

Il principio della volontarietà dei trattamenti sanitari fra livello statale e livello regionale

di Carlo Casonato
(in corso di pubblicazione in *“le Regioni”*, 2009)

1. Introduzione

La sentenza n. 438 del 23 dicembre 2008 dichiara l'illegittimità costituzionale dell'intero articolo 3 della legge del Piemonte n. 21 del 6 novembre 2007 il cui primo comma prevedeva che «il trattamento con sostanze psicotrope, e nello specifico farmaci psicostimolanti, antipsicotici, psicoanalettici, antidepressivi e ipnotici su bambini e adolescenti fino a 18 anni può essere praticato solo quando i genitori o tutori nominati esprimono un consenso scritto, libero, consapevole, attuale e manifesto»¹.

Il nucleo principale delle motivazioni alla base di tale pronuncia di accoglimento ruota attorno alla qualificazione del consenso in termini di «principio fondamentale in materia di tutela della salute» la cui disciplina (in quanto materia di legislazione concorrente ex art. 117, terzo comma) è riservata alla legislazione statale. Nel conformare il consenso informato, invece, la regione «non si è limitata a fissare una disciplina di dettaglio in ordine alle procedure di rilascio», ma ne ha individuato i *soggetti legittimati* (genitori o tutori nominati) nonché «*le modalità con le quali esso deve essere prestato (scritto, libero, consapevole, attuale e manifesto)*», disciplinando in questo modo «aspetti di primario rilievo dell'istituto nell'ambito considerato, sempre *in assenza di analogo previsione da parte del legislatore statale*» (corsivi aggiunti).

L'apparato argomentativo di tale pronuncia coniuga profili di rilevante chiarezza a passaggi di non facile interpretazione. Questa breve nota si propone di trattare rispettivamente i profili relativi alla conferma del principio del consenso, alle modalità di espressione dello stesso ed ai soggetti legittimati al rilascio; il tutto sulla base di una ricostruzione di quanto già l'ordinamento italiano riconosce in materia non del tutto coincidente con quella fatta dalla Corte.

2. La conferma del consenso

Anzitutto, va segnalata la conferma da parte della sentenza in esame del *contenuto*, dei *caratteri* e delle *fonti* del principio del consenso. Tale principio viene definito dalla

¹ L'articolo prosegue:

«2. Per le finalità di cui al comma 1, la Giunta regionale predispone un modulo per il consenso informato attraverso il quale il medico di medicina generale, il pediatra di libera scelta, lo psichiatra o il neuropsichiatra infantile interessato fornisce, in forma scritta e in modo dettagliato, oltre ai vantaggi presunti, esaurienti informazioni in ordine agli effetti collaterali del farmaco consigliato, ai possibili trattamenti alternativi ed alle modalità di somministrazione.

3. La Giunta regionale, con proprio provvedimento, individua strumenti e modalità per favorire l'accesso a terapie sia alternative sia integrative alla somministrazione delle sostanze psicotrope di cui al comma 1.

4. L'assenso del genitore o tutore nominato per il minore interessato è scritto ed allegato a ciascuna prescrizione del farmaco stesso».

La legge della Regione Piemonte, al pari di quella molto simile della Provincia Autonoma di Trento (n. 4 del 6 maggio 2008), si colloca all'interno di una quadro di forte preoccupazione nei confronti dell'approccio farmacologico verso il disturbo da deficit di attenzione e iperattività. Per una ricostruzione del contesto complessivo entro il quale si pone la pronuncia cfr. R. Balduzzi, D. Paris, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, nel sito internet dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti.

Corte quale «espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico» e configurato in termini di «vero e proprio diritto della persona» fondato sui principi espressi negli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione.

Tali considerazioni vanno salutate con estremo favore, segnando l'approdo (non ancora definitivo e completo, come vedremo) di un percorso lungo e non certo lineare, in cui la giurisprudenza, al pari della dottrina, ha assunto posizioni assai variegata e talvolta inconciliabili.

In ambito civile, così, può ricordarsi come la prima sezione del Tribunale di Roma, dichiarando inammissibile il ricorso proposto da Piergiorgio Welby ex art. 700 c.p.c., qualificasse la posizione soggettiva relativa alla consapevole richiesta di interrompere la ventilazione meccanica in termini di «diritto non concretamente tutelato dall'ordinamento»². La prima sezione civile della Cassazione, d'altra parte, intervenne nell'ottobre del 2007³ con una sentenza molto articolata in cui, proprio sulla base degli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione, riconobbe un'ampia libertà di autodeterminazione terapeutica. Il «diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità umana propri dell'interessato» è stato qui espressamente collegato con la promozione dei diritti fondamentali della persona, con la sua identità e dignità (art. 2), con l'invulnerabilità della libertà personale in cui «è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo»⁴ (art. 13) oltre che con il diritto alla salute e con il carattere rinforzato della riserva di legge in materia di trattamenti sanitari obbligatori (art. 32). Su queste basi, la Cassazione civile ha potuto concludere come «senza il consenso informato l'intervento del medico è *sicuramente illecito, anche quando è nell'interesse del paziente*» (corsivo aggiunto)⁵.

Nell'ambito penale, invece, pare più difficile individuare una giurisprudenza che permetta di tutelare in forma diretta il principio del consenso ed il collegato diritto al rifiuto di trattamenti sanitari.

La Cassazione penale ha dapprima sostenuto come il chirurgo che, in assenza di necessità ed urgenza, sottoponga il paziente ad un intervento operatorio di più grave entità rispetto a quello preventivamente accettato, commette il reato di lesioni volontarie, o di omicidio preterintenzionale quando ne derivi la morte, non rilevando la finalità curativa della sua condotta (sez. quinta, 21 aprile 1992, n. 5639, cd. caso Massimo). Una decina d'anni più tardi, la stessa Corte Suprema ritenne che il medico fosse invece sempre legittimato a compiere i trattamenti giudicati necessari per la salvaguardia della salute del paziente a lui affidato, anche in mancanza di esplicito consenso, con il solo limite di un rifiuto espresso e specifico (sez. prima, 29 maggio 2002, n. 26446, cd. caso Volterrani). La scriminante dello stato di necessità (art. 54 c.p.) avrebbe infatti coperto ogni attività terapeutica, considerata, in questa prospettiva, «sempre obbligata, per non dire forzata». Nel 2006, ancora, si venne a rovesciare tale orientamento sostenendo che «l'attività medica richiede per la sua validità e concreta liceità la manifestazione del consenso del paziente, che non si identifica con quello di cui all'art. 50 c.p., ma costituisce un presupposto di liceità del trattamento»⁶ (sez. sesta, 14 febbraio 2006, n. 11640, cd. caso Caneschi). Su queste basi, la Corte sostenne che la mancanza o l'invalidità del consenso «determinano la arbitrarietà del trattamento medico- chirurgico e, quindi, la sua rilevanza

² Pronuncia del 16 dicembre 2006.

³ Sentenza del 16 ottobre 2007, n. 21748.

⁴ Su cui già Corte cost., sentenza n. 471 del 1990.

⁵ In termini generali, si consenta il riferimento a C. Casonato, *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, 3, 545-576.

⁶ L'art. 50 tratta del consenso dell'avente diritto: «Non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che può validamente disporre».

penale, in quanto compiuto in violazione della sfera personale del soggetto e del suo diritto di decidere se permettere interventi estranei sul proprio corpo».

A complicare il panorama offerto della giurisprudenza della Cassazione penale – che in questa sede non si può che illustrare in termini del tutto sintetici – va registrata una recentissima pronuncia delle sezioni unite (21 gennaio 2009)⁷ che limita fortemente la rilevanza penale dell'intervento medico-chirurgico condotto senza il consenso del paziente. Il caso tratta di una donna che, avendo acconsentito ad una laparoscopia operativa, venne fatta oggetto, nel corso dello stesso intervento senza alcuna soluzione di continuità, a salpingectomia che determinò l'asportazione della tuba sinistra. L'operazione, secondo alcuni prevedibile ma comunque non oggetto di consenso da parte della paziente, fu eseguita nel rispetto delle "regole dell'arte" ed ebbe esito fausto.

A seguito di un giudizio di primo grado che condannava il chirurgo per violenza privata, la Corte d'appello rilevava l'intervenuta prescrizione del reato, revocando le relative statuizioni civili. Successivamente, la quinta sezione penale della Cassazione, in presenza di un contrasto di posizioni giurisprudenziali in materia, investì le sezioni unite per la soluzione del quesito «se abbia o meno rilevanza penale, e, nel caso di risposta affermativa, quale ipotesi delittuosa configuri la condotta del sanitario che, in assenza di consenso informato del paziente, sottoponga il medesimo ad un determinato trattamento chirurgico nel rispetto delle "regole dell'arte" e con esito fausto». A fronte di «evidenti torsioni ermeneutiche, spintesi ai limiti estremi della compatibilità con il principio di tassatività», le sezioni unite risposero all'interrogativo in termini negativi: «ove il medico sottoponga il paziente ad un trattamento chirurgico diverso da quello in relazione al quale era stato prestato il consenso informato, e tale intervento, eseguito nel rispetto dei protocolli e delle *leges artis*, si sia concluso con esito fausto, nel senso che dall'intervento stesso è derivato un apprezzabile miglioramento delle condizioni di salute, in riferimento anche alle eventuali alternative ipotizzabili, e senza che vi fossero indicazioni contrarie da parte del paziente medesimo, tale condotta è *priva di rilevanza penale*, tanto sotto il profilo della fattispecie di cui all'art. 582 c.p. [lesione personale dalla quale deriva una malattia nel corpo o nella mente], che sotto quello del reato di violenza privata, di cui all'art. 610 c.p.» (corsivo aggiunto).

Tale pronuncia, che pure cita espressamente la sentenza 438 della Corte costituzionale qui in esame attribuendo ad essa il merito di aver offerto del consenso «un quadro definitorio dettagliato e del tutto sintonico con gli approdi cui era già pervenuta (...) la giurisprudenza di questa Corte», pare invece depotenziarne la portata. Pur in assenza dello stato di necessità, infatti, la condotta interventistica del medico, anche se non preannunciata né autorizzata dal paziente, non assume alcuna rilevanza penale nel caso in cui abbia raggiunto il risultato clinico atteso. A parte il possibile ampliamento della (pure non inconsueta) divergenza fra esiti del giudizio penale e di quello civile, tale soluzione fa dipendere dall'esito fausto o infausto dell'operazione chirurgica la configurabilità del reato di lesioni personali, non tenendo conto della dimensione non del tutto oggettiva del concetto di salute (e di malattia, ex art. 582 c.p.), ricostruito dalla Cassazione civile quale stato di benessere «coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza»⁸. E se il principio del consenso è superabile senza averne alcuna conseguenza sul piano penale, resta da chiarire che senso abbia averlo ricostruito in stretto collegamento con i concetti di libertà di autodeterminazione e di dignità (tanto che nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea figura all'art. 3 nella parte titolata, appunto, "Dignità"). Pare costituire un profilo su cui riflettere, in altri termini, la possibilità

⁷ Sentenza n. 2437, su cui M. Nisticò, *Osservazioni*, nel sito internet dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti.

⁸ Sentenza 21748/2007 cit.

che un diritto costituzionale, ricostruito dalla Consulta (oltre che dalla Cassazione sia civile che penale e dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo)⁹ sulla base degli articoli 2, 13 e 32 quale principio fondamentale in materia di tutela della salute, non abbia alcuna “tutela equivalente” in ambito penale¹⁰.

Dopo aver accennato al carattere ancora incompleto che il nostro ordinamento riconosce alla tutela del principio del consenso, va comunque ribadito come la sentenza n. 438 ne abbia significativamente confermato il contenuto, la natura e le fonti; e come di tale conferma, anche in riferimento ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali collegati alla Cedu (ex art. 117 primo comma Cost.)¹¹, debba tener conto il legislatore nel momento in cui si propone di intervenire in materia¹².

Il percorso argomentativo utilizzato dalla Corte, tuttavia, non convince appieno.

3. *L'apparato argomentativo nel suo complesso: alcuni rilievi critici*

Come anticipato, la pronuncia si riferisce ad una legge del Piemonte che condiziona la somministrazione di sostanze psicotrope ad un consenso scritto, libero, consapevole, attuale e manifesto reso dai soli genitori o tutori. Nelle motivazioni che conducono alla pronuncia di accoglimento, la Corte richiama indistintamente fonti in materia di diritto alla salute, in materia di principio del consenso *tout court*, in materia di modalità scritta del consenso, in materia di rappresentazione o sostituzione della volontà dei minori in riferimento a trattamenti a loro rivolti.

Vengono così richiamati: l'art. 24 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo¹³ che tratta del «diritto del minore di godere del miglior stato di salute possibile e di beneficiare di servizi medici»; l'art. 5 della Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina (cd. Convenzione di Oviedo del 1997)¹⁴, l'art. 3 della Carta di Nizza e l'art. 33 della legge n. 833 del 1978 (di istituzione del servizio sanitario nazionale) che prevedono il principio del consenso in termini generali; l'art. 6 della legge n. 40 del 2004 (in materia di procreazione medicalmente assistita) che invece prevede la forma scritta per la manifestazione di volontà della coppia; l'art. 3 della legge n. 219 del 2005 (sulle attività trasfusionali) in cui è previsto che il consenso per i minori sia espresso «dagli esercenti la potestà dei genitori, o dal tutore o dal giudice tutelare».

Al riguardo, una articolazione più analitica delle questioni affrontate (salute, principio generale del consenso, modalità scritta dello stesso, consenso dei minori) avrebbe potuto permettere una diversa ricostruzione di alcuni principi già in parte presenti

⁹ In riferimento alla Corte europea dei diritti dell'uomo, va segnalato come nel caso *Pretty v. the United Kingdom* del 29 aprile 2002 la Corte abbia collegato il principio del consenso con l'art. 8 della Cedu sul diritto al rispetto della vita privata: «In the sphere of medical treatment, the refusal to accept a particular treatment might, inevitably, lead to a fatal outcome, yet the imposition of medical treatment, without the consent of a mentally competent adult patient, would interfere with a person's physical integrity in a manner capable of engaging the rights protected under Article 8 § 1 of the Convention» (punto 63). In questi termini, si potrebbe dire che il principio del consenso ed il collegato diritto al rifiuto di trattamenti anche di sostegno vitale costituiscono, ai sensi dell'art. 117 della Cost. it. come interpretato dalla nota giurisprudenza costituzionale (348 e 349 del 2007), vincoli al legislatore sia statale che regionale derivanti dagli obblighi internazionali.

¹⁰ Anche su questo aspetto si potrebbe auspicare un aggiornamento perlomeno in termini chiarificatori del codice del 1930.

¹¹ Cfr. quanto detto *supra* alla nota 9.

¹² Il riferimento va al cd. d.d.l. Calabrò come approvato dal Senato, su cui si sono già svolte, all'interno del sito internet del *Forum* di Quaderni costituzionali, considerazioni critiche. Cfr. anche A. Pioggia, *Brevi considerazioni sui profili di incostituzionalità del ddl calabrò*, nel sito internet di Astrid.

¹³ Convenzione firmata il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176.

¹⁴ Il cui procedimento di ratifica da parte dell'Italia non appare ancora terminato non essendo stato depositato a Strasburgo lo strumento di ratifica (la legge 145 del 2001).

nell'ordinamento, ed avrebbe potuto anche condurre all'adozione di una pronuncia parzialmente diversa.

Si sarebbero potuti confermare, da un lato, i caratteri e le limitazioni del diritto alla salute (anche del minore) e, dall'altro, l'esistenza nell'ordinamento italiano del principio generale del consenso. Inoltre, si sarebbe potuto rilevare come l'ordinamento, ed in particolare la legislazione statale, richieda solo in casi specifici che il consenso sia espresso nella forma scritta. E si sarebbero potuti richiamare principi e documenti che si rivolgono specificamente alla posizione del minore. Al riguardo, ad esempio, la Convenzione di Oviedo dispone che quando, secondo la legge, un minore non ha la capacità di dare il consenso a un trattamento sanitario «questo non può essere effettuato senza l'autorizzazione del suo rappresentante, di un'autorità o di una persona o di un organo designato dalla legge» (art. 6.2).

E' altresì ormai emersa una tendenza molto chiara a tenere in considerazione la volontà del minore cui, in ogni caso, vanno date informazioni adeguate. L'art. 12 della citata Convenzione di New York, così, dispone che gli stati «garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità»; e il codice di deontologia medica italiano del 2006, cui la Corte costituzionale non rivolge alcun richiamo a differenza di quanto fatto in altre occasioni dalla Cassazione civile¹⁵, dispone espressamente che il medico, «compatibilmente con l'età, con la capacità di comprensione e con la maturità del soggetto, ha l'obbligo di dare adeguate informazioni al minore e di tenere conto della sua volontà» (art. 38)¹⁶. La convenzione di Oviedo, inoltre, dispone che «[i]l parere di un minore è preso in considerazione come un fattore sempre più determinante, in funzione della sua età e del suo grado di maturità» (art. 6.2).

Su queste basi, le affermazioni della Corte in riferimento all'esigenza di «garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale» si sarebbero potute precisare in riferimento al minore, la cui posizione anche in ambito medico non è assimilabile a quella del maggiorenne capace.

4. Alcune possibili alternative in base alla non totale assenza di disciplina statale: il consenso fra caratteristiche essenziali e modalità di espressione

Una diversa articolazione delle questioni trattate, come accennato, avrebbe anche potuto orientare la Corte verso un diverso tipo di pronuncia.

La sentenza n. 438 considera l'art. 3 della legge regionale incostituzionale in quanto, andando oltre la previsione di una normativa di dettaglio, ha individuato «le modalità con le quali esso [il consenso] deve essere prestato (*scritto, libero, consapevole, attuale e manifesto*)» disciplinando in questo modo «aspetti di *primario rilievo (...)* sempre in *assenza di analoga previsione* da parte del legislatore statale» (corsivi aggiunti).

Al riguardo, si può rilevare come alcune delle modalità di espressione del consenso che la Corte attribuisce all'iniziativa legislativa regionale paiano caratteristiche intrinseche del consenso, senza le quali quest'ultimo non avrebbe alcun significato sostanziale. In questa prospettiva, la libertà di manifestazione (consenso libero) e l'acquisizione di un presupposto informativo chiaro ed esauriente a monte della decisione sul trattamento (consenso consapevole) sono essenziali, tanto da potersi considerare assorbite dalla

¹⁵ Il riferimento è, rispettivamente, alla nota sent. 282 del 2002 ed alla citata sent. 21748 della prima sezione della Cassazione civile.

¹⁶ In materia di ricerca biomedica e sperimentazione con l'essere umano, lo stesso codice di deontologia medica aggiunge all'art. 48 che nel caso di minori, «[i]l consenso deve essere espresso dai legali rappresentanti, ma il medico sperimentatore è tenuto ad informare la persona documentandone la volontà e tenendola comunque sempre in considerazione».

formula del consenso. Quest'ultimo, infatti, non sarebbe semplicemente tale se non fosse *consapevole* e, a maggior ragione, *libero*. Ed anche il carattere *manifesto* e quello dell'*attualità* (previsti anch'essi dalla legge regionale) potrebbero forse ritenersi assorbiti dalla richiesta di un consenso che possa ritenersi tale, visto il caso di specie che tratta della somministrazione di sostanze particolarmente delicate verso una categoria di soggetti particolari e non di un generico intervento terapeutico.

Secondo questa linea interpretativa, quindi, l'unico requisito dotato di originalità e di novità rispetto a caratteristiche che vanno considerate essenziali ed inseparabili dal consenso in sé considerato (principio, ripetiamo, già esistente ed ormai consolidato nell'ordinamento) sarebbe quello riconducibile alla *forma scritta*; requisito della cui configurazione in termini di principio fondamentale è però legittimo dubitare. Ridotta alla previsione di un consenso espresso in forma scritta, in altri termini, la parte qui esaminata della disposizione regionale potrebbe anche configurarsi come elemento di semplice conferma di un principio costituzionale già previsto dall'ordinamento statale, di cui si richiede una modalità di esercizio particolare, configurabile quale norma di dettaglio legittimamente oggetto di legislazione regionale¹⁷. E ad irrobustire tale posizione, potrebbe anche citarsi precedente giurisprudenza costituzionale in cui si colloca la disciplina del consenso informato fra i mezzi di garanzia de «l'appropriatezza delle scelte terapeutiche e [del]l'osservanza delle cautele necessarie per l'utilizzo di mezzi terapeutici rischiosi»; mezzi di garanzia che riguardano un ambito in riferimento al quale «nulla vieta (...) che le Regioni, responsabili per il proprio territorio dei servizi sanitari, dettino norme di organizzazione e di procedura»¹⁸.

Su questa parte dell'articolo 3 della legge regionale, seguendo l'itinerario interpretativo qui proposto e superando la «assenza di analoga previsione da parte del legislatore statale», la decisione della Corte avrebbe quindi potuto anche assumere i contenuti e la veste di una *sentenza di rigetto*.

5. *Segue: i soggetti legittimati all'espressione del consenso ed il ruolo dei minori*

Anche in specifico riferimento alla partecipazione dei minori al piano terapeutico si potrebbe revocare in dubbio la sostenuta totale assenza di previsione a livello statale. Come accennato, la Convenzione di New York impone di prendere in considerazione la volontà dei minori; principio che, in forza della legge di ratifica e ai sensi dell'art. 117 primo comma della Costituzione come interpretato dalle sentenze 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale, si pone come vincolo derivante dagli obblighi internazionali nei confronti della legislazione regionale, oltre che statale. Tale principio, inoltre, è confermato sia dalla Convenzione di Oviedo, che pur non ancora pienamente ratificata è ormai stabilmente riconosciuta come ausilio interpretativo¹⁹, che dal codice di deontologia medica il quale, pur in presenza di una giurisprudenza assai poco lineare, è peraltro riconoscibile come una delle dimensioni in senso lato normative che disciplinano il settore²⁰.

¹⁷ Stesso discorso, potrebbe farsi anche per i commi secondo, terzo e quarto dell'art. 1 della legge regionale (riportati *supra* alla nota 1), pure dichiarati incostituzionali «in quanto strettamente connessi alle previsioni contenute nel comma 1».

¹⁸ Si tratta della sent. della Corte costituzionale n. 338 del 14 novembre 2003.

¹⁹ La sentenza 21748 del 2007 citata, ad esempio, afferma che tale ausilio «dovrà cedere di fronte a norme interne contrarie, ma può e deve essere utilizzato nell'interpretazione di norme interne al fine di dare a queste una lettura il più possibile ad esso conforme» (punto 7.2).

²⁰ In presenza di posizioni sia dottrinali che giurisprudenziali divise fra quanti intendono la deontologia come una fonte di natura consuetudinaria, quanti ne richiamano il carattere extragiuridico e quanti la ricostruiscono alla stregua della legge, può richiamarsi una sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione (n. 5576 del 23 marzo 2004) che comprende nell'ambito della violazione di legge, che permette il ricorso in Cassazione verso i provvedimenti sulla libertà personale (Cost. art. 111, settimo comma), la «violazione delle norme di

Se quindi l'ordinamento statale non fornisce una previsione specifica in materia di somministrazione di sostanze psicotrope, in questo senso la Corte parla di «assenza di analoga previsione da parte del legislatore statale», il sistema italiano pare *già aver fatto proprio* un principio generale secondo cui la volontà dei minori, anche se rappresentata o sostituita dai genitori e dai legali rappresentanti, va presa in considerazione, sempre nell'ottica di una prevalenza specifica dell'interesse del minore, della sua salute e della sua vita. Al riguardo, ad esempio, ancora il codice di deontologia medica impone al professionista di impegnarsi a tutelare il minore e di adoperarsi «perché il minore possa fruire di quanto necessario a un armonico sviluppo psico-fisico e affinché allo stesso (...) siano garantite qualità e dignità di vita, ponendo particolare attenzione alla tutela dei diritti degli assistiti non autosufficienti sul piano psico-fisico o sociale, qualora vi sia incapacità manifesta di intendere e di volere, ancorché non legalmente dichiarata» (art. 32). In caso di opposizione dei rappresentanti alla necessaria cura dei minori, così, il medico deve ricorrere alla competente autorità giudiziaria (art. 32)²¹ e, nell'eventualità di opposizione degli stessi rappresentanti a interventi considerati necessari ed indifferibili, «deve comunque procedere senza ritardo e secondo necessità alle cure indispensabili» (art. 37).

Una ricostruzione della materia secondo queste linee interpretative avrebbe potuto rafforzare la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 3 della legge regionale nella parte in cui, subordinando il trattamento al consenso dei genitori o tutori nominati, non menziona la presa in considerazione della volontà del minore e la possibilità di intervenire anche «dall'esterno» per la tutela e promozione della sua tutela (sentenza di *accoglimento parziale*). O, in altra prospettiva ma con il risultato di ampliare i suoi margini di intervento, la Corte avrebbe anche potuto adottare una sentenza *additiva*, ritenendo l'art. 3 incostituzionale nella parte in cui non prevede tali profili. Nella parte in cui il Piemonte permette il trattamento dei minori con sostanze psicotrope «solo quando i genitori o tutori nominati esprimono un consenso» (corsivo aggiunto), infatti, la disposizione esclude sia la considerazione della volontà dei minori stessi che l'eventuale intervento dei professionisti (medici e autorità giudiziaria) a tutela dei loro interessi. Oltre alla violazione dei limiti imposti alla potestà legislativa regionale concorrente, quindi, tale parte dell'art. 3 sarebbe potuta essere dichiarata incostituzionale, ex art. 117, primo comma, in quanto adottata in violazione dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali discendenti dalla Convenzione di New York. O, nella seconda prospettiva illustrata, la Corte sarebbe potuta intervenire con una sentenza *additiva*, dichiarando incostituzionale l'articolo 3 della legge regionale nella parte in cui non prevede che la volontà del minore sia comunque tenuta in considerazione a seconda dell'età e del grado di maturità dello stesso.

6. L'impedimento della potestà legislativa regionale concorrente «in assenza di analoga previsione da parte del legislatore statale»

Le considerazioni critiche sin qui svolte si basano su una lettura dell'ordinamento tale da fare emergere l'esistenza di principi statali entro i quali la legge del Piemonte avrebbe potuto essere inserita. Anche in assenza di una apposita legge cornice, infatti, rilevante giurisprudenza costituzionale oltre che espressamente la cd. legge La Loggia riconoscono che la competenza legislativa regionale può esercitarsi «nell'ambito dei principi fondamentali espressamente determinati dallo Stato o, in difetto, quali desumibili dalle leggi statali vigenti»²².

codici deontologici degli ordini professionali trattandosi di norme giuridiche obbligatorie valevoli per gli iscritti all'albo ma che integrano il diritto oggettivo ai fini della configurazione dell'illecito disciplinare».

²¹ In riferimento al potere di segnalazione all'autorità giudiziaria da parte del medico di casi gravemente pregiudizievoli per la salute del minore, potere previsto in una legge della Regione Sicilia, si veda la sentenza della Corte costituzionale n. 26 del 1991.

Anche nel caso in cui si concordasse con l'approccio della Corte secondo cui la legge regionale sarebbe intervenuta «in assenza di analoga previsione da parte del legislatore statale», pure, la sentenza potrebbe essere oggetto di alcune riflessioni critiche. Si potrebbe in particolare citare dottrina costituzionale successiva alla modifica del Titolo V in cui pare riconoscersi alle regioni la possibilità di esercitare la propria competenza legislativa concorrente anche in assenza di principi posti a livello statale. Tale soluzione, in linea con la configurazione della competenza statale in termini derogatori rispetto a quella regionale, permette al livello regionale di legiferare senza dover attendere l'intervento statale, e senza quindi essere ostacolata dall'eventuale inerzia di quest'ultimo²³. E a tal proposito, si può citare la sentenza della Corte costituzionale n. 120 del 2005, in cui si negò la tesi secondo cui «le Regioni non potrebbero intervenire con la loro legislazione concorrente prima che siano definiti e concretamente operanti i principi fondamentali destinati ad orientare l'opera del legislatore regionale»²⁴.

In diversa prospettiva, tuttavia, può ricordarsi come la sentenza citata si riferisse espressamente all'assenza di *principi nuovi* e non all'assenza di principi *tout court*. La stessa pronuncia, infatti, prosegue richiamando la giurisprudenza della Corte secondo cui, «specie nella fase di transizione dal vecchio al nuovo sistema di riparto delle competenze, la legislazione regionale concorrente dovrà svolgersi nel rispetto dei principi fondamentali comunque risultanti dalla legislazione statale in vigore, senza che l'assenza di nuovi principi possa o debba comportare la paralisi dell'attività del legislatore regionale» (corsivo aggiunto). Tale orientamento, inoltre, potrebbe trovare conferma da un argomento testuale che interpreta il vigente assetto costituzionale in termini di attribuzione dell'individuazione dei principi fondamentali in via esclusiva al livello statale. L'ultima parte del terzo comma dell'art. 117, così attribuisce alle regioni la potestà legislativa «salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato» (corsivo aggiunto). In questa seconda ipotesi ricostruttiva, insomma, la potestà legislativa regionale concorrente non sarebbe impedita dall'assenza di principi nuovi, ma lo sarebbe certamente dalla totale mancanza di principi fondamentali desumibili dalla legislazione statale anche precedente la modifica del 2001.

Nella perdurante assenza in molte materie dei decreti legislativi meramente ricognitivi problematicamente previsti dalla legge 131 del 2003, la questione relativa alla possibilità dell'esercizio della potestà legislativa concorrente "orfana" di principi fondamentali statali rimane sostanzialmente irrisolta, tanto che ancora attuali risultano le considerazioni secondo cui «il problema dell'attuazione del nuovo Titolo V quanto alla potestà legislativa non è certo quello di riconoscere i principi dove essi ci sono (...) ma è invece quello di porli dove non ci sono, e dove si tratta di creare un sistema quadro al cui interno si possa sviluppare la legislazione regionale. Ma sotto questo profilo la legge 131/2003 è muta»²⁵.

Su queste basi, la sentenza in esame pare segnare, a seconda dell'adesione all'una o all'altra delle impostazioni illustrate, una svolta giurisprudenziale ovvero un chiarimento risolutivo verso l'esclusione di ogni attività legislativa regionale "suppletiva" o "sostitutiva" in assenza di principi fondamentali posti (prima o dopo il 2001) a livello statale.

²² L'art. 1, terzo comma della legge 131 del 2003 recita: «[n]elle materie appartenenti alla legislazione concorrente, le Regioni esercitano la potestà legislativa nell'ambito dei principi fondamentali espressamente determinati dallo Stato o, in difetto, *quali desumibili dalle leggi statali vigenti*» (corsivo aggiunto). Fra le sentenze della Corte costituzionale si possono ricordare la n. 353 del 2003 e la n. 120 del 2005.

²³ Si veda, fra gli altri, la sintesi proposta da A. Anzon Demmig, *I poteri delle regioni. Lo sviluppo attuale del secondo regionalismo*, Giappichelli editore, Torino, 2008, 137.

²⁴ La stessa Corte richiama anche le sentenze n. 353 del 2003 e 282 del 2002.

²⁵ G. Falcon, *Introduzione a G. Falcon (a cura di), Stato, regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003 n. 131*, Bologna, 2003, 16, conclude come la legge «parla, invece, dove avrebbe fatto meglio a tacere».