

Salute (tutela della) - Stupefacenti e sostanze psicotrope - Legge regionale (Piemonte) - Uso di sostanze psicotrope su minori - Ricorso del Governo - Eccezione d'inammissibilità per asserita mancanza di motivazione in ordine alla dedotta violazione dell'art. 2 Cost. - Respinta - Eccezione d'inammissibilità, per genericità, della censura relativa al comma 3 dell'art. 3 della legge denunciata - Respinta - Disciplina con legge regionale di moduli e procedure per prestare il consenso informato alle terapie - Violazione di principi fondamentali in materia di "tutela della salute", rimessa alla competenza statale - Illegittimità costituzionale.

L'eccezione di inammissibilità per asserita mancanza di motivazione in ordine alla dedotta violazione dell'art. 2 della Costituzione va respinta poiché è presente il richiamo a tale parametro in stretto collegamento con l'art. 32 della Costituzione, nella parte in cui il ricorrente assume che la disciplina impugnata violi il diritto alla salute del paziente inteso quale diritto fondamentale della persona.

L'eccezione di inammissibilità per affermata genericità della censura relativa al comma 3 dell'art. 3 Legge regione Piemonte 6 novembre 2007, n. 21 va respinta, in quanto è sufficiente il richiamo delle motivazioni già utilizzate per gli altri commi dell'articolo impugnato al fine di consentire l'individuazione dell'esatta portata delle censure ad esso riferite stante l'assoluta omogeneità e consequenzialità delle diverse disposizioni contenute nel citato articolo.

È costituzionalmente illegittimo l'art. 3 L. r. Piemonte n. 21 del 2007. Il principio del consenso informato trova fondamento negli articoli 2, 13 e 32 Cost. e costituisce la sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute (artt. 2, 13, 32 Cost.); in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative. Il consenso informato è principio fondamentale in materia di tutela della salute, la cui disciplina spetta alla legge statale. Il legislatore regionale eccede la propria competenza legislativa, allorché individua i soggetti

legittimati al rilascio del consenso informato, nonché le modalità con le quali esso deve essere prestato, trattandosi di aspetti di “primario rilievo” della disciplina ad esso relativa ed in assenza di analoga previsione da parte del legislatore statale (1).

(1) Segue una nota di Elisa Cavasino

L'individuazione dei principi fondamentali in materia di potestà legislativa concorrente fra criterio sostanziale-materiale e criterio della struttura nomologica

1. *Il tema*

La dichiarazione d'illegittimità costituzionale della L. r. Piemonte n. 21 del 2007, ad opera della sentenza n. 438 del 2008 della Corte costituzionale, rappresenta l'ultima tappa di un percorso di progressiva riconduzione della potestà legislativa regionale in materia di tutela della salute entro gli aspetti strettamente legati all'organizzazione dei servizi sanitari.

Questa decisione esclude ogni possibile intervento della legge regionale incidente sulla sfera del principio di autodeterminazione nelle scelte terapeutiche e sugli aspetti relativi alla tutela della salute direttamente connessi con la garanzia del principio di uguaglianza o con la tutela della libertà della ricerca scientifica.

La L.r. Piemonte n. 21 del 2007 dettava una disciplina di carattere “procedurale” per la raccolta del consenso informato dei tutori o dei genitori di minori che dovevano essere sottoposti alla somministrazione di psicofarmaci. La disciplina regionale è stata dichiarata illegittima per invasione della competenza legislativa statale in quanto incidente sulla disciplina del principio del consenso informato, qualificato dalla Corte come “istituto” che ha carattere “di principio” in materia di tutela della salute e che, pertanto, deve essere integralmente regolato dalla legge statale.

2. *La dichiarazione d'illegittimità della l.r. Piemonte n. 21 del 2007*

La disciplina regionale piemontese non introduceva né “integrava” i caratteri del principio del consenso informato come configurato dalla legge statale. Essa interveniva, sulla base dei principi già presenti nell'ordinamento in materia di consenso informato, per assicurare ad essi effettività sul territorio regionale nei casi di somministrazione di sostanze psicotrope ai minori nel corso di terapie mediche.

La legge regionale, nella parte in cui dettava delle prescrizioni sulle modalità di raccolta del consenso informato “codificava” delle regole che potevano già essere dedotte e ricondotte nel quadro dei principi fondamentali della materia. Il legislatore piemontese, in particolare, non indicava criteri in tema di manifestazione del consenso per i minori difformi dai principi espressi dalla “legislazione statale” e dalle convenzioni internazionali richiamate dalla stessa Corte costituzionale¹.

I giudici costituzionali hanno però ritenuto di dover pronunciare la dichiarazione d'illegittimità della L.r. Piemonte n. 21 del 2007 sulla base dell'assunto che la potestà legislativa regionale in materia di tutela della salute sia potestà di «fissare una disciplina di dettaglio»² e che, quindi, il legislatore regionale non potrebbe mai intervenire, in materia di tutela della salute, dettando una «disciplina di aspetti di primario rilievo dell'istituto nell'ambito considerato, sempre in assenza di analoga previsione da parte del legislatore statale»³.

La Corte costituzionale non ha ritenuto che la disciplina regionale fosse conforme ai principi fondamentali della materia, intesi in senso “sostanziale-materiale”.

¹ Artt. 2, 3, 13, 30 e 32 Cost.; art. 147 c. civ.; art. 33 codice di deontologia medica; art. 24 Convenzione dei diritti del fanciullo delle Nazioni Unite del 20 novembre 1989 di cui è stata autorizzata la ratifica ed ordinata l'esecuzione con l. 27 maggio 1991 n. 176. La Corte ha poi invocato una serie di disposizioni di atti internazionali, in chiave retorica, fra le quali l'art. 3 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, e l'art. 5 Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997 (di cui, con l. 28 marzo 2001, n. 145 è stata autorizzata la ratifica e ordinata l'esecuzione, ma di cui, ancora non è stato depositato lo strumento di ratifica). Sulla Convenzione di Oviedo, R. Sapienza, *La convenzione europea sui diritti dell'uomo e la biomedicina*, in *Riv. dir. internaz.*, 1998, 457. Per trattamenti particolarmente lesivi dell'integrità psico-fisica, a scopo di ricerca, la “legislazione nazionale” pone una disciplina anche rispetto alla forma di espressione del consenso (scritta), ad es. per la radioterapia (art. 108 d. lgs. 17 marzo 1995, n. 230) su cui P. PROCACCIANTI, *Radioprotezione e problematiche medico-legali. Valutazione alla luce delle recenti disposizioni in materia di consenso informato*, in *Riv. it. medicina legale*, 1999, 799. Cfr. in generale sul tema del consenso informato F. MANTOVANI, *Il consenso informato: pratiche consensuali*, in *Riv. it. medicina legale*, 2000, 9. Id., *Diritto penale. Delitti contro la persona*, 1995, 39 ss.; L. D'AVACK, *Sul consenso informato all'atto medico*, in *Dir. fam.*, 2008, 759 E. CALÒ, *Anomia e responsabilità nel consenso al trattamento medico*, in *Resp. civ. e prev.*, 2000, 1220 ss.

² C. cost. n. 438 del 2008, par. 2.2, 2° cpv. *considerato in diritto*. V. anche la sent. n. 94 del 2009 che riguarda la potestà legislativa concorrente in materia di coordinamento della finanza pubblica (i profili della questione atenevano alla spesa sanitaria) par. 7.2 *in diritto* e, soprattutto 7.7. *in diritto*.

³ Cfr. anche in tal senso C. cost. n. 203 del 2008 par. 6.2. *in diritto*.

⁴ Criticamente (a commento della Corte cost. n. 59 del 2006) A. ANZON, «*Legislazione concorrente*» o konkurrierende Gesetzgebung?, in *Giur. Cost.* 2006, 530 spec. 531-532 Critico rispetto all'applicazione che la Corte costituzionale ha dato di questo criterio (a commento della C. Cost. sent. n. 359 del 2003) G. U. RESCIGNO, *La Corte scambia i principi fondamentali della materia per i principi fondamentali dell'oggetto*, in *Giur. Cost.*, 2003, 3722 ss., spec. 3724. Sul punto, v. anche, a commento della C. Cost. n. 279 del 2005 M. MANETTI, *La Corte, le Regioni e la materia dell'istruzione*, in *Giur. Cost.*, 2002, 5117 e G. Scaccia, *Norme generali sull'istruzione e potestà legislativa concorrente in materia di istruzione: alla ricerca di un criterio discrezionale*, in *Giur. Cost.*, 2002, 2719.

Questa decisione sembra dunque offrire un ulteriore argomento in favore della tesi per cui i “principi fondamentali della materia”, nelle materie di potestà legislativa concorrente, sembrano aver assunto una consistenza “sostanziale-materiale”. L'applicazione di tale criterio consente l'attrazione d'interi oggetti nell'ambito della competenza legislativa statale⁴.

Tuttavia, se si osserva la giurisprudenza costituzionale, il criterio del contenuto sostanziale-materiale non è stato sempre utilizzato. In alcune decisioni, infatti, è venuto in rilievo un criterio differente: quello della struttura “nomologica” della disciplina. Secondo questo criterio, già emerso nella giurisprudenza anteriore alla riforma del titolo V, parte II della Costituzione⁵, i principi fondamentali concorrente non possono avere contenuto auto-applicativo né ridurre la potestà regionale a potestà di attuazione o di materiale esecuzione⁶.

Ora, per quale ragione questi due criteri continuano a permanere nella giurisprudenza costituzionale?

La tesi che si prospetta è che la compresenza del criterio sostanziale-materiale e di quello della struttura nomologica, dipenda dalla circostanza che la Corte, nello scrutinare questioni relative all'esercizio della potestà concorrente, abbia costruito il riparto di competenze legislative come articolato in due “sub-

⁵ Cfr. C. cost. n. 177 del 1988. Sul tema dei criteri d'individuazione dei principi fondamentali, nel senso della *continuità* della giurisprudenza costituzionale *post* l.c. 3/2001 cfr. F. DRAGO, *legislazione concorrente e ricognizione dei principi fondamentali nel processo di attuazione del Titolo V della Costituzione*, in *I processi di attuazione del federalismo in Italia*, a cura di B. Caravita, Milano, 2004, 82. A. ANZON, *I poteri delle Regioni dopo la riforma costituzionale. Il nuovo regime e il modello originario a confronto*, Torino, 2002, 113; M. CARLI, *I limiti alla potestà legislativa regionale, in Le Regioni*, 2002, 1357, spec. 1365; anteriormente all'entrata in vigore della l.c. n. 3 del 2001, M. CARLI, *Il limite dei principi fondamentali. Alla ricerca di un consuntivo*, Torino, 1993; R. TOSI, “*Principi fondamentali*” e leggi statali nelle materie di competenza regionale, Padova, 1987; S. BARTOLE, *Art. 117 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1985, spec. 213.

⁶ Sulla portata del 117 c. 3° Cost., senza pretese di completezza, F. BENELLI, *Art. 117 cc. 2° ss.*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. Bartole, R. Bin, Padova, 2008, 1059-1061; A. RUGGERI, *Leggi statali e leggi regionali alla ricerca di una nuova identità* (relazione al convegno “il regionalismo italiano in cerca di riforme”, Moncalieri 9-10 marzo 2007) in *Quaderni regionali*, 2007, 401 ss.; L. ANTONINI, *Art. 117, 2°, 3°, 4° co. Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, III, Torino, 2006, 2227, spec. 2245 ss.; G. FALCON, *La riforma costituzionale e la legislazione regionale*, in *Le Regioni*, 2005, 707; M. LUCIANI, *L'autonomia legislativa*, in *Le Regioni*, 2004, 355; A. GUAZZAROTTI, *La competenza legislativa concorrente nel nuovo Titolo V al banco di prova della giurisprudenza costituzionale*, in *Le Regioni*, 2004, 1099; U. DE SIERVO, *Il sistema delle fonti: il riparto della potestà normativa tra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 2004, 1245; A. RUGGERI, C. SALAZAR, *Le materie regionali tra vecchi criteri e nuovi (pre)orientamenti metodici di interpretazione*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, IV, Napoli, 2004, 955; R. TOSI, *La legge costituzionale n. 3 del 2001: note sparse in tema di potestà legislativa ed amministrativa*, in *Le Regioni*, 2001, 1233. In particolare sulla materia tutela della salute cfr. R. BALDUZZI, *Cinque anni di legislazione sanitaria decentrata: varietà e coesione di un sistema nazionale-regionale*, in *Le Regioni*, 2005, 717.

settori materiali”, nei quali i rapporti fra legge statale e legge regionale devono essere costruiti in modo differente per garantire effettività ad alcuni *principi di struttura* dell’ordinamento costituzionale. Tali principi di struttura comprendono con ogni probabilità i “principi supremi”, oltre ad altri “beni” ed “interessi” di rango costituzionale: l’equilibrio economico-finanziario è uno di questi e lo è anche il “generale” riferimento che si ritrova nella giurisprudenza costituzionale alla combinazione fra principio di uguaglianza ed esercizio dei diritti e delle libertà costituzionalmente garantite, avvicinando così la giurisprudenza costituzionale più recente a moduli già presenti anteriormente alla riforma del 2001⁷.

In breve, dalla giurisprudenza in materia di tutela della salute emerge il seguente scenario.

All’interno di questo settore dell’ordinamento sono stati individuati due sub-settori materiali. Un primo comprende gli oggetti legati all’esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali o alla garanzia dell’effettività di principi di struttura dell’ordinamento (come il principio di uguaglianza o l’interesse alla salvaguardia dell’equilibrio economico-finanziario)⁸. Esso è materialmente riservato alla legge statale: è il settore dei principi fondamentali della materia intesi in senso materiale-sostanziale. La legge regionale è radicalmente esclusa dalla disciplina degli oggetti che ricadono in questo sub-settore. Un altro sub-settore, che viene ad essere ricostruito in via *residuale*, invece, si caratterizza per l’assenza di oggetti la cui disciplina incide sulla tutela di tali principi o interessi in modo omogeneo su tutto il territorio nazionale. In questo sub-settore, la legge statale e la legge regionale concorrono nella disciplina degli oggetti secondo il criterio della struttura nomologica delle disposizioni (secondo il rapporto principio-regola).

⁷ La questione è talmente complessa da non poter essere rappresentata in questo contributo. Alcuni spunti di riflessione sul tema si ritrovano in S. PAJNO, *L’“adeguamento automatico” degli statuti speciali*, in *Federalismi.it*, n. 23/2008, par. 13 e O. CHESSA, *L’autonomia locale nelle Regioni speciali*, in *I nodi tecnici della revisione degli Statuti speciali*, a cura di R. Bin, L. Coen, Padova, 2008, 77 ss.

⁸ Oppure interessi connessi al principio di unità della Repubblica. Cfr. D. MESSINEO, *Competenze finalistiche concorrenti e giudizio costituzionale: sindacato teleologico vs limite dei principi*, in *Le Regioni*, 2007, 543 cfr. ad es. in materia di professioni, in cui però s’intersecano chiaramente la competenza esclusiva statale di cui all’art. 117 c. 2° lett. g) e la competenza concorrente di cui al comma 3° dello stesso articolo: C. Cost. n. 353 del 2003 e n. 405 del 2005, quest’ultima con commento di G. COLAVITTI, *Gli interessi pubblici commessi all’ordinamento delle professioni libere: la Corte conferma l’assetto consolidato dei principi fondamentali in materia di professioni*, in *Giur.cost.*, 2005, 4417. Sembra così riemergere, sostanzialmente, una configurazione dei limiti alla potestà legislativa concorrente secondo moduli propri del modello originario di riparto di competenze dettato dal vecchio testo dell’art. 117 Cost. Su cui si veda A. BARBERA, *Regioni e interesse nazionale*, Milano, 1973, 139 ss. e 147 ss. e G. VOLPE, *L’intreccio delle competenze nel servizio sanitario e l’eguaglianza dei cittadini*, in *Le Regioni*, 1985, 157 ss.

Le tappe principali di questo percorso ideale di ricostruzione del sub-settore interno alla materia di potestà legislativa concorrente “tutela della salute”, che riserva *in toto* alla legge statale la disciplina di alcuni oggetti, in base all’applicazione del criterio sostanziale-materiale, possono essere individuate nelle sentenze 19-26 giugno 2002 n. 282, 10-14 novembre 2003 n. 338 e n. 438 del 2008.

Invece, rispetto alla definizione dei rapporti fra legge statale e legge regionale nel sub-settore dal quale la legge regionale non è integralmente esclusa, la definizione dei rapporti fra le fonti avviene secondo l’applicazione del criterio della struttura nomologica della disciplina. Il riferimento obbligato per la materia “tutela della salute” è costituito dalla sentenza 6-10 marzo 2006 n. 87.

La combinazione dei due criteri si ritrova, invece, nei casi in cui la disciplina sottoposta a scrutinio in materia di tutela della salute presenti aspetti attenenti sia al primo che al secondo sub-settore (ad esempio, nella sentenza n. 19-23 novembre 2007, n. 387).

3. *Legge statale e legge regionale nella sentenza n. 282 del 2002*

Nella sentenza n. 282 del 2002 sono stati indicati alcuni criteri che consentono lo svolgimento della funzione legislativa in un ordinamento costruito sul policentrismo normativo ed informato al principio pluralista.

Rispetto al tema del policentrismo normativo, la Corte ha affermato che «la legislazione regionale concorrente dovrà svolgersi nel rispetto dei principi fondamentali *comunque risultanti dalla legislazione statale già in vigore*» (par. 4, 4° cpv. considerato in diritto, corsivo aggiunto). In tal modo è stato fugato ogni dubbio rispetto alla possibilità per le Regioni di esercitare le ‘nuove’ potestà legislative anche prima che lo Stato provvedesse ad adeguare l’ordinamento ai criteri di riparto delle competenze introdotti con la l.c. n. 3 del 2001⁹.

È stata, poi, affrontata la questione dei limiti che incontra la potestà legislativa rispetto alla libertà di ricerca scientifica (*latu sensu* intesa), alla libertà personale ed al diritto alla salute.

La Corte ha dichiarato che: «*salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali*, non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni [...] *la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione*»¹⁰.

⁹ A commento della sentenza cfr. A. D’ATENA, *La Consulta parla... e la riforma del titolo V entra in vigore*, in *Giur. Cost.*, 2002, 2027 e D. MORANA, *La tutela della salute, fra libertà e prestazioni, dopo la riforma del Titolo V. A proposito della sentenza 282/2002 della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2002, 2034.

¹⁰ Corte cost. n. 282 del 2002 par. 4 *considerato in diritto*.

Il legislatore potrà quindi intervenire sul “merito” delle scelte terapeutiche soltanto sulla base di una «verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi – di norma nazionali o sovranazionali – a ciò deputati, dato l’“essenziale rilievo” che, a questi fini, rivestono “gli organi tecnico-scientifici” (cfr. sentenza 20-26 maggio 1998, n. 185)»¹¹, ossia potrà intervenire solo in accordo con l’opinione largamente dominante in ambito “tecnico-scientifico” in merito alla necessità, all’efficacia, all’adeguatezza di determinati trattamenti sanitari¹².

Ciò che emerge da questi passaggi della sentenza n. 282 del 2002 è il tentativo di indurre il legislatore a “seguire” e non ad “indirizzare” i professionisti della sanità verso la scelta di alcuni metodi terapeutici. Il riferimento alla comunità scientifica nazionale ed internazionale contenuto nelle motivazioni di questa decisione è volto, in prima battuta, a garantire l’autonomia e l’autorevolezza del “mondo” scientifico, e, in secondo luogo, a dirimere un conflitto di competenze legislative.

Poiché era in gioco il rapporto fra autodeterminazione della persona nelle scelte terapeutiche, autonomia e libertà della scienza e della ricerca e potere legislativo, la Corte ha qui immaginato un meccanismo che inibisse ai centri di decisione politica di poter orientare e condizionare le posizioni della comunità scientifica.

Da qui è discesa l’illegittimità costituzionale della disciplina regionale che sospendeva l’esecuzione di alcune terapie sul territorio regionale a titolo precauzionale. In altri termini, la dichiarazione d’illegittimità costituzionale è dipesa non tanto dall’invasione della competenza statale sui “principi” in materia di tutela della salute, quanto, piuttosto, dall’assenza di fondamento tecnico-scientifico dell’intervento del legislatore regionale.

Il fondamento tecnico-scientifico che il legislatore regionale avrebbe dovuto porre alla base del proprio intervento doveva essere rinvenuto negli indirizzi provenienti da “organi statali” (è da sottolineare che la Corte non fa riferimento agli indirizzi provenienti dal “legislatore statale”)¹³.

¹¹ Corte cost. n. 282 del 2002 par. 5 *considerato in diritto*.

¹² L. VIOLINI, *La tutela della salute e i limiti al potere di legiferare: sull’incostituzionalità di una legge regionale che vieta specifici interventi terapeutici senza adeguata istruttoria tecnico-scientifica*, in *Le Regioni*, 2002, 1450 spec. 1455. Sia consentito rinviare, sul punto anche ad E. CAVASINO, *I “vincoli” alla potestà legislativa regionale in materia di “tutela della salute” tra libertà della scienza e disciplina costituzionale dei trattamenti sanitari*, in *Giur. Cost.*, 2002, 3282.

¹³ Corte cost. n. 338 del 2003, par. 5 *considerato in diritto*: «Nella specie, l’intervento regionale contestato dal Governo non si fonda né pretende di fondarsi su specifiche acquisizioni tecnico-scientifiche verificate da parte degli organismi competenti, ma si presenta come una scelta legislativa autonoma, dichiaratamente intesa a scopo cautelativo, in attesa di futuri accertamenti che dovrebbero essere compiuti dall’autorità sanitaria nazionale (in ordine ai quali, peraltro, il legislatore regionale non stabilisce, né avrebbe potuto stabilire alcunché)». Sull’ampiezza della competenza legislativa delle Regioni secondo la ricostruzione operata dalla Corte nella sentenza n. 282 del 2002 R. BIN, *Il*

4. *La costruzione dei due sub-settori materiali: la sentenza n. 338 del 2003*

La definizione del limite tecnico-scientifico che incontra il potere legislativo regionale in materia di terapie mediche è stata successivamente integrata dalla sentenza n. 338 del 2003.

Qui la Corte ha sostanzialmente mutato il quadro dei rapporti fra legge statale, legge regionale e libertà fondamentali.

I criteri che erano stati fissati nella sentenza n. 282 del 2002 sul rapporto fra libertà fondamentali e potere legislativo non rappresentano più un limite generale alla funzione legislativa che incontra anche il legislatore regionale, ritenuto in quel caso potenzialmente competente ad intervenire sul merito delle scelte terapeutiche (nel rispetto e sulla base delle evidenze scientifiche fornite dagli organi tecnico-scientifici nazionali).

Nella sentenza n. 338 del 2003, quei criteri posti a presidio del rapporto fra libertà fondamentali e potere legislativo, sono invece configurati come un limite che condiziona soltanto l'esercizio della potestà legislativa statale. Questo perché la legge regionale non è ritenuta fonte competente a intervenire sul merito delle scelte terapeutiche (infatti, in questa decisione si afferma che, altrimenti, sarebbe violato il limite posto dai principi generali in materia di potestà concorrente).

Il rapporto fra libertà della scienza e autodeterminazione nelle scelte terapeutiche appartiene alla "sfera" di competenza statale: «è determinazione che investe direttamente e necessariamente i principi fondamentali»¹⁴ della materia "tutela della salute".

La Corte torna sulla questione affrontata nella sentenza n. 282 del 2002 in nome della salvaguardia del principio di uguaglianza, o meglio, interpreta alla luce del principio di uguaglianza la disposizione recata dal III comma dell'art. 117 della Costituzione che disciplina il riparto della potestà legislativa in materia di tutela della salute¹⁵.

Il principio di uguaglianza rappresenta l'ostacolo a che possano essere dette discipline differenziate, da regione e regione, in materia di terapie mediche. O meglio, alla luce di una interpretazione sistematica del testo costituzionale, orientata al rispetto dei principi di struttura dell'ordinamento costituzionale, la disciplina dei divieti e dei limiti posti alle terapie mediche è qui riservata alla legge statale.

Le conseguenze di questa ricostruzione dei rapporti fra funzione legislativa e diritti fondamentali sono due.

nuovo riparto di competenze legislative: un primo, importante chiarimento, in *Le Regioni*, 2002, 1445 spec. 1449.

¹⁴ Corte cost. n. 338 del 2003, par. 5.1. 2° cpv. *considerato in diritto*.

¹⁵ Cfr. anche le notazioni, rispetto a questo punto, a commento di altre decisioni della Corte relative ad altre materie di competenza concorrente, di A. ANZON, *«Legislazione concorrente»*, loc. cit., e G.U. RESCIGNO, *La Corte scambia i principi fondamentali*, loc. cit.

La prima è che sembra essere stata individuata una riserva di legge in materia di divieti di trattamenti sanitari, in parallelo alla riserva di legge prevista dall'art. 32 c. 2° Cost. in materia di trattamenti sanitari obbligatori. Ciò discende dall'interpretazione della disciplina costituzionale della libertà personale, della libertà della scienza, del diritto alla salute e del riparto di competenze legislative Stato-regioni di cui all'art. 117 Cost.

La seconda è che la materia tutela della salute inizia ad essere "divisa" in due sub-settori, uno *riservato* alla legge statale, l'altro nel quale legge statale e legge regionale concorrono secondo il rapporto principio-regola (norma di principio-norma di dettaglio). Le leggi regionali, infatti, non possono «incidere direttamente sul merito delle scelte terapeutiche in assenza di – o in difformità da – determinazioni assunte al livello nazionale»¹⁶.

La sfera della potestà legislativa regionale è esplicitamente ricondotta all'ambito dell'organizzazione dei servizi, dell'uso delle risorse pubbliche e della "procedura" per l'erogazione dei servizi sanitari¹⁷.

Questo riferimento alle norme di procedura viene posto in evidenza dalla stessa Corte, la quale precisa che, in presenza di una previa legge statale che intervenga sul merito delle terapie mediche, il legislatore regionale può dettare delle "norme di procedura" che "possano" «meglio garantire l'appropriatezza delle scelte terapeutiche e l'osservanza delle cautele necessarie per l'utilizzo di mezzi terapeutici rischiosi o destinati ad impieghi eccezionali e ben mirati»¹⁸.

La competenza del legislatore regionale non atterrebbe quindi alle scelte sui divieti (e sugli obblighi) di praticare determinati trattamenti sanitari. Una volta che tali obblighi e tali divieti siano stabiliti con legge statale, il legislatore regionale potrebbe intervenire dettando anche norme che attengano alle modalità di somministrazione delle terapie per garantire che quel determinato trattamento sanitario sia svolto in modo "appropriato".

L'argomentazione svolta nella sentenza n. 338 del 2003, quindi, lascia ancora "scoperta" una parte del settore materiale di competenza concorrente che riguarda aspetti incidenti sulla garanzia dell'uguaglianza nell'esercizio dei diritti fondamentali.

Infatti, se si ammette che il legislatore regionale può porre una disciplina che riguarda le procedure per assicurare l'appropriatezza delle terapie, allora può accadere che il legislatore regionale, nel rispetto dei principi generali della materia, detti delle prescrizioni che il sanitario debba seguire affinché il trattamento sia effettuato laddove necessario ed adeguato per la cura di una determinata patologia.

Ma le decisioni sulla necessità e l'adeguatezza per la cura di una patologia coinvolgono, com'è ovvio, non solo il sanitario, ma anche il paziente, in ragione della circostanza che la salute è uno stato di benessere psico-fisico ed è, quindi, anche una

¹⁶ Corte cost. n. 338 del 2003, par. 5.1. 3° cpv. *considerato in diritto*.

¹⁷ Corte cost. n. 338 del 2003, par. 5.1. 4° cpv. *considerato in diritto*.

¹⁸ Corte cost. n. 338 del 2003, par. 5.1. 4° cpv. *considerato in diritto*.

percezione del “soggetto” e non solo un “dato oggettivo” ancorabile a parametri biologici o chimico-fisici. Per tale ragione la tutela della salute coinvolge anche aspetti relativi alla tutela della libertà di autodeterminazione nelle scelte terapeutiche.

Quindi, il legislatore regionale potrebbe dettare delle regole di procedura che, sempre nel rispetto dei principi fondamentali dettati dalle leggi statali, potrebbero riguardare la “somministrazione di terapie” volte alla cura di determinate patologie: potrebbero incidere sul rapporto fra medico e paziente nell’ambito del servizio sanitario regionale.

Come si è detto, quest’aspetto della materia è relativo ad un ambito materiale direttamente incidente sull’effettività del principio di uguaglianza e del principio di autodeterminazione individuale in materia di scelte terapeutiche.

Ora, l’intervento del legislatore regionale in questi ambiti sarebbe possibile se s’intendesse il limite dei principi fondamentali della materia soltanto come limite alle modalità di esercizio della potestà legislativa concorrente: come limite di struttura nomologica posto alla disciplina dettata dalla legge regionale.

In conclusione, la sentenza n. 338 del 2003 non ha chiarito in modo netto che il limite dei principi fondamentali, in nome della garanzia del principio di uguaglianza, deve essere configurato come limite che ha un duplice significato: quello di porre una riserva di competenza legislativa statale, tracciando un confine interno alla materia di potestà concorrente (criterio sostanziale-materiale), e quello di incidere sull’esercizio della potestà legislativa regionale nella sfera della materia concorrente non riservata alla legge statale secondo la dialettica principio-regola (criterio della struttura nomologica).

La sentenza n. 438 del 2003 interviene, invece, in modo deciso sul punto, chiarendo quest’aspetto, mediante una più netta demarcazione del sub-settore materiale riservato alla legge statale mediante l’applicazione del criterio sostanziale-materiale.

5. *La sentenza n. 438 del 2008: la competenza della legge statale nel settore individuato dal criterio sostanziale-materiale*

Come si è avuto modo di mostrare in apertura di queste note, a distanza di cinque anni dalla sentenza n. 338 del 2003 la Corte costituzionale ha chiuso nettamente ogni spazio allo svolgimento della potestà legislativa regionale in materia di tutela della salute rispetto ad ambiti che esulino dalla “mera” organizzazione del servizio sanitario. La sentenza n. 438 del 2008 delinea il “confine interno” alla materia di potestà concorrente mediante l’applicazione del criterio sostanziale-materiale, individuando l’ambito della materia riservato alla legge statale.

Si è mostrato che la Corte, pur in presenza di una disciplina regionale sostanzialmente conforme al complesso dei principi fondamentali della materia, relativi all’*oggetto* (ossia le “procedure per la raccolta del consenso informato per la somministrazione di terapie *particolarmente lesive* dell’integrità psico-

fisica ai minori”), ha ritenuto di dover dichiarare l’illegittimità della disciplina regionale per contrasto con tali principi.

Ora, sembra evidente che questa decisione si fondi sull’applicazione del criterio sostanziale-materiale nella ricostruzione del limite dei principi fondamentali.

L’applicazione del criterio sostanziale-materiale implica che quella consolidata giurisprudenza costituzionale (in particolare ci si riferisce alla sentenza n. 282 del 2002) per cui il legislatore regionale può intervenire nelle materie di potestà concorrente nel rispetto dei principi fondamentali «comunque risultanti dalla legislazione statale già in vigore»¹⁹, non viene in rilievo per gli *oggetti* della materia di potestà concorrente riservati alla legge statale.

Ciò che s’intende dire è che se il limite dei principi fondamentali non avesse *agito* come criterio volto ad individuare una *riserva* di campo materiale alla disciplina recata dal legislatore statale, l’affermazione della Corte che “in assenza di analoga previsione da parte del legislatore statale” il legislatore regionale non avrebbe avuto titolo ad intervenire, sarebbe stata incoerente con tale giurisprudenza. Invece così non è. La giurisprudenza costituzionale sul riparto di competenze legislative in materia di potestà concorrente precisa che quella regola rileva per la disciplina dei rapporti fra legge statale e legge regionale relativa ad oggetti della materia che non sono riservati alla legge statale in ragione della tutela di *principi di struttura* dell’ordinamento costituzionale.

In altri termini, il ricorso al criterio della struttura nomologica dei principi fondamentali viene effettuato non in alternativa a quello sostanziale-materiale, ma una volta accertato che il campo materiale oggetto della disciplina impugnata non rientra nella “riserva di oggetti” alla legge statale.

Ad esempio, sia nella sentenza n. 87 del 2006 che nella sentenza 20 aprile-5 maggio 2006, n. 181 ha trovato applicazione il criterio della struttura nomologica, in quanto non venivano in rilievo esigenze di garanzia del principio di uguaglianza o di altri principi supremi o diritti e libertà fondamentali. In quei casi, l’ambito materiale disciplinato dalla legge statale atteneva ad un oggetto in cui la concorrenza fra potestà legislative doveva essere regolato sulla base del criterio della struttura nomologica: principio e sua attuazione mediante regole (che la Corte definisce anche “norme di dettaglio”)²⁰.

La combinazione dei due criteri, infatti, si riscontra in quei casi nei quali, come nella sent. n. 387 del 2007, entrano in rilievo sia il principio di uguaglianza o altri principi di struttura (che vengono garantiti mediante la riserva di campo alla legge statale), sia aspetti della materia che non ricadono entro quel campo materiale²¹.

¹⁹ C. cost. n. 282 del 2002 par. 4 *considerato in diritto*, IV cpv.

²⁰ C. cost. n. 181 del 2006 par. 5, 9.2. *considerato in diritto* su cui cfr. M. BELLETTI, *Il difficile rapporto tra «tutela della salute» e «assistenza e organizzazione sanitaria». Percorsi di una «prevalenza» che diviene «cedevole»*, in *Le Regioni*, 2006, 1176; C. cost. n. 87 del 2006 par. 5.2. *considerato in diritto*.

²¹ C. cost. n. 387 del 2007 par. 5.4. *considerato in diritto* su cui i commenti di E. BALBONI, *Gli*

6. Conclusioni

Le soluzioni offerte dalla giurisprudenza costituzionale in tema di esercizio della potestà legislativa concorrente in materia di tutela della salute hanno portato, da un lato, all'individuazione, di una *riserva di ambiti materiali* spettante al legislatore statale (i principi fondamentali della materia che assumono la consistenza di un "settore materiale") e, dall'altro, ad un *concorso di potestà legislative* secondo lo schema della distinzione nomologica fra "principi" e "regole", che immagina un'articolazione degli interventi del legislatore statale e regionale secondo *modalità differenti di esercizio* della potestà legislativa da parte dei due Enti.

È stato costruito in via pretoria un confine interno alla materia di potestà concorrente che la distingue in due sub-settori: in uno viene, di fatto, *separata* la legge statale dalla legge regionale; nell'altro, invece la legge statale e la legge regionale si integrano in base al criterio della struttura nomologica (norme di principio spettanti alla legge statale; norme "di dettaglio" o svolgimento dei principi mediante legge regionale).

Il criterio d'individuazione dei principi fondamentali fondato sull'analisi della struttura nomologica della disciplina viene dunque utilizzato come un criterio ulteriore rispetto a quello sostanziale-materiale. Esso non costituisce un criterio alternativo a quello sostanziale-materiale e trova applicazione soltanto per il campo della materia non riservato alla competenza della sola legge statale.

La Corte ha così determinato il meccanismo di "funzionamento" del riparto di competenze legislative che *assicura* l'unità dell'ordinamento e la salvaguardia di alcuni principi di struttura dello stesso. Tali principi, come si è detto, comprendono i "principi supremi", ma, probabilmente, non soltanto questi: comprendono anche "beni" ed "interessi" di rango costituzionale che non possono essere qualificati come supremi ma come qualificanti la struttura dell'ordinamento costituzionale in un dato momento, "a diritto costituzionale vigente".

L'individuazione del complesso di questi principi di struttura è ancora *in fieri*.

Quel che sembra certo è che questa operazione costituisce un altro esempio di come la Corte ha svolto la sua funzione di "custode" del principio di unità della Repubblica²². Il tema che dovrà però essere ancora approfondito è quello della ricomposizione dei diversi "pezzi" del "puzzle" dei criteri che presiedono al riparto di competenze normative Stato-regione che la Corte sembra "disegnare" per segmenti, per settori, per "titoli" di competenza.

standard strutturali delle istituzioni di assistenza tra livelli essenziali e principi fondamentali, in *Giur. cost.*, 2007, 4333 e S. BOCCALATTE, *Annullare il nulla? Osservazioni minime in tema di autoqualificazione della «base giuridica» della legge*, *ivi*, 4344.

²² A. BARBERA, *Chi è il custode dell'interesse nazionale?*, in *Quad. cost.*, 2001, 345-346.