

# COMPARATIVE LAW IN TIMES OF EMERGENCIES



A cura di

**Giorgio Giannone Codiglione,  
Leonardo Pierdominici**

Studies in Law  
and Social Sciences





Università degli Studi Roma Tre  
Dipartimento di Giurisprudenza

NELLA STESSA COLLANA

1. G. ROJAS ELGUETA, N. VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale*, 2014
2. F. MEZZANOTTE (a cura di), *Le «libertà fondamentali» dell'Unione europea e il diritto privato*, 2016
3. C.A. D'ALESSANDRO, C. MARCHESI (a cura di), *Ius dicere in a globalized world. A comparative overview*, 2018
4. A. ZOPPINI, P. SIRENA (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, 2018
5. F. CAGGIA, G. RESTA (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, 2019
6. A. SOMMA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Comparazione e diritto positivo. Un dialogo tra saperi giuridici*, 2021
7. R. LUPI, *Studi sociali e diritto*, 2022

Università degli Studi Roma Tre  
Dipartimento di Giurisprudenza

Collana “Studies in Law and Social Sciences”

**8**

# COMPARATIVE LAW IN TIMES OF EMERGENCIES

A cura di

**Giorgio Giannone Codiglione,  
Leonardo Pierdominici**



*Roma TrE-Press*  
2022

Questo volume è stato realizzato con il contributo della Associazione Italiana di Diritto Comparato (AIDC).

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

Il volume pubblicato è stato sottoposto a previa e positiva valutazione nella modalità di referaggio *double-blind peer review*.

*Coordinamento editoriale:*  
Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: **MOSQUITO**, [mosquitoroma.it](http://mosquitoroma.it)

*Impaginazione:* Colitti-Roma [colitti.it](http://colitti.it)

Caratteri tipografici utilizzati:  
Brandon Grotisque( copertina e frontespizio)  
Adobe Garamond Pro (testo)

*Edizioni: Roma TrE-Press* ©  
Roma, dicembre 2022  
ISBN: 979-12-5977-137-7

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



L'attività della *Roma TrE-Press* è svolta nell'ambito della  
Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma



Università degli Studi Roma Tre – Dipartimento di Giurisprudenza

## *Studies in Law & Social Sciences*

La collana è diretta da

GUIDO ALPA • CARLO ANGELICI • ADOLFO DI MAJO • NICOLÒ LIPARI  
SALVATORE MAZZAMUTO • PIETRO RESCIGNO

*Coordinatore*

ANDREA ZOPPINI

*Comitato Scientifico*

Mads Andenas; William Burke-White; Emanuele Conte; Luca Enriques; Jorg Fedtke; Giuseppe Grisi; Andrea Guaccero; Martijn Hesselink; Francesco Macario; Giulio Napolitano; Antonio Nicita; Giorgio Resta; Giacomo Rojas Elgueta; Pietro Sirena; David A. Skeel; Noah Vardi; Anna Veneziano; Vincenzo Zeno-Zencovich.

La collana *Studies in Law and Social Sciences* intercetta nuove frontiere nello studio del diritto italiano, del diritto di matrice europea e poi del diritto comparato e transnazionale. In questa prospettiva, ospita lavori che propongono una nuova lettura delle fonti del diritto, dei fenomeni giuridici, dei rapporti fra diritto e società, osservati sia con i tradizionali strumenti ermeneutici e sistematici del giurista, sia attraverso il prisma conoscitivo delle scienze sociali. La collana, aperta a lavori redatti anche in lingue straniere, è pubblicata su una piattaforma editoriale digitale *open access*.

*The Roma TrE-Press Studies in Law and Social Sciences Series sets itself at the crossroads of research in Italian and European law, and of comparative and transnational legal studies. It publishes groundbreaking work on legal issues, on sources of law and on the interactions between law and society. This perspective is pursued not only by using traditional tools of legal scholarship, but also through the application of the “Law and...” methodology. The series publishes studies in Italian and foreign languages and is hosted on an open access digital platform.*



## Table of Contents

PRESENTATION	XI
--------------	----

### RULE OF LAW

CRISTINA COSTANTINI, <i>Ontologia Dell'emergenza e politica della giurisdizione. crisi estetiche dell'ordine globale e fenomenologia nostalgica del corpo politico</i>	3
--	---

GIOVANNI D'ALESSANDRO, CRISTINA GAZZETTA, <i>Emergenza (sanitaria) e Stato di diritto. Alcune riflessioni in chiave comparata</i>	15
---	----

FRANCESCO DURANTI, <i>Separazione dei poteri e forma di governo nelle esperienze costituzionali nordiche</i>	33
--	----

### CONSTITUTIONAL LAW AND FUNDAMENTAL RIGHTS

ANTONIA BARAGGIA, <i>Il ruolo delle istituzioni nazionali per i diritti umani in tempo di crisi</i>	47
---	----

CARLO GARBARINO, <i>Recenti evoluzioni delle politiche fiscali nazionali e sistema delle risorse proprie UE</i>	63
---	----

FEDERICO GIRELLI, FRANCESCO CIRILLO, <i>Bilanciamenti emergenziali e obblighi eccezionali. Libertà personale, privacy e libertà di salute nel corso della pandemia da Covid-19</i>	81
--	----

FRANCESCO BIAGI, <i>Estados de emergencia y crisis pandémica: algunas reflexiones sobre el papel de los Tribunales Constitucionales</i>	97
---	----

LETIZIA PALUMBO, ALESSANDRA PERA, <i>The COVID-19 Crisis, Human Rights and Unfair Models of Production: The Case of Migrant Workers in the Agri-food Sector in European Countries</i>	127
---	-----

GIUSEPPE ROSSI, <i>Keeping the Enemy at Bay: Emergency, Entropy, Time, and the Law</i>	163
--	-----

ANGIOLETTA SPERTI, <i>Institutional and public communication of constitutional courts in times of pandemic</i>	191
--	-----

### PRIVATE LAW PERSPECTIVES

MARIASSUNTA IMBRENDA, <i>Debiti pecuniari e nuovi paradigmi tra crisi, emergenze, flessibilità</i>	211
--	-----



LEYSSEER LEON HILARIO, <i>Fortuna e fatalità della imitazione giuridica nei tempi del Coronavirus. I rimedi contrattuali italiani messi alla prova... in terre latinoamericane</i>	231
GIOVANNI SCIANCALEPORE, <i>Covid -19 e alterazione del sinallagma contrattuale: prospettive comparate</i>	247
ANDREY SHIRVINDT, <i>No Ordinary Remedies for Extraordinary Situations? Some Remarks on the Fate of the Hardship Provisions of the Russian Civil Code</i>	269
MARCO TORSSELLO, <i>International Emergencies in Transnational Commercial Law: Synchronicities and Mismatches between Domestic Courts and International Arbitral Tribunals</i>	289
ANTONIO LAS CASAS, <i>Mercati finanziari e transizione ecologica: il modello dei green bonds</i>	313
GIANLUCA SCARCHILLO, <i>Come le pandemie cambiano il diritto attraverso le lenti del comparatista</i>	333
LAURA VAGNI, <i>Forme testamentarie e libertà di testare: emergenza pandemica e transizione digitale</i>	351
NOAH VARDI, <i>Le politiche di accesso al credito nei contesti emergenziali</i>	369
COMMERCIAL AND COMPANY LAW	
SABRINA BRUNO, <i>International Corporate Law and the Emergency of Climate Change</i>	387
BARBARA DE DONNO, LIVIA VENTURA, <i>Verso un nuovo Statuto delle imprese "for benefit" del "Quarto settore" e il new normal post-covid</i>	401
FEDERICO PERNAZZA, DOMENICO BENINCASA, <i>Governance, Emergency Legislation and Insolvency of Enterprises in Times of Pandemic</i>	433
HEALTH CARE	
CLAUDIA MORGANA CASCIONE, <i>The treatment of the elderly in time of Covid-19: attempts at protection or a new form of ageism?</i>	473
DOMITILLA VANNI, <i>Vaccinazione anti COVID-19 e consenso del minore ultrasedicenne</i>	495

ADRIANA CIANCIO, <i>Shaping the Social Dimension of the EU: Lessons from the Pandemic Crisis</i>	519
MARGHERITA COLANGELO, <i>Il settore farmaceutico e la concorrenza ai tempi del Covid-19: brevi riflessioni sulla collaborazione tra imprese durante la pandemia</i>	539
AMALIA DIURNI, <i>Health Impact Assessment: comparison of models</i>	553

## Domitilla Vanni

### *Vaccinazione anti COVID-19 e consenso del minore ultrasedicenne*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. L'ordinamento inglese. Il caso *Gillick vs West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* del 1985 – 2.1. Il caso *Quincy Bell & Mrs A vs The Tavistock and Portman NHS Foundation Trust and Ors* del 2020 – 2.2. Il caso *In the matter of D (A Child)* del 2019 – 2.3. Il caso *An NHS Trust vs X* del 2021 – 3. Cenni all'ordinamento italiano: la Legge 219 del 2017 e l'apporto della giurisprudenza – 4. Conclusioni.

#### 1. *Introduzione*

Il tema qui trattato si iscrive nel più ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale sul consenso al trattamento medico, il c.d. consenso informato, sebbene tratteggiato in questa sede in una connotazione soggettiva particolare, riferito cioè ai soggetti minorenni, in misura variabile e non sempre chiara disciplinato dai diversi ordinamenti giuridici quale espressione di un generale principio di autodeterminazione di ogni individuo, principio che a sua volta discende dal più ampio valore della dignità umana nella sua nota accezione di *dignity as empowerment*<sup>1</sup>, intesa sia nella sua accezione positiva, e cioè come diritto a ottenere il rispetto di sé da parte degli altri consociati, sia in senso negativo come diritto a poter escludere qualsiasi forma di interferenza esterna alla propria sfera giuridica. E ciò in un'ottica di bilanciamento con il fondamentale diritto alla salute nella sua portata individuale e collettiva, come si sta sperimentando nell'emergenza pandemica attuale con riferimento alla vaccinazione anti COVID-19. E così nel bilanciamento tra il diritto alla autodeterminazione e la necessità di intervenire a tutela della salute si definisce la capacità delle democrazie di strutturare processi di *governance* globali di fronte ad emergenze sanitarie sempre più drammatiche. In una prospettiva di *law in the action*<sup>2</sup> vedremo come questo bilanciamento

<sup>1</sup> L'espressione, molto efficace, è di D. BEYLEVELD - R. BROWNSWORD, in *Human dignity in bioethics and biolaw*, Oxford, 2001.

<sup>2</sup> G. GORLA, *Diritto comparato e Diritto comune europeo*, Milano, 1981.

penda a favore della autodeterminazione in contesti ordinari di tutela della salute, mentre in situazioni emergenziali e pandemiche appare opportuno riconoscere un peso maggiore alla sfera delle limitazioni consentite dagli ordinamenti.

Va premesso il ruolo decisivo che in una prospettiva sovranazionale sul consenso informato hanno svolto le pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che, sulla base dell'interpretazione dell'art.8 CEDU sul diritto alla vita privata, a partire dallo storico caso del 2002 *Pretty v UK*<sup>3</sup> sono pervenute a riconoscere il diritto all'autodeterminazione sanitaria di ogni individuo, che si esprime in concreto nella partecipazione attiva del paziente alle scelte terapeutiche che lo riguardano<sup>4</sup>. Ciò in continuità con le tappe raggiunte a livello internazionale, in quanto l'esistenza di siffatto diritto era già stata esplicitamente affermata nel 1947, dal Codice di Norimberga e, successivamente, dalla Dichiarazione di Helsinki della *World Medical Association* (sin dalla I Assemblea del 1964). Successivamente il Patto Internazionale Relativo ai Diritti Civili e Politici dell'ONU, concluso a New York nel 1966, all'art. 7 stabilisce: «[...] Nessuno può essere sottoposto, senza il suo libero consenso, ad un esperimento medico o scientifico»; nonché la Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997 e la cui ratifica è stata autorizzata in Italia con la Legge 28 marzo 2001, n. 14512,

<sup>3</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo 29 aprile 2002, ricorso n. 2346/02, nella quale si afferma «As the Court has had previous occasion to remark, the concept of “private life” is a broad term not susceptible to exhaustive definition. It covers the physical and psychological integrity of a person [...]. Although no previous case has established as such any right to self-determination as being contained in Article 8 of the Convention, the Court considers that the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees».

<sup>4</sup> Il primo «consent» risale al 1914, quando il giudice Cardozo – nel «caso *Schloendorff*» [*Schloendorff v. Society of New York Hospital*, 105 N.E. 92 (N.Y. 1914)] – tracciò, *in nuce*, le prime linee del concetto di consenso per cui un chirurgo, avendo eseguito un'operazione senza il consenso del paziente, è stato ritenuto colpevole nel suo comportamento per aver commesso una violenza personale in base al principio che “ogni essere umano adulto e capace ha il diritto di determinare cosa debba essere fatto col suo corpo ed un chirurgo che effettua un intervento, senza il consenso del suo paziente, commette un'aggressione per la quale egli è perseguibile per danni». Occorrerà attendere il 1957, data in cui si fa convenzionalmente risalire la prima elaborazione della nozione di «*informed consent*», quando la Suprema Corte californiana introdusse, nell'ambito del «caso *Salgo*» [*Salgo vs. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*, 317 P.2d 170, 173, 1957], il principio del dovere del medico di comunicare al paziente «tutti i fatti che coinvolgono i suoi diritti e i suoi interessi e circa il rischio chirurgico, alea e pericolo, se vi siano», necessari per acconsentire al trattamento chirurgico.

ha ribadito che «un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero ed informato» (art. 5). Infine, anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, all'art. 3 ha stabilito che «ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica» la quale si esplica, nell'ambito della medicina e della biologia, attraverso «il consenso libero e informato della persona interessata» a sottoporsi ad un determinato trattamento sanitario.

Solo per esigenze sistematiche accennando all'autodeterminazione dei soggetti minorenni negli ordinamenti inglese ed italiano, va premesso che il tema del consenso del minore al trattamento medico in prospettiva comparatistica corre su due direttrici fondamentali: da un canto l'istituto del consenso informato, che ha trovato una disciplina organica in Italia nella legge n. 219 del 2017<sup>5</sup> mentre nel Regno Unito ha trovato regolamentazione nel *case law* e in particolare nel caso giurisprudenziale *Montgomery vs Lanarkshire*<sup>6</sup> del 2015 e, d'altro canto, la tutela del minore, che, valorizzata specialmente dalle norme internazionali e convenzionali<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Legge del 22 dicembre 2017, n. 219 «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento» (18G00006) (GU Serie Generale n. 12 del 16 gennaio 2018).

<sup>6</sup> *Montgomery vs Lanarkshire Health Board* [2015] UKSC 11. Anche in dottrina il tema dell'*informed consent* ha suscitato notevole interesse, v. E. CAVE, *The ill-informed consent to medical treatment and the therapeutic exception*, in *Common law world review*, vol. 46, 2, 2017, pp. 140-168; J. COGON, *Mental Capacity Law, Autonomy, and Best Interest: an argument for conceptual and practical clarity in the Court of protection*, in *Medical law review*, vol. 24, 3, 2016, pp. 396-414; R. HEYWOOD - J. MIOLA, *The changing face of pre-operative medical disclosure: placing the patient at the heart of the matter*, in *The law quarterly review*, vol. 133, 2017, p. 296 ss. Sull'applicazione del precedente *Montgomery* ai minori E. CAVE - C. PURSHOUSE, *Think of the Children: Liability for Non-disclosure of Information Post-Montgomery*, in *MLR*, 28, 2020, p. 270.

<sup>7</sup> Tra le fonti internazionali di tutela del minore: la Convenzione dell'Onu sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 (CRC - New York), la Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti dei minori del 25 gennaio 1996 adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996, che in particolare all'art. 3 riconosce il diritto del minore di essere informato e di esprimere la propria opinione in ogni procedimento che lo riguarda. L'esplicito riferimento al diritto di manifestare il consenso informato alle cure per tutti i soggetti legalmente incapaci è operato, oltre che dalla Convenzione europea sui diritti dell'uomo e della biomedicina del 4 aprile 1997 di Oviedo all'art. 6, anche dalla Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa agli Stati Membri, *Recommendation No. R (99) 4 on principles concerning the legal protection of incapable adults*, adottata il 23 febbraio 1999. Così recita il *Principle 22*, par. 1: «Where an adult, even if subject to a measure of protection, is in fact capable of giving free and informed consent to a given intervention in the health field, the intervention may only be carried out with his or her consent. The

(si pensi in prima battuta alla Convenzione sui diritti del fanciullo sottoscritta a New York il 20 novembre 1989), sempre più chiaramente è fondata – e ciò in quasi tutti gli ordinamenti giuridici – sul *best interest of the child*, istituto di derivazione anglosassone ben presto penetrato negli ordinamenti continentali tanto da considerarsi principio generale e di costante applicazione della giurisprudenza anche da parte delle corti supreme di questi ordinamenti.

Si tratta di due istituti che nascono autonomamente, in contesti giuridici differenti ma parimenti fecondi sul terreno dei diritti civili, che sempre più spesso si sono venuti a incrociare nella ricca e variegata dinamicità dei casi umani, andando a operare in senso qualificativo di un soggetto che oggi più che mai può definirsi «di diritto», il minore.

Per seguire l'itinerario che ha portato all'ingresso del minore nel panorama dei soggetti di diritto – itinerario che è giurisprudenziale e legislativo insieme, dietro il fervido e stimolante dibattito dottrinale, proprio per il diverso e al contempo parimenti fluido apparato normativo delle fonti nei sistemi presi in esame – per poi valutarne la effettiva capacità di scelta in ordine al tema qui affrontato della vaccinazione anti COVID-19 – appare interessante la prospettiva comparatistica<sup>8</sup> laddove ci consente di individuare, sia nell'uno che nell'altro ordinamento considerato, le differenti radici e basi genetiche dell'istituto del consenso informato e al contempo di studiarne gli effetti e le ricadute pratiche nella tutela di un soggetto, il minore appunto, divenuto innegabilmente ormai soggetto attivo al pari dei consociati adulti. Tale analisi non necessariamente porterà a scoprire divergenze ontologiche e culturali tra i due sistemi giuridici ma sarà foriera di scoperte positive anche in termini di quel processo di avvicinamento e convergenza tra due mondi un tempo considerati distanti ma sempre più accomunati e contigui nella moderna definizione di *western legal tradition* di matrice comparatistica<sup>9</sup>.

---

consent should be solicited by the person empowered to intervene».

<sup>8</sup> Sui fondamenti, caratteri e ruolo dell'analisi comparatistica nella moderna scienza giuridica, cfr. R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992; M. SERIO, *L'apporto della comparazione nel rapporto tra scienza giuridica ed elaborazione giurisprudenziale*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, I, 2011, pp. 433-463; ID., *Osservazioni brevi su forme, mezzi e classificazioni della comparazione giuridica*, in *Scritti di comparazione e storia giuridica*, a cura di P. Cerami - M. Serio, Torino, 2011, pp. 12-27; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Comparazione giuridica e storia nello studio del diritto del tempo presente*, in *Scritti di comparazione e storia giuridica*, a cura di P. Cerami - M. Serio, Torino, 2013, pp. 44-62; G. RESTA - A. SOMMA - V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Comparare. Una riflessione tra le discipline*, Mimesis, 2020.

<sup>9</sup> H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, 1983,

## 2. *L'ordinamento inglese. Il caso Gillick vs West Norfolk and Wisbech Area Health Authority del 1985*

Nell'ordinamento inglese pietra miliare in tema di consenso informato del minore è il noto *Gillick case*<sup>10</sup> del 1985.

Va premessa la natura extracontrattuale della responsabilità civile del medico nell'ordinamento inglese, per omessa informazione al paziente dei rischi del trattamento sanitario, essa è ricondotta nell'ambito del *tort of negligence* e sorge ove ricorrano tutti i requisiti di esso<sup>11</sup>. Il paziente cioè che lamenta di aver subito un danno, pertanto, può essere risarcito se fornisce la prova del danno, della colpevolezza della condotta del medico e del nesso di causalità tra la condotta del professionista e il danno. La natura extracontrattuale della responsabilità medica, tuttavia, non sembra determinare in concreto una riduzione dei casi in cui il medico incorre in responsabilità, che invece sono ampliati attraverso un'interpretazione estensiva del requisito della colpa medica.

Nello storico caso *Gillick contro West Norfolk e Wisbech Area Health Authority* del lontano 1985 si trattava di decidere se una ragazza minorenni (di età inferiore ai sedici anni) fosse in grado di acconsentire a un determinato trattamento medico, senza il permesso dei genitori. La decisione finale in senso affermativo di tale capacità, adottata nel 1985 dalla House of Lords, ha rappresentato un *leading-case* in Inghilterra e in Galles ed è stata in varia misura recepita in Australia, Canada e Nuova Zelanda. Una disposizione simile è stata emanata in Scozia con l'*Age of Legal Capacity Act* del 1991.

Il precedente giudiziario *Gillick* ha in sostanza modificato la disciplina fino ad allora vigente. Il caso riguardava una circolare del dipartimento sanitario del 1974 che indirizzava i medici sulla contraccezione dei

trad. it. di E. VINELLO, Bologna, 1998, p. 63; A. GAMBARO - R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da R. Sacco, Torino, 1996, p. 41 ss.; U. MATTEI - P. MONATERI, *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova, 1997, p. 66 ss.; L.J. CONSTANTINESCO, *Introduzione al diritto comparato*, ed. it. e trad. di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO - R. FAVALE, in *Sistemi Giuridici Comparati*, a cura di A. Procida Mirabelli di Lauro, 1, I, Torino, 1996 (2<sup>a</sup> ed., 1997); V. VARANO - V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law - common law*, 6<sup>a</sup> ed., Torino, 2014.

<sup>10</sup> *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and another* House of Lords [1986] 1 AC 112.

<sup>11</sup> E cioè: l'esistenza di un *duty of care*, la violazione di esso, l'esistenza di un danno, il nesso di causalità tra la condotta illecita e il danno cagionato. Sul tema della responsabilità civile nell'ordinamento inglese in prospettiva comparatistica M. SERIO, *Studi comparatistici sulla responsabilità civile*, Torino, 2007.

minori (in particolare, sotto i sedici anni). La circolare affermava che la prescrizione della contraccezione fosse a discrezione del medico e che potesse essere prescritta a minori di sedici anni senza il consenso dei genitori. La questione è stata contestata perché un'attivista, Victoria Gillick, aveva condotto una campagna politica contro la circolare. Victoria Gillick aveva chiesto una dichiarazione secondo cui prescrivere la contraccezione fosse illegale soprattutto sotto il profilo che in questa ipotesi il trattamento medico sarebbe stato privo di valido consenso che avrebbe dovuto essere prestato dal genitore.

Il quesito affrontato allora dalla House of Lords riguardava allora la questione se il minore coinvolto potesse dare il consenso al trattamento medico. Il «consenso» qui è considerato in senso ampio: in assenza del consenso del paziente al trattamento, un medico, anche se ben intenzionato, potrebbe essere citato in giudizio a titolo di responsabilità extracontrattuale. La House of Lords si è concentrata sulla questione del consenso piuttosto che sulla nozione di «diritti» o «potestà» genitoriali. In effetti, la Corte ha ritenuto che non esistessero «diritti o potestà dei genitori» in sé, se non quello unico di salvaguardare the *best interest of the child*. La maggioranza dei componenti il collegio giudicante sostenne che in alcune circostanze un minore potesse acconsentire al trattamento e che in tali circostanze un genitore non avesse il potere di porre il veto al trattamento. Lord Scarman e Lord Fraser, pur convergendo sul riconoscimento dell'autonomia del minore, hanno formulato *opinions* leggermente diverse tra loro seppure *concurring* alla formazione della *ratio decidendi*<sup>12</sup>. Il test utilizzato da Lord Scarman è stato generalmente denominato «*Gillick competence*»: esso prevede che un minore possa al trattamento medico acconsentire solo se abbia compreso appieno il trattamento medico proposto. Ciò comporta che il potere di scelta dei genitori nello stabilire se per il proprio figlio minore, di età inferiore ai sedici anni, sia necessario o meno un trattamento medico termina se e quando il minore abbia raggiunto un livello di comprensione e una maturità sufficienti per comprendere appieno ciò che viene proposto.

Efficace l'espressione usata da Lord Scarman che riassume l'*opinion* di maggioranza, secondo cui: «il diritto dei genitori di determinare il trattamento medico del loro figlio minore avrà termine se e quando

---

<sup>12</sup> Nella sua *concurring opinion* Lord Fraser of Tullybelton affermava: «Provided the patient [...] is capable of understanding what is proposed, and of expressing his or her own wishes, I see no good reason for holding that he or she lacks the capacity to express them validly and effectively and to authorise the medical man to make the examination or give the treatment which he advises».



il minore raggiunga un livello di comprensione e una maturità sufficienti per consentirgli di comprendere appieno ciò che gli viene proposto»<sup>13</sup>.

La sentenza è stata particolarmente significativa per le ricadute sulla capacità giuridica dei minori in Inghilterra, in quanto ha avuto una portata ben più ampia del semplice consenso medico. Stabilisce in senso più esteso che l'autorità dei genitori a prendere decisioni sui minori non è assoluta, ma diminuisce proporzionalmente all'evoluzione della maturità del minore<sup>14</sup>. Il risultato pratico del *Gillick case* è che il diritto di prendere una decisione su una particolare questione concernente il minore passa dal genitore al minore se quest'ultimo abbia raggiunto una maturità sufficiente per prendere la decisione richiesta. Successivamente al caso *Gillick*, una prima differenza è emersa a livello del formante legislativo tra minori di 16 anni e minori ultrasedicenni laddove con riferimento a questi ultimi la *section 8*, comma 1, del *Family Law Reform Act* del 1969<sup>15</sup> ha introdotto una sorta di presunzione della *Gillick competence*

<sup>13</sup> Così Lord Scarman: «In the light of the foregoing I would hold that 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 a sufficient understanding and intelligence to enable him or her to understand fully what is proposed. It will be a question of fact whether a child seeking advice has sufficient understanding of what is involved to give a consent valid in law. Until the child achieves the capacity to consent, the parental right to make the decision continues save only in exceptional circumstances».

<sup>14</sup> È sorto un vivace dibattito dottrinario sul punto, cfr. S. GILMORE - J. HERRING, '*No' is the hardest word: Consent and children's autonomy*, in *Child and Family Law Quarterly*, 23, 2011, pp. 3-25; J. EEKELAAR, *The emergence of children's rights*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2, 1986, p. 161; A. BAINHAM, *Children, Parents and the State*, London, 1988, ch. 3; A. BAINHAM, *The Balance of Power in Family Decisions*, in *Cambridge Law Journal*, 45, 1986, p. 262; S. GILMORE, *The Limits of Parental Responsibility*, in *Responsible Parents and Parental Responsibility*, a cura di R. Probert - S. Gilmore - J. Herring, Oxford, 2009; J. FORTIN, *The Gillick Decision - Not Just a High-Water Mark*, in *Landmark Cases in Family Law*, a cura di S. Gilmore - J. Herring - R. Probert, Oxford, 2011.

<sup>15</sup> La norma del FLRA 1969, *section 8*, intitolata «Consent by persons over 16 to surgical, medical and dental treatment» prevede che:

“(1) The consent of a minor who has attained the age of sixteen years to any surgical, medical or dental treatment which, in the absence of consent, would constitute a trespass to his person, shall be as effective as it would be if he were of full age; and where a minor has by virtue of this section given an effective consent to any treatment it shall not be necessary to obtain any consent for it from his parent or guardian.

(2) In this section “surgical, medical or dental treatment” includes any procedure undertaken for the purposes of diagnosis, and this section applies to any procedure (including, in particular, the administration of an anaesthetic) which is ancillary to any treatment as it applies to that treatment.

(3) Nothing in this section shall be construed as making ineffective any consent which would have been effective if this section had not been enacted».

prevedendo che il consenso di un minore ultrasedicenne a qualsiasi trattamento chirurgico, medico o odontoiatrico – che in assenza del consenso costituirebbe un *trespass to the person* – «sarà efficace quanto lo sarebbe se fosse maggiorenne» e che qualora un minore ha prestato un consenso effettivo non è necessario ottenere il consenso di un genitore o di un tutore.

### 2.1. *Il caso Quincy Bell & Mrs A vs The Tavistock and Portman NHS Foundation Trust and Ors del 2020*

A distanza temporale di circa 35 anni dal *Gillick case*<sup>16</sup>, la giurisprudenza inglese è tornata sul tema del consenso del minore al trattamento medico in un caso *Quincy Bell & Mrs A vs The Tavistock and Portman NHS Foundation Trust and Ors*<sup>17</sup> deciso il 1 dicembre 2020 dalla Queen's Bench Division della High Court chiamata a decidere sulla rilevanza della volontà espressa da un minore in ordine alla scelta di sottoporsi a un determinato trattamento medico che – a differenza del caso *Gillick* nel quale erano chiari gli effetti del trattamento medico praticato al minore – destava numerose perplessità scientifiche sugli effetti sia fisici che psicologici sul minore (in particolare si trattava della assunzione di farmaci a base ormonale che avrebbero bloccato il naturale sviluppo del minore). In quella sede la questione principale posta dinanzi alla Corte era riconducibile al seguente interrogativo: può un minore di età inferiore ai sedici anni acquisire quello standard di competenza individuato nel caso *Gillick* in relazione alla decisione di prendere quel determinato farmaco? Interessante notare che per la Corte la posizione giuridica dei giovani di sedici e diciassette anni esigeva una considerazione diversa, meritando una

<sup>16</sup> Già nel 1991 nel noto caso *R (A Minor) (Wardship: Medical Treatment), Re* [1991] 4 All ER 177 la Court of Appeal, non aveva tenuto conto della volontà di un minore di rifiutare il trattamento medico in mancanza della piena capacità di comprensione delle conseguenze del trattamento e del suo rifiuto. Secondo Lord Donaldson «Nessun medico può essere obbligato ad eseguire il trattamento medico nei confronti di un minore, dipendendo la decisione dal proprio giudizio professionale, a condizione che vi sia il consenso di un soggetto autorizzato a darlo, tranne che nei casi eccezionali di urgenza. Nel formare tale giudizio, i desideri e i punti di vista del minore rappresentano un fattore la cui importanza aumenta proporzionalmente all'aumento della capacità di comprensione e maturità del minore». Inoltre «pur avendo il minore competente in base al criterio *Gillick* o ultrasedicenne il potere di prestare il proprio consenso al trattamento medico, la sua volontà è concorrente con quella di un genitore o tutore».

<sup>17</sup> *Bell & Anor v The Tavistock and Portman NHS Foundation Trust* [2020] EWHC 3274 (Admin), 1 dicembre 2020.

trattazione a sé.

Il punto di partenza per la Corte è la natura del trattamento proposto. In primo luogo, vi è una reale incertezza sulle conseguenze a breve e lungo termine del trattamento con prove molto limitate sulla sua efficacia, o addirittura sul fine che sta cercando di perseguire. Ciò significa che questo trattamento è correttamente definito come sperimentale.

Ne consegue che per raggiungere la *Gillick competence* le informazioni rilevanti che un minore dovrebbe comprendere, conservare e soppesare per avere la competenza richiesta, sarebbero le seguenti: le conseguenze immediate del trattamento in termini fisici e psicologici; il fatto che la stragrande maggioranza dei pazienti che assumono questi farmaci passa verso altri farmaci più incisivi e va incontro a interventi medici molto più grandi; la relazione tra l'assunzione di questi farmaci e il successivo intervento chirurgico, con le implicazioni di tale intervento chirurgico; il fatto che il trattamento indicato possa portare a una perdita di fertilità e, quindi, l'impatto che questo percorso di cura può avere sulle relazioni future e per tutta la vita; le conseguenze fisiche sconosciute dell'assunzione di questo farmaco; e infine il fatto che l'efficacia per questo trattamento è ancora altamente incerta.

Sarà ovviamente difficile per un minore sotto i sedici anni comprendere e valutare tali informazioni. Sebbene un minore possa comprendere il concetto di perdita di fertilità, ad esempio, non è lo stesso capire come ciò influenzerà la sua vita adulta. È probabile che l'atteggiamento di un minore nei confronti dell'aver figli biologici e la comprensione di ciò che questo significhi realmente cambierà tra l'infanzia e l'età adulta.

In questa argomentazione della Corte si introduce una interessante distinzione in base all'età del minore: è cioè altamente improbabile che un minore di età pari o inferiore a tredici anni sia competente a dare il consenso alla somministrazione di farmaci di questo tipo, è dubbio che un minore di quattordici o quindici anni possa comprendere e valutare i rischi e le conseguenze a lungo termine della somministrazione di questi farmaci, mentre per quanto riguarda i giovani di età pari o superiore a sedici anni, si presume che essi abbiano la capacità di acconsentire alle cure mediche. Date le conseguenze a lungo termine del trattamento medico in questione, e il suo carattere innovativo e sperimentale, si riconosce che i medici dovrebbero considerare questi come casi in cui richiedere l'autorizzazione del Tribunale prima di iniziare il trattamento medico nei confronti del minore, persino se ultrasedicenne.

Il risultato del caso *Bell* è stato il riconoscimento della necessità che

qualsiasi decisione su trattamenti medici su minori di sedici anni sia preceduta da una verifica giudiziale del *best interest of the child* e che ciò debba altresì ritenersi opportuno per i minori di sedici e diciassette anni, se c'è qualche dubbio sul loro *best interest* a lungo termine. In realtà, per gli adolescenti di età più elevata, questo sembrerebbe contraddire le presunzioni di capacità contenute sia nel FLRA che nel MCA e il principio secondo cui le Corti non possono «adottare una giurisdizione intrusiva in relazione a una forma di trattamento medico».

Il caso ora esposto appare di particolare utilità – anche se apre ad una serie di perplessità irrisolte – laddove si presta a disciplinare l'ipotesi di vaccinazione anti COVID-19, assimilabile ad ogni altro trattamento medico sperimentale, quale quello oggetto della citata pronuncia della High Court, sia per la mancata sperimentazione a lungo termine dello stesso vaccino, solo di recente introdotto dopo un periodo non particolarmente lungo di studi scientifici, sia per l'ignoranza degli effetti a lungo termine dello stesso su soggetti minorenni e sulla loro crescita, sì da poter estendere la *ratio decidendi* di questo caso ad ogni futura controversia vertente sulla scelta del minore di effettuare la vaccinazione.

Ciò significa che anche con riferimento ai soggetti ultrasedicenni l'ordinamento inglese allo stato dell'arte tende ad adottare stringenti cautele volte ad accertare la maturità personale del minore, non desunta dal compimento dell'età minima di sedici anni e fa per così dire un passo indietro rispetto a *Gillick*<sup>18</sup> nel processo di riconoscimento al minore di un potere di scelta autonoma e consapevole, libero da condizionamenti esterni, che si iscrive in quel processo graduale di ampliamento della sfera giuridica del minore che nell'ordinamento inglese è stato avviato con notevole anticipo rispetto all'ordinamento italiano di oltre un trentennio.

## 2.2. *Il caso In the matter of D (A Child) del 2019*

In una prospettiva ancora diversa si era mossa una precedente pronuncia della UK *Supreme Court* del 26 settembre 2019 particolarmente interessante laddove era stato operato dall'organo di vertice inglese un vero e proprio rafforzamento dell'autonomia decisionale del minore nel bilanciamento con la potestà genitoriale (nella specie si trattava della scelta genitoriale di ospedalizzare il minore per infermità mentale), pervenendo la Corte a configurare una sua eventuale compressione come privazione della

---

<sup>18</sup> E. CAVE, *Goodbye Gillick? Identifying and Resolving Problems with the Concept of Child Competence*, in *Legal Studies*, 34, 2014, p. 105.

libertà personale, rientrante nell'ambito dei diritti fondamentali protetti dalla Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo del 1950, in particolare dagli artt.5 e 8 della CEDU, con il riconoscimento espresso di tale diritto fondamentale, a prescindere dall'esito del test della *Gillick competence*, con riferimento a soggetti minorenni affetti da disabilità mentale.

Si trattava in particolare del caso *In the matter of D (A Child)*<sup>19</sup> del 2019 nel quale si discuteva della legittimità del consenso dei genitori di un minore ultrasedicenne affetto da disturbi del comportamento fin dall'età di quattro anni, per una forma di autismo, a disporre l'ospedalizzazione del proprio figlio, con conseguente privazione della sua libertà personale. Nella motivazione offerta da Lady Hale, autrice dell'*opinion* di maggioranza, approvata da tre su cinque componenti il Collegio giudicante, nella quale si nega la validità del consenso dei genitori, richiedendosi piuttosto un accertamento giudiziale della volontà del minore, si parte dalla considerazione generale che il *common law* ha a lungo tutelato la libertà dei sudditi inglesi, attraverso lo strumento dell'*habeas corpus* e l'illecito del *false imprisonment*. Allo stesso modo, viene richiamato l'articolo 5 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo secondo cui «Ogni individuo ha diritto alla libertà e alla sicurezza della persona. Nessuno può essere privato della libertà se non in casi specifici e secondo una procedura prevista dalla legge». Parallelamente si prende atto che sia il *common law* che l'*equity* da tempo riconoscono l'autorità dei genitori sui figli minori, racchiusa nel concetto di «responsabilità genitoriale» di cui al *Children Act* del 1989. Parimenti l'articolo 8 della Convenzione europea sui diritti umani afferma «Ognuno ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, della sua casa e della sua corrispondenza» e, come già riconosciuto nel caso *Christian Institute v Lord Advocate*<sup>20</sup> del 2016, la responsabilità dei genitori di allevare i propri figli secondo il proprio modello educativo, entro certi limiti, è una parte essenziale del rispetto per la vita familiare in una democrazia occidentale.

Oggetto della valutazione della Corte diventa allora non la legittimità del consenso in sé ma l'interazione o meglio il bilanciamento tra la libertà del minore e le responsabilità dei genitori, tra i diritti e i valori tutelati dall'articolo 5 CEDU e i diritti e i valori tutelati dall'articolo 8 CEDU, nonché tra il rapporto genitore-figlio secondo il *common law* e secondo i diritti fondamentali della Convenzione. La questione principale può essere semplicemente enunciata: rientra nell'ambito della responsabilità genitoriale acconsentire per un minore di sedici o diciassette anni a

<sup>19</sup> *In the matter of D (A Child)* [2019] UKSC 42.

<sup>20</sup> *Christian Institute v Lord Advocate* [2016] UKSC 51; 2017 SC (UKSC) 29, §§ 71-74.

condizioni di vita che altrimenti equivarrebbero a una privazione della libertà ai sensi dell'articolo 5 CEDU? Ma questo problema principale non può essere affrontato in modo sensato senza considerare ulteriori questioni: che differenza fa, se c'è, che il minore non abbia la capacità mentale di prendere la decisione da solo? Inoltre, che differenza esiste tra giovani minori o maggiori di sedici anni? Si noti che la Commissione per l'uguaglianza e i diritti umani era stata autorizzata a intervenire nel giudizio sia di appello che di ultimo grado, in quanto, vertendosi in una ipotesi di privazione della libertà personale, occorreva giudicare alla luce non solo del *common law* e dello *statute law* inglese, ma anche della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e degli altri strumenti internazionali. Per la Commissione i genitori non potevano acconsentire alla reclusione di un minore di sedici o diciassette anni, rimuovendo così le tutele previste dall'articolo 5 CEDU, senza contare che rimuovere quelle tutele a un giovane privo della competenza *Gillick* a causa di una disabilità, e attribuirle a un minore senza disabilità, sarebbe stata una discriminazione ingiustificata. Da un canto, la responsabilità genitoriale è definita nel *Children Act* 1989 come l'insieme di «tutti i diritti, i doveri, i poteri, le responsabilità e l'autorità che un genitore di un minore ha in relazione al minore e ai suoi beni» (*section 3.1*), o derivanti dal *common law* o da quelle disposizioni statutarie che conferiscono diritti ai genitori, come il *Marriage Act* 1949, che dà loro il diritto di negare il consenso al matrimonio di un minore sedicenne o diciassettenne (*section 3*). «Il principio generale è che il diritto dei genitori o il potere di controllo sulla persona e sui beni di suo figlio esiste principalmente per consentire al genitore di adempiere al suo dovere di mantenimento, protezione ed educazione fino a quando il figlio raggiunge un'età tale da poter badare a se stesso e prendere le proprie decisioni». Tuttavia, come spiega Lady Black in questo caso, il caso *Gillick* non è direttamente rilevante per la questione in esame: lì si trattava di cure mediche e non di privazione della libertà, si trattava di stabilire, cioè, se un minore potesse acquisire la capacità e il diritto di prendere tali decisioni da solo prima di raggiungere la maggiore età, non se l'autorità dei genitori perdurasse oltre tale età se il minore non avesse la capacità di decidere per se stessa. La *section 8.1* del *Family Law Reform Act* 1969 prevede che il consenso di un figlio minore ultrasedicenne a qualsiasi trattamento chirurgico, medico o odontoiatrico «sarà efficace quanto lo sarebbe se fosse maggiorenne» e che qualora un minore ha prestato un consenso effettivo non è necessario ottenere il consenso di un genitore o di un tutore. Tuttavia il comma 3 prevede che

«nulla in questa norma debba essere interpretato nel senso di rendere inefficace qualsiasi consenso che sarebbe stato effettivo se questa norma non fosse stata emanata»<sup>21</sup>. Lord Fraser di Tullybelton riteneva che ciò significasse che anche il consenso di un minore di età inferiore a quell'età potrebbe essere effettivo. Se il consenso di un genitore rimanga effettivo anche se un figlio, con capacità, ha rifiutato di prestare il consenso è una questione più controversa (che fortunatamente non si pone in questo caso). La *section 131.2* del *Mental Health Act 1983*<sup>22</sup> prevede poi che i successivi commi 3 e 4 si applicano a un minore di sedici anni che ha la capacità di acconsentire alle disposizioni per il proprio ricovero informale in ospedale per il trattamento del disturbo mentale: il comma 3 prevede che se il minore acconsentisse, tali accordi possono essere presi anche se c'è qualcuno che ha la responsabilità genitoriale per lui, mentre per il comma 4 se il minore non acconsentisse le suddette disposizioni non potrebbero essere prese sulla base dell'esclusivo consenso dei genitori. Il comma 5 prevede poi che la capacità debba essere letta in conformità con il *Mental Capacity Act 2005*<sup>23</sup>. Nota Lady Hale che l'età di sedici anni è

<sup>21</sup> V. nota 15.

<sup>22</sup> *Section 131 MHA 1983*:

“(2) Subsections (3) and (4) below apply in the case of a patient aged 16 or 17 years who has capacity to consent to the making of such arrangements as are mentioned in subsection (1) above.

(3) If the patient consents to the making of the arrangements, they may be made, carried out and determined on the basis of that consent even though there are one or more persons who have parental responsibility for him.

(4) If the patient does not consent to the making of the arrangements, they may not be made, carried out or determined on the basis of the consent of a person who has parental responsibility for him.

(5) In this section—

(a) the reference to a patient who has capacity is to be read in accordance with the *Mental Capacity Act 2005*; and

(b) “parental responsibility” has the same meaning as in the *Children Act 1989*».

<sup>23</sup> Secondo la *section 1.2* del MCA «a person must be assumed to have capacity unless it is established that he lacks capacity». Il MCA 2005 prevede espressamente che «a lack of capacity cannot be established merely by reference to a person's age or appearance» and that «a person is not to be treated as unable to make a decision merely because he makes an unwise decision». La *section 3.1* prevede che «for the purposes of section 2 a person is unable to make a decision for himself if he is unable:

(a) to understand the information relevant to the decision,

(b) to retain that information

(c) to use or weigh that information as part of the process of making the decision, or

(d) to communicate his decision (whether by talking, using sign language or any other means)».

significativa per vari altri scopi, come lasciare la scuola, entrare nelle forze armate o sposarsi (anche se di solito è richiesto il consenso dei genitori). Può darsi che, come regola generale, la responsabilità genitoriale si estenda all'assunzione di decisioni per conto di un figlio di qualsiasi età che non abbia la capacità di prenderle per sé. Ciò sarebbe sempre soggetto ai poteri di intervento giudiziale, sia per volere di un altro genitore o tutore in procedimenti di diritto privato ai sensi della *Part 2* del *Children Act* 1989, sia per volere di un'autorità locale nei procedimenti di diritto pubblico ai sensi della *Part 4* dello stesso *Children Act*, sulla base del fatto che il minore stia soffrendo o rischi di subire un danno significativo a causa delle decisioni dei genitori. La questione, tuttavia, è se vi siano limiti a tale regola generale, e in particolare se rientri nell'ambito della responsabilità genitoriale adottare disposizioni che abbiano l'effetto di privare un minore della sua libertà. In considerazione dell'incidenza dell'articolo 5 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e all'interazione tra responsabilità genitoriale e diritti del minore, è assolutamente superfluo giungere a un punto di vista conclusivo sulla questione «se un adulto nell'esercizio della potestà genitoriale possa imporre, o possa autorizzare altri a imporre, restrizioni alla libertà del minore». Tuttavia, le restrizioni così imposte non devono nella loro totalità equivalere a privazione della libertà che implicherebbe la violazione dell'articolo 5 della ECHR, sicché un genitore non può legittimamente privare della libertà un minore o autorizzarne la privazione della libertà.

### 2.3. *Il caso An NHS Trust vs X del 2021.*

Più di recente il caso *An NHS Trust vs X*<sup>24</sup> del 2021 ha riguardato un testimone di Geova adolescente bisognoso di trasfusioni di sangue. In quella occasione il giudice James Munby, della Family Division, ha ritenuto che il rifiuto di un minore ultrasedicenne al trattamento medico possa essere annullato dal Tribunale alla luce del *best interest of the child*. In tal senso il caso la decisione si pone in continuità con il citato caso *Bell & Anor v The Tavistock And Portman NHS Foundation Trust* del 2020. Il ricorrente ente ospedaliero aveva chiesto alla Corte l'autorizzazione a somministrare una

---

La *section* 3.1 non chiarisce cosa si intenda per «information relevant to the decision», sebbene la *subsection* 4 indichi che essa «includes information about the reasonably foreseeable consequences of (a) deciding one way or another, or (b) failing to make the decision».

<sup>24</sup> *An NHS Trust vs X* [2021] EWHC 65 (Fam).



trasfusione di sangue «integrativa» a un minore di sedici anni affetto da una grave sindrome da anemia falciforme. Sebbene ben consapevole che la Corte stesse ignorando il credo religioso fortemente radicato del minore come Testimone di Geova, il giudice autorizzava la somministrazione della trasfusione di sangue, come prescritto dai medici curanti, sulla base del fatto che spettava alla Corte decidere su ciò che avrebbe rappresentato il *best interest of the child* fino all'età di 18 anni. Poiché il ricorrente chiedeva anche un «ordine progressivo» per consentire la somministrazione di una trasfusione di sangue, nelle modalità e nei tempi in cui sarebbe stato necessario nei due anni successivi, la Corte riteneva rilevante accertare: (i) se, a seguito dell'entrata in vigore dello *Human Rights Act* del 1998 e di altri sviluppi della stessa legge, il consenso o il rifiuto di cure mediche da parte di un minore competente per *Gillick* dovesse essere determinante; (ii) se rientrasse nel *best interest of the child* sottoporsi a ulteriori trasfusioni di sangue in caso di ulteriore grave peggioramento delle sue condizioni mediche e, se clinicamente indicato, fino al compimento dei diciotto anni di età. La difesa del minore sosteneva che le azioni del ricorrente e la richiesta di un «ordine permanente» di due anni avrebbero dato luogo a gravi e profonde violazioni dei suoi diritti, garantiti dal *common law*, dal *Mental Capacity Act* 2005, e degli articoli 3, 5, 8, 9 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950, e chiedeva la dichiarazione giudiziale che, in quanto persona dotata di capacità decisionale, avente ad oggetto il riconoscimento di un diritto esclusivo del minore di decidere sulle proprie cure mediche compreso il rifiuto del consenso alle trasfusioni di sangue.

Interessante notare le *opinions* dei giudici, in particolare quella di Sir James Munby: «La Corte in un caso in cui la conseguenza della scelta del minore è probabile rappresenti un grave rischio per la salute, può annullare la decisione del minore, e a seconda dei casi può porre il veto a una procedura cui il minore ha acconsentito o ordinare che il minore debba sottoporsi a un trattamento cui il minore si oppone». Cita a sostegno il precedente della *Court of Appeal* in *In re R (A Minor) (Wardship: Consent to Treatment)*<sup>25</sup> e in *In re W (A Minor)*<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> *In re R (A Minor) (Wardship: Consent to Treatment)* [1991] EWCA Civ J0724-4.

<sup>26</sup> *In re W (A Minor)* All Eng Law Rep 1992 Jun 10; [1992] 4:614-26.

A ben vedere in questa ipotesi appare necessaria una distinzione tra i diversi modi in cui un minore possa negare il proprio consenso alle cure mediche: 1. Un «rifiuto del trattamento proposto». Qui al minore viene offerta la possibilità di acconsentire ad un particolare trattamento. Il minore considera il trattamento proposto e indica che non vi acconsente; o, in altre parole, rifiuta di fornire il consenso a quel particolare trattamento; 2. Un «rifiuto

Lord James Munby richiamava, in particolare, la *section 8* del FLRA, che prevede il consenso delle persone di età superiore ai sedici anni con riferimento a interventi chirurgici, cure mediche e odontoiatriche, ritenendo che essa non garantisca a un sedicenne un diritto assoluto di determinare se ricevere cure mediche. Piuttosto, la *section 8* del FLRA riconosce al paziente la possibilità di dare il consenso a tale trattamento come un adulto, al limitato scopo di proteggere il proprio medico da azioni giudiziarie o da qualsiasi pretesa violazione della *privacy*. È importante sottolineare che, mentre il FLRA ha offerto al paziente la possibilità di acconsentire al trattamento come un adulto, restava il fatto che il paziente era ancora minorenne e il suo rifiuto di dare il consenso potrebbe ancora essere annullato dalla Corte.

In breve, il *Mental Capacity Act* non impedisce alla Corte di annullare la decisione di un minore.

Tuttavia, la sua decisione deve comunque essere presa in considerazione quando il giudice decide per suo conto. Sir James Munby precisa con attenzione che sia la *section 1.3 (a)* del *Children Act* del 1989 che la sezione 4.6 (a) del *Mental Capacity Act* del 2005 richiedono che il tribunale *riguardi* (in un caso) o *consideri* (nell'altro) i desideri e i sentimenti del minore.

Come per un adulto, qualsiasi analisi del *best interest of the child* da parte della Corte per un minore dotato di competenza *Gillick* o oltre i sedici anni deve tener conto dei suoi desideri, sentimenti e volontà effettive. Senza dubbio, se un minore è competente per *Gillick*, i suoi desideri, sentimenti e decisioni avranno un peso significativamente maggiore rispetto a quelli di un minore che non sia competente per *Gillick*, ma ciò non significa che la decisione del minore competente per *Gillick* sia determinante in ogni circostanza. In conclusione, in relazione al trattamento medico, né la decisione di un minore competente per *Gillick* né la decisione di un giovane di età superiore ai sedici anni è determinante «in assoluto». Tale rifiuto può essere annullato dalle Corti, che dovrebbero ovviamente tenere conto del rifiuto del minore nel prendere tale decisione.

Rimane allora una distinzione tra i minori di età inferiore ai sedici anni e quelli di età compresa tra i diciassette e i diciotto anni. Fino all'età

---

del trattamento in sé». Qui il minore ha deciso di non sottoporsi ad alcun trattamento qualsivoglia. Non è semplicemente il desiderio del paziente di rifiutare un particolare trattamento, ma una decisione di rifiutare ogni trattamento, una decisione consapevole di incorrere nelle conseguenze di una totale assenza di cure. In questo senso S. GILMORE - J. HERRING, *'No' is the hardest word: Consent and children's autonomy*, cit., 2011, p. 5; B. WINICK, *Competency to consent to treatment: The distinction between assent and objection*, in *Houston Law Review*, 28, 1991, p. 15.

di sedici anni occorrerà accertare se il minore sia competente per *Gillick*; una volta che il minore abbia raggiunto l'età di sedici anni, il test della *Gillick competence* cade e si presume che il minore abbia capacità giuridica in conformità con la *section 8* del *Family Law Reform Act* del 1969, a meno che si dimostri la mancanza di capacità mentale come definita nelle *sections 2.1* e *3.1* del *Mental Capacity Act* del 2005. Benché il minore sia competente o abbia la «capacità», la Corte potrebbe quindi ignorare il suo rifiuto, in forza del c.d. *best interest of the child*.

### 3. Cenni all'ordinamento italiano: la Legge 219 del 2017 e l'apporto della giurisprudenza

Facendo un salto nell'ordinamento italiano, con un preliminare riferimento al più ampio tema del consenso informato, non può non accennarsi al cambio di passo segnato dalla legge 219/2017<sup>27</sup>. Come è ben noto, si è cioè passati - con un processo iniziato a partire dagli anni '70 del XX secolo, che ha visto il ruolo trainante dei formanti dottrinali e giurisprudenziali sul formante legislativo - da una impostazione paternalistica in cui la relazione medico-paziente si reggeva su di una sorta di «superiorità» del medico rispetto al paziente, ad un nuovo modello relazionale il cui perno è costituito dall'autonomia della volontà del paziente<sup>28</sup>, con il riconoscimento a quest'ultimo della piena capacità di

<sup>27</sup> Sul tema in prospettiva comparatistica v. M. GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, in *I diritti in medicina*, a cura di L. Lenti - E. Palermo Fabris - P. Zatti, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà - P. Zatti, Milano, 2011, p. 191, secondo il quale fin da principio la relazione medico-paziente «[...] non mette in gioco unicamente la salute, ma riguarda direttamente la libertà e la dignità della persona»; ID., *Dal consenso alla consensualità nella relazione di cura*, in *Resp. med.*, 1, 2019, p. 37 ss.; M. AZZALINI, *Legge n. 219/2017: la relazione medico-paziente irrompe nell'ordinamento positivo tra norme di principio, ambiguità lessicali, esigenze di tutela della persona, incertezze applicative*, un *Resp. civ. e prev.*, 1, 2018, p. 22 ss.

<sup>28</sup> L'autodeterminazione terapeutica del paziente è un principio ormai consolidato all'interno del nostro ordinamento e tutelato agli artt. 2, 13 e 32 Cost. Come ben osserva S. RODOTÀ, *Il nuovo Habeas Corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. Rodotà - M. Tallacchini, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà - P. Zatti, Milano, 2010, p. 176 ss., la facoltà di autodeterminarsi in ordine alle cure è espressione del diritto alla salute, di cui all'art. 32 Cost. Quest'ultimo, lungi dall'essere soltanto un diritto sociale volto al perseguimento di un interesse collettivo, attribuisce *ex se* al suo titolare una sfera di «autonomia presidiata», in grado cioè di conferire allo stesso una piena ed illimitata facoltà di scelta in ordine ai trattamenti sanitari, nonché il pieno governo di sé e la piena disponibilità sul proprio corpo. Il diritto alla salute, così

decidere per se stesso, specie con riguardo alla propria salute. Si è ben detto in dottrina che riconoscere rilievo all'autonomia dell'individuo non deve significare disimpegno, ma, diversamente, manifestazione di un'etica della responsabilità, in una società improntata al pluralismo. Tale cambio di passo ha segnato un forte cambiamento nella stessa natura del rapporto di cura perché si è riconosciuta alla persona la facoltà di disporre del proprio corpo, della propria salute e della propria vita per mezzo del consenso informato, della pianificazione delle cure, e in ultimo, delle disposizioni anticipate di trattamento, con inevitabili ricadute sul piano dell'accertamento delle condizioni necessarie per l'esercizio delle situazioni giuridiche soggettive riconosciute al paziente. Si allude alla istituzione legislativa di una precisa serie di obblighi in capo ai soggetti svolgenti la prestazione sanitaria la cui verifica di adempimento prelude e fa da presupposto per la corretta applicazione dell'istituto del consenso informato, con ricadute importanti sotto il profilo della responsabilità nel senso dell'esistenza di una separata forma di responsabilità del medico per violazione del dovere di informazione che prescinde dall'esito del

---

come previsto dalla nostra Costituzione, è una sorta di nuova dichiarazione di *habeas corpus* ancora più forte del diritto alla libertà personale, poiché posta a presidio della persona umana e della sua dignità, anche contro le ingerenze del legislatore. La riserva di legge prevista al comma 2, dell'art. 32 Cost., infatti, introduce un «autolimita» legislativo alla possibilità di imporre trattamenti sanitari obbligatori, ove essi siano lesivi della persona umana considerata nella sua irripetibile unicità e soggettività. Anche a livello del formante giurisprudenziale italiano, si noti la sentenza della Corte cost. n. 238/1996 (in tema di imposizione coattiva del prelievo ematico nei confronti dell'indagato) la quale definiva il diritto del soggetto di opporsi ad un trattamento che non sia obbligatorio per legge espressione di un «diritto inviolabile, quello della libertà personale, rientrante tra i valori supremi, quale indefettibile nucleo essenziale dell'individuo, non diversamente dal contiguo e strettamente connesso diritto alla vita ed all'integrità fisica, con il quale concorre a costituire la matrice prima di ogni altro diritto, costituzionalmente protetto, della persona». Così anche la sentenza della Corte costituzionale n. 438 del 2008. Analogamente la Corte di Cassazione con la nota sentenza Englaro n. 21748/2007 ha fatto proprie le affermazioni della Cass. pen. 11 luglio 2001 - 3 ottobre 2001, affermando che «il consenso afferisce alla libertà morale del soggetto ed alla sua autodeterminazione, nonché alla sua libertà fisica intesa come diritto al rispetto della propria integrità corporea, le quali sono tutte profili della libertà personale proclamata inviolabile dall'art. 13 Cost». Nella stessa direzione la Corte di Cassazione, nella sentenza n. 2208 del 26 giugno 2009, precisava che il monito rivolto allo Stato dagli artt. 2 e 3 Cost. – i quali implicano, da un lato, «il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo, come singolo e nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità, dall'altro l'impegno pubblico a rimuovere gli ostacoli che – limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini – impediscono il pieno sviluppo della persona umana», se appare diretto a tutti gli individui, «si attaglia particolarmente al fanciullo, per il quale lo sviluppo della personalità costituisce un dato fisiologico».

trattamento terapeutico o chirurgico sotto il profilo del diritto alla salute, rientrando nella classica fattispecie di danno risarcibile<sup>29</sup>. Ed è proprio con riferimento alla comprensione di queste informazioni necessarie a comprendere la portata del trattamento medico che va impostato – così come impostata la questione di fondo dalla High Court nel citato caso inglese del 2020 – ogni dibattito sul consenso del minore al vaccino anti COVID-19 in Italia soprattutto alla luce di alcuni recenti interventi giurisprudenziali resisi necessari a fronte del frequente contrasto tra la volontà del minore di sottoporsi al vaccino e la volontà di genitori cc.dd. «no-vax» contrari alla scelta del proprio figlio.

La legge 219/2017 riconosce oggi la validità del consenso del minore al trattamento medico laddove all'art.3 prevede che la persona minore di età o incapace ha diritto alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione, nel rispetto dei diritti di cui all'articolo 1, comma 1. Deve cioè il minore ricevere informazioni sulle scelte relative alla propria salute in modo consono alle sue capacità per essere messo nelle condizioni di esprimere la sua volontà. Tuttavia, ai sensi dell'art 2 della stessa legge 219, 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, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità, e avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita del minore nel pieno rispetto della sua dignità. Cioè non si riconosce espressamente al minore a livello legislativo la capacità di compiere scelte autonome e libere da condizionamenti esterni<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Per tutte, Cass. 29 marzo 2019, n. 8756.

<sup>30</sup> Secondo l'art. 3 «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, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità, e avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita del minore nel pieno rispetto della sua dignità». Dunque sicuramente la regola generale è che il consenso dei genitori (o del tutore) sia necessario. Ci si deve chiedere se il coinvolgimento del soggetto minore che abbia un sufficiente grado di maturità resti un dovere interno al rapporto tra genitori e minore oppure assuma un rilievo esterno. Nel secondo senso propende il fatto che lo stesso articolo preveda il diritto della persona minore di età «alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione», e a «ricevere informazioni sulle scelte relative alla propria salute in modo consono alle sue capacità per essere messa nelle condizioni di esprimere la sua volontà». D'altra parte il Codice di deontologia medica del 2014 prevede che il medico debba garantire «al minore elementi di informazione utili perché comprenda la sua condizione di salute e gli interventi diagnostico-terapeutici programmati, al fine di coinvolgerlo nel processo decisionale», e tenere «in adeguata considerazione le opinioni espresse dal minore in tutti i processi decisionali che lo riguardano». Così R. CATERINA, *Diritto e corpo umano: scritti - i minori e il corpo*, in *Giur. It.*, 6, 2021, p. 1494. In tal

Tra l'altro il legislatore italiano, al comma 5 dell'art. 1, attribuisce ad «ogni persona capace di agire», il «diritto di rifiutare», in tutto o in parte, qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico senza chiarire se sia necessaria la capacità di agire o se sia sufficiente la capacità naturale di intendere e di volere riscontrabile in capo al minore.

L'art 3 comma 5 della legge 219 prosegue, quindi, prevedendo che, in caso di contrasto tra genitori esercenti la responsabilità genitoriale (o tutore) e il medico, la decisione vada rimessa al Giudice Tutelare: il Giudice Tutelare è chiamato infatti a dirimere l'eventuale controversia insorta tra professionisti sanitari e genitori (o tutore) laddove questi rifiutino le cure proposte ed i primi le ritengano invece appropriate e necessarie, con una decisione che, ove definitiva, dovrà essere rispettata sia dai genitori, sia dal medico che dal soggetto minore d'età. Tuttavia, il testo di legge sembra tacere nel caso in cui insorga contrasto tra la volontà del minore e quella dei genitori sul prestare o rifiutare il consenso<sup>31</sup>.

---

senso il testo di legge 219/2017 sembra optare verso una nozione funzionale di capacità alla scelta terapeutica cioè di *competence*. La c.d. *competence to consent to health care* del malato rappresenta infatti la capacità richiesta al paziente per acconsentire o rifiutare ad un trattamento. Essa, tuttavia, può essere definita sia adottando una nozione «specificata» così come nel mondo anglosassone, la quale circoscrive la stessa alla capacità di prendere decisioni rispetto a una determinato trattamento medico, assumendo altresì che un soggetto possa essere più o meno capace in relazione all'età e alle condizioni fisiche o di fatto in cui è chiamato a compiere quella scelta; sia preferendo una nozione «generale» e basata su un «valore soglia», così come negli ordinamenti continentali, ove per lungo tempo si è fatto riferimento ad una sorta di abilità decisionale del paziente presunta al ricorrere di determinate condizioni, normalmente riferite al raggiungimento della maggiore età, senza richiedere l'accertamento caso per caso da parte del medico che ha in carico il paziente. Quest'ultima definizione, tuttavia, sovrapponeva di fatto il concetto medico di *competence* a quello giuridico di «capacità legale». Così E. SALVATERRA, *Capacità e competence*, in *I diritti in medicina*, a cura di L. Lenti - E. Palermo Fabris - P. Zatti, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà - P. Zatti, Milano, 2011, p. 352 ss. Sul tema P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1976, p. 135 ss. aveva ritenuto opportuno ridefinire il concetto di capacità legale in modo unitario e flessibile, variabile cioè in base alle particolarità degli atti, dei rapporti e degli interessi sottostanti, senza applicare le tradizionali categorie civilistiche, comuni agli ordinamenti di derivazione romano-germanica e sorte nell'ambito dei rapporti patrimoniali. La nozione di *competence*, infatti, è propria degli ordinamenti di *common law*, i quali non distinguono tra capacità giuridica e capacità d'agire, ed è per lo più vicina alla nozione di capacità di fatto o capacità naturale di intendere e di volere, la quale potrebbe sussistere nel paziente legalmente incapace o viceversa essere assente in quello capace. In questo senso A. VENCHIARUTTI, voce *Incapaci in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IX, Torino, 1993, p. 384 ss.

<sup>31</sup> Prendiamo, ad esempio, in esame la situazione in cui la persona minore è capace di discernimento, iniziando dal caso in cui il minore sia in contrasto con i genitori e invece favorevole alle cure proposte dal medico. Sembra che in situazioni di urgenza il medico

Ciò premesso, il contrasto è in un numero non esiguo di casi in effetti avvenuto con riferimento alla vaccinazione anti COVID-19 ed ancora una volta nell'ordinamento italiano è toccato ai giudici il delicato compito di procedere alla valutazione della legittimità del consenso minorile in ordine a scelte delicatissime, aventi una evidente ricaduta in termini di tutela della sua salute e della sua integrità psico-fisica, nei casi di contrasto con la volontà genitoriale.

Va premesso che numerose pronunce di legittimità nel nostro ordinamento già da diversi anni hanno dato peso alla volontà dei cosiddetti «grandi minori», cioè i giovani prossimi alla maggiore età. Anche la legislazione tutela e riconosce diritti ai minori<sup>32</sup>, anche prima di quell'età: esiste un generale diritto di ascolto del minore, ad esempio, dopo il

---

possa in una simile situazione assicurare le cure necessarie. In assenza di situazioni di urgenza, la decisione sarà rimessa al giudice tutelare, e ove le cure siano ritenute necessarie esse potranno ovviamente avere corso, a prescindere dalla volontà dei genitori. Non si può certamente ammettere, infatti, che i genitori possano disporre della vita della persona minore, contro la sua volontà. Più spesso la persona minore è d'accordo con i genitori nel rifiutare il trattamento. Una parte degli interpreti esclude, in termini generali, che la scelta di rifiutare trattamenti necessari alla sopravvivenza «possa essere lasciata ad un minore che, benché maturo, non è in grado di prendere una decisione di questo tipo e di tale gravità». Così M. BIANCA, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento. Prime note di commento*, in *Famiglia*, 2018, pp. 111-112. Se si accogliesse questa prospettiva, la situazione non cambierebbe affatto con l'acquisto dalla capacità di discernimento da parte della persona minore. Tuttavia è abbastanza diffusa l'opinione che, anche rispetto a scelte che conducano o possano condurre alla morte, la volontà dell'adolescente non possa restare irrilevante. Ciò quanto meno nel senso che anche rispetto a trattamenti necessari per il mantenimento in vita l'intervento impositivo del giudice «non può spingersi fino a ordinarne l'effettuazione, coartando la volontà dell'adolescente». L. LENTI, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni*, in *I diritti in medicina*, a cura di L. Lenti - E. Palermo Fabris - P. Zatti, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà - P. Zatti, Milano, 2011, p. 456. Anche in questa ipotesi una volontà contraria del minore, se ritenuto capace di discernimento, non sarebbe, in ultima analisi, superabile. Vista l'importanza e la complessità delle questioni in gioco, inclusa la stessa valutazione della capacità di discernimento del minore, sembra comunque che di fronte al rifiuto di cure che siano ritenute dal medico opportune, la decisione debba essere rimessa al giudice.

<sup>32</sup> Tra le fonti nazionali della tutela del minore: la legge sulla sperimentazione clinica dei farmaci (artt. 4 e 5 del d.lgs. n. 211/2003), la legge sull'interruzione volontaria della gravidanza (art. 13 l. n. 194/1978) e in materia di stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza l'art. 120, comma 2, del d.P.R. n. 309/1990, nonché gli artt. 32, 33, 35 e 37 del codice di deontologia medica del 2014, che prevedono il dovere del medico di tutelare tutti i soggetti fragili – minori e incapaci – e di coinvolgerli nei processi decisionali riguardanti la loro salute, acquisendo il consenso informato ai trattamenti dal genitore o dal rappresentante legale.

compimento di dodici anni di età in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano, come previsto dagli articoli 315-*bis* e 336-*bis* codice civile. Al compimento dei quattordici anni è ammesso il riconoscimento di figlio naturale (dietro autorizzazione del giudice, *ex art.* 250 codice civile). Il minore di sedici anni presta il proprio consenso nelle decisioni in ambito familiare, può contrarre matrimonio (dietro autorizzazione del Tribunale), e può chiedere il divorzio con la nomina di un curatore speciale *ad hoc*.

Si allude in particolare al recente caso deciso dal Giudice Tutelare di Arezzo del 20 settembre 2021 in cui in un giovane sedicenne intenzionato a sottoporsi alla vaccinazione anti COVID-19 e ostacolato dalla madre «no-vax» si è visto costretto a ricorrere al Tribunale competente per essere autorizzato a decidere autonomamente contro la volontà genitoriale. Nel provvedimento autorizzativo emesso in fase cautelare, il Giudice Tutelare di Arezzo ha fondato la propria decisione sulla considerazione del carattere emergenziale della vaccinazione anti COVID-19 e della chiara volontà del giovane di sottoporsi per poter svolgere una vita normale riprendendo le consuete attività che sarebbero state impedito dalla mancanza della vaccinazione.

Già in un precedente provvedimento del 22 luglio 2021 il Tribunale di Vercelli si era pronunciato favorevolmente a seguito di un ricorso presentato da una ragazza di 17 anni la quale intendeva sottoporsi al vaccino anti COVID-19 a fronte di un contrasto tra le volontà dei genitori: il padre infatti, medico, aveva fornito il consenso mentre la madre tardava a fornirlo. Dinanzi al Tribunale la ragazza ribadiva la sua volontà consapevole nel volersi sottoporre al vaccino. «In questo contesto la prevista ingerenza giurisdizionale è da intendersi quale estremo rimedio nell'interesse della prole minore [...]. Si tratta infatti di tutelare diritti di rango costituzionale, tra i quali quello alla salute e quello alla libertà di movimento nel territorio nazionale e al di fuori dello stesso, che sarebbero compromessi, o in serio pericolo, nel caso di omessa effettuazione del vaccino anti COVID-19»<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> Nello stesso senso v. Trib. Monza 22 luglio 2021, secondo cui il rifiuto opposto dal padre appare in contrasto con l'art. 3 comma 2 della Legge 219 del 2017 sia avuto riguardo alla mancata considerazione della volontà manifestata dal figlio, sia con riferimento alla salvaguardia della salute psicofisica del minore, comportando la mancanza di copertura vaccinale non soltanto un concreto rischio di contrarre la malattia, ma anche pregiudizievoli limitazioni alla sua vita di relazione nei più svariati ambiti: scolastico, sportivo, ricreativo e più in generale sociale. Per evitare tali conseguenze pregiudizievoli, il conflitto genitoriale va risolto autorizzando la somministrazione del vaccino a e attribuendo alla madre la facoltà di condurre il minore in un centro vaccinale e sottoscrivere il relativo consenso informato anche in assenza del consenso dell'altro genitore. Interessante notare che il Tribunale, in quella sede, ha messo in rilievo l'orientamento sviluppatosi nella giurisprudenza di merito



#### 4. Conclusioni

All'esito della presente analisi comparatistica sono emersi due aspetti di particolare convergenza tra i sistemi giuridici presi in esame.

In primo luogo emerge con chiarezza nei due ordinamenti considerati il pari apporto del formante<sup>34</sup> giurisprudenziale nella costruzione giuridica dell'istituto del consenso informato e della sua estensione al soggetto minore, con un ruolo trainante dello stesso rispetto all'iniziativa legislativa, sia pur nella persistenza di profonde differenze strutturali tra i sistemi giuridici considerati, a fronte di una ben diversa duttilità e di un determinante caratteristico valore prolettico della funzione giudiziaria nell'ordinamento inglese rispetto a quello italiano, che in una materia come quella della vaccinazione anti COVID-19 rende sempre più necessario l'intervento chiarificatore del legislatore. E ciò per evitare che la tutela del minore resti episodica e frammentaria piuttosto che assurgere a modello di condotta di chiara individuazione.

In secondo luogo non può non rilevarsi l'avvenuto ingresso del minore nella scena dei soggetti di diritto in entrambi i due ordinamenti, seppur attraverso differenti criteri di valutazione della personalità del minore: da un canto la capacità di discernimento del minore nell'ordinamento italiano, dall'altro la *Gillick competence* nell'ordinamento inglese, criteri che, al di là della terminologia, hanno in comune la prevalenza della capacità naturale della persona sulla capacità in senso formale, col pari riconoscimento, oggi tra l'altro avvertito in misura crescente rispetto al passato, in entrambi gli ordinamenti considerati, della necessità dell'intervento giudiziale inteso ad accertare il concreto perseguimento del *best interest of the child* laddove dal consenso possa derivare un concreto rischio per la salute del minore, come appunto – ma non soltanto – nelle situazioni emergenziali quale quella pandemica attuale.

---

in punto di vaccinazioni –obbligatorie e non – nel senso di ritenere che, laddove vi sia un concreto pericolo per la salute del minore, in relazione alla gravità e diffusione del virus e vi siano dati scientifici univoci che quel determinato trattamento sanitario risulta efficace, il giudice possa «sospendere» momentaneamente la capacità del genitore contrario al vaccino (Trib. Milano 17 ottobre 2018; App. Napoli 30 agosto 2017; Trib. Roma 16 febbraio 2017).

<sup>34</sup> Sui formanti v. R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da R. Sacco, 5<sup>a</sup> ed., Torino, 1992, p. 43 ss.

ABSTRACT

*The essays focuses the issue of minor's informed consent in connection with COVID-19 vaccination in English and Italian legal systems.*

*The starting point in the English legal system is the Gillick competence criterion, in accordance with a well-known House of Lords precedent of 1985 on minor's informed consent, in order to verify the ability of the minor regarding the choice to undergo COVID-19 vaccination.*

*This point of view emerged from English case law, in particular from the UK Supreme Court ruling of 26 September 2019 which strengthened the decision-making autonomy of the minor in balancing with parental authority configuring his possible compression as a deprivation of personal freedom, falling within the scope of the fundamental rights guaranteed by the European Convention on Human Rights of 1950, in particular by articles 5 and 8 of the ECHR; as well as, more recently, with specific reference to a minor's choice to undergo experimental medical treatment, to the High Court of Justice - Queen's Bench Division ruling of 1 December 2020 regulating the controversial matter by a decision in which criteria for judges to verify the child's ability to give consent have been put.*

*At the same time on the level of Italian law, given the lack of a general criterion such as Gillick competence, some judicial interventions, albeit in a fragmentary way, have already opened to the recognition of a sort of pre-capacity to act to over 16 minors in some areas, even in the absence of a clear and unambiguous discipline, the adoption of which today would become more necessary than ever - given the emergency situation - with reference to anti-Covid-19 vaccination.*

*In this context the comparative perspective appears useful as it allows to identify, in both the considered legal systems, the different bases of informed consent and, at the same time, to study its effects and practical consequences in the protection of a subject, the minor, who has undeniably become an active subject like the associates adults. This analysis will not necessarily lead to the discovery of ontological and cultural divergences between the two systems but it will highlight positive discoveries also in terms of that process of rapprochement and convergence between two worlds once considered distant but increasingly united and contiguous in the modern and comparative definition of western legal tradition.*