurista designava non solo una priorità espositiva, ma, altresì, la necessità di partire dalla persona in quanto materia *prioritaria* per il diritto e la sua comprensione.

¹⁶ In merito, P. STANZIONE, *Capacità (voce)*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988, 7 ss.

¹⁷ Sul punto, *amplius*, P. STANZIONE, *Costituzione, diritto civile e soggetti deboli*, in *Fam. e dir.*, 2009, 700 ss.



partecipazione diretta alla vita giuridica del soggetto, sia esso minore o incapace (v., ad es., art. 409 c.c.) o, ancora, anziano¹⁸.

La penetrazione nel mondo dei concreti rapporti implica, a sua volta, non solo l'astratto ricollegamento di diritti in capo a chi, appunto, si è inteso, correttamente, riguardare alla stregua di persona (ed il riferimento, qui, è soprattutto al minore), ma, altresì, il ricorso a tutti quei meccanismi in grado di renderla effettiva. Suscita, così, non poche perplessità interpretative la deduzione che la maggiore età costituisca la linea di demarcazione fra l'incapacità e la capacità di agire.

La dignità e la personalità umana sono, infatti, valori non esprimibili nei termini delle categorie tradizionali; essi, al contrario, pongono dinanzi alla scelta netta quanto rigorosa di negarne del tutto l'attribuzione alla persona o di ammetterla, senza possibilità, in tale eventualità, di scindere l'astratto riconoscimento dalla concreta attuazione¹⁹. Con la duplice conseguenza di dovere, da un lato, accordare primaria importanza al momento esistenziale della persona anche minore di età; dall'altro, superare l'errore, ancor più grave e comunemente diffuso, di trasporre la dicotomia capacità giuridica-capacità di agire dal campo patrimoniale in cui è sorta ed in cui può forse conservare utilità di impiego, ai rapporti che toccano molto da vicino e spesso coinvolgono l'essenza stessa dell'uomo, quali, tra gli altri quelli che afferiscono alla sfera delle decisioni di ordine sanitario.

Il prevalere delle esigenze di natura personale del minore, anzi, ha indotto a riconoscergli unanimemente degli spazi di indipendenza anche in ambito patrimoniale, per lo più in ragione delle sue esigenze esistenziali. Si è correttamente osservato che "l'atto, anche di natura negoziale e di natura patrimoniale in tanto potrà essere posto in essere dal minore in possesso della capacità di discernimento in quanto senza il suo compimento rimarrebbe privata di un concreto esercizio la situazione esistenziale che (...) deve in ogni caso essere garantita"²⁰.

¹⁸ Per quanto concerne, in particolare, l'anziana età rinvio ai miei lavori: *Le età dell'uomo e la tutela della persona: gli anziani*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, 439 ss.; *Anziani (assistenza agli)*, in *Enc. dir.*, III° aggiorn., Milano, 1999, 112 ss.; *Le età dell'uomo e la tutela della persona: gli anziani*, in AA.VV. *Anziani e tutele giuridiche* (Atti del Convegno "La tutela della persona anziana" Catanzaro 17-18 marzo 1989), Napoli, 1991; P. STANZIONE, G. SCIANCALEPORE, *Anziani, capacità e tutele giuridiche*, Milano, 2003, *passim*.

¹⁹ In questi termini già mi esprimevo anni addietro: cfr. *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, cit., 164.

²⁰ V. F. RUSCELLO, *Potestà genitoriale e capacità dei figli minori: dalla soggezione all'autonomia*, in *Vita not.*, 2000, p. 73.



La considerazione è destinata ad intrecciarsi, inevitabilmente, con il distinto ma correlato profilo della potestà²¹ o, secondo la diversa terminologia introdotta dal legislatore della riforma della filiazione, della responsabilità dei genitori. E' vero: nell'immaginario tecnico del giurista l'uso della categoria logica "responsabilità" rinvia con immediatezza a un insieme di relazioni qualificate dalla concatenazione comportamento antigiuridico-pregiudizio-sanzione e, dunque, incentrato sull'idea di colpevolezza. Come tale, sembra mal prestarsi a descrivere la relazione genitoriale, se non fosse che nel diritto di famiglia, dove rifugge la virtù del dubbio (per dirla alla Zagrebelsky²²), il termine responsabilità è andato assumendo man mano, dapprima in altri ordinamenti²³ e poi finalmente anche in Italia, un significato ben diverso da quello dianzi ricordato. Di là da ogni valutazione negativa, esso ha finito con l'offuscare la tradizionale nozione di potestà in termini di potere-dovere costituzionalmente garantito a educare, istruire, mantenere il figlio (nel significativo "crescendo" dell'art. 30 cost.)²⁴, per assegnare alla stessa il significato più profondo della

²¹ Invero, già in passato avevo avuto occasione di rilevare come il ruolo correttivo e direttivo dei genitori sia inevitabilmente destinato ad un ridimensionamento al crescere dell'autonomia del figlio e della sua capacità di acquisire le attitudini proprie dell'adulto. La riforma del diritto di famiglia del 1975 ha concorso a favorire il descritto mutamento dell'istituto, statuendo non solo l'uguaglianza dei coniugi nell'esercizio della potestà, ma soprattutto rendendo i figli assoluti protagonisti della nuova concezione di famiglia. La legge, invero, non dà una definizione di potestà genitoriale e non ne indica, in modo organico, il contenuto, rimettendo in definitiva all'interprete il compito di ricostruirne i caratteri essenziali e le modalità entro le quali l'istituto deve operare. Occorre fare riferimento, *in primis*, all'art. 30 cost., secondo cui esiste un "dovere e diritto dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio". Il contenuto precettivo dell'art. 30 cost. trova, successivamente, la sua attuazione, svolgimento e completamento nel codice civile, ed in particolare, nell'art. 147 c.c. che impone ai genitori l'obbligo, di mantenere i figli e di educarli ed istruirli attenendosi alle loro capacità, inclinazioni naturali ed aspirazioni. Sul tema della potestà genitoriale tra Costituzione italiana e codice civile, si veda, anche: E. QUADRI, *Famiglia e ordinamento civile*, II ed., Torino, 1999, 86 e ss.; P. GRASSI, *Potestà genitoriale e affidamento della prole*, in *Giust. civ.*, 2008, n. 10, 455; M. SESTA, *La potestà dei genitori*, in *Il diritto di famiglia. Tratt. Bessone*, III, Torino, 1997, 213 e ss.; G. VILLA, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, in *Tratt. Bonilini-Cattaneo*, III, Torino, 1997, 266 e ss.

²² G. ZAGREBELSKY, *La virtù del dubbio. Intervista su etica e diritto*, Bari, 2007, spec. p. 58 ss.

²³ Siffatto contenuto della potestà dei genitori è disegnato espressamente per la prima volta in Europa dal legislatore inglese nel *Children Act* del 1989 dove si sceglie di disciplinare non la potestà ma la "responsibility" dei genitori nei confronti dei figli comuni o rispetto ai quali comunque si assume la funzione genitoriale. Sul punto, ancora, M.G. STANZIONE, *Il diritto alla genitorialità e alle relazioni familiari*, cit., 28.

²⁴ La potestà dei genitori ha, peraltro, un elevato grado di elasticità in ragione del quale essa presenta un massimo di coesione nei primissimi anni di vita dei figli, per poi ridursi ed addirittura dissolversi con il loro crescere. Da diritto di direttiva, essa, in altri termini, si trasforma in diritto di controllo, ispirato a criteri oggettivi desunti dai principi costituzionali, primo fra tutti quello del rispetto della dignità della persona umana e dello sviluppo della personalità del minore. Nella potestà dei genitori, pertanto, sarebbe imminente la *Tendenz*



impossibilità per il genitore di ritenersi legittimato a distaccarsi dal compito fondamentale di essere punto di riferimento essenziale nel rapporto affettivo ed educativo che lo lega al figlio.

Sì che, a voler restare fedeli ad un “ lessico famigliare” (alla Natalia Ginzburg), può dirsi che la riforma del 2012, più che operare una rivoluzione semantica, ha accentuato il profilo della doverosità, imponendo a chi ha la “responsabilità” della procreazione il dovere di assistere moralmente e materialmente la prole (art. 1, comma 8°, l. n. 219/2012), pena la sanzione del colpevole inadempimento dei doveri insiti nel rapporto educativo. Il genitore, dunque, nell’attuare il dettato degli artt. 30 cost. e 147 c.c. in particolare, ha il compito di impegnarsi a condurre a buon fine la costruzione di una personalità armoniosa e matura durante il cammino del figlio verso l’età adulta. Egli, pertanto, deve “partire dalla sua responsabilità etica” che precede ogni legittimità ed essere, secondo l’insegnamento della moderna psicoanalisi, come l’Ulisse omerico che “per restare fedele a questa responsabilità” rinuncia “all’ebbrezza dell’erranza e all’immortalità dell’eterno²⁵”.

La filiazione implica, infatti, “un atto di adozione simbolica della vita. Non della vita in generale, ma di quella vita voluta e accolta sin nei suoi dettagli più infimi²⁶”. Intesa nella descritta accezione, la responsabilità conserva inalterati i suoi contenuti senza che rilievo alcuno assuma l’atteggiarsi concreto delle relazioni tra genitori. Il solo *discrimen* è segnato, semmai, nei singoli casi, dal differente combinarsi tra titolarità ed esercizio dei poteri e dei doveri spettanti ai genitori, giacché ruoli e funzioni sono destinati a mutare, ad accrescere o a decrescere a seconda che l’una accompagni l’altro o dall’altro si dissoci. Di guisa che, in contrario avviso di un legislatore e di un sentire sociale restii ad ogni forma di discriminazione²⁷, la compiuta definizione del rapporto tra genitori e figli risente quasi

zur allmählichen Verflüchtigung (così J. GERNHUBER, *Lehrbuch des Familien-Elterlichen Gewalt*, in *Arch. civ. Prax*, 173 (1973), 537 ss. Per la dottrina italiana v., nello stesso senso, D. PULITANÒ, *Relazione sulle proposte di modifica della disciplina della patria potestà*, in *Riv. dir. matr. pers.*, 1967, 511 ss.; F. REALMONTE, *Rapporti tra genitori e figli*, in *Jus*, 1974, 99.

²⁵ Il virgolettato riproduce le parole di M. RECALCATI, *Il complesso di Telemaco*, Milano, 2013, 118, il quale mette in luce la responsabilità illimitata di padre che grava su Ulisse; responsabilità che, appunto, lo spinge a tornare a casa dal figlio Telemaco.

²⁶ Così, ancora, M. RECALCATI, *Il complesso di Telemaco*, cit., 136.

²⁷ Il percorso che in Francia ha portato, con l’Ordonnance del 4 luglio 2005, alla cancellazione delle espressioni *filiation legittime* e *filiation naturelle*, in Italia è stato assai più lento, risentendo dell’indifferenza con cui il legislatore ha per lungo tempo accolto i progetti di riforma del diritto della filiazione ispirati dall’esigenza di una equiparazione sostanziale di tutti i figli. Sul punto *amplius* M.G. STANZIONE, *Il diritto alla genitorialità e alle relazioni familiari*, su www.comparazionediritto.civile.it, 2013, 6; ID., *Filiazione e “genitorialità”. Il problema del terzo genitore*, Torino, 2010, 61 ss., la quale mette in evidenza come il termine “genitorialità” sia di recente introduzione ed



ineludibilmente dell'essere la filiazione nata fuori o nel matrimonio: solo nel primo caso, infatti, la responsabilità genitoriale – nella sua duplice declinazione, appunto, di titolarità ed esercizio – sconta il filtro necessario del riconoscimento o della dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità.

Il rilievo sollecita l'opportunità di abbandonare una prospettiva d'insieme e di riguardare la vicenda dalle singole visuali di osservazione in gioco. Lo impone, del resto, il metodo giuridico che, come è noto, suggerisce “di individuare problemi, distinguere i casi, e tra questi i casi limite dai casi di confine, e cercare risposte integrabili in quel sistema che chiamiamo ordinamento giuridico bilanciando valori e punti di vista”²⁸, senza scivolare in quell'ideologia dell'indifferenziato distorsiva del principio di uguaglianza che tutto sembra voler eguagliare per ridurre tutto a un solo e tirannico valore²⁹.

3. Se, dunque, si osserva il fenomeno *ex uno latere*, dalla posizione dei genitori, il sincronico coesistere di titolarità ed esercizio implica quale effetto immediato e naturale il pari coinvolgimento di entrambi nelle decisioni concernenti il minore; coinvolgimento che non si traduce necessariamente in una unanime e concorde manifestazione esterna della volontà rappresentativa, ma che ammette la possibilità di un agire disgiunto di ciascuno dei legittimi titolari. Nella potestà è dato distinguere un aspetto cd. interno, ed un altro esterno. E se il primo implica la “condivisione” della decisione, il secondo giustifica la sua attuazione ad opera del singolo genitore³⁰.

impiego nel diritto. Mutuato dalle scienze sociali è stato, quindi, adottato dai giuristi per richiamare, al contempo, e l'insieme delle relazioni tra genitori e figli e l'insieme delle funzioni attribuite allo *status* di genitore.

²⁸ Sono parole di A. NICOLUSSI, *Consenso informato e cosiddetto diritto di morire. Spunti comparatistici per il diritto italiano*, Roma, 2013, *in corso di pubblicazione*.

²⁹ E' da ascrivere a L. MENGONI, *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia* 1990, 3, il riferimento all'ideologia dell'indifferenziato distorsiva del principio di uguaglianza.

³⁰ Per certo la distinzione tra un momento operativo ed uno, al contrario, decisionale, ha avuto seguito sotto il vigore dell'abrogata disciplina dettata dall'art. 155 c.c. In tema di separazione tra coniugi ed affidamento esclusivo della prole. La dottrina (tra gli altri A. JANNUZZI, P. LOREFICE, *La volontaria giurisdizione*, Milano, 2006, 139 ss.) non mancava di rilevare come con riguardo agli di straordinaria amministrazione la «decisione» congiunta dei coniugi non avesse riflessi all'esterno, dal momento che dinanzi ai terzi il solo legittimato a compiere l'attività necessaria a realizzare – appunto – la decisione concordata era unicamente il genitore affidatario.



Si tratta di una situazione ben diversa da quelle in cui si assiste alla concentrazione di ogni potere e di ogni dovere³¹, in via temporanea o definitiva, in capo al solo genitore esercente la potestà, come nelle note ipotesi di decadenza o di abuso dei relativi poteri con grave pregiudizio del figlio (art. 330 c.c.)³² o di sospensione di chi abbia tenuto una condotta pregiudizievole all'interesse del minore (art. 333 c.c.)³³ o, più gradatamente, di chi per lontananza, incapacità o altro impedimento sia impossibilitato all'esercizio della potestà medesima (art. 317 c.c.)³⁴.

In siffatte eventualità manca, appunto, il momento della decisione condivisa, la quale al contrario viene assunta unicamente da chi esercita la potestà o, nei casi più gravi, da un terzo designato come tutore. La casistica giurisprudenziale è quanto mai ampia pur

³¹ In merito, v.si Cass. civ., 18 maggio 2011, in *Giur. merito*, 2011, 11, 2660 ss., a giudizio della quale “qualora due genitori, cessata la loro convivenza, vivessero in reciproca conflittualità tra di loro, rimanendo sordi ai più elementari bisogni della figlia in tenera età e determinassero la paralisi gestionale - educativa di essa, non è opportuno l'affidamento condiviso, sebbene richiesto da entrambe le parti, né può addivenirsi all'affidamento esclusivo, stante la paritaria reciprocità nell'alimentare il conflitto. Può essere pronunciata di ufficio, a norma dell'art. 8 della convenzione di Strasburgo 25 gennaio 1996, la decadenza dalla potestà dei due genitori, essendo manifesto il grave pregiudizio cui è esposta la minore, a rischio di aggravamento se la situazione non conoscesse una positiva evoluzione. Con la nomina del tutore sarà questo ad esercitare la potestà ed assumere ogni decisione occorrente alla educazione, istruzione, circa la salute della bambina, che rimarrà collocata presso la madre, ma trascorrerà giornate anche con il padre, tenuto al contributo di mantenimento”.

³² La pronuncia di decadenza dalla potestà dei genitori presuppone una condotta del genitore in contrasto con i doveri inerenti alla potestà o con abuso dei relativi poteri ed un grave pregiudizio per il figlio, quale conseguenza della condotta stessa. Gli interpreti, peraltro, sono soliti intendere il disposto dell'art. 330 c.c. in modo particolarmente ampio, come riprova la variegata giurisprudenza in materia.

³³ L'art. 333 c.c. contempla ipotesi meno gravi di quelle che giustificano la pronuncia di decadenza dalla potestà. La minor gravità può riferirsi tanto alla violazione dei doveri o all'abuso dei poteri genitoriali, quanto agli effetti pregiudizievoli che ne conseguono a carico del figlio. Identica comunque, a giudizio degli Autori, è la *ratio* degli artt. 330 e 333 c.c. vale a dire proteggere il minore da ogni obiettivo pregiudizio, al di fuori di una logica sanzionatoria per i genitori: A. BUCCIANTE, *La potestà dei genitori. Disciplina*, in *Tratt. Rescigno*, 4, III, Torino, 1982; L. FERRI, *Della potestà dei genitori*, in *Comm. Scialoja-Branca*, sub artt. 315-342, Bologna-Roma, 1988, 40; P. VERCELLONE, *La potestà dei genitori*, in *Tratt. Zatti*, II, Milano, 2002, 937.

³⁴ L'art. 317 c.c. individua, come è noto, i casi nei quali uno dei genitori versi nell'impossibilità di esercitare la potestà e disciplina l'effetto di siffatta impossibilità, quale, appunto, quello di concentrare *ipso iure* le facoltà ad essa inerenti in capo al genitore rimasto. A giudizio di chi si è interessato del profilo, la lontananza di cui discorre la disposizione si risolve nell'allontanamento dal domicilio coniugale dove vivono i figli con l'altro genitore, ed è rilevante indipendentemente dalla sua durata, purché sia tale da non consentire al genitore impedito di assumere decisioni urgenti sulla vita del minore. Cfr. L. FERRI, *Della potestà dei genitori*, cit., 42. L'incapacità rilevante, invece, è sia quella legale, sia quella naturale, come appuntano A. FINOCCHIARO ed M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia. Commento sistematico della l. 19.5.1975, n. 151*, Milano, 1984, II, 2020.



rinvenendo nelle vicende di decadenza dalla potestà per rifiuto del genitore o di entrambi di sottoporre il figlio a cure mediche o a vaccinazioni obbligatorie³⁵ o a trasfusioni³⁶ taluni dei suoi precedenti più illustri. Si tratta di casi limite, gravi, in grado di mettere a rischio la vita stessa del minore; casi che la drammaturgia, icasticamente, riassume nella figura del pastore Brand, il “profeta del tutto o niente”, dal carattere “inumanamente duro”, dell’omonimo dramma di Ibsen, che si rifiuta di salvare la vita del figlio morente, impedendone il trasferimento con la madre in un luogo dal clima più mite e più congeniale alla sua salute. L’“ineluttabilità comprensibile³⁷” della tragedia trova soluzione, nel diritto, attraverso l’intervento del giudice che compone il conflitto ovvero priva uno dei genitori o entrambi della potestà ovvero “attribuisce il potere di decisione a quello dei genitori che, nel singolo caso, ritiene più idoneo a curare l’interesse del figlio” (art. 316 c.c.).

La delicatezza degli interessi coinvolti, peraltro, se giustifica l’assenza di soluzioni precostituite, induce, al tempo stesso, a dubitare della possibilità per il giudice di avvalersi in presenza di un rifiuto alle cure, dei tradizionali strumenti previsti per le situazioni di carattere patrimoniale, quali, ad esempio, la nomina di un curatore speciale (v. art. 321 c.c.). La lettura combinata della disposizione con il precedente art. 320 c.c. suggerisce, infatti, di prediligere le più duttili maglie dell’art. 333 c.c., che, rimettendo ogni valutazione al prudente apprezzamento del giudice, consente di individuare il “rimedio” maggiormente aderente alle peculiarità del caso concreto³⁸.

Né a conclusioni dissimili è dato pervenire nella distinta, ancorché simile, eventualità del diniego alle emotrasfusioni al minore da parte dei genitori testimoni di

³⁵ Si legga, ad esempio, Cass. civ., 26 giugno 2006, n. 14747, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 6, a giudizio della quale: “In tema di vaccinazioni obbligatorie è onere dei genitori, cui con ordinanza ingiunzione sia stata inflitta la sanzione amministrativa per avere omesso di sottoporre la propria figlia minore a detta vaccinazione, fornire la prova che essa in tal caso avrebbe potuto correre dei rischi. È infatti principio che il genitore che intende tutelare la salute del minore non può semplicemente contrastare – per propria convinzione o per ignoranza – l’obbligo stabilito dalla legge, ma deve indicare le ragioni specifiche che rendono, nel proprio caso, sconsigliata o pericolosa la vaccinazione e allegare la prova, da un lato, della sussistenza, quantomeno fondatamente putativa, di specifiche controindicazioni e, dall’altro, dell’indifferenza della struttura sanitaria in occasione del contatto”. Nello stesso senso già Cass. civ., 8 luglio 2005, n. 14384, in *Riv. it. med. leg.*, 2006, 1, 227 ss.; Cass. civ., 18 luglio 2003, n. 11226, in *Ragiusan*, 2004, 251 ss.

³⁶ Significativamente Cass. civ., 13 agosto 1999, n. 8633, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 1806, ha stabilito la decadenza dalla potestà di entrambi i genitori e l’obbligo in capo all’istituto di cure affidatario della minore di applicarle tutte le cure mediche necessarie.

³⁷ Parla di “ineluttabilità comprensibile” in relazione all’Antigone J.S. BRUNER, *La fabbrica delle storie*, Bari, 2002, 104.

³⁸ Cfr., in merito, Trib. Milano, 18 gennaio 2008, in *Giustizia a Milano*, 2008, 1, 2.



Geova. L'abbandono di ogni automatismo che faccia discendere dal rifiuto la decadenza o la sospensione dalla potestà non consegue tanto alla considerazione del rilievo costituzionale che assumono le motivazioni di ordine religioso³⁹ sottese al mancato consenso, quanto alla inopportunità ed illegittimità di provvedimenti ablativi o limitativi in presenza di un condotta del genitore con i caratteri della temporaneità e della non definitività⁴⁰. L'abuso dei poteri connessi alla potestà suppone, infatti un esercizio deviato dei poteri in cui essa si sostanzia che perduri "nel tempo in modo in equivoco"⁴¹, quale solo presupposto che giustifica il ricorso all'art. 330 ovvero all'art. 333 c.c.⁴².

Ma vi è di più. L'impossibilità di definire *a priori* la soluzione di diritto, unita alla mancanza di efficaci strumenti di pubblicità della stessa, spiega la difficoltà del medico o del personale sanitario di accertare l'effettiva legittimazione del genitore a decidere in ordine alle cure quante volte il consenso sia espresso in assenza dell'altro genitore. Si tratta, peraltro, di eventualità che non necessariamente presuppongono un substrato patologico ma che ben

³⁹ Tanto è vero che a giudizio di Corte assise App. Cagliari, 13 dicembre 1982, in *Giur. merito*, 1983, 961, "integra l'attenuante di cui all'art. 62 n. 1 c.p. (avere agito per motivi di particolare valore morale e sociale) la condotta, costituente reato, posta in essere per ottemperare ad un precetto della propria religione". Nella specie si dibatteva, appunto, della vicenda di due genitori, testimoni di Geova, che non avevano fatto sottoporre, con regolarità e sistematicità la propria figlia, affetta da talassemia omozigote, a periodiche trasfusioni di sangue, sì che la minore era deceduta ed i genitori stessi ritenuti responsabili di omicidio.

⁴⁰ Cfr. App. Ancona, 26 marzo 1999, in *Dir. famiglia*, 1999, 659, per la quale "ritenuto che la discrezionalità nell'esercizio della potestà parentale comprende anche la scelta delle terapie da prodigare al figlio gravissimamente malato, e ritenuto, altresì, che l'abuso dei poteri connessi alla potestà postula un esercizio deviato dai fini per i quali i poteri sono attribuiti, è inopportuna ed illegittima l'adozione, ex art. 330 e 333 c.c., di misure ablativo o limitative della potestà parentale, qualora i genitori, oppostisi in un primo tempo e per brevissimo periodo, quali i testimoni di Geova, ad eventuali trattamenti trasfusionali di sangue in favore del figlio, affetto da patologia tumorale ad alto grado di malignità e velocità, sottopongono poi il minore alle cure anticancerose tradizionali di cui al «protocollo» della medicina ufficiale, e, successivamente, dopo un fugace, brevissimo contatto terapeutico con un guaritore empirico straniero, intendano – allo scopo d'evitare al figlio (di costituzione fragile e cagionevole, affetto sovente da disturbi asmatici ed allergici e da tonsilliti, ed assai provato, fisicamente e psicologicamente, dalle cure tradizionali e dalla consapevolezza del male che lo minava) l'amputazione di un arto (una gamba), ritenuta inevitabile e non differibile secondo la medicina tradizionale – fare ricorso alla c.d. multiterapia Di Bella, pur mantenendo con i sanitari dell'istituto bolognese Rizzoli gli opportuni contatti: non può, invero, considerarsi abuso della potestà il ricorso a terapie mediche alternative non ancora recepite dalla medicina ufficiale, allorché quest'ultima prospetti, malgrado l'intervento chirurgico ed il proseguimento delle terapie tradizionali, una prognosi entro breve termine quasi sicuramente infausta".

⁴¹ Così, ancora, App. Ancona, 26 marzo 1999, *cit.*, 670.

⁴² Non va, comunque, dimenticato che l'esercizio della libertà religiosa o il rispetto delle tradizioni non può tradursi in un sacrificio di diritti di rilievo costituzionale quali l'integrità fisica, la salute, la dignità della persona. In dottrina, S. LARIZZA, *Il diritto alla salute del minore: profili penalistici*, in *Trattato di biodiritto*, *cit.*, 474.



potrebbero rispondere alle normali logiche della vita familiare, per effetto delle quali il singolo genitore si trovi ad attuare da solo all'esterno la decisione congiunta.

Al riguardo, opportunamente, taluno distingue le situazioni in relazione al grado di urgenza o di emergenza che le connota⁴³, giacché unicamente con riguardo alle seconde si può giustificare un immediato intervento del professionista, senza che alcun rilievo assuma la verifica della possibile assenza di legittimazione del genitore. Per quanto attiene ai casi di urgenza, invece, “il personale sanitario deve bilanciare i *pro* e i *contro*, e quindi valutare quanto tempo occorrerebbe per sentire l'altro genitore, quali sono il grado di invasività e di pericolosità che comporta l'intervento, quanto gravi sarebbero la sofferenza e i rischi derivanti al minore dal suo rinvio a un momento successivo onde acquisire il secondo consenso⁴⁴”. Restano, sullo sfondo, le situazioni in cui non si profili né urgenza né emergenza, rispetto alle quali è solo il richiamo al principio dell'*apparenza di procura*, unito alla buona fede, ad esimere da qualsivoglia responsabilità il medico nei confronti del genitore non presente.

Il discorso è destinato a complicarsi nell'ipotesi peculiare quanto delicata contemplata dall'art. 155, terzo comma, c.c. che, nell'intento di disciplinare l'esercizio della potestà in sede di separazione, lo conferma in capo ad entrambi i genitori con la precisazione, tuttavia, che “le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione e alla *salute* sono assunte di *comune accordo* tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli”. Non più, dunque, come sotto il vigore dell'abrogato art. 155 c.c., l'uso della sola formula generica di “decisioni di maggiore interesse”⁴⁵; ma il richiamo preciso e mirato, ancorché non esaustivo, a profili essenziali della persona⁴⁶.

⁴³ L. LENTI, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da Rodotà, Zatti, Milano, 2011, 432 ss.

⁴⁴ Sono, ancora, parole di L. LENTI, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni*, cit., 436, il quale adduce come esempio l'ipotesi, assai frequente, in cui il bambino sia portato in pronto soccorso da uno solo dei genitori, mentre l'altro non sia presente e non risulti raggiungibile telefonicamente.

⁴⁵ Per una esemplificazione della categoria cfr. A. FINOCCHIARO, M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia. Legislazione. Giurisprudenza*, Milano, 1988, 482, che, richiamandosi alle decisioni giurisprudenziali, evidenziano l'importanza delle scelte concernenti l'istruzione (nella specie la scelta dell'inserimento delle minori nella stessa classe o in classi diverse) e la conseguente necessità che siano adottate di comune accordo da parte di entrambi i genitori. Sul punto, peraltro, si veda Trib. Roma, 28 agosto 2007, in *Giur. merito*, 2008, 7-8, 1936. Sotto il vigore della pregressa disciplina, si legga anche Trib. Brindisi, 11 gennaio 2001, in *Giur. merito*, 2001, 327 ss., il quale indica, in via non esaustiva, alcune decisioni da considerare di “maggiore interesse”: “entrambi i genitori debbono attivamente partecipare alle principali scelte di vita del minore, si debbono preventivamente consultare al fine di concordare dette scelte e, in caso di disaccordo, debbono necessariamente rivolgersi al



Le difficoltà, nella specie, sono accentuate dalla probabile conflittualità tra *ex coniugi* o comunque tra genitori (cfr. art. 4 l. n. 54/2006) ai quali la norma richiede, ugualmente, di decidere d'intesa circa la salute del minore⁴⁷.

La premessa dalla quale muove il legislatore è quella secondo cui “il fallimento di due individui come coppia non comporta necessariamente il loro fallimento come genitori⁴⁸” i quali, pertanto, in nome del *prioritario* interesse della prole, devono co-decidere le scelte mediche “tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli” (art. 155, comma 3, c.c.).

4. L'altro osservatorio privilegiato di indagine è, allora, quello del minore.

Vero è che quando si discorre del suo potere di autodeterminazione, specie in relazione alle cure mediche, non si può prescindere dalla considerazione delle differenti condizioni in cui si declina la minore età. L'evoluzione del bambino avviene, infatti, per stadi “la cui successione può essere accelerata ma non soppressa⁴⁹”. Altro è, così, 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. Non si vuol certo riproporre per tale via la partizione tra *petits enfants* e *grands*

giudice (della separazione se ancora in atto oppure al giudice tutelare) per dirimere le stesse senza alcuna prevaricazione dell'uno sull'altra; a titolo meramente esemplificativo, per principali scelte di vita può intendersi, *in primis* la scelta della residenza o del domicilio della minore che va necessariamente concordata in via preventiva tra gli stessi coniugi, con espresso divieto per la *madre* (n.d.r.) di mutarla senza il preventivo consenso dell'altro coniuge; nel campo sanitario, la scelta del pediatra di base, del medico o di eventuali specialisti e delle eventuali cure sanitarie necessarie; nel settore scolastico la scelta della scuola; nel campo sociale la frequentazione di eventuali attività extra-scolastiche, etc.; è evidente, però, che la minore deve essere autorizzata a vivere stabilmente con l'uno o l'altro dei genitori per un suo sereno ed armonico sviluppo”.

⁴⁶ La disposizione, calata nello spirito che anima la novellazione dell'affidamento, ha inteso individuare, a titolo esemplificativo e non ostativo, le tre principali macroaree che caratterizzano la crescita dei minori e che, giammai, data la loro importanza, devono essere sottratte alla deliberazione comune dei genitori. Sul punto, G. SALITO, *Affidamento condiviso ed esercizio della potestà*, cit., 52 ss.

⁴⁷ In argomento, da ultimo, Cass. civ., 1 ottobre 2012, n. 16664, in *Dir. fam.*, 2013, 1, 71, ancorché dettata con riguardo al profilo del mantenimento, per la quale “in tema di spese per il mantenimento dei figli vanno considerate straordinarie le spese, assai spesso ingenti, dipendenti da situazioni, scelte, o fatti di carattere eccezionale, mentre sono ordinarie le spese relative al loro mantenimento, alle loro cure ordinarie ed alla loro istruzione, mentre a tale categoria non appartengono le spese conseguenti ad eventi eccezionali della loro vita, con particolare riferimento alla salute”.

⁴⁸ Secondo quanto afferma M.L. MISSAGGIA, *L'affido condiviso è legge*, in *Riv. dir. e giur.*, 2006, 13.

⁴⁹ J. PIAGET, *Le scienze dell'Uomo*, Roma-Bari, 1973, 28 ss.



*enfants*⁵⁰, tanto cara alla dottrina d'oltralpe⁵¹ ed espressione della convinzione secondo cui la “capacità” debba essere ancorata alla fissazione di precisi limiti di età (inferiore ai diciotto anni), in una sorta di automatismo che leghi la possibilità di espressione e di ascolto al raggiungimento di una determinata età⁵². Ben noti sono, infatti, gli inconvenienti di un “semplice spostamento” della fascia di età⁵³, laddove, invece, maggiori risultati conseguono al rifiuto di ogni classificazione e ghetizzazione della persona.

Nondimeno, è innegabile che anche la minore età conosca fasi e momenti che possono indurre ad escludere o, *ex adverso*, a riconoscere la capacità di discernimento del soggetto, quale criterio in grado di legittimarne una partecipazione attiva e consapevole alle decisioni che ne concernono la sfera giuridica⁵⁴. “A differenza del bambino” – scriveva Kant – “il fanciullo conosce la presenza sempre più viva della ragione. Non è solo «natura»,

⁵⁰ In argomento, tra i primi, F. GIARDINA, *I rapporti personali tra genitori e figli alla luce del nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. trim. dir. civ.*, 1977, 1382 ss.

⁵¹ In Italia, peraltro, già nel parere del Comitato Nazionale di Bioetica emerge l'indicazione alla categoria dei grandi minori quali suscettibili di autonomo consenso. Cfr. Comitato Nazionale di Bioetica, *Informazione e consenso all'atto medico*, 20 giugno 1992, sub 16, 34.

⁵² Notevole interesse, invece, può suscitare l'introduzione della tematica del rapporto. Il riferimento, peraltro, non è soltanto al rapporto educativo di cui vengono esaminati, con ampia e documentata indagine, i termini di una dialettica che si svolge tra autoeducazione ed etero-educazione. Ma il complesso rapporto genitori e figli non è costituito soltanto dalla vicenda educativa, ma comprende una serie estesa di poteri, di diritti, di obblighi, di doveri si pensi, ad esempio, al mantenimento da parte dei genitori, all'obbligo di contribuzione del figlio e così via. L'inserimento del rapporto, nel suo profilo strutturale, come relazione tra situazioni giuridiche soggettive e in quello funzionale come regolamento di interessi, conduce ad alcune precisazioni. Il rapporto tra genitori e figli non può essere costruito esclusivamente come contrapposizione, ma esso è anche collegamento tra le situazioni giuridiche che lo compongono. Il contrasto o collegamento non avviene tra diritti, ma tra situazioni giuridiche soggettive complesse. Lo stesso contenuto di tale rapporto non risulta fisso ed immutabile, ma cambia e si evolve con le mutate esigenze del minore anche in collegamento con il procedere dell'età. In questa visione il contenuto dell'educazione di deve ispirare a criteri desunti dai principi costituzionali, primo fra tutti quello del rispetto della dignità della persona umana e dell'integrale sviluppo della persona del minore.

⁵³ Sia, in tal senso, consentito il rinvio a P. STANZIONE, G. SCIANCALEPORE, *Minori e diritti fondamentali*, Padova, 2006, 18 ss.

⁵⁴ Si pensi così all'art. 145 c.c., ad esempio, che lega anche alla determinazione dei “figli conviventi che abbiano compiuto il sedicesimo anno” la risoluzione del disaccordo tra i genitori ovvero all'art. 155 *sexies* c.c. che fa dipendere le decisioni circa l'affidamento, altresì, dall'audizione “del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento” ovvero, ancora, all'art. 315 *bis* c.c. che prescrive al minore concorrere al mantenimento. E le esemplificazioni potrebbero continuare sol che si rifletta sulla lettera del più volte menzionato art. 147 o degli artt. 250, 252, 284, comma 1, n. 4), c.c. V. P. STANZIONE, *Il diritto all'educazione del minore*, su www.comparazionedirittocivile.it, 2013, 3.



ma «natura» e «ragione»⁵⁵». E', dunque, il manifestarsi di una capacità di discernimento – da valutare non già secondo modelli astratti, bensì secondo un parametro medio di sviluppo del minore⁵⁶ – che consente di ridefinire l'atteggiarsi del legame genitori-figli e di assicurare, in sintonia con i valori e le regole dell'ordinamento, il rispetto delle abilità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni dei figli.

L'accertata maturità di giudizio della prole restringe, in altri termini, le aree di eterodeterminazione e restituisce al suo titolare il diritto di partecipare alle scelte esistenziali che lo riguardano ovvero di assumerle personalmente⁵⁷. Il punto di equilibrio tra le prerogative del minore dotato di discernimento⁵⁸ e quelle dei genitori deve essere, allora, fissato attraverso il richiamo alle regole ed ai principi generali. Il sillogismo che relega la minore età in una condizione di completa incapacità e che, *prima facie*, legittima l'agire del medico solo sulla base del consenso manifestato in nome e per conto del figlio dai legali rappresentanti (artt. 2 e 320 c.c.) deve cioè essere superato per effetto di una rilettura costituzionalmente orientata del sistema, cui si combini la considerazione del preciso dettato di norme e convenzioni internazionali e deontologiche che impongono di giudicare l'opinione del minore “come fattore sempre più determinante” (art. 6, comma 2,

⁵⁵ Il pensiero è di E. KANT espresso nella sua *Pedagogia*. L'opera, tuttavia, come è noto, non è stata scritta di pugno dall'insigne pensatore, ma si risolve in una raccolta di «appunti» di un suo scolaro e ammiratore, Friedrich Theodor Rink.

⁵⁶ App. min. Bologna, 27 gennaio 1982, in *Giur. merito*, 1983, 1219 ss.

⁵⁷ Significativamente l'art. 12 della Convenzione O.N.U. sui diritti del fanciullo del 1989 stabilisce che al minore “*capace di discernimento*” deve essere garantito il diritto di esprimere liberamente “la sua opinione su ogni questione che lo interessa”. L'assunto torna puntuale nella Convenzione di Strasburgo del 2003 e nella Carta dei diritti fondamentali della Unione Europea. Peraltro, all'interno del nostro ordinamento, la valutazione del grado di maturità del minore ed il rispetto delle sue decisioni, nella fase fisiologica dello svolgimento della vita familiare, è rimessa, in via prevalente ancorché non esclusiva, ai genitori. Nella fase patologica del vincolo familiare, invece, la tutela delle prerogative della prole compete al giudice. In argomento, con particolare riferimento all'art. 147 c.c. v.si *amplius* A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 39.

⁵⁸ Del resto, se si pensa alle situazioni giuridiche soggettive personali che riguardano le scelte attinenti strettamente alla persona ed al suo sviluppo, è agevole comprendere come non abbia motivo di esistere la distinzione tra titolarità del diritto ed il suo esercizio né la suddivisione degli individui in classi di età. La persona, infatti, in quanto valore, va tutelata nella sua dignità e nella sua unitarietà e, pertanto, non tollera limitazioni d'età. Il concetto di capacità, in quest'ottica, perde la sua valenza monolitica per divenire dinamico, sfaccettato, suscettibile di gradazioni, nel rispetto dei diritti costituzionali. per una diffusa trattazione sia consentito rinviare a P. STANZIONE, *Capacità e minore nella problematica della persona umana*, cit., 29 e ss.



Convenzione di Oviedo)⁵⁹ o che gravano il medico, compatibilmente con l'età e con la maturità del soggetto, del dovere di “dare adeguate informazioni al minore e di tenere conto della sua volontà” (art. 38, comma 2, cod. deont. med.)⁶⁰. La capacità naturale necessaria per esprimere un valido consenso non è, infatti, “necessariamente la maggiore età, che corrisponde appunto alla capacità legale, bensì una maturità sufficiente a comprendere la natura e le conseguenze del trattamento sanitario⁶¹”.

“Un breve interludio di orto semantica” disvela, del resto, come la stessa parola *consenso* assuma in campo medico sanitario un significato ben distinto da quello normalmente ad essa ascritto di accordo⁶², tale cioè da ridurre la diffidenza dottrinale ed il rigore normativo nella definizione della capacità da riconoscere al minore al di fuori della materia contrattuale. In ambito sanitario, infatti, il consenso è tecnicamente “un assenso, cioè un atto di volontà che rimane caratterizzato dalla sua unilateralità e che dunque non va mai a coniugarsi con un'altra volontà in un accordo⁶³”. Per tale ragione esso non crea un vincolo ma costituisce soltanto un'autorizzazione di cui il medico o la struttura sanitaria ha bisogno per potere agire sul paziente⁶⁴.

E' necessario, così, scindere il consenso al contratto di cura da quello alle cure, giacché unicamente il primo, in quanto elemento perfezionativo, appunto, di un contratto, implica, il ricorso ai meccanismi sostitutivi dell'art. 320 c.c. Diversamente, il secondo, in presenza di una comprovata capacità di discernimento del paziente minore di età, non può dirsi compiutamente espresso senza che questi sia stato informato ed ascoltato o, in determinate circostanze, coinvolto. I dubbi concernono, semmai, le modalità ed i criteri attraverso i quali, in assenza di un parametro certo quale la maggiore età, il medico possa

⁵⁹ Significativamente, la Convenzione di Oviedo, dopo aver statuito che “qualora secondo la legge un minore non abbia la capacità di dare il consenso a un intervento, questo non può essere effettuato senza l'autorizzazione del suo rappresentante, di un'autorità, di una persona o di un'istanza indicata dalla legge”, precisa che l'opinione del minore deve essere “presa in considerazione come fattore sempre più determinante” (art. 6, comma 2).

⁶⁰ Può citarsi, altresì, il codice deontologico dell'infermiere che all'art. 31 stabilisce che questi “si adopera affinché sia presa in considerazione l'opinione del minore rispetto alle scelte assistenziali, diagnostico-terapeutiche e sperimentali, tenuto conto dell'età e del suo grado di maturità”.

⁶¹ A. FIORI, *Il consenso nel trattamento dei pazienti minori od incapaci*, in *Med. leg. resp. medica*, Milano, 135, 1999, 13 ss.

⁶² In argomento, G. SALITO, *Autodeterminazione e cure mediche. Il testamento biologico*, Torino, 2012, *passim*.

⁶³ Così C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, cit., p. 1038.

⁶⁴ In argomento, ancora, G. SALITO, *Autodeterminazione e cure mediche. Il testamento biologico*, cit., 64 ss. e l'ampia bibliografia *ivi* citata.



essere sicuro della maturità di giudizio del minore⁶⁵, onde informarlo delle sue condizioni di salute ed acquisirne le relative determinazioni in via esclusiva o previo assenso del legale rappresentante⁶⁶.

Il legislatore offre indicazioni con riguardo all'ascolto in sede processuale mentre affida a poche, specifiche ipotesi la disciplina del potere di autodeterminazione del minore e dei suoi limiti, come nel caso della l. n. 194/1978 sull'interruzione della gravidanza il cui art. 2, comma 3, prevede, ad esempio, la possibilità per la donna minore di età di rivolgersi ai consultori familiari ed ottenere, anche all'insaputa dei genitori, la prescrizione di farmaci contraccettivi che necessitano del controllo medico. Più significativamente, l'art. 12 l. n. 194/1978, dopo avere ribadito che se la donna è di età inferiore agli anni diciotto, per l'interruzione volontaria della gravidanza, occorre l'assenso di chi esercita sulla donna stessa la potestà o la tutela, precisa, che, "tuttavia, nei primi novanta giorni, quando vi siano seri motivi che impediscano o sconsiglino la consultazione delle persone esercenti la potestà o la tutela, oppure queste, interpellate, rifiutino il loro assenso o esprimano pareri tra loro difformi", il consultorio o la struttura socio-sanitaria, o il medico di fiducia, espletati gli adempimenti di legge, possono rivolgersi al giudice tutelare, il quale, "sentita la donna e

⁶⁵ Peraltro, in diritto penale, il concetto di capacità, identificato in quello di maturità, è stato progressivamente disancorato da parametri puramente medici e psicologici. Si è così giudicato "maturo" il minore "sano di mente, psicologicamente equilibrato, che ha acquistato un complesso di valori idonei a determinare socialmente il suo comportamento, che sa interiorizzare e far proprio il senso di un ordine o divieto, capace di autocontrollo in ordine ad una certa situazione come se fosse già un diciottenne": P. BARSOTTI, M. CALCAGNO, F. VERCELLONE, *Sull'imputabilità dei minori tra 14 e 18 anni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 1232 ss.

⁶⁶ In merito alle modalità di ascolto del minore la legge non detta disposizioni specifiche alla materia sanitaria. Le sole concrete indicazioni attengono al momento, distinto, dell'ascolto del minore in relazione ai procedimenti riguardanti la famiglia ed, in particolare, la crisi della famiglia, ambito rispetto al quale i riferimenti normativi si rivela, peraltro, molteplici: dalla Convenzione sui diritti del fanciullo (firmata a New York il 2° novembre 1989, di cui si segnala, in particolare, l'art. 12), a quella europea sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento (firmata a Lussemburgo del 20 maggio 1980), a quella sulla sottrazione internazionale di minori (firmata all'Aja il 25 ottobre 1980), a quella ancora sull'esercizio dei diritti dei fanciulli (firmata a Strasburgo il 25 gennaio 1996), fino alle disposizioni del codice civile. Il pensiero corre subito all'art. 145 c.c., ovvero all'art. 250 c.c. o all'art. 316 c.c., nonché da ultimo, stante la sua più recente introduzione, all'art. 155 *sexies* c.c., che impone come obbligatoria e non più come rimessa alla discrezionalità del giudice l'audizione del minore nei giudizi concernenti lo scioglimento, l'annullamento, la cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché la semplice separazione personale. *File rouge* delle diverse disposizioni è la cura del minore ed il perseguimento del suo interesse, quali fini ultimi di procedimenti strutturati sulla necessità di informarlo, di tranquillizzarlo, di assisterlo, di ascoltarlo. In argomento, per tutti, O. LANZARA, *L'avvocato del minore*, in *Dir. fam. e pers.*, 2010, 981 ss.



tenuto conto della sua volontà, delle ragioni che adduce e della relazione trasmessagli, può autorizzare la donna, con atto non soggetto a reclamo, a decidere la interruzione della gravidanza”⁶⁷.

Il giudice tutelare, a sua volta, nel rilasciare l’autorizzazione “non ha alcuna facoltà decisionale né potestà codecisionale”, ma deve attenersi – ricorrendo i presupposti di legge – alla volontà manifestata dalla minorenni, la quale ne è altresì l’unica responsabile. Egli, pertanto, “può negare l’autorizzazione soltanto ove escluda che l’interessata sia consapevole delle conseguenze della propria decisione o non si trovi in una situazione di piena libertà morale”⁶⁸.

Nello stesso senso, il d.p.r. n. 309/90 legittima il minore che faccia uso di sostanze stupefacenti a richiedere *personalmente* al servizio pubblico per le tossicodipendenze o ad una struttura privata autorizzata di essere sottoposto ad accertamenti diagnostici e di eseguire un programma terapeutico e socio-riabilitativo (art. 120). Ed ancora: la l. n. 135/90 garantisce al minore la riservatezza assoluta sui risultati delle analisi relativi ad HIV e sieropositività (art. 5). A sua volta, il d.lgs. n. 211/2003 subordina la sperimentazione terapeutica al consenso del legale rappresentante che deve “comunque rispecchiare la volontà del minore” (art. 4).

Significativi spunti di riflessione si traggono poi dalla l. n. 164/82, che si prefigge di assicurare protezione normativa ai transessuali⁶⁹ e “consentire l’affermazione della loro personalità e in tal modo aiutarli a superare l’isolamento, l’ostilità, l’umiliazione che troppo spesso li accompagna nella loro esistenza, nell’alveo di una civiltà giuridica in evoluzione sempre più attenta ai valori di libertà e dignità della persona umana di cui ricerca la tutela anche nelle situazioni minoritarie ed anomale”⁷⁰.

⁶⁷ In particolare, prosegue la norma, “qualora il medico accerti l’urgenza dell’intervento a causa di un grave pericolo per la salute della minore di diciotto anni, indipendentemente dall’assenso di chi esercita la potestà o la tutela e senza adire il giudice tutelare, certifica l’esistenza delle condizioni che giustificano l’interruzione della gravidanza. Tale certificazione costituisce titolo per ottenere in via d’urgenza l’intervento e, se necessario, il ricovero”.

⁶⁸ Corte cost., 19 luglio 2012, n. 196, in *Giust. civ.*, 2013, 7-8, I, 1343 ss. Parimenti, nel caso di interruzione volontaria della gravidanza dopo i primi 90 giorni giustificata da un grave pericolo per la vita o per la salute fisica o psichica della donna, la minore di età gode di piena autonomia nelle scelte dirette a tutelare la propria salute, senza che occorra alcuna autorizzazione del giudice tutelare: Trib. Catania, 7 novembre 2002, in *Foro it.*, 2003, I, 3203.

⁶⁹ Sia consentito in argomento il rinvio a P. STANZIONE, *Transessualità*, in *Enc. dir.*, Milano, 1992, 874.

⁷⁰ Come chiariscono M. BESSONE, G. FERRANDO, voce *Persona fisica*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 193 ss.



Sebbene la legge discorra indistintamente di “persona”, l’assenza di disposizioni specificamente dedicate al minore solleva il dubbio circa la possibilità per lo stesso di cambiare sesso qualora affetto da “disturbo di identità di genere”⁷¹ e lascia impregiudicata la questione circa il ruolo da ascrivere alla sua volontà ed, *ex altera parte*, a quella dei genitori. La risposta al dubbio implica la preliminare risoluzione di un altro interrogativo, quello, vale a dire, della natura personalissima oppur no del diritto all’identità sessuale⁷², dal momento che ove si propenda per la prima delle suggerite ricostruzioni (diritto personalissimo, appunto) si è poi costretti a negare ogni legittimazione del genitore e, di conseguenza, trattandosi di intervento chirurgico, ogni possibilità di ricorrervi per il minore⁷³.

Il diritto all’identità sessuale e la modifica dei caratteri sessuali sono espressione del più generale diritto alla salute⁷⁴. In quanto tali, essi possono essere esercitati dal legale rappresentante, il cui consenso presuppone un’attenta valutazione della volontà del minore e delle sue ragioni. Una volta ammesso, del resto, che il minore è persona al pari dell’adulto, non vi è motivo o argomento per negargli prerogative e diritti riconosciuti a chi abbia superato la maggiore età: vi osta, altresì, il divieto di discriminazione (cfr. art. 14 CEDU) nonché il chiaro principio di eguaglianza posto dall’art. 3 cost. Di guisa che, a ben vedere, se le coordinate lungo le quali si muove l’agire dei genitori sono rappresentate dal superiore interesse del minore da un lato, e dall’esigenza di assicurarne il pieno ed armonico sviluppo dall’altro, il quesito circa la legittimazione dei legali rappresentanti è destinato a rivelarsi un “falso problema”⁷⁵.

Ben più spinosa si presenta, invece, l’indagine in ordine alle due distinte fattispecie dell’art. 155 *quinquies* c.c. e dell’art. 28 l. n. 184/1983, in relazione alle quali la salute assurge

⁷¹ Sul punto, Trib. Roma, 11 marzo 2011, in *Fam. e dir.*, 2012, 499 ss.

⁷² Le problematiche concernenti i diritti della personalità, tra i quali si ritiene di poter annoverare oggi il diritto all’identità sessuale, ed il loro oggetto è stata affrontata in maniera critica, tra i primi, da A. RAVÀ, *I diritti sulla propria persona nella scienza e nella filosofia del diritto*, Torino, 1901.

⁷³ In argomento, P. STANZIONE, *Sesso e genere nell’identità della persona*, su www.comparazionediritto civile.it, 2011, 1 ss. nonché in *Persona e diritto. Giornate di studio in onore di Alfredo Galasso*, a cura di Alessi, Mazzaresse, Mazzamuto, Milano, 2013, 11 ss. Il sesso, peraltro, lungi dal configurarsi giuridicamente e socialmente irrilevante, specie in una società come quella attuale tutta protesa verso la parificazione, connota a tal punto l’essere dell’individuo da (im)porsi in termini di prerogativa soggettiva meritevole di tutela in quanto avente ad oggetto l’affermazione dell’identità sessuale ossia “l’esigenza di vivere nella famiglia e nella società in modo corrispondente al sesso cui *egli* (n.d.r.) sente di appartenere”. In questi termini S. PATTI, *Transessualismo*, in *Dig. it., disc. priv.*, XIX, Torino, 1999, 416.

⁷⁴ V. anche Trib. Roma, 11 marzo 2011, cit., 499 ss.

⁷⁵ Secondo l’espressione di M.G. RUO, *Persone minori di età e cambiamento di identità sessuale*, in *Fam. e dir.*, 2012, 503.



ad elemento giustificativo di una singolare equiparazione della posizione del maggiore di età rispetto a quella del minore. La statuita limitazione del potere di autodeterminazione del maggiorenne si spiega, per l'esattezza, nel primo caso, alla luce della peculiare condizione in cui versa il soggetto, il quale, cioè, risulta affetto da “*handicap grave* ai sensi dell’art. 3 della l. 5 febbraio 1992, n. 104” e per il quale la norma stabilisce che si applichino “integralmente le disposizioni previste in favore dei figli minori”. Ma il rinvio è alle modalità dell’affidamento o si estende a tutte le ulteriori prescrizioni: la potestà, da prediligere, nella specie, alla tutela o ad altra misura di protezione prevista di regola per il maggiorenne incapace? Se si ammette una ultrattività delle disposizioni sulla potestà si può conseguentemente subordinare ogni decisione concernente la salute del figlio al comune accordo di entrambi i genitori. Diversamente si deve ritenere che la *cura* della persona resti affidata al tutore secondo il disposto dell’art. 357 c.c. (per effetto del rinvio dell’art. 424 c.c.) ovvero all’amministratore di sostegno secondo le modalità ed i limiti che il giudice tutelare riterrà di fissare (art. 405 c.c.).

Per quanto concerne l’art. 28 l. n. 183/1984, come modificato dalla l. n. 149/2001, la sostanziale parificazione del maggiore tra i 18 ed i 25 anni di età al minore, almeno sul piano procedurale, si realizza, invece, in occasione di attuazione del diritto dell’adottato di conoscere le proprie origini. Durante la minore età, le informazioni relative all’identità dei genitori biologici possono essere fornite ai genitori adottivi, su autorizzazione del Tribunale per i Minorenni, solo se sussistono gravi e comprovati motivi⁷⁶; mentre tra i 18 ed i 25 anni possono essere rilasciate solo ove i detti gravi e comprovati motivi attengano *espressamente* alla salute psico-fisica dell’adottato. A sorprendere non è tanto la competenza del Tribunale

⁷⁶ “I gravi e comprovati motivi dovrebbero riferirsi al minore: la norma, posta al IV comma, per cui l’informazione deve essere preceduta e accompagnata da adeguata preparazione e assistenza del minore rivela infatti che la domanda di accesso è funzionale alla successiva comunicazione dei dati al figlio minore, che è il reale portatore dell’interesse conoscitivo. Qui affiora una prima criticità: la normativa italiana tradisce i vincoli internazionali, alla stregua dei quali già al minore è riconosciuto, sia pur nei limiti del possibile, il diritto di conoscere i propri genitori (Convenzione di New York del 1989, art. 7), ferma la necessità di una «guida appropriata» nell’apprendimento delle informazioni (così la Convenzione europea sull’adozione del 2008, art. 22). Probabilmente meglio sarebbe stato sancire un diritto all’accesso già durante la minore età, almeno sulla base di quella capacità di discernimento che la stessa legge sull’adozione fortemente valorizza, subordinando semmai il diniego dell’accesso a gravi e comprovati motivi: insomma, l’opposto di come si è previsto”: in questi termini A. RENDA, *Alla ricerca delle proprie origini. Innovazioni di principio e problemi applicativi nell’art. 28 Legge adozione*, in *Avvocati di famiglia*, 2008, 9 ss.



per i minorenni in relazione ad un maggiorenne⁷⁷, quanto la circostanza che a venire in rilievo sia una sorta di “diritto condizionato, anziché pieno”. Il vero oggetto di protezione, così, non risulta essere, nella specie, l'identità personale, quanto, appunto, la salute, secondo un meccanismo di tutela che determina in capo all'infraventicinquenne una vera e propria incapacità giuridica speciale ed a termine, che lo rende una sorta di “maggiorenne minorato”. Soluzione, quest'ultima, in evidente contrasto con la lettura che si è inteso dare del sistema alla luce dei valori costituzionali.

5. Il riconoscimento del minore quale persona al pari dell'adulto impone il superamento di logiche legate al dato formale dell'età quale *discrimen* tra la capacità piena e l'incapacità a tutto vantaggio di una diversa considerazione del suo ruolo all'interno dell'ordinamento: non più oggetto di tutela, ma soggetto attivo, protagonista delle scelte che attengono alla sua sfera esistenziale e, per quanto qui d'interesse, alla sua salute, nella veste ora di co-decisore ora di decisore unico, come nei ricordati casi dell'interruzione volontaria della gravidanza e della tossicodipendenza. Il catalogo dei diritti che gli si devono riconoscere è destinato, pertanto, ad essere quanto mai ampio ed a trascorrere dal diritto di essere informato, secondo modalità di comunicazione che tengano conto dell'età, della maturità, del livello culturale; a quello di essere ascoltato; a quello, ancora, di scegliere rispetto a sé medesimo, nella misura prevista dalla legge, dalle Convenzioni internazionali, dai principi generali, dai codici etici.

Certo, «autodeterminazione» è concetto forte, che rinvia con immediatezza alla fonte soggettiva del potere di determinazione⁷⁸: come tale, esso presuppone l'intelligente autovincolarsi dell'individuo di cui discorre anche Habermas⁷⁹. Di qui la necessità che il minore sia dotato di comprensione ovvero di quella maturità o ragione kantianamente intesa

⁷⁷ Competenza – scrive ancora A. RENDA, *Alla ricerca delle proprie origini. Innovazioni di principio e problemi applicativi nell'art. 28 Legge adozione*, cit., 10 ss. – che “si giustifica non in ragione dell'età dell'istante ma per correlazione dell'oggetto della domanda all'adozione di minori”.

⁷⁸ Per una prima definizione del principio di autodeterminazione, P. STANZIONE, B. TROISI, *Principi generali del diritto civile*, Torino, 2011, p. 8.

⁷⁹ J. HABERMAS, *Solidarietà tra estranei. Interventi su «Fatti e norme»*, Milano, 1997, p. 92, si avvale dell'espressione per sottolineare la somiglianza strutturale della legislazione politica con l'autodeterminazione morale. Sul concetto dialettico dell'io che si declina in una pluralità di condizioni rese dal ricorso a diverse aggettivazioni (io sociale, io comunitario, io emancipato, io autonomo e via enumerando) v. ID., *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus*, Roma, 1976, trad. it., p. 5 ss. La nota è tratta da G. SALITO, *Autodeterminazione e cure mediche. Il testamento biologico*, cit., 13.



che restituisca consapevolezza alle sue decisioni ed impedisca alla manifestazione dei suoi interessi di essere espressione di mero arbitrio o di capriccio⁸⁰.

La vera rivoluzione nella storia della minore età si riassume, allora, nella “capacità di discernimento”, quale nozione dapprima vagheggiata ed auspicata dai giuristi più sensibili e, quindi, sempre più incisivamente richiesta e disciplinata dallo stesso legislatore (si pensi all’art. 155 *sexies* c.c. o al riformulato art. 250 c.c., per restare alla lettera del codice). Solo per tale via, infatti, l’*enfant malade*⁸¹ cessa di essere il fanciullo spaurito del dipinto di Eugène Carrière, stretto tra le braccia angosciate ed inquiete della madre, nel tentativo disperato di strapparla alla malattia ed alla morte, ed assume il volto del *Bambino malato* dell’autoritratto di Dalì, che, solo, domina la scena con la sicurezza e la serenità di chi ha vissuto, compreso e superato quella sofferenza che lo aveva reso “uno scheletro, un mostro senza corpo, armato solo di una mano, di un occhio, di un cervello”. E pur tuttavia rimasto persona a pieno titolo.

⁸⁰ Opportunamente parte della giurisprudenza di merito fa divieto ai genitori di rappresentare, anche relativamente alle scelte mediche, il minore che abbia raggiunto una età prossima al raggiungimento della piena capacità di agire. Diversamente opinando – si afferma – “si giungerebbe alla privazione di diritti personalissimi mercé la sola considerazione del dato formale rappresentato dall’incapacità legale, giungendo al paradosso che il soggetto legalmente incapace ma naturalisticamente capace non possa decidere della propria salute, mentre il soggetto legalmente capace ma naturalisticamente *minus*, per il tramite dell’istituto dell’amministratore di sostegno, potrebbe esercitare una maggiore autodeterminazione”: Trib. min. Milano, 30 marzo 2010.

⁸¹ Eugène Carrière (1849-1906), *Il bambino malato*, 1885, Olio su tela, Musée d’Orsay.