

RECENSIONE AL LIBRO “ IDENTITÀ E SALUTE DEL MINORE. PROBLEMATICHE ATTUALI, A CURA DI ANDREA BUCELLI, PACINI EDITORE, PISA, 2021”

Il volume curato da Andrea Bucelli raccoglie, intorno al tema “Identità e salute del minore”, una serie di problemi attuali che mettono in luce l'identità del minore nel prisma delle questioni della tutela della salute: il consenso informato (colto nelle particolarità legate all'età pediatrica/minorile), il fine vita, la sospensione delle cure, il multiculturalismo in relazione alla salute del minore e alle scelte genitoriali, i delicati profili connessi all'identità personale e alle disforie di genere, il benessere psicologico dei minori anche rispetto all'uso/abuso delle tecnologie, la responsabilità familiare di fronte alla scelta di vaccinare o meno il minore e dell'influenza del contesto familiare nella scelta degli stili di vita.

L'approccio al caso concreto secondo una dialettica multidisciplinare consente di trovare risposte attraverso un bilanciamento dei differenti interessi in gioco e allo stesso tempo fornire una visione corale dei differenti aspetti dei problemi affrontati.

Il volume si allontana da visioni paternalistiche del passato per aprirsi a “nuovi dogmi”. Uno di questi è il concetto di massimizzazione dell'interesse del minore. Nella visione offerta al tema nel denso saggio di F.D. Busnelli il *best interest of child* nella sua vaghezza può risultare pericoloso perché “una indiscriminata tutela dei *best interests of the child*, nella sua ambiguità, può in ultima analisi rivelare un profilo sconcertante: quello di servire da immagine pietosa e accattivante di realizzazione (più o meno legale: si pensi alla “surrogazione di maternità”) di uno dei più inquietanti “pretesi principi”: il c.d. diritto alla genitorialità.” Ancora ricordiamo il concetto di “autodeterminazione terapeutica” che porta in sé la rivoluzione nella stessa affermazione del diritto alla salute secondo una concezione volontaristica. Con il rischio di derive che portano a sovrapporre il consensualismo contrattuale con il consenso informato. Ci ricorda Francesca Giardina come “nelle scelte che si legano alla vita e alla salute, il consenso è cosa assai diversa: è uno strumento che non riguarda il rapporto della persona con altri potenziali destinatari di una manifestazione di volontà”.

La stessa dimensione del minore come soggetto incapace di agire deve essere riallocato nella dinamica personalistica delle età del soggetto di 0-18 anni come posto in luce nei saggi di Attilio Gorassini e di Andrea Bucelli, il quale ricorda come “il minore è persona dai tanti volti: prima infanzia (da zero a sei mesi), seconda infanzia (da due a sei anni), fanciullezza (da sei a dieci anni), preadolescenza (da dieci a quattordici anni), adolescenza (da quattordici a diciotto anni), sono le fasi dello sviluppo convenzionalmente individuate dalla psicologia. Per quanto qui interessa potremmo distinguere ulteriormente tra bambini nati sani o prematuri e sottopeso, con sofferenza da parto, portatori di malattie congenite e con malformazioni gravissime, e così via. Tale molteplicità della condizione minorile sfugge all'astrattezza delle tradizionali categorie giuridiche”.

Questa *polidimensionalità* della persona del minore ha una particolare evidenza nella comunicazione medico-paziente ove “nella relazione concreta l'informazione va commisurata e calibrata alla specificità del caso sia in ordine alla patologia, sia in ordine alle particolari capacità di

comprensione del paziente ed altresì alla sua sensibilità e reattività emotiva. L'informazione diventa così dialogo informativo", come a più riprese sottolinea Daniela Marcello.

Così l'informativa e il consenso dovranno essere calibrati rispetto alla situazione concreta e nella concreta interazione che si viene a creare tra minore, genitori e medico. Con risvolti anche sul piano penale, come ricorda Vallini che con chiarezza cala il problema nelle fattispecie penalmente rilevanti. "Quando l'attuazione o prosecuzione del trattamento di fine vita sia doverosa (e, dunque, l'omissione sia illecita) – come, ad es., nel caso in cui sussista il consenso informato dei genitori, e detto trattamento sia funzionale al best interest del bambino (preservazione della vita, riduzione della sofferenza), senza che possa parlarsi senz'altro di accanimento terapeutico; o quando, comunque, tale interesse possa esprimersi solo in una misura soggettiva, di cui i genitori sono gli unici interpreti (insieme al minore, se adulto) – il medico risponderà degli eventi penalmente tipici (morte, evento tipico della fattispecie di omicidio, o aggravamento-perpetuazione di una malattia altrimenti evitabile, evento tipico del delitto di lesioni) che, trasgredendo al dovere di cura, non abbia evitato (art. 40, ult. co., c.p.).

La scelta, invece, di omettere un trattamento, appare del tutto lecita (anzi doverosa) laddove l'intervento in questione sia stato rifiutato dai genitori (opportunosamente informati) e non possa dirsi obiettivamente utile per il bambino (la cui volontà e soggettività dovranno essere comunque sondate, se significative). Ovviamente lecito – anzi, doveroso – non attuare forme di eutanasia attiva del minore (che si porrebbero in contrasto con l'art. 575 c.p.), né ricorrere a terapie prive di fondamento scientifico in sostituzione di altre maggiormente fondate.

L'esecuzione o protrazione del trattamento può dunque dirsi penalmente illecita – fino ad integrare gli estremi della violenza privata (se non altro ai danni dei genitori), art. 610 c.p., e/o della sottrazione di minorenni, art. 574 c.p. – laddove praticata contro il legittimo dissenso dei rappresentanti legali del bambino".

Il problema è che le scelte di cura non sono operate in via principale ed esclusiva dal minore ma dai genitori o dal tutore. Questo è ben presente anche nel tema dei vaccini trattato da Anna Carla Nazzaro, con particolare riguardo alla vaccinazione obbligatoria e agli obblighi indennitari dello Stato in caso di effetti avversi. Da subito l'Autrice evidenzia come " il problema maggiore è che si tratta di scelte che non sono operate dal minore in prima persona, ma dai genitori; dunque il rapporto tra la legge che impone l'obbligo vaccinale e l'art. 32 cost. si arricchisce di una ulteriore argomentazione che chiama in gioco non soltanto il rapporto tra salute individuale e salute pubblica ma, trattandosi di vaccinazioni obbligatorie in età pediatrica, anche il rapporto tra tutela della salute del minore e scelte dei genitori".

Al consenso del minore viene dedicata una parte del volume dove si mette in luce una casistica di crescente problematicità per le dimensioni che certi fenomeni stanno assumendo: si pensi al tema della sanità digitale, affrontato nel saggio di Simona Viciani, e al consenso informato in questo ambito dove la circolazione dei dati rappresenta un rischio e una necessità. Ricorda l'Autrice "la nascita dell'e-Health con l'evoluzione della telemedicina e la digitalizzazione, da un lato, costituisce un'interessante potenzialità per lo scambio, l'integrazione e la condivisione di informazioni tra gli operatori sanitari, tra medici e strutture sanitarie e tra questi e il paziente, mentre, dall'altro lato, rappresenta anche un rischio notevolissimo per le distorsioni che un sistema non ben regolamentato e protetto può generare". E ancora il tema affrontato da Nicola Rumine, sull'interruzione della gravidanza della minorenni alla luce della giurisprudenza costituzionale; il consenso informato nella

sperimentazione farmacologica in età pediatrica considerato da Paolo Sanna in relazione al contenuto del Reg. UE n. 536 del 2014.

Questo inquadramento porta a ridisegnare problematiche tipiche del rapporto medico- paziente e della cura della persona.

Così, nei saggi di Caterina di Costanzo e di Mario Renna, l'identità del minore è anche identità biologica intesa come dimensione personalistica e non tanto come "interesse del minore alla propria famiglia", che C.M. Bianca eleva a diritto verso lo Stato e a obbligo dello Stato a fornire mezzi adeguati all'attuazione di tale interesse (CM Bianca, *L'interesse del minore alla propria famiglia: un interesse ancora in attesa di piena tutela*, in *The best interest of child*, a cura di M. Bianca, Roma, 2021, 255); identità biologica da tenere distinta dalla identità genetica che viene a comporsi nella evoluzione anche epigenetica della vita, nelle parole di Emilia Giusti. Di particolare rilevanza alcuni temi attuali trattati nei saggi di Mario Ermini, Marco Rizzuti, Silvia Taccini: la disforia di genere in soggetti minorenni e l'accesso ai trattamenti sanitari, gli interventi chirurgici di "normalizzazione" dei neonati intersessuali, multiculturalismo e salute del minore.

Nel sistema di diritto privato la minore età assume rilevanza come qualità del soggetto incidente, innanzitutto, sotto il profilo della sua inidoneità ad agire ex art. 2 c.c.

La condizione del minore si distingue però da quella di altri soggetti incapaci in quanto coloro, che sono tenuti alla sua rappresentanza, sono gravati anche da un onere di cura e di promozione della crescita del minore stesso (artt. 147 e 357 c.c.) al fine di ridurre nel tempo la sua condizione di incapacità e di dipendenza, secondo un progetto di assistenza educativa all'interno del quale possa compiersi lo sviluppo della sua personalità.

In ciò si coglie l'ulteriore piano di rilevanza giuridica per il diritto privato della minore età: il minore deve essere inserito in una comunità familiare, non necessariamente una famiglia fondata sul matrimonio, all'interno della quale possa sviluppare le proprie potenzialità nel farsi persona maggiorenne.

È nella interazione normativa tra diritto sovranazionale e diritto interno che prendono forma i diritti inviolabili riferibili alla sfera giuridica dei soggetti di età inferiore ai diciotto anni.

Che la dimensione normativa del minore si articoli in un sistema complesso di fonti nazionali e sovranazionali, lo si avverte anche con riferimento al richiamo alla convenzione dei diritti del fanciullo compiuto dai giudici italiani nell'interpretazione delle norme di diritto interno che interessano la posizione giuridica del minore.

Da tempo la Cassazione ha dato una lettura combinata degli artt. 3 e 7 della Convenzione di New York del 1989 e della norma contenuta nell'art. 250 c.c. ai fini dell'individuazione del contenuto del diritto fondamentale del bambino ad identificarsi come figlio di una madre e di un padre.

"Il riconoscimento del figlio naturale minore infrasedicenne, già riconosciuto da un genitore, è un diritto soggettivo primario dell'altro genitore, costituzionalmente garantito dall'art. 30 cost.; in quanto tale, esso non si pone in termini di contrapposizione con l'interesse del minore, ma come misura ed elemento di definizione dello stesso, atteso il diritto del bambino ad identificarsi come figlio di una madre e di un padre e ad assumere, così, una precisa e completa identità; ne consegue che il secondo riconoscimento, ove vi sia contrapposizione dell'altro genitore che per primo ha proceduto al riconoscimento, può essere sacrificato - anche alla luce degli artt. 3 e 7 della convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989 (resa esecutiva con la l. 27 maggio 1991 n. 176) - solo in presenza di motivi gravi ed irreversibili, tali da far ravvisare la probabilità di

una forte compromissione dello sviluppo psico-fisico del minore” (Cass., 11.02.2005, n. 2878, in Mass. Foro it., 2005).

Si può, in linea tendenziale, concludere che la minore età è considerata nel nostro ordinamento non solo come dato formale costituito dal mancato compimento del diciottesimo anno dalla nascita dell’agente, ma anche come condizione sostanziale esistenziale di sviluppo della personalità, di necessità di cure morali e materiali nonché di rappresentanza e assistenza nell’*agere* per il diritto.

Simili conclusioni devono comunque essere modulate a seconda che l’azione del minore incida nella sua sfera esistenziale o in quella patrimoniale. La dottrina ha da tempo postulato che il concetto di capacità presenti condizioni differenti a seconda che lo stesso venga riferito all’esercizio dei diritti fondamentali o all’esercizio dell’autonomia negoziale (Stanzione, *Capacità e minore età*, Napoli, 1975; ID., *Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori*, RaDC, 1980, 446; Zatti, *Rapporto educativo e intervento del giudice*, in *L’autonomia dei minori tra famiglia e società*, a cura di De Cristoforo-Belvedere, Milano, 1980).

Il libro curato da Andrea Bucelli riesce a cogliere la dimensione relazionale, decisionale, esistenziale del minore calando i problemi nel concreto cercando non solo di trovare risposte ma di individuare percorsi argomentativi che possano offrire soluzioni nella cangiante e mutevole realtà postmoderna.