



DAL PRINCIPIO DELL'ASCOLTO ALL'AUTODETERMINAZIONE DISPOSITIVA DEL MINORE: IL CONSENSO INFORMATO IN PEDIATRIA

ALESSANDRA CORDIANO

SOMMARIO: 1. L'evoluzione della tutela del minore: dal diritto a essere ascoltato al principio di autodeterminazione; 2. La partecipazione del minore ai processi decisionali nella disciplina nazionale e nei Codici deontologici; 3. Il rapporto medico-paziente e i requisiti del consenso informato; 4. Il consenso informato in pediatria.

1. La tutela del minore è questione tanto studiata quanto complessa, che comprende la prospettiva dell'autodeterminazione e dell'ascolto del soggetto minore nel contesto dei trattamenti sanitari.

Le disposizioni che variamente sanciscono la tutela dell'interesse del minore attraverso il suo ascolto costituiscono un corredo ampio e ormai ampiamente condiviso¹. Tuttavia, il recepimento della Convenzione di New York dell'ormai lontano 1989² e la

¹ Sulle diverse disposizioni che prevedono l'ascolto, F. RUSCELLO, *La tutela del minore nella crisi coniugale*, Milano, 2002, part. p. 80 ss. Per una disamina di una casistica di rilievo, si veda, in tema di riconoscimento della filiazione naturale, B. LENA, *Questioni in tema di riconoscimento del figlio naturale*, in nota a Cass., 10 maggio 2001, n. 6470, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, p. 297 ss.; E. CANAVESE, *Osservazioni sul ruolo del minore infrasedicenne nel procedimento ex art. 250, comma 4°, cod. civ.*, in nota a Cass., 9 novembre 2004, n. 21359, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, p. 903 ss.; P. DI STEFANO, *Il diritto del genitore naturale al riconoscimento del suo status*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 777 ss.; in tema di autodeterminazione informativa del minore nel procedimento ex art. 235 c.c., A.P. SCARSO, *Raccolta di un campione biologico, violazione del diritto della personalità del minore e disconoscimento della paternità*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 423 ss.; sulla funzione costitutiva del ruolo e del consenso del minore al procedimento di cui all'art. 44, l. 184/1983, Cass., 16 ottobre 2003, n. 15485, con nota di A. LIUZZI, *Adozione in casi particolari: ricorribilità per Cassazione e ruolo del tutore*, in *Fam. dir.*, 2004, p. 7 ss.

² Nella vasta letteratura A. FINOCCHIARO, *L'audizione del minore e la convenzione sui diritti del fanciullo*, in *Vita not.*, 1991, p. 834 ss.; M. DOGLIOTTI, *I diritti del minore e la Convenzione dell'ONU*, in *Dir. fam. pers.*, 1992, p. 301 ss.; A. GRAZIOSI, *Note sul diritto del minore ad essere ascoltato nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 1281 ss.; M.R. SAULLE, *La Convenzione di New York sulla tutela del fanciullo*, in *Dir. uomo*, 1999, p. 20 ss.; A. MORO, *Il bambino è un cittadino. Conquista di libertà e itinerari formativi: la Convenzione dell'ONU e la sua attuazione*, Milano, 1991, diffusamente; L. ROSSI CARLEO, *La separazione e il divorzio*, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, IV, *Il diritto di famiglia*, I, Torino, 1999, p. 230 ss.



ratifica della Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti del fanciullo del 1996³, non hanno definito appieno alcune questioni, ancor oggi in parte irrisolte⁴. Già prima dell'emanazione della novella sull'affido condiviso nella crisi familiare e dell'introduzione dell'art. 155 *sexies* c.c. in tema di audizione della prole, la celebre Convenzione di New York sanciva la "superiorità dell'interesse del fanciullo" (art. 3), riconoscendogli, se capace di discernere, il "diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa" (art. 12, primo comma) e garantendogli "la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato" (art. 12, secondo comma). Equivalente tenore si registrava nella precedente Convenzione dell'Aja del 1980, sulla sottrazione internazionale di minori, imponendo al Tribunale per i minorenni di ascoltare il minore, "se del caso" (artt. 12 e 13)⁵, e, analogamente, nel più recente regolamento Ce n. 2201/2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione di decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale (art. 11, secondo comma), il quale dispone che l'autorità giudiziaria, nell'applicare gli articoli 12 e 13 della Convenzione dell'Aja del 1980, si assicuri che "il minore possa essere ascoltato durante il procedimento se ciò non appaia inopportuno in ragione della sua età o del suo grado di maturità"⁶.

Risolta la questione dell'ascolto del minore sul piano dell'ordinamento interno, ad opera della nota pronuncia a Sezioni Unite della Cassazione, che ha definitivamente ricostruito il principio dell'ascolto nei termini della doverosità, residuano numerosi profili critici⁷, in primo luogo, sul *chi* della conduzione dell'ascolto, che è premessa non solo

³ A. LIUZZI, *La convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli: prime osservazioni*, in *Fam. dir.*, 2003, p. 287 ss.; F.R. FANTETTI, *La facoltà dell'ascolto del minore e la Convenzione europea di Strasburgo*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, p. 254 ss.

⁴ Cfr. F. RUSCELLO, *Garanzie fondamentali della persona e ascolto del minore*, in *Famiglia*, 2002, p. 933 ss.

⁵ P. PAZÈ, *Le garanzie processuali nel procedimento civile per la sottrazione internazionale di minori*, in nota a Cass., 27 luglio, 2007, n. 16753, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, p. 381 ss.;

⁶ C. RIMINI, *La responsabilità genitoriale nel reg. CE n. 2201/2003*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 542 ss.; J. LONG, *Riconoscimento ed esecuzione dei provvedimenti stranieri di potestà alla luce del regolamento (CE) n. 2201/2003 (con cenni al tema della validità dei divieti di espatrio e degli obblighi di soggiorno)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 974 ss.; F.R. FANTETTI, *La facoltà dell'ascolto del minore e la Convenzione europea di Strasburgo*, cit., p. 367.

⁷ Le ambiguità sono espresse da F. RUSCELLO, *Garanzie fondamentali della persona e ascolto del minore*, cit., p. 942 ss., che ricostruisce l'ascolto in termini di principio; definisce la fattispecie come norma eccezionale, P. VERCELLONE, *La filiazione legittima, naturale, adottiva e la procreazione artificiale*, in *Tratt. dir. civ.*, Vassalli, III, 2, Torino, 1987, p. 369 ss.; qualifica diversamente l'ascolto secondo i diversi istituti, G. MANERA, *L'ascolto del minore nelle istituzioni*, in *Dir. fam. pers.*, 1987, p. 1556 ss. Sulla celebre pronuncia che ha definitivamente risolto la questione ricostruttiva e le ricadute di ordine processuale, Cass., S.U., 21 ottobre 2009, n. 22238, in *Fam. dir.*, 2010, p. 364, con nota di A. GRAZIOSI, *Ebbene sì, il minore ha diritto di essere ascoltato nel processo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 307, con nota di J. LONG, *Ascolto dei figli contesi e individuazione della giurisdizione nel caso di trasferimento all'estero dei figli da parte del genitore affidatario*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, p. 254, con nota di F.R. FANTETTI, *La facoltà dell'ascolto del minore e*



giuridica, ma anche culturale, e presuppone un dato essenziale di fondo. L'ascolto non costituisce una mera audizione; pur non costituendo la valutazione di un caso clinico e neppure implicando un approccio terapeutico, esso non può prescindere da un certo grado di analisi psicologica della personalità del minore stesso, pur anche quando venga svolto dall'autorità giudiziaria in via immediata⁸. Soprattutto in questa ipotesi, l'ascolto della persona-minore, pertanto, deve essere condotto da un interlocutore empatico, riflessivo, disponibile, che sappia percepirne i disagi, le aspettative e la stessa personalità, sapendole poi contestualizzare in una cornice processuale concreta, attraverso l'emanazione del "miglior provvedimento possibile" per quel singolo minore in quella singola procedura⁹. Analogamente si può dire con riferimento al *come* dell'ascolto, non essendo ininfluenza che l'autorità giudiziaria utilizzi forme di ascolto diretto da parte del giudice, oppure indiretto, attraverso operatori sociali e/o psicologi, o ancora "protetto", ossia facendosi coadiuvare da quelli in contesti diversi da quello giudiziario, il quale, com'è presumibile, può incidere negativamente sulle emozioni, sulle percezioni e sulle aspettative del minore¹⁰.

Per i profili indicati sarebbe necessario, se non un riferimento esplicito a livello legislativo, almeno una riflessione profonda delle categorie coinvolte: sulle figure professionali più indicate e sulle loro competenze professionali, sulle modalità e sui luoghi di ascolto, tenendo conto, ad esempio, delle spese necessarie (e onerose) per l'incarico ad un C.t.u., e dei disagi relativi ad alcuni servizi sociali territoriali, competenti ma di fatto inefficaci per carenza cronica di risorse. Indicazioni con un buon livello di condivisione - magari espresse in Linee guida¹¹ - in questo senso, dovrebbero garantire al minore strumenti e persone che minimizzino o eliminino le possibilità di traumi, pregiudizi e

la *Convenzione europea di Strasburgo*, cit.; analogamente già Trib. Genova, 22 marzo 2007, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1601. Più recentemente, Cass., 10 giugno 2012, n. 12739, annotata da F. TOMMASEO, *Per una giustizia "a misura del minore": la Cassazione ancora sull'ascolto del minore*, in *Fam. dir.*, 2012, p. 39.

⁸ Sottolineano gli aspetti deontologici della funzione dell'avvocato del minore e della relazione fiduciaria nel contesto dell'ascolto, inteso in senso lato, F. BAGNATI, *Fragilità e istituzioni: l'avvocato del minore*, in *Min. giust.*, 2007, p. 304 ss.; C. MARCUCCI, *Il dilemma dell'avvocato del minore nell'esperienza italiana*, in *Min. giust.*, 2006, p. 110 ss.

⁹ G. SERGIO, *L'ascolto del minore e la giustizia*, in *Fam. dir.*, 1999, p. 590 ss.; L. FADIGA, *Problemi vecchi e nuovi in tema di ascolto del minore*, in *Min. giust.*, 2003, p. 141 ss.; G. DE MARZO, *La sottrazione di minore e il trattenimento di minore all'estero*, in *Foro it.*, 2009, c. 429 ss. Sottolinea il profilo della tutela dei principi del contraddittorio e della terzietà del giudice minorile, nella questione dell'ascolto, M.G. RUO, *Avvocato, tutore, curatore del minore nei procedimenti di adottabilità*, in *Dir. fam. pers.*, 2011, p. 338 ss., part. alla nota n. 1; ne parla, sotto altra prospettiva, anche G. SERGIO, *L'ascolto del minore e la giustizia*, cit., p. 597.

¹⁰ G. SERGIO, *L'ascolto del minore e la giustizia*, cit., p. 596 ss.

¹¹ A titolo d'esempio, si vedano le *Linee guida nazionali in tema di ascolto del minore testimone*, emanate il 6 novembre 2010 dalla Società Italiana di Criminologia, dalla Società Italiana di Medicina legale e delle Assicurazioni, dalla Società Italiana di Neuropsichiatria infantile, dalla Società Italiana di Neuropsicologia, dalla Società Italiana di Psichiatria e dalla Società di Psicologia giuridica, in www.psicologiagiuridica.com/pub/docs/numero_1/annoxx%202011/Consensus_Testimonianza.pdf.



“giudizi”, in favore di un ascolto empatico e di qualità, che sia anche un luogo (metafisico) della legge, ossia un contesto giudiziario garantistico.

Il tema dell’ascolto del minore, ancora, rientra in un più ampio dibattito, che si riferisce all’ascolto come esplicitazione dell’esercizio di diritti della personalità del minore, anche non prettamente contestualizzato in un ambito processuale. In questa prospettiva, la Convenzione di Strasburgo del 1996, ratificata in Italia con legge 20 marzo 2003, n. 77, sull’esercizio dei diritti del fanciullo, ha come scopo quello di “promuovere, nell’interesse superiore dei minori, i loro diritti, concedere loro diritti azionabili e facilitarne l’esercizio facendo in modo che possano, essi stessi o tramite altre persone od organi, essere informati e autorizzati a partecipare ai procedimenti che li riguardano dinanzi ad un’autorità giudiziaria” (art. 1, secondo comma)¹².

La cornice teorica in cui si dipana il corredo normativo della Convenzione attribuisce al minore, parte di un procedimento e “purché considerato dalla legge nazionale come avente un sufficiente discernimento”, il diritto a ricevere tutte le informazioni pertinenti, ad essere consultato e ad esprimere la propria opinione nel corso della procedura, nonché il diritto di essere informato sulle possibili conseguenze delle aspirazioni da lui manifestate e delle sue decisioni (art. 3). Il minore ha poi il diritto di chiedere di essere assistito da una persona idonea di sua scelta, al fine di essere aiutato ad esprimere la propria opinione, di esigere, personalmente o per mezzo di altre persone od organismi, la nomina di diverso rappresentante e, nei casi appropriati, di un avvocato, di nominare il proprio rappresentante e di esercitare, in tutto o in parte, le prerogative che sono proprie delle parti in simili procedimenti (art. 5).

L’aspetto che qui maggiormente rileva in tema di un’attiva partecipazione del minore nei procedimenti di suo interesse, è costituito proprio dalle previsioni della Convenzione che, riassuntivamente, sanciscono, accanto all’ascolto, il diritto all’informazione, corredato dei relativi “rischi e benefici” correlati, il diritto ad essere consultato e il dovere di tenere in debita considerazione l’opinione espressa dal minore (art. 6).

Emerge con evidenza che il principio dell’ascolto, almeno nella previsione del Consiglio d’Europa, oltre ad aver acquisito pacificamente il contenuto e la struttura normativa di un dovere, si traduce in un diritto di partecipazione, che si esplicita nella fase della manifestazione della volontà, ma soprattutto nella formazione del circuito informativo che lo riguarda, partecipando attivamente alla determinazione delle informazioni in entrata e in uscita (essere informato ed esprimere la propria opinione). Ciò avviene, a ben vedere, oltre le strette maglie della procedura giudiziaria, per investire il processo decisionale e identitario del soggetto in qualsiasi negozio e disposizione del sé corporale e immateriale. L’ascolto si configura come accoglimento e presa in carico dell’opinione del minore, divenendo un processo di costruzione (e di ricostruzione) dell’identità, mediante la trasmissione delle informazioni necessarie al costituirsi di una

¹² Sottolinea la necessità di un ruolo attivo del minore, ancora G. SERGIO, *L’ascolto del minore e la giustizia*, cit., p. 597.



volontà consapevole. Per queste ragioni, anche, l'informazione dovuta al minore, adeguata alla sua età e maturità e alla concreta capacità cognitiva, deve consegnare una realtà che, pur comprensibile, illustri gli elementi di rischio e di beneficio connessi con la fattispecie, giudiziaria o extragiudiziaria, in cui questi è coinvolto. Il minore, in altre parole, deve essere reso edotto che gli esiti del procedimento (o del trattamento) nel quale è coinvolto, potrebbero anche essere sostanzialmente diversi rispetto a quanto da lui espresso o auspicato¹³, non mancando di fornire gli opportuni elementi di speranza e di fiducia necessari.

Quanto detto, rende opportuno affermare che l'interesse del minore, quale fondamento teorico e presupposto applicativo dell'audizione, deve essere affiancato dall'ulteriore requisito della sua capacità, che non attiene tuttavia solo al suo concreto discernimento, ma, in maniera più complessa, diviene capacità di autodeterminazione: capacità di esprimersi, di comprendere e agire come soggetto autonomo, con le modalità complesse e proprie legate alla età e alla sua concreta capacità di determinarsi e attraverso l'affrancazione della dicotomia classica fra capacità e incapacità dei soggetti *ex lege* privi di autonomia, che da sempre caratterizza l'impianto codicistico¹⁴, ma sempre in una cornice garantistica.

2. La capacità del minore a partecipare e autodeterminarsi nelle attività negoziali e processuali che lo riguardano è un tema strettamente correlato al superamento del tradizionale impianto dicotomico, peculiare degli istituti di protezione, che storicamente sancisce un confine indelebile, tracciato dall'art. 1425 c.c. (e dall'art. 428 c.c.), fra capacità e incapacità del soggetto di esprimere un valido consenso, solo tendenzialmente superato dalla prospettiva progettuale introdotta dall'amministrazione di sostegno¹⁵.

¹³ F. BAGNATI, *Fragilità e istituzioni: l'avvocato del minore*, cit., p. 306 s.

¹⁴ Nel recente Disegno di legge (Ddl S-1412), in tema di "Modifica alla disciplina in materia di potestà genitoriale e di filiazione naturale", approvato alla Camera il 30 giugno 2011 e rinviato al Senato per la discussione, volto alla parificazione della filiazione, il nuovo 315 bis (Diritti e doveri del figlio) introduce una norma a "vocazione generale", che sancisce, al comma terzo, il diritto del "figlio minore, che ha compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento" di "essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano".

¹⁵ Sull'amministrazione di sostegno, P. CENDON, *Infermi di mente e altri "disabili" in una proposta di riforma del codice civile*, in *Pol. dir.*, 1987, p. 621 ss.; G. LISELLA, *Amministrazione di sostegno e funzioni del giudice tutelare. Note su una attesa innovazione legislativa*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 216 ss.; S. DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, p. 29 ss.; R. PESCARA, *Amministrazione di sostegno e minore età*, in *Giustizia minore? La tutela giurisdizionale dei minori e dei giovani adulti*, suppl. n. 3, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, p. 137 ss.; F. RUSCELLO, *Amministrazione di sostegno e tutela dei disabili. Impressioni estemporanee su una recente legge*, in *Studium iuris*, 2004, pp. 149 ss.; ID., *L'apertura dell'amministrazione di sostegno. I presupposti sostanziali*, in *Famiglia*, 2004, p. 719 ss.; F. ANELLI, *Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia*, in *Studi in onore di P. Schlesinger*, Milano, 2004, p. 4227 ss.; E. CALÒ, *La nuova legge sull'amministrazione di sostegno*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 861 ss.; L. BALESTRA, *Gli atti personalissimi del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, in



Per altro verso, il tema della capacità autodeterminativa del soggetto incapace è questione inevitabilmente correlata con il tradizionale assunto che sancisce l'impossibilità di forme di rappresentanza e sostituzione in attività di natura esistenziale e, per converso, l'ammissibilità di forme gestorie d'interessi patrimoniali riconducibili a soggetti incapaci¹⁶. Questo assunto ha condotto alla possibile frustrazione di istanze meritevoli di tutela di soggetti¹⁷, che, pur legalmente incapaci, risultano quasi sempre concretamente infermi con modalità e intensità del tutto differenti, con l'esito infausto della violazione del principio d'eguaglianza sostanziale.

Ciò ha evidenziato, da un lato, l'inadeguatezza del tradizionale dogma dell'inammissibilità della scissione fra titolarità ed esercizio in situazioni inviolabili e indisponibili¹⁸; dall'altro, ha mostrato la necessità di ripensare al profilo sinteticamente tradotto nell'impossibilità di configurare ipotesi gestorie e sostitutive di situazioni di carattere esistenziale¹⁹. Il superamento di una siffatta impostazione non è, peraltro, ipotesi del tutto avulsa dal quadro codicistico²⁰, che in differenti ipotesi prevede la sostituzione e la gestione di situazioni esistenziali ad opera di soggetti terzi.

Familia, 2005, p. 659 ss.; G. FERRANDO-L. LENTI, *Soggetti deboli e misure di protezione: amministrazione di sostegno e interdizione*, Torino 2006; G. BONILINI-F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno*, Milano, 2007.

¹⁶ Così A.C. JEMOLO, *Il matrimonio*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1950, p. 373; ma *contra* già U. AZZOLINA, *Sulla legittimazione processuale del legale rappresentante dell'incapace ad agire per la pronuncia di separazione*, in nota a Trib. Milano, 16 gennaio 1958, in *Giur. it.*, 1958, I, 2, c. 649; A. FALZEA, voce *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 28; analogamente, F. SCARDULLA, *La separazione personale fra i coniugi e il divorzio*, 1996, Milano, p. 618; R. BARCHI, voce *Separazione dei coniugi II) disc. proc.*, in *Enc. giur.*, 1992, p. 2. Per il tema in commento, S. DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, cit., p. 41 ss.

¹⁷ L. BALESTRA, *Gli atti personalissimi del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, cit., p. 668 ss.; P. ZATTI, *Il diritto a scegliere della propria salute, (in margine al caso S. Raffaele)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, p. 1 ss.; M. AZZALINI, *Tutela dell'identità del paziente incapace e rifiuto di cure: appunti sul caso Englaro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 331 ss.

¹⁸ Su detta scissione, A. CICU, *La filiazione*, in *Tratt. dir. civ. it.* Vassalli, III, 2, Torino, 1969, p. 349 ss.

¹⁹ In senso positivo, L. BALESTRA, *Gli atti personalissimi del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, cit., p. 659 ss.; diversamente, S. DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, cit., p. 43.

²⁰ Fattispecie di sostituzione (sostanziale e processuale) nell'esercizio di attività a carattere personale, per opera di un soggetto non titolare, sono presenti nell'impianto codicistico: il rinvio è alle ipotesi abitualmente più studiate nella materia qui in oggetto, quale l'impugnazione, da parte del tutore, del matrimonio dell'interdetto (art. 119 c.c.), il proponimento e la resistenza in giudizio, sempre per opera dello stesso, di alcune azioni di stato, quali il disconoscimento della paternità legittima (artt. 245, 247 c.c.), la contestazione di legittimità (art. 248 c.c.) e la dichiarazione giudiziale della filiazione naturale (art. 273 c.c.) e, da ultimo, l'impugnazione del riconoscimento compiuto dal soggetto interdetto (art. 266 c.c.). Sempre nella materia familiare, si rammentano l'ipotesi di cui al quinto comma dell'art. 4 della legge sul divorzio - che prescrive l'assistenza del



L'individuazione di una casistica sostanziale è confermata anche in ambiti tradizionalmente decretati come non delegabili, perché espressione di libertà fondamentali e situazioni esistenziali "personalissime", come quelle afferenti alla salute²¹: la disciplina sull'interruzione volontaria della gravidanza sancisce, all'art. 13, che la richiesta di accesso al trattamento sanitario, in entrambe le procedure di cui agli artt. 4 e 6, possa essere presentata dalla donna interdetta personalmente, dal tutore o dal marito non tutore, che non sia legalmente separato. La richiesta avanzata da questi ultimi deve essere confermata dalla donna e il sanitario ha l'onere di relazionare al giudice tutelare in merito alla domanda, all'*atteggiamento comunque assunto dalla donna*, alla gravidanza e alla

curatore per il convenuto incapace - e altre fattispecie, nelle quali la previsione del curatore speciale a tutela delle ragioni del minore ha superato i tradizionali confini della materia patrimoniale di cui all'ult. comma dell'art. 320 c.c. e seguenti: il riferimento è all'*avvocato del minore* nei procedimenti *de potestate* di cui all'art. 336 c.c. e nell'adozione legittimante dei minori (artt. 8, quarto comma, e 10, secondo comma, l. adozione riformata). Pur trattandosi di un'ipotesi di stretta rappresentanza *ad processum*, l'avvocato del minore esplicita l'istituzionalizzazione di una forma di protezione e di garanzia demandata a soggetti terzi, in ragione di una inidoneità genitoriale in diverso modo acclarata (V. CORRIERO, *L'avvocato del minore: le norme, le prassi e i problemi*, in *Ras. dir. civ.*, 2003, p. 1017 ss.; F. TOMMASEO, *La controriforma in tema di avvocato del minore (dalla legge 149/2001 al disegno di legge per le norme di attuazione S/3048)*, in *Fam. dir.*, 2006, p. 217 ss.; ID., *Rappresentanza e difesa del minore nel processo civile*, in *Fam. dir.*, 2007, p. 409 ss.; G. DOSI, *Una svolta nei giudizi de potestate e di adottabilità: in vigore, dopo anni di proroghe, l'obbligo di un difensore per genitori e minore*, in *Fam. dir.*, 2007, p. 951 ss.). L'ipotesi di inidoneità di uno o di entrambi i genitori a provvedere ai doveri di cui all'art. 147 c.c., peraltro, è prevista in Costituzione nella norma imperativa, di cui al secondo comma dell'art. 30 Cost., che si declina nelle tutele previste per il minore, anche in ipotesi non "formalizzate" in un provvedimento di decadenza e di adozione, come quella prescritta per il caso di lontananza, incapacità o altro impedimento di uno dei genitori, *ex artt.* 317 c.c. ss. La tutela del nome per ragioni familiari (art. 8 c.c.) e dell'immagine altrui contro l'abuso (art. 9 c.c.), unita alla norma, di cui all'art. 69 c.c., formulata a mo' di clausola generale, di tutela dei diritti di soggetti "di cui si ignora l'esistenza", mostrano poi una esplicita vocazione delle disposizioni in parola a consegnare a terzi, dotati di interessi meritevoli, la gestione di diritti di altri, impossibilitati e assenti.

⁹ Nella vastissima letteratura, P. VERCELLONE, *Il corpo del minorenne: i trattamenti sanitari*, in *Tratt. dir. fam.* Zatti, *La filiazione*, II, Milano, 2002, p. 987 ss.; sulla capacità autodeterminativa e sul consenso del minore, se pure in contesti limitrofi, G. BALLARANI, *La capacità autodeterminativa del minore nelle situazioni esistenziali*, Milano, 2008, part. p. 104 ss.



specie di infermità mentale di cui ella è affetta²². Analogamente, se la donna è di età inferiore ai diciotto anni, l'art. 12 della disciplina richiede l'assenso di chi esercita sulla donna stessa la potestà o la tutela. Tuttavia, nei primi novanta giorni, quando seri motivi *impediscono* o *sconsigliano* la consultazione di questi, o se gli stessi, interpellati, rifiutino il loro assenso o esprimano pareri tra loro difformi, il consultorio o la struttura socio-sanitaria, o il medico di fiducia devono rimettere, entro sette giorni dalla richiesta, una relazione corredata del proprio parere al giudice tutelare, sentita la donna e *tenuto conto della sua volontà*, delle ragioni addotte e della relazione trasmessagli, può autorizzarla, con atto non soggetto a reclamo, a decidere circa l'interruzione²³.

Questa previsione, unitamente alle fattispecie di cui agli artt. 4 e 5 del decreto legislativo n. 211, del 24 giugno 2003, in "Attuazione della direttiva 2001/20/CE relativa all'applicazione della buona pratica clinica nell'esecuzione delle sperimentazioni cliniche di medicinali per uso clinico", crea un quadro significativo in tema: le disposizioni in parola consentono, a condizione di esclusiva beneficalità, la sperimentazione su minori e su soggetti incapaci di dare un valido consenso, purché sia stato ottenuto il consenso informato del rappresentante legale, detto consenso rappresenti la presunta volontà del soggetto e possa essere ritirato in qualsiasi momento senza pregiudizio per il soggetto stesso. Al contempo, il soggetto capace deve aver ricevuto informazioni adeguate alla propria capacità di comprendere sulla sperimentazione e sui relativi rischi e benefici e il sanitario deve tenere in debita considerazione la sua *volontà esplicita* di rifiutare la partecipazione alla sperimentazione o di ritirarsene in qualsiasi momento, se questi è capace di formarsi un'opinione propria e di valutare le informazioni fornitegli²⁴.

Non a caso una disciplina di matrice europea si allinea all'orientamento espresso dalla Convenzione di Oviedo, che, nella regolamentazione degli interventi su soggetti incapaci, prescrive che il parere di un minore sia preso in considerazione come un fattore sempre più determinante, in funzione della sua età e del suo grado di maturità e che il soggetto incapace deve, nei limiti del possibile, *essere associata* alla procedura di autorizzazione dell'intervento medico²⁵ (art. 6).

Il quadro così tracciato evidenzia un aspetto di rilievo, costituito da una tendenziale attitudine a promuovere la partecipazione del soggetto incapace ai trattamenti sanitari,

²² In tema, per tutti, i rilievi critici di P. ZATTI-G. NANNINI, voce *Gravidanza (interruzione della)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IX, Torino, 1993, p. 259 ss., part. p. 267 ss.; e il contributo di M. DOGLIOTTI, *Interruzione della gravidanza e autonomia della minore*, in *Giur. it.*, 1982, I, c. 1469;

²³ A. RIZZIERI, *L'aborto nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, p. 228 ss., part. p. 263 ss.

²⁴ La disposizione di cui all'art. 5, d.lgs. 24 giugno 2003, n. 211 in tema di sperimentazione di medicinali richiede il consenso del rappresentante che corrisponda alla "presunta volontà del soggetto incapace"; su questi temi, A. MANNA, voce *Sperimentazione medica*, in *Enc. dir. Agg.*, IV, Milano, 2000, p. 1120 ss.; F.D. BUSNELLI-E. PALMERINI, voce *Bioetica e diritto privato*, in *Enc. dir. Agg.*, V, Milano 2001, p. 147 ss.

²⁵ A. LIUZZI, *Trattamenti sanitari su minore tra consenso dell'interessato e potestà genitoriale*, in *Fam. dir.*, 2002, p. 557 s.



siano o meno di carattere strettamente terapeutico²⁶; una propensione verso l'autodeterminazione, l'autonomia e la dignità dei soggetti incapaci, che si ritrova nel Codice deontologico degli psicologi italiani (artt. 4, 9), degli assistenti sociali (artt. 11, 12)²⁷ e degli educatori professionali (artt. 1, 4).

Ma è particolarmente nel Codice deontologico dei medici, che questo tratto è segnato con chiarezza nelle pratiche riguardanti minori e soggetti incapaci: l'art. 32 cod. deont. prevede che il medico debba impegnarsi a tutelare il minore e adoperarsi, in qualsiasi circostanza, perché questi possa fruire di quanto necessario a un armonico sviluppo psico-fisico e affinché allo stesso (così come all'anziano e al disabile) siano garantite *qualità e dignità della vita*²⁸. Le norme deontologiche prescrivono con sensibilità che il medico, "compatibilmente con l'età, con la capacità di comprensione e con la maturità del soggetto, ha l'obbligo di dare adeguate informazioni al paziente minore e di tenere conto della sua volontà". In caso di divergenze insanabili rispetto alle richieste del legale rappresentante, "è tenuto a segnalare il caso all'autorità giudiziaria; analogamente deve comportarsi di fronte a un maggiorenne infermo di mente" (secondo comma dell'art. 38 cod. deont)²⁹. Il medico, infatti, dovrà comunicare con il soggetto (qui, addirittura, prescindendo dallo stato d'incapacità), tenendo conto della capacità di comprensione, al fine promuovere la sua massima *partecipazione* alle scelte decisionali e l'adesione alle proposte diagnostico-terapeutiche (secondo comma, art. 33 cod. deont.)

L'individuazione di un bilanciamento adeguato fra i doveri di assistenza e di diligenza del medico e i liberi processi di autodeterminazione dignitosa del paziente incapace si riscontra particolarmente complessa nell'attività medica³⁰, dovendosi

²⁶ Per altri riferimenti normativi (es., art. 120, d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309 in materia di disciplina degli stupefacenti; art. 5, comma quarto, l. 135/1990 sulla prevenzione e cura dell'Aids), si veda P. VERCELLONE, *Il corpo del minorenne: i trattamenti sanitari*, cit., p. 992 ss.; A. LUZZI, *Trattamenti sanitari su minore tra consenso dell'interessato e potestà genitoriale*, cit., p. 551 ss. Nel contesto peculiare dell'amministrazione di sostegno, sul potere dell'amministratore a prestare il consenso ai trattamenti medici, F. ANELLI, *Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia*, cit., p. 4234 s.

²⁷ Per un profilo di rilievo concernente la tutela della riservatezza del minore nelle indagini psico-sociali dei Servizi sociali, L. SACCHETTI, *Trattamenti pubblici di dati sensibili e protezione dei minori*, in *Fam. dir.*, 2000, p. 311 s.

²⁸ Sulla riservatezza dei minori nell'adempimento di test psichiatrici disposti in ambito peritale, M. CATALLOZZI, *Riservatezza, minori e test psichiatrici*, in nota a *Garante privacy*, 28 novembre 2001, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, p. 697 ss.

²⁹ Affronta le problematiche concernenti i contrasti fra figlio minore capace di discernere e genitori, per il caso particolare di prelievo di midollo osseo per trapianto allogenico, P. DI MARZIO, *Istituti di protezione del figlio naturale e consenso alla donazione di midollo osseo*, in nota a *Trib. Perugia*, 26 aprile 1999, in *Dir. fam. pers.*, 2000, part. p. 663 ss.

³⁰ Su quest'aspetto, G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co. 2, Cost., al principio di autodeterminazione*, in *Dir. pubbl.*, 2008, p. 85, part. p. 96 ss.; P. ZATTI, *Spunti in tema di limitata capacità di fatto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, p. 315; ID., *Rapporto medico-paziente e "integrità" della persona*, *ivi*, 2008, II, p. 403.



confrontare non tanto rispetto all'intendimento ed alla volizione, quanto piuttosto con riguardo allo stato complessivo della persona, che di fatto è privata dei caratteri tipici della soggettività personale, nei termini elaborativi, evolutivi e relazionali³¹. Il medico è tenuto ad assicurare nelle condizioni di urgenza l'assistenza medica indispensabile (art. 36, ult. comma, cod. deont.) e, nell'ipotesi di compromissione dello stato di coscienza, deve proseguire nella terapia di sostegno vitale, finché ritenuta ragionevolmente utile, evitando ogni forma di accanimento terapeutico (art. 39, secondo comma, cod. deont.) e comunque tenendo conto della volontà precedentemente espressa dal paziente incapace e non solo da quello *divenuto* incapace (art. 35, ult. comma, cod. deont.). Se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà, il medico deve tenere conto nelle proprie scelte di quanto in precedenza manifestato dallo stesso in modo certo e documentato (art. 38, ult. comma, cod. deont.), in ossequio alla volontà di curarsi, liberamente espressa³².

Le differenti e molteplici fattispecie nelle quali la tradizionale categoria dell'incapacità legale si manifesta sono tali e così tante da far dubitare persino dell'unità concettuale di una siffatta categoria³³, se non in un senso di garanzia nei riguardi di individui con diverse gradazioni di abilità e autonomia³⁴. Va da sé, come la massima promozione della partecipazione volitiva nelle scelte terapeutiche debba spingersi sino alla previsione dell'obbligo per il medico di dare adeguate informazioni al paziente, sia questi minore o incapace, e di tenere conto della sua volontà, compatibilmente, certo, con una pertinente valutazione preventiva e con il grado effettivo di comprensione del soggetto (art. 37 cod. deont.)³⁵.

Il riconoscimento di uno spazio rilevante per la capacità autodeterminativa del minore, scissa nel versante informativo e in quello relativo alla manifestazione della volontà (e del rifiuto), non esaurisce la casistica relativa ai trattamenti sui minori d'età, che naturalmente si

³¹ P. ZATTI, *Il corpo e la nebulosa dell'apparenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, p. 1 ss.; si veda anche M. AZZALINI, *Tutela dell'identità del paziente incapace e rifiuto di cure: appunti sul caso Englaro*, cit., p. 339.

³² Il requisito della forma scritta, come strumento che garantisce la volontà, è criticato da G. FERRANDO, *Stato vegetativo permanente e trattamenti medici: un problema irrisolto*, in nota ad App. Milano, 18 dicembre 2003, in *Famiglia*, 2004, p. 1181, che attribuisce valore vincolante delle direttive anticipate, prescindendo dalla forma.

³³ Sull'utilità pratica di una categoria dogmatica e sulla sua capacità attrattiva, A. FALZEA, *Fatto giuridico*, in *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 3° ed. 1985, p. 435 ss.

³⁴ Lo dimostra ampiamente C. VIGNALI, *La tutela della salute del minore*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, p. p. 1425 ss., con un panorama casistico composito. Sulla valorizzazione delle capacità del minore, già P. STANZIONE, *Diritti fondamentali del minore e potestà dei genitori*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 451 ss.; F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, Milano, 1996, 1° ed., p. 24 ss.; ID., *Potestà genitoriale e capacità dei figli minori: dalla soggezione all'autonomia*, in *Vita not.*, 2000, p. 64 ss.

³⁵ La drammaticità della casistica è documentata da G. SERGIO, *Interesse del minore e scelte terapeutiche. Lettura ragionata di due casi giudiziari*, *Dir. fam. pers.*, 2001, p. 652 ss.; si veda anche P. DI MARZIO, *Istituti di protezione del figlio naturale e consenso alla donazione di midollo osseo*, cit., p. 663 ss. Particolarmente sui minori, C. LALANNE-V. LANDI, *Gli aspetti generali del consenso al trattamento sanitario*, in *La responsabilità medica* a cura di U. RUFFOLO, Milano, 2004, p. 249, in nota n. 61.



presenta sovente complessa, mostrando le posizioni del medico e quelle dei genitori e del minore talvolta fra loro contrapposte, con l'opposizione o la pretesa verso un determinato atto medico.

Le questioni, talvolta risolte sul piano legislativo accordando alla volontà del minore un ruolo prioritario, più spesso debbono essere composte con un delicato bilanciamento che non sviscila l'autodeterminazione del paziente formalmente incapace, che riconosca la situazione presuntivamente meritevole dei genitori esercenti la potestà e, infine, che tuteli la funzione del medico, operante in una direzione funzionalmente orientata alla tutela del suo assistito. La composizione concreta del conflitto, con esiti spesso drammatici³⁶, è formalmente una soluzione giudiziaria, che opera con un provvedimento *ex art. 333 c.c.*, ma che non tralascia la necessaria sensibilità casistica³⁷, talvolta privilegiando la volontà del minore a discapito dei genitori³⁸.

3. La pacifica legittimazione del terzo agente nella sfera esistenziale del soggetto, tipica della relazione medico-paziente³⁹, è riconducibile principalmente alla tematica del consenso quale strumento autorizzativo dell'agire altrui, altrimenti vietato dal precetto

³⁶ G. LA FORGIA, *Il consenso informato del minore "maturo" agli atti medico-chirurgici: una difficile scelta d'equilibrio tra l'auto e l'etero-determinazione*, in *Fam. dir.*, 2004, part. p. 412 s.

³⁷ Per il quadro conflittuale, P. VERCELLONE, *Il corpo del minore: i trattamenti sanitari*, cit., p. 989 ss. Per un provvedimento *ex art. 333 c.c.*, App. min. Ancona, 26 marzo 1999, in *Giur. mer.*, p. 467, con il commento di B. LENA. Sull'evoluzione giurisprudenziale, A. LIUZZI, *Trattamenti sanitari su minore tra consenso dell'interessato e potestà genitoriale*, cit., p. 555 ss.

³⁸ Rileva questo principio "tendenziale" di autodeterminazione del minore, A. SCALISI, *Famiglia e diritti del minore*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, part. p. 823 ss.

³⁹ Questa legittimazione si specifica, talvolta, come netta contrapposizione nella dualità del rapporto (sulla quale, M. AZZALINI, *Tutela dell'identità del paziente incapace e rifiuto di cure: appunti sul caso Englaro*, cit., p. 344 ss.), che vede partecipi, con la piena sostituzione della figura del paziente, il rappresentante legale e il sanitario. Qualora emergano profili di conflittualità, è attribuito al medico l'obbligo di rinviare l'informazione all'autorità giudiziaria e, in ogni caso, il dovere di assistenza per le situazioni di urgenza: per un'ipotesi siffatta, Pret. Genova, 20 marzo 1986, in *Foro it.*, 1987, I, c. 1343. Tuttavia, la risoluzione del conflitto nei termini sopra evidenziati, con la segnalazione del caso al giudice della tutela per le ipotesi di aperti contrasti fra sanitario e rappresentante legale e con l'obbligo inderogabile di assistenza, non può naturalmente esaurire le problematiche insite nella materia; sul problema del potere di disporre totalmente ed incondizionatamente della persona in stato di incoscienza, già U.G. NANNINI, *Il consenso al trattamento medico*, Milano, 1989, pp. 427 ss.; G. FERRANDO, *Stato vegetativo permanente e trattamenti medici: un problema irrisolto*, cit., p. 1179 ss.; in giurisprudenza, Trib. Modena, 5 novembre 2008, in *Guida dir.*, 2009, 11, p. 35, con nota di P. CENDON-R. ROSSI, *Individuato un neo-segno operativo che l'istituto può sostenere a pieno titolo*.



primario del *neminem laedere*⁴⁰, così come sancito dal combinato disposto di cui agli artt. 32, secondo comma, Cost. e 5 c.c.⁴¹ Nell'area dell'attività medica, lo strumento del consenso - accanto al criterio legittimante della beneficialità e dalla terapeuticità dell'intervento - costituisce naturalmente la strada più piana nella gestione degli interessi in parola. Tuttavia, anche in questo campo, questi criteri risultano talvolta inadeguati a soddisfare le questioni più articolate del tema, inteso nella sua complessità: il rifiuto di cure del paziente divenuto incapace, per tutti, ben esplicita le contraddizioni di un sistema che venga ridotto ai limiti delle disposizioni del corpo di cui all'art. 5 c.c. e alla logica del puro consenso, proprio per la mancanza del requisito della terapeuticità. Allo stesso modo deve dirsi con riguardo al rifiuto opposto a particolari trattamenti per convinzioni religiose⁴².

Sono, piuttosto, la strada della meritevolezza dell'interesse e una riscoperta dell'autonomia privata, quale strumento di tutela e di promozione della dignità⁴³, a costituire le modalità più appropriate di attuazione del programma costituzionale rispetto alla tutela della persona (anche minore d'età) nelle disposizioni del proprio corpo. In questa prospettiva, anche il consenso dell'avente diritto⁴⁴, inteso nel suo profilo volontaristico, ancorché elemento essenziale per la qualificazione dell'atto di disposizione

⁴⁰ E' la prospettiva indicata da D. MESSINETTI, *Recenti orientamenti sulla tutela della persona. La moltiplicazione dei diritti e dei danni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, p. 173 ss.; ID., *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, part. p. 350 ss.; analogamente, S. VICIANI, *Strategie contrattuali del consenso al trattamento dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, p. 161 ss.

⁴¹ Nuovamente G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co. 2, Cost., al principio di autodeterminazione*, cit., p. 96 ss.

⁴² Sulle trasfusioni di sangue, già G. CORASANITI, *Trasfusioni di sangue sul minore, diniego per motivi religiosi del consenso dei genitori e intervento del giudice*, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 3099; F. CARNELUTTI, *Problemi giuridici delle trasfusioni di sangue*, in *Jus*, 1954, p. 510 ss.; L. DI BONA, *Riflessioni in tema di rifiuto delle trasfusioni di sangue*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 658 ss. Sul rifiuto di trapianto da eseguirsi sul figlio minore, F. GIUNTA, *Rifiuto di xenotrapianto per il figlio minorenne a causa di motivi religiosi. Il punto di vista giuridico*, in *Medicina, bioetica e diritto a cura di P. FUNGHI-F. GIUNTA*, Pisa, 2005, p. 238 ss.

⁴³ L'espressione è di C.M. D'ARRIGO, voce *Integrità fisica*, in *Enc. dir.*, Agg., IV, Milano 2000, p. 730 ss.: l'autonomia privata, lungi da significare "esercizio di potere" per il soggetto, attribuisce la possibilità "di indirizzare o modificare il corso dello svolgimento delle proprie vicende organiche, nei limiti consentiti dalle possibilità di intervento messe a disposizione dalla attuali conoscenze scientifiche, programmando auspicabili futuri sviluppi o risultati". Sulla dignità, F.D. BUSNELLI, *Opzioni e principi per una disciplina normativa delle biotecnologie avanzate*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1991, p. 284 ss., part. 299 ss.; A. RUGGERI-A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (Prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, p. 343 ss.

⁴⁴ Nel senso della "non coincidenza" teorica fra il consenso all'atto medico e il consenso di cui all'art. 50 c.p., Cass. pen., 30 settembre 2008, n. 37077, in *Corr. giur.*, 2009, p. 182, con nota di S. de FLAMMINEIS.



nei termini della liceità, non esaurisce la complessità di questo processo di qualificazione⁴⁵.

Nel rapporto negoziale fra medico e paziente, il problema del consenso si pone su un piano peculiare, soprattutto in virtù della tradizionale relazione di fiducia che caratterizza questo tipo di relazione, specificandosi in un aspetto informativo peculiare e nel correlato consenso, che qui diviene “informato”. Queste peculiarità si riverberano, per un verso, sul rifiuto di cure del paziente, nei casi di così detto *accanimento terapeutico* o nelle ipotesi fondate su opzioni ideologico-religiose, quando questi non sia dotato di quel margine di autosufficienza che caratterizza la prima tipologia di atti; per altro verso, le stesse peculiarità descritte influenzano anche i doveri di cui è titolare il medico nell’adempimento del suo mandato e sui margini della sua autonomia.

Il contenuto dell’atto negoziale del consenso, sul versante del rapporto di cura e su quello del consenso alle cure, presuppone un elemento qualificante, che è elemento peculiare anche del rapporto terapeutico, ossia la relazione di fiducia fra i soggetti coinvolti. Il rapporto medico-paziente ha subito un’evoluzione consistente, che ha visto la trasformazione tendenziale della relazione, tradizionalmente impostata in chiave “paternalistica”⁴⁶, in un rapporto fra soggetti in posizione almeno simbolicamente paritaria, per la creazione di una “alleanza terapeutica”⁴⁷, in grado di superare sia la congenita asimmetria informativa che caratterizza questo tipo di relazione, sia l’inevitabile posizione di soggezione emotiva del paziente⁴⁸. Questa alleanza terapeutica, lungi dal significare che detto rapporto sia avulso da frequenti quanto aspri conflitti, intende, altresì, improntare lo stesso a uno spirito di collaborazione e di servizio nei riguardi del paziente.

⁴⁵ Sull’elemento volitivo, C.M. D’ARRIGO, voce *Integrità fisica*, cit., p. 728 ss.; M. DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, II, 1, Torino, 1999, p. 96 ss.; M. PESANTE, , *Corpo umano (atti di disposizione)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 653, part. p. 657; A. DE CUPIS, voce *Corpo (Atti di disposizione del proprio)*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 854 s., particolarmente con riguardo ad operazioni chirurgiche che abbiano l’effetto di una menomazione permanente del corpo, ritenendo che non sia il consenso, bensì la scriminante dello stato di necessità, ad escluderne l’illiceità; F. STELLA, *La sterilizzazione chirurgica: aspetti penalistici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1980, p. 494. Ancora, G. FERRANDO, *Il principio di gratuità biotecnologie e “atti di disposizione del corpo”*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, p. 768 ss.; in altro contesto, F. RUSCELLO, *Amministrazione di sostegno e consenso ai trattamenti terapeutici*, cit., p. 87 ss.

⁴⁶ In argomento, M. GORGONI, *Libertà di coscienza v. salute; personalismo individualista v. paternalismo sanitario*, in *Resp. civ. prev.* 2009, p. 126 ss.

⁴⁷ Si veda il documento del Comitato nazionale di Bioetica del 20 giugno 1992, intitolato “Informazione e consenso all’atto medico” dove si legge: “Il C.N.B. ritiene che il consenso informato costituisca legittimazione e fondamento dell’atto medico, e allo stesso tempo strumento per realizzare quella ricerca di “alleanza terapeutica” - nell’ambito delle leggi e dei codici deontologici - e di piena umanizzazione dei rapporti fra medico e paziente, cui aspira la società attuale”.

⁴⁸ Sulla necessaria evoluzione del rapporto, E. PALMERINI, *Informazione genetica e tutela della persona*, Pisa, 2004, p. 85 s.



Ciò avviene, essenzialmente, attraverso due strumenti: una prestazione sanitaria svolta diligentemente e l'adempimento del consenso informato⁴⁹.

Proprio il consenso informato, si è detto, costituisce un elemento specifico del rapporto di cura e rappresenta, al contempo, una modalità attuativa dell'autodeterminazione personale. In entrambi i casi, si può dire che il consenso informato, come momento del contratto di cura, delimita in maniera consistente anche il contenuto del consenso stesso, benché con differenti caratterizzazioni. La delimitazione contenutistica del consenso informato tradizionalmente si riparte in due momenti: il diritto all'informazione, che concede di esercitare consapevolmente l'atto autodeterminativo e negoziale e l'obbligo informativo del sanitario che permette l'esercizio predetto. Quanto al primo aspetto, il consenso informato del paziente si connota di qualità peculiari, mutate anche qui per alcuni aspetti dalla disciplina sul trattamento e sulla circolazione dei dati personali, ma che in questa sede non mancano di offrire momenti di originalità⁵⁰.

Il consenso, in primo luogo, deve essere *specifico* nel contenuto⁵¹. La non genericità del profilo contenutistico, che nella disciplina della *privacy* esprime la necessità che si acconsenta al trattamento dei dati con una manifestazione di volontà consapevole e

⁴⁹ Nella vastissima letteratura, D. VINCENZI AMATO, *Tutela della salute e libertà individuale*, cit., p. 2462 ss.; M. PARODI GIUSINO, *Trattamenti sanitari obbligatori, libertà di coscienza e rispetto della persona umana*, in *Foro it.*, 1983, I, c. 2660 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, p. 374 ss.; U.G. NANNINI, *Il consenso al trattamento medico*, cit., part. p. 455 ss.; A. SCALISI, *Il consenso del paziente al trattamento medico chirurgico*, in *Dir. fam. pers.*, 1993, p. 442 ss.; G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999, p. 4 ss.; EAD., *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 53 ss.; R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1996, p. 50 ss.; S. VICIANI, *L'autodeterminazione "informata" del soggetto e gli interessi rilevanti (a proposito dell'informazione sul trattamento sanitario)*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 278 ss.; EAD., *Strategie contrattuali del consenso al trattamento dei dati personali*, cit., p. 161 ss.; A. DONATI, *Consenso informato e responsabilità da prestazione medica*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 1 ss.; S. CACACE, *Il consenso informato del paziente al trattamento sanitario*, in *Danno resp.*, 2007, p. 283 ss.; G. GENNARI, *Consenso informato: ritorno all'anno zero*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 1411 ss.

⁵⁰ Si vedano anche le analogie del consenso prestato in sede d'intervento a scopo di trapianto, P.M.

VECCHI, voce *Trapianti e trasfusioni I*, *dir. civ.*, in *Enc. giur.*, XXXI, Roma, 1994, p. 10.

⁵¹ Espressamente E. PELLECCIA, *Il consenso*, in A. FICI-E. PELLECCIA, *Il consenso al trattamento*, in *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali* a cura di R. PARDOLESI, I, Milano, 2003, p. p. 509 s., puntualizza come la specificità del consenso attenga non ad un problema di forma, quanto di contenuto. Sul tema anche F. CAFAGGI, *Qualche appunto su circolazione, appartenenza e riappropriazione, nella disciplina dei dati personali*, in *Danno resp.*, 1998, p. 613 ss.



concreta, è ben espressa dal Codice deontologico dei medici all'art. 33 cod. deont., dove è disposto che “il medico deve fornire al paziente la più idonea informazione sulla diagnosi, sulla prognosi, sulle prospettive e le eventuali alternative diagnostico-terapeutiche e sulle prevedibili conseguenze delle scelte operate”; il medico dovrà poi “tenere conto delle sue capacità di comprensione, al fine di promuoverne la massima adesione alle proposte diagnostico-terapeutiche”, soddisfacendo “ogni ulteriore richiesta di informazione da parte del paziente”⁵².

Tuttavia, nel campo del rapporto di cura, proprio detta specificità può assumere un ruolo fondamentale, sia con riguardo alla *qualità* delle informazioni, quando si tratti di “informazioni riguardanti prognosi gravi o infauste o tali da poter procurare preoccupazione e sofferenza alla persona”, sia quando venga documentata la “volontà della persona assistita di non essere informata o di delegare ad altro soggetto l’informazione”. Il diritto all’informazione è una pretesa che si estende e si espande sino alla conformazione del potere altrui: il diritto all’informazione, esplicitazione del diritto all’autodeterminazione e dell’identità⁵³, non si configura solamente come diritto alla conoscenza, ma anche come diritto al controllo sull’informazione stessa⁵⁴ e, a contrario, anche come diritto ad essere esclusi dal processo informativo, quindi, come diritto a non sapere⁵⁵. Così, la specificità del consenso deve correlarsi, da un lato, con la delicatezza propria del rapporto di cura, che innegabilmente può necessitare che le informazioni, se infauste, siano per ciò “fornite con prudenza, usando terminologie non traumatizzanti e senza escludere elementi di speranza”; dall’altro, con una volontà esplicitata rispetto alla non conoscenza.

Di qui la necessità che il consenso, se voglia dirsi *informato*, debba adeguatamente coniugare il processo di autodeterminazione - consentendo l’*an* della disposizione di sé e promuovendo la massima adesione alle proposte diagnostico-terapeutiche -, con la situazione di debolezza emotiva del paziente stesso. La delicata articolazione con cui si esprime il momento informativo si chiarisce, ad esempio, allorquando al sanitario venga richiesto di fornire ulteriori informazioni al paziente e queste siano irrimediabilmente gravi e infauste. Il Codice deontologico medico esprime bene l’ambiguità e la complessità del binomio “dovere informativo-diritto all’informazione”, quando afferma che le

⁵² Riferisce della tendenza a legiferare gli obblighi informativi, rinvenibile anche in altri settori, V. ZENO ZENCOVICH, *Il “consenso informato” e la “autodeterminazione informativa” nella prima decisione del Garante*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 918. Sugli obblighi informativi e sulle deroghe agli stessi nella circolazione dei dati personali, per le riflessioni che offrono al tema in esame, A. SCALISI, *Il diritto alla riservatezza*, Milano, 2002, p. 229 ss.

⁵³ Diffusamente, D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, cit., p. 355 ss.

⁵⁴ S. RODOTÀ, *Protezione dei dati e circolazione delle informazioni*, cit., p. 729 ss. e part. p. 740.

⁵⁵ Per tutti, S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., p. 164 ss.; R. COCO, *Sapere e non sapere*, in *Privacy* a cura di A. CLEMENTE, Padova, 1999, p. 437 ss., che si sofferma sullo specifico contesto dell’informazione genetica.



informazioni devono essere “fornite con prudenza, usando terminologie non traumatizzanti e senza escludere elementi di speranza”. Il punto nodale del problema, quindi, si sposta dal versante del diritto dell’interessato a quello del dovere informativo, ossia del *quantum* discrezionale dello stesso.

Il consenso deve essere anche *libero*, ossia frutto di una libera scelta del paziente⁵⁶. La difficoltà di offrire una definizione chiara del requisito in parola si evidenzia con l’inadeguatezza del rinvio alla classica ripartizione dei vizi della volontà⁵⁷: la libertà della manifestazione, di là dalla quasi ovvia individuazione nei termini della non costrizione, non può che risentire dell’inevitabile asimmetria informativa che caratterizza tutto il rapporto medico-paziente e del carattere fiduciario dello stesso⁵⁸, focalizzandosi così su qualsiasi evento che in qualche modo possa turbare il processo decisionale del soggetto⁵⁹. In questa direzione, è stato opportunamente osservato, con particolare riguardo al vizio dell’errore, che il consenso può definirsi libero e valido quando sia espresso in condizioni di oggettiva normalità⁶⁰.

Il requisito della *consapevolezza*⁶¹ indica una tendenziale resistenza circa una manifestazione che sia, per un verso, presunta, per altro verso, implicita: risulta, nondimeno, veramente arduo in questo contesto individuare della consapevolezza una dimensione definita. L’art. 35 cod. deont. afferma che “il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l’acquisizione del consenso informato del paziente” e che “in presenza di documentato rifiuto di persona capace di intendere e di volere, il medico deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi”, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona al di fuori dei casi previsti dalla legge.

Quando si tratti di persona incapace, il medico deve intervenire “in scienza e coscienza” (art. 35 cod. deont.), rispettando la dignità della persona ed evitando così ogni accanimento terapeutico e tenendo conto delle precedenti volontà espresse dal paziente. In un senso diverso, che, tuttavia, non sconfessa quanto appena evidenziato, l’art. 36 cod. deont.

⁵⁶ Espressamente, A. SCALISI, *Il diritto alla riservatezza*, cit., p. 242 ss.

⁵⁷ Su detta complessità, sempre in tema di riservatezza, V. CUFFARO, *Il consenso dell’interessato*, in V. CUFFARO-V. RICCIUTO, *La disciplina del trattamento dei dati personali*, Torino, 1997, p. 221.

⁵⁸ Così P.M. VECCHI, voce *Trapianti e trasfusioni I) dir. civ.*, cit., p. 10. Sul problema del rapporto di contrapposizione/fiducia, V. ZAMBRANO, *Il trattamento sanitario e la falsa logica del consenso*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 760 ss.

⁵⁹ Quest’aspetto è osservato puntualmente da E. PELLECCIA, *Il consenso*, p. 518.

⁶⁰ Ampiamente sulla validità del consenso e sul concetto di “normalità”, S. VICIANI, *L’autodeterminazione “informata” del soggetto e gli interessi rilevanti (a proposito dell’informazione sul trattamento sanitario)*, cit., part. p. 303 ss., che osserva necessariamente la non retroattività della disciplina dell’errore sul consenso già prestato. Sempre sull’errore nel consenso al trattamento medico, G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, p. 279 ss.

⁶¹ Nuovamente S. VICIANI, *L’autodeterminazione “informata” del soggetto e gli interessi rilevanti (a proposito dell’informazione sul trattamento sanitario)*, cit., 304 s. Con riguardo, segnatamente, alla salute, si veda con particolare riguardo le riflessioni di P. ZATTI, *Il diritto a scegliere della propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, cit., p. 1 ss.



dichiara che, qualora sussistano condizioni di urgenza, il medico deve prestare l'assistenza e le cure indispensabili, tuttavia "tenendo conto della volontà della persona se espressa". L'intervento del medico deve, in ogni caso, transitare attraverso un procedimento ermeneutico della volontà del malato, contemperando le esigenze di partecipazione al processo curativo con le evidenti peculiarità dello stesso. Il requisito della consapevolezza rinvia anche alla necessità della *capacità naturale e di discernimento* del soggetto rispetto al trattamento terapeutico, stante l'insufficienza del criterio della capacità legale *ex art. 2 c.c.* o del rinvio alla presunzione di cui all'art. 97 c.p., e, si può aggiungere, per la maggiore idoneità con cui detto requisito sembra esprimere la realizzazione degli interessi sottesi alla promozione delle scelte in materie esistenziale di salute e dignità della persona⁶².

La consapevolezza può ricavarsi indirettamente da un consenso che sia *espresso*, ossia inequivocabile⁶³: la forma *scritta* può rappresentare un indice di tendenziale garanzia dell'assolvimento dell'obbligo informativo⁶⁴. Il consenso così espresso, tuttavia, lo dimostra l'inciso dell'art. 35 cod. deont., "è integrativo e non sostitutivo del processo informativo di cui all'art. 33"⁶⁵. L'acquisizione del consenso, pertanto, all'atto medico non preclude né esime l'assolvimento dell'obbligo informativo relativo al procedimento medico.

Sotto altro profilo, l'espressione di volontà consapevole è presupposto indispensabile per poter rifiutare una prestazione sanitaria: in tal senso, si definisce il requisito della *revocabilità* del consenso. Nondimeno, se l'adempimento dell'obbligo informativo è presupposto sufficiente per l'esercizio del rifiuto in quelle ipotesi in cui, in presenza di documentato rifiuto di persona capace di intendere e di volere, il medico debba desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona, ciò non avviene allo stesso modo nelle ipotesi di incapacità di intendere e di volere. La stessa difformità si palesa nelle ipotesi d'incapacità fisica di compiere l'azione necessaria al rifiuto espresso.

Anche l'espressione della volontà opposta al consenso, ossia il rifiuto dell'atto medico, rappresenta, secondo un profilo personale, l'espressione del momento

⁶² Così M. DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, cit., p. 99 ss.; C. LALANNE-V. LANDI, *Gli aspetti generali del consenso al trattamento sanitario*, cit., p. 248 s.; diversamente, A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu Messineo, IV, Milano, 1982, p. 143; per le questioni chiamate in causa dal minore-paziente, C. VIGNALI, *La tutela della salute del minore*, cit., p. 1427.

⁶³ Parla della garanzia della *equivocabilità*, A. PUTIGNANI, *Consenso e disposizione della privacy*, in *Privacy* a cura di A. CLEMENTE, Padova, 1999, p. 241; analogamente S. PATTI, *Il consenso dell'interessato al trattamento dei dati personali*, cit., p. 457.

⁶⁴ Sulla forma scritta come di strumento di riflessione e di pubblicità volontaria, E. PELLECCIA, *Il consenso*, cit., p. 525.

⁶⁵ Sulla formalità richiesta, A. SCALISI, *Il diritto alla riservatezza*, cit., p. 237 ss.; G. COMANDÈ, *Art. 11 (Consenso) - Art. 12 (Casi di esclusione del consenso). Commento*, in E. GIANNANTONIO, M.G. LOSANO, V. ZENO ZENCOVICH, *La tutela dei dati personali. Commentario alla l. 675/96*, Padova, 1997, p. 115.



autodeterminativo, secondo altro profilo, prettamente negoziale, un momento modificativo, se non addirittura estintivo, del rapporto contrattuale di cura. Nella ricostruzione teorica del consenso, una duplicità indica un aspetto strettamente negoziale affiancato dall'esercizio della situazione propriamente esistenziale, la libertà di autodeterminazione del soggetto e di esercizio della libertà personale di cui all'art. 13 Cost.⁶⁶. Sulla scorta di queste considerazioni, s'individua agilmente un profilo oppositivo, che, in virtù dei principi di correttezza e liceità⁶⁷, può esprimersi nei confronti dell'attività negoziale illegittima ed eventualmente, se ve ne siano i presupposti, provocare le sanzioni opportune⁶⁸. Accanto a questo, si evidenzia un generale potere di revoca del consenso, che prescinde dall'allegazione di un legittimo motivo⁶⁹. Il momento del consenso e dell'opposta revoca, espressione del diritto alla costruzione dell'identità personale e dell'interesse all'etero-identificazione⁷⁰ o in qualità di esercizio del potere generale di autodeterminazione⁷¹, trovano nella situazione esistenziale il fondamento teorico e la propria indiscutibile legittimazione.

Questa ricostruzione non trova alcun impedimento tecnico-giuridico, quando si realizza l'ipotesi del soggetto capace di intendere e di volere, che si trovi anche nelle condizioni fisiche di adeguare il dato di realtà al proprio intendimento⁷²: il quarto comma dell'art. 35 cod. deont. sancisce, opportunamente, che "in ogni caso, in presenza di documentato rifiuto di persona capace di intendere e di volere, il medico deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona"; laddove, il primo comma dell'art. 38 cod. deont.,

⁶⁶ E' l'opinione di G. FERRANDO, *Il principio di gratuità biotecnologie e "atti di disposizione del corpo"*, cit., p. 768 ss. Sul versante della riservatezza, giunge alle medesime conclusioni, A. SCALISI, *Il diritto alla riservatezza*, cit., p. 240, riferendosi alla natura personalissima del diritto alla riservatezza e riconducendo la revoca agli artt. 50 e 51 c.p.

⁶⁷ Sui quali, le riflessioni compiute da P. IAMICELI, *Liceità, correttezza, finalità nel trattamento dei dati personali*, in *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali* a cura di R. PARDOLESI, I, Milano, 2003, p. 395 ss.

⁶⁸ Diffusamente, D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, cit., p. 358, afferma come la revoca del consenso sia espressione dell'esercizio della libertà di autodeterminazione del soggetto, una manifestazione di volontà diretta alla rimozione della condizione di liceità compreso dalla dichiarazione di autorizzazione; analogamente, S. VICIANI, *Strategie contrattuali del consenso al trattamento dei dati personali*, cit., p. 186 ss., la quale riconduce il potere di revoca, allorché non sia positivamente previsto, ad uno *ius poenitendi* che esprime il potere del singolo di "riconfermare in qualsiasi momento la propria identità".

⁶⁹ Così C.M. D'ARRIGO, *Il contratto e il corpo: meritevolezza e liceità degli atti di disposizione dell'integrità fisica*, in *Famiglia*, 2005, p. 815; M. DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, cit., p. 97.

⁷⁰ Particolarmente nella tutela della riservatezza, ancora E. PELLECCIA, *Il consenso*, cit., p. 499 ss.

⁷¹ In questa direzione, D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, cit., p. 358; ID., *Persona e destinazioni solidaristiche*, cit., p. 509; G. FERRANDO, *Il principio di gratuità biotecnologie e "atti di disposizione del corpo"*, cit., p. 771; già P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, cit., p. 192 ss.

⁷² E' la ricostruzione operata da G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co. 2, Cost., al principio di autodeterminazione*, cit., p. 89 ss.



afferma che “il medico deve attenersi, nel rispetto della dignità, della libertà e dell’indipendenza professionale, alla volontà di curarsi, liberamente espressa dalla persona”. Se la volontà del paziente emerge in modo chiaro e documentato e se questa sia attuabile autonomamente senza l’intervento di un terzo, non appaiono ravvisabili, pertanto, ostacoli di ordine pratico né teorico al libero esercizio della propria autodeterminazione, anche allorquando questa conduca, inesorabilmente, alla degenerazione ultima dello stato di salute. In questo senso, appare paradigmatico il disposto dell’art. 53 cod. deont., secondo il quale, “quando una persona rifiuta volontariamente di nutrirsi, il medico ha il dovere di informarla sulle gravi conseguenze che un digiuno protratto può comportare sulle sue condizioni di salute. Se la persona è consapevole delle possibili conseguenze della propria decisione, il medico non deve assumere iniziative coercitive né collaborare a manovre coattive di nutrizione artificiale, ma deve continuare ad assisterla”.

Il problema affiora con forza, diversamente, quando la volontà del soggetto emerge e sia evidente, ma non sia concretamente realizzabile da parte del soggetto fisicamente impossibilitato, se non con l’ausilio di un soggetto terzo⁷³. La questione diviene ancor più rilevante quando la volontà non risulti con attualità per la sopravvenuta totale o limitata incapacità naturale del soggetto, ma sia stata precedentemente manifestata⁷⁴, o, in linea

⁷³ G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l’art. 32, co. 2, Cost., al principio di autodeterminazione*, cit., p. 87 s. e p. 92 ss.

⁷⁴ Sui temi dell’autodeterminazione rispetto ai profili dell’incapacità fisica e di intendere e volere, G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l’art. 32, co. 2, Cost., al principio di autodeterminazione*, cit., p. 85 ss.; P. ZATTI, *Il diritto a scegliere della propria salute, (in margine al caso S. Raffaele)*, cit., p. 1 ss.; M. AZZALINI, *Tutela dell’identità del paziente incapace e rifiuto di cure: appunti sul caso Englaro*, cit., p. 331 ss.; A. SANTOSUOSSO, *La volontà oltre la coscienza: la Cassazione e lo stato vegetativo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, p. 1 ss.; specificamente sul testamento biologico, L. BALESTRA, *Il testamento biologico nell’evoluzione del rapporto medico-paziente*, cit., p. 102 ss. Sul caso *Englaro*, C. CASONATO, *Consenso e rifiuto alle cure in una recente sentenza della Cassazione*, in *Quad. cost.*, 2008, p. 557 ss.; F.D. BUSNELLI, *Il caso Englaro in Cassazione*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 966 ss.; G. FERRANDO, *Stato vegetativo permanente e trattamenti medici: un problema irrisolto*, cit., p. 1167 ss.; A. VENCHIARUTTI, *Stati vegetativi permanenti: scelte di cure e incapacità*, cit., p. 83 ss.; G. IADECOLA, *Il caso “Englaro”: la (problematica) via giudiziaria al testamento biologico*, in nota ad App. Milano, 25 giugno 2008, in *Giur. mer.*, 2008, p. 2504 ss.; R. PACIA, *Sull’interruzione delle cure del malato in stato vegetativo permanente*, in nota ad App. Milano, 9 luglio 2008, in *Fam. dir.*, 2008, p. 903 ss.; nonché sulla stessa pronuncia, G. IADECOLA, in *Giur. mer.*, 2008, p. 2504; A. CISTERNA, *Non sembrano più differibili regole sul testamento biologico*, in nota a Corte cost., 8 ottobre 2008, n. 334, in *Guida dir.*, 2008, 44, p. 42 ss. Da ultimo, sull’inammissibilità del ricorso della Procura di Milano avverso l’interruzione d’idratazione e alimentazione, Cass. S.U., 13 novembre 2008, n. 27145, in *Guida dir.*, 2008, 3, p. 58. In nota ad altra giurisprudenza, S. GLINIANSKI, *Il diritto alla libertà terapeutica degli orientamenti della magistrature civile, amministrativa e costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 132 ss. Si veda, inoltre, in nota a Trib. Modena, 13 maggio 2008, G. FERRANDO, *Diritto di rifiutare le cure, amministrazione di sostegno e direttive anticipate*, cit., p. 924 ss. Ancora, M. AZZALINI, *Trattamenti life-saving e consenso del paziente: doveri del medico dinanzi al rifiuto di cure*, in nota a Trib. Roma, 23 luglio 2007, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 65 ss.; G. FRANCOLINI, *Il dibattito sull’eutanasia tra Corte europea e giurisprudenza interna*, in nota a Corte eur. dir. uomo, 29



ancor più generale, in quelle ipotesi di persone legalmente incapaci, come i minori o i soggetti sottoposti a tutela⁷⁵. Il Codice medico esprime con lucidità alcuni di questi profili incerti, indicando, al quinto comma dell'art. 35 cod. deont., che “il medico deve intervenire, in scienza e coscienza, nei confronti del paziente incapace, nel rispetto della dignità della persona e della qualità della vita, evitando ogni accanimento terapeutico, tenendo conto delle precedenti volontà del paziente”; se sussistano condizioni d'urgenza, “tenendo conto delle volontà della persona se espresse, il medico deve attivarsi per assicurare l'assistenza indispensabile” (ult. comma dell'art. 36 cod. deont.); mentre, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà, il medico “deve tenere conto nelle proprie scelte di quanto precedentemente manifestato dallo stesso in modo certo e documentato” (ult. comma dell'art. 38 cod. deont.).

Nel caso di assenza di una manifestazione attuale della volontà della paziente incapace, ben nota giurisprudenza di legittimità ha usufruito, in luogo del parametro della beneficiabilità dell'intervento, del criterio del miglior interesse (*best interest*) del paziente, unitamente al noto procedimento di *ricostruzione della volontà e della personalità* dello stesso⁷⁶, che ha consentito di legittimare l'attività di gestione altrui, modellandosi alla complessiva personalità dell'individuo infermo, anche quando la volontà non sia stata esplicitata o sia stata espressa in modo non attuale⁷⁷, ma *attendibile*⁷⁸. Questo criterio

aprile 2002, in *Dir. fam. pers.*, 2002, p. 705 ss. Recentemente, Tar Lombardia, 26 gennaio 2009, n. 214, in *Guida dir.*, 2009, 7, p. 82, con nota di G. PALLIGGIANO, *Pratiche di sostegno vitale della persona equiparate alle prestazioni terapeutiche*.

⁷⁵ Sul problema specifico degli interventi terapeutici sui minori, G. CORASANITI, *Trasfusioni di sangue sul minore, diniego per motivi religiosi del consenso dei genitori e intervento del giudice*, cit., p. 3099 ss.; P. DI MARZIO, *Istituti di protezione del figlio naturale e consenso alla donazione di midollo osseo*, in nota a Trib. Perugia, 26 aprile 1999, in *Dir. fam. pers.*, 2000, p. 644 ss.; G. SERGIO, *Interesse del minore e scelte terapeutiche. Lettura ragionata di due casi giudiziari*, cit., p. 652 ss.; C. VIGNALI, *La tutela della salute del minore*, cit., p. 1421 ss.; specificamente sul tema della capacità di discernimento, in relazione a questi argomenti, G. FERRANDO, *Il principio di gratuità biotecnologie e “atti di disposizione del corpo”*, cit., p. 773 ss.

⁷⁶ Così Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, già cit., annotata da M.C. VENUTI, *Il diritto all'autodeterminazione sanitaria dei soggetti in stato vegetativo permanente: la corte di Cassazione sul caso di E.E.*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 93 ss.; da A. VENCHIARUTTI, *Stati vegetativi permanenti: scelte di cure e incapacità*, cit., p. 103 ss. R. PACIA, *Sull'interruzione delle cure del malato in stato vegetativo permanente*, cit., in nota ad App. Milano, 9 luglio 2008, in *Fam. dir.*, 2008, p. 903 ss. In materia di ricostruzione della volontà del paziente incapace, anche Tar Lazio, 12 settembre 2009, n. 8650, in *Guida dir.*, 2009, 39, p. 90 ss.

⁷⁷ Sulla connotazione di *attualità* riferita al consenso, C. LALANNE-V. LANDI, *Gli aspetti generali del consenso al trattamento sanitario*, cit., p. 250. In giurisprudenza, Cass. pen., 11 novembre 1970, in *Giust. pen.*, 1971, II, p. 820. Diversamente, per l'assenza di un principio generale che richieda per le ipotesi dispositive nei casi di incapacità, il requisito dell'attualità, M. FRANZONI, *Testamento biologico, autodeterminazione, responsabilità*, in *Resp. civ.*, 2008, p. 581 ss., part. p. 588.

⁷⁸ Sul consenso *presunto*, Cass. pen., 16 giugno 1986, in *Foro it.*, 1987, II, c. 4. Sul tema, P. STANZIONE-V. ZAMBRANO, *Attività sanitaria e responsabilità*, Milano 1998, p. 300 ss. Se i termini della volontà fossero espliciti, ma non attuali, al medico spetterebbe, quale adempimento di un obbligo contrattuale fondato sulla fiducia, nonché per



consente al giudice, anche nelle ipotesi di soggetti capaci di discernere, di formarsi un convincimento pieno nella direzione in cui “la complessiva personalità dell’individuo cosciente” sia “nel senso di ritenere lesiva della concezione stessa della sua dignità, la permanenza e la protrazione di una vita vegetativa”⁷⁹. La volontà, pertanto, sarebbe *presunta* solo nel senso, tecnicamente inteso, di essere ricavata da una serie di elementi probatori chiari e definiti ed essere desumibile dalla complessiva personalità del soggetto attualmente incapace⁸⁰.

Il pericolo annidato nel procedimento presuntivo, relativo alla concreta difficoltà di giungere ad una valutazione neutra della situazione⁸¹, non è in grado di oscurare il rischio di privare il soggetto, sprovvisto del potere sulla propria e autonoma soggettività corporea⁸², dell’attributo stesso di persona, in una sorta di procedimento espropriativo del

assolvimento di un dovere costituzionale inderogabile, la realizzazione delle direttive anticipate, da disattendere solo se si rinviengano fondate ragioni per desumere che esse non rispondano più alla volontà del soggetto: così G. FERRANDO, *Stato vegetativo permanente e trattamenti medici: un problema irrisolto*, cit., p. 1181; C. CASONATO, *Consenso e rifiuto alle cure in una recente sentenza della Cassazione*, cit., p. 573, reputa necessario un provvedimento motivato del medico, per giustificare la mancata adesione alla volontà precedentemente espressa dal paziente ora incapace. In Trib., Modena, 5 novembre 2008, con nota di G. FERRANDO, *Amministrazione di sostegno e rifiuto di cure*, cit., p. 277 ss., dove, in massima; “Allorché taluno, avvalendosi della norma di cui all’art. 408, secondo comma, c.c., abbia designato taluno il suo auspicato amministratore di sostegno in previsione della propria ed eventuale futura incapacità futura, contestualmente esprimendo direttive di dissenso circa l’adozione di determinate terapie, ancorché salvifiche, detta volontà va rispettata, e nominato un amministratore di sostegno con l’incarico di negare, in nome e per conto del beneficiario, il consenso autorizzativo dell’evento sanitario salvifico. [...]. I poteri-doveri demandati in via sostitutiva andranno esercitati dall’amministratore di sostegno alla ferma condizione che il beneficiario non manifesti, qualsivoglia ne siano le modalità espressive, una volontà opposta a quella precedentemente manifestata quando ancora si trovava nel pieno possesso delle capacità cognitive”.

⁷⁹ Così in massima del Trib., Modena, 13 maggio 2008, appena citata, p. 2515; su volontà *presunta* e *ipotetica*, R. PACIA, *Sull’interruzione delle cure del malato in stato vegetativo permanente*, cit., p. 917 ss.

⁸⁰ Sui problemi del consenso *presunto*, P. STANZIONE-V. ZAMBRANO, *Attività sanitaria e responsabilità*, cit., p. 300 ss.; E. CALÒ, *Il consenso del terzo al trattamento medico*, in *Danno resp.*, 1999, p. 861, part. p. 864; Cass. pen., 16 giugno 1986, in *Foro it.*, 1987, II, c. 4, già cit.; nonché Cass., 15 gennaio 1997, n. 364, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, p. 573, sulla presunzione di un consenso implicito rivolto a tutte le operazioni accessorie, preparatorie o successive, in connessione con l’operazione cui il paziente ha acconsentito. Rifiuta in maniera assoluta l’ammissibilità del consenso prestato dai parenti, C. VIGNALI, *La tutela della salute del minore*, cit., p. 1427; Trib. Milano, 4 dicembre 1997, in *Danno resp.*, 1998, p. 697 ss., cit.

⁸¹ Lo rileva A. VENCHIARUTTI, *Stati vegetativi permanenti: scelte di cure e incapacità*, cit., p. 105, indicando la funzione di garanzia dell’autorità giudiziaria verso il miglior interesse del paziente. Si veda, nel panorama francese, le considerazioni sul procedimento presuntivo del consenso e sul rifiuto del paziente incapace, B. MATHIEU, *L’architettura della legislazione francese relativa alla bioetica. Dai principi alle regole delle pratiche*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2007, p. 1751 ss.

⁸² Sulla fondamentale dicotomia e interrelazione fra corpo inteso nella sua fisicità e corpo vivente e non “cosale”, J. HABERMAS, *Il futuro della genetica umana. I rischi di una eugenetica liberale*, Torino, 2002, p. 14 ss., che



corpo e del destino di un soggetto⁸³, e della concreta attuazione dei suoi interessi più intangibili⁸⁴.

4. Nelle ipotesi di soggetti incapaci, la questione emerge in maniera ancora più problematica: ciò avviene, in primo luogo, poiché risulta evidente come non si possano ritenere equipollenti l'ipotesi del soggetto totalmente incapace - la cui volontà non possa ricostruirsi in alcun modo o desumersi *aliunde* -, dal caso in cui il soggetto, attualmente incapace, abbia in precedenza manifestato la propria volontà circa l'interruzione del trattamento o quest'ultima sia in qualche modo ricavabile⁸⁵.

Il medico, da una parte, è tenuto ad assicurare nelle condizioni di urgenza l'assistenza medica indispensabile (art. 36, ult. comma, cod. deont.) e, nell'ipotesi di compromissione dello stato di coscienza, deve proseguire nella terapia di sostegno vitale, finché ritenuta ragionevolmente utile, evitando ogni forma di accanimento terapeutico (art. 39, secondo comma, cod. deont.); dall'altra, lo stesso medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà, deve tenere conto nelle proprie scelte di quanto precedentemente manifestato dallo stesso in modo certo e documentato (art. 38, ult. comma, cod. deont.), in ossequio alla volontà di curarsi, liberamente espressa dalla persona. La questione nodale, quindi, risulta quella di ritrovare un temperamento adeguato fra i doveri di assistenza e di diligenza del medico e i liberi processi di autodeterminazione dignitosa del paziente minore; e, di qui, fra detto principio autodeterminativo e i problemi legati all'incapacità, non solo rispetto all'intendimento ed alla volizione, ma anche con riguardo allo stato complessivo della persona, che di fatto è privata dei caratteri tipici della soggettività personale, nei termini elaborativi, evolutivi e relazionali⁸⁶.

La risoluzione delle questioni intimamente legate ai trattamenti terapeutici del paziente minore possono, a prima vista, apparire più agili, allorché non emerga e non sia possibile desumere, neppure attraverso la ricostruzione della personalità del paziente, alcuna volontà a

riprende a sua volta l'insegnamento di H. PLESSNER, distinguendo fra *Leib sein* e *Körper haben*; si veda già E. HUSSERL, *Meditazioni cartesiane*, Milano, 2002, p. 119 ss., che, a sua volta, differenziava fra *Leib*, corpo vivente, e *Körper*, corpo organico nella sua fisicità. Su questi profili si vedano le illuminanti riflessioni di P. ZATTI, *Il corpo e la nebulosa dell'apparenza*, cit., p. 1 ss. e part. p. 5.

⁸³ Segnala il pericolo, M. AZZALINI, *Tutela dell'identità del paziente incapace e rifiuto di cure: appunti sul caso Englaro*, cit., p. 341.

⁸⁴ Sul profilo della promozione della dignità della vita, in relazione alla quale l'incapacità non può costituire in alcun modo un *discrimen*, M. AZZALINI, *Tutela dell'identità del paziente incapace e rifiuto di cure: appunti sul caso Englaro*, cit., p. 343; A. GALASSO, *Biotecnologie e atti di disposizione del corpo*, in *Famiglia*, 2001, p. 921; similmente, C. CASONATO *Consenso e rifiuto alle cure in una recente sentenza della Cassazione*, cit., p. 561.

⁸⁵ Puntualmente, A. SANTOSUOSSO, *La volontà oltre la coscienza: la Cassazione e lo stato vegetativo*, cit., p. 2, ricorda come, quando si affrontano i problemi concernenti il diritto alla vita, questo si delinea come "una sorta di superdiritto, che finisce con l'impedire ogni distinzione e con il coprire ogni differenza". Sui problemi relativi all'incapacità, M. DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, cit., p. 99 s.

⁸⁶ M. AZZALINI, *Tutela dell'identità del paziente incapace e rifiuto di cure: appunti sul caso Englaro*, cit., p. 339.



quello riconducibile, in ragione della sua assoluta incapacità legale⁸⁷. Questa apparente semplicità è dovuta ad una netta contrapposizione nella dualità del rapporto⁸⁸, che vede partecipi, con la piena sostituzione della figura del paziente, il rappresentante legale⁸⁹ e il sanitario. In questa relazione, infatti, qualora emergano profili di conflittualità, è attribuito al medico l'obbligo di rinviare l'informazione all'autorità giudiziaria e, in ogni caso, di assistenza per le situazioni di urgenza: recita l'art. 37 cod. deont. che "allorché si tratti di minore o di interdetto il consenso agli interventi diagnostici e terapeutici, nonché al trattamento dei dati sensibili, deve essere espresso dal rappresentante legale. Il medico, nel caso sia stato nominato dal giudice tutelare un amministratore di sostegno deve debitamente informarlo e tenere nel massimo conto le sue istanze. Nel caso di opposizione da parte del rappresentante legale al trattamento necessario e indifferibile a favore di minori o di incapaci, il medico è tenuto ad informare l'autorità giudiziaria; se vi è pericolo per la vita o grave rischio per la salute del minore e dell'incapace, il medico deve comunque procedere senza ritardo e secondo necessità alle cure indispensabili"⁹⁰.

Tuttavia, la risoluzione del conflitto nei termini sopra evidenziati, ossia con la segnalazione del caso al giudice della tutela per le ipotesi di aperti contrasti fra sanitario e rappresentante legale e con l'obbligo inderogabile di assistenza, non può naturalmente esaurire le problematiche insite nella materia. In via anche solo meramente teorica, si deve pensare al fatto che il potere tutorio si esprima nella sua pienezza unicamente con riferimento agli atti di assenso alle disposizioni mediche e non agli atti di diniego, rinvenendo una presunzione assoluta che gli atti di rifiuto - e non quelli di assenso - attengano ad una sfera soggettiva che non può essere lasciata all'incondizionato potere del rappresentante legale⁹¹.

Quando lo stato dell'incapacità si fondi sulla minore età, anche l'assolvimento degli oneri del consenso informato si caratterizza per ulteriori peculiarità, soprattutto quando il minore per le sue concrete caratteristiche, dimostri una capacità di discernimento relativamente ai trattamenti di cui è oggetto.

Costituisce significativa esplicitazione di quanto appena detto, il disposto del secondo comma dell'art. 38 cod. deont.: "il medico, compatibilmente con l'età, con la capacità di comprensione e con la maturità del soggetto, ha l'obbligo di dare adeguate

⁸⁷ Sul *silenzio* come strumento di manifestazione in senso stretto dell'autonomia negoziale, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p. 211 ss.; V. SCALISI, voce *Manifestazione in senso stretto*, in *Enc. dir.*, XXV, 1975, p. 477 ss. Ampiamente sul tema della manifestazione di volontà non esplicitate, si rinvia alle riflessioni approfondite di S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978, *passim*.

⁸⁸ Su questa dualità, M. AZZALINI, *Tutela dell'identità del paziente incapace e rifiuto di cure: appunti sul caso Englaro*, cit., p. 344 ss.; A. VENCIARUTTI, *Stati vegetativi permanenti: scelte di cure e incapacità*, cit., p. 104.

⁸⁹ Sul potere di disporre totalmente ed incondizionatamente della persona in stato di incoscienza, U.G. NANNINI, *Il consenso al trattamento medico*, cit. p. 427 ss.

⁹⁰ Per un'ipotesi siffatta, Pret. Genova, 20 marzo 1986, in *Foro it.*, 1987, I, c. 1343.

⁹¹ E' questa, invece, l'opinione di R. PACIA, *Sull'interruzione delle cure del malato in stato vegetativo permanente*, cit., p. 919. Precisamente sul punto, ma di segno opposto, Trib. Modena, 5 novembre 2008, cit., p. 35.



informazioni al minore e di tenere conto della sua volontà. In caso di divergenze insanabili rispetto alle richieste del legale rappresentante è tenuto a segnalare il caso all'autorità giudiziaria; analogamente deve comportarsi di fronte a un maggiorenne infermo di mente⁹². Il medico, infatti, dovrà comunicare con il soggetto (qui, addirittura, prescindendo dallo stato d'incapacità), tenendo conto della capacità di comprensione, al fine promuovere la sua massima *partecipazione* alle scelte decisionali e l'adesione alle proposte diagnostico-terapeutiche (secondo comma, art. 33 cod. deont.).

Le considerazioni svolte in relazione all'insufficienza della prospettiva dicotomica capacità/incapacità a realizzare e promuovere la personalità dei soggetti incapaci⁹³, sono confermate dall'introduzione, fortemente voluta, dell'istituto dell'amministrazione di sostegno, e della modifica intervenuta su interdizione e inabilitazione (art. 427 c.c.)⁹⁴, che ha tentato di imprimere anche ai tradizionali istituti di protezione, pur limitatamente ai confini positivamente indicati del contesto patrimoniale, un generale principio di libertà, volto a preservare, quando e quanto più possibile l'autodeterminazione del soggetto infermo. In una visione più ampia, ne sono testimoni anche quelle disposizioni che rendono il minore, dotato di una valutata autonoma capacità di discernere, partecipe con il proprio processo intellettuale, dei momenti essenziali della propria vita, attraverso le modalità dell'ascolto in sede di procedimento adottivo (art. 7, l. 4 maggio 1983, n. 184, come modificato dall'art. 7, l. 28 marzo 2001, n. 149), nella patologia familiare (art. 155 *sexies* c.c. introdotto dalla disciplina sull'affido condiviso)⁹⁵ e nel terzo comma, d.lgs. 286/1998, in materia di immigrazione. Emerge una sostanziale rinnovata sensibilità culturale sia nei confronti delle malattie totalmente invalidanti i processi

⁹² Sulle problematiche concernenti i contrasti fra figlio minore capace di discernere e genitori, per il caso particolare di prelievo di midollo osseo per trapianto allogenico, P. DI MARZIO, *Istituti di protezione del figlio naturale e consenso alla donazione di midollo osseo*, cit., p. 663 ss.

⁹³ Su queste tematiche e sulla capacità di discernimento, P. PERLINGIERI, *Gli istituti di protezione e di promozione dell'“infermo di mente”. A proposito dell'andicappato psichico permanente*, cit., p. 54 ss.; P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, cit., p. 250 ss.; G. LISELLA, *Interdizione “giudiziale” e tutela della persona. Gli effetti dell'incapacità legale*, cit., part. p. 44 ss., p. 56 ss.

⁹⁴ In argomento, per tutti, F. RUSCELLO, *“Amministrazione di sostegno” e tutela dei “disabili”. Impressioni estemporanee su una recente legge*, cit., p. 149 ss.; G. FERRANDO (a cura di), *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione*, cit., p. 1 ss.; S. PATTI (a cura di), *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 1 ss. Sul tema del consenso o rifiuto ai trattamenti medici, G. FERRANDO, *Stato vegetativo permanente e trattamenti medici: un problema irrisolto*, cit., p. 1179 ss.

⁹⁵ Già prima della riforma sul tema della tutela e dell'autonomia del minore nella patologia familiare, per tutti, F. RUSCELLO, *La tutela del minore nella crisi coniugale*, Milano, 2002, *passim*, part. p. 70 ss.; G. SERGIO, *L'ascolto del minore e la giustizia*, cit., p. 598 s. Sul principio dell'ascolto a seguito della novella sull'affido condiviso, F. DANOVÌ, *L'audizione del minore nei processi di separazione e divorzio fra obbligatorietà e prudente apprezzamento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1418 ss.; P. DI MARZIO, *L'audizione del minore nei procedimenti civili*, in *Dir. fam. pers.*, 2011, p. 366 ss.



intellettivi, sia della minore età come momento essenzialmente evolutivo dell'individuo, l'esatto contrario di una situazione limitante⁹⁶.

In questo panorama, almeno teoricamente rinnovato, non viene certo sconfessata la generale (ma non assoluta) prevalenza del ruolo genitoriale o tutorio nelle fattispecie conflittuali e la soluzione giudiziaria, spesso per il tramite di un provvedimento *ex art.* 333, che si fondano su ragioni di garanzia. Tuttavia, la classica relazione fra medico curante e legale rappresentante, che caratterizzava tipicamente il dialogo con il giudice nelle ipotesi di contrasto, opportunamente si arricchisce, quando possibile, del ruolo attivo del minore maturo, partecipe attivo e cosciente delle scelte attinenti alla propria salute, privilegiando un "tendenziale" principio di autodeterminazione del minore⁹⁷.

Per altro verso, invece, il contenuto tipico del consenso informato e dello speculare obbligo informativo, sarà destinato a specificarsi e trasformarsi quanto ai caratteri della *qualità* e della *quantità* delle informazioni dovute al minore. Il diritto di sapere, di cui è titolare il minore come qualunque altro paziente, non tradisce naturalmente il principio di rispetto della sua dignità, il fine precipuo della beneficiabilità e quello tendenziale della terapeuticità degli interventi, anche quando detti interventi si qualificano in termini omissivi, ma pur sempre realizzanti la salute identitaria e autodeterminativa del paziente minore.

Allo stesso modo non viene smentito il principio del consenso stesso, correlato con l'ascolto del minore, per il quale deve essere ricavato il maggior grado di adesione e partecipazione alle scelte medico-sanitarie. La letteratura scientifica, in tal senso, opportunamente rivela il favore, piuttosto che verso documenti scritti e questionari, verso un dialogo aperto ed effettivo con il medico curante, che sappia percepire le fragilità e le peculiarità del singolo paziente e della singola coppia genitoriale, attraverso una comunicazione semplice, ma sempre disponibile; fornendo informazioni chiare ed adeguate, che evitino confusione e aiutino a comprendere, in un processo dialogico continuo⁹⁸, che valica i confini del formalismo tipico dei formulari medici.

Pertanto, s'impone che l'obbligo informativo del medico e il diritto all'informazione del paziente minore (e della coppia genitoriale) vengano adeguati al contesto specifico e che la somministrazione delle informazioni si pieghi a canoni differenti: sotto il profilo della *qualità* e della *quantità*, esse dovranno essere fornite con un linguaggio semplice e comprensibile, comunque modulato con la concreta e specifica capacità di discernimento del minore e con l'età e avendo attenzione anche a profili di valutazione e di evoluzione su un piano psicologico, nel rispetto della dignità e del miglior interesse del paziente. Il medico, dall'altro lato, dovrà attuare un delicato bilanciamento

⁹⁶ In tal senso si preferisce porre l'accento sulla capacità di intendere e di volere piuttosto che sulla capacità d'agire: così M. DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, cit., p. 99 ss.; diversamente, C. VIGNALI, *La tutela della salute del minore*, cit., p. 1427.

⁹⁷ A. SCALISI, *Famiglia e diritti del minore*, cit., part. p. 823 ss.

⁹⁸ Testualmente, L. MASSIMO, T.J. WILEY, *La condivisione del consenso informato in pediatria*, in *Quaderni acp*, 2005, p. 48 s.



fra meccanismi di autodifesa del minore e, in senso opposto, con un senso di onnipotenza che lo stesso può sviluppare, alla luce di una (pur minima) decodificazione delle relazioni e del tessuto familiari, concretamente presenti⁹⁹. L'adesione alle proposte diagnostico-terapeutiche da parte di un minore, ancorché maturo, deve consegnare al minore stesso una realtà che sia per lui comprensibile e compatibile, privilegiando la *qualità* di informazioni adeguatamente modulate, in luogo della loro *specificità* e della *quantità*, anche di quelle esplicitamente richieste.

La capacità che il medico saprà dimostrare, si misurerà quindi nella sua abilità di convogliare il processo informativo e la prognosi infausta o incerta verso sostanziali elementi (non tanto di speranza, quanto) di una *normalità* accettabile per il minore.

⁹⁹ Sono alcune delle raccomandazioni delle Linee guida per il consenso informato nella ricerca biomedica che coinvolge popolazioni pediatriche come partecipanti della ricerca (http://www.fimp.org/sperimentazione/allegati/linee_guida_consensoinformato.pdf).