



Le neuroscienze, la capacità e la radiografia della macchina del pensiero

Virginia Zambrano

SOMMARIO: 1. In un futuro non troppo lontano. 2. Il diritto e la radiografia della macchina del pensiero. 3. Il *totem* della capacità e il tabù dell'incapacità. 4. Coscienza e volontà fra costruzioni giuridiche e *common sense*. 5. A proposito di falsi miti: la capacità del minore e la *informed doctrine formula*. 6. Foucault, e *le droit de faire vivre et de laisser mourir*. 7. Conclusioni e breve postfazione.

1. Il cinema, come noto, osserva la vita e, osservandola, la narra, così come fa il diritto. Specchio della vita di cui riproduce ritmi, quotidianità, consuetudini, limiti, fantasie il cinema finisce spesso volte per provvedere singolari corrispondenze fra vicende sociali ed esistenziali, da un lato, e problematiche giuridiche, dall'altro. In questi casi la narrazione si fa spunto di riflessione, momento di analisi, terreno di indagine inconsueto; un terreno che costringe il giurista a proiettare nella realtà rappresentata le categorie e l'approccio dogmatico cui è aduso. Certo, la creazione di simboli giuridici, di categorie e di medi linguistici è opera del giurista che attinge al clima sociale e culturale in cui opera. Ciò non toglie che i sofisticati strumenti concettuali di cui questi si avvale, talvolta, possano soffrire un disallineamento rispetto a quella realtà che pure pretenderebbero sistematizzare. La finzione, come non raramente accade, può allora servire da spunto per ripensare, o riflettere, sulla perdurante modernità di determinati istituti. Ed è quanto avviene in *Robot & Frank*, delicata pellicola sulla demenza senile che apre una finestra di riflessione sulla capacità (si intende di agire), il cui affievolirsi è neutralizzato da un Robot, chiamato ad affiancare l'umano.

La pellicola è la messa in scena di un contatto fra l'uomo, non più capace di agire, ma pur sempre in grado di attivare i sentimenti, e la macchina, scrupolosa esecutrice di ordini. Lo scenario di riferimento è la tecnologia che riscuote successo sul palco della decadenza della persona. Frank attraversa momenti di lucido intervallo e, a causa dell'età, vive in una dimensione che non lo riflette. Il Robot – moderno amministratore di sostegno – è programmato per far fronte alle esigenze dell'uomo, stargli accanto nella vita, soddisfare i suoi desideri, seguirlo nelle terapie e nelle attività quotidiane da svolgere. L'inizio della relazione con la macchina è fatto di chiusura, avversione, ostilità, allontanamento fino a quando l'umanità di Frank – vecchio ladro di gioielli – non riesce a fare breccia nel complesso sistema di algoritmi del Robot della cui complicità egli si avvarrà per realizzare un furto. Per Frank il prezzo della salvezza sarà la formattazione della macchina suggerita dallo stesso Robot che, contagiato dall'umano, non era stato capace di prendersi cura dell'uomo.

La formattazione di Robot, tuttavia, distruggendo il passato demolisce, con esso, anche la vita di Frank, cui non resta che l'internamento in una casa di riposo per anziani.

La perdita della memoria celebra la precarietà dei processi che consentono alla persona di rendersi conto delle conseguenze della propria azione, di ciò che gli accade



intorno. Sia vecchiaia, sia malattia, sia ancora età ovvero particolari condizioni patologiche e mentali la capacità è sotto attacco. La macchina, con il suo rigoroso determinismo, è chiamata a scendere in campo per rimediare non solo alle imperfezioni dell'umano e ai suoi limiti, ma anche all'età, alla malattia, al decadimento cerebrale. La pellicola ritorna sulla antica questione della programmabilità di circuiti elettronici intelligenti in grado di intercettare tanto il *logos* quanto la mente umana e dare esito anche a manifestazioni di idee, desideri, pensieri. Nel contesto rappresentativo narrato, il Robot "contagiato" dall'uomo, sembra acquisire coscienza e cambiare "natura", divenire umano al punto da condividere con Frank la complicità di un furto. La "umanizzazione" della macchina celebra perciò la singolarità di ciascuna esperienza umana, l'imprevedibilità delle reazioni, la unicità del vissuto e un sentire che finirà con l'avere la meglio su algoritmi e processi elettronici. Fino a qui la vicenda cinematografica.

Ispirato dalle provocazioni che la storia appena narrata lascia intravedere, il fuoco dell'analisi si fa, sul versante giuridico, particolarmente interessante. A parte ogni discorso – di impronta più che altro filosofica – sulla oggettivizzazione post-moderna della persona (che consegna a tutti un futuro in cui sarà necessario convivere con le macchine e non si sa bene con quali risultati¹), ulteriore materiale di riflessione si rinviene nella necessità di verificare quanto rimanga in piedi, alla luce delle neuroscienze, di talune regole di funzionamento del sistema giuridico. Sotto esame sono le questioni della libertà e razionalità limitata che connotano i processi cognitivi e decisionali, della responsabilità per gli atti compiuti volontariamente e, dunque, della capacità².

2. Avvalendosi delle potenzialità offerte dall'ingegneria informatica di leggere le connessioni neuronali che si attivano nel cervello umano (cosa che ben potrebbe condurre in futuro alla costruzione di macchine pensanti, con tutti i timori paventati da Bostrom), la neurobiologia ha cominciato a studiare il cervello e le reazioni che in esso trovano causa, scoprendo che l'attivazione dei processi decisionali – nei soggetti affetti da patologie mentali – è condizionata da alterazioni genetiche e/o fisiologiche le quali, nel momento in cui annullano la differenza fra stimoli superiori e inferiori, condizionano anche il tipo di risposta offerta dal paziente. Tomografia ad emissione di positroni (PET), Risonanza magnetica funzionale (fMRI), l'Elettroencefalogramma multicanale (EEG), la SPECT, Magnetoencefalografia (MEG), spettroscopia ad infrarossi (NIRSI), nate per risolvere

¹ Si rinvia sul punto alle riflessioni e ai timori circa l'incapacità dell'uomo di governare appieno la macchina del filosofo, direttore del *Future of Humanity Institute*, N. BOSTROM, *Superintelligenza. Tendenze, pericoli, strategie*, Torino, 2015; S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2016, p. 165. L'A. osserva come, specie per quanto attiene alla persona, la scienza racconti di "una ininterrotta vicenda di interventi sul corpo" che, decostruendolo alla ricerca di una possibile epistemologia, indaga piuttosto le reazioni chimico-biologiche, il funzionamento degli organi, eventuali interventi "manutentivi" (p. 83), conducendo a radicali conseguenze perché impone al diritto risposte che non sempre questo è in grado di offrire.

² Troppo vasta la letteratura in tema perché non si rischi di tralasciare importanti contributi. Per tutti, valga il rinvio a P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975, *passim*; P. STANZIONE, *Il soggetto. II. Capacità, legittimazione, status*, in *Trattato di diritto civile e commerciale, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger*, Milano, 2017, ed *ivi amplia bibliografiae* non solo perché mio maestro, ma perché a lui – coltivando un importante filone dottrinale – si deve la attenta riflessione che, nella prospettiva di rivalutazione della persona, ha consentito di portare alle estreme conseguenze il discorso sulla capacità di discernimento; V. SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio «personalista» in Italia e nell'Unione Europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 2, p. 147 s.



soprattutto questioni mediche (come la verifica dell'ampiezza della lesione cerebrale in pazienti affetti da cancro, Alzheimer, etc.)³, non solo hanno facilitato lo studio anatomico del cervello e dell'attività cerebrale permettendo di definire tecniche terapeutiche mirate per la cura di stati neuronali "anomali", ma di fatto hanno messo in evidenza come l'organizzazione e il funzionamento del cervello incidano sul modo in cui ciascuno di noi reagisce a stimoli esterni e si comporta di fronte al comando. Ridotto al sostrato fisiologico, l'uomo neuronale sembrerebbe così decretare la stessa fine del diritto⁴. Se le decisioni che si assumono – secondo quanto emerge dalle tecniche di *neuroimaging* – sono prodotte da un'attività elettrica cerebrale sollecitata da stimoli esterni e che si avvia qualche istante prima che il soggetto percepisca, o finanche abbia consapevolezza della decisione, allora la autonomia e la capacità di assumere scelte libere e consapevoli si riducono a "finzioni" giuridiche, elaborate per il soggetto di diritto che, per partecipare al traffico giuridico, deve avere determinati requisiti.

La verifica del modo in cui il nostro cervello pianifica reazioni, giudizi estetici e morali, la stessa capacità di esprimere giudizi o di essere razionali in situazioni emozionali allontana l'idea del soggetto in grado di assumere decisioni libere e consapevoli, espressioni di un volere che si è formato grazie alle informazioni ricevute⁵. Piuttosto, se il cervello non è altro che un "supersystem of systems" dove ogni sistema è composto di "interconnection of small but macroscopic cortical regions and subcortical nuclei, which are made of microscopic local circuits, which are made of neurons, all of which are connected by synapses"⁶ è giocoforza concludere che tanto i processi fisiologici quanto quelli decisionali non sono altro che manifestazioni deterministiche di un'attività elettrica la quale si accende in risposta a determinati impulsi esterni. La riduzione del mentale al cerebrale, frutto del rilievo assegnato alla componente fisica, facendo rientrare il mentale "nella struttura nomologico-causale del mondo"⁷, porta inevitabilmente con sé tutto l'apparato concettuale delle scienze fisiche e naturali. In questa traiettoria logica la meccanicità della condotta finisce, ad esempio, con il fornire più di un appiglio allo sviluppo della figura ortodossa del modello di consumatore medio "robot-like expert", offerta dalle teorie economiche comportamentali⁸. La "mappatura" e l'elaborazione delle risposte comportamentali a stimoli visivi, unitamente alla individuazione delle zone del cervello in cui si determinano le decisioni che inducono all'acquisto equipaggia le imprese di informazioni in grado di dar vita a messaggi pubblicitari più coinvolgenti e persuasivi e, quindi, più affidabili dal punto di vista del *marketing*. Tanto, con buona pace delle esigenze

³ Si pensi, ad esempio, alla magnetoencefalografia usata proficuamente nella diagnosi dell'epilessia, M. SINIATCHKIN, M. KOEPP, *Neuroimaging and neurogenetics of epilepsy in humans*, in *Neuroscience*, 1, 2009, p. 164 ss.; E. TAMILIA, J.R. MADSEN, P.E. GRANT, P.L. PEARL, C. PAPADELIS, *Current and Emerging Potential of Magnetoencephalography in the Detection and Localization of High-Frequency Oscillations in Epilepsy*, in *Front Neurol.*, 2017, 8, 14, (doi: 10.3389/fneur.2017.00014). Non v'è dubbio, inoltre, dell'importanza che assume la possibilità di definire lo stato cognitivo della persona per verificarne la capacità ovvero, in presenza di danni cerebrali, contribuire alla individuazione della patologia (anche attraverso diagnosi differenziali) e del potenziale riabilitativo e, di conseguenza, alla elaborazione di protocolli personalizzati di intervento.

⁴ Cfr., la premessa di P. ROSSI in AA.VV., *Fine del diritto?*, Bologna, 2009.

⁵ C.M. BIANCA, *Diritto Civile. 3. Il contratto*, Milano, p. 21.

⁶ In tal senso, A.R. DAMASIO, *Descartes Error. Emotion, Reason and the Brain*, New York, 1995, p. 30.

⁷ M. RUOSO, *Libero arbitrio e neuroscienze. Alcuni spunti di riflessione*, in *Esercizi Filosofici*, 9, 2014, p. 141.

⁸ R. THALER, *Toward A Positive Theory Of Consumer Choice*, in *Journal of Economic Behavior and Organization*, 1, 1980, pp. 39-60.



di tutela del consumatore cui un attento legislatore tenta con di offrire supporto. A leggere selettivamente le norme del codice civile, tracce significative della esigenza di apprestare tutela adeguata a situazioni di vulnerabilità si rinvergono in un impianto regolatorio che – anche prima che si diffondesse l’esigenza di tutela della persona in situazioni particolare le quali sfidano la razionalità della scelta individuale (si pensi, ad esempio, alla funzione dell’art. 33 cod. consumo) – si preoccupa con un atteggiamento paternalistico “di assicurare una particolare protezione della persona, o di una intera categoria di persone, da atti contrari al proprio interesse”⁹. In via del tutto esemplificativa, è interessante osservare come siffatta dimensione si trovi a fondamento ad esempio dell’art. 5 c.c., art.83 c.c., art. 458 c.c. (sia pur con l’ammorbidente di cui alla l. 55/2006), nella disciplina della incapacità di disporre per testamento (art. 591 c.c.) o, ancora, si rinverga nella disciplina della nullità delle clausole di esonero della responsabilità di cui all’art. 1229 c.c. (e a tutte le applicazioni che questa regola riceve in ambito contrattuale). Come dire, la consapevolezza della fragilità della persona è ben presente al legislatore che, pur facendo salvo il principio dell’autonomia, non raramente interviene a tessere le trame di strumenti di protezione della persona. Si tratta di una sottolineatura rilevante che lo stesso Laurent sembra cogliere allorché, pur evidenziando che “quand le législateur fait des lois sur les contrats, il n’entend pas imposer aux parties contractantes les règles qu’il trace sur les conditions et les effets des conventions. Le principe est, au contraire qu’il leur laisse la plus entière liberté. Cette liberté est donc de l’essence du contrat”, poi non manca di precisare che “il y a des dispositions prohibitives qui résultent des conditions établies par la loi pour la validité d’un acte juridique. Il va sans dire que les parties contractantes n’y peuvent pas déroger, malgré la liberté dont elles jouissent, car cette liberté ne va pas jusqu’à vouloir qu’un acte soit valable quand il ne réunit pas les conditions prescrites pour sa validité”¹⁰.

In contrasto con un approccio di tipo deterministico, la psicologia, la sociologia, l’antropologia raccontano dell’uomo come essere che interagisce con l’ambiente circostante, con ciò mirando a “recuperare” anche al discorso giuridico una qualche componente indeterministica che ne lasci sopravvivere volontà ed autonomia¹¹. La complessità del comportamento umano, prodotto dell’interazione non lineare di una serie di fattori ambientali, sociali, culturali e anche genetici e/o fisiologici, renderebbe estremamente difficile la predizione esatta delle sue condotte. Altrimenti detto, qualcosa sembrerebbe “inserirsi” nel processo decisionale e indebolire la meccanica riconducibilità della volontà al mero dispiegarsi causale degli eventi. Questo qualcosa potrebbe essere la nascita di una “coscienza” la quale produrrebbe uno scarto fra l’azione tenuta e la prospettiva meramente deterministica. Essa – secondo Libet e Soon – si attiverebbe però solo in una fase successiva allorché, in presenza di determinati stimoli, si sia già innescata una successione di eventi cerebrali inconsci, sebbene poi non sia chiaro come tale coscienza possa intervenire in un cervello che risponde in maniera tutto sommato meccanica. A

⁹ F. COSENTINO, *Il paternalismo del legislatore nelle norme di limitazione dell’autonomia dei privati*, in *Quadrimestre*, 1993 p. 120. Per una critica alla opposizione fra paternalismo e antipaternalismo, R. CATERINA, *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, in *Riv.dir.civ.*, 2005, p. 771 ss.

¹⁰ F. LAURENT, *Principes de droit civil, Tome 1*, 3e éd., 1878, n°37, p. 57 e n°64, pp. 97-98.

¹¹ Sull’antirealismo della teoria della scelta razionale che sfida l’immagine dell’*homo oeconomicus*, R. CATERINA, *Psicologia della decisione e tutela del consumatore*, in *Analisi giur. dell’economia*, 1/2012, p. 2 ss.



seguire questa diversa posizione – la quale, a differenza della prima, lascia sopravvivere una parvenza di autonomia – all'intervento del *rule-maker* non potrebbe che assegnarsi un ruolo più modesto, in grado di giustificare limiti all'autonomia privata senza tuttavia esaltare la prospettiva paternalistica¹².

Comunque sia, tanto se si apra alla dimensione deterministica, quanto se si converga verso una visione meno esasperata, che recupera l'autonomia al dibattito giuridico, per il giurista la risposta alla domanda in cosa consista la capacità di assumere decisioni non si presenta facile. Il paradigma della capacità di intendere e volere appare funzionalmente volto a spiegare la validità di uno scambio, espressione della volontà di un soggetto che si pretende razionale e autonomo; di un soggetto che, tuttavia, in realtà non esiste. In questo senso, la stessa opposizione fra capacità giuridica e capacità di agire appare il prodotto di una opzione culturale di cui il linguaggio del giurista è, in qualche modo, espressione ma non si allontana dalla spiegazione di un modello teorico¹³.

D'altro canto, già prima che le neuroscienze arricchissero il dibattito giuridico di una serie di interrogativi, Supiot aveva avuto modo di rilevare che l'idea dell'uomo dotato di ragione non “deriva da una dimostrazione scientifica, ma da un'affermazione dogmatica;

¹² A. ZOPPINI, *Le domande che ci propone l'economia comportamentale ovvero il crepuscolo del «buon padre di famiglia»*, in AA. VV., *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, *Studies in Law & Social Sciences*, 2014, p. 13 reperibile a <http://romatrepres.uniroma3.it>.

¹³ Le ragioni in base alle quali l'ordinamento riconosce, limita ovvero sopprime la capacità devono potersi valutare in relazione agli interessi concreti, interessi “che non possono essere identici quando si tratta di interessi patrimoniali e quando si tratti invece d'interessi relativi alla dignità umana ed allo sviluppo della personalità”, P. STANZIONE, *Capacità*, *op. cit.*, p. 67. Come noto, la questione della capacità si riconnette inevitabilmente alla problematica degli status, dando vita ad una letteratura vasta ed articolata di cui non possono anche qui che menzionarsi solo alcuni assai significativi contributi. Nota è la prospettiva autoritaria che permeò, in materia di status, la visione di A. Cicu, *Il concetto di «status»*, in *Studi per V. Simoncelli*, Napoli, 1917, p. 71, e in A. Cicu, *Scritti minori*, I, 1, Milano, 1965, p. 194 secondo cui lo status descrive lo “stato di vincolo in cui si trova l'individuo nell'aggregato”. Più in generale, R. NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, I, Milano, 1962, p. 66; M. TRIMARCHI, *Filiazione legittima*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 463; V. FROSINI, *Situazione giuridica*, in *Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, 1970, p. 471; P. RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 211; P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, *cit.*, p. 20 ss., ma spec. p. 26, nota 16; C. MAZZÙ, *Status del soggetto, ordinamento democratico e funzione dei beni*, in *Dir. fam. e pers.*, 1980, p. 968 ss.; G. FERRANDO, *La filiazione naturale*, in *Tratt. di dir. priv.* Rescigno, 3, Torino, 1982, p. 121; G. CATTANEO, *La filiazione legittima*, in *Tratt. di dir. priv.* Rescigno, 3, Torino, 1982, p. 10, nota 3; M. DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, in *Tratt. Rescigno*, II, Torino, 1982, p. 6 ss. e 41 ss.; A. Iannelli, *Stato della persona e atti dello stato civile*, Camerino-Napoli, 1983, *passim*; G. CRISCUOLI, *Variazioni e scelte in tema di status*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 185 ss.; P. ZATTI, «Status», in *Glossario* curato da Belvedere, *Tratt. Guastini, Zatti e Zeno-Zencovich*, in *Indica-Zatti*, Milano, 1994, p. 391 ss.; B. CARBONI, *Status e soggettività giuridica*, Roma, 1998, *passim*. Sul punto, le riflessioni di G. ALPA, *Status e capacità*, Roma-Bari, 1993, p. 108-109, per il quale “l'influenza sul diritto civile italiano di fine secolo e di inizio di questo è svolta precipuamente da due tradizioni culturali diverse e, per molti aspetti, opposte: la tradizione francese, codicistica ed esegetica, e la tradizione tedesca, romanistica e sistematica; gli autori italiani tentano una crisi dei due indirizzi. Nelle elaborazioni della nozione di status finisce per appiattirsi la frastagliata linea dottrinale che si sviluppò in Italia tra la codificazione del 1865 e la codificazione del 1939-1942. Si possono, infatti, individuare, nell'ambito dei due indirizzi metodologico-interpretativi ricorrenti (ma dopo la prima guerra mondiale prevale senz'altro l'influsso tedesco, e non per ragioni politiche, ma per ragioni eminentemente culturali e sistematiche), diverse nozioni di status: una intesa come diritto soggettivo; una come condizione riassuntiva di diritti e di doveri; una, infine, come preconditione, come presupposto della capacità giuridica, naturalmente ben differenziata dalla capacità di agire”. Di recente a testimonianza del fascino del tema, da ultimo, F. PROSPERI, *Rilevanza della persona e nozione di status*, in www.civilistica.com, a. 2. n. 4. 2013, p. 1 ss. cui si deve una interessante analisi del concetto di status, in considerazione della naturale complessità e singolarità dell'esperienza umana.



essa è un prodotto della Storia del Diritto non già della storia delle scienze”¹⁴. La nozione di capacità appare infatti utilizzata da un legislatore che, stabilendo l'*an*, il *quando* e il *quomodo* della partecipazione della persona all'attività negoziale, la utilizza come parametro di “normalizzazione” della partecipazione, circondandola poi da una serie di eccezioni che confermano la regola.

In diversa direzione muove il dato scientifico. Coscienza e volontà sono guardate con la lente di processi fisiologici chimico-elettrici attivati da stimoli ambientali e fattori culturali che pongono in rilevante l'esigenza di rivedere categorie giuridiche che appartengono al mondo programmato del diritto¹⁵. La mediazione fra progresso scientifico e categorie dogmatiche non è, in altri termini, un gioco a somma zero e impone di guardare con una luce diversa determinati istituti. Capacità, autodeterminazione, consenso, si vestono necessariamente di una flessibilità che obbliga l'interprete a modernizzare il proprio patrimonio simbolico, teorico e critico nonché a dotarsi di un corredo ermeneutico adeguato ai tempi. L'obiettivo è quello di approntare uno strumentario se non in grado di precorrere, quanto meno di “rincorrere” adeguatamente, l'avanzamento della conoscenza in ambito medico.

Né ad essere coinvolto è il solo diritto penale¹⁶. La possibilità di accertare, dal punto di vista medico, lo stato cognitivo della persona mette in discussione, l'impianto di norme regolanti le reazioni dell'ordinamento (annullamento, responsabilità, imputabilità, colpevolezza) a fronte di condotte condizionate da stati come minore età, incapacità (non importa se dichiarata o meno) condizioni patologiche, ovvero circostanze che impediscano il libero dispiegarsi della volontà (errore, dolo, violenza)¹⁷.

Al fondo alligna la possibilità di approdare ad una riformulazione di alcuni concetti giuridici ispirata dalla necessità di colmare il divario fra nozioni di senso comune penetrate nel linguaggio giuridico e piegate in funzione degli interessi del mercato e la prospettiva scientifica offerta dalle neuroscienze cognitive¹⁸. Non c'è dubbio che alcune delle suggestioni sollevate dall'approccio neuroscientifico necessitino di rifiniture tecniche. Ma

¹⁴ A. SUPLOT, *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto*, Genova, 2006, p. 31; A. GENTILI, *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, in G. Rojas Elgueta e Noah Vardi, (a cura di), *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma, 2014, in <http://romatrepress.uniroma3.it/ojs/index.php/oltre/article/view/75/74>, p. 98.

¹⁵ Si pensi a quanto accaduto in Francia a proposito della modifica del richiamo al “buon padre di famiglia”, J. HUET, *Adieu bon père de famille. Relation d'un cauchemar suivie d'observations sur les mots en droit, et d'autres choses encore*, in *Dalloz*, 2014, p. 505 ss. In proposito, sulla necessità di rivedere categorie e concetti giuridici, tenendo conto dell'evoluzione scientifica, L. TAFARO, *Neuroscienze e diritto civile: nuove prospettive*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 3/2017, p. 254.

¹⁶ Si rinvia in proposito al contributo schematico ma esaustivo di AA. VV., *Le capacità giuridiche alla luce delle neuroscienze*, *Memorandum Patavino*, 9 ottobre 2015, *passim*.

¹⁷ In uno dei primi studi dedicati al tema, si osserva che “This enlargement of the province of neurobiology is not restricted to law; indeed the latter may even be considered to be a relative newcomer. Aesthetics, morality, emotional states and decision-making processes are all topics that neurobiologists are currently engaged in actively researching”, S. ZEKI e O. R. GOODENOUGH, *Law and the Brain: Introduction*, in AA.VV., *Law and the Brain*, a cura di Zeki e Goodenough, Oxford University Press- New York, 2006, XI; S. NICHOLS, *How can psychology contribute to the free will debate?*, in AA.VV., *Are we free?*, eds. J. Baer, J. Kaufman, R. Baumeister, Oxford-New York, 2008, p. 10 ss.

¹⁸ M.S. GAZZANIGA, R.B. IVRY, G.R. MANGUN, *Neuroscienze cognitive*, trad. it., 2015, Bologna, *passim*; E. SIRGIOVANNI, *op. cit.*, p. XXIII. Su questi aspetti che investono la complessa relazione fra mente e cervello, si muove G. RYLE, *The concept of mind*, London-New York, 2009, che offre una ricomposizione filosofica di quella contrapposizione.



sicuro è che solo tenendo conto – quanto più è possibile – dell’unitarietà del fenomeno sociale e del fenomeno giuridico nel segno del necessario riconoscimento della dinamicità dell’ordinamento, sarà possibile operare la revisione di vecchi concetti e aprire a nuove prospettive¹⁹. In altre parole è solo sposando una prospettiva interdisciplinare – depurata di ogni aprioristica lettura – che si può immaginare una risposta plausibile a questioni come quelle della capacità, della volontà, della consapevolezza del consenso, della responsabilità della persona, per superare dice Rodolfo Sacco, quel “cimitero di idee fatte” (che, certo, occorre conoscere per superare) che si rinvengono nel codice²⁰.

Ma non è tutto, atteso che lo studio delle reazioni che si attivano nel cervello consegna al discorso giuridico dell’altro. Racconta, infatti, della strategia regolatoria adottata per non sacrificare del tutto l’idea che la persona possa assumere decisioni consapevoli e informate.

3. Le elaborazioni filosofiche consegnano alla modernità un dibattito sulla capacità e sulla autonomia privata ricco ed articolato che fa risaltare proprio la componente filosofica²¹. La distinzione fra capacità giuridica e capacità di agire è il risultato, infatti, di una riflessione che parte dal superamento degli *status*, attraversa le argomentazioni della dottrina giusnaturalistica “che fanno leva sulla dignità morale della persona, in quanto partecipazione ed espressione dell’intera umanità” (ST 28) per individuare nella capacità giuridica un “attributo essenziale di ogni uomo”.

Il riferimento alla persona titolare di diritti come soggetto astratto (oltre alla archiviazione del discorso sulla dimensione discriminante dello status) ha condotto alla distinzione, almeno negli ordinamenti di *Civil law*, fra *Rechtsfähigkeit* (§1 BGB), *capacité de jouissance*, capacità giuridica (art. 1 c.c.), *personalidad* (artt. 29 e 30 Código Civil) da un lato, e *Geschäftsunfähigkeit* (§ 104 BGB), *capacité d'exercice* (art. 414 Code civil), capacità di agire (art. 2 c.c.), *capacidad de obrar* (art. 315 Código Civil) dall’altro²².

Il riferimento alla capacità giuridica – al netto di ogni differenza linguistica – rinvia ad una idea di potenzialità, di possibilità che denuncia “la forte carica di sistematicità, e la ricchezza di implicazioni concettuali”²³, a fronte delle quali si attesta la necessità di individuare nella pratica regole chiare e facilmente riconoscibili per facilitare le transazioni, giacchè nessuno sarebbe incoraggiato ad intervenire nello scambio se non fossero ben definite le situazioni che determinano incapacità²⁴. Regole semplici, dunque, in risposta ad esigenze di certezza giuridica si trovano a governare la capacità secondo un meccanismo presuntivo che si preoccupa di fissare l’acquisto della maggiore età salvo poi definire, in relazione al compimento di particolari atti, un’età diversa che attribuisca al minore la responsabilità per gli atti che sta compiendo ovvero privare – in tutto o in parte – della

¹⁹ In tal senso, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, t. I, Napoli, 2006, p. 184 ss.

²⁰ R. SACCO, *op. cit.*, p. 311.

²¹ G. ALPA, *Status e capacità*, Roma-Bari, 1993, p. 63.

²² A. HELDRICH, A.F. STEINER, *Capacity*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, II, Ch. 2, *Persons*, 2004, pp. 2-26.

²³ P. STANZIONE, *Capacità*, in *Studi di diritto civile*, Napoli, 1986, p. 31.

²⁴ A. SOMMA, *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale*, Milano, 200, p. 40 ss.



capacità l'adulto non in grado di comprendere le conseguenze delle sue azioni²⁵. In tutti gli ordinamenti, però, avvertita è l'esigenza di lasciare spazio alla capacità di determinarsi della persona, evitando un approccio di tipo esasperatamente paternalistico. In tutti gli ordinamenti, in altri termini, il paradigma in cui trova collocazione il concetto di capacità abbraccia un importante assunto etico, rappresentato dall'uomo e dalle sue qualità²⁶, nonché dalla rilevanza giuridica che ragione e volontà assumono²⁷, in un contesto in cui ciò che conta è immaginare soggetti che partecipino allo scambio²⁸. Perché tutto ciò si realizzi v'è necessità di pensare ad una persona che vuole ciò che sta facendo, perché condizioni di *Störung der Geistestätigkeit* legate e stati patologici permanenti, ovvero all'età, negano l'autonomia (§ 104 BGB)²⁹.

Sebbene non sovrapponibili, autonomia e volontà si presentano dunque quali concetti profondamente interconnessi, atteso che "l'autonomia privata è fondamentalmente potere di autodeterminazione del soggetto"³⁰. Da un lato, l'autonomia privata, si fa attributo della soggettività³¹ e si collega ad una persona che sia capace di comprendere le conseguenze dei gesti che compie e capace, altresì, di determinarsi di conseguenza per il tramite di una volontà "che assurge a fondamento dell'essere fisio-psichico dell'uomo e si sostanzia nella signoria, nel potere che questi ha di agire nella propria sfera giuridica"³². Dall'altro, il richiamo alla volontà appare giuridicamente e socialmente necessario perché vale a definire le coordinate di una partecipazione allo scambio che (come si diceva) si invera solo allorché la persona effettua le sue scelte in condizioni, appunto, di coscienza e volontà. Anche quando si conduce critica al volontarismo, espressione dell'individualismo borghese, spostando – in omaggio alle esigenze del traffico giuridico e dell'affidamento dei terzi – l'attenzione sulla dichiarazione, il problema della volontà (ovvero del perché si sia scelto di agire in un modo piuttosto che in un altro nonché del livello di consapevolezza del soggetto agente) ovviamente rimane³³. Si tratta di un problema che affiora già nelle

²⁵ W. MENDE, *Psychiatrische Implikationen zur Vorbereitung einer Neuordnung des Rechts der Entmündigung, der Vormundschaft und Pflegschaft für geistig Behinderte sowie der Unterbringung nach Bürgerlichem Recht*, in Bundesministerium für Justiz (Hrsg); *Gutachten zu einer Neuordnung des Entmündigungs – des Vormundschaft – des Pflegschaftsrechts*, Köln, 1987, pp. 16 che osserva come queste condizioni non siano tuttavia indicative di un'assenza di capacità di rendersi conto delle conseguenze del proprio operato. Sull'apporto che possono offrire le neuroscienze, cfr., T. DORN, *Psychiatrische und sozialmedizinische Implikationen genetischer Abklärungen bei Patienten mit geistiger Behinderung und Epilepsie*, in *Epileptologie*, 2011, p. 123, per il quale "Intellectual disability often has a genetic basis which can be identified by genetic tests and knowledge available today".

²⁶ P. ZATTI, *Persona e soggettività giuridica*, Padova, 1975, p. 51

²⁷ Si tratta di qualità a fondamento della capacità di obbligarsi. Su queste basi, si arriverà a legare insieme soggettività e capacità di agire, escludendo dal novero dei soggetti gli imbecilli, i mostri, perché ad essi manca la qualità dell'archetipo, cfr., A.F.J. THIBAUT, *System des Pandekten-Rechts. 3. Ausg.*, Jena, 1803, § 164, s. 165 ss.; G. ALPA, *Status e capacità*, cit., p. 64.

²⁸ R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, dir. Sacco, Torino, 1993, p. 317.

²⁹ A. SOMMA, *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale*, cit., p. 178 ss.

³⁰ C. M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, Milano, 1984, p. 10.

³¹ L. NIVARRA, *Autonomia (bio)giuridica e tutela della persona*, in *Europa e dir. priv.*, fasc. 3, 2009, p. 719; B. CARBONI, *Status e soggettività giuridica*, Roma, 1998, *passim*; C. MAZZÙ, *Status del soggetto, ordinamento democratico e funzione dei beni*, cit., p. 968 ss.

³² Così testualmente P. STANZIONE, *Capacità*, in *Studi di diritto civile*, Napoli, 1986, p. 28. Per una trattazione sistematica si rinvia a P. STANZIONE, *Il soggetto. II. Capacità, legittimazione, status*, cit.

³³ Di tanto sembra ricavarsi conferma dalla disciplina della donazione, specie nel caso in cui sia effettuata dal minore. L'abbandono della assimilazione capacità di donare/capacità di testare, fa sì che le conseguenze dell'incapacità possano contare su "un quadro normativo più ricco di implicazioni che comprende le norme di cui agli artt. 1425, 1426, 1441, 1443 e



riflessioni di Saleilles, allorché dice, a proposito del contratto che esso è “un accord et concours de volonté”³⁴, cioè il prodotto di due volontà libere che si incontrano.

Non c'è dubbio ad esempio che, nel caso del contratto, l'ordinamento si preoccupi del significato che l'atto assume all'esterno. Ma la fedeltà alla “dichiarazione” non nega comunque l'esistenza di due diverse volontà, quella del soggetto che fa la proposta e quella del soggetto che accetta, le quali combinandosi fra loro danno vita a quell'accordo di cui al 1321 c.c. Ogni parte, però, quando manifesta la propria volontà, lo fa in ottemperanza a stimoli (o per soddisfare interessi) che sono a lui esclusivi. Parlare di incontro di volontà e immaginare che tutte e due le parti possano volere la stessa cosa appare, dunque, una finzione. Ma si sa, l'ordinamento procede per finzioni e le regole in materia di capacità non fanno eccezione. Nel caso del contratto, ciò che l'accordo è destinato a sintetizzare è il significato sociale che occorre attribuire ad un atto (il contratto, appunto) nel valore che esso acquista in un determinato contesto. In quest'ottica le categorie della capacità/incapacità (giuridica e di agire), ovvero della capacità naturale, di intendere e volere, concorrono a definire le condizioni di partecipazione al traffico giuridico e rispondono alla “esigenza etica e umanistica di dare protezione alla persona del contraente e di tutelare scelte che riflettano effettive preferenze e scale di valori”³⁵.

Se quanto si è venuto allineando è degno di considerazione, all'orizzonte si affaccia un'osservazione non inedita. Dal punto di vista sociale, l'incapacità si carica di un significato negativo, perché essa è condizione impeditiva di partecipazione ad uno scambio idealmente pensato fra eguali³⁶. E, sempre in siffatta prospettiva, si comprende anche la rigida individuazione di una soglia al raggiungimento della quale si consegue la maggiore età che, dal punto di vista patrimoniale, si carica del rassicurante effetto di tranquillizzare i terzi; regola che si alimenta di una giustificazione la quale, per quanto riguarda le situazioni personali, stenta decisamente a reggersi in piedi³⁷. Il contrasto emerge soprattutto, ma non esclusivamente, in materia di famiglia³⁸.

la disciplina dei singoli contratti tra cui quella in tema di donazione”, A. PALAZZO, *I singoli contratti. 2. Atti gratuiti e donazioni*, in *Trattato di diritto civile*, dir. da R. Sacco, Milano, 2000, p. 440.

³⁴ R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique allemand* (art. 116 à 144), op.cit., p. 230.

³⁵ R. SACCO, *op. cit.*, p. 311.

³⁶ L. NIVARRA, *Autonomia (bio)giuridica e tutela della persona*, cit., p. 719.

³⁷ P. STANZIONE, *Il soggetto. II. Capacità, legittimazione, status*, cit., p. 125 ss.

³⁸ Su questi profili è interessante osservare come si comporti l'ordinamento italiano in relazione alle situazioni che lo coinvolgono: 16 anni nelle ipotesi di cui all'art. 145 c.c.; azione di disconoscimento: art. 244 c.c.; azione di riconoscimento, 14 anni e audizione del figlio che abbia compiuto 12 anni o anche di età inferiore; dichiarazione giudiziale di paternità/maternità, 14 anni: art. 273 c.c.; 16 anni per l'inserimento nella famiglia del figlio riconosciuto: art. 252 c.c., 12 anni e ascolto del minore nella fattispecie di cui all'art. 248 c.c.; ascolto del minore che abbia compiuto 12 anni o anche di età inferiore se dotato di capacità di discernimento: art. 336 bis, condizioni poste altresì a fondamento della previsione di cui all'art. 348 c.c.; art. 264 c.c.; F. RUSCELLO, *Garanzie fondamentali della persona e ascolto del minore*, in *Famiglia*, 2002, p. 933 ss.; F.R. FANTETTI, *La facoltà dell'ascolto del minore e la Convenzione europea di Strasburgo*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, p. 254 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.; G. BALLARANI, *La capacità autodeterminativa del minore nelle situazioni esistenziali*, Milano, 2008, part. p. 104 ss.



Altrimenti detto, le posizioni assunte dal legislatore in tema di capacità costituiscono punti di emersione di strumenti discorsivi mutuati da tradizioni culturali che caratterizzano gli ordinamenti nel segno della loro incongruenza³⁹. Lo schema adottato è analogo e si risolve in una progressiva gradazione che, dalla capacità piena, discende verso incapacità relative (interdizione, inabilitazione AdS) per approdare alla disciplina di incapacità assolute (interdizione, età). L'esistenza di situazioni nelle quali i soggetti incapaci possono operare alla stregua di persone capaci prova, dunque, dell'esistenza di una flessibilità dell'ordinamento (così nel caso della capacità naturale del minore, della persona inferma, dell'anziano, della persona affetta da patologie psichiche ovvero da condizioni di minorità) o, se si preferisce, della artificiosità del ragionamento che si sviluppa intorno alla capacità. Ma se per gli illeciti la capacità naturale è la regola, negli altri casi l'incapacità si fa circostanza per chiedere l'annullamento dell'atto (art. 428 c.c.; art. 120 c.c., art. 591, comma 2, c.c., art. 775 c.c.).

La strategia seguita dal legislatore è chiara: la capacità serve al tempo stesso come spada, e cioè come condizione che permette di concludere contratti, sposarsi, compiere attività negoziali in genere, e come scudo, quando si tratti di evitare che altri decidano in luogo della persona. E tuttavia, in concreto, individuare le cause che escludono o limitano la capacità d'agire e verificare quanto, in presenza di limitazioni della capacità, sopravviva della capacità di intendere e di volere non è agevole, giacché "proprio sul versante dei sicuri ancoraggi scientifici, la questione del disturbo mentale presenta i più rilevanti aspetti di problematicità, che si legano alla presenza di complessi e molteplici modelli teorici"⁴⁰.

In concreto, infatti, non esiste nessuna evidenza scientifica idonea ad accertare in modo oggettivo la presenza o l'assenza di qualcosa come la capacità di assumere decisioni razionali, o in grado di dire che la persona è/non è in grado di provvedere ai propri interessi o di effettuare una scelta veramente libera. D'altro canto, anche se esistesse il giudice, pur mostrando un certo ossequio verso le acquisizioni scientifiche rimane – come noto – libero di apprezzarne l'incidenza nella singola concreta situazione⁴¹. Si tratta di un profilo che mostra tutta la sua problematicità specie allorché si tratti di sciogliere la questione del complesso rapporto fra situazioni di capacità legale/incapacità naturale ovvero di incapacità legale/capacità naturale. Naturalmente addentrarsi su questo terreno significa mettere in discussione il modo tradizionale di guardare alla capacità, cosa che non manca di riverberarsi sulla definizione di questioni che vanno dal confronto sull'utilità del concetto di capacità di intendere e volere e di imputabilità, alle questioni connesse all'espressione del consenso alle terapie, dalla riorganizzazione dei servizi alla definizione degli strumenti adottati dalla legislazione in materia di tutela della salute mentale.

³⁹ A. HELDRICH, A.F. STEINER, *Capacity*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, II, Ch. 2, Persons, 2004, pp. 2-26.

⁴⁰ Cass. pen., 8 marzo 2005, n. 9136, in Cass. pen., 2005, 3, p. 120; P.R. Mc Hugh e P.R. Slavney, *The perspective of psychiatry*, John Hopkins University, Baltimore, 1986, *passim*.

⁴¹ Ragionando sull'art. 116 c.p.c., si rinvia alle riflessioni dei giudici in Cass. sez. lav., 24 Settembre 2013, n. 21820 che rilevano come si "tratti di un principio che si incontra anche in altri ordinamenti, dove svolge la medesima funzione". Per l'esperienza spagnola, X.M. Abel Lluch, *Valoración de los medios de prueba en el proceso civil*, in TARUFFO, *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial*, in *Rev.Jueces para la Democracia, Información y Debate*, núm. 52, marzo 2005, pp.67, nonché la SAP Cáceres de 31 de mayo de 2006, *file.cjo.4°* (EDJ 2006/90032) ove si legge che "[...] la libertad de apreciación no quiere decir apreciación arbitraria del resultado de la prueba, sino apreciación crítica, [...]". Ma, altresì, l'art 197 Código procesal civil peruviano.



4. Nei codici della tradizione romano-germanica, le nozioni di capacità giuridica/di agire, ben fornite di sostrato filosofico, hanno dato vita ad una robusta architettura normativa la cui funzione è quella di rispondere alla preoccupazione se la persona, quando ha agito, era in grado di comprendere le conseguenze del suo gesto e di determinarsi di conseguenza.

Legata ad una visione cartesiana che divideva i comportamenti umani in due categorie quelli semplici, mera risposta a stimoli esteriori, e quelli complessi che coinvolgevano la parte spirituale, “l’anima” dell’individuo, la cultura moderna (non solo giuridica) ha centrato le proprie analisi sul dualismo mente-cervello⁴². La distinzione fra cervello e mente, per lungo tempo, è servita così a consegnare in maniera netta le diverse competenze alle due scienze, caratterizzate dall’uso di terminologie ovviamente differenti. L’incomunicabilità – *recte* – la diversità dei due mondi non raramente si materializza nella “dimensione del linguaggio”⁴³.

Alla logicità tutta interna al discorso giuridico, affidato ad una dimensione mentalistica e ad un linguaggio prescrittivo, si è contrapposta la scientificità delle indagini sul cervello; scientificità chiamata ad essere rappresentata da un linguaggio ovviamente descrittivo e specialistico che raramente si incrocia con quello del diritto. In *Kansas v. Hendricks*, 521 U.S. 346 (1997)⁴⁴ è la non sovrapponibilità del concetto di “mental abnormality” (usato dal legislatore del Kansas’s Sexually Violent Predator Act) con quello di “mental illness” a costituire il nerbo delle riflessioni dei giudici, per i quali “Legal definitions, however, which must “take into account such issues as individual responsibility ... and competency,” need not mirror those advanced by the medical profession American Psychiatric Association, Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (xxiii, xxvii - 4th ed. 1994)”. Come dire: se l’argomento scientifico è liberamente valutato dal giudice tanto basta ad impedire un “appiattimento” del linguaggio giuridico – che si carica anche di significatività sociale – su quello scientifico.

Che, infatti, i sistemi giuridici, quando si confrontano con la questione della mente si richiamino a consolidate convinzioni sociali e di valenza comunicativa, manifestazione di un *commonsense* di matrice reidiana che apre al ragionamento, alla comunicazione e alla

⁴² Osserva A.R. DAMASIO, *Descartes’ Error: Emotion, Reason And The Human Brain*, London, 1994, XIII, “human reason depends on several brain systems, working in concert across many levels of neuronal organization, rather than on a single brain center. Both “high-level” and “low-level” brain regions, from the prefrontal cortices to the hypothalamus and brain stem, cooperate in the making of reason”.

⁴³ F. BENATTI e A. GAMBARO, *La nozione di scienza nei testi costituzionali e nella giurisprudenza delle corti supreme: un panorama globale*, in AA.VV., *Giurisprudenza e scienza* (Roma 9-10 marzo 2016), in Atti dei Convegni Lincei, Roma 2016, p. 26.

⁴⁴ Si osserva “Indeed, we have never required state legislatures to adopt any particular nomenclature in drafting civil commitment statutes. Rather, we have traditionally left to legislators the task of defining terms of a medical nature that have legal significance. Cf. *Jones v. United States*, 463 U. S. 354, 365, n. 13 (1983). As a consequence, the States have, over the years, developed numerous specialized terms to define mental health concepts. Often, those definitions do not fit precisely with the definitions employed by the medical community. The legal definitions of “insanity” and “competency,” for example, vary substantially from their psychiatric counterparts. See, e. g., Gerard, *The Usefulness of the Medical Model to the Legal System*, 39 Rutgers L. Rev. 377, 391394 (1987) (discussing differing purposes of legal system and the medical profession in recognizing mental illness)”.



condivisione⁴⁵ discende piuttosto pianamente dal significato che si attribuisce al concetto di razionalità. Laddove è evidente come la categoria normativa nulla aggiunga, ma solo si adegui a postulati descrittivi generalmente condivisi.

Così l'idea che la persona di una certa età sia un soggetto consapevole dei propri gesti e che agisce volontariamente in ossequio a desideri, scelte, progetti e nei limiti delle condizioni stabilite dalla legge si pone a fondamento di quell'approccio psicologico che permea il dato normativo. Ogni sistema giuridico, infatti – partendo dall'osservazione che le persone di una certa condizione agiscono e si comportano tutte in un certo modo e che, dunque, le condotte umane dipendono da determinate abilità cognitive – utilizza postulati descrittivi quali basi per elaborare categorie normative la cui ampiezza dipende inevitabilmente dalla sensibilità del legislatore, dal contesto culturale in cui opera, dalle conoscenze scientifiche del tempo e così via⁴⁶.

Quelle premesse descrittive funzionano come vere e proprie “condizioni di possibilità” per l'esistenza di categorie quali quelle della capacità/incapacità⁴⁷. Ma lasciano, altresì, trasparire il sofisticato equilibrio di regole che ogni tradizione giuridica mette in campo quando è chiamata ad individuare dei filtri che normalizzino il modo in cui la persona può entrare nel traffico giuridico. Un equilibrio che le neuroscienze sembrano alterare rendendo, per un verso, mobili i confini di quella rassicurante naturalità su cui il giurista è abituato a ragionare e passando al diritto, per l'altro, il fastidioso compito di stabilire limiti connotati da una accettabilità sociale e antropologica che conferisca agli stessi una stabilità destinata a durare giusto il tempo necessario a spostare ancora in avanti quel confine⁴⁸.

Su temi come quello della capacità – quando si mette da parte la necessaria componente filosofica – ci si avvede di come il diritto abbia

⁴⁵ T. REID, *Essays on the Intellectual Powers of Man*, 1 ed., Edinburgh, 1785. Su questo profilo della *folk psychology*, E. SIRGIOVANNI, *Foreword: The Neurocognitive Turn in Law and its Epistemological Aspects*, in *Neurolaw. An Introduction*, E. Picozza (ed.), Torino, 2011, XII; cfr. altresì J. SCHWEITZER, M.J. SAKS, E. R. MURPHY, A. L. ROSKIES, W. SINNOTT-ARMSTRONG, L. M. GAUDET, *Neuroimages as Evidence in a Mens Rea Defense: No Impact*, in *Psych. Pub. Pol.L.*, 2011, 17, p. 357 ss. A dimostrazione del fatto che taluni concetti sono usati per assicurare la pace sociale, S. Zeki S., O. R. and O. R. Goodenough, *Law and the brain: introduction*, in *Phil. Trans. R. Soc. Lond. B* (2004) 359, 1661–1665, osservano a proposito del principio di eguaglianza che non tutti hanno “the ability to paint respectably, write good detective fiction, compose songs or play sweeper for even a middling kind of football team. Yet, as a legal matter, the democratic societies in which we live treat us as the equal of those who can do these things. This equality myth is a key element in the maintenance of a particularly admirable kind of social order, a counterfactual that pays dividends in fairness and stability. Proving the law wrong in its declared assumptions may not actually affect the utility of those assumptions”.

⁴⁶ In tal senso, l'analisi di A. ZOPPINI, *Le domande che ci propone l'economia comportamentale ovvero il crepuscolo del «buon padre di famiglia»*, in G. Rojas Elgueta e Noah Vardi, (a cura di), cit., p. 14. Su queste basi, basta pensare alla differente tutela accordata ad esempio al minore nei sistemi di *Civil law* e in *Common Law* che presuppone ovviamente un diverso modo di pensare alla tutela della controparte e alla responsabilità dell'agente. Per una esaustiva rassegna, A. HELDRICH, A.F. STEINER, *Capacity*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, II, Ch. 2, Persons, 2004, p. 12 ss.

⁴⁷ S.J. MORSE, *Lost in translation? An Essay on Law and Neuroscience*, in AA. VV., *Law and Neuroscience, current legal issue*, a cura di M. Freeman, Oxford University Press, 2010, 13, p. 530 ss.

⁴⁸ Qui, S. COTTA, *La sfida tecnologica*, 4^a ed., Bologna, 1971, *passim*, scrive pagine di grande significato perché precisa che occorre “attribuire al giurista, e in primo luogo al giudice, la responsabilità del continuo completamento e aggiornamento del sistema normativo”, p. 182. Il “sistema codice” mostra la sua incapacità a seguire una evoluzione sociale che muove verso una realtà nella quale il “costruito predisposto dal legislatore, se non vuol risultare sterile o addirittura dannoso, deve lasciare sempre largo spazio al costruibile”, p. 180.



sviluppato il proprio impianto assumendo a termini di raffronto, onde definire il livello di consapevolezza dell'azione, criteri che rinviano ad una tranquillizzante "naturalità e ragionevolezza" della condotta. La dimensione mentalistica che si rinviene nei codici – tanto civili che penali – appare tributaria dell'idea che l'essere umano è un soggetto razionale e che la consapevolezza è a fondamento di decisioni che sono libere perché trovano premessa nella volontà⁴⁹. Dal canto suo, poi la psicologia dice che concetti come quelli di responsabilità, imputabilità, colpevolezza sono fortemente condizionati dalla componente cognitiva la quale consente alle persone di agire in un certo modo, giustificarsi, cambiare comportamento e così via⁵⁰.

Tutto bene, quindi? Se ne può dubitare, soprattutto quando si pretenda utilizzare la capacità non quale criterio flessibile di verifica della idoneità della persona a partecipare al traffico giuridico, ma a fini di mera esportazione di una ipostasi, l'autonomia privata, sorta di impianto "chiavi in mano" cui devolvere il più cieco ossequio e aderire incondizionatamente perché consente il funzionamento del mercato, ovvero è funzionale al perseguimento di interessi politici. Alla domanda in cosa consista la capacità, almeno sotto il profilo normativo, la risposta degli ordinamenti è offerta dal rinvio ad un criterio presuntivo di cui si trova specchio nella norma.

Così è per la previsione che stabilisce l'acquisto della capacità di agire al compimento del 18 anno di età⁵¹.

Nulla conforta il fatto che il processo di maturazione dell'individuo sia compiuto a quell'età, perché, all'opposto, studi scientifici sembrerebbero dimostrare che lo sviluppo cerebrale continua almeno fino ai 20 anni. Il legislatore, tuttavia, qui preferisce procedere per astrazione giacché questa (con tutti i limiti che l'accompagnano) è funzionale ad una tecnica descrittiva che consente di sistematizzare i concetti e, nel contempo, offrire risposta a precise esigenze sociali.

Un esempio, al netto di ogni generalizzazione, è nella vicenda che ha condotto in Spagna alla modifica dell'art. 315.1 Código Civil, emblematica di un interesse politico (allargare il numero dei votanti per il referendum

⁴⁹ S.J. MORSE, *Lost in translation? An Essay on Law and Neuroscience*, cit., p. 530 ss. Il punto di partenza è qui rappresentato dalla considerazione che la legge si fonda su concetti che si basano su una sorta di "psicologia popolare" (o anche *Folk Psychology*) e, dunque, sia intrisa di buon senso comune. La psicologia forgerebbe e influenzerebbe le teorie della responsabilità, imputabilità e colpevolezza. In realtà, osserva Sacco, tutto ciò prova dell'esistenza di un diritto muto. Le regole giuridiche esistono a prescindere dalla verbalizzazione, quale prodotto secondario di ciascuna cultura, e si trasmettono anche per via genetica e che, quindi, nel DNA sarebbero iscritte alcune regole giuridiche, osservate in modo inconsapevole. La neuroscienza offrirebbe conferma di questa intuizione, basti pensare alla funzione dei neuroni immagine e del desiderio di imitazione, R. SACCO, *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna, 2015, p. 125 ss.

⁵⁰ S. STICH E S. NICHOLS, *Folk psychology*, in AA.VV., *The Blackwell Guide to Philosophy of Mind*, Stich e Warfield ed., Oxford, 2003, p. 233 ss.

⁵¹ La soluzione, dunque, è ottimale e risponde ad esigenze di certezza giuridica perché permette di ritenere la validità di un contratto concluso con una persona capace di agire. Inoltre incoraggia condotte responsabili, nel senso di evitare di firmare accordi invalidi. Per i giudici in Cass. sez. I, 3 dicembre 1992, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1528, "La capacità di intendere e di volere, con riguardo ai maggiori degli anni 18, è presunta fino a prova contraria. Tale presunzione non può dirsi vinta, a rigore, neppure dalla accertata esistenza di infermità psichiche, quando non risulti che queste, per la loro natura e gravità, siano effettivamente tali da poter escludere o scemare grandemente la detta capacità".



costituzionale del 6 dicembre 1978) che ha rapidamente armato la penna del legislatore e condotto all'approvazione di una legge controversa, la quale per certo non assumeva a dato di partenza alcuna scoperta scientifica⁵². Anche quando, come nei §§ 2 e 3 del Mental Capacity Act (2005) si tenta di mettere mano alla definizione delle condizioni in presenza delle quali ritenere esistente la capacità non si esce da una dimensione descrittiva secondo cui “a person lacks capacity in relation to a matter if, at the material time, he is unable to make a decision for himself in relation to the matter”.

Ma è soprattutto dalle spiegazioni che offrono le corti che si desume come il discorso sulla capacità e sulla idoneità delle persone a determinarsi liberamente sia intriso di acquisizioni che fanno prevalente riferimento al senso comune. I giudici, per facilitare la spiegazione delle azioni poste in essere da minori, incapaci naturali, malati e, quindi, definire il rimedio⁵³, fanno ampio ricorso a rappresentazioni della conoscenza causale associata ai processi di categorizzazione della mente, che riassume convincenti espressione di *folk psychology*. Il legislatore, in altri termini, nella costruzione del dato normativo cerca di legare la dimensione biologica e quella simbolica costitutiva dell'essere umano⁵⁴.

Nelle sentenze, la verifica della capacità si compie attraverso l'adozione di schemi, *in primis* ovviamente normativi e poi, logici e scientifici che servono per effettuare una valutazione del comportamento specifico a fronte dello stimolo rispetto al quale la persona “ha reagito”. Il richiamo alla “attitudine della persona a determinarsi autonomamente”, o ad agire “*reasonably*” si riferisce alla idoneità ad organizzare i propri interessi in maniera conforme ad una volontà che si immagina libera. Capacità di intendere e volere, coscienza e volontà dell'atto ovvero, nelle elaborazioni più raffinate, capacità di discernimento, si fondano tutte su un'osservazione fattuale che si richiama alla “attitudine della persona a determinarsi in modo autonomo, con possibilità di optare per la condotta adatta al motivo più ragionevole e, quindi, di resistere

⁵² Cfr., C. LASARTE, *Parte general y derecho de la persona. Principios de derecho civil. I.*, 19ed., Madrid, 2013, p. 174 ss. Si tratta del Real Decreto-ley de 16 de noviembre de 1978 (in BOE del giorno successivo), che ha modificato l'art. 12 Cost. esp. ed ha determinato l'adeguamento del Código Civil con la Ley 11/1981. Significativo osservare come l'Italia avesse già provveduto con L. 8 marzo 1975, n. 39.

⁵³ Per una rassegna sulle diverse posizioni si rinvia a E. SIRGIOVANNI, *Forewords: The Neurocognitive Turn in Law and its Epistemological Aspects*, in E. PICOZZA, *Neurolaw. An Introduction*, Torino, 2011, XV ss.

⁵⁴ A. SUPLOT, *Homo juridicus*, cit., p. 10. Né ciò deve sorprendere giacché “Oggi, in questo nostro tempo giuridico post-moderno, il giudice, attraverso operazioni squisitamente valutative, deve comprendere il caso da risolvere e adattare la norma al fatto di vita, individuandone la più adeguata disciplina. E la sua ricerca si concretizza, appunto, in una invenzione, che è un procedimento contrario a quello sillogistico perché in essa non è coinvolta solo la razionalità del giudice con le sue capacità di logico, ma soprattutto capacità di intuizione, percezione, comprensione, tutte segnate sul piano assiologico”, P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017, p. X.; N. LIPARI, *L'uso alternativo del diritto oggi*, in *Riv.dir.civ.*, 1, 2018, p. 160 che evidenzia come “ il discorso giuridico, anche quello espresso nella decisione del giudizio, è un discorso persuasivo, indirizzato non ad una astratta comunità di individui razionali governati dalla struttura monolitica di un ordinamento dato, ma semmai ad un contesto storicamente individuato che si farà persuadere, nello scambio di un dialogo mai consegnato a formule definitive, in forza della convergenza su principi condivisi, su criteri di valore storicamente variabili, nel quadro di un dialogo che non consente di essere ricondotto al paradigma logico di un soggetto interpretante e di un oggetto dell'interpretazione”.



agli stimoli degli avvenimenti esterni”⁵⁵. Che si tratti di un profilo da valutare in concreto non v’è dubbio, ed emerge anche, attraversando l’oceano, dalle parole del giudice Holmes per il quale “it is a question of fact whether a person was competent to enter into a transaction – that is, whether the person suffered from “insanity” or “was of unsound mind, and incapable of understanding and deciding upon the terms of the contract”. In concreto i giudici, quando devono verificare la capacità a contrarre di una persona si chiedono se egli sia “in such a state of insanity at the time as to render him incapable of transacting the business”⁵⁶. Al punto da ritenere che se egli “could not understand the nature and quality of the transaction or grasp its significance, then it was not the act of a person of sound mind. There may be intellectual weakness not amounting to lack of power to comprehend. But an inability to realize the true purport of the matter in hand is equivalent to mental incapacity”⁵⁷. È il richiamo alla ragionevolezza, parametrata sul comune sentire che consente di approdare alla conclusione che la persona “was too weak in mind to execute the deed with understanding of its meaning, effect and consequences”⁵⁸. L’adesione al principio di ragionevolezza si incontra anche nel Restatement 2d: Contracts (Tent. drafts 1-7, 1973) Section 15 (1) (a): “A person incurs only voidable contractual duties by entering into a transaction if by reason of mental illness or defect ... he is unable to understand in a reasonable manner the nature and consequences of the transaction”⁵⁹. Né si tratta di posizioni cui attingono solo i giudici americani. Il richiamo alla ragionevolezza della condotta da cui inferire, *ex adverso*, una sostanziale situazione di incapacità è ragionamento presente anche nelle sentenze del giudice italiano il quale non si esime da valutazioni su condotte che possano apparire “fuori da ogni logica del comune sentire e modo di vedere nel campo degli affari”⁶⁰. La distinzione fra infermità mentale e incapacità naturale, dunque, è ben presente nelle argomentazioni anche dei decisori italiani che non sovrappongono i due profili⁶¹.

Ma se, per i giudici, il problema è la verifica della funzionalità dell’intelletto e della volontà ciò che interessa osservare è la tecnica argomentativa utilizzata. Essa è il prodotto di un insieme di regole le quali sono basate massimamente su un dato esperienziale e organizzate in maniera da assicurare coerenza al sistema onde –

⁵⁵ Così i giudici in Cass. pen. sez. I, 22 aprile 1997 n. 5885.

⁵⁶ Reed v. Mattapan Deposit & Trust Co. 198, Mass. 306, 314 (1908). P.S. APPELBAUM, *Assessment of Patients’ Competence to Consent to Treatment*, in *New Engl J. med.*, 357, 18, 2007, p. 1836, secondo il quale “The level of impairment that renders a patient incompetent to make treatment decisions should ideally reflect a societal judgment about the appropriate balance between respecting the patient’s autonomy and protecting the patient from the consequences of a bad decision”.

⁵⁷ Sutcliffe v. Heatley, 232 Mass. 231, 232-233 (1919).

⁵⁸ Adams v. Whitmore, 245 Mass. 65, 68 (1923).

⁵⁹ Bernard Krasner v Morton S. Berk, 366 Mass. 464, November 6, 1974 - December 5, 1974.

⁶⁰ Cass. civ., I sez., 16 gennaio 2007, n. 856, con nota di Caracciolo, in *Nuova giur. civ. comm.*, 10, I, 2007, p. 1063.

⁶¹ Tra le più recenti, in tal senso, Cass. civ., 16 dicembre 2016, n. 26093; Cass. civ., 19 maggio 2016, n. 10329 (rv. 639668), in *Giur. It.*, 2017, 1, 41 nota di Mendola.



come si diceva – consentire il buon funzionamento della società, tanto che si è osservato che “if commonsense of the intentional psychology were to collapse, that would be, beyond comparison, the greatest intellectual catastrophe in the history of our species”⁶². Se quanto si è allineato è degno di considerazione allora è giocoforza ritenere che il riferimento alla capacità di intendere e di volere appare più l’espressione di un prodotto culturale indispensabile per la conservazione del sistema sociale e giuridico che non un elemento concretamente presente nel processo decisionale della persona⁶³. L’antirealismo dell’idea della scelta razionale è, insomma, discorso valido sia per il consumatore che per le persone affette da patologie più o meno invalidanti, infermità mentale ovvero nel caso del minore. Ciò che in prospettiva sembra destinato a mutare, sotto la spinta delle neuroscienze, non è solo (come è più intuitivo) il diritto penale. La scoperta dei meccanismi deterministici che sovrintendono al modo in cui le persone organizzano le proprie scelte e preferenze, investe anche i contratti, la proprietà⁶⁴, la capacità matrimoniale o, ad esempio, la definizione della capacità a testare. La giurisprudenza, proprio in tema di capacità a testare, appare univoca nel ritenere che la presenza di una infermità mentale, permanente o transitoria, escluda la capacità di testare. Condizioni come schizofrenia, Alzheimer o dipendenza da sostanze stupefacenti pur essendo assunte a dimostrazione della incapacità a testare non escludono del tutto che possa esistere una situazione di capacità ma, evidentemente, spostano su colui che intende far valere la validità della disposizione, la prova dell’esistenza di un lucido intervallo⁶⁵. Di queste difficoltà probatorie

⁶² J. FODOR, *Psychosemantic: the problem of meaning in the philosophy of mind*, The Mit Press, Cambridge, 1987, p. XII; E. SIRGIOVANNI, *Forewords: The Neurocognitive Turn in Law and its Epistemological Aspects*, cit., p. XIV ss. Sul ruolo centrale della giurisprudenza si rinvia – tra i tanti contributi – alle riflessioni di L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, *passim*.

⁶³ Osserva R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 313 che “se le dichiarazioni fossero involontarie e causali, l’autonomia perderebbe ogni valore”.

⁶⁴ J.E. STAKE, *The Property “Instinct”*, *Maurer Faculty Law Library*, University of Indiana, 2004, *Paper 222*, p. 1767 ss.

⁶⁵ L’invalidità del testamento, ex art. 591 c.c. non soggiace alla dimostrazione di una generica incapacità di intendere e volere, richiedendosi che a causa dell’infermità il soggetto sia assolutamente privo della coscienza del significato dei propri atti e della capacità di autodeterminarsi, così da versare in condizioni analoghe a quelle che, con il concorso dell’abitudine, legittimano la pronuncia di interdizione. A dover offrire la prova rigorosa dell’incapacità del testatore al momento della redazione dell’atto di ultima volontà è colui che impugna il testamento; diversamente, laddove il testatore risulti affetto da incapacità totale permanente dovrà essere colui il quale vuole avvalersi del testamento a dimostrare che lo stesso è stato redatto in un momento di lucido intervallo (cfr., tra le altre, Trib. Salerno 14 giugno 2005 n. 1831; Trib. Salerno 14 ottobre 2004; Trib. Reggio Calabria 9 maggio 2003, in *Iure praesentia*, 2003, I, p. 33). In Cassazione civile, sez. II, 13 luglio 2017, (ud. 01/03/2017, dep.13/07/2017), n. 17392, *www.dejure.it*, i giudici annullano per incapacità naturale il testamento pubblico con cui un’anziana signora aveva revocato il precedente. Il giudizio di invalidità del più recente testamento conferma l’interpretazione dell’incapacità naturale operata dai giudici della Cassazione “visto che la conclusione cui sono pervenuti i giudici d’appello, sulla base degli accertamenti tecnici svolti, è stata di “demenza vascolare”, non suscettibile di regresso e ad andamento peggiorativo, che aveva comportato alterazioni delle funzioni psichiche fondamentali e compromesso le capacità di critica e di giudizio sul valore o sul disvalore di atti, fatti, donazioni od omissioni e la conseguente autodeterminazione al momento della stesura del testamento”. Interessa osservare come la valutazione della capacità sia il risultato di un giudizio frutto a) di consulenze mediche; b) di testimonianze circa la condizione in cui versava il testatore, cui non è estranea neppure la circostanza che il testamento pubblico sia redatto con l’assistenza del notaio, Cass. Civ. sez. II 09 aprile 2008 n. 9274; Trib. Lucca, 7 luglio 2016, n.1469). Su queste problematiche, cfr., G. PERLINGIERI, *La rilevanza del testo nell’individuazione dell’incapacità naturale di testare*, in *Rass. dir. civ.*, p. 273 ss. ragionando su Trib. Napoli 16 marzo 2001, n. 7551, in *ivi*, 2005, p. 235 ss., ove i giudici hanno desunto l’incapacità a testare da “uno stato di “demenza senile” attuale (...) fatto



vi è traccia, in America, nel dibattito che accompagna l'elaborazione di *Forensic Assessment Instruments* in grado di superare la difficoltà di accertamento della capacità⁶⁶. Il contatto fra la psicologia e il diritto è qui all'origine della nascita di meccanismi per il suo accertamento, onde offrire informazioni in merito alle abilità cognitive delle persone rispetto agli standard di capacità richiesti per il compimento di singoli atti.

5. *“Cerchiamo dunque di conoscere la nostra capacità. Noi siamo qualcosa, e non siamo tutto. Il nostro essere ci toglie la conoscenza dei primi principi, prodotti dal nulla, e la sua pochezza ci nasconde la vista dell'infinito”*⁶⁷.

Le parole di Pascal giungono al cuore di un interrogativo che, nato con l'umanità, oggi, è più che mai favorito da una diversa percezione sociale dell'attività medica, in cui la fiducia nelle potenzialità della scienza apre prospettive non immaginabili. Per un verso i progressi della genetica e delle biotecnologie demoliscono quei margini di incertezza, quell'aleatorietà un tempo riassunte nella tensione alla sola diligente dimensione adempitiva. Per l'altro, le aperture al cognitivismo, la riscoperta della centralità della persona e la torsione di Carte Costituzionali e Dichiarazioni verso il valore “uomo” definiscono la figura di una persona sempre meno disposta a vivere esperienze di “abandon aveugle” e sempre più interessata ad un coinvolgimento responsabile nelle scelte relative alla salute. E qui allora l'interrogativo che sgorga dalla riflessione di Pascal: come controllare la malattia? Come avere figli? Perché morire? Quando morire? Domande antiche e antichi desideri, così come antica è l'ansia che le accompagna e che segue le risposte a fronte delle quali l'uomo fa emergere la normatività della sua natura e una indifferibile esigenza di certezza. Si tratta di domande (e risposte) che pongono, per un verso, la persona dinanzi alla propria “limitatezza cognitiva” e, per l'altro, fanno emergere come le vertiginose trasformazioni scientifiche verso cui proietta la modernità, e le questioni epistemologiche che ne conseguono, mandino in crisi le vecchie categorie giuridiche, ormai incapaci di fornire di risposte definitive e rassicuranti la regolazione ordinata della realtà normativa.

Il caso del minore è, per più versi, indicativo di come i discorsi sulla capacità – e nella specie sulla capacità di discernimento – finiscano poi con l'andare incontro ad una dimidiata rilevanza ogni qual volta si controverta della sua possibilità di autodeterminarsi in ambito sanitario. A parte, infatti, declamatorie formule che rinviano alla necessità di ascolto della sua volontà in presenza di capacità di discernimento, informazione sanitaria e decisione finiscono sempre con il chiamare in causa altri “centri decisionali”, siano essi i genitori (ovvero il tutore) e, in ipotesi di conflitto, i giudici. Ecco allora che l'apprezzamento della capacità di discernimento, quale situazione “di fatto difficilmente

risalire (in forma attenuata), tramite illazioni deduttive (...) al “periodo” e non già al momento di confezione; C. PERLINGIERI, *Amministrazione di sostegno e neuroscienze*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2005, p. 336.

⁶⁶ P.R.CHAMPINE, *A Blueprint For Testamentary Capacity Reform*, New York Law School Public Law and Legal Theory, *Research Paper Series*, 2004-2005; D.N. BERSOFF, *Judicial Deference to Nonlegal Decisionmakers: Imposing Simplistic Solutions on Problems of Cognitive Complexity in Mental Disability Law*, in *Southern Method University Law Rev*, 42, 1992, pp. 351-363.

⁶⁷ B. PASCAL, *Pensieri*, Torino, 2004, p. 165.



riconducibile ad un momento preciso della vita dell'individuo"⁶⁸, si riduce alla mera assunzione di decisioni "positive" per il minore. Laddove la valutazione del *best interest* diventa lo scudo sotto il quale riassorbire tutte quelle decisioni che potrebbero essere contrarie alla salute del paziente. Uno scudo che, a seconda dei casi, viene utilizzato ora dai genitori ora dal tutore, ora dal giudice, come pure sembrerebbe confermare la vicenda di David Glass⁶⁹.

Anche quando l'affrancamento dallo stereotipo della capacità di agire e la fissazione di un'età differente sembrano risolvere una volta per tutte la questione del consenso del minore – come accade in Spagna, in Francia e Italia o anche in Inghilterra – la possibilità di chiamare in causa un terzo, sia esso il rappresentante legale o il medico, confermano dello scarso rilievo che assume la valutazione della capacità intellettuale ed emozionale del minore⁷⁰.

Questo almeno sul continente. Perché in Inghilterra, la decisione ultima in caso di minore incompetente o che manchi di quella *capacity to understand* di cui al *Gillick test* attiva senz'altro l'intervento del medico⁷¹. Il difficile apprezzamento della capacità di intendere e volere si pone così all'origine di decisioni che, tanto nel caso di minori quanto di infermi di mente, evidenziano l'esistenza di *multiple keyholders* la cui presenza denota lo spostamento dell'ago della bilancia verso altri "centri decisionali"⁷². Come dire: è illogico immaginare che un minore possa avere "a full understanding of the whole implication of what the refusal of that treatment involves", soprattutto quando in discussione sia la sua vita.

⁶⁸ P. STANZIONE, *Capacità e minore di età nella problematica della persona umana*, cit., p. 249 ss.; P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli 1972, p. 139 ss.; F. RUSCELLO, *Minore età e capacità di discernimento: quando i concetti assurgono a "supernorme"*, cit., p. 401.

⁶⁹ *Glass v UK* (Application No 61827/00) [2004] 1 FCR 553. S. Cacace, *Autodeterminazione*, cit., p. 251.

⁷⁰ Cfr., in Spagna, la Ley 14 novembre 2002, n. 41 reguladora de la autonomía del paciente (come modificata dalla Ley 26/2015 de 28 de julio) fa salvo l'intervento del rappresentante se il minore "no sea capaz intelectual ni emocionalmente". Minori aperture si rinvencono nella formulazione dell'art. 3, comma 2, della l. Legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento, pubblicata in Gazzetta Ufficiale 16 gennaio 2018, n. 12) a norma del quale "Il consenso informato al trattamento sanitario del minore è espresso o rifiutato dagli esercenti la responsabilità genitoriale o dal tutore tenendo conto della volontà della persona minore". Così ancora in Francia dove l'art. L.1111-2 Code de la Santé precisa che "Les intéressés ont le droit de recevoir eux-mêmes une information et de participer à la prise de décision les concernant, d'une manière adaptée soit à leur degré de maturité s'agissant des mineurs, soit à leurs facultés de discernement s'agissant des majeurs sous tutelle". In dottrina, I. SANCHO GARGALL, *Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado*, in *InDret*, abril de 2004 (www.indret.com), pp. 20-22; M. HERNÁNDEZ BEJARANO, *Le droit à l'information de patients ou usagers dans le système national sanitaire espagnol*, in *Rev.gén.droit méd.*, 2008, 27, p. 187. Per l'esperienza francese, tra i tanti contributi, C. ROUGE-MAILLART, *Le mineur dans la relation de soin*, in *Méd.droit*, 111, 2011, p. 218 ss.; A. KIMMEL-ALCOVER, *L'autorité parentale à l'épreuve de la santé des mineurs: chronique d'un déclin annoncé*, in *Rev. droit san. soc.*, 2005, p. 265; P. MISTRETTA, *Actes médicaux et droits de l'enfant: réflexions sur l'autonomie du mineur*, in AA. VV., *Mélanges en l'honneur du Professeur Claire Neimrick*, Lexis Nexis, Paris, 2015, p. 16 ss.

⁷¹ *Re E (A Minor)* (Wardship: Medical Treatment), 1 Fam. 386 (FD 1993) dove, sempre in caso di emotrasfusione, il giudice conclude "He is a boy of sufficient intelligence to be able to take decisions about his own well-being, but . . . there is a range of decisions of which some are outside his ability fully to grasp their implications. Impressed as I am by his obvious intelligence, by his calm discussion of the implications, by his assertion that he would refuse well knowing that he may die as a result, in my judgement [he] does not have a full understanding of the whole implication of what the refusal of that treatment involves". R.L. STENGER, *Exclusive or Concurrent Competence to Make Medical Decisions for Adolescents in the United States and United Kingdom*, in *Journal of Law and Health*, 14, 1999/2000, p. 209 ss.

⁷² R. THORNTON, *Multiple Keyholders--Wardship and Consent to Medical Treatment*, in *Cambridge L.J.*, 1992, pp. 34-37.



Né, a dispetto della diversità di approccio seguito nei diversi Stati americani, la *mature minor doctrine*⁷³ fa eccezione alla regola, visto che, per un verso, si tratta di regola priva di generale applicazione e, per l'altro, pone il problema di come valutare l'effettiva capacità dell'adolescente in quanto “The legal principles judges use to decide cases about children are often vague [...] research concerning child development suggests that concepts like “knowing, intelligent, and voluntary”-while somewhat immutable when applied to the adult reasoning process-is fluid prior to adulthood”⁷⁴. Il che, in rude sintesi, induce a ritenere che “the current case law and statutes do not give any clear guidance (to resolve) the problem. They tell you the principles to apply but not how these principles apply to your case”⁷⁵. Ma v'è dell'altro.

Se è vero che, conforme alla tradizione di *common law*, in Inghilterra il *Gillick competence test* fissa un principio ben preciso che si ritrova scolpito nelle parole di Lord Scarman per il quale “as a matter of law, the parental right to determine whether or not their minor child below the age of 16 will have medical treatment terminates, if and when, the child achieves sufficient understanding and intelligence to understand fully what is proposed”; è anche vero che la difficoltà di cogliere la maturità dell'adolescente ha indotto, più di recente i giudici, alla luce della previsione di cui alla § 1(2) MCA 2005, a leggere “*across to, and borrow from, the relevant concepts and language of the Mental Capacity Act 2005*” (para 15)⁷⁶.

In tutti questi casi, la valutazione della capacità si presenta come il prodotto di un ragionamento che mira più a raggiungere una certezza morale che non a verificare l'esistenza in concreto della capacità. Ne esce confermata la difficoltà di valutare la consapevolezza del consenso, e, piuttosto, si afferma l'esigenza di approdare ad una valutazione della capacità nel rispetto di un parametro di ragionevolezza (il quale è altro dalla capacità) che viene declinato alla luce delle specifiche circostanze del caso concreto, poiché si osserva che “*removing the specific factual context from some decisions leaves nothing for the evaluation of capacity to bite upon*”⁷⁷.

Stesse difficoltà affannano il panorama italiano, dove la capacità di consentire del minore si pone a fondamento di un dibattito dottrinale che collega il profilo dell'autodeterminazione al suo essere persona e, dunque, al suo diritto a partecipare alle

⁷³ Il *leading case* è *Cardwell v. Bechtol*, 724 S.W.2d 739 (Tenn. 1987). È però interessante notare che in *O.G. v. Baum*, 790 S.W.2d 839 (Tex. App. 1990) i giudici non rispettano la volontà della minore di 16 anni, Testimone di Geova che, investita da un treno, aveva rifiutato (con il consenso dei genitori) la trasfusione; In re *E.G.*, 549 N.E.2d 322 (Ill. 1989) i giudici pur dando spazio alla volontà del minore giacché “a mature minor may exercise a common law right to consent to or refuse medical care”, circondano l'esercizio di questo diritto da una serie di limiti di natura procedurale: 1. Presenza del giudice in considerazione dell'interesse dello Stato alla tutela della vita; 2) il giudice “must weigh these two principles against the evidence he receives of a minor's maturity” [and] “[if] the evidence is clear and convincing that the minor is mature enough to appreciate the consequences of her actions and that the minor is mature enough to exercise the judgment of an adult,” ed, in seguito 3) bilanciamento fra gli interessi del minore e quelli dello Stato, rappresentati da: (a) the preservation of life; (b) protecting the interests of third parties; (c) prevention of suicide; and (d) maintaining the ethical integrity of the medical profession”: Ma v'è più. I giudici non mancano di sottolineare come la scelta del minore sia accettata perché anche la madre era dello stesso parere, giacché in presenza di opposizione “this opposition would weigh heavily against the minor's right to refuse”.

⁷⁴ W.J. MLYENIC, *A Judge Ethical's Dilemma: Assessing a Child Capacity to Choose*, in *Fordham L. Rev.*, 64, 1996, pp. 1873-1874.

⁷⁵ N. MORRIS, *The Brothel Boy and other parables of the law*, 1998, p. 45.

⁷⁶ Re S (Child as parent: Adoption: Consent) [2017] EWHC 2729 (Fam).

⁷⁷ *City of York Council v C* [2013] EWCA Civ 478; [2014] Fam 10 at [35].



scelte che ne coinvolgono la persona. Autodeterminazione e consenso sono infatti espressione di quella visione antropologica di tipo razionalistico-individualistico di stampo moderno che vede nella volontà lo strumento attraverso cui opera il soggetto di diritto. E fin qui tutto bene. Ma, destinato a “condizionare” le riflessioni in tema di autodeterminazione e consenso del minore è il fatto che, nei circuiti dove si elaborano soluzioni e si formano regole, si assista ad una sostanziale sovrapposizione di piani concettuali (percepibile in misura maggiore che non nel caso della persona adulta), la quale, facendo smarrire la complessità del problema non ne favorisce un suo corretto inquadramento. Quando si discorre di autodeterminazione e di consenso è, infatti, necessario operare una distinzione fra il rilievo per dir così “etico” che assume il rispetto dell’autodeterminazione del minore/persona e la rilevanza giuridica attribuita alla salvaguardia dell’autonomia delle scelte che riguardano il proprio corpo. Profilo questo che si collega alla capacità del minore di comprendere e volere le conseguenze dell’atto medico. Ma se per la dottrina italiana l’apprezzamento della maturità psichica del minore e la valorizzazione della sua volontà sono aspetti che attengono alla tutela della persona e trovano fondamento nella previsione di cui all’art. 2 Cost. (che trova conferma nel riconoscimento del diritto del minore ad essere ascoltato), la giurisprudenza non sembra percepirne appieno le implicazioni e quello della capacità di discernimento continua a rappresentare un “obiter”, all’interno di sentenze dalle quali emerge una sostanziale incapacità dei giudici di valutarne le implicazioni e, dunque, di operarne una verifica in concreto. Al punto che sorprendono le riflessioni dei giudici del Tribunale di Milano⁷⁸, dove all’esito di una motivazione che sottolinea “il rilievo alla capacità di autodeterminazione del minore - concetto ormai entrato nel nostro ordinamento per il tramite di diverse Convenzioni internazionali che sollecitano la considerazione della volontà dell’infradiciottenne”, concludono ritenendo che occorra dare spazio alla *voluntas* del minore “specialmente quando il minore abbia raggiunto una età prossima al raggiungimento della piena capacità di agire, poiché diversamente opinando si giungerebbe alla privazione di diritti personalissimi mercé la sola considerazione del dato formale rappresentato dall’incapacità legale, giungendo al paradosso che il soggetto legalmente incapace ma naturalisticamente capace non possa decidere della propria salute, mentre il soggetto legalmente capace ma naturalisticamente *minus*, per il tramite dell’istituto dell’amministratore di sostegno, potrebbe esercitare una maggiore autodeterminazione”. I giudici, nella specie, avevano rifiutato ai genitori – sul fondamento del diritto alla autodeterminazione del minore – l’assunzione dei provvedimenti opportuni per superare il rifiuto del figlio di 17 anni di sottoporsi ad un necessario intervento chirurgico, in considerazione dell’essere il soggetto prossimo all’acquisto della maggiore età.

Anche quando l’apertura alla autodeterminazione del minore sembra massima, come nella decisione dei giudici costituzionali spagnoli, che non esitano a spiegare il fondamento costituzionale del diritto di autodeterminarsi⁷⁹, in realtà non ci allontana da una astratta

⁷⁸ Trib. min. Milano, 3 marzo 2010, in *www.dejure.it*.

⁷⁹ STS, 154/2002, de 18 de julio, in BOE núm. 188, de 07 de agosto de 2002 dove i giudici preciseranno “Más allá de las razones religiosas que motivaban la oposición del menor, y sin perjuicio de su especial transcendencia (en cuanto asentadas en una libertad pública reconocida por la Constitución), cobra especial interés el hecho de que, al oponerse el menor a la injerencia ajena sobre su propio cuerpo, estaba ejercitando un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio



dichiarazione di fedeltà ad un principio, salvo poi precisare che “Ahora bien, el reconocimiento excepcional de la capacidad del menor respecto de determinados actos jurídicos, como los que acaban de ser mencionados, no es de suyo suficiente para, por vía de equiparación, reconocer la eficacia jurídica de un acto — como el ahora contemplado — que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene, como notas esenciales, la de ser definitivo y, en consecuencia, irreparable”. D’altro canto in discussione non era la questione della autodeterminazione del minore, ma il ricorso di *amparo* presentato dai genitori accusati di omicidio. La questione della capacità del minore è mai veramente affrontata dai giudici che autorizzeranno la trasfusione, pur presentando il minore una maturità non comune (come si ricava dalla sentenza). Se si conduce ad effetto quanto si è venuto allineando, si può osservare come nota costante sia la declinazione giuridica del concetto di capacità e la significatività sociale che l’esercizio di “scelte tragiche” comporta. Quando il giudice si trova dinanzi al problema della capacità del minore, prende le distanze dal dato scientifico, complice anche la regola del libero apprezzamento delle prove da parte del giudice. Questi, così, non si rimette alle risultanze di test cognitivi e tanto meno abdica al ruolo di soggetto chiamato a dare effettività a valori diffusi in un certo contesto sociale.

Tanto meno la minore età funge da schermo alla applicabilità dei trattamenti sanitari obbligatori su pazienti minorenni⁸⁰. Su questo aspetto si incontra una giurisprudenza oscillante, proprio per la difficoltà di “gestire” il rapporto tra l’incapacità di agire dell’infradiciottenne e la tutela di diritti personalissimi come quello alla salute ed alla libertà personale⁸¹. Certo, il minore non smarrisce la sua individualità non si confonde con il genitore, anche in situazioni relative a scelte terapeutiche ed è chiaro che il recupero della capacità naturale fa emergere la scarsa adeguatezza pratica dello schematismo che caratterizza le tradizionali distinzioni in tema di capacità. Ma il recupero della “capacità di discernimento”, per quanto riguarda scelte che possono produrre effetti pregiudizievoli per la salute si scontra con visioni che, chiamando in causa la sacralità della vita, mettono da parte ogni necessità di penetrare i processi cognitivi.

sustrato corporal – como distinto del derecho a la salud o a la vida – y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE)”. Nella specie si trattava di un minore che si era opposto alla trasfusione in ossequio al rispetto di precetti religiosi ed era morto, a seguito della tardività della trasfusione comunque disposta. I genitori, anch’essi testimoni di Geova, pur non opponendosi alla decisione del minore, lo avevano comunque disposto il ricovero in ospedale. Sull’accusa di omicidio presenteranno ricorso di *amparo* e i giudici concluderanno nel senso di escludere la responsabilità penale dei genitori.

⁸⁰ In tema di vaccinazioni obbligatorie, la prevalenza dell’interesse pubblico alla salute non sembra lasciare molte opzioni, Cons. di Stato, sez. III, 21 aprile 2017, n. 1662, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2017, 3, p. 556 e si spinge fino alla dichiarazione di decadenza dalla potestà per i giudici di Cass. civ., sez. un., 15 ottobre 1999, n. 729, in *Giur. it.*, 2000, p. 1150.

⁸¹ Secondo l’orientamento tradizionale, ai sensi dell’art. 2 c.c., il soggetto minore di età, in quanto assoggettato alla potestà genitoriale, deva sottostare, a fronte della sola volontà dei genitori, a qualsiasi tipo di trattamento sanitario, anche di natura contenitiva o comunque incidente sulla sua libertà personale (Pret. Milano, 18 settembre 1982; Trib. minori Firenze, 29 maggio 1968).

Più di recente (Pret. Milano, 7 gennaio 1983; Trib. min. Bari, 7 luglio 1977), si è rilevato che l’interpretazione tradizionale non prende in considerazione ulteriori indici normativi, anche di rango costituzionale, i quali debbono viceversa essere adeguatamente considerati, alla luce di un’interpretazione sistematica ed evolutiva delle disposizioni in questione.



6. Un altro esempio dell'inefficienza della capacità legale d'agire a governare adeguatamente i problemi dell'autodeterminazione è offerto dalla questione del consenso al trattamento. A passare in rassegna le decisioni in tema di accertamenti a trattamenti sanitari, trasfusioni, rifiuto di cure etc. un dato emerge costante: la declamata centralità attribuita al consenso quale presupposto di liceità dello stesso⁸². Alla complessità che accompagna normalmente l'attività diagnostica deve aggiungersi l'impossibilità di derivare da una qualsiasi diagnosi conclusioni univoche circa la capacità decisionale di una persona. Anche il paziente diagnosticato come demente, al pari dello schizofrenico o del ritardato mentale, resta in linea di principio capace di esercitare le proprie scelte, anche se divergenti rispetto alle aspettative o ai valori socialmente condivisi, finché non si definiscano diversi valori da seguire. Ma ciò posto, non emerge dalla analisi della Giurisprudenza sufficiente attenzione al problema della capacità, su cui pure trova fondamento il consenso. Da Welby in poi quello che emerge è l'impossibilità di non tener conto del consenso ogni qual volta la stretta correlazione temporale fra la decisione e l'evento sia tale da far escludere qualsiasi difetto di capacità⁸³.

All'afflato partecipativo con cui il giurista approccia al consenso, romanticamente attratto dalla evocativa idea di una *health enterprise* in cui, la relazionalità costruttiva⁸⁴ ha la meglio sulla tradizionale contrapposizione medico-paziente, si affiancano così non poche perplessità legate al fatto che quando si discorre di informazione e di consenso ci si muove su un terreno che supera il rigore impositivo delle regole, siano esse giuridiche o disciplinari. Va da sé che siffatte insicurezze si accrescono in occasione delle decisioni di file vita.

Si assiste qui a quella che Foucault definisce *étatisation du biologique* (che non sconfessa la sovranità "classica", potere di far morire e lasciar vivere) che si sostanzia nella vera e propria nascita di un potere di far vivere e di lasciar morire cui si affianca *le droit de faire vivre et de laisser mourir*.⁸⁵ Il riconoscimento del potere di governo della propria vita, e dunque della libertà di autodeterminarsi, vuole fare giustizia di un paternalismo che è quello del medico non meno che del sovrano. Ma i valori inviolabili della persona si collegano ad un principio di solidarietà che supera la dimensione dell'individuo "chiuso nella volubilità delle sensazioni (...) senza passato ed avvenire, senza legami " per divenire "dominio, scelta, formazione, conquista di sé"⁸⁶.

Nell'ordinamento italiano gli artt. 2, 3, 13 e 32 della Cost., aprendo alla dimensione relazionale, attingono ad una visione della persona quale attore concreto che opera in un sistema e che si fa "attuale" solo nel momento in cui si relaziona con l'altro. Dalle pagine di Mounier ne esce altresì delineato un uomo rispetto al quale l'autodeterminazione si fa principio generale di rispetto della dignità della persona, salvo limitazioni derivanti dalla

⁸² Cass. civ. 2008/23676; Cass. civ. 2008/11335S, su cui *amplius*, S. CACACE, *Autodeterminazione in salute*, Torino, 2017, p. 251 ss.

⁸³ L. D'AVACK, *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una analisi della recente legge approvata in senato*, in *Dir.fam. e pers.*, 1, 2018, pp. 179; A. PISU, *Quando « il bene della vita » è la morte, una buona morte*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 911 ss.

⁸⁴ B. SALVATORE, *Informazione e consenso nella relazione terapeutica*, Napoli, 2012, p. 52 ss.

⁸⁵ M. FOUCAULT, *Il faut défendre la société. Cours au Collège de France (1975-1976)*, Cours du 17 mars 1976, Haute études Seuil Gallimard, Paris, 1997; trad. it., *Bisogna difendere la società*, Milano, 1998, p. 218 ss.

⁸⁶ E. MOUNIER, *Rivoluzione personalista e comunitaria*, Milano 1955, p. 88.



necessità di tutelare interessi superiori e senza assumere mai connotazioni individualistiche. Nel fine vita la storia del *laissez mourir* si scrive come storia di un potere che – dice Foucault – pervade la vita e ne prende possesso, dal corpo alla popolazione, avvalendosi delle tecnologie della regolazione e della tecnologia della disciplina.

E così, se è vero che libertà personale e tutela della salute si pongono a fondamento del diritto della persona di disporre di sé, è anche vero che, ancora una volta, ciò avviene nel segno di una difficoltà interpretativa riflessa nei diversi esiti cui approda la discussione a seconda si privilegi, quale valore fondante, quello della libertà personale ovvero della salute⁸⁷. In nessun caso, i giudici si indirizzano verso la verifica delle capacità cognitive della persona che ha chiesto l'interruzione del trattamento. Il caso *Welby* è emblematico, in tal senso.

Singolarmente, tuttavia, quando il problema è l'incompetenza del paziente, l'alta considerazione del bene-vita e la sacralità che lo circonda – come dimostrano le vicende di *Terry Schiavo*, *Quinlan*, *Jobes*, *Cruzan*, o *Englaro* – costringe i giudici ad artifici interpretativi per spostare l'asse dell'argomentazione sul terreno più adeguato a svincolare conclusioni che vadano nella direzione della ricerca di una capacità da cui inferire la volontà (tacita o presunta sic!) della persona. Queste vicende sono tutte accomunate dal fatto che sia il punto di “partenza” che di “arrivo” è il medesimo: ciò che cambia è il percorso argomentativo seguito alla ricerca della volontà consapevole. Nel caso della persona incapace la retorica del consenso espresso da persona capace di comprendere le conseguenze di ciò che sta compiendo vuole mettere al riparo dal timore che siano altri a decidere per noi, in violazione di quel principio di autodeterminazione di cui si è detto. La capacità, dunque, ritorna.

Il paradosso è nel fatto che proprio nel momento in cui si intende far salva la volontà, essa è decisamente negata. Se si prendono in esame gli artifici argomentativi cui ricorrono i giudici, nei casi di fine vita, è agevole rendersi conto di tutto questo. Al di qua e al di là dell'Oceano, le preoccupazioni sono le stesse e le Corti perseguitate dal fantasma della volontà forzano categorie giuridiche e interpretazioni di situazioni di fatto per tentare – nei casi di paziente incompetente – di (ri)costruirne i desiderata e così dare attuazione a quei diritti che si trovano nella penombra anziché nel nucleo duro dei diritti costituzionali⁸⁸. La volontà faticosamente costruita, facendo appello agli stili di vita, alle manifestazioni di volontà, utilizzando i familiari o il tutore, serve però solo a scopi processuali. Fermi alcuni profili, come il riconoscimento del diritto all'autodeterminazione che si esercita nel contesto relazionale della dinamica medico-paziente, il punto di ragionamento delle Corti è rappresentato dal rilievo da attribuire all'impianto probabilistico.

Ma se in *Cruzan* e *Conroy* la preoccupazione è quella assicurarsi che il *substituted* cerchi indizi sicuri da offrire al giudicante da cui, questi, possa inferire l'esistenza di una volontà (tacita)⁸⁹, non altrettanto è a dirsi in *Quinlan* dove i giudici realisticamente

⁸⁷ G. MARINI, *Il Consenso*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. Rodotà e M. Tallichini, Milano, p. 361; G. SALITO-P. STANZIONE, *L'(in)disponibilità del bene vita tra autodeterminazione e norma*, cit.

⁸⁸ Qui tornano significative le parole di M. A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianapolis, 1962, p. 25, per il quale “Our system, like all secular systems, calls for the evolution of principles in novel circumstances rather than only for its mechanical application”.

⁸⁹ U.S. Supreme Court, in *Cruzan v. Director, MDH*, 497 U.S. 261 (1990), dove chiaramente si precisa che “The United States Constitution does not forbid Missouri to require that evidence of an incompetent's wishes as to the withdrawal of



ammettono il carattere artificioso del processo di ricostruzione della volontà e passano senz'altro il testimone al *substituted judgment*⁹⁰. L'evocazione del *right to privacy* presente in Quinlan scompare in Cruzan, dove i giudici non si accontentano di una "as tracta" *voluntas* e, spostandosi sul piano del processo, si appoggiano alla due *process clause* la quale, si osserva, tutela contemporaneamente la vita e l'interesse a non subire cure indesiderate. In tutti i casi (e quello Englaro non fa eccezione), la mancanza di capacità pone il problema della ricostruzione della volontà compiuta attraverso un procedimento che consenta di conciliare l'inconciliabile⁹¹. Spazio alcuno residua a quella fiducia nella capacità del medico di operare nel *best interest* del paziente di cui all'esperienza inglese: non in Italia, ma neppure negli Stati Uniti. L'idea di quella volontà presunta di cui al caso Englaro è, però, una desolata "paralizzante ipocrisia"⁹². L'evoluzione scientifica è, insomma, fonte di tecniche di dominazione e di assoggettamento polimorfe e l'autodeterminazione del soggetto capace è lo strumento pensato per contrastarle. In tutti i casi, grande assente è la capacità e, di là da speculazioni e/o opzioni ideologiche, è evidente che il ragionamento dei giudici si basa su una finzione. Pur tuttavia quello che siffatte vicende pongono in rilevante è questo continuo veleggiare della capacità fra gli scogli dell'autonomia privata e della libertà di scelta, da una parte, e necessità di protezione della persona "debole" dall'altra. Il primato del principio di autodeterminazione, combinandosi con il primato dei valori costituzionali mette capo all'idea che la tutela della persona si esaurisca nell'autodeterminazione. In qualche modo singolare, allora, è che la distribuzione dei confetti al funerale del consenso avvenga proprio a causa di quel progresso medico, che aveva determinato l'insorgere di istanze partecipative, ma le cui potenzialità non vengono considerate appieno. Quanto meno non ai fini dell'accertamento della capacità, preferendosi ricorrere a ragionamenti presuntivi cui consegnare non rassicuranti certezze.

Anziani, persone affette da particolari patologie, fanno emergere un problema di valutazione della capacità di intendere e di volere che soffre un disallineamento rispetto alla capacità legale. In tutti questi casi, la vera questione non sembra tanto essere destinata a giocarsi sul terreno astratto del riconoscimento di un diritto a rifiutare il trattamento⁹³ ma, piuttosto, sul piano della verifica della capacità di assumere una decisione intesa, questa, come idoneità a comprendere le informazioni relative alla decisione; ad elaborarle, e ad

life-sustaining treatment be proved by clear and convincing evidence". In *The Matter Of Claire C. Conroy* 98 N.J. 321 (1985) 486 A.2d 1209.

⁹⁰ Se, sostengono i giudici, bisogna ammettere che esista "a right of privacy, as we believe it to be, then it should not be discarded solely on the basis that her condition prevents her conscious exercise of the choice. The only practical way to prevent destruction of the right is to permit the guardian and family of Karen to render their best judgment, subject to the qualifications hereinafter stated, as to whether she would exercise it in these circumstances. If their conclusion is in the affirmative this decision should be accepted by a society the overwhelming [*42]", *In The Matter Of Karen Quinlan, An Alleged Incompetent, Supreme Court of New Jersey* 70 N.J. 10; 355 A.2d 647; 1976 N.J. LEXIS 181; 79 A.L.R.3d 205; G. SMORTO, *Note comparatistiche sull'eutanasia*, in *Diritto e questioni pubbliche*, n.7. 2007, p. 176; P. STANZIONE-G. SALITO, *Il rifiuto presunto alle cure: il potere di autodeterminazione del soggetto incapace*, in *Iustitia*, n. 1, 2008, p. 71.

⁹¹ S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Diritto penale e processo*, 2007, p. 1567.

⁹² L. NIVARRA, *Autonomia (bio)giuridica e tutela della persona*, cit., p. 725.

⁹³ Sul punto, C. Cost., 9 luglio 1996, n. 238, in *Foro Amm.* 1998, p. 11.



apprezzarne le conseguenze in vista della scelta⁹⁴. Su queste basi, muove il Mac Arthur Assessment Test, articolato sulla verifica della capacità di a) comunicare una scelta; b) comprendere le informazioni; c) essere in grado di apprezzare la scelta e le sue conseguenze; d) ragionare su eventuali opzioni. Strumento da usarsi nella consapevolezza che i mutamenti degli stati mentali incidono sul livello di capacità della persona minando così il suo diritto di autodeterminazione per cui “when possible, a decision that a patient is not competent should be deferred until at least two evaluations have been performed at different times”⁹⁵.

7. Il diritto, come la vita di cui è specchio, è fatto di incontri⁹⁶. La riflessione giuridica quando ha mostrato sensibilità verso altre discipline come ad esempio l'economia, o la sociologia o la psicologia ha aperto il fronte a riflessive valutazioni sul contesto culturale ed economico in cui maturano soluzioni giuridiche e scelte, sulla razionalità della condotta umana. In alcuni casi il successo dell'incontro, come ad esempio quello fra economia e neuroscienze, è favorito da una minore presenza di sostrato filosofico che facilita la comprensione fra ambiti apparentemente così lontani. L'approccio del *Law & Economics* pur non riuscendo a penetrare davvero la zona d'ombra delle scelte individuali limitandosi, piuttosto, a ragionare intorno ad un astratto criterio di razionalità ha, però, fornito gli strumenti concettuali per verificare in che modo lo studio di emozioni, sentimenti, reti di relazioni sociali, condizionamenti potesse essere funzionale ad elaborare tecniche sofisticate di orientamento della risposta del consumatore (*Behavioural Law and Economics*).

Più complessa appare, invece, la definizione del rapporto fra diritto e neuroscienze. Da una parte la forte matrice filosofica del diritto che ne struttura la grammatica del linguaggio e i metodi della ricerca, dall'altra, la rigorosa metodologia delle scienze fondata sulla ripetibilità delle sperimentazioni, si frappongono alla creazione di condizioni di comunicazione fra settori così diversi⁹⁷. La necessità di un dialogo fra diritto e scienza tuttavia si delinea come una di quelle inevitabili sfide del futuro a cui il giurista non può rimanere estraneo. Il progresso scientifico qui sfida il diritto perché offre una serie di indicazioni che mettono in discussione le regole di funzionamento del sistema.

Assunto che le neuroscienze offrono una visione privilegiata sul funzionamento del cervello, bisogna accettare – o prendere coscienza – dell'impatto etico e sociale che i risultati di tali studi possono avere sulle esistenti strutture sociali e giuridiche. L'apertura al determinismo e la consapevolezza di poter “attivare e controllare” definite reazioni ha molto a che fare con il modo in cui si usa la conoscenza per plasmare la società. Il diritto, proprio alla luce di siffatte acquisizioni, si delinea come un gioco in cui ciò di cui si discute non è la ricompensa o la penalità ma, semmai, la definizione delle regole che ad esso

⁹⁴ G. SALITO, *Autodeterminazione e cure mediche. Il testamento biologico*, Torino 2012, p. 17 ss.; A. NICOLUSSI, *Testamento biologico e problemi del fine vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà?*, in *Europ. dir. priv.*, 2013, p. 457 ss.; C. PERLINGIERI, *Amministrazione di sostegno e neuroscienze*, cit., p. 339.

⁹⁵ P.S. APPELBAUM, *Assessment of Patients' Competence to Consent to Treatment*, cit., p. 1838.

⁹⁶ Sulla esigenza di raccordo del diritto con le altre scienze, da ultimo, N. LIPARI, *op.cit.*, p. 151.

⁹⁷ E. O'HARA, *How neuroscience may help the law*, in *Law and the Brain*, cit., p. 25.



sovrintendono. Nulla più delle vicende che hanno riguardato la capacità confermano del fatto che il diritto si presenta come una vera e propria sintassi sociale.

Capacità giuridica, di agire, di intendere e di volere, imputabilità, responsabilità definiscono le regole della partecipazione cui deve aggiungersi il ruolo svolto dall'autonomia privata che è strumentale al funzionamento di un mercato in cui a tutti i soggetti di diritto è garantita – in condizioni di astratta eguaglianza – la possibilità di regolare i propri interessi.

Dal canto loro le neuroscienze sono un laboratorio che mette in discussione costante quella sintassi sociale di cui si diceva e costringe a fare i conti con le mobili frontiere della scienza, cui sembra passare il testimone. Tutto bene quindi?

Se ne può dubitare. Certo, non si può negare che, ad esempio, conoscere l'effetto che produce il danno fisico sulle strutture cerebrali, possa contribuire a definire correttamente, in una prospettiva di integrale risarcimento del danno alla persona, i parametri da considerare per quantificare il danno biologico o, ancora, potrebbe aiutare a verificare la presenza o meno di stati di coscienza in soggetti in SVP (Stato Vegetativo Permanente). Tanto, con buona pace delle difficoltà di ricostruzione della volontà tra cui – come si è visto – si dibattono i giudici in tutti gli ordinamenti.

Sapere come vengono prese le decisioni etiche nel cervello, capire quali sono le strutture che presiedono ai meccanismi della menzogna, dell'autocontrollo, del dolore può servire certo alle funzioni del diritto, ma solo nella misura in cui non rimangano l'unico elemento da cui far dipendere la decisione del giudice. L'attenzione all'approccio delle neuroscienze non può risolversi nella incondizionata accettazione di un determinismo che, aprendo all'analisi del rapporto fra causa, sconfessi l'esperienza umana e la sua singolarità.

Vero è che quando è in discussione la capacità, il giudice vuole sapere se il soggetto, nel momento in cui ha manifestato il proprio consenso, era consapevole di ciò che stava facendo, oppure se è presumibile che in futuro egli possa nuovamente incorrere in una situazione di incapacità. Altrettanto vero che, pur se il dato scientifico offre al giudice importanti elementi su cui fondare il processo decisionale, non può – come noto – esaurirsi in esso⁹⁸. Il potere del giudice di verificare la esistenza o la veridicità di un racconto non svanisce alla luce delle neuroscienze, dovendo le risposte che le neuroscienze offrono essere usate in congiunzione con altre discipline come la genetica comportamentale, la psicologia, la sociologia, le scienze del comportamento. Il giudice insomma non smarrisce

⁹⁸ In questo senso, i giudici in Cass. civ., sez. II, 23 novembre 2016, (ud. 21/09/2016, dep.23/11/2016), n. 23900, *www.dejure.it*, i quali osservano “In realtà, e con più ampio riferimento alle motivazioni della sentenza impugnata, nella parte in cui ha ritenuto di condividere le valutazioni degli ausiliari, propendendo quindi per la mancata dimostrazione dell'esistenza di una patologia invalidante di carattere permanente già all'epoca del testamento, si è affermato che (Cass. n. 2407/1981) quando un giudizio deve necessariamente risultare dall'esame coordinato di numerosi elementi, conte nel caso di giudizio sulla capacità di intendere e di volere della persona defunta (al fine di riconoscere o meno la sua capacità di testate), il problema se il giudice del merito abbia o meno motivato adeguatamente va esaminato con riferimento all'insieme di tali elementi e con riguardo al complesso delle difese rispettivamente dedotte dalle parti contrapposte. L'eventuale silenzio della motivazione su taluni degli elementi citati non può essere considerato omesso esame di punti decisivi qualora, nel suo complesso, il giudizio risulti adeguatamente e concretamente giustificato né si possa affermare che senza quel silenzio la decisione avrebbe potuto essere diversa (in termini si veda anche Cass. n. 162/1981, per la quale l'apprezzamento del giudice del merito circa l'incapacità d'intendere e di volere, prevista dall'art. 591 c.c., n. 3, al fine di dedurre l'incapacità di disporre per testamento, costituisce indagine di fatto e valutazione di merito, non censurabile in sede di legittimità, se fondata su congrua motivazione, immune da vizi logici ed errori di diritto; (conf. Cass. n. 1851/1980; Cass. n. 1454/1969)”.



la sua funzione, neppure in questo caso, pur sempre ad egli spettando il compito di vagliare – oltre che il dato scientifico – le dichiarazioni, le condotte tenute, le azioni, la valutazione delle circostanze, nello sforzo di riallineare verità e fatto materiale, alla luce del quadro di valori nel quale si è collocata l'esistenza della persona.

La tristemente famosa esperienza di Phineas Gage, operaio rispettoso, diligente e garbato, cui un incidente sul lavoro lesionò parte della regione prefrontale ventromediana (regione cerebrale in prossimità delle cavità oculari) e ne cambiò la personalità ci disvela, certo, che esiste una stretta relazione fra mente e cervello (con buona pace del cartesiano rapporto fra *mens extensa* e *mens cogitans*), e conferma del collegamento fra stati mentali soggettivi e particolari correlati neuronali. Ma a parte la singolarità della vicenda, la incondizionata accettazione della progressiva riduzione del mentale ad cerebrale, lasciando fuori il vissuto e il narrato della persona rischia di influenzare la costruzione del nuovo modello antropologico che va sostituendosi a quello della modernità.

Smarrire l'essenza del sé, significa ridurre l'uomo al prodotto unico di una realtà neuro-funzionale laddove, evidentemente, il significato dell'accaduto, la collocazione dell'atto fra i simboli nei quali l'uomo cerca le ragioni, il senso e le relazioni con l'esistenza sono altro rispetto agli stimoli elettrici che guidavano Robot, fedele servitore di Frank.

Breve postfazione.

La vita riempie gli spazi del tempo. I miei sono stati riempiti dal senso di un insegnamento.

Grazie