

Principi fondamentali e legge regionale nella sentenza sul consenso informato

di Fabio Corvaja
(in corso di pubblicazione in *"le Regioni"*, 2009)

1. Un aspetto per il quale la sentenza n. 438 del 2008 merita un'attenzione critica è rappresentato dagli assunti ivi contenuti in ordine al rapporto tra "principi fondamentali" della materia e legge regionale nelle materie di competenza concorrente; ed è a questo problema che sono dedicate le osservazioni che seguono.

Oggetto della pronuncia è l'art. 3 della legge regionale Piemonte 6 novembre 2007, n. 21 (Norme in materia di uso di sostanze stupefacenti e psicotrope su bambini ed adolescenti), il quale prevedeva che nella Regione la somministrazione di psicofarmaci a minori potesse avvenire soltanto previo consenso – da allegare a ciascuna prescrizione del farmaco – espresso in modo "scritto, libero, consapevole, attuale e manifesto" dai genitori o dal tutore nominato per il minore. La medesima disposizione impegnava la Giunta regionale a predisporre un modulo per il consenso informato (attraverso il quale il medico fornisce, in forma scritta e in modo dettagliato, informazioni esaurienti sugli effetti e sulle modalità di somministrazione del farmaco consigliato, ma anche sui suoi effetti collaterali su possibili trattamenti alternativi); e stabiliva che la stessa Giunta regionale, con proprio provvedimento, individuasse strumenti e modalità per favorire l'accesso a terapie sia alternative sia integrative alla somministrazione degli psicofarmaci.

Benché non sia agevole ricostruire con esattezza il ragionamento seguito dalla Corte costituzionale per accogliere la questione di costituzionalità sollevata dal Governo¹, la motivazione della sentenza n. 438 è riassumibile nei seguenti passaggi: a) le norme sul consenso informato attengono alla dimensione dei principi fondamentali; b) nell'ordinamento legislativo dello Stato non si rinviene una norma analoga a quella contenuta nella legge regionale impugnata; c) la norma regionale, non potendo appoggiarsi ad un principio fondamentale della legislazione statale, è costituzionalmente illegittima per violazione dell'art. 117, terzo comma, Cost.

Prima di esaminare in dettaglio il percorso argomentativo della Corte va subito rilevato che l'esito cassatorio appare inatteso non soltanto alla luce delle premesse sviluppate nella sentenza, ma anche sulla base delle affermazioni in punto di consenso informato che si leggono nella precedente sentenza n. 338 del 2003, in materia di terapia elettroconvulsivante e di psicoturgia.

In tale decisione la Corte costituzionale – con considerazioni che riprendono quando già deciso nella sentenza n. 282 del 2002, relativa alla legge marchigiana che sospendeva i trattamenti di elettroshock e di psicoturgia – censura la scelta della Regione Toscana e della Regione Piemonte di disciplinare restrittivamente l'utilizzo di terapie quali la lobotomia e l'elettroshock; ma puntualizza che "nei limiti dei principi fondamentali, nulla vieta invece che le Regioni, responsabili per il proprio territorio dei servizi sanitari, dettino norme di organizzazione e di procedura, o norme concernenti l'uso delle risorse pubbliche in questo campo: anche al fine di 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". Come esempio di normative regionali costituzionalmente ammesse la Corte costituzionale evoca proprio le "*discipline sul consenso informato*"; e se si guarda alle disposizioni cui allude la sentenza n. 338 del 2003 si trovano formulazioni pressoché identiche a quelle dichiarate illegittime con la sentenza in commento ed egualmente dirette a prescrivere, per le terapie in parola, la

¹ La difficoltà dipende anche dalla non chiarissima prospettazione delle censure nel ricorso del Governo, che si legge in *Gazz. Uff. I s.s.* del 20 febbraio 2008, n. 9.

necessità di un consenso informato libero, consapevole, attuale e manifesto, che l'interessato deve esprimere per iscritto (nel caso dell'incapace è disposto il rinvio alla normativa civilistica sulla capacità di agire delle persone).

Per vero, i giudizi decisi con la sentenza n. 338 del 2003 non investivano direttamente le norme sul consenso informato contenute nella legge toscana e in quella piemontese sull'elettroshock, dal momento che le relative disposizioni non erano state impugnate dal Governo. Le considerazioni della Corte sulla legittimità di norme di questo tipo rimangono quindi ristrette in un *obiter dictum*, che però è assai prossimo alla *ratio decidendi*: in esso, infatti, i giudici costituzionali tracciano la linea di demarcazione tra discipline regionali ammesse e quelle non consentite. Sorprende, pertanto, che la Corte abbia ignorato proprie affermazioni direttamente pertinenti al problema e contenute in una non lontana decisione²; ma ancor più stupisce che l'accoglimento dell'impugnativa del Governo sia stata giustificata proprio – come si vedrà subito – con una motivazione che attiene alla competenza della legge regionale.

2. Ma torniamo alla sentenza n. 438. La pronuncia inizia con la ricostruzione del consenso informato – definito quale “consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico” – nei termini di un vero e proprio diritto della persona, radicato negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione³. Posta questa premessa, sarebbe naturale attendersi (dato che il ricorso governativo aveva prospettato una lesione degli artt. 2 e 32 Cost.) un confronto diretto tra la legge regionale ed il parametro costituzionale, per verificare se le regole introdotte dal legislatore regionale siano o meno rispettose del diritto della persona enucleato dalla Corte e quindi del limite costituzionale.

Tale raffronto, invece, non viene effettuato dalla Corte: anzi, le scarse affermazioni su questo punto sembrano dire che quella introdotta dal legislatore regionale è una disciplina conforme ai parametri costituzionali sostanziali, visto che la sentenza rimarca il diritto della persona in cura di ricevere esaurienti informazioni circa la natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico, nonché sulle eventuali terapie alternative, e ciò “al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione”.

Il richiamo ai diritti costituzionali (libertà personale; diritto di non essere sottoposto a trattamenti sanitari se non per legge; diritto alle cure) che generano il “diritto” al consenso informato non prelude alla elaborazione del limite costituzionale, ma è esclusivamente funzionale alla qualificazione della disciplina sul consenso ai trattamenti medici come principio fondamentale in materia di “tutela della salute”.

In questo contesto, e non nell'ambito di un sindacato riferito all'osservanza del limite degli obblighi internazionali, va inserita anche la menzione, da parte della sentenza, di atti internazionali, quali la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989⁴ (che, all'art. 24, prevede che genitori e minori debbano ricevere informazioni sulla salute del minore), nonché la Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, del 4 aprile 1997 e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, che prescrivono il consenso informato per i trattamenti sanitari. La funzione di tale richiamo sembra peraltro più esornativa che altro, e nulla aggiunge al ragionamento della Corte, trattandosi, nel caso della Convenzione di New York, di un accordo non immediatamente riferibile alla problematica al consenso informato⁵; nel caso della Convenzione di Oviedo e della carta di Nizza, di atti che ad oggi

2 Questa valutazione è anche di R. BALDUZZI, D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giur. cost.* 2008, 4964 ss.

3 Per il problema del più corretto fondamento costituzionale del diritto al consenso informato si veda D.

MORANA, *A proposito del fondamento costituzionale per il “consenso informato” ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sent. n. 438 del 2008 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.* 2008, 4971 ss.

4 Ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176.

5 Così BALDUZZI, PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato* cit., 4958.

non vincolano direttamente l'Italia⁶ e dei quali le norme regionali impugnate appaiono in ogni caso rispettose.

La pronuncia, dopo aver citato gli atti internazionali indicati sopra, evidenzia come il requisito del consenso informato si ricavi da diverse leggi dello Stato e, a titolo di esempio, ricorda l'art. 3 della legge 21 ottobre 2005, n. 219 (Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati); l'art. 6 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita); infine, l'art. 33 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 (Istituzione del servizio sanitario nazionale), ove è previsto che le cure sono di norma volontarie e nessuno può essere obbligato ad un trattamento sanitario se ciò non è previsto da una legge.

Il significato argomentativo di questa ricognizione (espressamente qualificata come meramente esemplificativa) rimane però oscuro.

Infatti, il ricorso governativo aveva citato le specifiche disposizioni di legge (e di regolamento) nelle quali è prevista la necessità del consenso informato allo scopo di dimostrare l'esistenza di un principio fondamentale secondo il quale il consenso informato è prescritto nella legislazione nazionale solo in casi determinati, mentre nelle ipotesi diverse da quelle espressamente regolate – e segnatamente per la prescrizione di psicofarmaci – esso non è condizione per il trattamento medico.

Per contro, la Corte sembra rovesciare questa impostazione del problema, ed estrapola per generalizzazione dalle singole norme sul consenso informato – ma anche da una disposizione in sé a valenza generale come l'art. 33 della legge n. 833 del 1978 – il principio fondamentale secondo cui il paziente deve essere messo in condizione di conoscere il percorso terapeutico, e dunque la necessità del consenso informato come condizione per il trattamento medico.

Tale enucleazione del principio non prelude però al raffronto tra la norma regionale ed il principio stesso, bensì alla immediata dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione impugnata perché asseritamente espressiva non di regole di dettaglio, bensì di una disciplina conformativa del principio. Il parametro costituzionale in relazione al quale è disposto l'accoglimento parrebbe essere quindi l'art. 117, terzo comma, Cost.⁷, leso direttamente e non attraverso norme interposte.

Conferma questa ricostruzione anche la successiva decisione della Corte relativa alla legge provinciale di Trento 6 maggio 2008, n. 4 (Disposizioni in materia di uso di sostanze psicotrope su bambini e adolescenti), pronuncia con la quale il giudice delle leggi ha annullato la disposizione relativa al consenso informato (del tutto simile a quella contenuta nella legge piemontese oggetto della sentenza n. 438) osservando che le regole dettate sul punto dalla Provincia autonoma non costituivano disciplina di dettaglio, ma valevano alla conformazione del principio che, in quanto tale, è rimessa alla competenza del legislatore statale⁸.

3. Così ricostruito, il vizio riscontrato nella legge regionale si configura come un vizio di competenza in senso stretto, in quanto la norma locale è dichiarata illegittima perché invasiva di una riserva, e dunque per ciò che essa disciplina e non già per come disciplina il suo oggetto⁹.

⁶ Come qui ricorda anche la Corte costituzionale, la Convenzione di Oviedo – benché più volte richiamata ed utilizzata dal giudice delle leggi (sentenze n. 46, 47, 48, 49 del 2005) e dai giudici comuni – non è ancora stata ratificata dall'Italia; per contro, la Carta dei diritti proclamata a Nizza (anch'essa sovente menzionata dai giudici costituzionali per il suo carattere "espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei", come affermano le sentenze nn. 135 del 2002, 393 e 394 del 2006 o perché "di riconosciuto valore interpretativo", come recita la sentenza n. 349 del 2007: cfr. anche le sentt. nn. 182 del 2008, 190 del 2006, 445 del 2002) è contenuta in atto di per sé privo di efficacia giuridica diretta.

⁷ La sentenza, in realtà, non identifica con precisione il parametro rilevante, alludendo a quelli "citati", che però sono anche sostanziali

⁸ Corte cost. sent. n. 253 del 2009.

⁹ Per la definizione del vizio di competenza come quello che attiene "a ciò che è disciplinato, e non a come

Infatti, la legge regionale viene giudicata incostituzionale indipendentemente dalla non conformità del suo contenuto regolativo rispetto ai principi statali (e ai parametri costituzionali sostanziali)¹⁰; anzi, proprio la coerenza della norma regionale con questi è utilizzata come argomento contro di essa, indiziando uno “sconfinamento” nell’area dei principi fondamentali.

Nella prospettiva della sentenza, il richiamo della legislazione statale espressiva del principio fondamentale sul consenso informato trova verosimilmente spiegazione nell’intento di delineare l’area in ipotesi riservata al legislatore statale, già individuata attraverso l’evocazione delle disposizioni costituzionali sulla libertà personale e sul diritto alla salute: in altri termini, la Corte, dopo aver affermato che la disciplina del consenso informato è “di principio” in quanto conformativa di diritti costituzionali, conferma questa valutazione ritrovando nella legislazione statale in vigore norme che trattano di questo istituto. Del resto, nell’ipotesi di competenze ripartite è una circolarità ermeneutica frequente (uno dei casi di “interpretazione della Costituzione in modo conforme alle leggi”) quella di guardare al contenuto di una fonte speciale per meglio perimetrare l’ambito riservato alla fonte stessa¹¹.

Ciò che suona singolare, nella sentenza n. 438, è l’affermazione circa l’incompetenza della legge regionale – non contrastante con alcun principio fondamentale, espresso o desumibile dalla leggi statali vigenti sulla materia, e addirittura coerente con i principi enucleabili in relazione all’oggetto disciplinato– ad intervenire in un’area che viene individuata come riservata *a priori* ai principi fondamentali e quindi alla legislazione dello Stato.

4. Nella giurisprudenza costituzionale si trovano casi in cui la Corte ha fatto salvi principi fondamentali che ritagliavano una submateria sottraendola alla legge regionale¹², contrariamente al canone – proclamato dalla stessa Corte – secondo il quale i principi fondamentali dovrebbero “riguardare in ogni caso il modo di esercizio della potestà legislativa regionale e non comportare l’inclusione o l’esclusione di singoli settori della materia dall’ambito di essa”¹³.

Ma ancor più discutibile appare l’idea che, in assenza di una scelta condizionante (espressa o implicita) del legislatore statale, segmenti di materie concorrenti siano pregiudizialmente sottratti alla legge regionale con l’argomento che la disciplina di quei segmenti sarebbe, per sua essenza, destinata alla legislazione statale “di principio”.

quel dato oggetto è disciplinato” si veda R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano 1998, 489. Che la Corte abbia dichiarato illegittima la legge piemontese non “per il modo in cui ha disciplinato il consenso informato, bensì per il fatto stesso di averlo disciplinato” è rilevato da BALDUZZI, PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato* cit., 4968.

10 È da segnalare che la Corte, sul versante della norma scrutinata, si limita ad un esame meramente esterno del contenuto precettivo della legge regionale, nominando gli oggetti da essa disciplinati (soggetti legittimati ad esprimere il consenso; le modalità di manifestazione dello stesso) ed osservando che si tratta di “aspetti di primario rilievo dell’istituto nell’ambito considerato”. Questo modo di procedere è tipico del sindacato sul vizio di competenza, per accertare il quale “si richiede solo una interpretazione ‘parziale’ della legge, giacché non importa accertarne il contenuto normativo nella sua interezza, ma solo identificarne la materia interessata”: così R. GUASTINI, *Quindici lezioni di diritto costituzionale*, II ed., Torino 1992, 153.

11 Cfr. A. RUGGERI / A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, II ed., Torino 2001, 154, ove si legge l’affermazione secondo la quale la ripartizione delle competenze legislative operata dalla Costituzione è sempre accompagnata dall’indicazione delle fonti intermedie necessarie a specificare e a delimitare in concreto il potere legislativo astrattamente assegnato; con la conseguenza che per sindacare la presenza del vizio di incompetenza non sarebbero sufficienti le generiche indicazioni fornite dalla Costituzione, ma diventa necessario prendere in esame le fonti primarie “interposte” cui la Carta costituzionale fa rinvio.

12 Ne ricorda alcuni R. BIN, voce *Legge regionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IX, Torino 1994, 187 alla nota 76, segnalando le sentenze n. 192 del 1987 e 211 del 1988. Si vedano poi, *infra*, le osservazioni svolte nel § 6.

13 Corte cost., sent. n. 70 del 1981, con osservazioni di M. CARLI, *Un punto fermo in tema di principi fondamentali*, in questa *Rivista* 1981, 1042 ss.e di G. VOLPE, *Interesse nazionale e principi fondamentali nei rapporti tra Stato e Regioni*, in *Foro it.* 1981, I, 1857, che concordemente evidenziano l’importanza di questa affermazione.

In primo luogo, l'idea che per disciplinare un oggetto che sta dentro una materia di competenza concorrente serva la previa posizione di un principio fondamentale è incompatibile con la regola secondo la quale, in assenza di principi espressamente posti dalla legge dello Stato, questi vengono ricavati per desunzione dalla legislazione statale comunque vigente sulla materia. Questa regola, già scritta nell'art. 9, primo comma, della legge 10 febbraio 1953, come novellato dall'art. 17, ultimo comma, della legge 16 maggio 1970, n. 281, è stata più volte ribadita dalla Corte anche dopo la riforma costituzionale¹⁴ ed è infine confermata nell'art. 1, comma 3, della legge 5 giugno 2003, n. 131¹⁵. Sostenere che sia necessaria la statuizione di un principio espresso perché la Regione possa regolare una porzione di materia significa regredire – con una decisione della Corte e non del legislatore, ed anzi contro la volontà del legislatore – alla impostazione originaria della legge Scelba, già all'epoca contestata¹⁶ e oggi, dopo l'inversione del criterio dell'enumerazione delle competenze operato dalla legge cost. n. 3 del 2001¹⁷, ancor meno sostenibile.

In secondo luogo, questa dogmatica collide, anzitutto, con la nozione di principio fondamentale come limite mobile, la cui penetrazione è (entro certi margini) liberamente modulabile dal legislatore statale sulla base di scelte discrezionali¹⁸, con la conseguenza che se questi ha ritenuto di non prescrivere vincoli alla Regione in relazione ad un dato oggetto, e se non è enucleabile un principio inespresso in relazione a quell'oggetto, la legge regionale dovrebbe essere libera di disporne, nel rispetto degli altri limiti verticali (*in primis* quello costituzionale) che sempre condizionano la fonte locale.

In altri termini, spetta al legislatore statale apprezzare le esigenze unitarie che si manifestano in una data materia concorrente; in assenza di questo apprezzamento pare difficile sostenere che la spettanza allo Stato della competenza a fissare principi fondamentali comporti un ritaglio.

Infine, la configurazione dei rapporti tra legge statale e legge regionale in potestà concorrente secondo lo schema del concorso vincolato di competenze contrasta con la giurisprudenza, formatasi nel vigore del vecchio Titolo V, secondo la quale alla legge regionale era consentita la "esplorazione" dell'area dei principi, quando nella legislazione dello Stato mancava una disciplina di principio, espressa o implicita, per un determinato settore di materia, oppure quando il quadro normativo era connotato da principi in via di superamento o già derogati – e quindi privati del carattere fondamentale – per effetto di leggi successive¹⁹.

5. Invero, dopo la riforma costituzionale del 2001 la Corte è sembrata affermare in talune decisioni l'esistenza di una "riserva di principi fondamentali".

In proposito si possono richiamare anzitutto le sentenze sulle leggi regionali in materia di professioni e quelle sulle discipline locali relative ai trattamenti medici ammessi. Ma un esame di quelle decisioni mostra significative diversità di impianto rispetto alla sentenza di esame.

14 A partire da Corte cost., sent. n. 282 del 2002, seguita da molte altre (cfr. ad esempio le sentenze nn. 301 del 2003; 353 del 2003; 355 del 2005, che dà il punto per "pacifico"; 153 del 2006).

15 Tale disposizione, infatti, stabilisce che nelle materie di legislazione concorrente le Regioni "esercitano la potestà legislativa nell'ambito dei principi fondamentali espressamente determinati dallo Stato o, in difetto, quali desumibili dalle leggi statali vigenti".

16 Per una ricostruzione del dibattito vedi L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, VII ed., Padova 2000, 93 ss.

17 L'argomento è di A. D'ATENA, *La Corte parla... e la riforma del Titolo V entra in vigore*, in *Giur. cost.* 2002, 2031.

18 Corte cost., sent. n. 50 del 2005, per i rilievi secondo cui "la nozione di 'principio fondamentale' ... non ha e non può avere caratteri di rigidità e di universalità, perché le 'materie' hanno diversi livelli di definizione che possono mutare nel tempo" ed "è il legislatore che opera le scelte che ritiene opportune, regolando ciascuna materia sulla base di criteri normativi essenziali che l'interprete deve valutare nella loro obiettività".

19 R. TOSI, *"Principi fondamentali" e leggi statali nelle materie di competenza concorrente*, Padova 1987, 67 ss. anche per l'esemplificazione della casistica.

Nelle ormai numerosissime pronunce relative alla materia "professioni" la Corte ha ripetutamente censurato leggi regionali istitutive di albi o anche solo di "figure" professionali²⁰, ritenendo che il compito di individuare le professioni spetti in via esclusiva allo Stato.

In quella giurisprudenza – che comunque ha incontrato critiche perché ricordava le tecniche di ritaglio proprie dell'interesse nazionale²¹ o perché consentiva al principio di sottrarre porzioni di materia²² - la Corte ha però pur sempre utilizzato un principio fondamentale desunto dal complesso della legislazione statale in materia - il principio secondo il quale l'individuazione delle professioni spetta allo Stato²³).

In particolare, nella sentenza n. 353 del 2003 la Corte elenca analiticamente le leggi statali in materia di professioni sanitarie, ricavando, dal complesso della legislazione statale in vigore e al di là dei particolari contenuti di singole disposizioni, il principio fondamentale per cui, in questo settore, le figure professionali, con i relativi profili e ordinamenti didattici, sono solo quelle individuate dallo Stato²⁴.

La stessa tecnica è utilizzata per spostare il principio da un livello di generalità più alto, estendendolo a tutte le professioni, anche diverse da quelle sanitarie. Nella sentenza n. 355 del 2005, infatti, la Corte desume dall'art. 2229, primo comma, c.c, oltre che dalle (in verità non meglio identificate) "norme relative alle singole professioni", il principio fondamentale secondo il quale l'individuazione delle professioni, per il suo carattere necessariamente unitario, è effettuata dalla legge allo Stato²⁵.

Ed è sempre in relazione a tale principio che le leggi regionali istitutive di albi, registri o di nuove figure o profili professionali sono state dichiarate illegittime, in quanto con esso contrastanti²⁶.

Quanto alle decisioni in materia di elettroshock, nella sentenza n. 282 del 2002 la Corte, pur riscontrando che "non si rinvenivano norme di legge statale esplicitamente volte a disciplinare l'ammissibilità delle pratiche terapeutiche in esame", ricava per desunzione dalla legislazione vigente e dai suoi silenzi un preciso principio: quello (qualificato appunto come "regola di fondo di questa materia") della autonomia e della responsabilità del medico che con il consenso del paziente opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze scientifiche. Ed è con tale principio fondamentale che la legge marchigiana impugnata dal Governo è giudicata in contrasto. A ben vedere, poi, il principio della materia utilizzato nella sentenza n. 282 del 2002 viene ricavato da norme costituzionali, e quindi il limite violato dalla legge regionale è, nella sostanza, quello costituzionale (tanto che si è osservato che l'identico principio dovrebbe vincolare anche la

20 Per una ricognizione critica di questa giurisprudenza si veda E. BINDI, M. MANCINI, *La Corte alla ricerca di una precisa delineazione dei confini in materia di professioni (nota a margine delle sentenze 319, 355, 405 e 424 del 2005 della Corte costituzionale)*, in *www.federalismi.it* (n. 24/05), e da ultimo, A. POGGI, *La riforma delle professioni in Italia: sollecitazioni europee e resistenze interne*, in questa *Rivista* 2009.

21 A. POGGI, *Disciplina "necessariamente unitaria" per le professioni: ma l'interesse nazionale è davvero scomparso? (in margine alla sentenza n. 355/2005)*, in questa *Rivista* 2006, 478.

22 T. GROPPI, *Articolo 117 Costituzione: il nuovo Gattopardo*, in *Dir e giust.* 2004, fasc. 2, 16 s. (a commento di Corte cost., sent. n. 353 del 2003).

23 Corte cost., sent. n. 353 del 2003

24 Corte cost. sent. n. 353 del 2003, ripresa dalla successiva sent. n. 319 del 2005.

25 Corte cost., sent. n. 355 del 2005. Nella sentenza n. 424 del 2005 la Corte precisa quindi che "l'individuazione di una specifica tipologia o natura della 'professione' oggetto di regolamentazione legislativa non ha alcuna influenza", e tale puntualizzazione ritorna nella giurisprudenza successiva (sentt. nn. 40 del 2006; 222 del 2008; 138 del 2009).

26 La Corte (sentt. n. 153 del 2006; 424 del 2006; 138 del 2009) ha continuato a ragionare di violazione di un principio anche dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 30 (Ricognizione dei principi fondamentali in materia di professioni, ai sensi dell'articolo 1 della legge 5 giugno 2003, n. 131), che in realtà circoscrive in termini di "ambito di applicazione" la competenza legislativa regionale sulle professioni, stabilendo all'art. 1, comma 3, che tale potestà si esercita "sulle professioni individuate e definite dalla normativa statale".

legge statale)²⁷.

Se si vuole cercare una dogmatica più vicina a quella che sta alla base della sentenza n. 438 si deve guardare piuttosto all'altra decisione della Corte in tema di leggi regionali sull'elettroshock, la sentenza n. 338 del 2003. La motivazione di quella pronuncia, infatti, pur richiamando gli argomenti della precedente sentenza n. 282 del 2002, aggiunge un passaggio che può essere letto nel senso di una riserva di disciplina alla legge statale per ragioni che attengono alle regole costituzionali sulla competenza concorrente (oltre che all'eguaglianza).

La Corte osserva che l'individuazione del confine fra terapie ammesse e terapie non ammesse sulla base delle acquisizioni scientifiche e sperimentali è "determinazione che investe direttamente e necessariamente i principi fondamentali della materia", in quanto si colloca nella intersezione tra due diritti fondamentali del paziente (il diritto ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica, ed il diritto ad essere rispettato come persona nella propria integrità fisica e psichica), diritti la cui tutela deve darsi "in condizioni di fondamentale eguaglianza su tutto il territorio nazionale". Da questa premessa i giudici costituzionali derivano la conclusione che "interventi legislativi regionali, posti in essere nell'esercizio di una competenza legislativa concorrente, come quella di cui le Regioni godono in materia di tutela della salute (art. 117, terzo comma, Cost.), sono costituzionalmente illegittimi ove pretendano di incidere direttamente sul merito delle scelte terapeutiche in assenza di – o in difformità da – determinazioni assunte a livello nazionale, e quindi introducendo una disciplina differenziata, su questo punto, per una singola Regione". Ma è difficile capire quanto questa *ratio* aggiuntiva abbia pesato nel motivare un accoglimento che si reggeva sul precedente puntuale rappresentato dalla sentenza n. 282 del 2002, e quindi sulla sussistenza del vizio di violazione di un principio (inespresso) della materia "tutela della salute".

In altro ambito, ragiona apparentemente in termini di competenza riservata la sentenza n. 359 del 2003, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato illegittima l'intera legge regionale Lazio 11 luglio 2002, n. 16 (Disposizioni per prevenire e contrastare il fenomeno del *mobbing* nei luoghi di lavoro). In tale decisione la Corte, dopo aver rilevato che difettava una disciplina legislativa statale sul *mobbing*, osserva che "deve ... ritenersi certamente precluso alle Regioni di intervenire, in ambiti di potestà normativa concorrente, dettando norme che vanno ad incidere sul terreno dei principi fondamentali"; e giudica "evidentemente viziata da illegittimità costituzionale" la legge impugnata dal Governo in quanto essa reca una definizione generale del fenomeno *mobbing*, che sta a fondamento di tutte le disposizioni successive²⁸.

27 R. BIN, *Il nuovo riparto di competenze legislative: un primo, importante chiarimento*, in questa *Rivista* 2002, 1449. Che nella sentenza n. 282 del 2002 il vero parametro fosse quello costituzionale è evidenziato anche da D'ATENA, *La Corte parla ... cit.*, 2032 e da 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, 2040 ss. È stato però osservato – da 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 questa *Rivista* 2002, 1459 – che a fondamento della sentenza non c'è solo l'intento di delimitare l'area di intervento del legislatore rispetto all'autonomia del medico, ma anche l'esigenza di mantenere un certo grado di uniformità nella tutela del diritto alla salute, lasciando al livello nazionale tutte le scelte che toccano la sostanza del diritto.

28 La sentenza n. 359 del 2003 è criticata da G.U. RESCIGNO, *La Corte scambia i principi fondamentali della materia con i principi fondamentali dell'oggetto*, in *Giur. cost.* 2003, 3723 ss. con l'argomento che la mancanza di una disciplina statale sull'oggetto *mobbing* non è una "ragione né necessaria né sufficiente per impedire alla Regione di occuparsene per quei profili che rientrano o nella tutela della salute o nella tutela e sicurezza del lavoro", alla condizione che siano rispettati i principi fondamentali posti espressamente o implicitamente in tale materie. Diversamente ragionando (e cioè seguendo l'impostazione della Corte) si declina la potestà concorrente come una potestà meramente attuativa di quella statale sul medesimo oggetto, in materie che la Costituzione attribuisce invece (salva l'osservanza dei principi fondamentali) alle Regioni

Nella successiva sentenza n. 22 del 2006, la Corte, rileggendo la sentenza n. 359 del 2003, descrive il vizio da cui era inficiata la legge regionale del Lazio dichiarata illegittima in quella pronuncia come uno sconfinamento nella dimensione dei principi fondamentali (“la legge regionale – ricorda la Corte - nel disciplinare profili del fenomeno *mobbing* rientranti nella tutela della salute, non si era limitata alla formulazione di disposizioni di dettaglio, ma aveva anche stabilito principi fondamentali”); i giudici costituzionali fanno salva, invece, la legge abruzzese sul *mobbing* impugnata dal Governo, perché tale legge (a differenza di quella laziale) “dà per presupposta la nozione dei comportamenti costituenti *mobbing* e non formula di questo fenomeno né una definizione generale, né esemplificazioni”²⁹.

6. La ricostruzione, ad opera della sentenza n. 438, dei rapporti tra legge statale e legge regionale nelle materie di potestà concorrente in termini di competenze rigidamente separate potrebbe segnare (insieme con i precedenti richiamati qui sopra) un ulteriore passo verso il superamento del paradigma della preferenza, che nel vigore del vecchio Titolo V si era progressivamente consolidato come il criterio ordinatore di tali fonti³⁰: un passo ulteriore, perché qualche movimento in tale direzione è già stato rilevato nella giurisprudenza sul nuovo art. 117, terzo comma, Cost.

Infatti, dopo la riforma del 2001, la Corte aveva esordito con l’affermazione programmatica secondo la quale la nuova formulazione della disposizione costituzionale, rispetto a quella del previgente art. 117, primo comma Cost., “esprime l’intento di una più netta distinzione fra la competenza regionale a legiferare in queste materie e la competenza statale, limitata alla determinazione dei principi fondamentali della disciplina”³¹.

Tuttavia, alla dichiarazione programmatica della sentenza n. 282 del 2002 non sono seguite, da parte della giurisprudenza costituzionale, indicazioni univoche in ordine al rapporto tra leggi statali e leggi regionali, tanto che una delle questioni cruciali sulla quale si misura la tenuta del paradigma della preferenza – e cioè la questione della ammissibilità della norme statali di dettaglio suppletive e cedevoli a corredo dei nuovi principi – appare tuttora irrisolta³².

A fronte di un quadro così incerto, e in assenza di una presa di posizione chiara della Corte, le implicazioni della sentenza n. 438 sul piano del rapporto tra fonti non vanno allora sopravvalutate, anche perché in essa la motivazione involuta è spia della mancanza di una volontà di teorizzare; così come indizia un basso profilo la circostanza che la Corte – nel ragionare di una “riserva di principi fondamentali” – non abbia menzionato tale concetto, né abbia utilizzato il comodo ed ovvio argomento letterale reperibile nell’art. 117, terzo comma, Cost.

Non è escluso che la decisione della Corte di sottrarre alle Regioni la disciplina del consenso informato trovi fondamento, più che nell’adesione dei giudici costituzionali alla dogmatica della separazione, nella volontà di impedire alla legge regionale di venire direttamente a contatto con diritti costituzionali considerati “sensibili”, e quindi sottratti alla

²⁹ Corte cost., sent. n. 22 del 2006. Meno esplicita è la motivazione delle sentenze nn. 238 e 239 del 2006, anch’esse in tema di *mobbing*.

³⁰ Il punto di cristallizzazione di questa dogmatica è concordemente individuato nella sentenza n. 214 del 1985, come hanno immediatamente rilevato i commentatori di quella decisione: L. CARLASSARE, *La “preferenza” come regola dei rapporti tra fonti statali e fonti regionali nella potestà legislativa ripartita*, in questa *Rivista* 1986, 236 ss.; A. ANZON, *Mutamento dei “principi fondamentali” e vicende della normazione di dettaglio*, in *Giur. cost.* 1985, I, 1668 s.; R. TOSI, *Leggi di principio corredate da disposizioni di dettaglio: un’estensione della competenza statale senza sacrificio dell’autonomia regionale*, in *Giur. cost.* 1985, I, 2680.

³¹ Corte cost., sent. n. 282 del 2002. In dottrina, ha sottolineato l’importanza di questa affermazione D’ATENA, *La Corte parla ...cit.*, 2029 s.

³² Di un problema “ancora sostanzialmente aperto” parlano P. CARETTI, G. Tarli BARBIERI, *Diritto regionale*, Torino 2007, 69.

conformazione del legislatore regionale, anche per ragioni legate alla eguaglianza³³. Ma pur così intesa³⁴, la sentenza in commento manca di persuadere, perché – secondo altra giurisprudenza della stessa Corte – i diritti costituzionali “non rappresentano ... una materia in senso tecnico, come tale riconducibile ad una specifica competenza dello Stato o delle Regioni, ma costituiscono situazioni soggettive le quali possono eventualmente inerire ad ambiti materiali contemplati dall’art. 117, nei commi secondo, terzo e quarto, della Costituzione”³⁵; il che esclude che l’adozione di discipline conformative di diritti fondamentali siano di per sé precluse alla Regione, o che questa possa intervenire soltanto a valle della legge statale.

33 Che nella giurisprudenza costituzionale sia enucleabile un indirizzo secondo il quale, in materia di diritti, vi è un ambito che resta nella piena disponibilità del legislatore statale e con riferimento al quale le esigenze di uniformità sono soddisfatte non già la determinazione dei livelli essenziali, ma mediante la conformazione completa dei relativi diritti, è osservato da M. BELLETTI, *Diritti costituzionali e Regioni*, in R. NANIA, P. RIDOLA, *I diritti costituzionali*, Torino 2007, vol. III, 1074 s. Rappresentativa di questo indirizzo è la sentenza n. 338 del 2003.

34 Per questa lettura della sentenza n. 438 vedi C. CORAGGIO, *Il Consenso informato: alla ricerca dei principi fondamentali della legislazione statale*, in *Giur. cost.* 2008, 4993.

35 Corte cost., sent. n. 50 del 2008.