



DIRITTO PRIVATO REGIONALE (TOSCANO)

ORDINAMENTO CIVILE E SINDACATO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE: E' POSSIBILE UNA SENTENZA INTERPRETATIVA DI RIGETTO?

Alberto Maria Benedetti

(Professore associato di diritto privato, Università di Genova)

20 ottobre 2005

1. La Regione Toscana, con la legge n. 63/2004¹, dà seguito ad alcune indicazioni di principio contenute nel proprio Statuto. In esso si legge, tra l'altro, che (art. 4, comma 1, lett. h) la Regione persegue tra le finalità prioritarie quella del "riconoscimento della altre forme di convivenza" (oltre che quella, costituzionalmente meno problematica, della "tutela e valorizzazione della famiglia fondata sul matrimonio", di cui si legge alla lettera *i* della medesima disposizione). La norma statutaria allude, all'evidenza, a tutte quelle forme di convivenza diverse dal matrimonio, ricomprendendo in questa formulazione sia le unioni tra persone di diverso sesso, che le unioni tra persone dello stesso sesso. Questa disposizione – insieme ad altre del medesimo tenore contenute negli statuti di Umbria ed Emilia Romagna – è stata oggetto di alcune recenti decisioni della Corte costituzionale che – per le ragioni di cui diremo tra breve – ne hanno ammesso la costituzionalità.

Nel merito, la legge reg. Toscana 63/2004 reca disposizioni eterogenee, non tutte riconducibili all'ampia portata della sua titolazione (*Norme contro le discriminazioni determinate dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere*). Il *fil rouge* è rappresentato, appunto, dalla lotta contro la discriminazione basata sull'orientamento sessuale o sulla identità in genere: lotta che (la Regione Toscana) ritiene di perseguire con una testo legislativo nel quale sono presenti tre tipologie di disposizioni:

i) disposizioni programmatiche e/o di principio: il legislatore regionale conferma principi già contenuti nello Statuto regionale, riaffermandoli sia mediante un espresso richiamo, sia mediante un diretto collegamento con il principio costituzionale d'eguaglianza (art. 1, commi 1, 2, della legge in esame). E li rafforza prevedendo, ad esempio, che il divieto

¹ Il testo della legge è agevolmente reperibile sul sito www.regione.toscana.it

di discriminazione in ragione dell'identità sessuale si traduca (art. 1, comma 3) nell'obiettivo, assunto come proprio dalla Regione, di garantire "l'accesso a parità di condizioni agli interventi e ai servizi ricompresi nella potestà legislativa regionale senza alcuna discriminazione determinata dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere".

ii) disposizioni organizzative e/o strutturali: il legislatore regionale impegna l'ente Regione – inteso nella sua accezione di struttura organica – ad “educare” il proprio personale in modo da evitare ogni comportamento discriminatorio (art. 6). Ovvero norme che ispirano agli stessi principi l'attività organizzativa di eventi culturali (art. 15) o norme che indirizzano le attività delle aziende sanitarie locali (art. 10).

iii) disposizioni cogenti: il legislatore regionale intende attuare i principi cui la legge si ispira attraverso norme vere e proprie, il cui contenuto – che a prima vista appare privatisticamente innovativo – merita di essere segnalato all'attenzione dell'interprete (art.7: consenso informato ai trattamenti terapeutici).

2. Gli Statuti di Toscana e Umbria, come si faceva cenno poc'anzi, contengono disposizioni concernenti lo *status* delle persone fisiche, e, in particolare, le situazioni familiari diverse dal matrimonio. In entrambe le fonti, infatti, sono previste - tra i “*principi programmatici*” (Umbria) e le “*finalità principali*” (Toscana) – norme orientate a garantire che la Regione promuova il riconoscimento delle forme di convivenza diverse dal matrimonio.

Il Governo ha impugnato queste disposizioni lamentando un'invasione di territori preclusi agli Statuti regionali: ha osservato, essenzialmente, che così disponendo gli statuti pongono in essere norme che esulano dalle competenze regionali, invadendo la competenza esclusiva statale rappresentata dall' “ordinamento civile”², e che, d'altra parte, volendo equiparare al matrimonio le forme ulteriori di convivenza, gli statuti perseguirebbero una finalità di dubbia coerenza con i principi generali dell'ordinamento giuridico.

² Sull' “ordinamento civile” nella nuova formulazione dell'art. 117, 2° comma, Cost. si possono vedere, fra gli altri: V. ROPPO, *Diritto privato regionale?*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 11; G. ALPA, *Il limite del diritto privato alla potestà normativa regionale*, in *Contr. impr.*, 2002, p. 597. E, recentissimo, V. ROPPO, *Diritto dei contratti, ordinamento civile, competenza legislativa delle Regioni. Un lavoro complicato per la Corte costituzionale*, in *Corr. giur.*, 2005, n. 9. Tra i costituzionalisti, fra gli altri: E. LAMARQUE, *Osservazioni preliminari sulla materia «ordinamento civile», di esclusiva competenza statale*, in *Le Regioni*, 2001, p. 1343 (di cui si segnala la prossima pubblicazione del volume *Regioni e ordinamento civile*, Padova, 2005): S. BARTOLE, *Regioni e ordinamento civile: il punto di vista del costituzionalista*, in AA.VV., *L'ordinamento civile nel nuovo sistema delle fonti legislative*, Milano, 2003, p. 71.

La Corte costituzionale³ non entra neppure nel merito di una possibile invasione dell'esclusiva competenza statuale in materia di «ordinamento civile» (art. 117, comma 2, lett. l) Cost.), ma sceglie di salvare le norme contestate attraverso un ragionamento incardinato sulla loro peculiare natura. Secondo i giudici delle leggi, siffatte disposizioni statutarie si collocano in quell'indefinita area rappresentata dal “*contenuto eventuale*” degli statuti regionali; un contenuto che può (anche) tradursi in enunciazioni prive di carattere giuridico, che esplicano solamente «una funzione, per così dire, di natura culturale o anche politica, ma certo non normativa», o ancora, che indica aree di «prioritario intervento legislativo e politico»⁴.

Tali enunciazioni – pur «materialmente collocate nell'atto-fonte», si traducono, ancora, in «finalità da perseguire», espressione della sensibilità politica esistente al momento dell'approvazione dello Statuto. Di talchè scrivere in una disposizione statutaria che la Regione persegue, tra gli altri, lo scopo di «riconoscere le altre forme di convivenza» non comporta «né alcuna violazione, né alcuna rivendicazione di competenze costituzionalmente attribuite allo Stato e neppure fonda esercizio di poteri regionali».

Si tratterebbe, in poche parole, di un qualcosa di molto simile alle “clausole di stile” (perché, magari, eco di già cogenti principi costituzionali); o, comunque, di disposizioni che esprimendo solo auspici culturali o politici non possono essere sindacate sotto il profilo del riparto delle competenze tra Stato e Regioni.

La Corte costituzionale – almeno in quest'occasione – sposa una nozione non astratta ma concreta di “ordinamento civile”, concepito non tanto come “materia”, bensì come “limite” che attraversa, trasversalmente, le diverse competenze legislative regionali. Un limite la cui violazione va accertata muovendo non già da un'astratta valutazione dell'oggetto della norma contestata, bensì calibrando il giudizio “in ragione della tipologia di valori, principi, tecniche, obiettivi che le norme sottendono”⁵.

³ Con le sentenze n. 372 e 378 del 2004 (la cui motivazione è identica nella sostanza) aventi ad oggetto alcune disposizioni degli Statuti di Toscana, Umbria, Emilia Romagna. In particolare, per ciò che attiene alla nostra area d'interesse, erano stati impugnati dal Governo gli articoli di questi statuti che toccano aspetti relativi alla famiglia (art. 4, comma 1, lett. h dello Statuto toscano; art. 9, comma 2, Statuto umbro; entrambe disposizioni miranti a riconoscere le convivenze fuori dal matrimonio). Il testo di queste decisioni è reperibile sul sito www.giurcost.org

⁴ Del “contenuto eventuale” degli Statuti regionali si legge, recentemente, nella sentenza della Corte cost. n. 2/2004 (www.giurcost.org): la Corte riconosce l'esistenza, accanto ai contenuti necessari degli Statuti, «di altri possibili contenuti, sia che risultino ricognitivi delle funzioni e dei compiti della Regione, sia che indichino aree di prioritario intervento politico o legislativo».

⁵ Così espressamente V. ROPPO, *Diritto privato regionale?*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 30. La recentissima sentenza della Corte cost. n. 105/2005 (che abbiamo potuto vedere nelle ultime fasi della redazione di questo scritto) sembra utilizzare l'approccio suggerito dall'autore appena citato, salvando una norma di una legge della Provincia autonoma di Bolzano che prevede l'erogazione anticipata all'affidatario delle somme

In un'ottica astratta – o, appunto, orientata ad una inappropriata valutazione per “materia” – le norme degli statuti di Toscana ed Umbria riguardano aspetti che, in sé considerati, rientrano senza dubbio nella materia “ordinamento civile”: le convivenze extramatrimoniali, com'è noto, sono a pieno titolo fenomeni la cui regolazione appartiene all'area del diritto privato⁶.

Ma la Corte costituzionale sembra preferire un approccio più concreto, che muove, ci pare, dal considerare innanzi tutto la natura statutaria delle disposizioni contestate. Disposizioni, queste, che – pur se inserite nell'atto fondamentale della Regione - non hanno l'obiettivo di creare immediatamente posizioni soggettive individuali, *status*, diritti, o altre situazioni giuridiche, ma vogliono, piuttosto, indicare le finalità cui deve essere ispirata la (successiva) attività politico-legislativa della Regione.

Ed in concreto, appunto, fissarsi l'obiettivo statutario di promuovere la tutela e la parificazione delle convivenze extramatrimoniali non significa necessariamente invadere la competenza statale che l'art. 117, 2° comma, lett. l) identifica con la nota formula “ordinamento civile”. La Regione, infatti, potrebbe emanare una legislazione sociale, assistenziale, edilizia che attui siffatta finalità statutaria, attribuendo una qualche rilevanza allo *status* di convivente di fatto, senza che necessariamente ciò significhi violare il limite dell' “ordinamento civile”⁷ (*infra*, par. 4).

L'approccio seguito dalla Corte costituzionale non ha mancato di suscitare qualche perplessità nei primi commentatori, soprattutto laddove i giudici delle leggi “scorporano”

destinate al mantenimento di un minore, quando non vengano corrisposte dal genitore obbligato (e solo per i casi di situazioni di basso reddito familiare).

⁶ In generale, la materia della convivenza *more uxorio* appartiene all'area del diritto privato ascrivibile alla regolazione degli *status* delle persone fisiche. Osserva G. ALPA, *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Bari, 1993, p. 56: «Gli aspetti della personalità che la dottrina moderna eleva a diritti soggettivi sono, di regola, disciplinati nei codici civili (...)». La nozione moderna di *status* si colloca a metà strada tra diritto privato e diritto pubblico (ivi, pp. 37-38). ; ed oggi una delle questioni di politica del diritto che sembrano emergere è proprio quella di “giuridicizzare” situazioni sino ad oggi rimaste fuori dalla nozione tradizionale di *status* (come la qualità di convivente). La legge regionale toscana sembra collocarsi sul versante dei tentativi di far emergere la giuridica rilevanza di queste situazioni.

⁷ Osserva a tale proposito V. ROPPO, *Diritto privato regionale?*, cit., p. 45, nota 81: “Si pensi a una Regione che in tutta la sua legislazione «sociale» (edilizia residenziale pubblica, assistenza, sanità, ecc.) implicante la rilevanza di un certo status familiare dei beneficiari, in modo sistematico equipari ai coniugi i conviventi di fatto (in ipotesi, anche del medesimo sesso). Questa legislazione non sarebbe propriamente di diritto privato, perché semplicemente regola alcuni presupposti per l'erogazione di prestazione o benefici pubblici (...)”. Significativo il recente Regolamento edilizio della Regione Lombardia, 10 febbraio 2004, n. 1 (“Criteri generali per l'assegnazione e la gestione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica”) che contiene (art. 2) una definizione del nucleo familiare considerato tale ai fini dell'assegnazione degli alloggi d'edilizia pubblica, che ricomprende anche il convivente *more uxorio* “purché la stabile convivenza con il concorrente duri da almeno un anno prima della data di presentazione della domanda e sia dimostrata nelle forme di legge”.

dallo Statuto disposizioni che, siccome “programmatiche”, vengono ritenute prive di forza cogente⁸.

Mentre rimane aperto il problema dei limiti che questi “preamboli”, per quanto simbolico-programmatici, incontrano rispetto alla Costituzione e ai valori e principi in questa proclamati⁹, la conclusione raggiunta dalla Corte costituzionale, dal nostro punto di vista, avrebbe meritato approvazione anche se a queste disposizioni fosse stata riconosciuta una piena natura cogente o “giuridica”, per usare le parole dei giudici delle leggi.

Ed infatti, come si è già detto, non è il mero contenuto privatistico d’una norma regionale (anche se statutaria) che può da solo sorreggerne la valutazione d’incostituzionalità, poiché, se dovesse prevalere una concezione rigida del diritto privato come “area materiale da cui le Regioni devono tenersi completamente fuori”¹⁰, il valore della autonomia – oggetto, anch’esso, di protezione costituzionale – ne verrebbe sostanzialmente azzerato; esistono invero materie d’esclusiva o concorrente competenza regionale che, in misura diversa, hanno contenuti (anche) privatistici o possono richiedere l’emanazione di norme (regionali) con ricadute privatistiche (sanità, commercio, territorio, professioni, ordinamento sportivo, fondazioni, ordinamento della comunicazione ecc.)¹¹.

Per tale ragione, dovendosi preferire una concezione dell’ordinamento civile come “limite”¹² che attraversa “per linee orizzontali o trasversali”¹³ le materie di competenza regionale, la violazione di detto limite implica una valutazione più complessa e articolata di quella che si limitasse alla sola considerazione dell’“oggetto” della norma sospetta.

Disposizioni statutarie che proclamano finalità e scopi dell’attività politico-legislativa della Regione possono, dunque, toccare aspetti che, in astratto, rientrano nell’area propria del

⁸ Per una critica dell’approccio seguito dalla Corte costituzionale possono vedersi: A. RUGGERI, *La Corte, la “denormativizzazione” degli statuti regionali e il primato del diritto politico sul diritto costituzionale*, reperibili sul sito www.forumcostituzionale.it; A. AZON, *L’“inefficacia giuridica” di norme “programmatiche”*, sul sito www.giurcost.org

⁹ E’ ipotizzabile che una “affermazione culturale” contenuta in Statuto contrasti con i valori costituzionali. Andrebbe forse salvata solo perché priva di forza giuridica? Ci pare, solo per offrire al lettore uno spunto di riflessione, che la Corte cost. avrebbe fatto meglio, semmai, a ragionare sulla legittimità della presenza di simili «enunciazioni culturali e programmatiche» in Statuti che, a tenore dell’art. 123 Cost., dovrebbero contenere norme sulla forma di governo e sui «principi fondamentali di organizzazione e funzionamento» delle Regioni. Sul punto si richiama l’acuto contributo di A. RUGGERI, *Forma e sostanza dell’ “adeguamento” degli statuti speciali alla riforma costituzionale del titolo V (notazioni preliminari di ordine metodico-ricostruttivo)*, reperibile in www.giurcost.org/studi/ruggerinew.html.

¹⁰ Così V. ROPPO, *Diritto privato regionale?*, cit., p. 39.

¹¹ Il problema, semmai, è quello di capire quando l’incursione su territori privatistici è giustificata e ragionevole, e quando, invece, non lo è (sul punto si rinvia al par. 4).

¹² Concezione, questa, che la Corte costituzionale aveva definitivamente abbracciato nell’ultima decisione *ante riforma* (Corte cost., 6 novembre 2001, n. 352, in *Foro it.*, 2002, I, 638).

¹³ V. ROPPO, *Diritto privato regionale?*, cit., p. 39.

diritto privato, senza che ciò faccia scattare un'automatica violazione dell'art. 117, 2° comma, lett. l) Cost.

Ciò precisato, tuttavia, non può negarsi che a valle di queste disposizioni di principio – al livello, cioè, delle leggi regionali che provino ad attuare gli obiettivi e le finalità poste in Statuto – il limite dell' "ordinamento civile" potrebbe rientrare in gioco, quando, in concreto, la norma regionale di contenuto privatistico non sia in grado di superare il vaglio della ragionevolezza, nei limiti e nelle modalità di cui diremo al paragrafo seguente.

Nel caso specifico, la Regione Toscana è intervenuta sulla scia dell'art. 4 del proprio Statuto, emanando una legge che intende combattere ogni forma di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale e che mira a "consentire ad ogni persona la libera espressione e manifestazione del proprio orientamento sessuale e della propria identità in genere..." (art. 1, 1° comma, legge cit.). Per attuare queste finalità, la legge regionale contiene, tra le altre, una norma sul consenso informato al trattamento medico-chirurgico, i cui contenuti hanno spinto il Governo – lo scorso 21 gennaio 2005 – a sollevare questione di costituzionalità, ravvisando in essa un'invasione dell'esclusiva competenza statale in materia di "ordinamento civile".

3. Domandiamoci, a questo punto, se la legge regionale toscana n. 63/2004 abbia violato il limite dell' "ordinamento civile".

Prima di sciogliere questo interrogativo, è necessario ritornare sui contenuti della legge in esame. Una disposizione balza subito agli occhi perché sembra regolare, in modo diretto, una situazione di tipo privatistico: l'art. 7 dedicato al "*consenso informato ai trattamenti terapeutici*"¹⁴, collocato nella sezione intitolata "*disposizioni in materia di sanità e assistenza*".

Sebbene il legislatore toscano abbia voluto ricondurre questa norma nell'alveo della competenza regionale concorrente in materia di "tutela della salute", i contenuti della disposizione ne evidenziano una diretta incidenza privatistica: si sancisce, infatti, il "diritto"

¹⁴ La disposizione così recita: "1. Ciascuno ha diritto di designare la persona a cui gli operatori sanitari devono riferirsi per riceverne il consenso a un determinato trattamento terapeutico, qualora l'interessato versi in condizione di incapacità naturale e il pericolo di un grave pregiudizio alla sua salute o alla sua integrità fisica giustifichi l'urgenza e indifferibilità della decisione. 2. La disposizione di cui al comma 1 non si applica ai minori di anni diciotto. 3. Nel caso di ricovero ospedaliero in strutture pubbliche o private è fatto obbligo agli operatori sanitari di verificare l'avvenuta manifestazione della dichiarazione, di cui al comma 1, e di darvi attuazione. 4. La manifestazione di volontà, di cui al comma 1, garantisce altresì alla persona designata di prestare assistenza al malato in ogni fase della degenza, nel rispetto delle modalità definite dai regolamenti delle strutture di ricovero e cura. 5. La richiesta di un trattamento sanitario, che abbia ad oggetto la modificazione dell'orientamento sessuale o dell'identità di genere per persona maggiore degli anni diciotto, deve provenire personalmente dall'interessato, il quale deve preventivamente ricevere un'adeguata informazione in ordine allo scopo e natura dell'intervento, alle sue conseguenze ed ai suoi rischi".

di ogni individuo maggiorenne di designare la persona cui gli operatori sanitari devono riferirsi per ricevere il consenso ad un determinato trattamento terapeutico, tutte le volte in cui l'interessato « versi in condizione di incapacità naturale e il pericolo di un grave pregiudizio alla sua salute o alla sua integrità fisica giustifichi l'urgenza e l'indifferibilità della decisione». Il collegamento con l'art. 4, comma 1, lett. l), dello Statuto è intuibile: consentire a ciascuno di designare quale proprio «rappresentante» per l'espressione del consenso informato qualunque persona (dunque: non solo familiari o coniuge, ma anche convivente di qualunque sesso esso sia).

In caso di ricovero, è obbligo dell'operatore sanitario verificare «l'avvenuta manifestazione della dichiarazione» (art. 7, comma 3) e di «darvi attuazione»; dichiarazione dalla quale discende, altresì, il diritto della persona designata «di prestare assistenza al malato in ogni fase della degenza, nel rispetto delle modalità definite dai regolamenti delle strutture di ricovero e cura».

A ciò si aggiunge una disposizione - l'art. 8- che rinvia ad un regolamento regionale che dovrà disciplinare le modalità per rendere la dichiarazione di volontà (art. 8, comma 1)¹⁵.

Le norme sono innovative, se prendiamo a parametro l'ordinamento nazionale; e danno luogo ad un diritto (civile) sostanziale "toscano" dotato, per certi aspetti, di un qualche carattere d'originalità.

La legge regionale toscana, innanzi tutto, dà per scontato un principio che scontato non è (o, almeno, non lo è nei termini che la norma regionale sembra presupporre): quello secondo cui nei casi in cui il paziente è impossibilitato a prestare valido consenso al trattamento medico cui deve essere sottoposto, possano subentrare in sua vece altre persone lui connesse da qualche rapporto parentale o da lui direttamente designate (ipotesi, quest'ultima, oggetto della specifica normativa regionale toscana).

Ora, è vero che il consenso dell'interessato – oggi ricondotto direttamente all'art. 13 Cost. – è sempre necessario, onde evitare che l'atto terapeutico possa configurarsi come fatto illecito¹⁶.

¹⁵ Il che pare, francamente, eccessivo. Ora, ammesso e non concesso che una legge regionale possa occuparsi di come un individuo può manifestare la propria volontà a designare qualcuno a compiere per lui un certo atto, affidare l'individuazione delle forme di questa manifestazione ad un regolamento pare davvero troppo.

¹⁶ Per tutti si veda M. FRANZONI, *Fatti illeciti*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2004, p. 238. Per una panoramica generale relativa al problema del consenso al trattamento medico-chirurgico può vedersi P. IAMICELI, *La r.c. del medico*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. CENDON, VI, Torino, 1998, p. 424 ss.

Ma è anche vero che – proprio in casi come quelli presi in esame dall’art. 7 della legge toscana: incapacità ad esprimere il consenso + pericolo di grave pregiudizio – la giurisprudenza – che ragiona sui principi generali dell’ordinamento giuridico – ammette che del consenso possa farsi a meno, e che a decidere, in quei casi in cui è impossibile ottenere un consenso preventivo dell’interessato, possa essere direttamente il medico. E, comunque, riconosce che, in situazioni come queste, l’intervento del medico è giustificato dallo stato di necessità, e non dal consenso ottenuto da congiunti del paziente, o addirittura da terzi da lui designati¹⁷.

Il consenso al trattamento medico-chirurgico, dunque, è atto personalissimo, che solo dall’interessato deve provenire, e non da persone lui connesse per rapporti di parentela o da lui designate con manifestazione di volontà avente il sostanziale significato di una procura (inammissibile, per gli atti personalissimi¹⁸). E ciò in quanto il consenso protegge la prerogativa esclusiva del soggetto di auto-determinare il proprio destino, controllando ogni attività che comporti una qualche compromissione della sua integrità fisica¹⁹.

Sotto il diritto nazionale, i giudici tendono quindi a limitare, e il più possibile, la legittimazione di terzi ad esprimere il consenso al trattamento medico, ammettendola, al più ma non senza contrasti, all’ipotesi in cui l’interessato sia incapace legale di agire²⁰; mentre rimane ancora oscura la situazione – contemplata invece dalla normativa toscana – di chi versi in stato di incapacità naturale²¹.

Sotto il diritto nazionale, tra l’altro, il consenso può essere dato in qualunque forma, anche tacitamente; talvolta può essere ritenuto presunto, e, comunque, è sempre liberamente revocabile dall’interessato²². La legge regionale toscana, pur se con riferimento alla volontà con cui l’interessato “designa” qualcuno a dare il consenso ove egli non possa darlo al momento opportuno, sembra ispirarsi ad un sistema formalistico; ed, anzi, rinvia a successivo regolamento cui affida il compito di individuare le modalità con cui si deve esternare questa sorta di “procura” al terzo designato.

¹⁷ Cass. civ., 15 gennaio 1997, n. 364, in *Danno e resp.*, 1997, p. 180, con commento di V. Carbone.

¹⁸ Cfr., per tutti, V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 264.

¹⁹ Da qui il fondamento del consenso che, oggi, si ricerca nell’art. 13 Cost. (norma destinata a tutelare la libertà personale dell’individuo): si veda, sul punto, F. F. MONTI, *Responsabilità civile e penale del medico: luci ed ombre sul consenso informato nell’analisi della giurisprudenza*, in *Pol. dir.*, 1999, p. 213 ss.

²⁰ Sul punto può vedersi E. CALÒ, *Il consenso del terzo al trattamento medico*, in *Danno e resp.*, 1999, p. 861.

²¹ Sul punto può vedersi G. FERRANDO, *Incapacità e consenso al trattamento medico*, in *Pol. dir.*, 1999, p. 147. Della stessa autrice il recente *Stato vegetativo permanente e trattamenti medici: un problema irrisolto*, in *Famiglia*, 2004, II, p. 1173 ss. (a commento di App. Milano, 17 ottobre 2003).

²² Si fa rinvio, su tali aspetti, a P. IAMICELI, *La r.c. del medico*, cit., p. 432 ss.

Dunque. Il diritto toscano risolve, senza troppi problemi, questioni controverse sotto il vigore del diritto nazionale. E, nel caso di incapace naturale che necessita di un trattamento medico urgente, il diritto toscano colma una lacuna²³ dell'ordinamento nazionale, consentendo a ciascuno di designare un terzo, che si esprimerà per conto ed in nome dell'interessato, ove quest'ultimo fosse incapace naturale all'atto in cui il trattamento va compiuto.

Né sembra potersi accostare la disciplina toscana a quella nazionale sull'amministrazione di sostegno (l. n. 6/2004, con la nuova formulazione degli artt. 404-413 c.c.). Ora, se è vero che questa forma di protezione può essere attivata laddove una menomazione fisica o psichica cagiona all'interessato una "impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi" (art. 404 c.c.), è pur vero i relativi poteri dell'amministratore di sostegno – nella misura in cui s'ammetta possano estendersi a tutti gli atti non patrimoniali – debbono essere definiti, individuati e circoscritti dal giudice tutelare; e, con riferimento al consenso al trattamento medico-chirurgico²⁴, all'interessato che conservi una "capacità di discernimento" deve essere assicurata una qualche forma di coinvolgimento nelle scelte che si rendano necessarie per preservare la sua salute²⁵.

Per ciò che riguarda la scelta di chi va nominato amministratore di sostegno, la legge accorda sì all'interessato un diritto di designazione²⁶ "in previsione della propria eventuale futura incapacità" (art. 408, 1° comma, c.c.); ma al giudice tutelare si consente di non dare corso alla nomina del designato ove sussistano "gravi motivi".

L'art. 8 della legge regionale toscana non si preoccupa né d'attivare una qualche forma di controllo sulla designazione né di garantire, in qualche maniera, che l'interessato che

²³ Così osserva G. FERRANDO, *Incapacità e consenso al trattamento medico*, cit., p. 154.

²⁴ Si veda Trib. Roma, decr. 19 marzo 2004, con il quale si nomina un amministratore di sostegno che esprime il consenso al trattamento medico chirurgico in nome e per conto di una persona impossibilitata a farlo (in *Notariato*, 2004, p. 249, con nota critica di E. CALÒ, *L'amministrazione di sostegno al debutto fra istanze nazionali e adeguamenti pratici*). Ed ancora: Trib. Modena, decr. 15 settembre 2004, in *Famiglia e diritto*, 2005, p. 85, con nota di F. RUSCELLO, *Amministrazione di sostegno e consenso ai trattamenti terapeutici*. Da ultimo Trib. Roma, decr. 19 febbraio 2005 (in www.filodiritto.com): l'amministratore di sostegno viene autorizzato agli atti di straordinaria amministrazione "ivi incluso il consenso ad interventi chirurgici", purché "previamente autorizzato dal giudice tutelare".

²⁵ In tal senso si esprimono G. FERRANDO, *Il beneficiario*, in AA.VV., *L'amministrazione di sostegno*, Milano, 2005, p. 45 e F. RUSCELLO, *L'apertura dell'amministrazione di sostegno. I presupposti sostanziali*, in *Famiglia*, 2004, p. 734-736. A proposito del consenso al trattamento medico chirurgico, si esprime in termini di "legittimazione sussidiaria" dell'amministratore di sostegno G. LISELLA, *I poteri dell'amministratore di sostegno*, in G. FERRANDO (a cura di), *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, Milano, 2005, p. 131. Più cauta la posizione di G. BONILINI, in G. BONILINI – A. CHIZZINI, *L'amministrazione di sostegno*, Padova, 2004, p. 174, preoccupato che si voglia in qualche modo sovrapporre alla volontà dell'interessato quella di un altro soggetto.

²⁶ Sulla natura dell'atto di designazione si può vedere G. BONILINI, in G. BONILINI – A. CHIZZINI, *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 82 ss.

conservi una pur minima capacità di discernimento sia coinvolto nel processo decisionale che lo coinvolge direttamente. Fatta la designazione – nell’ottica toscana – il paziente, nel caso d’incapacità naturale successiva, sarà totalmente in balia delle scelte del designato.

4. A questo punto, occorre domandarsi se la legge toscana, e la differenziazione da essa introdotta rispetto al diritto civile nazionale, possa superare il vaglio di quel “test di ragionevolezza”²⁷ che viene invocato per scandagliare la legittimità della norme regionali a contenuto privatistico. Il primo livello di questo test mira a vagliare la “ragionevolezza intrinseca” della norma regionale sospetta e viene esaurito dalla risposta a due domande: a) l’adattamento (del diritto privato nazionale) è connesso con una materia di competenza regionale? b) l’adattamento è congruo e adeguato rispetto agli scopi della legge?

Questo primo livello, l’art. 7 della legge regionale toscana in esame potrebbe forse superarlo, non senza un certo sforzo di fantasia – probabilmente vano - da parte dell’interprete.

Da una parte (a) una norma che disciplini il consenso informato ad un trattamento medico-chirurgico potrebbe ritenersi in qualche modo connessa con una materia (“tutela della salute”), oggetto di legislazione concorrente. Dall’altra (b), una disciplina del consenso informato sembrerebbe perseguire uno “scopo apprezzabile” (colmare una lacuna del diritto nazionale, che nulla prevede a proposito di consenso informato al trattamento medico-chirurgico, soprattutto con riferimento alla situazione di chi si trova in stato di incapacità naturale), realizzandolo con un “mezzo coerente” (una norma che conferisca ad ogni individuo il diritto di designare la persona che dovrà esprimere per lui il consenso al trattamento medico, correlativamente imponendo un dovere in capo all’operatore sanitario regionale di sentire questa persona).

Il punto critico – in questo primo livello del test – è proprio l’esistenza di un collegamento “apprezzabile”²⁸ con una materia di competenza regionale. Ed infatti la “tutela della salute” – oggetto di legislazione concorrente ai sensi dell’art. 117, 3° comma, Cost.- appartiene alla potestà legislativa delle regioni soprattutto nella dimensione organizzazione del *welfare* sanitario (prestazioni fornite agli utenti, partecipazione di questi ultimi alla spesa sanitaria, dislocazione ospedali, organizzazione delle aziende sanitarie e così via). Ed anche in

²⁷ Il “test” è proposto da V. ROPPO, *Diritto privato regionale?*, cit., p. 41 e ss. che lo articola in due livelli (ragionevolezza “intrinseca” e ragionevolezza “estrinseca”). Per un’applicazione di questo test, si rinvia al nostro *Responsabilità oggettive, nessi di causalità e diritto privato regionale*, in *Danno e resp.*, 2004, p. 623.

²⁸ V. ROPPO, *Diritto privato regionale?*, cit., p. 41.

questo contesto, comunque, la Regione incontra un triplo limite: i principi fondamentali fissati dalla legislazione statale²⁹ (i); la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali [(ii); art. 117, 2° comma, lett. m)]; l'ordinamento civile³⁰ (iii).

Il “consenso informato”, invece, è aspetto che si colloca nella dimensione più propriamente individuale della “salute”, quale diritto del cittadino ad essere curato, “nel rispetto della propria integrità fisica e psichica”³¹; ed esula, dunque, da quella dimensione organizzativa che sembra rappresentare l'ambito naturale della potestà legislativa regionale in materia di sanità³².

Ma anche ammesso che il primo livello del test possa ritenersi superato – e che, dunque, la normativa in questione abbia un “apprezzabile” collegamento con una materia di competenza regionale - più difficile che l'art. 7 della legge regionale toscana superi il secondo livello del test: quello che ne vuole scoprire la “ragionevolezza estrinseca”. La domanda cui occorre rispondere, in questo caso, è: si può tollerare la differenziazione privatistica *ratione loci* introdotta dalla norma regionale?

La risposta parrebbe essere negativa. Torna in gioco, in questo secondo livello del test, il contenuto della norma di cui si discute: si tratta di una disposizione che può essere ascritta all'area del diritto privato delle persone³³, con dirette implicazioni da una parte con l'aspetto della libertà e dell'integrità dell'individuo e, dall'altra, con il sistema delle regole della responsabilità civile. Settori, questi, che offrono, sia pure in misura diversa³⁴, un elevato

²⁹ Principi che possono essere ricavati anche dallo stesso sistema costituzionale, considerato che, in materia di sanità, sono coinvolte posizioni giuridiche soggettive di rilevanza costituzionale (Corte. cost., n. 282/2002).

³⁰ Ancora Corte cost. n. 282/2002 afferma che: “ (...) si deve escludere che ogni disciplina, la quale tenda a regolare e vincolare l'opera dei sanitari, e in quanto tale sia suscettibile di produrre conseguenze in sede di accertamento delle loro responsabilità, rientri per ciò stesso nell'area dell'ordinamento civile”, riservata al legislatore statale. Altro sono infatti i principi e i criteri della responsabilità, che indubbiamente appartengono a quell'area, altro le regole concrete di condotta, la cui osservanza o la cui violazione possa assumere rilievo in sede di concreto accertamento della responsabilità, sotto specie di osservanza o di violazione dei doveri inerenti alle diverse attività, che possono essere disciplinate, salva l'incidenza di altri limiti, dal legislatore regionale”. C'è dunque uno spazio, sia pure circoscritto, per un intervento legislativo regionale che lambisca il territorio della responsabilità civile dell'operatore sanitario.

³¹ Parole tratte dalla motivazione di Corte cost. n. 282/2002.

³² Tant'è vero che nel disegno di legge costituzionale n. 2544-B approvato in prima lettura il 15 ottobre 2004 dalla Camera dei Deputati (c.d. *devolution*), la “tutela della salute” non compare più tra le materie di competenza legislativa concorrente (art. 117, comma 3°), risultando “ritagliata” come segue: le “norme generali sulla tutela della salute” sono attribuite alla competenza legislativa esclusiva statale (art. 117, comma 2, lett. m-bis); l'“assistenza e organizzazione sanitaria” spettano alla competenza legislativa esclusiva regionale (art. 117, comma 4, lett. a).

³³ Anzi. A quello che qualcuno definisce “nucleo essenziale” del diritto privato (G. ALPA, *L'ordinamento civile nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Contratti*, 2004, in partic. p. 186).

³⁴ Se l'area dei diritti della persona sembra del tutto preclusa alla differenziazione regionale, quella della responsabilità civile sembra più esposta ad un qualche adattamento (in tal senso: Corte cost., 282/2002).

grado di resistenza alla differenziazione³⁵, e nei quali la contrapposizione eguaglianza/autonomia si risolve a favore della prima e a sfavore della seconda. Ciò sempre che non si riescano ad individuare ragioni concrete che giustifichino, supportandolo, l'adattamento regionale del diritto privato nazionale in settori così delicati, e particolarmente impermeabili a particolarismi e localismi.

Nel caso concreto, non è ragionevole – né è facile scoprire giustificazioni che portino ad una diversa conclusione – che esistano tante discipline del consenso informato quante sono le regioni dislocate sul territorio nazionale; né, per la medesima ragione, sembra possibile comprendere perché, in Toscana, il consenso al trattamento medico debba ricevere una regolamentazione diversa o speciale rispetto a quella vigente sul restante territorio della Repubblica.

E' in gioco, in quest'ambito, il valore personalissimo della libertà e dell'integrità dell'individuo, valore la cui protezione – affidata in primo luogo alla Costituzione – passa attraverso un'eguaglianza del trattamento giuridico che travalica, superandola, ogni rivendicazione d'autonomia regionale.

L'art. 7 della l. reg. toscana n. 63/2004, dunque, è norma la cui legittimità non pare superare il vaglio del test di ragionevolezza, nella sua duplice articolazione; essa viola, allora, il limite dell' "ordinamento civile" prefigurato dall'art. 117, 2° comma, lett. l) Cost.

5. La legge toscana – almeno nella parte relativa al consenso informato – non ha dunque scampo?

Forse no. C'è ancora una strada che i giudici costituzionali, chiamati a decidere sulla legittimità di questa normativa, potrebbero voler percorrere per salvare, in una certa misura, l'art. 7 della legge toscana. Questa disposizione non passa il vaglio di costituzionalità, come s'è detto poco sopra, se e nella misura in cui se ne dia una lettura che suona grosso modo così: una persona può designare, per il caso in cui diventi incapace di intendere o di volere, chi dovrà esprimere per suo conto il consenso informato al trattamento medico-chirurgico. Con la conseguenza che – sempre ragionando in quest'ottica – il medico va esente da responsabilità ove agisca in conformità al consenso del designato; va incontro a responsabilità ove non chieda il consenso del designato (o se agisca al di fuori di esso).

Se l'unica lettura possibile fosse questa, la norma non passerebbe il vaglio della ragionevolezza, e dovrebbe senza dubbio cadere per invasione dell'esclusiva competenza statutale in materia di "ordinamento civile" (*supra* §§. 3-4).

³⁵ Ancora, in questo senso, V. ROPPO, *Diritto privato regionale?*, cit., p. 44.

Ma, si diceva, c'è forse un'altra strada che può condurre alla salvezza della norma regionale.

Una strada sicuramente più difficile, non priva di asperità, e che, peraltro, deve passare attraverso una qualche “manipolazione” della norma regionale, almeno se si guarda agli intenti che hanno ispirato il legislatore toscano nella sua emanazione.

L'art. 7 della legge regionale toscana, infatti, potrebbe prestarsi ad una lettura più *soft*, rappresentabile - sia pur in via approssimativa - nel modo che segue: i medici toscani debbono “*riferirsi*” (così la lettera dell'art. 7, 1° comma) alla persona designata in precedenza dal (poi divenuto) incapace naturale, prima di prendere una decisione circa il trattamento medico-chirurgico cui egli deve essere sottoposto. “Riferirsi” nel senso di “ascoltarne il parere”.

In un'ottica ispirata ad una sorta di “procedimentalizzazione” delle scelte che concernono la salute e la vita stessa di un individuo che non può decidere per sé stesso, il legislatore toscano vorrebbe che i medici – cui spetta in ogni caso la scelta finale sul trattamento cui il paziente va sottoposto – decidano valutando, in concreto, elementi che (solo) la persona designata dal paziente può loro fornire, elementi che, in taluni casi, possono orientare il medico a compiere la scelta migliore nell'interesse del paziente stesso. In breve: se il paziente non può, perché impossibilitato, partecipare alle decisioni che riguardano la sua salute, vi partecipi, almeno, qualcuno che egli ha scelto in precedenza, e che, se non altro, può costituire per i medici un interlocutore ragionevolmente sicuro.

Il “designato”, ad esempio, può riferire ai medici circostanze attinenti l'anamnesi del paziente (che quest'ultimo, siccome impossibilitato, non è in grado di riferire), o, financo, può parteciparli di opinioni e/o volontà espresse dal paziente quando ancora era pienamente capace di intendere e volere, e concernenti, magari, trattamenti medici particolarmente invasivi.

Se si concorda con questa lettura, dunque, il parere del designato non rappresenta un consenso “sostitutivo” di quello dell'interessato, non esime i medici dall'onere della scelta finale né li esonera dalla conseguente responsabilità, ma, in qualche modo, aiuta gli operatori sanitari (toscani) a decidere nel modo migliore.

Il medico, in breve, assolverebbe all'obbligo previsto dalla legge regionale “sentendo” il designato; dopo di che, conformemente al diritto vivente nazionale, può adottare, nell'urgenza, la migliore decisione nell'interesse della salute del paziente stesso.

La “manipolazione” cui di faceva cenno poc'anzi sta nel fatto che, contrariamente a quanto aveva di mira il legislatore toscano, il designato non è chiamato a sostituire l'interessato, esprimendo per lui il consenso al trattamento; ma, più semplicemente, ha diritto

di partecipare al processo decisionale che coinvolge l'incapace, facendo sentire la propria voce al soggetto – il medico - cui spetta comunque la scelta finale.

La norma, se e nella misura in cui si possa leggere nel modo appena suggerito, potrebbe salvarsi dall'incostituzionalità, poiché priva del tutto o quasi di ricadute privatistiche; essa, se così concepita, non innoverebbe il diritto nazionale, ma si limiterebbe a sancire un obbligo “procedimentale” di cui il legislatore toscano – nella sua discrezione e nell'attuazione delle norme programmatiche contenute nel proprio statuto – graverebbe i medici che operano sul proprio territorio. E, d'altra parte, la connessione con la materia “tutela della salute” (nella sua accezione più propriamente organizzativa) sarebbe, in tal caso, più stretta e (intrinsecamente) ragionevole; poiché la legge toscana si limiterebbe, se così interpretata, a disciplinare il “modo” con cui i medici che operano sul proprio territorio debbono operare quando si trovano a dover procedere d'urgenza su un paziente incapace di intendere e di volere.

Il medico continuerebbe ad avere, comunque, l'ultima parola sulla scelta, e non potrebbe “scaricare” le conseguenti responsabilità sul designato, cui spetta solo il diritto di essere ascoltato. E, d'altra parte, l'operatore sanitario non sarebbe obbligato a seguire il parere espresso dal designato, essendo tenuto solo a richiederlo, e a ponderarlo nell'insieme delle circostanze che è chiamato a valutare quando il paziente, incapace, deve essere sottoposto ad un trattamento urgente.

Il medico che non ascolti il designato potrebbe incorrere, ove operi in una struttura pubblica, in responsabilità disciplinare; e, d'altra parte, non può escludersi, sia pure in astratto, che la violazione di quest'obbligo possa avere anche una ricaduta sul versante del rapporto medico/paziente. Quest'ultimo, infatti, potrebbe lamentare un danno ingiusto per l'aver il medico omesso di ascoltare la persona designata dal paziente³⁶, danno del quale l'interessato, assolto l'onere probatorio, dovrebbe essere risarcito.

Il che, dunque, farebbe presagire la possibilità di una sentenza interpretativa di rigetto, attraverso la quale la Corte costituzionale suggerisca una lettura *soft* dell'art. 7 della legge reg.

³⁶ E la stessa Corte costituzionale ha ammesso che una legge regionale possa individuare “le regole concrete di condotta, la cui osservanza o la cui violazione possa assumere rilievo in sede di concreto accertamento della responsabilità, sotto specie di osservanza o di violazione dei doveri inerenti alle diverse attività, che possono essere disciplinate, salva l'incidenza di altri limiti, dal legislatore regionale”: così Corte cost., sent. 282/2002 (www.giurcost.org).

toscana n. 63/2004, come l'unica che renda questa disposizione conforme al dettato costituzionale³⁷.

³⁷ Una soluzione sicuramente difficile, ove si pensi, ad esempio, sia al problema dell'efficacia e della vincolatività delle sentenze interpretative di rigetto; sia al fatto che, nel caso dell'art. 7 della legge regionale toscana, l'interpretazione conforme a Costituzione sembra essere del tutto slegata dall'intenzione che aveva animato il legislatore toscano nell'emanare questa disposizione. Sui problemi delle sentenze interpretative di rigetto può vedersi lo studio di E. LAMARQUE, *Gli effetti della pronuncia interpretativa di rigetto della Corte costituzionale nel giudizio a quo*, in *Giur. cost.*, 2000, p. 684 ss.