

BARBARA LELLI

**CONSENSO INFORMATO E ATTITUDINI GARANTISTICHE DELLE
REGIONI**

1. Le (buone) intenzioni della legge regionale all'origine della controversia.

La [sentenza della Corte costituzionale n. 438 del 2008](#) ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 3, comma 1 (e in via consequenziale anche dei successivi commi) della legge regionale del Piemonte n. 21 del 6 novembre 2007, recante norme in materia di uso di sostanze psicotrope su bambini ed adolescenti, per violazione dell'art. 117, comma 3, della Costituzione. Prima però di addentrarci nell'analisi della decisione, pare opportuno dare conto, almeno succintamente, delle ragioni che hanno spinto il Consiglio regionale piemontese all'adozione della complessiva normativa in cui era collocata la disposizione censurata dalla Corte.

La legge regionale piemontese n. 21 del 2007 si presentava infatti non solo come attuativa degli artt. 4, 9 e 11 dello Statuto¹, ma ambiva a dare svolgimento a principi espressi da fonti sovranazionali in materia². Più nel dettaglio, l'obiettivo della legge era quello di accompagnare l'eventuale uso di psicofarmaci in età minore con determinate cautele, anche allo scopo, se del caso, di scongiurarne l'abuso o l'uso improprio. A tal fine, venivano previste, da un lato, azioni di monitoraggio, sorveglianza e valutazione sui trattamenti in corso di natura psicofarmacologica (art. 5); e, dall'altro, il divieto di somministrazione di test o questionari relativi allo stato psichico ed emozionale degli alunni, se non finalizzati ad uso interno ed esclusivamente didattico (art. 4)³. Ma,

¹ La legge regionale del 4 marzo 2005, n.1 (Statuto della Regione Piemonte) all'art. 4 comma 1 dichiara che le funzioni legislative, regolamentari e amministrative sono tese a realizzare gli "obiettivi di progresso civile e democratico", mentre all'art. 9 (tutela della salute dei cittadini) viene sancito il ruolo di garanzia della Regione per il diritto alla salute, apprestando l'art. 11 tutela ai "diritti sociali", in particolare alle fasce più deboli della popolazione: si vogliono specialmente garantire l'infanzia, i minori, gli anziani e i diversamente abili, al fine di permetterne l' "esistenza libera e dignitosa".

² Nella relazione che accompagna il progetto di legge vengono infatti richiamati sia l'art. 5 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948, sia l'art. 33 della Convenzione sui Diritti del Bambino delle Nazioni Unite del 1989.

³ Come si legge nella relazione illustrativa della legge, un simile divieto nasce dalla presa di consapevolezza che tale pratica si è rivelata in alcuni paesi (Inghilterra e Germania) un valido strumento di sondaggio e di marketing delle imprese che ha portato all'incremento delle prescrizioni di psicofarmaci a bambini e adolescenti.

il punto chiave della normativa risiede (o meglio risiedeva fino all'intervento del giudice costituzionale) nella disciplina del consenso informato per tale tipo di trattamenti (art. 3), che, si noti per *incidens*, non rinvie al livello suo proprio, cioè quello statale, una regolamentazione di carattere uniforme⁴, essendo questa piuttosto frammentata in discipline di settore⁵. Tale normativa regionale subordinava infatti il trattamento terapeutico con farmaci psicostimolanti, antipsicotici, psicoanalitici e antidepressivi al consenso informato dei genitori o dei tutori del minore, da fornirsi in forma scritta su modulo apposito predisposto dalla Giunta regionale. Ciò all'evidente fine di evitare il prodursi anche da noi della pratica della disinvolta prescrizione di psicofarmaci a soggetti in età scolare prodottasi oltre Atlantico⁶. Ancora in via generale, è necessario rilevare come la legge in questione, benché si collocasse tra i due soli atti normativi del genere impugnati dal Governo⁷,

⁴ Al proposito, sono numerosi i d.d.l. presentati, di cui l'ultimo approvato dal Senato il 26 marzo 2009, proposto dalla XII Commissione permanente (Igiene e sanità) "Disposizioni in materia di consenso informato e di dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari al fine di evitare l'accanimento terapeutico, nonché in materia di cure palliative e di terapia del dolore" (risultante dalla unificazione dei d.d.l. nn. 10, 51, 136, 281, 285, 483, 800, 972, 994, 1095, 1188, 1323, 1363 e 1368-A, rel. Calabrò).

⁵ La normativa statale che disciplina il consenso informato in campo sanitario è la seguente: art. 33 legge 23 dicembre 1978, n. 833 "Istituzione del servizio sanitario nazionale"; art. 1 legge 13 maggio 1978, n. 180 "Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori"; art. 5 legge 22 maggio 1978, n. 194 "Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza"; art. 2 lett. l) e art. 3 e 5 D.lgs. 24 giugno 2003, n. 211 "Attuazione della direttiva 2001/20/CE relativa all'applicazione della buona pratica clinica nell'esecuzione delle sperimentazioni cliniche di medicinali per uso clinico"; art. 4 legge 19 febbraio 2004, n. 40 "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"; art. 3 legge 21 ottobre 2005, n. 219 "Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati".

⁶ Tale deprecata prassi permetteva in quel Paese alle aziende farmaceutiche ingenti incassi, prima che intervenissero provvedimenti restrittivi statali e federali, tanto da spostare l'attenzione dei colossi farmaceutici sul "vecchio continente", ove già sono in forte aumento le diagnosi di disturbi mentali infantili che richiedono il trattamento terapeutico con sostanze psicotiche (si noti che l'uso di taluni principi attivi, quali il Ritalin e lo Strattera, è stato oggetto delle determinazioni dell'Agenzia italiana del farmaco AIFA A.I.C./N n. 876 e AIFA n. 437 del 2007, che hanno vincolato la loro somministrazione alla sottoscrizione obbligatoria di un modulo scritto di consenso informato a firma della famiglia e del medico, simile, peraltro, a quello prescritto dalle leggi impuginate).

⁷ Essendo stata deferita alla Corte costituzionale anche la legge provinciale di Trento 6 maggio 2008, n. 4 (la questione è tuttora pendente: registro ricorsi n. 38 del 2008).

Vi sono state, tuttavia, iniziative parlamentari volte alla richiesta di ritiro, da parte del Governo, delle impugnazioni alla legge regionale piemontese e a quella provinciale del Trentino: Atto di Sindacato Ispettivo n. 3-00168, seduta n. 45, pubblicato il 22 luglio 2008; Interrogazione a risposta scritta 4 – 00822 presentata da F. Ceccacci Rubino, lunedì 28 luglio 2008, seduta n. 043; Interpellanza urgente "Iniziativa per il ritiro dei ricorsi governativi relativi alla legge regionale del Piemonte e alla legge della provincia autonoma di Trento in tema di somministrazione di farmaci psicoattivi ai minori" – 2 – 00106, seduta n. 46 di giovedì 31 luglio 2008. Le disposizioni della legge provinciale di Trento potrebbero essere ricondotte, quali disciplina di dettaglio, al D.lgs. del 30 dicembre 1992, n. 502 (testo aggiornato) recante: "Riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma dell'art. 1 della legge 23 ottobre 1992, n. 421", istitutivo dei livelli essenziali di assistenza socio-sanitaria, che all'art. 14 "Diritti dei cittadini" (modificato dall'art. 12 del d.lgs n. 229/99) istituisce un meccanismo di monitoraggio relativo alla "personalizzazione ed umanizzazione dell'assistenza" e al "diritto all'informazione", mentre all'art. 19 "Competenze delle regioni a statuto speciale e delle province autonome", al comma 1 stabilisce che "Le disposizioni del presente decreto costituiscono *principi fondamentali* ai sensi dell'articolo 117 della Costituzione", e al comma 2 "Per le regioni a statuto speciale e per le province autonome di Trento e Bolzano le disposizioni di cui [...] all'articolo 14, comma 1, [...] sono altresì *norme fondamentali* di riforma economico-sociale della Repubblica" (corsivi miei).

non costituiva un caso isolato, dato che il tema della somministrazione di psicofarmaci a minori è stato preso in considerazione anche da altre leggi regionali analogamente formulate⁸.

Comunque sia, nella specie, le censure governative si erano appuntate sulla predetta disciplina del consenso informato, in quanto ritenuta esorbitante rispetto alla materia di competenza concorrente regionale della tutela della salute, *ex art.* 117, terzo comma, Cost., adducendosi che tale peculiare istituto non sarebbe stato previsto nella legislazione “di cornice” di livello statale né di portata generale, né nel particolare settore della disciplina degli stupefacenti⁹. Inoltre, l’introduzione di una disciplina regionale derogatoria e limitativa della prescrizione di psicofarmaci a minori, avrebbe comportato, oltre ad una situazione di “difformità” sul territorio nazionale, una ricaduta negativa sul diritto alle cure, garantito dall’art. 32 Cost., nonché inciso sulla determinazione dei livelli essenziali spettanti in via esclusiva al legislatore statale *ex art.* 117, comma 2, lett. *m*), Cost. Veniva altresì lamentato il fatto che il consenso informato avrebbe finito per assegnare ai genitori, sprovvisti delle necessarie conoscenze scientifiche, un ruolo preponderante nella fase decisionale rispetto alla valutazione discrezionale del medico¹⁰.

2. Alcune coordinate giurisprudenziali. La relazione Stato-Regioni in materia di tutela della salute davanti alla Corte costituzionale.

Prima di addentrarci nell’analisi delle risposte fornite dalla Corte, può essere ancora utile fornire talune coordinate offerte dalla giurisprudenza costituzionale in materia, anche perché lo stesso Governo non aveva mancato di fare ad essa riferimento per sostenere le ragioni del ricorso.

In questo senso, si può soprattutto citare la [sentenza n. 338 del 2003](#), che aveva dichiarato costituzionalmente illegittimi gli artt. 4 e 5 della l. piemontese n. 14 del 2002¹¹, e l’art. 3 della l.

⁸ Si pensi alle delibere legislative adottate dal Consiglio provinciale di Bolzano (n. 118/07), e dai Consigli regionali della Lombardia (n. 0361/08), del Veneto (n. 227/07), della Toscana (n. 265/08), dell’Emilia Romagna (n. 2399/07), dell’Abruzzo (n. 0440/08), Campania (n. 229/2007), Sicilia (n. 34/2008).

⁹ Si noti che ciò può essere condivisibile con riferimento al Testo unico sugli stupefacenti, si rinvengono invece, come segnalato *supra* alla nota 5, normative di settore che trattano il tema.

¹⁰ Non si vede come quest’ultimo punto possa costituire una valida argomentazione, in quanto spetterebbe proprio al ruolo del medico, compatibilmente con la capacità di comprensione, riequilibrare il deficit informativo dei genitori, rendendoli edotti delle migliori scelte terapeutiche da perseguire per il bene dei figli, scelte che devono rientrare nell’ambito di un rapporto che si impronti ad un’ “alleanza terapeutica”, e che veda medici e genitori collaborare per un fine comune: la salute del bambino e dell’adolescente. Inoltre si ricordi che nel caso in cui i rappresentanti legali rifiutino il consenso ad un trattamento terapeutico ritenuto necessario, il medico potrà rivolgersi all’Autorità giudiziaria, come previsto dall’art. 37 del Codice di deontologia medica: il terzo comma dell’art. 37 statuisce: “In caso di opposizione da parte del rappresentante legale al trattamento necessario e indifferibile a favore di minori o di incapaci, il medico è tenuto a informare l’autorità giudiziaria; se vi è pericolo per la vita o grave rischio per la salute del minore e dell’incapace, il medico deve comunque procedere senza ritardo e secondo necessità alle cure indispensabili”.

¹¹ Legge regionale del 3 giugno 2002, n. 14 “Regolamentazione sull’applicazione della terapia elettroconvulsivante, la lobotomia prefrontale e transorbitale ed altri simili interventi di psichirurgia”.

toscana n. 39 del 2002¹², richiamando, a sua volta, le argomentazioni di una sentenza precedente, la [n. 282 del 2002](#), che aveva statuito l'illegittimità costituzionale dell'intera l. n. 26 del 2001 della regione Marche¹³. Le leggi regionali menzionate si ponevano infatti in un'ottica limitativa dell'utilizzo di particolari interventi di psicoturgia, introducendo una sospensione cautelativa *tout court* di tali pratiche sul territorio regionale (ciò che ha fatto la legge marchigiana), o ponendo divieti di esercizio di tali interventi su minori, anziani ultrasessantacinquenni e donne in stato di gravidanza (impostazione adottata dalle leggi regionali del Piemonte e della Toscana, che, si noti, non erano state censurate nella parte in cui richiedevano in generale l'obbligo del preventivo consenso informato quale condizione di legittimità dell'intervento).

Nella [sentenza n. 282 del 2002](#), in particolare, il mancato rispetto del riparto delle competenze nella materia di legislazione concorrente aveva condotto alla dichiarazione d'incostituzionalità della legge marchigiana ivi impugnata anche sulla base di un'argomentazione (non riportata peraltro nel ricorso governativo che è sfociato nella pronuncia annotata) che aveva tentato di fornire una spiegazione dell'assenza di una disciplina statale del consenso informato. La Corte sostenne infatti che non avrebbe potuto ingannare “la circostanza che non si rinvengano norme di legge statale esplicitamente volte a disciplinare l'ammissibilità delle pratiche terapeutiche in esame, o delle pratiche terapeutiche in generale. Anzi l'assenza di siffatte statuizioni legislative concorre a definire la portata dei principi che reggono la materia, e che, nella specie, non possono non ricollegarsi anzitutto allo stesso sistema costituzionale”. In altri termini, se ben si comprende, sarebbe proprio alzando lo sguardo a detto “sistema costituzionale” che si ritroverebbe, come meglio vedremo in seguito, la garanzia per il diritto al consenso informato, per cui, come è stato autorevolmente affermato, non si potrebbe parlare di “vuoto normativo”¹⁴. Anche se pare di poter osservare che una disciplina statale del consenso informato darebbe una più esplicita percezione dei diritti spettanti alle persone malate, rendendo più chiara la loro posizione di controllo e selezione sulla mole delle variegate terapie diagnostiche, terapeutiche e palliative, e permettendo di maturare i propri convincimenti sulla base delle aspettative di vita (in questa direzione si muove, del resto, la Convenzione di Oviedo del 1997)¹⁵. A sua volta, la menzionata successiva [sentenza n. 338 del 2003](#) riprendeva una simile problematica, ribadendo che “stabilire il confine fra terapie ammesse e terapie non ammesse, sulla base delle acquisizioni scientifiche e sperimentali, è determinazione che

¹² Legge regionale del 28 ottobre 2002, n. 39 “Regole del sistema sanitario regionale toscano in materia di applicazione della terapia elettroconvulsivante, la lobotomia prefrontale e transorbitale ed altri simili interventi di psicoturgia”.

¹³ Legge regionale del 13 novembre 2001, n. 26 “Sospensione della terapia elettroconvulsivante, della lobotomia prefrontale e transorbitale ed altri simili interventi di psicoturgia”.

¹⁴ Si veda l'articolo di S. RODOTÀ, *Chi decide sul morire* in *La Repubblica* del 25 ottobre 2007.

¹⁵ Convenzione di Oviedo sottoscritta il 4 aprile 1997 dagli Stati membri del Consiglio d'Europa, ratificata con L. 28 marzo 2001, n. 145, ma di cui lo strumento di ratifica non è ancora stato depositato.

investe direttamente e necessariamente i principi fondamentali della materia” che, specie se collocati “all’incrocio” dei diritti fondamentali della persona, richiederebbero una regolamentazione unitaria, venendo in gioco, nella tutela di questi, il principio di eguaglianza.

La decisione in commento perviene dunque a formulare la sua censura, reputando il consenso informato al tempo stesso “espressione [di] consapevole adesione” e “diritto della persona”, anzi “sintesi di due diritti fondamentali” (ossia “quello all’autodeterminazione e quello alla salute”), derivandone altresì che esso costituisca “principio fondamentale” nella materia concorrente della tutela della salute, e quindi sottratto alla potestà legislativa delle Regioni, che, anzi, rinvengono in esso un ben preciso limite da rispettare.

Si noti peraltro come, nell’occasione, la Corte non avverta la necessità di (o ritenga superfluo) ribadire che un intervento, come quello contenuto nella legge sottoposta a giudizio, teso ad identificare i “soggetti legittimati al rilascio del consenso informato (genitori o tutori nominati)”, incide inevitabilmente sull’istituto della rappresentanza rientrante nella materia dell’ordinamento civile di competenza esclusiva statale (art. 117 comma, 2 lett. *l*, Cost.). Al riguardo infatti la Corte era intervenuta, dichiarando l’incostituzionalità di una legge regionale della Toscana¹⁶, nella parte in cui consentiva ad un soggetto, che versasse in stato di incapacità naturale, di delegare l’esercizio del consenso informato ad una persona liberamente scelta, ritenendo fondate le censure mosse dal Governo sulla invasione di competenza da parte della Regione¹⁷.

3. Segue. *La fisionomia del consenso informato nel ragionamento dei giudici ordinari.*

Occorre a questo punto notare come la rilevata mancanza di un’apposita disciplina statale del consenso informato non impedisca alla Corte di intrattenersi sulla fisionomia dell’istituto, a questo fine, anzi, mostrando di collocarsi sulla scia di talune pronunce dei giudici di legittimità e di merito che hanno finora cercato di fissare taluni principi al riguardo.

La decisione in commento sembra infatti muovere da altre sentenze precedenti che si sono espresse sul consenso informato nel quadro di un’interpretazione evolutiva degli articoli 2, 13 e 32 della Carta fondamentale, triade poi richiamata dalla stessa Corte nella decisione in commento: ci si riferisce particolarmente ad una pronuncia del Tribunale di Genova del 10 gennaio 2006¹⁸,

¹⁶ Legge regionale del 15 novembre 2004, n. 63 (Norme contro le discriminazioni determinate dall’orientamento sessuale o dall’identità di genere)

¹⁷ Nella [sentenza del 21 giugno 2006, n. 253](#) la Corte afferma: “così operando il legislatore regionale ha ecceduto dalle proprie competenze, regolando l’istituto della rappresentanza che rientra nella materia dell’ordinamento civile, riservata allo Stato, in via esclusiva, dall’art. 117, secondo comma, lettera *l*), della Costituzione”. In proposito cfr. E. LAMARQUE, *Regioni e ordinamento civile*, Padova, 2005, 262 ss.

¹⁸ Tribunale di Genova, Sez. II, 10 gennaio 2006 in *Danno Resp.*, 2006, 537 con commento di A. LANOTTE, *L’obbligo d’informazione: adempimento di un “dovere burocratico”?*. Si pone in sintonia una

all'ormai celebre sentenza della Corte di Cassazione sul "caso Englaro"¹⁹, e alla sentenza del Tribunale di Roma del 23 luglio 2007 che si è pronunciata sul parimenti noto "caso Welby"²⁰.

La sentenza del Tribunale di Genova (richiamando, a sua volta, il "caso Massimo", deciso dalla Corte d'Assise di Firenze²¹, ed il "caso Siciliano", deciso dalla Corte d'Appello di Genova²²), ha aderito all'impostazione, confermata dalla Suprema Corte²³, che considera il consenso informato una "causa di giustificazione", in assenza della quale verrebbe in rilievo l'antigiuridicità della condotta del medico²⁴. La decisione invoca, oltre ai "classici" artt. 13 e 32 Cost., l'art. 2, mostrando di aderire alla tesi del "catalogo aperto" dei diritti fondamentali e considerando il

sentenza del Tribunale di Viterbo – Sezione civile – 27 novembre 2006 n. 1081, in *Guida al Diritto* 20 gennaio 2007, n. 3, 39 con commento di A. MICALI, *Il paziente deve essere consapevole dei rischi dell'intervento chirurgico*.

¹⁹ Cassazione Civile, Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748 in *Danno Resp.* 2008, 421 con commento di F. BONACCORSI, *Rifiuto delle cure mediche e incapacità del paziente: la Cassazione e il caso Englaro*. La vicenda viene anche ripercorsa da C. FATTA, *Il conflitto di attribuzioni sul "caso Englaro" e la "cattiva battaglia" giudici- legislatore: quale sorte per la tutela dei diritti umani?*, in *Giur. it.*, 2009 (in corso di pubblicazione).

²⁰ Tribunale di Roma, 17 ottobre 2007, in *Dir. pen. proc.* 2008, 59, con commento Di A. VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*. Questa sentenza di non luogo a procedere qualifica come "adempimento di un dovere" la condotta del medico che rispetti la volontà del paziente di rifiutare le cure, pur andando incontro alla morte. Si vedano anche G. ANZANI, *Consenso ai trattamenti medici e "scelte di fine vita"*, in *Danno resp.*, 2008, 957, e S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.* 2007, 1561 ss.

²¹ Corte d'Assise di Firenze, 18 ottobre 1990, in *Foro it.*, 1991, II, c. 236.

²² Corte di Appello Genova, 5 aprile 1995, in *Danno Resp.*, 1996, 215.

²³ Sul "caso Massimo", v. Corte di Cassazione, 13 maggio 1992, n. 5639 che conferma la precedente decisione, in *Dir. Fam. Pers.*, 1992, 1007.

²⁴ Alla decisione della Corte d'Assise di Firenze fa rinvio anche la sentenza del Tribunale di Milano che si è espressa sul "caso S. Raffaele"²⁴. Secondo la Corte d'Assise di Firenze "l'attività medico – chirurgica [...] deve tuttavia svolgersi col rispetto di alcuni fondamentali principi, al di là dei quali essa sconfinava nell'illecito che è poi, nella specie, lesione di alcuni beni fondamentali dell'individuo, quali il diritto alla salute ed all'integrità fisica, trasformandosi così in aberrazione, sopruso, violenza. Tali beni trovano proprio nella Carta costituzionale la massima consacrazione e tutela là ove si stabilisce l'inviolabilità della libertà personale (art. 13, 1° comma), il diritto alla salute e a non subire trattamenti sanitari obbligatori al di fuori dei casi previsti specificamente dalla legge (art. 32, 1° e 2° comma). [...] nulla il medico può fare senza il consenso del paziente o addirittura contro il volere di lui, il che, anche, corrisponde ad un principio personalistico di rispetto della libertà individuale e ad una configurazione del rapporto medico-paziente che bene la difesa di parte civile ha individuato nella figura del paziente come uomo-persona, uomo-valore e non come uomo-cosa, uomo-mezzo, soggetto a strumentalizzazioni anche odiose per fini che sono stati spesso ammantati di false coperture di progresso scientifico o di utilità collettiva". La Corte di Cassazione conferma: "Correttamente, la Corte di Firenze segnala il principio del libero consenso, a cui ogni regola in tema di trattamento terapeutico deve soggiacere [...]. Nella specie, soltanto il consenso, manifestazione della volontà di disporre del proprio corpo, può escludere in concreto l'antigiuridicità del fatto e rendere questo legittimo". In modo aderente si pone la decisione della Corte di Appello di Genova: "[...] il consenso del paziente al trattamento medico elimina la nota illiceità penale che altrimenti sarebbe insita in un fatto che incide sull'integrità fisica o sulla vita stessa del paziente medesimo. Se non vi sia il consenso del paziente, che funziona come causa di giustificazione, non può non ritenersi penalmente illecito un trattamento da cui derivi una lesione personale [...]. In altre parole, è solo la volontà del paziente di subire il trattamento medico [...]: è cioè il consenso, quale causa di giustificazione, che fa venir meno l'antigiuridicità del fatto lesivo e che segna il limite iniziale e finale della liceità". Tuttavia una recente pronuncia della Cassazione (Cass. pen. sez. un. 21 gennaio 2009, n. 2437) ha escluso la rilevanza penale della condotta del medico che abbia sottoposto il paziente ad un trattamento chirurgico diverso da quello per il quale era stato prestato il consenso, ma eseguito nel rispetto dei protocolli e delle *leges artis*, e concluso con esito fausto.

consenso informato “evidente specificazione” di questo²⁵. Inoltre, attraverso il richiamo all’art. 3 della Carta di Nizza (diritto all’integrità della persona), e del peculiare titolo I che lo contiene (Dignità), mette a punto un delicato passaggio già intrapreso dalla Corte d’Assise di Firenze, visualizzando in modo nitido il *rapporto di strumentalità* che sussiste fra l’informazione e la tutela della *dignità* e dell’*autodeterminazione* del malato, che è “persona” e non “oggetto di esperimento”²⁶.

Questa prospettiva è stata ripresa dalla sentenza sul “caso Englaro”²⁷ che (nell’offrire alla Corte d’Appello di Milano il principio di diritto cui uniformarsi per la decisione nel merito) affronta il delicato tema relativo al bilanciamento fra diritto all’autodeterminazione e tutela della vita. Il consenso informato è qui individuato come “legittimazione e fondamento del trattamento sanitario”, “pratica [che] rappresenta una forma di rispetto per la libertà dell’individuo”, “mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi”, “principio [che] esprime una scelta di valore nel modo di concepire il rapporto tra medico e paziente” . “... detto rapporto [che] appare fondato prima sui diritti del paziente e sulla sua libertà di autodeterminazione terapeutica che sui doveri del medico – ha un sicuro fondamento nelle norme della Costituzione: nell’art. 2, che tutela e promuove i diritti fondamentali della persona umana, della sua identità e dignità; nell’art. 13, che proclama l’inviolabilità della libertà personale, [...] nell’art. 32, che tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo [...]”. Un analogo percorso ermeneutico è stato poi ancora compiuto dal Tribunale di Roma, che ha ancorato anch’esso il diritto al “rifiuto informato” agli artt. 2, 13 e 32 Cost.

4. *Il consenso informato tra libertà individuale e tutela della salute.*

In relazione al diritto di autodeterminarsi, tuttavia, la somministrazione di psicofarmaci a minori rappresenta una situazione peculiare: la libertà di scelta terapeutica in capo a questi soggetti appare notevolmente affievolita, sia per la difficoltà oggettiva di riconoscere l’autenticità delle

²⁵ Differentemente la Corte Costituzionale nella [sentenza n. 438](#) non sembra aderire alla teoria del catalogo aperto, quanto piuttosto alla posizione intermedia di F. MODUGNO, che considera l’art. 2 Cost. una “clausola interpretativa generale, valevole cioè per tutte le specifiche disposizioni sui diritti, che rende questi ultimi dotati di una straordinaria capacità espansiva [...]” in *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 4 e ss.

²⁶ “[...] è la denominazione del titolo, che lo ospita, a rendere manifesto il bene giuridico che viene offeso nei casi in cui l’attività medica non sia stata preceduta da adeguata informazione e consenso: la dignità umana, visto che senza informazione adeguata e rispettosa del paziente, e dunque anche dei suoi limiti culturali [...], questi non è più “persona” ma oggetto di esperimento o di un’attività professionale che trascura il fattore umano su cui interviene, dequalificando il paziente stesso da “persona” a “cosa”. Insieme ad essa [...] sta un secondo valore [...]: l’autodeterminazione delle persone. Esiste quindi un rapporto di strumentalità necessaria tra l’informazione che l’operatore sanitario deve trasferire al paziente, per consentirgli scelte consapevoli, e la salvaguardia dei valori di dignità ed autodeterminazione [...]. Il riconoscimento di una dimensione di “diritto fondamentale” attribuibile: al consenso informato, posto a *presidio* della dignità della persona e del suo diritto ad autodeterminarsi rispetto alle cure mediche [...]”.

²⁷ Cassazione civile, Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, cit.

determinazioni volitive di soggetti la cui psiche è offuscata dalla malattia mentale, sia, soprattutto, a causa della minore età che, necessariamente, richiama in campo la funzione dell'istituto della rappresentanza legale. Si ritiene comunque che l' "alleanza terapeutica" invocata nella sentenza della Suprema Corte non debba intendersi come sussistente solo nel rapporto fra i genitori-rappresentanti legali ed il medico curante: alla "legge di ascolto"²⁸ si deve uniformare anche la relazione del medico col minore malato che, se coinvolto e reso partecipe nel modo appropriato, potrebbe ulteriormente beneficiare dell'approccio collaborativo nei suoi confronti ed assumere consapevolezza del proprio disagio maturando nel tempo l'ottica adeguata per contrastare il suo male. Il Codice di deontologia medica del 2006 opportunamente all'art. 38 c. 2 prescrive: "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", allineandosi con quanto previsto all'art. 6 c. 2 della Convenzione di Oviedo, per cui: "Il 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"²⁹. Del resto, la stessa legislazione statale relativa all'aborto (art. 12 della L. 194/1978), alla sperimentazione clinica (art. 4 del D.lgs. 211/2003) e alla prevenzione, cura e riabilitazione degli stati di tossicodipendenza (art. 120 D.p.r. 309/1990) contemplan il coinvolgimento del minore per gli atti terapeutici che hanno come destinataria la sua persona³⁰. D'altro canto, come persuasivamente notato, considerare la maggiore età *ex art. 2* del codice civile come soglia di acquisizione della capacità di agire relativamente agli atti terapeutici può divenire fuorviante, sia perché tale articolo si ricollega all'esercizio dei diritti patrimoniali³¹, il cui rango non è certamente paragonabile a quello della libertà personale di cui gode il minore, sia perché questi potrebbe, di fatto, essere dotato di una sufficiente capacità di discernimento, e trovarsi tuttavia escluso dal circuito decisionale³².

In questo quadro, si colloca, dunque, l'esito cui è giunta la Corte costituzionale per cui, in quanto situato al crocevia di diritti fondamentali attinenti alla persona, il consenso informato si qualifica come "principio fondamentale" nella materia della "tutela della salute" *ex art. 117* comma terzo

²⁸ La suggestiva espressione è di P. ZATTI, *Il diritto a scegliere la propria salute*, cit., 4.

²⁹ Si tengano in conto relativamente a questo tema gli artt. 12 e 24 della Convenzione sui diritti del fanciullo di New York del 20 novembre 1989 (ratificata con L. 27 maggio 1991, n. 176); e l'art. 2 lett. d) e 3 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei bambini, adottata a Strasburgo il 25 gennaio 1996 (ratificata con L. 77/2003): queste due convenzioni considerano e garantiscono anche il diritto all'informazione ed alla conseguente valutazione del minore dotato di capacità di discernimento, a differenza della legge regionale piemontese che proprio non ne fa menzione.

³⁰ Si veda A. VALSECCHI, *Gli effetti giuridici del consenso del minore nel diritto penale. In particolare: il consenso del minore al trattamento medico*, in *Cass. Pen.*, 2008, 1584.

³¹ G. LA FORGIA, *Il consenso informato del minore "maturo" agli atti medico-chirurgici: una difficile scelta d'equilibrio tra l'auto e l'etero-determinazione*, in *Famiglia e Diritto* 2004, 409.

³² In proposito E. PELLECCIA, *La salute dei minori tra autodeterminazione, potestà e intervento del giudice*, in *Nuova Giur.civ. comm.* 2004, 103 ss. che richiama lo scritto di P. ZATTI, *Rapporto educativo e intervento del giudice*, in *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, a cura di R. DE CRISTOFARO- A. BELVEDERE, Milano, 1980, 189.

della Costituzione. In relazione, poi, alla tutela della salute dei minori, tale qualificazione si rende ancor più pregnante, venendo in gioco altresì la disciplina dell'istituto della rappresentanza. Si affiancano così due istituti, la cui regolamentazione pacificamente rientra nella competenza del legislatore statale, e che rendono la materia relativa alla somministrazione di psicofarmaci a minori un settore precluso, complessivamente o nei suoi aspetti di principio, alle Regioni.