

DIRITTO ALLA SALUTE E CONSENSO INFORMATO. UNA RECENTE SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE

di Daniela Cevoli

1 - Con la sentenza 438 del 2008, la Corte Costituzionale ha affrontato diverse problematiche, oggetto anche della più recente pronuncia n. 253 del 2009, concernenti la tutela della salute, il consenso informato prestato dai genitori o dai tutori nel caso di uso di sostanze stupefacenti e psicotrope sulla persona minore degli anni diciotto, nonché, da ultimo, il riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni in riferimento alla materia oggetto della decisione in esame. La sentenza, infatti, pur essendo sostanzialmente incentrata sul consenso informato, sfiora indirettamente, la "materia" della tutela della salute in riferimento all'applicazione delle pratiche terapeutiche sui pazienti che ha già suscitato pregressi interventi della Corte.

Nello stesso tempo, anche se solo come accenno, rimane l'annoso problema del riparto della potestà legislativa in materia di tutela della salute che l'art. 117, comma 3 della Costituzione attribuisce espressamente alla potestà concorrente tra Stato e Regioni.

La Corte, prima di giungere a dichiarare l'incostituzionalità della norma impugnata, definisce il consenso informato come la consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico ed afferma che costituisce pertanto un vero e proprio diritto della persona tanto da trovare fondamento nei principi espressi dalla Costituzione agli articoli 2, 13 e 32.

Il tema del consenso informato ha suscitato un ampio dibattito in dottrina ed in giurisprudenza ed è stato oggetto di importanti interventi normativi in ambito nazionale, comunitario ed internazionale (espressamente richiamati nella sentenza in commento).

"Classicamente" il profilo del consenso del paziente è considerato rilevante sul piano giuridico in quanto requisito necessario affinché l'attività e gli interventi medici possano dirsi leciti e perciò costituire esercizio di un diritto in base all'art. 51 c.p., a prescindere dagli esiti negativi o positivi sulla salute della persona. Invece, nella prospettiva dell'art. 32 Cost., il consenso informato rappresenta il diritto del paziente a partecipare alle decisioni relative alla scelta del trattamento sanitario. O, come già messo in luce dalla dottrina, "la necessità del consenso contribuisce a far uscire il malato dal cono d'ombra della soggezione al medico" per fargli "assumere consapevolmente ogni scelta, di tipo diagnostico e terapeutico, che coinvolga la propria salute e il proprio corpo"¹. Il consenso

¹ Pezzini, B., *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. Soc.*, 1983, pag. 87; Caravita, B., *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. Soc.*, 1984, pag. 31; Anzon, A., *L'altra "faccia" del diritto alla salute*, in

informato è, perciò, la manifestazione di volontà che il paziente, previamente informato in maniera esauriente dal medico su natura e possibili sviluppi del percorso terapeutico, dà per l'effettuazione di interventi di natura invasiva sul proprio corpo. Tale aspetto, nell'attuale evoluzione sia della scienza medica che della legislazione, non si fonda più solo sulla maggiore o minore sensibilità del medico, ma si configura soprattutto come un preciso diritto del cittadino nella sua veste di paziente.

Della tematica in questione si è occupata anche la Corte di Cassazione la quale è entrata spesso nel merito di questo aspetto, affermando che il consenso informato deve essere frutto di un rapporto reale e non solo apparente tra medico e paziente, in cui il sanitario è tenuto a raccogliere un'adesione effettiva e partecipata all'intervento. Esso non è dunque un atto puramente formale e burocratico, ma è la condizione imprescindibile per trasformare un atto normalmente illecito (la violazione dell'integrità psicofisica) in un atto lecito, fonte appunto di responsabilità².

La giurisprudenza della Cassazione è entrata spesso anche nel merito del contenuto del consenso del paziente³. Inoltre, nella sua più recente giurisprudenza la Suprema Corte ha

Giur. Cost., 1979, I, pag. 656; Alpa, G., *Danno biologico e diritto alla salute davanti alla Corte di Cassazione*, in *Giust. Civ.*, 1981, I, pag. 1903; Ponzanelli, G., *La Corte costituzionale, il danno non patrimoniale e il danno alla salute*, in *Foro it.*, 1986, I, c. 2053.

² Cass. Civ., Sez. III, 25 novembre 1994, n. 10014 in cui la Suprema Corte ha ritrovato l'obbligo di informazione nelle disposizioni di cui agli articoli 1337 e 1338 del codice civile, facendolo coincidere con il dovere di comportarsi secondo buona fede cui le parti sono tenute nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto. Inoltre, ha inteso configurare il dovere di informazione quale elemento integrante la complessa prestazione sanitaria, individuando la sua ragione positiva più che nella disciplina delle trattative contrattuali, nell'art. 1375 cod. civ. che condiziona l'esecuzione del contratto al comportamento di buona fede. In termini più generali, nell'articolo 1176 cod. civ. che impone il ricorso alla diligenza del buon padre di famiglia nell'adempimento dell'obbligazione da parte del debitore, aggiungendo al secondo comma che nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata (Cass. Civ., Sez. III, 19 aprile 2006, n. 9085).

³ Cass. Civ., Sez. III, 14 marzo 2006, n. 5444 in cui la Suprema Corte ha dichiarato che "la responsabilità del sanitario (e di riflesso della struttura per cui egli agisce) per violazione dell'obbligo del consenso informato discende dalla tenuta della condotta omissiva di adempimento dell'obbligo di informazione circa le prevedibili conseguenze del trattamento cui il paziente venga sottoposto e dalla successiva verifica - in conseguenza dell'esecuzione del trattamento stesso, e, quindi, in forza di un nesso di causalità con essa - di un aggravamento delle condizioni di salute del paziente, mentre, ai fini della configurazione di siffatta responsabilità è del tutto indifferente se il trattamento sia stato eseguito correttamente o meno, svolgendo rilievo la correttezza dell'esecuzione agli effetti della configurazione di una responsabilità sotto un profilo diverso, cioè riconducibile, ancorchè nel quadro dell'unitario "rapporto" in forza del quale il trattamento è avvenuto, direttamente alla parte della prestazione del sanitario concretatesi nello svolgimento dell'attività di esecuzione del trattamento. La correttezza o meno del trattamento, infatti, non assume alcun rilievo ai fini della sussistenza dell'illecito per violazione del consenso informato, in quanto è del tutto indifferente ai fini della configurazione della condotta omissiva dannosa e dell'ingiustizia del fatto, la quale sussiste per la semplice ragione che il paziente, a causa del deficit di informazione non è stato messo in condizione di assentire al trattamento sanitario con una volontà consapevole delle sue implicazioni e che, quindi, tale trattamento non può dirsi avvenuto previa prestazione di un valido consenso ed appare eseguito in violazione tanto dell'art. 32, comma 2, Cost., a norma del quale nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge, quanto dell'art. 13 Cost., che garantisce l'inviolabilità della libertà personale con riferimento anche alla libertà di salvaguardia della propria salute e della propria integrità fisica, e dell'art. 33 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 che esclude la possibilità di accertamenti e di trattamenti sanitari contro la volontà del paziente, se questo è in grado di prestarlo e non ricorrono i presupposti dello stato di necessità, donde la lesione della situazione giuridica del paziente inerente alla salute ed all'integrità fisica. Mentre, sul piano del danno - conseguenza, venendo in

tentato di definire il concetto di consenso informato, sostenendo che il consenso debba essere informato appunto per legittimare il trattamento terapeutico: tale conclusione, fondata sul rispetto del diritto del singolo alla salute, tutelato dall'art. 32 Cost., sta a significare che il criterio di disciplina della relazione medico-malato è quello della libera disponibilità del bene salute da parte del paziente in possesso delle capacità intellettive e volitive.

Non da ultimo, negli ultimi decenni il tema della tutela della salute e di conseguenza del consenso informato è stato oggetto di importanti e significativi interventi normativi e di riflessione da parte di autorevoli fonti nel campo della bioetica anche a livello internazionale, espressamente richiamati dalla Corte nella sentenza in commento. Infatti, nella materia in esame è stata di frequente segnalata la necessità di un intervento legislativo che fornisca al medico delle linee di comportamento sicure, sottraendolo ad una condizione di incertezza di fronte a questioni di straordinario spessore e delicatezza nei confronti dei quali egli è privo di precisi spunti di riferimento, mancando una disciplina specifica.

2 - Oggetto della sentenza in esame è la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 della legge della Regione Piemonte 6 novembre 2007, n. 21 (Norme in materia di uso di sostanze psicotrope su bambini ed adolescenti), promossa con ricorso dal Presidente del Consiglio dei ministri in riferimento agli articoli 2, 32 e 117, commi secondo, lettera *m*), e terzo, della Costituzione.

La norma impugnata stabilisce che “nella Regione il trattamento con sostanze psicotrope, e nello specifico farmaci psicostimolanti, antipsicotici, psicoanalettici, antidepressivi e ipnotici su bambini e adolescenti fino a diciotto anni può essere praticato solo quando i genitori o tutori nominati esprimono un consenso scritto, libero, consapevole, attuale e manifesto”. Ai commi successivi il medesimo articolo prevede che sia la Giunta a predisporre un modulo per il consenso informato, attraverso il quale il medico fornisca le informazioni relative ai vantaggi presunti della terapia, agli effetti collaterali del farmaco consigliato, ai possibili trattamenti alternativi ed alle modalità di somministrazione. Ancora, la stessa Giunta è competente ad individuare gli strumenti e le modalità per favorire l'accesso a terapie integrative o alternative ai trattamenti di cui al comma 1. Infine, sono stabilite le modalità con le quali deve essere prestato il consenso alla somministrazione da parte del genitore o del tutore interessato.

Secondo il Governo che ha impugnato la disposizione citata, la norma oggetto del
considerazione il peggioramento della salute e dell'integrità fisica del paziente, rimane del tutto indifferente che la verifica di tale peggioramento sia dovuta ad un'esecuzione del trattamento corretta o scorretta.

controllo di costituzionalità eccede dalla competenza legislativa concorrente regionale in materia di tutela della salute, in quanto il consenso obbligatorio e scritto da parte dei genitori o dei tutori del minore per la somministrazione allo stesso di sostanze psicotrope e stupefacenti non è previsto nel d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309 (Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza). Infatti, secondo il ricorrente la necessità di prestare il consenso informato è un principio fondamentale della materia "tutela della salute" e quindi, la previsione delle ipotesi nelle quali tale consenso è richiesto deve essere di competenza del legislatore statale, che lo ha previsto in casi determinati, come, ad esempio in materia di sperimentazione clinica sull'uomo di medicinali ancora in fase di autorizzazione all'immissione in commercio. Ne deriva che, a parere del ricorrente, il legislatore regionale, nel subordinare, in una fattispecie non prevista dalla legge nazionale l'accesso a determinati trattamenti terapeutici al consenso del paziente, avrebbe introdotto una limitazione alla prescrivibilità di un'ampia gamma di medicinali, sottoponendo la decisione del medico alla discrezionalità di genitori e tutori, con conseguente lesione del diritto alla salute e dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti tale diritto, la cui determinazione è rimessa in via esclusiva alla legge dello Stato.

La difesa dello Stato, a sostegno delle sue tesi, richiama la sentenza n. 338 del 2003, con la quale la Corte ha affermato che "stabilire il 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, collocandosi all'incrocio fra due diritti fondamentali della persona malata: quello ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica; e quello ad essere rispettato come persona, e in particolare nella propria integrità fisica e psichica, (...) la cui tutela non può darsi in condizioni di fondamentale eguaglianza su tutto il territorio nazionale".

Diversa la posizione della Regione Piemonte, secondo la quale le leggi statali che regolano la disciplina del consenso informato avrebbero un'applicazione limitata in quanto si riferiscono a specifiche attività mediche. Tali leggi, quindi, non potrebbero essere considerate dei principi fondamentali, nè da esse sarebbe possibile trarre il principio secondo cui il consenso informato può essere richiesto solo nei casi disciplinati da leggi statali. Infatti, ai sensi della difesa regionale, i principi fondamentali in materia di tutela della salute sono quelli improntati all'attuazione di indirizzi di qualità delle prestazioni nell'effettivo rispetto della dignità e della libertà della persona umana. Per la Regione, non

sussisterebbe la violazione degli articoli 2 e 32 Cost. in quanto le disposizioni impugnate garantirebbero la volontarietà dei trattamenti sanitari nel rispetto della persona umana attraverso il consenso informato sui metodi curativi, sulle scelte alternative, sui rischi e sui vantaggi, non comportando cioè alcuna limitazione dell'autonomia e della responsabilità dei medici della scelta della migliore terapia da somministrare sulla base delle conoscenze scientifiche.

La posizione delle parti risulta pertanto incentrata sul significato da attribuire al concetto di consenso informato e sul riparto delle competenze legislative in materia di tutela della salute.

La Corte ha confermato quanto espresso nella sentenza in commento anche in altra più recente sentenza, la n. 253 del 2009. Tale pronuncia ha ad oggetto la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 della legge della Provincia autonoma di Trento 6 maggio 2008, n. 4 (Disposizioni in materia di uso di sostanze psicotrope su bambini ed adolescenti) concernente il fatto che il trattamento con sostanze psicotrope su bambini ed adolescenti deve essere subordinato al consenso scritto, libero, consapevole, attuale e manifesto dei genitori, fermo l'obbligo del medico di informare il minore e di tenere conto della sua volontà assumendone il consenso. Nonostante le argomentazioni in parte diverse poste dalle parti in causa⁴, la Corte ribadisce che il consenso informato riveste la natura di principio fondamentale in materia di tutela della salute in virtù della sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute. Conseguenza da ciò che il legislatore regionale non può disciplinare gli aspetti afferenti ai soggetti legittimati alla relativa concessione, nonché alle forme del suo rilascio, in quanto essi non assumono il carattere di disciplina di dettaglio del principio in esame, ma valgono alla sua stessa conformazione che, in quanto tale, è rimessa alla competenza

⁴ A parere del ricorrente la disposizione della Provincia eccede dalla sua competenza in materia di igiene e sanità prevista dall'art. 9, n. 10, del d.p.r. n. 670 del 1972, nonché di tutela della salute contemplata dall'art. 117, terzo comma, Cost.. In particolare, la disciplina in questione violerebbe gli indicati parametri costituzionali poiché adottata in difformità di quanto stabilito dalla legislazione statale, che prevede il consenso informato solo per determinati trattamenti terapeutici, tra i quali non rientrano quelli relativi alla somministrazione di sostanze psicotrope. Risulterebbe ancora violato il principio secondo il quale l'arte medica è libera ed incompressibile, poiché la disciplina impugnata sostituisce, per mezzo del consenso informato, le valutazioni che deve compiere il medico con la volontà dei genitori o del tutore del paziente, i quali, privi delle necessarie conoscenze, scelgono il trattamento cui quest'ultimo deve essere sottoposto. Infatti, secondo l'Avvocatura dello Stato, l'arte medica deve conformarsi unicamente a quelle scelte del legislatore statale che, frutto di valutazioni tecnico – scientifiche assunte da appositi organismi, permettono la fruizione di uguali trattamenti sanitari su tutto il territorio nazionale, scelte tra le quali rientra il consenso informato. Secondo la difesa regionale, al contrario, la finalità della disciplina impugnata è quella di evitare l'abuso di somministrazione di sostanze psicotrope su bambini ed adolescenti. Sostiene ancora, che il consenso informato non ponga un limite all'accesso ai diversi trattamenti sanitari, la cui disciplina è rimessa al legislatore statale; ma, quale diritto della persona, esso è finalizzato ad ottenere un più consapevole accesso a determinate pratiche terapeutiche. Quindi, per il resistente, il consenso informato non pregiudica il diritto alla tutela della salute, anzi, lo realizza per mezzo di un accesso consapevole al singolo trattamento terapeutico.

del legislatore statale. Inoltre, la Corte afferma anche che, nonostante lo Statuto speciale del Trentino - Alto Adige attribuisca alla Provincia autonoma di Trento una competenza legislativa concorrente in materia di igiene e sanità, non allarga la sfera legislativa della stessa in confronto a quella delle Regioni a statuto ordinario.

3 - La Corte costituzionale giunge a dichiarare la norma impugnata incostituzionale in quanto considera il consenso informato un principio fondamentale in materia di tutela della salute, la cui conformazione deve essere rimessa perciò alla legislazione statale. Infatti, con le norme oggetto dello scrutinio di costituzionalità, la Regione Piemonte non si è limitata a fissare una disciplina di dettaglio in ordine alle procedure di rilascio di suddetto consenso. Invero, l'art. 3 impugnato, individuando i soggetti legittimati al rilascio del consenso informato (genitori o tutori nominati) e le modalità con le quali esso deve essere prestato, disciplina aspetti di primario rilievo dell'istituto.

La tutela della salute, nella sua più vasta accezione, ha acquisito progressivamente nel corso di questi ultimi cinquant'anni, successivi alla fine della seconda guerra mondiale, dignità pari alla tutela della libertà per l'affermazione della quale si è dibattuto e combattuto in maniera sostanziale a partire dalla rivoluzione francese. La tutela della salute rappresenta dunque un valore assoluto⁵, strettamente legato a quello ormai consolidato della libertà, riconosciuto al di là del dettato costituzionale, quale conquista conclamata di quella comunità internazionale che si fonda su valori comunemente ed implicitamente associati, appartenente per definizione a patrimonio naturale dell'individuo, e non soltanto di questi, "*dotazione giuridica*" originaria, indipendente e protetta nei confronti della legge. Infatti, trattandosi di diritti costituzionali, questi esprimono un sistema di valori culturali, che conferisce al singolo uno *status* materiale che ne qualifica l'appartenenza alla comunità statale. Ciò comporta anzitutto che il contenuto della sfera di libertà riconosciuta dalla Costituzione si identifichi nella realizzazione di un ordinamento di valori, e che tale sfera non preesista a questo, ma in questo sia completamente

⁵ A conferma di ciò è da segnalare la sentenza n. 455 del 1990 della Corte costituzionale che riconosce al diritto alle prestazioni sanitarie la garanzia costituzionale di diritto fondamentale ed inviolabile, precisando la portata ed i termini di tale garanzia e chiarendo che essa non è incompatibile con l'apposizione legislativa di limiti di contenuto. In tale sentenza la Corte distingue, in seno alla figura del diritto alla salute, l'aspetto assoluto, che si esprime nell'esigenza di difesa di essa dalle lesioni ed è azionabile *erga omnes* e l'aspetto relativo, che si manifesta nella pretesa ad una prestazione positiva nei confronti di una struttura pubblica. Sottolinea inoltre che ad entrambi i profili è assicurata la garanzia costituzionale propria dei diritti fondamentali. Ne deriva che la figura del diritto alla salute ha acquisito una fisionomia progressivamente definita soprattutto grazie alle pronunce giurisprudenziali e la garanzia costituzionale di tale situazione soggettiva sembra insuscettibile di essere definita in una prospettiva teorica di sintesi, che stabilisca l'assoluta primazia del diritto fondamentale rispetto ad altre esigenze ed interessi costituzionali garantiti.

incastonata. Anche a partire da questo approccio, i diritti vengono dunque essenzialmente configurati come elementi dell'ordinamento complessivo, dei quali viene peraltro maggiormente accentuato, rispetto alle concezioni istituzionali, il carattere dinamico, in quanto essi sono esposti agli esiti del continuo processo di attualizzazione e di adeguamento dei valori comunitari. I diritti, quindi, soggiacciono a direttive di orientamento che trascendono la dimensione individuale, ma il dinamismo del processo di attualizzazione dei valori fa sì che l'interpretazione dei diritti si risolva in un'operazione scientifico-spirituale, che deve far salire in superficie il valore racchiuso in ciascun diritto, disvelandolo attraverso la correlazione con la coscienza culturale collettiva che si viene storicamente evolvendo. Infine, l'approccio fondato sulla teoria dei valori può approdare alla relativizzazione del profilo di libertà racchiuso in ciascun diritto, in quanto esso venga finalizzato alla realizzazione di determinati valori e venga intimamente funzionalizzato secondo lo schema dialettico della conformità/differenza rispetto al sistema di valori.

Alla questione della correlazione fra i diritti ed i valori costituzionali si riannoda la controversia sul numero dei diritti inviolabili e sulla flessibilità del relativo catalogo. Ci si è, perciò, domandati se l'art. 2 Cost. configuri una fattispecie chiusa o aperta ad altri diritti non enumerati. Il problema ha acquistato negli anni un rilievo crescente, poichè, per un verso, i mutamenti del costume e della coscienza sociale e lo sviluppo tecnologico hanno fatto emergere l'arretratezza e l'insufficienza del catalogo costituzionale dei diritti⁶. Per altro verso, la generalizzazione dell'adesione degli ordinamenti costituzionali a principi largamente riconosciuti nel campo della tutela dei diritti umani ed il moltiplicarsi di carte internazionali e regionali in questa materia hanno posto le basi di un nuovo universalismo di diritti, non più fondato su basi giusnaturalistiche, ma su quelle di un "costituzionalismo cooperativo", proiettato oltre i confini dello stato nazione. Un processo che ha messo in comunicazione gli ordinamenti costituzionali, sovranazionali ed internazionali dei diritti, immettendo peraltro in questo circuito comunicativo e cooperativo anche diritti non contemplati nella Costituzione italiana: si tratta di un atteggiamento seguito anche dalla dottrina maggioritaria secondo la quale, l'apertura del catalogo dei diritti al di là della tassativa enumerazione costituzionale, sembra possibile individuare almeno due posizioni differenti⁷. La prima muove dalla premessa che il processo di laicizzazione del diritto naturale e la trasformazione di questo in un "diritto storico", che rimanda all'insieme dei valori sottostanti al diritto positivo, imporrebbero di risalire dalle fattispecie puntualmente espresse dal testo costituzionale ai principi della costituzione materiale⁸. La clausola generale dell'art. 2 Cost. offrirebbe la via per superare le angustie del catalogo dei diritti

⁶ Barbera, A., "Nuovi diritti": attenzione ai confini, in *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, a cura di Licia Califano, Giappichelli, Torino, 2004.

enumerati e per aprire l'ordinamento costituzionale alle nuove domande di libertà espresse dalla società. Una seconda posizione muove dalla critica del fondamento extrapositivo dei diritti inviolabili, per prospettare una lettura dell'art. 2 Cost. come norma di riconoscimento di un principio generale del libero sviluppo della personalità⁹: la configurazione delle libertà come valori darebbe evidenza, da un lato, alla capacità espansiva del citato art. 2 Cost., e dall'altro vincolerebbe il catalogo dei diritti ad una "tipizzazione tematizzata" e canalizzata al fine "di consentire l'esplicazione del valore di fondo, che è quello dello sviluppo della personalità"¹⁰.

In particolare, per lungo tempo parte della dottrina ha contestato l'opportunità e la legittimità dell'inserimento del diritto alla tutela della salute tra i diritti fondamentali dell'uomo accanto ai diritti classici di libertà civile ed al diritto di proprietà sull'ormai superato presupposto che la tutela della salute fosse fondata sul principio di eguaglianza anziché sul principio di libertà¹¹.

Le profonde trasformazioni dello stato di diritto hanno portato l'interprete ad affiancare ai diritti di libertà i diritti sociali come nuovi oggetti della protezione dell'ordinamento anche

⁷ La giurisprudenza costituzionale è stata influenzata da questa discussione scientifica. La Corte aveva optato inizialmente per una lettura chiusa del catalogo dei diritti, considerando come inviolabili solo i diritti espressamente riconosciuti dalla Costituzione medesima (sentenze nn. 11 del 1956, 29 del 1962, 98 del 1968, 1, 27 e 84 del 1969, 101 del 1971, 42 e 77 del 1972, 14, 57 e 159 del 1973, 33 del 1974, 102, 106 e 238 del 1975, 101 del 1976, 98 e 125 del 1979). Già dagli inizi degli anni Settanta, peraltro, si erano iniziati a delineare mutamenti di questo indirizzo: la Corte aveva riconosciuto un diritto inviolabile alla riservatezza ed all'immagine (sentenza n. 38 del 1973), un diritto fondamentale di rettifica delle notizie inesatte concernenti la propria persona (sentenza n. 225 del 1974), un diritto alla libertà ed all'identità sessuale (sentenza n. 161 del 1985), un diritto ad un proprio patrimonio morale (sentenza 17 del 1981), un diritto alla vita anche del nascituro (sentenza n. 27 del 1975). Tale indirizzo si è consolidato a partire dalla metà degli anni Ottanta con il riconoscimento del diritto alla vita ed all'incolumità, il diritto alla *privacy*, il diritto al rispetto della dignità umana, il diritto del minore all'inserimento nella famiglia, il diritto al nome, il diritto all'abitazione.

⁸ Questa teoria è poi stata superata dalla giurisprudenza della Corte che con la sentenza n. 561 del 1987 ha riconosciuto, richiamando l'art. 2 Cost. il "diritto alla libertà sessuale", il conseguente diritto al risarcimento di chi ha subito danni non patrimoniali. Come sottolineerà lo stesso Presidente Saja nella Relazione annuale relativa al 1987 con tale decisione la Corte ritiene maturi i tempi per accettare un "elenco aperto", utilizzando gli "strumenti dell'interpretazione storico-evolutiva". Seguono, poi, le sentenze n. 183 del 1988 che ha riconosciuto un diritto del minore all'inserimento in una famiglia mettendo in relazione l'art. 2 con altre norme costituzionali; n. 404 del 1988, n. 252 e 310 del 1989, n. 419 del 1991 che hanno individuato un diritto all'abitazione, n. 139 del 1990 che ha riconosciuto un diritto alla *privacy*, n. 278 del 1992 che ha individuato un diritto ad abbandonare il proprio Paese; n. 13 del 1994 che ha enucleato il diritto all'identità personale; 50 del 1998 che ha riconosciuto il "diritto alla libertà sociale", vale a dire un non ben precisato diritto a svolgere liberamente un'attività a propria scelta. In altre decisioni l'art. 2 Cost. è stato anche utilizzato come veicolo attraverso il quale le dichiarazioni internazionali riescono ad assumere maggiore dignità nell'ordinamento costituzionale: la sentenza n. 388 del 1999 afferma che i diritti umani, garantiti da Convenzioni internazionali o regionali, trovano espressione nella Costituzione per il valore da attribuire al generale riconoscimento fatto dall'art. 2 Cost., in quanto sempre più avvertiti dalla coscienza contemporanea come coesenziali alla dignità della persona e perchè, al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, le diverse forme che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione.

⁹ Tale principio abbraccerebbe non solo il profilo negativo della libertà, ma altresì quello positivo della libertà come autorealizzazione.

¹⁰ Modugno, F., *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Torino, 1995.

¹¹ Luciani, M., *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett., m), della Costituzione*, in *San. Pubbl. e priv.*, 2002, p. 1025.

perchè è ormai chiaro che il principio su cui questi riposano, e cioè l'eguaglianza, non è più in contrasto con l'originariamente opposto principio di libertà, ma ne è in certa misura condizione ad ulteriore migliore significazione. E tra i diritti sociali, in particolare, proprio il diritto alla tutela della salute, qualificato dal nostro testo costituzionale come diritto fondamentale, si colloca a pieno titolo alla pari dei diritti classici di libertà¹².

4 - Una sensibilità più viva per l'aspetto relativo del diritto alla salute è senza dubbio percepibile nelle sentenze della Corte costituzionale in tema di riparto delle competenze fra Stato e Regioni. L'intuizione fondamentale che sembra di poter cogliere dalla lettura di questa giurisprudenza della Corte è in primo luogo la consapevolezza della salute come valore della persona suscettibile, come tale, di rappresentare un criterio-guida delle scelte legislative e finanziarie ed è proprio questa la ragione alla base della dichiarazione di incostituzionalità della norma regionale impugnata oggetto della sentenza in commento. Il diritto alla salute, infatti, diviene un criterio ineludibile di confronto nelle scelte relative all'assetto delle competenze legislative Stato-Regioni¹³. L'assunzione del valore a criterio-guida delle scelte concrete di realizzazione non comporta tuttavia l'astrazione di esso rispetto ad altre esigenze e diritti garantiti. E' infatti nella logica del valore entrare in un meccanismo di bilanciamento e di composizione rispetto ad altri valori. La tutela del valore non si esprime dunque in termini rigidi, attribuendo una sorta di primazia al diritto fondamentale rispetto ad altre esigenze costituzionalmente garantite, ma è il frutto inevitabilmente di valutazioni complesse e a posteriori.

La Corte nella sentenza n. 438 del 2008 giunge a dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 3 della legge della Regione Piemonte 6 novembre 2007, n. 21 (Norme in materia di uso di sostanze psicotrope su bambini ed adolescenti) anche in riferimento all'art. 117, comma secondo, Cost., lett. m).

La Corte, infatti, sostiene che la "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni

¹² Già l'Assemblea Costituente, al fine di rafforzare ed elevare la garanzia data dalla Costituzione alla salute aggiunse il riferimento alla fundamentalità del diritto, non presente nel progetto originario (seduta 24 aprile 1947, in *Atti Ass. Cost.*, p. 3295, ss.). Ma, la qualificazione costituzionale appare oggi pienamente in linea con gli orientamenti che si vanno consolidando all'interno della comunità internazionale. Infatti, la tutela della salute richiede un forte impegno di cooperazione a livello internazionale. La mera previsione a livello costituzionale non rappresenta più la garanzia per una effettiva tutela; risulta indispensabile la condivisione di taluni principi di carattere generale da parte della comunità internazionale.

¹³ La consapevolezza che soltanto i diritti che hanno lo spessore di quelli fondamentali possano esercitare un ruolo condizionante nell'assetto delle competenze Stato-Regioni si desume abbastanza chiaramente nella sentenza della Corte 7 luglio 1986, n. 177 in *Le Regioni*, 1987, p. 100 con nota di Sala, G., *Autonomie speciali e poteri statali di sostituzione* e in *Giur. Cost.* 1986, I, p. 1375 ed ivi con nota di Mor, G.F., *Poteri sostitutivi nei confronti di USL e Regioni: l'indirizzo e coordinamento si consolida ma entra in un vicolo cieco*, p. 1667.

di cui all'art. 117, comma 2, lett. m) Cost., attribuisce allo Stato una competenza trasversale ed esclusiva concernente la determinazione degli *standards* strutturali e qualitativi delle prestazioni, tali da garantire agli aventi diritto su tutto il territorio nazionale, in quanto concernenti il soddisfacimento di diritti civili e sociali. Il suddetto articolo consente una forte restrizione dell'autonomia legislativa delle Regioni al solo scopo di assicurare un livello uniforme di godimento dei diritti civili e sociali tutelati dalla Costituzione stessa.

La trasversalità della competenza deriva dal fatto che i diritti, cui si riferiscono le prestazioni, non costituiscono una materia separata, ma si presentano piuttosto come figure giuridiche distribuite in svariati ambiti dell'esperienza umana; di qui la necessità che la competenza in tema di livelli essenziali segua i diritti di riferimento in qualunque materia regionale essi emergano, sia essa di competenza concorrente che di competenza residuale: si tratta di competenze legislative funzionali capaci di estendere legittimamente l'esercizio della funzione legislativa da parte dello Stato anche in aree che, sulla base di interpretazione oggettiva dell'elenco delle materie, spetterebbero alle Regioni. Per quanto concerne appunto la competenza per la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, compare come oggetto di una riserva alla legislazione statale esclusiva nell'art. 117, comma 2, lett. m), mentre la tutela dei medesimi livelli è ripresa come presupposto dell'esercizio dei poteri sostitutivi del Governo dall'art. 120, comma 2 e richiamata per il sostegno finanziario dall'art. 119, comma 5. La medesima competenza si è dimostrata fonte di problemi interpretativi, a partire da quello preliminare dell'individuazione di quali siano i diritti civili e sociali di cui parla la disposizione in questione, e quali le relative prestazioni che caso per caso li concernono¹⁴. Infatti, questa competenza non identifica una materia, un oggetto delle politiche pubbliche nettamente distinguibile dagli altri, bensì uno scopo, un valore finale corrispondente ad interessi costituzionalmente fondamentali, come tale suscettibile di confrontarsi con ogni settore di competenza regionale in cui vengano in questione profili di prestazione o regolazione relativi a diritti. La Corte, nella sua prima sentenza in materia¹⁵, premesso che quella di cui all'art. 117, comma 2, lett. m) Cost. non è una materia in senso stretto, ma una competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie, chiarisce che

¹⁴ Luciani, M., *op. cit.*, p. 1031 il quale afferma che la più evidente novità successiva alla riforma del Titolo V concerne l'estensione della salvaguardia dei livelli essenziali anche ai diritti civili e non più solo sociali. Per "civili" si intendono tanto i diritti civili *stricto sensu* quanto i diritti di libertà civile. E' pertanto riduttivo affermare che, grazie alla disposizione in commento, "lo Stato potrà intervenire in tutta l'area del *welfare*" (così Caravita, B., *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V. Stato, Regioni e autonomie fra Repubblica e Unione europea*, Torino, 2002, p. 74). Inoltre, i diritti di cui si parla non sono solo quelli costituzionali, ma anche quelli legislativi (Mangiameli, S., *La riforma del regionalismo italiano*, Torino, 2002, p. 135).

¹⁵ Sentenza n. 282 del 2002.

tale competenza consiste “nel potere di porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle”. In mancanza di interventi espressi da parte dello Stato, tali livelli potrebbero provvisoriamente ricavarsi dalla legislazione già vigente, mentre, in assenza anche di queste implicite indicazioni, le Regioni non dovrebbero dirsi, data la loro competenza generale, paralizzate nell'assicurare autonomamente le prestazioni necessarie alla garanzia dei diritti civili e sociali nel proprio ambito¹⁶.

Problemi maggiori si presentano, infatti, quando si debba distinguere tra tale competenza sui livelli essenziali e quelle concorrenti altre materie, quale quella concorrente per la “tutela della salute”¹⁷. Per i rapporti con la “tutela della salute”, la Corte ha affermato che l'attività terapeutica non va ascritta alla determinazione dei livelli

¹⁶ Si tratta in realtà di un *obiter dictum*, perché poi la Corte non ritiene che il problema sollevato rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 117, comma 2, lett. m), preferendo risolverlo alla luce dei “principi generali che regolano l'attività terapeutica”, tra i quali quello secondo cui “l'appropriatezza delle scelte terapeutiche non può conseguire a valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, dovendo invece basarsi sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni ed organismi a ciò deputati...”; Morana, D., *La tutela della salute, fra libertà e prestazioni, dopo la riforma del titolo V. A proposito della sentenza n. 282 del 2002 della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2002, p. 2037; Bin, R., *Il nuovo riparto di competenze legislative: un primo, importante chiarimento*, e Violini, L., *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, p. 1145.

¹⁷ La Corte è intervenuta in materia con la sentenza n. 134 del 2006 in cui al punto 8 del Considerato in diritto afferma che “nel merito occorre innanzitutto determinare quale sia il titolo di competenza legislativa di cui la disposizione impugnata è espressiva, dal momento che le ricorrenti fanno riferimento sia alle proprie competenze in materia sanitaria che trovano riferimento nei rispettivi statuti speciali e nelle norme di attuazione sia all'art. 117 della Costituzione, sulla base di quanto previsto dall'art. 10 della l.c. 18 ottobre 2003, n. 3. In primo luogo è da considerare che la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni sanitarie interseca in modo significativo la sfera di competenza legislativa concorrente assegnata dagli statuti alle due ricorrenti nella materia «igiene e sanità, piuttosto che quella primaria relativa all'ordinamento degli uffici posto che questa ultima competenza appare recessiva, a fronte delle evidenti finalità di tutela della salute connesse alla disciplina legislativa in esame. Per quanto riguarda la materia incisa dalle disposizioni impugnate, questa Corte ha affermato che la competenza legislativa concorrente concernente la “tutela della salute” è «assai più ampia» rispetto alla precedente relativa all'“assistenza ospedaliera” (sentenza n. 270 del 2005) ed 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» (sentenza n. 282 del 2002). Quindi anche in riferimento alle attribuzioni proprie delle parti ricorrenti deve ritenersi che in questa materia l'applicazione dell'art. 10 della legge cost. n. 3 del 2001 trovi fondamento nella maggiore estensione della “tutela della salute” rispetto alle corrispondenti competenze statutarie in materia sanitaria, di cui questa Corte ha in più occasioni sottolineato il carattere contenuto, atteso che esse non si risolvono «in una materia pienamente assimilabile agli altri settori di competenza regionale, sia per la particolare intensità dei limiti cui sono in tal campo sottoposte la legislazione e l'amministrazione delle Regioni, sia per le peculiari forme e modalità di finanziamento della relativa spesa pubblica» (sentenze n. 452 del 1989; n. 294 del 1986 e n. 245 del 1984). La riconduzione delle attribuzioni dei soggetti ad autonomia speciale in materia sanitaria all'art. 117, terzo comma, della Costituzione, implica però - come postulato dalle stesse parti ricorrenti tramite il richiamo all'art. 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione. Il contemporaneo assoggettamento delle stesse ai «limiti, espressi od impliciti, contenuti nel nuovo Titolo V» della Costituzione (sentenza n. 383 del 2005), ed, in particolare, all'esercizio della competenza esclusiva dello Stato in punto di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali. Va da sé che, muovendosi entro tali coordinate costituzionali, l'esito del presente giudizio non potrà che avere effetto per l'intero territorio nazionale”.

essenziali delle prestazioni sanitarie, ma alla “tutela della salute”; in effetti, una cosa è valutare l’appropriatezza e l’efficacia di un’azione terapeutica nei confronti di determinate patologie, altra cosa stabilire se quella o l’altra terapia siano o meno da considerare anche prestazione essenziale a tutela della salute, da garantire a tutti i membri della collettività in modo uniforme a mezzo del Servizio Sanitario Nazionale.¹⁸

In questo quadro si inserisce il problema dell’attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale nella tutela della salute, problema che incrocia profondamente i principi della democrazia amministrativa. Ai sensi dell’art. 118, quarto comma, Cost., l’applicazione del principio di sussidiarietà impone il passaggio da una gestione della tutela della salute largamente dominata dalla mano pubblica, rispetto alla quale l’intervento del privato sociale riveste un ruolo complementare e puramente accessorio, ad un diverso assetto strutturale, nel quale il privato sociale dovrebbe assurgere ad un ruolo costitutivo nell’erogazione dei servizi sanitari, e la mano pubblica verrebbe a svolgere, rispetto ad esso, un ruolo sussidiario¹⁹. Lo schema organizzativo della tutela della salute che si ritiene debba instaurarsi vede dunque la gestione del servizio totalmente affidata ai corpi sociali, mentre l’amministrazione pubblica sarebbe chiamata ad esercitare per lo più un semplice controllo sui gestori del servizio. In questo quadro si avrebbe una “gestione condivisa” delle responsabilità relative alla tutela della salute dei cittadini.

La riforma del Titolo V ha abbandonato il principio del parallelismo delle funzioni in quanto non ha più carattere cogente sul piano normativo, e non è dunque più imposta la corrispondenza della titolarità di funzioni legislative e funzioni amministrative. In realtà anche se questa corrispondenza non è più prescritta dalla Costituzione, di certo non è dalla stessa vietata. Il criterio che regola la distribuzione delle funzioni amministrative è infatti il criterio della sussidiarietà verticale, in base al quale le varie funzioni amministrative vanno attribuite al livello di governo maggiormente idoneo ad assicurarne un’efficiente gestione. Adottando questa chiave di lettura del principio di sussidiarietà non par dubbio

¹⁸ E’ per questa ragione che nella più volte citata sentenza 282 del 2002 la legge della Regione Marche è stata dichiarata incostituzionale.

Ma il punto di maggior frizione tra competenza statale esclusiva sui “livelli essenziali” e competenza concorrente per la tutela della salute resta forse un altro: la seconda competenza comprende infatti pure i tradizionali aspetti organizzativi e gestionali dell’assistenza sanitaria ed ospedaliera, non essendo plausibile l’idea di considerarli come una materia a se stante, oggetto di competenza regionale residuale. Al riguardo ci si chiesto fino a dove può e deve spingersi la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, se cioè, il legislatore statale può anche prefissare *in toto* gli aspetti organizzativi e funzionali dei servizi erogatori di tali prestazioni, ovvero se i livelli essenziali delle prestazioni sono comprensivi di certe modalità di strutturazione di resa dei servizi da considerare quindi totalmente rimesse alla normativa statale ed intoccabili da parte delle Regioni. Tali interrogativi non possono che trovare una risposta positiva.

¹⁹ Romano-Tassone, A., *Sussidiarietà orizzontale e tutela della salute*, in *Sanità pubblica e privata*, VI, 2003, P. 639: Relazione tenuta il 18 gennaio 2003 al seminario “Sanità pubblica e privata dopo la riforma del Titolo V, parte II, della Costituzione”, organizzato dalla Scuola di specializzazione in studi sull’amministrazione pubblica dell’Università degli Studi di Bologna con il contributo della Fondazione Cassa di Risparmio di Bologna.

che la permanente attribuzione di talune funzioni legislative allo Stato costituisca quanto meno un indizio che questo sia anche il livello ottimale, cui vanno affidate almeno alcune delle funzioni amministrative che attengono alla materia. E' prospettabile quindi che, essendo la tutela della salute materia di competenza legislativa concorrente, allo Stato competano, in questo campo, anche funzioni amministrative. Tali considerazioni non sono senza rilievo sul piano della concreta applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale: i corpi sociali possono infatti confrontarsi con la mano pubblica, sia sul piano territoriale che su quello economico, mentre difficilmente i corpi sociali sono in grado di porsi in un rapporto di concorrenza e supplenza organizzativa rispetto a livelli di governo più elevati. Orbene, se il ruolo comunale, e degli ordinamenti istituzionali di base, è oggi di scarso peso nell'ambito della gestione dei servizi sanitari, diviene difficile immaginare una larga devoluzione da parte della mano pubblica dei servizi sanitari a favore di comunità sociali insediate localmente, che ben difficilmente potrebbero farsene carico. Infatti, la gestione dei servizi sanitari in uno stato di benessere è molto più onerosa ed impegnativa, tanto economicamente che organizzativamente.

5 - Tutto ciò premesso, la Corte giunge a dichiarare l'illegittimità costituzionale della norma impugnata, per violazione degli articoli 2, 32 e 117, commi secondo, lett. *m*) e terzo, della Costituzione. Si è visto, infatti, come la materia oggetto della pronuncia in commento, e cioè la "tutela della salute" costituisca un valore assoluto, strettamente legato a quello della libertà, dal quale si ricava il principio del consenso informato, che come tale viene posto dalla legge dello Stato: non pare dubbio che spetti allo Stato dettare la normativa di principio in materia venendo in gioco diritti fondamentali della persona insuscettibili di ricevere un trattamento differenziato su tutto il territorio nazionale, normativa che deve essere rispettata anche dal legislatore provinciale, come espressamente sostenuto nella sentenza 253 del 2009. A ciò si aggiunge la circostanza che lo Stato è legittimato ad intervenire in materie di competenza regionale in virtù della lett. *m*) del comma secondo dell'art. 117, Cost., che afferma che lo Stato determina "i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali", al fine di "porre al riparo" dalla determinazione discrezionale regionale la "misura" di taluni diritti, in maniera da non ridurli ad un livello inferiore a quello definito dal legislatore statale²⁰, così da escludere la mera volontà di consolidazione della tendenza univocamente emersa sul piano della

²⁰ Pinelli, C., *Sui "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" (Art. 117, co. 2, lett. m. Cost.)*, in *Dir. Pubblico*, n. 3, 2002, p. 891, che riconduce la citata funzione garantista al fatto che "le riserve di legge della Parte Prima rimangono, per quegli aspetti, di spettanza del legislatore nazionale".

legislazione ordinaria, ma tale da rivestire una precipua e fondamentale funzione di certezza e di garanzia.

Ciò detto, essendo la necessità di prestare il consenso informato un principio fondamentale della materia "tutela della salute", la previsione delle ipotesi nelle quali tale consenso è richiesto deve essere rimessa alla competenza del legislatore statale e non di quello regionale: la Corte, sull'onda di quanto espresso nella 438 del 2008, con la sentenza del 2009, ha dato così inizio ad un nuovo ed importante orientamento in materia.

Forum di Quaderni Costituzionali

stituzionali