

# LA NUOVA GIURISPRUDENZA CIVILE COMMENTATA

a cura di  
Guido Alpa e Paolo Zatti

*La Rivista contribuisce a sostenere la ricerca giusprivatistica  
nell'Università di Padova*

ROSARIO FERRARA

*Il caso Englaro innanzi al Consiglio di Stato*



- CONS. STATO, III sez., 2.9.2014, n. 4460  
Conf. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III,  
26.1.2009, n. 214

PERSONALITÀ (DIRITTI DELLA) - DIRITTO ALLA SALUTE - NOZIONE DI «CURA» - DIMENSIONE PERSONALE - RILEVANZA - PRINCIPIO AUTORITATIVO - ESCLUSIONE (Cost., artt. 2, 3, 13, 32) (a)

PERSONALITÀ (DIRITTI DELLA) - DIRITTO ALLA SALUTE - DECISIONE TERAPEUTICA - AUTODETERMINAZIONE DEL PAZIENTE - BENEFICIALITÀ DELLA CURA - DIMENSIONE PERSONALE - DIRITTO AL RIFIUTO DI CURE SALVAVITA - SUSSISTENZA (Cost., artt. 2, 3, 13, 32) (b)

PERSONALITÀ (DIRITTI DELLA) - DIRITTO ALLA SALUTE - RIFIUTO DI CURE - OBBLIGHI DELLA P.A. (artt. 2, 3, 13, 32 Cost.) (c)

GIURISDIZIONE CIVILE - GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA - DIRITTI FONDAMENTALI - LESIONE DA PARTE DELLA P.A. - CRITERI DI RIPARTIZIONE (Cost., artt. 2 e 32; l. 20.3.1865, n. 2248, all. E, art. 2; d. legis. 31.3.1998, n. 80, art. 33, comma 2°, lett. e); cod. proc. amm., art. 7) (d)

PERSONALITÀ (DIRITTI DELLA) - DIRITTO AL RIFIUTO DI CURE - OBBLIGHI DELLA P.A. - CONTENUTO - OBJEZIONE DI COSCIENZA - RILEVANZA - ESCLUSIONE (artt. 2, 3, 13, 32 Cost.) (e)

(a) La «cura» non è un principio autoritativo ma si declina e si struttura, secondo un fondamentale *principium individuatio- nis* che è espressione del valore personalistico tutelato dalla Costituzione, in base ai bisogni, alle richieste, alle aspettative, alla concezione stessa che della vita ha il paziente. Perciò nessuna visione della malattia e della salute, della sofferenza e correlativamente della cura, per quanto moralmente elevata o scientificamente accettata, può essere contrapposta o, addirittura, sovrapposta e comunque legittimamente opposta dallo Stato o dall'amministrazione sanitaria o da qualsivoglia altro

soggetto pubblico o privato alla cognizione che della propria sofferenza e, correlativamente, della propria cura ha il singolo malato.

(b) La decisione terapeutica ha nel consenso informato e nell'autodeterminazione del paziente il suo principio e la sua fine, poiché è il paziente, il singolo paziente, e non un astratto concetto di cura, di bene, di «beneficialità», il valore primo ed ultimo che l'intervento medico deve salvaguardare. Proprio per questa sua insopprimibile e inviolabile dimensione intima e individuale, che muove dalla pura coscienza di sé, del proprio corpo e della propria individualità, il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente non può incontrare un limite, di fatto o di diritto, nemmeno allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita.

(c) A fronte del diritto, inviolabile, che il paziente ha di rifiutare le cure, interrompendo il trattamento sanitario non (più) voluto, sta correlativamente l'obbligo, da parte dell'Amministrazione sanitaria, di attivarsi e di attrezzarsi perché tale diritto possa essere concretamente esercitato. Non può dunque l'Amministrazione sanitaria sottrarsi al suo obbligo di curare il malato e di accettarne il ricovero, anche di quello che rifiuti un determinato trattamento sanitario nella consapevolezza della certa conseguente morte, adducendo una propria ed autoritativa visione della cura o della prestazione sanitaria che, in termini di necessaria beneficialità, contempra e consenta solo la prosecuzione della vita e non, invece, l'accettazione della morte da parte del consapevole paziente; né subordinare il ricovero del malato alla sola accettazione delle cure.

(d) Laddove l'Amministrazione vulneri un diritto fondamentale del privato con un mero comportamento materiale o con una mera inerzia, non legati in alcun modo, nemmeno mediato, all'esercizio di un potere, tale violazione di diritto soggettivo rientra nella cognizione del giudice or-

dinario, al quale compete la tutela di tutti i rapporti tra il privato e l'Amministrazione nei quali quest'ultima non abbia assunto la veste di autorità, bensì abbia svolto un ruolo paritetico, a seconda dei casi, di contraente o di danneggiante o, comunque, di soggetto assimilabile a qualsivoglia parte di un normale rapporto giuridico «*iure privatorum*». Quando invece l'Amministrazione pretenda di incidere sul rapporto mediante l'esercizio di un potere pubblicistico, la situazione del privato che «dialoga» col potere e vi si contrappone assume la configurazione dell'interesse legittimo, tutelabile avanti al giudice amministrativo. Il sostrato sostanziale della situazione giuridica soggettiva è quindi sempre il medesimo e non è degradato dall'esercizio del potere né, per converso, potenziato dal ruolo di superdiritto o diritto non affievolibile.

**(e) Il rifiuto opposto dalla Regione di far sospendere, ad una propria struttura ospedaliera, l'alimentazione artificiale di una paziente in stato vegetativo permanente, su richiesta del suo tutore, non può giustificarsi con ragioni attinenti all'obiezione di coscienza, poiché spetta alla legge disciplinare compiutamente le modalità e i limiti entro i quali possono assumere rilevanza i convincimenti intimi del singolo medico, ferma la necessità che la struttura ospedaliera garantisca, comunque, la doverosità del *satisfacere officio*.**

*dal testo:*

**Il fatto.** 1. (*Omissis*), nella sua qualità di tutore di (*Omissis*), impugnava avanti al T.A.R. Lombardia la nota della Regione Lombardia (*Omissis*) del 3.9.2008, con la quale il Direttore Generale della Direzione Generale Sanità respingeva la richiesta, formulata dal predetto con atto di significazione e diffida del 19.8.2008, che la Regione mettesse a disposizione una struttura per il distacco del sondino naso-gastrico che alimentava e idratava artifi-

cialmente la predetta (*Omissis*) in stato di coma vegetativo permanente, in seguito all'autorizzazione rilasciata dalla Corte di Appello di Milano, con decreto del 9.7.2008, nel giudizio di rinvio disposto dalla Corte di Cassazione, sez. I, 16.10.2007, n. 21748, e in sede di reclamo contro provvedimento del giudice tutelare del Tribunale di Lecco.

2. Nell'impugnato provvedimento la Regione Lombardia, pur manifestando sentimenti di solidarietà e vicinanza al tutore per quanto stava accadendo alla sua famiglia, con la predetta nota respingeva la richiesta del tutore, "in quanto le strutture sanitarie sono deputate alla presa in carico diagnostico-assistenziale dei pazienti" e in tali strutture, hospice compresi, deve essere garantita l'assistenza di base che si sostanzia nella nutrizione, idratazione e accudimento delle persone e, in particolare, negli hospice possono essere accolti solo malati in fase terminale.

3. La nota aggiungeva che il personale sanitario che avesse proceduto, in una delle strutture del Servizio Sanitario, alla sospensione dell'idratazione e alimentazione artificiale sarebbe venuto meno ai propri obblighi professionali e di servizio, anche in considerazione del fatto che il provvedimento giurisdizionale, di cui si chiedeva l'esecuzione, non conteneva un obbligo formale di adempiere a carico di soggetti o enti individuati.

4. Avverso tale decisione proponeva ricorso avanti al T.A.R. Lombardia il predetto tutore, deducendo, con un unico motivo, la violazione e la falsa applicazione degli artt. 2, 13, 32 e 33, comma primo, Cost., e in special modo degli artt. 1, 7, 11 e 25 e ss. della l. 833/1978, in relazione agli artt. 24, 101, 102, 111 e 117 Cost. e ai principi sull'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali, l'illogicità manifesta e la manifesta irragionevolezza, lo sviamento e l'eccesso di potere.

5. Il ricorrente lamentava che il provvedimento impugnato sostanziasse un autentico "atto di ribellione" della Regione Lombardia al diritto, come sancito da un pronunciamento giurisdizionale, quale quello della Corte di Appello di Milano, sin dal 9.7.2008 esecutivo e ormai divenuto anche inoppugnabile, per l'essere stata respinta ogni impugnativa contro il medesimo proposta tanto avanti alla Corte costitu-

zionale quanto dinanzi alla Corte di Cassazione.

6. La Regione Lombardia, quale ente istituzionalmente e costituzionalmente competente per i servizi sanitari nonché per il coordinamento e la programmazione degli stessi, ha la responsabilità di assicurare le cure e, dunque, anche l'interruzione delle stesse, in conformità dei pronunciamenti giudiziari, e ciò per la generalità dei pazienti che, come (*Omissis*), erano in carico al Servizio Sanitario Regionale.

7. Assumeva ancora il ricorrente che sarebbe comunque abnorme e manifestamente lesivo della libertà dell'esercizio della professionale intellettuale, anche agli effetti dell'art. 33, comma 1, Cost., oltre che del diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost., che un organo amministrativo della Regione stabilisse quali fossero gli obblighi professionali del medico in riferimento a cure e trattamenti da praticarsi ad un singolo paziente, poiché ciascuno, adottando tale ordine d'idee, potrebbe vedersi elargiti o negati dal "suo" medico trattamenti sanitari o cure ad arbitrio dell'Amministrazione.

8. Il rifiuto assoluto della Regione Lombardia, e delle strutture sanitarie da essa programmate e coordinate nell'ambito del servizio pubblico, a collaborare all'esecuzione di un provvedimento giurisdizionale esecutivo, doveva quindi, ad avviso del ricorrente, ritenersi gravemente illegittimo, anche dal punto di vista dell'art. 388, comma secondo, c.p. o di altre norme penali che sanzionano l'elusione o la violazione delle decisioni giudiziarie.

9. Il ricorrente chiedeva quindi al T.A.R. lombardo di annullare l'atto impugnato, condannando l'Amministrazione al risarcimento del danno.

10. Si costituivano nel giudizio di prime cure la Regione Lombardia, eccependo il difetto di giurisdizione del g.a. e comunque, nel merito, resistendo al ricorso, nonché la curatrice speciale dell'interdetta, Avv. Franca Alessio, aderendo al ricorso medesimo.

11. Con successiva istanza cautelare, depositata il 30.12.2008, il ricorrente domandava idonea tutela cautelare, volta ad assicurare l'esecuzione del decreto della Corte d'Appello di Milano.

12. Nella camera di consiglio del 22.1.2009, fissata per l'esame dell'istanza cautelare, il

T.A.R. Lombardia, ritenuto di poter decidere la controversia in forma semplificata, ai sensi dell'art. 26 della l. 1034/1971 al tempo vigente, stante anche la rinuncia alla domanda risarcitoria proposta dal ricorrente, tratteneva la causa in decisione.

13. Il T.A.R. Lombardia, con sentenza n. 214 del 26.1.2009, accoglieva il ricorso di (*Omissis*) e annullava il provvedimento impugnato.

14. Il T.A.R. riteneva anzitutto sussistente la propria giurisdizione (*Omissis*).

15. Nel merito il T.A.R. stigmatizzava il provvedimento impugnato, per aver esso illegittimamente vulnerato il diritto costituzionale di rifiutare le cure, siccome riconosciuto ad (*Omissis*) dalla sentenza della Cass., sez. I, 16.10.2007, n. 21748, quale diritto di libertà assoluto, il cui dovere di rispetto si impone erga omnes, nei confronti di chiunque intrattenga con l'ammalato il rapporto di cura, non importa se operante all'interno di una struttura sanitaria pubblica o privata.

(*Omissis*)

17. L'Amministrazione Sanitaria, conformandosi alla sentenza, avrebbe dovuto, in ossequio ai principi di legalità, buon andamento, imparzialità e correttezza, indicare la struttura sanitaria dotata dei requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi, tali da renderla "confacente" agli interventi e alle prestazioni strumentali all'esercizio della libertà costituzionale di rifiutare le cure, al fine di evitare all'ammalato o al tutore o curatore di lei, nel suo interesse, di indagare quale struttura sanitaria sia meglio equipaggiata al riguardo.

18. (*Omissis*), frattanto, decedeva ad Udine il 9.2.2009.

19. Avverso la sentenza del T.A.R. lombardo ha comunque proposto appello la Regione Lombardia, chiedendo al Consiglio di Stato di annullare e/o riformare l'appellata sentenza, previa – se del caso – sollevazione dell'eccepita questione di legittimità costituzionale degli artt. 51 e 52 c.p.c. per violazione degli artt. 111 e 117, comma primo, Cost.

20. La Regione Lombardia, nell'affermare il proprio perdurante interesse alla decisione della controversia, ha proposto quattro motivi di censura: 1) l'assenza di imparzialità del giudice di primo grado e la nullità della sentenza impu-

gnata o, in subordine, la questione di legittimità costituzionale degli artt. 51 e 52 c.p.c.; 2) il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo a conoscere della presente controversia; 3) la illegittimità della sentenza per violazione della normativa in materia di erogazione dei servizi sanitari e per illogicità e contraddittorietà della motivazione; 4) la illegittimità della sentenza per erronea interpretazione del decreto della Corte d'Appello di Milano del 9.7.2008.

21. Si è costituito l'appellato, (*Omissis*), domandando di dichiarare inammissibile e, comunque, di respingere l'avversario gravame e si è costituita, altresì, la curatrice speciale di (*Omissis*), opponendosi anch'ella all'accoglimento dell'appello.

22. Nella pubblica udienza del 17.7.2014 il Collegio, uditi i difensori delle parti, ha trattato la causa in decisione.

**I motivi.** (*Omissis*) 21.2. (...) sul punto della giurisdizione, il T.A.R. lombardo ha affermato che sussiste, “senza alcun dubbio” (p. 2 dell'impugnata sentenza), la giurisdizione *ratione materiae* del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 33 del d. lgs. 80/1998, poiché si verte e controverte in ipotesi di giurisdizione esclusiva.

21.3. Secondo il primo giudice la valutazione dell'amministrazione regionale, in qualità di soggetto titolare della funzione amministrativa di organizzazione del servizio pubblico sanitario regionale, avente ad oggetto l'identificazione dei compiti allo stesso pertinenti, si inserisce in una fase del rapporto amministrativo attinente al momento prettamente organizzativo del servizio pubblico, concretantesi nello svolgimento del potere ad esso assegnato.

21.4. Nessun rilievo, sul punto, può avere – secondo il T.A.R. – una qualsivoglia considerazione sul “formante di diritto soggettivo o sul rango costituzionale della posizione soggettiva dedotta” (p. 2 dell'impugnata sentenza), dal momento che, anche in materia di diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, ove si versi nelle materie riservate alla giurisdizione esclusiva (come appunto, ed esemplarmente nel caso di specie, per un servizio pubblico), compete al giudice amministrativo, quale giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica, la cognizione delle relative controversie in ordine alla sussistenza dei

diritti vantati ed al contemperamento degli stessi con l'interesse generale pubblico, sempre che la loro incisione sia dedotta come effetto di una manifestazione di volontà o di un comportamento materiale, espressione di poteri autoritativi, di cui si denunci la contrarietà alla legge (Cass., Sez. Un., 28.12.2007, n. 27187).

21.5. Tale sentenza delle Sezioni Unite, menzionata dal primo giudice, ha affermato il fondamentale principio di diritto che anche in materia di diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, quali il diritto alla salute (art. 32 Cost.), allorché la loro lesione sia dedotta come effetto di un comportamento materiale, espressione di poteri autoritativi e conseguente ad atti della p.a. di cui sia denunciata l'illegittimità, in materie riservate alla giurisdizione esclusiva dei giudici amministrativi, come ad esempio in quella di gestione del territorio, compete a detti giudici la cognizione esclusiva delle relative controversie e circa la sussistenza in concreto dei diritti vantati e il contemperamento o la limitazione dei suddetti diritti in rapporto all'interesse generale pubblico all'ambiente salubre e la emissione di ogni provvedimento cautelare, per assicurare provvisoriamente gli effetti della futura decisione finale sulle richieste inhibitorie, demolitorie ed eventualmente risarcitorie dei soggetti che deducono di essere danneggiati da detti comportamenti o provvedimenti.

21.6. Il T.A.R. richiama anche il precedente della Corte costituzionale che, nella sentenza n. 140 del 27.4.2007, ha chiarito che l'orientamento espresso dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, circa la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario in presenza di alcuni diritti assolutamente prioritari (tra cui quello alla salute), risulta enunciato in ipotesi in cui venivano in considerazione meri comportamenti della pubblica amministrazione e, pertanto, esso è coerente con la sentenza n. 191 del 2006, con la quale la stessa Corte costituzionale ha escluso dalla giurisdizione esclusiva la cognizione del risarcimento del danno conseguente a meri comportamenti della pubblica amministrazione, mentre nel caso in esame, invece, si tratta di specifici provvedimenti o procedimenti “tipizzati” normativamente, sicché la giurisdizione del g.a. sussiste.

21.7. La sentenza impugnata perviene, così,

alla conclusione che nella presente vicenda il giudice amministrativo detenga, in definitiva, “tutti i poteri idonei ad assicurare piena tutela, per equivalente o in forma specifica, alla lesione dei diritti fondamentali asseritamente sofferta in dipendenza dell’illegittimo esercizio del potere amministrativo” (p. 3 dell’impugnata sentenza).

22. La Regione Lombardia censura la decisione del T.A.R. e sostiene l’assunto che l’atto regionale, oggetto di impugnazione, non attiene affatto “al momento prettamente organizzativo del servizio”, in quanto non era in contestazione una modalità di svolgimento del rapporto controverso, bensì il divieto assoluto, per il Servizio Sanitario Nazionale, di erogare prestazioni non previste nei livelli essenziali di assistenza (c.d. LEA) e, a contrariis, di non erogare l’assistenza di base rappresentata dall’alimentazione e dall’idratazione artificiale.

22.1. Quello richiesto dal tutore di (*Omissis*), ad avviso della Regione appellante, sarebbe un trattamento extra ordinem, non previsto, ma anzi vietato dall’ordinamento sanitario e, pertanto, in discussione non sarebbe il corretto esercizio, da parte della Regione, del potere ordinario di assistenza ad essa attribuito dalla legge, bensì il dovere di rendere comunque una prestazione costituente un diritto riconosciuto dal giudice civile.

22.2. Deve escludersi, secondo tale tesi, che la domanda azionata dal tutore potesse rientrare nella giurisdizione esclusiva del T.A.R. in materia di servizi pubblici, avendo la Corte costituzionale, con sentenza n. 362 del 2007, dichiarato l’illegittimità del comma 1 dell’art. 33 del d. lgs. 80/1998 nella parte in cui, con riguardo alla materia dei pubblici servizi, affida alla giurisdizione esclusiva del g.a. “tutte le controversie” anziché “le controversie relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti”.

22.3. Il citato art. 33, nel comma 2, lett. e), esclude espressamente dal novero dei rapporti sussumibili nella giurisdizione esclusiva, inoltre, “i rapporti individuali di utenza con soggetti privati”.

22.4. Sostiene la Regione che non si sarebbe al cospetto di servizi erogabili sulla base di rapporti convenzionali di diritto pubblico, di carattere concessorio, che radicherebbero la giu-

risdizione esclusiva, ma di una domanda, proposta da un privato e tesa a far valere un suo preteso diritto di interruzione (attiva) delle cure sugli obblighi (di renderle) da parte del servizio pubblico.

22.5. È possibile affermare, conclude la Regione appellante, che vi sia giurisdizione esclusiva nel caso in cui l’attività della pubblica amministrazione debba essere vagliata alla stregua delle norme che regolano l’attività o il servizio pubblico, per statuire la sua legittimità o meno a fronte di regole esistenti, indipendentemente dalla natura della situazione giuridica dedotta (diritto soggettivo o interesse legittimo), mentre si è invece fuori da tale ambito di giurisdizione esclusiva quando, come nel caso di specie, la pretesa del privato non assuma, come parametro di riferimento, l’ordinamento di settore – le regole del Servizio Sanitario – bensì quello generale, sostantivo e costituzionale, al fine di far prevalere un diritto soggettivo sui doveri e obblighi della pubblica amministrazione.

22.6. Trattandosi di un diritto soggettivo “assoluto” e non rientrando la materia – richiesta di prestazioni non contemplate dai LEA – tra quelle proprie della giurisdizione esclusiva, dunque, la Regione ne deduce che il T.A.R. avrebbe dovuto declinare la propria giurisdizione.

23. L’assunto della Regione è infondato, dovendosi qui riaffermare, al pari del primo giudice, la giurisdizione del giudice amministrativo sulla presente controversia.

23.1. L’appellante ha inteso negare l’effettuazione della richiesta prestazione sanitaria non con la semplice inerzia o con un mero comportamento materiale, agendo “nel fatto”, o adducendo a motivo di tale mancato adempimento l’impossibilità tecnica della prestazione richiesta o un impedimento di ordine fattuale, bensì con l’emanazione di un espresso provvedimento, a firma del Direttore Generale della Sanità Lombarda, con il quale essa ha sostenuto, sulla base di una propria interpretazione giuridica dell’ordinamento settoriale ed esercitando un potere attinente all’organizzazione del servizio, che le strutture sanitarie sono deputate alla presa in carico diagnostico-assistenziale dei pazienti e non possono procedere, invece, alla sospensione dell’alimentazione e del-

l'idratazione artificiale, anche per la conseguente responsabilità del personale sanitario che tale sospensione attuasse per il ritenuto venir meno ai propri obblighi professionali e di servizio.

23.2. La Regione Lombardia, nel denegare la prestazione richiesta mediante il contestato provvedimento, ha dunque esercitato un proprio potere discrezionale, attinente all'organizzazione del servizio sanitario, e l'esercizio di tale potere radica la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 33, comma 1, del d. lgs. 80/1998 e alla luce di quanto ha chiarito la Corte costituzionale nella sentenza additiva n. 204 del 2004.

24. Non ignora questo Collegio la prevalente giurisprudenza delle Sezioni Unite, pur ricordata dalla Regione appellante, in materia dei c.c.dd. diritti assoluti, incompressibili e inaffievolibili.

24.1. Ha chiarito anche di recente la Suprema Corte che le controversie relative a tutte le prestazioni erogate dal Servizio Sanitario Nazionale – ricorrendo un rapporto obbligatorio tra cittadini e amministrazione, con l'esclusione di un potere autorizzatorio – sono devolute alla competenza del giudice ordinario, ai sensi del criterio generale di riparto delle giurisdizioni definito dalla l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, art. 2, e presupposto dell'art. 442 c.p.c. (v., tra le tante, Cass., Sez. Un., 22.2.2012, n. 2570 in *Foro amm.*, C.d.S., 2012, 2, 263), e che siffatto tipo di controversie non rientra in alcuna delle ipotesi di giurisdizione esclusiva, ma neppure, trattandosi di diritto soggettivo perfetto, nella giurisprudenza amministrativa di legittimità.

24.2. Alla base di tale consolidato orientamento la sentenza appena citata ha ribadito che, ai fini del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, la lesione di una specifica pretesa, quale quella facente capo al diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost., è sufficiente, sulla base del criterio del *petitum* sostanziale, che va identificato soprattutto in funzione della causa petendi e, cioè, dell'intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio, a far ritenere che la parte, quale assistita dal Servizio Sanitario Regionale, abbia fatto valere un diritto soggettivo, oggetto della tutela garantita dall'art. 32 Cost. in favore

di tutti i cittadini, e che, trattandosi di un diritto primario e fondamentale, il pur necessario contemperamento con altri interessi non vale a sottrargli la consistenza di diritto soggettivo perfetto.

24.3. Secondo la Suprema Corte la posizione creditoria correlata al diritto alla salute non è per sua natura suscettibile di essere affievolita dal potere di autorizzazione o, comunque, dall'esercizio di qualsivoglia potere da parte della pubblica amministrazione.

24.4. Si sarebbe peraltro anche al di fuori del perimetro della giurisdizione esclusiva, designato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 204 del 2004 relativa all'art. 33, comma 2, lett. e), del d. lgs. 80/1998.

24.5. Analogamente, ad esempio, la Suprema Corte ha stabilito che la controversia relativa al diniego dell'autorizzazione ad effettuare cure specialistiche presso centri di altissima specializzazione all'estero appartiene alla giurisdizione del g.o., giacché la domanda è diretta a tutelare una posizione di diritto soggettivo – il diritto alla salute – non suscettibile di affievolimento per effetto della discrezionalità meramente tecnica attribuita in materia alla p.a., senza che rilevi che, in concreto, sia stato chiesto l'annullamento dell'atto amministrativo, il quale implica solo un limite interno alle attribuzioni del g.o., giustificato dal divieto di annullamento, revoca o modifica dell'atto amministrativo ai sensi dell'art. 4, l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, e non osta alla possibilità per il giudice di interpretare la domanda come comprensiva della richiesta di declaratoria del diritto ad ottenere l'autorizzazione ad effettuare le cure all'estero (Cass., Sez. Un., 6.9.2013, n. 20577, in *Foro amm.*, C.d.S., 2013, 12, 3324).

25. Pure la giurisprudenza di questo Consiglio, seppur in riferimento alle spese mediche sostenute all'estero, riconosce la teoria dei diritti assoluti, declinando la propria giurisdizione (Cons. St., sez. III, 11.7.2011, n. 4156, in *Foro amm.*, C.d.S., 2011, 7-8, 2352).

26. Deve tuttavia darsi conto, come del resto ha fatto il T.A.R. menzionando la sopra citata sentenza delle Sezioni Unite, 28.12.2007, n. 27187, di un diverso orientamento, seguito appunto dalle Sezioni Unite, secondo cui tale tesi – che si fonda sul presupposto che sui diritti fondamentali protetti dalla Costituzione,

in quanto gli stessi non sono degradabili ad interessi legittimi, la p.a. agirebbe sempre in carenza assoluta di potere e, quindi, i comportamenti posti in essere dalla stessa dovrebbero sempre essere valutati, perché non fondati sull'esercizio di un potere, come attività materiali e di mero fatto, riservate alla esclusiva cognizione del giudice ordinario – non può essere condivisa, trattandosi di una tesi sostenibile allorché il riparto di giurisdizione si fondava esclusivamente sulla tradizionale bipartizione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, ma non più sostenibile dopo l'entrata in vigore del d. lgs. 80/1998, come modificato dalla l. 205/2000 e ridisegnato dalle sentenze della Corte costituzionale del 28.4.2004, n. 204, e dell'8.3.2006 n. 191.

25.1. A seguito della entrata in vigore di detta normativa, infatti, in materia di giurisdizione esclusiva non rileva più, al fine del riparto della giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario, la distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, anche se vengono in considerazione diritti costituzionalmente protetti e non suscettibili di affievolimento ad interessi legittimi, ma la distinzione tra comportamenti distinzione tra comportamenti riconducibili all'esercizio di pubblici poteri e meri comportamenti, identificabili questi in tutte quelle situazioni in cui la pubblica amministrazione non esercita – nemmeno mediamente, e cioè avvalendosi della facoltà di adottare strumenti intrinsecamente privatistici – alcun pubblico potere.

25.2. In un recente arresto la Cassazione ha così ribadito il “principio, già affermato da questa Suprema Corte (cfr. Cass. n. 27187 del 2007, resa a sezioni unite), secondo cui anche in materia di diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, quali il diritto alla salute (art. 32 Cost.) – allorché la loro lesione sia dedotta come effetto di un comportamento materiale espressione di poteri autoritativi e conseguente ad atti della p.a. di cui sia denunciata la illegittimità, in materie riservate alla giurisdizione esclusiva dei giudici amministrativi, come quella della gestione del territorio – compete a detti giudici la cognizione esclusiva delle relative controversie in ordine alla sussistenza in concreto dei diritti vantati, al contemperamento o alla limitazione di tali diritti in rapporto all'in-

teresse generale pubblico all'ambiente salubre, nonché alla emissione dei relativi provvedimenti cautelari, che siano necessari per assicurare provvisoriamente gli effetti della futura decisione finale sulle richieste inibitorie, demolitorie ed eventualmente risarcitorie dei soggetti che deducono di essere danneggiati da detti comportamenti o provvedimenti” (Cass., Sez. Un., 5.3.2010, n. 5290, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 4, 1370).

25.3. La dottrina, anche nel prendere spunto da tale pronuncia, non ha mancato di auspicare che si prosegua in questa direzione e che la giurisprudenza prenda il coraggio di compiere l'ultimo passo e, abbandonando la teoria dell'indegradabilità, attribuisca finalmente al g.a. il ruolo che gli è assegnato dalla Costituzione: quello di titolare del potere di attuare nel giudizio l'effettività dell'ordinamento.

25.4. Tale secondo orientamento, che appare preferibile, è del resto avvalorato anche dalla normativa sopravvenuta – pur non applicabile *ratione temporis* alla presente controversia, ma recettiva della giurisprudenza costituzionale cristallizzatasi nelle sentenze n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006 – e, in particolare, dal codice del processo amministrativo, il cui art. 7, comma 1, radica la giurisdizione, di legittimità ed esclusiva, del g.a. nelle controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili, anche mediamente, all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni.

25.5. Non ignora nemmeno il Collegio che in una vicenda amministrativa, che pure presenta innegabili e interessanti profili di connessione al presente contenzioso, vicenda concernente l'impugnazione dell'atto del Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Comunitarie, con il quale sono state dettate ai Presidenti delle Regioni e delle Province Autonome di Trento e Bolzano disposizioni ed indirizzi volti a garantire che le strutture sanitarie pubbliche e private si uniformino al principio di garantire sempre la nutrizione e l'idratazione artificiale nei confronti di soggetti in stato vegetativo persistente, il T.A.R. Lazio, con la



sentenza n. 8650 del 12.9.2009 (in *Foro amm.*, T.A.R., 2009, 2471-2476), ha dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo proprio richiamandosi alla teoria dei diritti indegradabili.

25.6. Non si è mancato tuttavia di osservare, rispetto a tale pronuncia declinatoria della giurisdizione e, più in generale, in ordine alla teoria dei cc.dd. diritti indegradabili, che l'affermazione secondo cui taluni diritti non sarebbero suscettibili di affievolimento nel contatto con il potere pubblico, in passato formulata, a partire da Cass., Sez. Un., 9.3.1979, n. 1463, proprio per giustificare interventi del giudice ordinario, ha avuto un effetto boomerang contro i titolari di questi diritti, che si troverebbero sprovvisti della tutela demolitoria, somministrata dal giudice amministrativo, proprio di fronte alle violazioni più gravi di diritti costituzionalmente rilevanti.

26. E questo stesso Consiglio, nella sentenza della sez. VI, 13.2.2006, n. 556, riguardante la pur complessa vicenda dei crocefissi presenti nelle aule scolastiche, ha ricordato che “la concezione dei diritti ‘perfetti’ o ‘non degradabili’ è stata elaborata per riconoscere ulteriori possibilità di tutela per il cittadino, non certo per escludere forme di tutela preesistenti” e che “di conseguenza da tale concezione non si può desumere alcuna riduzione della legittimazione a ricorrere avanti al giudice amministrativo”.

27. Ritiene il Collegio che il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 33, comma 1, del d. lgs. 80/1998, nel testo risultante dalla pronuncia della Corte cost. n. 204 del 2004, abbia giurisdizione esclusiva, in materia di pubblici servizi, allorché l'amministrazione rifiuti la prestazione sanitaria richiesta dal privato mediante l'esercizio di un potere autoritativo, come è avvenuto nel caso di specie, e all'esito di un procedimento iniziatosi ad istanza di parte.

26.1. Non giova invocare, in senso contrario, la categoria dei cc.dd. diritti incomprimibili, poiché tale categoria, sviluppata trentacinque anni or sono, ad opera delle Sezioni Unite della Cassazione nella sentenza del 9.3.1979, n. 1463, in ordine alla localizzazione delle centrali nucleari, e successivamente riaffermata dalle Sezioni Unite per la tutela di diritti fondamentali quali quello alla salute e all'ambiente, ha consentito al giudice ordinario di pronunciarsi

su domande tese ad ottenere sentenza di condanna nei confronti della pubblica amministrazione nell'ambito di rapporti segnati dall'adozione di provvedimenti amministrativi.

26.2. Il presupposto teorico è che tali diritti, pur nel contatto con il potere pubblico, non siano suscettibili di essere degradati ad interessi legittimi: il provvedimento amministrativo non avrebbe la forza di subordinare interessi così intimamente legati alla realizzazione della persona e a cui l'ordinamento riconosce la protezione più intensa.

26.3. Si è anche detto che l'espansione dei poteri del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione si basa sull'idea che il provvedimento che incida sui diritti fondamentali sia il frutto di uno sconfinamento dell'Amministrazione dalla sfera di potere attribuitale dall'ordinamento e delimitata anche dalle garanzie costituzionali delle posizioni soggettive.

26.4. L'Amministrazione che adotti provvedimenti lesivi di tali diritti agisce, secondo tale impostazione, “nel fatto” e non è in grado, appunto, di affievolirne il contenuto inviolabile e incomprimibile, sicché anche il preteso esercizio del potere, da parte dell'Amministrazione, non radicherebbe la giurisdizione del giudice amministrativo.

26.5. La dottrina dei diritti incomprimibili deve ormai ritenersi priva di un solido e convincente sostegno in un'ampia attenta e attenta ricognizione del nostro ordinamento e alla luce, soprattutto, dei fondamentali principi affermati dalla Corte costituzionale nelle sentenze n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006 in tema di riparto di giurisdizione.

26.6. Essa non solo presuppone l'ormai obsoleta teoria della degradazione, che non è in grado di descrivere appropriatamente la dinamica delle situazioni giuridiche soggettive nel confronto con il pubblico potere, ma non risponde più nemmeno al tradizionale criterio che regola il riparto della giurisdizione e, cioè, il *petitum* sostanziale e la natura sostanziale della situazione giuridica soggettiva lesa, criterio che, a suo volta, necessita di essere letto e compreso alla luce delle coordinate interpretative delineate dalla Corte costituzionale.

26.7. La “consistenza” di tale situazione, che radica, a seconda dei casi, la giurisdizione

del g.o. o del g.a., non può essere aprioristicamente affermata sulla base dell'astratto suo contenuto od oggetto – la salute o l'ambiente – ma deve essere apprezzata, in concreto e nella mutevole dinamica del rapporto con l'amministrazione, rispetto all'esercizio, seppur in forma mediata, del pubblico potere.

27. L'esercizio del pubblico potere non “degrada” la situazione giuridica soggettiva del privato, con una sorta di *capitis deminutio*, così come, per converso, la “forza” della situazione giuridica soggettiva non annulla l'esercizio del potere.

27.1. Il nucleo sostanziale di tale situazione giuridica soggettiva lesa, diritto soggettivo o interesse legittimo, resta il medesimo, sul piano dell'ordinamento generale, e non può essere inciso dall'esercizio del potere, se lo stesso ordinamento non riconosce all'Amministrazione, per un superiore fine pubblico, la potestà di conformarlo.

27.2. Laddove l'Amministrazione vulneri tale situazione del privato con un mero comportamento materiale o con una mera inerzia, non legati in alcun modo, nemmeno mediato, all'esercizio di tale potere, tale situazione di diritto soggettivo rientra nella cognizione del giudice ordinario, al quale compete la tutela di tutti i rapporti tra il privato e l'Amministrazione nei quali quest'ultima non abbia assunto la veste di autorità, bensì abbia svolto un ruolo paritetico, a seconda dei casi, di contraente o di danneggiante o, comunque, di soggetto assimilabile a qualsivoglia parte di un normale rapporto giuridico *iure privatorum*.

27.3. Quando invece l'Amministrazione pretenda di incidere sul rapporto mediante l'esercizio di un potere pubblicistico, la situazione del privato che “dialoga” col potere e vi si contrappone assume la configurazione dell'interesse legittimo, tutelabile avanti al giudice amministrativo.

27.4. Il sostrato sostanziale della situazione giuridica soggettiva è sempre il medesimo e non è degradato dall'esercizio del potere né, per converso, potenziato dal ruolo di superdiritto o diritto inaffievolibile.

28. Diverso è, invece, il modo con il quale l'ordinamento considera e tutela tale situazione a seconda che essa debba misurarsi con un mero comportamento dell'Amministrazione o, in-

vece, con un potere attribuito a questa dalla legge per il perseguimento di una determinata finalità di interesse pubblico.

28.1. L'ordinamento disegna la medesima situazione secondo “geometrie variabili”, pur nella garanzia di uno stesso “nucleo” irriducibile, e ciò perché esso, nella sua totalità e nella sua complessità, deve contemperare, su diversi e spesso interferenti livelli, molteplici esigenze e proteggere, in un difficile bilanciamento, gli interessi di diversi attori, pubblici e privati, sacrificando ora gli uni ora gli altri alla luce di difficili e molteplici valutazioni, anzitutto di rilievo e di impatto costituzionale.

28.2. La variabilità o, se si vuole, la convertibilità di tali situazioni, rispetto alle quali appare improprio e fuorviante predicare l'esistenza di diritti assoluti e “incomprimibili”, si rivela proprio nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva e, in particolare, in quelle materie nelle quali la distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo, proprio per l'intima compenetrazione e “convertibilità” tra tali situazioni, è così intesa e inestricabile che, per ragioni di effettività e di concentrazione della tutela giurisdizionale, il legislatore ha ritenuto di doverne affidare la cognizione ad un solo giudice, quello amministrativo, a condizione però, come ha ben chiarito la Corte costituzionale, che tale cognizione si fondi sull'esercizio, seppur in forma mediata, del potere, ragione vera, prima ed ultima, che giustifica la giurisdizione del giudice amministrativo chiamato a garantire la legalità nell'azione amministrativa.

28.3. In questo quadro, pertanto, è il concreto esercizio del potere pubblico a connotare la correlativa situazione del privato e non viceversa.

28.4. La pretesa natura di “diritto indegradabile” non può rendere nullo, *tamquam si non esset*, l'esercizio del potere, sì da far affermare che l'Amministrazione, a fronte di esso, agisca senza alcuna prerogativa pubblicistica e solo “nel fatto”, poiché il diritto indegradabile non ha uno statuto “ontologico”, ma implica già un giudizio di valore, un bilanciamento tra gli interessi in gioco, quello, pur fondamentale, fatto valere dal privato e quello tutelato dall'Amministrazione con l'esercizio del potere.

29. Discende da queste considerazioni che il diritto alla salute, di cui il tutore di (*Omissis*)

ha inteso far valere l'attuazione con la sua richiesta, volta ad ottenere l'indicazione di una struttura sanitaria ove ricoverare la figlia per la sospensione del trattamento sanitario, ha incontrato nel caso di specie l'esercizio di un potere autoritativo, da parte della Regione, inteso a negare tale pretesa e che, a fronte di tale spendita del pubblico potere, non può che radicarsi la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di un pubblico servizio come quello sanitario, ai sensi dell'art. 33 del d. lgs. 80/1998, indipendentemente dalla natura, pur complessa e variabile per le ragioni sopra dette, della situazione giuridica dedotta.

(*Omissis*)

30. In altri termini, per riassumere e concludere sul punto, sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo, nel caso di specie esclusiva ai sensi dell'art. 33, comma 2, lett. f), del d. lgs. 80/1998 applicabile *ratione temporis*, laddove l'Amministrazione, nell'ambito di un pubblico servizio, si contrapponga al privato, come ha inteso fare la Regione Lombardia, assumendo la veste autoritativa.

31. Nel merito, tutto ciò premesso sulle questioni pregiudiziali, l'appello della Regione Lombardia è infondato.

32. Il provvedimento della Direzione Centrale Sanità della Regione Lombardia non ha accolto l'istanza formulata da (*Omissis*), tutore di (*Omissis*), sulla base di due distinti, per quanto connessi, ordini di motivazioni.

32.1. Secondo la Regione, anzitutto, le strutture sanitarie sono deputate alla presa in carico diagnostico-assistenziale dei pazienti e in tali strutture, hospice compresi, deve essere garantita l'assistenza di base che si sostanzia nella nutrizione, nell'idratazione e nell'accudimento delle persone.

32.2. [*sic*] In particolare, ha soggiunto la nota regionale, negli hospice possono essere accolti solo malati in fase terminale.

32.3. La Regione ha poi evidenziato una seconda ragione ostativa all'accoglimento dell'istanza e, cioè, che il personale sanitario, che procedesse, in una delle strutture del Servizio Sanitario, alla sospensione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiali verrebbe meno ai propri obblighi professionali e di servizio, anche in considerazione del fatto che il provvedimento giurisdizionale, di cui il tutore chiedeva

l'esecuzione, non conterrebbe alcun obbligo formale di adempiere a carico di soggetti o enti individuati.

34. Il T.A.R. lombardo, accogliendo il ricorso proposto da (*Omissis*), ha annullato il provvedimento regionale poiché ha ritenuto che il diritto costituzionale di rifiutare le cure, riconosciuto ad (*Omissis*) dalla sentenza della Cassazione e, in sede di rinvio, dalla Corte d'Appello di Milano, è un diritto di libertà assoluto, efficace *erga omnes* e, quindi, nei confronti di chiunque intrattenga con l'ammalato il rapporto di cura, sia nell'ambito di strutture sanitarie pubbliche che private.

34.1. La manifestazione di tale consapevole rifiuto renderebbe doverosa la sospensione dei mezzi terapeutici, il cui impiego non dia alcuna speranza di uscita dallo stato vegetativo in cui versa la paziente e non corrisponda alla sua volontà.

34.2. Tale obbligo sussiste anche ove sia sospeso il trattamento di sostegno vitale, con conseguente morte del paziente, giacché tale ipotesi non costituisce, secondo il nostro ordinamento, una forma di eutanasia, bensì la scelta insindacabile del malato di assecondare il decorso naturale della malattia sino alla morte.

34.3. Il primo giudice ha anche rilevato, sotto altro profilo, che rifiutare il ricovero ospedaliero, dovuto in linea di principio da parte del Servizio Sanitario Nazionale a chiunque sia affetto da patologie mediche, per il sol fatto che il malato abbia preannunciato la propria intenzione di avvalersi del suo diritto alla interruzione del trattamento, significa di fatto limitare indebitamente tale diritto.

34.4. L'accettazione presso la struttura sanitaria pubblica non può, infatti, essere condizionata alla rinuncia del malato ad esercitare un suo diritto fondamentale.

34.5. Né il rifiuto opposto dall'Amministrazione alla richiesta del tutore, secondo il T.A.R., può giustificarsi con ragioni attinenti all'obiezione di coscienza, poiché spetta alla legge disciplinare compiutamente le modalità e i limiti entro i quali possono assumere rilevanza i convincimenti intimi del singolo medico, ferma la necessità che la struttura ospedaliera garantisca, comunque, la doverosità del soddisfare officio.

35. La Regione appellante osserva, anzitutto

to, che il T.A.R. non considera che la natura di trattamento sanitario dell'alimentazione e dell'idratazione artificiale, pur dopo la pronuncia della Cass., sez. I, 16.10.2007, n. 21748, resta asserzione più che dubbia ed oggetto di controversie scientifiche (pp. 22-25).

35.1. A sostegno di tale assunto la Regione menziona il parere del Comitato nazionale per la bioetica del 30.9.2005 – secondo cui alimentare e idratare una persona, anche se assistita da una struttura sanitaria, costituisce sostentamento ordinario di base, sicché interrompere la nutrizione e l'idratazione artificiale sarebbe una forma, dal punto di vista umano e simbolico particolarmente crudele, di abbandono del malato – nonché la nota del 16.12.2008 del Ministro delle Politiche Sociali, che invitava le Regioni e le Province Autonome di Trento e Bolzano ad adottare le misure necessarie affinché l'ammalato non sia mai abbandonato e, se disabile, non sia discriminato.

35.2. Le persone che versano, come si trovava (*Omissis*), in uno stato vegetativo permanente non necessiterebbero, normalmente, di apparecchiature sofisticate o di specifiche terapie, ma solo di accudimento (care), tanto che deve esser loro soltanto garantito il semplice sostentamento ordinario di base e, cioè, la nutrizione e l'idratazione, sia che vengano fornite per via naturale sia che vengano somministrate per vie artificiali.

35.3. In conclusione, sostiene l'appellante, errerebbe il T.A.R. nell'affermare che, nel caso di idratazione e di alimentazione artificiale, ci si troverebbe in presenza di "atti medici" o "trattamenti medici in senso proprio".

36. La tesi dell'appellante è infondata.

36.1. Essa contrasta anzitutto, e inammissibilmente, con quanto ha stabilito, ormai con autorità di giudicato, la Suprema Corte di Cassazione, laddove ha ritenuto che "non v'è dubbio che l'idratazione e l'alimentazione artificiali con sondino nasogastrico costituiscono un trattamento sanitario" e che "esse, infatti, integrano un trattamento che sottende un sapere scientifico, che è posto in essere da medici, anche se poi proseguito da non medici, e consiste nella somministrazione di preparati come composto chimico implicanti procedure tecnologiche" (Cass., sez. I, 16.10.2007, n. 21478).

36.2. Siffatta qualificazione è, del resto, con-

validata dalla comunità scientifica internazionale, come ha osservato la Suprema Corte.

36.3. Per questo, se anche si volesse per absurdum prescindere, come pretende la Regione, dalla valutazione della Cassazione, la tesi dell'appellante non meriterebbe condivisione.

37. La nutrizione e l'idratazione artificiale costituiscono trattamenti medici.

37.1. La tesi della Regione appellante è, in tal senso, destituita di fondamento scientifico né può trovare solido conforto nel parere, per quanto autorevole sul piano morale, di una commissione che non ha per legge competenze scientifiche in materia o di un mero atto di indirizzo del Ministro delle Politiche Sociali, che proprio a tale parere si richiama e che non può certo, per *factum principis*, imporre una definizione scientifica di trattamento sanitario.

37.2. Il richiamo a tali atti, basterebbe qui solo aggiungere, integra del resto una motivazione postuma, non presente nel provvedimento impugnato, del tutto inammissibile, al di là della sua totale inattendibilità sul piano scientifico.

37.3. Questo Consiglio già in una propria precedente pronuncia ha chiarito che la nutrizione artificiale è un complesso di procedure mediante le quali è possibile soddisfare i fabbisogni nutrizionali di pazienti che non sono in grado di alimentarsi sufficientemente per la via naturale (v., sul punto, Cons. St., sez. III, 2.9.2013, n. 4364).

37.4. La società scientifica di riferimento in Italia, la Società Italiana di Nutrizione Parenterale ed Enterale (SINPE), nelle sue Precisazioni in merito alle implicazioni bioetiche della nutrizione artificiale del gennaio 2007, ha definito appunto tale forma di nutrizione come "un complesso di procedure mediante le quali è possibile soddisfare i fabbisogni nutrizionali di pazienti non in grado di alimentarsi sufficientemente per via naturale".

37.5. Si distinguono, in particolare, due tipi di nutrizione artificiale (NA): la forma parenterale, in cui i nutrienti (acqua, glucosio, aminoacidi, elettroliti, grassi, vitamine, oligoelementi) vengono immessi direttamente nella circolazione sanguigna attraverso una vena di grosso calibro, e la forma enterale, in cui i nutrienti sono somministrati direttamente nel tubo digerente mediante apposite sonde inserite dal naso oppure attraverso orefizi creati chirurgicamente

nell'addome (le cc.dd. stomie e, tipicamente, la PEG, Percutaneous Endoscopic Gastronomy).

37.6. Nel caso di (*Omissis*) la nutrizione artificiale era di tipo enterale e veniva somministrata tramite un sondino naso-gastrico.

38. La SINPE, che ha fatto propria la posizione di omologhe società internazionali, ha chiarito che “la NA è da considerarsi, a tutti gli effetti, un trattamento medico fornito a scopo terapeutico o preventivo” e che “la NA non è una misura ordinaria di assistenza (come lavare o imboccare il malato non autosufficiente)” poiché essa ha, come tutti i trattamenti medici, indicazioni, controindicazioni ed effetti indesiderati.

38.1. L'attuazione della NA, proprio per questo, presuppone e prevede il consenso informato del paziente o del suo delegato, secondo le norme del codice deontologico.

38.2. La NA è dunque una procedura medica complessa, che richiede un intervento invasivo sul corpo del malato – sia esso l'inserimento del sondino dal naso-gastrico sino al lume gastrico o consista esso nella creazione chirurgica di un orifizio attraverso il quale il sondino stesso passa – e, con esso, la somministrazione, di regola mediante apposite pompe, di nutrienti calibrati per qualità e quantità secondo la massa corporea del paziente e le sue patologie e, infine, il periodico monitoraggio della situazione nutrizionale e metabolica, tanto più necessario nell'ipotesi di paziente che da lunghi anni versò in stato vegetativo permanente.

38.3. La decisione di somministrare al paziente l'alimentazione e l'idratazione artificiale è, in tutto e per tutto, il frutto di una strategia terapeutica che il medico, con il consenso informato del paziente, adotta, valutando costi e benefici di tale cura per il paziente, ed è particolarmente invasiva, per il corpo del paziente stesso, poiché prevede, nel caso della nutrizione enterale, addirittura l'inserimento di un sondino che dal naso discende sino allo stomaco o l'apertura di un orifizio, attraverso un intervento chirurgico, nell'addome.

38.4. L'inserimento, il mantenimento e la rimozione del sondino naso-gastrico o della PEG sono dunque atti medici, previsti e attuati nell'ambito e in funzione di una precisa e consapevole strategia terapeutica adottata con il necessario consenso del paziente.

38.5. L'alimentazione e l'idratazione artificiale non possono in alcun modo essere considerati una forma di alimentazione sui *generis*, quasi un regime dietetico a parte, un surrogato della normale alimentazione e idratazione naturale.

38.6. Essi richiedono l'impiego di particolari tecniche mediche, che devono essere poste in pratica da personale specializzato, un costante monitoraggio della situazione nutrizionale e metabolica, stante anche il particolare contenuto e gli eventuali effetti indesiderati dei nutrienti forniti attraverso l'alimentazione e l'idratazione artificiale, una valutazione della loro efficacia terapeutica che solo il medico, e non altri, può compiere.

38.7. Tali osservazioni sono state sostenute e fatte proprie dalle maggiori società scientifiche internazionali e nelle conclusioni raggiunte dal Gruppo di Lavoro su nutrizione e idratazione nei soggetti in stato di irreversibile perdita della coscienza, istituito con Decreto del Ministro della Sanità del 20.10.2000 e rese pubbliche nel 2001.

39. La tesi della Regione, dunque, è scientificamente infondata, oltre che giuridicamente inammissibile, e va respinta.

40. Ancora, sviluppando un diverso ordine di argomentazioni, la Regione appellante sostiene che, pur ammettendo che l'idratazione e l'alimentazione costituiscano “cure mediche”, il richiamo, decisivo, ai principi desumibili dall'art. 32 Cost. si rivelerebbe del tutto improprio.

40.1. La disposizione costituzionale fissa due principi fondamentali: quello di ricevere cure adeguate e quello di non essere assoggettati a prestazione sanitarie non volute, se non nei casi espressamente previsti dalla legge.

40.2. Nel caso in esame, invece, il tutore non avrebbe richiesto per la figlia alcuna cura né avrebbe chiesto alla pubblica amministrazione di prestare cure non volute, alle quali conseguirebbe il vincolo del consenso informato, e neppure avrebbe richiesto di interrompere cure inutili – o ritenute tali – che avrebbero sostanzialmente un accanimento terapeutico.

40.3. (*Omissis*), al contrario, avrebbe richiesto al Servizio Sanitario Regionale di effettuare una prestazione – distacco del sondino naso-gastrico accompagnato da ulteriori misure qua-

li la sedazione – che, come hanno dimostrato i fatti successivi, avrebbero condotto fatalmente (*Omissis*) alla morte.

40.4. La difesa regionale assume che il T.A.R. lombardo, nella propria decisione, abbia ommesso di considerare che la condizione in cui versava (*Omissis*) non potesse in alcun modo comportare l'accoglimento della richiesta di un ricovero ai fini indicati nel decreto della Corte d'Appello di Milano e dalla richiesta di (*Omissis*).

40.5. L'obbligo del ricovero, da parte del Sistema Sanitario Regionale, sussisterebbe infatti, secondo tale assunto, solo nei casi in cui si debba (e si possa) curare una determinata patologia.

40.6. Ma lo stato vegetativo permanente in cui versava la ragazza non poteva essere oggetto di una specifica prestazione, quale quella richiesta, in una struttura del Servizio Sanitario Regionale.

40.7. Presso una struttura di tale Servizio (*Omissis*), sostiene la Regione, avrebbe potuto semmai essere assistita e accudita, in conformità al suo stato persistente.

40.8. Ne sarebbe conferma il fatto che una prestazione, come quella richiesta da (*Omissis*), non solo non è prevista tra i LEA (livelli essenziali di assistenza) o da qualsiasi altra norma, ma al contrario risulta vietata in quanto contraria ai principi di accudimento e di sostegno vitali sopra ricordati.

41. In assenza di una disposizione di legge, che preveda una determinata prestazione a carico del Servizio Sanitario Regionale, il T.A.R. non avrebbe quindi potuto imporre tale prestazione in capo alla Regione Lombardia.

41.1. Ulteriore conferma di ciò si trarrebbe dal fatto che, a carico dei sanitari che avessero ottemperato alla richiesta, si sarebbe potuto configurare – e nei confronti dell'équipe di volontari che ha accompagnato (*Omissis*) alla morte effettivamente si è configurata – persino la fattispecie p. e p. dall'art. 579 c.p. (omicidio del consenziente), in quanto nell'ordinamento italiano non è previsto il “diritto di morire”, essendo al contrario costituzionalmente e legislativamente consacrata l'indisponibilità del bene alla vita.

41.2. Poiché (*Omissis*) si trovava, ormai da 17 anni, in stato vegetativo permanente, la Re-

gione Lombardia aveva ritenuto che interrompere l'accudimento – tanto più in una struttura del servizio sanitario pubblico – avrebbe finito, oggettivamente e nonostante il contrario convincimento del T.A.R., per integrare un comportamento non solo riconducibile alla fattispecie dell'art. 579 c.p., ma contrario ai principi secondo cui, in tutte le strutture del Servizio Sanitario Nazionale, deve essere garantita l'assistenza di base, che si sostanzia nella nutrizione, nell'idratazione e nell'accudimento delle persone.

42. La tesi della Regione non può essere condivisa.

42.1. La complessa questione posta dal motivo di censura, nell'assenza di una specifica regolamentazione legislativa della materia, attiene al fondamentale diritto di autodeterminazione terapeutica del paziente e al suo delicato rapporto con le strutture del servizio pubblico deputate all'assistenza sanitaria.

42.2. La Regione muove da un presupposto di principio e, cioè, che sotteso al concetto di “cura”, di cui l'amministrazione deve farsi carico, vi sia un fondamentale principio di beneficiarietà, alla stregua del quale le strutture del Servizio Sanitario Nazionale devono garantire la vita e assicurare la salute del malato, sicché l'obbligo del ricovero, da parte di questo, sussisterebbe solo nei casi in cui si debba (e si possa) curare una determinata patologia.

42.3. Quando il malato decide e richiede, invece, di interrompere un trattamento sanitario, come quello di cui si discute, e di non ricevere più l'alimentazione e l'idratazione artificiale, l'Amministrazione non sarebbe tenuta in alcun modo a soddisfare tale richiesta, poiché compito di questa è, in sostanza, solo quello di garantire che il malato sia mantenuto in vita, accudito e “curato”, nel senso appena precisato, e non certo quello di assecondarne la volontà di interrompere la prestazione sanitaria, mediante il distacco del sondino naso-gastrico, e di accompagnarlo ad una “serena morte”.

42.4. Ciò configurerebbe, secondo tale tesi, un “diritto a morire” che non trova spazio nel nostro ordinamento e, soprattutto, non è contemplato dalla complessa disciplina di settore, che regola il Servizio Sanitario Nazionale, e tra i LEA, i livelli essenziali di assistenza sanitaria.

42.5. La Regione trascura in questo modo di considerare, però, che a base del proprio rifiuto di ricoverare l'assistito essa ha inteso porre e imporre d'imperio una visione assolutizzante, autoritativa, della "cura", in termini di necessario beneficio per il paziente, che si è illegittimamente sostituita alla volontà del paziente, al suo specifico bisogno di cura e, in ultima analisi, al suo fondamentale e incompressibile diritto di autodeterminazione terapeutica, quale massima espressione della sua personalità.

43. La Suprema Corte di Cassazione, proprio nel caso di (*Omissis*), ha affermato il fondamentale principio che il consenso informato ha come correlato la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale.

43.1. Ciò è conforme al principio personalistico che anima la nostra Costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in sé; vieta ogni strumentalizzazione della medesima per alcun fine eteronomo ed assorbente; concepisce l'intervento solidaristico e sociale in funzione della persona e del suo sviluppo e non viceversa, e guarda al limite del "rispetto della persona umana" in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive.

43.2. Ed è altresì coerente, ha soggiunto la Cassazione, con la nuova dimensione che ha assunto la salute, non più intesa come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico, e quindi coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza.

43.3. Deve escludersi, ha stabilito ancora la Suprema Corte, che il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita.

43.4. Benché sia stato talora prospettato un obbligo per l'individuo di attivarsi a vantaggio della propria salute o un divieto di rifiutare

trattamenti o di omettere comportamenti ritenuti vantaggiosi o addirittura necessari per il mantenimento o il ristabilimento di essa, la Suprema Corte ha ritenuto che la salute dell'individuo non possa essere oggetto di imposizione autoritativo-coattiva.

43.5. Di fronte al rifiuto della cura da parte del diretto interessato, ha chiarito ancora la Cassazione, c'è spazio – nel quadro della c.d. "alleanza terapeutica", che tiene uniti il malato ed il medico nella ricerca, insieme, di ciò che è bene rispettando i percorsi culturali di ciascuno – per una strategia della persuasione, perché il compito dell'ordinamento è anche quello di offrire il supporto della massima solidarietà concreta nelle situazioni di debolezza e di sofferenza; e c'è, prima ancora, il dovere di verificare che quel rifiuto sia informato, autentico ed attuale.

43.6. Ma, allorché il rifiuto abbia tali connotati, non c'è possibilità di disattenderlo in nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico.

43.7. Lo si ricava dallo stesso testo dell'art. 32 Cost., per il quale i trattamenti sanitari sono obbligatori nei soli casi espressamente previsti dalla legge, sempre che il provvedimento che li impone sia volto ad impedire che la salute del singolo possa arrecare danno alla salute degli altri e che l'intervento previsto non danneggi, ma sia anzi utile alla salute di chi vi è sottoposto (Corte cost., sentenze n. 258 del 1994 e n. 118 del 1996).

43.8. Soltanto in questi limiti è costituzionalmente corretto ammettere limitazioni al diritto del singolo alla salute, il quale, come tutti i diritti di libertà, implica la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità umana propri dell'interessato, finanche di lasciarsi morire.

44. Ora è evidente che la pronuncia della Suprema Corte, le cui argomentazioni salienti sono state sin qui richiamate e riassunte, segna un momento decisivo nell'affermazione dell'autodeterminazione terapeutica del paziente e, nel contempo, manifesta l'intervenuta acquisizione della consapevolezza della centralità del paziente nel percorso di cura.

44.1. Dall'antico paternalismo medico, che

vedeva informazione e consenso del paziente rimessi integralmente all'apprezzamento del medico, unico sostanzialmente a sapere e decidere cosa fosse "bene", in termini curativi, per il paziente, anche la nostra giurisprudenza, dopo un lungo e travagliato percorso, è pervenuta così all'affermazione del moderno principio dell'alleanza terapeutica, snodo decisivo sul piano culturale prima ancor che giuridico, poiché riporta il singolo paziente, la sua volontà, il suo consenso informato e, quindi, il singolo paziente quale soggetto e non oggetto di cura al centro del percorso sanitario, nel quale medico e paziente concorrono nella scelta della strategia terapeutica più rispondente alla visione della vita e della salute propria della persona che si sottopone alla cura.

44.2. La "cura" non è più quindi più un principio autoritativo, un'entità astratta, oggettivata, misteriosa o sacra, calata o imposta dall'alto o dall'esterno, che ciò avvenga ad opera del medico, dotato di un elevato e inaccessibile sapere specialistico, o della struttura sanitaria nel suo complesso, che accoglie e "ingloba" nei suoi impenetrabili ingranaggi l'ignaro e anonimo paziente, ma si declina e si struttura, secondo un fondamentale principium individuationis che è espressione del valore personalistico tutelato dalla Costituzione, in base ai bisogni, alle richieste, alle aspettative, alla concezione stessa che della vita ha il paziente.

44.3. La decisione terapeutica ha nel consenso informato e nell'autodeterminazione del paziente il suo principio e la sua fine, poiché è il paziente, il singolo paziente, e non un astratto concetto di cura, di bene, di "beneficialità", il valore primo ed ultimo che l'intervento medico deve salvaguardare.

44.4. Nessuna visione della malattia e della salute, nessuna concezione della sofferenza e, correlativamente, della cura, per quanto moralmente elevata o scientificamente accettata, può essere contrapposta o, addirittura, sovrapposta e comunque legittimamente opposta dallo Stato o dall'amministrazione sanitaria o da qualsivoglia altro soggetto pubblico o privato, in un ordinamento che ha nel principio personalistico il suo fondamento, alla cognizione che della propria sofferenza e, correlativamente, della propria cura ha il singolo malato.

44.5. Ciò non deve naturalmente comporta-

re un pericoloso soggettivismo curativo o un relativismo terapeutico nel quale è "cura" tutto ciò che il singolo malato vuole o crede, perché nell'alleanza terapeutica è e resta fondamentale l'insostituibile ruolo del medico nel selezionare e nell'attuare le opzioni curative scientificamente valide e necessarie al caso, ma solo ribadire che la nozione statica e "medicale" di salute, legata cioè ad una dimensione oggettiva e fissa del benessere psico-fisico della persona, deve cedere il passo ad una concezione soggettiva e dinamica del concreto contenuto del diritto alla salute, che si costruisce nella continua e rinnovata dialettica medico-paziente, di modo che tale contenuto, dal suo formarsi, al suo manifestarsi sino al suo svolgersi, corrisponda effettivamente all'idea che di sé e della propria dignità, attraverso il perseguimento del proprio benessere, ha il singolo paziente per realizzare pienamente la sua personalità, anzitutto e soprattutto nelle scelte, come quelle di accettare o rifiutare le cure, che possono segnare il destino.

44.6. Nella sentenza n. 438 del 2008 la Corte costituzionale ha ben sottolineato, al riguardo, che il consenso informato, che legittima il trattamento medico, abbia fra l'altro la "funzione di sintesi" proprio tra autodeterminazione e salute.

44.7. Si tratta di diritti fondamentali che proprio nella sintesi del consenso informato, nell'ambito dell'alleanza terapeutica, trovano il loro indefettibile, irriducibile, incomprimibile equilibrio a tutela della persona quale valore in sé nell'ambito del nostro ordinamento (art. 2 Cost.).

45. Il Collegio non ignora che l'affermazione di tale principio, proprio nel caso di (*Omissis*), mentre ha posto fine, almeno in via generale, alle complesse questioni che investono il diritto alla salute e il consenso informato, altre ne ha aperte, più complesse e spinose, sul piano civilistico, penalistico e, come mostra la presente vicenda, anche amministrativo, nella ricostruzione del rapporto tra consenso informato e responsabilità del medico, singolarmente, o del servizio sanitario nel suo complesso.

45.1. L'assenza di una specifica disciplina legislativa, che sia intervenuta, almeno attraverso una normazione di principio, a regolamentare le cc.dd. direttive anticipate di tratta-



mento e a chiarire il contenuto di tale complesso rapporto, aggrava certo la risoluzione di tale questioni e rende arduo all'interprete ricostruire, in un'operazione ricognitiva di più vasto e sistematico respiro, il quadro ordinamentale.

45.2. Un intervento legislativo è tanto più necessario e indilazionabile per i delicati profili connessi alla vincolatività delle direttive anticipate di trattamento date dal paziente nei confronti del medico, che in altre esperienze giuridiche, come quella tedesca e spagnola, ha ricevuto una risposta positiva, ad esempio, con la previsione della c.d. *Patientenverfügung* (§ 1901a del BGB) o con la legge n. 41 del 14.11.2002 nell'ordinamento iberico; per la eventuale responsabilità penale del medico, a titolo di omicidio del consenziente (art. 579 c.p.), che con una condotta attiva e non solo omissiva, seppure su richiesta espressa del paziente, interrompa le cure e ne determini la morte, che si ritiene, seppur non senza contrasti, sia scriminata, ai sensi dell'art. 51 c.p., proprio dall'adempimento di un dovere; sull'eventuale previsione dell'obiezione di coscienza, dovendosi comunque garantire la libertà di coscienza che ciascun medico, nella propria autonomia professionale, indubbiamente ha; sull'organizzazione, da ultimo ma non per ultimo, della struttura sanitaria e del personale medico chiamato a ricevere e ad attuare le direttive anticipate di trattamento e sui relativi protocolli, come è avvenuto, ad esempio, nelle modifiche normative di recente apportate al Code de la santé publique in Francia.

45.3. Si tratta di problemi di enorme ampiezza e complessità, che richiedono e attendono, ormai da troppo tempo, un intervento legislativo a colmare quello che è stato definito un inquietante "spazio libero dal diritto" (*rechtsfreier Raum*), nel quale, in mancanza di specifiche previsioni circa la effettività, la serietà e la consapevolezza del consenso informato espresso dal paziente, specialmente nei casi in cui questo versi ormai in uno stato di incapacità o di incoscienza, e circa la correttezza delle procedure mediche da adottarsi per accertarlo ed attuarlo, come ha avvertito la più sensibile dottrina penalistica (e non solo), potrebbero trovare – e talvolta drammaticamente trovano – fertile terreno, una volta riconosciuto il principio dell'autodeterminazione e sulla linea di un

temuto c.d. pendio scivoloso (*slippery slope*), forme silenti o striscianti di non consentita eutanasia.

45.4. Ma nell'attuale situazione dell'ordinamento, che ai principi costituzionali e alla loro diretta efficacia deve uniformarsi, e sul piano dell'azione amministrativa e di un corretto o meno esercizio del potere, che qui solo rileva, il vuoto normativo, come anche la mancata previsione di specifiche misure organizzative nella legislazione del servizio sanitario nazionale o nei livelli essenziali di assistenza, non può certo risolversi nel diniego di eseguire la prestazione sanitaria e ancor meno, a fronte di tale illegittimo rifiuto, in un diniego di tutela giurisdizionale e conseguentemente, per il principio *ubi ius, ibi remedium*, nella sostanziale negazione di un diritto fondamentale, come quello di cui si discute, anzi del più fondamentale e inviolabile dei diritti, quello sulla propria vita e sul proprio corpo, nella concezione e nella proiezione che ciascuno ha di sé e della propria dignità, anche rifiutando le cure, giacché il diritto alla salute ha un nucleo irriducibile, protetto dalla Costituzione "come ambito inviolabile della dignità umana" (Corte cost., sentenza n. 309 del 1999).

45.5. Indubbiamente l'affermazione di un principio, come quello del diritto alla salute e del consenso informato, non può non tener conto che esso, oltre ad essere un diritto assoluto e inviolabile e, come tale, efficace erga omnes e, in particolare, nei riguardi del medico, è anche un diritto soggettivo pubblico o diritto sociale che, nella dinamica del suo svolgersi e del suo concreto attuarsi, ha per oggetto una prestazione medica che ha quali necessari e primari interlocutori le strutture sanitarie e, in primo luogo, il Servizio Sanitario Nazionale.

45.6. Esso ha una natura ancipite, per così dire, ed è un diritto che ha una indubbia valenza privatistica, in quanto massima ed inviolabile espressione della personalità individuale, ma anche una innegabile connotazione pubblicistica, perché può e deve, se lo richiede la sua soddisfazione, trovare adeguata collocazione e necessaria attuazione all'interno del servizio sanitario, non potendo dimenticarsi che la salute, anche nella declinazione personalistica che è venuta ad assumere nel nostro ordinamento, è pur sempre, insieme, diritto fondamentale del-

l'individuo e interesse della collettività (art. 32 Cost.).

45.7. Bene è stato osservato in dottrina che tuttavia, riguardato solo sul versante “privatistico” e ambientato unicamente nella relazione medico-paziente, il consenso informato presenta la duplice e paradossale caratteristica di essere un diritto fortemente affermato, ma debolmente tutelato, mentre solo la diretta responsabilizzazione dell'organizzazione sanitaria consente di non vedere sacrificato, nell'eventuale conflitto tra medico e paziente, il diritto fondamentale di quest'ultimo.

45.8. In questa prospettiva non si deve perciò trascurare, come ha osservato la Corte costituzionale, che “organizzazione e diritti sono aspetti speculari della stessa materia, l'una e gli altri implicandosi e condizionandosi reciprocamente” e che “non c'è organizzazione che, direttamente o almeno indirettamente, non sia finalizzata a diritti, così come non c'è diritto a prestazione che non condizioni l'organizzazione” (Corte cost., sentenza n. 383 del 1998).

46. Ora proprio la vicenda qui in esame è esemplare di tale stretta e vitale interrelazione, interrelazione che, come si è già accennato, radica la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

46.1. A fronte del diritto, inviolabile, che il paziente ha, e – nel caso di specie – si è visto dal giudice ordinario definitivamente riconosciuto, di rifiutare le cure, interrompendo il trattamento sanitario non (più) voluto, sta correlativamente l'obbligo, da parte dell'amministrazione sanitaria, di attivarsi e di attrezzarsi perché tale diritto possa essere concretamente esercitato, non potendo essa contrapporre a tale diritto una propria nozione di prestazione sanitaria né subordinare il ricovero del malato alla sola accettazione delle cure.

46.2. “Cura” non è infatti ciò che l'Amministrazione ritiene di proporre o imporre al paziente, in una visione autoritativa di salute che coincida solo con il principio di beneficialità – poiché è la cura a dover adattarsi, nei limiti in cui ciò sia scientificamente possibile, ai bisogni del singolo malato e non il singolo malato ad un astratto e monolitico concetto di cura – ma il contenuto, concreto e dinamico, dell'itinerario umano, prima ancor che curativo, che il malato ha deciso di costruire, nell'alleanza te-

rapeutica con il medico e secondo scienza e coscienza di questo, per il proprio benessere psico-fisico, anche se tale benessere, finale e transeunte, dovesse preludere alla morte.

46.3. Opzione curativa, strategia terapeutica e cura è anche, in questo senso, il diritto e la possibilità di interrompere il trattamento sanitario, già intrapreso e non più voluto o tollerato; la decisione di vivere sul proprio corpo la propria malattia al di là o al di fuori di un progresso o anche di un qualsivoglia percorso terapeutico; la scelta consapevole e informata, per quanto tragica, di accettare serenamente, anche sol lenendo l'acuirsi della sofferenza, la progressione inarrestabile del male fisico sino alla morte; l'applicazione delle fondamentali cure palliative, ora disciplinate dalla l. 15 marzo 2010, n. 38, e non a caso collocate dall'art. 1 di tale legge, con una previsione che ha un indubbio valore sistematico, nell'ambito dei livelli essenziali di assistenza, e la c.d. terapia del dolore, l'accompagnamento del paziente nella fase terminale della malattia.

46.4. Non è giuridicamente accettabile né scientificamente corretto, prima ancor che contrario ad ogni senso e principio dell'umanità, che esso sia di stampo personalistico o solidaristico, affermare o anche implicitamente ritenere che, anche dopo il rifiuto di un trattamento sanitario da parte del paziente, il tratto terminale della vita, che lo separa dall'interruzione della cura alla più che probabile morte, non possa e non debba anch'esso essere bisognoso e, quindi, meritevole di cura e di presa in carico da parte del Servizio Sanitario Nazionale, seppur nella declinazione di un concetto di “cura” diverso, nel mutato intendimento del paziente, da quello seguito sino a quel momento.

46.5. Non può dunque l'Amministrazione sanitaria sottrarsi al suo obbligo di curare il malato e di accettarne il ricovero, anche di quello che rifiuti un determinato trattamento sanitario nella consapevolezza della certa conseguente morte, adducendo una propria ed autoritativa visione della cura o della prestazione sanitaria che, in termini di necessaria beneficialità, contempra e consenta solo la prosecuzione della vita e non, invece, l'accettazione della morte da parte del consapevole paziente.

46.6. Tale condotta, illegittima, non è soltanto contraria all'inviolabile principio perso-

nalistico, di cui è espressione l'informata e volontaria scelta di rifiutare le cure da parte del paziente, ma anche all'altrettanto fondamentale principio solidaristico, poiché, come si è già supra chiarito, il richiesto distacco del sondino naso-gastrico voluto dal paziente, ancor prima e più delle pur invocate successive cure palliative e della sedazione, è – al pari del suo posizionamento e, appunto, quale *contrarius actus* di questo – un atto medico, che richiede la necessaria cooperazione della struttura sanitaria.

46.7. Non è qui solo questione di un paziente incapace, perché in stato vegetativo permanente, quale era (*Omissis*), poiché qualsivoglia paziente, anche quello capace, non è in grado, da solo e senza procurarsi ulteriori e gratuite sofferenze, di estrarre il sondino dal naso, ponendo termine definitivamente all'alimentazione e all'idratazione artificiale, e di predisporre le necessarie cautele atte ad evitare che tale operazione avvenga senza pericoli immediati o atroci dolori.

46.8. L'interruzione del trattamento sanitario non è quindi e soltanto, nell'ambito di un rapporto obbligatorio, preciso adempimento di un obbligo giuridico, quello di interrompere cure non volute in presenza di un espresso rifiuto del paziente, ma anche preciso adempimento di un più generale dovere solidaristico, che impone all'Amministrazione sanitaria di far cessare tale trattamento, senza cagionare sofferenza aggiuntiva al paziente, laddove egli non voglia più accettarlo, ma non sia tecnicamente in grado di farlo da sé.

46.9. Non vi è dubbio, in tale prospettiva, che l'attuazione del diritto alla salute, proprio per la sua peculiare conformazione e anche nella sua forma di libertà negativa dalla cura, passa attraverso la necessaria intermediazione dell'attività prestata dall'Amministrazione sanitaria e, quindi, attraverso la doverosità di tale prestazione e il contenuto obbligatorio di questa, non essendo il paziente, anche quello capace di esprimere la sua volontà, in grado di soddisfarlo da sé, senza la obbligatoria collaborazione del Servizio Sanitario Nazionale, se si eccettuano quelle ipotesi in cui egli, per la (almeno apparente) semplicità tecnica dell'attività richiesta, è in grado di soddisfarla da sé (come, ad esempio, smettere di prendere un farmaco salvavita).

47. In capo all'Amministrazione sanitaria, dunque, sussiste un vero e proprio obbligo di fare, poiché solo mediante la prestazione della struttura sanitaria è possibile che il diritto del paziente, di fronte al rifiuto del singolo medico, trovi attuazione, né rileva che tale obbligo non sia espressamente affermato dal provvedimento giurisdizionale a carico dell'Amministrazione, poiché esso discende direttamente dalla natura e dall'oggetto del diritto riconosciuto al paziente alla luce dei principi costituzionali direttamente applicabili.

48. Il rifiuto opposto dalla Regione, d'altro canto, si pone in contrasto anche con il principio di imparzialità (art. 97 Cost.), poiché fa dipendere l'accettazione del malato in una struttura sanitaria, come ha correttamente rilevato il T.A.R., dal suo atteggiamento nei confronti della cura, dalla sua accettazione di un certo standard terapeutico, quasi sia la cura in sé e non il malato, singolarmente, il valore giuridico difeso e il precipuo fine del potere esercitato dall'Amministrazione.

49. Non può condividersi nemmeno la tesi della Regione appellante nella parte in cui essa deduce che i sanitari che avessero acceduto alla richiesta del tutore avrebbero posto in essere una fattispecie delittuosa e, più precisamente, l'omicidio del consenziente p. e p. dall'art. 579 c.p.

50. La Regione solleva certo un problema delicato, quello della responsabilità penale del personale medico che proceda materialmente al distacco del sondino o all'interruzione di un trattamento sanitario di sostegno vitale, che è stato variamente affrontato e risolto dalla giurisprudenza e dalla dottrina, pur non senza dubbi e contrasti, pervenendosi perlopiù all'affermazione che il medico, proprio per la sua posizione di garanzia nei confronti del paziente, nel rispettare la volontà di interrompere le cure, manifestata da questi, adempia un dovere, ai sensi dell'art. 51 c.p., e che pertanto il suo comportamento sia scriminato e, quindi, non antiggiuridico, ma al contrario doveroso in ossequio a superiori precetti costituzionali.

51. Proprio nel caso del personale sanitario che procedette al distacco del sondino naso-gastrico di (*Omissis*), pur citato dalla Regione appellante, il G.I.P. di Udine ha disposto l'archiviazione nei confronti del personale sanitario

che procedette all'interruzione del trattamento sanitario, ritenendo sussistente la scriminante dell'adempimento del dovere prevista dall'art. 51 c.p.

52. La questione, certo grave e complessa, non può essere affrontata e risolta nella presente sede, ma rende sempre più necessario e urgente un intervento del legislatore, che contribuisca a dissipare tutte le contestazioni sorte, anche sul piano penalistico, rispetto a simili condotte, anche per un principio di non contraddizione dell'ordinamento che, da un lato, non può consentire il diritto di rifiutare le cure e, dall'altro, incriminare chi tale diritto materialmente attuò, interrompendole, come pure fu già rilevato dal G.U.P. del Tribunale di Roma, per il noto caso di (*Omissis*), nella sentenza n. 2049 del 17.10.2007 (in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 437 e ss.).

53. Certo – ed è quanto solo rileva ai fini del presente giudizio – non compete alla Regione far valere, rivestendo anticipatamente un ruolo difensivo, presunti profili di responsabilità del personale medico, con l'affermazione, implicita ma chiara, che eseguire la volontà del tutore significherebbe compiere un delitto, poiché tale affermazione, oltre che impropria, è errata, essendo tale comportamento scriminato, proprio come dimostra la vicenda in questione.

54. La Regione contesta ancora, al punto *c*) del proprio appello (pp. 27-29), che nel caso di (*Omissis*) non vi era una richiesta finalizzata alla presa in carico assistenziale del paziente, al fine di sottoporlo a cura o terapia, bensì la richiesta di ricovero al solo esclusivo fine, diretto e automatico, di determinarne la morte mediante l'interruzione assistita del sostegno vitale, come i fatti successivi hanno dimostrato.

54.1. L'appellante ha inteso ribadire che le strutture del Servizio Sanitario Regionale sono deputate alla presa in carico diagnostico-assistenziale dei pazienti e non a prestazioni che si sostanzino nell'interruzione attiva dell'assistenza di base.

54.2. Ciò significherebbe, come si legge nel ricorso (p. 28), che su un piano generale un paziente, o chi per esso, può decidere di andare o meno in ospedale e di sottoporsi o meno ad un trattamento (c.d. autodeterminazione terapeutica), ma non può chiedere ad una struttura del Servizio Sanitario Nazionale di praticargli un

trattamento, attivo o passivo, che ne determini la morte.

54.3. Non condivisibile sarebbe, infine, il rilievo del T.A.R. concernente l'obiezione di coscienza, poiché, secondo l'appellante, il giudice di prime cure avrebbe affermato, in modo del tutto tautologico, che la legge non prevede, in questi casi, la possibilità per il medico e infermieristico di astenersi dalle prestazioni per ragioni etico-morali.

54.4. Ma la legge, sottolinea la Regione Lombardia, non prevede questa specifica situazione di astensione per il semplice motivo, più volte rammentato dallo stesso T.A.R., che la fattispecie non è positivamente disciplinata dalla legge.

54.5. L'appellante censura la sentenza per aver usato "due pesi e due misure" (p. 29 del ricorso) e rileva che il fatto che non ci sia una legge sul fine vita non ha impedito al T.A.R. di ritenere sussistente un obbligo di facere della p.a. in nome di pronunce giurisprudenziali particolarmente controverse, mentre lo stesso fatto che una legge non ci sia impedirebbe, invece, di riconoscere un diritto del medico all'obiezione di coscienza.

54.6. Si tratterebbe di "due pesi e due misure inspiegabili", secondo la Regione Lombardia, poiché formalmente la situazione giuridica sarebbe sempre la stessa, sicché da un lato si deduce dall'art. 32 Cost. il preteso diritto alla sospensione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiali e, dall'altro, si nega l'esistenza di un diritto all'obiezione di coscienza che, invece, potrebbe a buon diritto e pianamente dedursi direttamente dall'art. 21 Cost., secondo lo stesso procedimento interpretativo seguito nel primo caso.

55. Anche queste ulteriori argomentazioni critiche, sviluppate dall'appellante, non sono meritevoli di positivo apprezzamento da parte del Collegio.

55.1. Ancora una volta la Regione appellante intende riproporre, con esse, e imporre al paziente una visione autoritativa di "cura" che, in nome di una riduttiva e unilaterale visione della "presa in carico diagnostico-assistenziale", trascura di considerare la volontà del paziente e le sue inviolabili aspettative di vita, anche in relazione alla malattia e alla cura, e nell'infondato timore del c.d. abbandono terapeutico.

tico, che invece proprio la richiesta di ricovero mira a scongiurare, concretizza nei fatti un rifiuto di cura e un tradimento di quell'alleanza terapeutica nella quale può solo correttamente esplicarsi, secondo il fondamentale principio del consenso informato, la dialettica medico/paziente, costringendo quest'ultimo a subire, nella propria vita e sul proprio corpo, le strategie di intervento medico e, in fin dei conti, le decisioni sul proprio percorso esistenziale-curativo da lui non volute né più, comunque, condivise.

55.2. Altro e più complesso problema, naturalmente, è quello della c.d. obiezione di coscienza e dell'eventuale rifiuto, da parte del singolo medico, di effettuare una prestazione, ritenuta in scienza e coscienza contraria alle sue più profonde convinzioni etiche e/o ai suoi doveri professionali, come quella di interrompere l'alimentazione e l'idratazione artificiale, provocando la morte del paziente.

55.3. È questo indubbiamente un punto critico e uno snodo fondamentale del rapporto tra autodeterminazione del paziente e autonomia professionale del medico, nel quale tali fondamentali principi, che devono essere entrambi preservati in un ragionevole punto di equilibrio, possono venire a conflitto.

55.4. La ricerca di tale punto di equilibrio rende tanto più indispensabile ed urgente un intervento legislativo che, eventualmente, preveda l'obiezione di coscienza del personale sanitario, a tutela della sua incompressibile sfera di autonomia professionale e del suo foro "interno", predisponendo nel contempo le misure atte a garantire che l'interruzione del trattamento medico sia comunque garantita al paziente che ne faccia legittima richiesta dal Servizio Sanitario Nazionale, nel suo complesso, e dalle strutture e dal personale all'uopo designati.

55.5. Non spetta comunque alla Regione sollevare un'obiezione di coscienza della struttura sanitaria nel suo complesso, attenendo l'obiezione di coscienza, per sua stessa natura, al foro interno del singolo e non certo all'istituzione pubblica nel suo complesso, che al contrario deve attrezzarsi, nonostante il rifiuto del singolo sanitario dovuto a ragioni di autonomia professionale e morale, per garantire l'effettuazione di una prestazione doverosa.

55.6. Bene è stato osservato in dottrina, al riguardo, che a chi avanza motivi di coscienza si può e si deve obiettare che solo gli individui hanno una "coscienza", mentre la "coscienza" delle istituzioni è costituita dalle leggi che le regolano.

55.7. La risoluzione del potenziale conflitto tra libertà del paziente e coscienza del medico, anche prescindendo dal ruolo della "coscienza" di cui la Regione intende impropriamente farsi portavoce, non può del resto trovare il proprio punto di equilibrio nella totale compressione della prima, come assume la Regione, assegnando una aprioristica prevalenza alla seconda e determinando, perciò, l'illegittimo rifiuto della struttura sanitaria o dell'intero Servizio Sanitario Regionale, nella sua totalità, a ricoverare il paziente che ne faccia richiesta.

55.8. L'assolutizzazione dell'autonomia professionale e l'enfaticizzazione della coscienza medica, che la Regione intende difendere, annullano infatti la libertà di autodeterminazione del paziente, rimettendone la concreta attuazione alla mercé delle ragioni, pur moralmente elevate, del medico, con una regressione a quel paternalismo medico e a quel "dovere di cura" che, invece, la Suprema Corte ha inteso superare, nell'attuazione dei principi costituzionali, con la sentenza del 16.10.2007, n. 21748.

55.9. Si può quindi prescindere in questa sede dalla delicata questione se l'obiezione di coscienza, per essere ammessa, richieda o meno l'interpositio legislatoris, poiché tale questione, che pure dovrebbe o dovrà essere al più presto oggetto di meditazione in sede parlamentare e, quindi, di previsione in sede normativa, non è decisiva ai fini del presente giudizio, non potendo certo l'obiezione di coscienza, ammissibile o meno che sia anche per la sola invocata efficacia immediata dell'art. 21 Cost., essere opposta, a tutela dei singoli, dalla struttura sanitaria nella sua totalità.

56. La Regione appellante, con un ulteriore ordine di argomentazioni sviluppate al punto d) (pp. 29-31 del ricorso), assume che l'obbligo, imposto dal T.A.R., di indicare la struttura per eseguire il trattamento interruttivo dell'idratazione e dell'alimentazione di (*Omissis*) sia stato emanato, al di là degli eventuali profili penalistici, in violazione delle norme che prevedono i doveri del Servizio Sanitario Nazionale.

le, dal d. lgs. 502/1992 al d.P.C.M. sui LEA del 29.11.2001.

56.1. Secondo il primo giudice è l'assolutezza del diritto costituzionale di rifiutare il trattamento sanitario a giustificare la determinazione, contenuta in sentenza, di tale obbligo in capo al Servizio Sanitario Nazionale.

56.2. È opinabile, secondo la Regione, che dall'art. 32 Cost., il quale contempla un diritto individuale alla salute, si possa non solo desumere un diritto assoluto a rifiutare ogni sostegno vitale e a disporre così della propria vita, ma anche un corrispondente obbligo delle strutture pubbliche a prestarsi, senza alcuna eccezione, a soddisfare questo desiderio, espresso, per di più, tramite il tutore.

56.3. La Regione dubita fortemente che tale incondizionato obbligo di fare possa desumersi non già da una fonte legislativa, ma da una regola di diritto ricavata in via interpretativa, proprio in una materia caratterizzata dall'assenza di una legislazione specifica.

56.4. La sentenza impugnata afferma nettamente che una tale regola di diritto non avrebbe minore effetto conformativo, sull'Amministrazione, di una disposizione legislativa esplicita.

56.5. Ma la difesa regionale respinge in toto una simile affermazione, soprattutto in materie tanto delicate, che coinvolgono diritti fondamentali.

57. Anche tali ragioni sono destituite di fondamento.

57.1. Non è pertinente e, comunque, non decisivo il richiamo, peraltro generico, alle norme che disciplinano il Servizio Sanitario Nazionale e i LEA, che secondo tale tesi sarebbero state violate dal T.A.R.

57.2. Tale argomentazione, che costituisce peraltro una inammissibile motivazione postuma da parte dell'Amministrazione, trascurando di considerare che le prestazioni richieste, per espressa ammissione della stessa Regione, attingono al sostegno vitale dell'ammalato e dunque il loro contenuto e grado di essenzialità, sul piano assistenziale, non mutano certo a seconda della richiesta del paziente (o del suo tutore), sì che esse paradossalmente rientrano nei LEA, se tale richiesta abbia ad oggetto la loro somministrazione, e ne sono escluse, invece, se il paziente domandi di sospendere tale somministrazione.

57.3. Nemmeno appaiono condivisibili i motivi critici dell'appellante incentrati sulla portata dell'art. 32 Cost.

57.4. L'impostazione seguita dalla Regione non risponde e non si attiene, infatti, al fondamentale principio che anima l'art. 32 Cost. e, cioè, l'idea stessa di salute individuale come profilo attraverso il quale l'ordinamento contribuisce alla realizzazione della personalità del singolo.

57.5. Questo principio, di immediata efficacia e di diretta applicazione, dà diritto ad una prestazione positiva da parte dell'Amministrazione, prestazione complessa che va dall'accoglienza del malato alla comprensione delle sue esigenze e dei suoi bisogni, dall'ascolto delle sue richieste alla diagnosi del male, dall'incontro medico/paziente alla nascita all'elaborazione di una strategia terapeutica condivisa, alla formazione del consenso informato all'attuazione delle cure previste e volute, nella ricerca di un percorso anzitutto esistenziale prima ancor che curativo, all'interno della struttura sanitaria, che abbia nella dimensione identitaria del malato, nella sua persona e nel perseguimento del suo benessere psico-fisico, il suo fulcro e il suo fine.

57.6. Al centro di questa complessa prestazione sta infatti il malato, in tutta la sua complessa e spesso fragile umanità, non certo un concetto astratto e, comunque, imposto di cura.

57.7. Questa nuova dimensione della prestazione sanitaria risponde alle esigenze più profonde di un moderno diritto amministrativo prestazionale (c.d. *Leistungsverwaltungsrecht*), volto all'erogazione, cioè, di un servizio pubblico fondamentale e di essenziali livelli di assistenza sanitaria (v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. III, 17.12.2013, n. 6024).

57.8. In questi livelli rientrano e devono rientrare, pena l'incostituzionalità di un simile sistema, anche le cure connesse e conseguenti alla volontà di interrompere un trattamento sanitario di sostegno vitale, come l'alimentazione e l'idratazione artificiale, né la carenza del quadro normativo in materia, che non si è posto ancora al passo dei principi costituzionali, l'insufficienza o l'arretratezza della legislazione sanitaria o l'assenza di norme agende o di adeguate misure organizzative può esimere l'Am-

ministrazione sanitaria dall'erogare un doveroso servizio, come quello di cura del malato nel senso sopra inteso.

57.9. L'obbligo di fare in capo all'Amministrazione non discende solo dall'espressa volontà di interrompere il trattamento sanitario, manifestato dal malato, e quindi nell'attuazione dell'inviolabile principio personalistico, ma anche dall'adempimento di un indefettibile dovere solidaristico, che impone allo Stato e, per esso, all'amministrazione sanitaria di aiutare la persona a rimuovere gli ostacoli di fatto, di ordine fisico o psichico, che non le consentono di realizzare pienamente la sua personalità, anzitutto nel suo percorso di sofferenza, anche attraverso il rifiuto e l'interruzione di cure non avvertite più rispondenti alla visione della propria vita e della propria dignità.

58. Proprio per questa sua insopprimibile e inviolabile dimensione intima e individuale, che muove dalla pura coscienza di sé, del proprio corpo e della propria individualità, il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente non può incontrare un limite, di fatto o di diritto, nemmeno allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita.

59. La Suprema Corte, nella sentenza del 16.10.2007, n. 21748, ha chiarito che la salute dell'individuo non può essere oggetto di imposizione autoritativo-coattiva o di un astratto dovere di cura in nome di superiori principi.

60. All'obiezione di principio secondo cui tale concezione individualistica della salute sarebbe velleitaria e illusoria, non avendo in realtà l'individuo alcuna consapevolezza e, comunque, alcuna signoria, men che mai di natura medica, sul sé e sul proprio corpo, si può e deve rispondere che tale critica, quand'anche fondata, mai potrebbe costituire un motivo per espropriare l'individuo, ad opera dello Stato, dell'autorità sanitaria o del medico, di quel poco o tanto dominio, che pur gli sia concesso, sulla sua vita, sulla sua sofferenza e sulla speranza e sul bisogno di vivere secondo la propria visione dell'esistenza finanche l'esperienza più dolorosa della malattia.

61. Vengono pertanto a cadere e a perdere di fondamento tutti i motivi di censura mossi dalla Regione, motivi che mirano a criticare, in realtà, l'affermazione del principio da parte della Cassazione, affermazione che, diversa-

mente da quanto sostiene la Regione, non è l'arbitraria creazione, in via interpretativa, di una regola non rinvenibile all'interno del nostro ordinamento, ma diretta emanazione dei principi costituzionali, sicché deve escludersi, come ha chiarito la stessa Corte costituzionale in sede di conflitto di attribuzione sollevato dalle Camere proprio nella vicenda che ne interessa, la sussistenza di indici atti a dimostrare che i giudici – in particolare la Suprema Corte di Cassazione e la Corte d'Appello di Milano – abbiano utilizzato i loro provvedimenti come meri schemi formali per esercitare, invece, funzioni di produzione normativa o per menomare l'esercizio del potere legislativo da parte del Parlamento, che ne è sempre e comunque il titolare (Corte cost., ord. n. 334 dell'8.10.2008).

62. Certamente l'assenza di una chiara disciplina legislativa, esistente in altri ordinamenti, fa avvertire tutta la necessità di un intervento da parte del legislatore, come questo Collegio ha più volte ribadito, ma altrettanto certamente tale assenza non può e non deve comportare né giustificare la mortificazione di inviolabili diritti costituzionali.

63. Proprio questo hanno inteso fare la Corte di Cassazione e la Corte d'Appello di Milano, nonostante l'assenza di tale disciplina, e le pur velate critiche della Regione si risolvono, come già accade per il conflitto di attribuzione sollevato dalle Camere e per usare le parole della Corte costituzionale nella citata ordinanza n. 334 dell'8.10.2008, in altrettante e molteplici critiche rivolte al modo in cui la Suprema Corte ha selezionato ed utilizzato il materiale normativo rilevante per la decisione o a come lo ha interpretato, critiche che, condivisibili o meno sul piano dell'argomentazione giuridica, non sono certo ammissibili in questa sede e, a maggior ragione, da parte della Regione Lombardia. (*Omissis*)

[DEODATO *Presidente* – NOCELLI *Estensore*. – Regione Lombardia (avv.ti Tedeschini, Gatto, Vivone) – X (avv.ti Vacirca, Angiolini, Cuniberti) – Alessio (avv. Fiore) – Azienda Ospedaliera «Ospedale di Lecco»]

[La sentenza è oggetto di discussione in *Parte Seconda*, con *Opinioni* di P. BENCIOLINI, E. PALERMO FABRIS, R. FERRARA, P. ZATTI, p. 3]

# IL CASO ENGLARO INNANZI AL CONSIGLIO DI STATO

di ROSARIO FERRARA

1. Siamo, verosimilmente, dinnanzi all'ultimo, e forse definitivo, *step* di una vicenda umana e giuridica di straordinaria complessità, tanto complicata ed intricata quanto, tuttavia, persino angosciante, come è ben evidente, senza che vi sia necessità di ulteriori commenti.

E, infatti, se dovessi mettere in luce il *focus* della decisione della terza sezione del Consiglio di Stato qui in commento, prescindendo per un attimo dai suoi importanti risvolti tecnici, sarei tentato di riportare per intero il punto 45.3 là ove si afferma che «*Si tratta di problemi di enorme ampiezza e complessità, che richiedono e attendono, ormai da troppo tempo, un intervento legislativo a colmare quello che è stato definito un inquietante spazio libero dal diritto (rechtsfreier Raum), nel quale, in mancanza di specifiche previsioni (...) potrebbero trovare (...) fertile terreno (...) forme silenziose o striscianti di non consentita eutanasia (...)*». I passaggi argomentativi della decisione del giudice amministrativo sono naturalmente di maggiore densità, ma questa ne sembra comunque la connessione di senso: sarà solo una legge sul testamento biologico, e pertanto sulle dichiarazioni di fine vita, che potrà in qualche modo sterilizzare e sopire un conflitto altrimenti di difficilissima gestione.

E su tale linea di ragionamento si può (e forse si deve) sicuramente concordare, ben sapendoci, tuttavia, che anche una (pur ottima) legge sul fine vita chiuderebbe, da un lato, alcuni problemi, oggi solo relativamente affrontati e risolti, finendo col suscitare, dall'altro, nuove problematiche, antiche e ricorrenti criticità meritevoli di attenta riflessione.

2. Se questo è vero, allora la mancanza di una disciplina generale sulle dichiarazioni di fine vita finisce con rappresentare non un semplice elemento di contorno, ma piuttosto, in senso esattamente contrario, un fattore strategico del ragionamento. E, infatti, ogni discorso relativamente al valore (cogente e/o program-

matico) dell'art. 32 Cost., circa il carattere assoluto e irrefragabile del diritto alla salute, e conseguentemente ogni valutazione in merito alla possibilità di condannare l'amministrazione sanitaria ad un *facere* specifico, e pertanto gli stessi dubbi che vengono prospettati dalla regione appellante circa la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo al cospetto di un atto (il diniego di provvedere, in regime di ricovero ospedaliero presso una struttura del servizio pubblico, alla cessazione dell'alimentazione e dell'idratazione forzata assunti come atti medici, ossia come prestazioni sanitarie) viene a colorarsi in modo affatto particolare proprio perché, in mancanza di una legge quadro capace di introdurre alcune pur generali «regole del gioco», questo stesso gioco sarà fatalmente consegnato nelle mani della giurisprudenza, e solo della giurisprudenza. Il che è sicuramente inevitabile, almeno nell'attuale contesto storico-temporale, in quanto, come è stato sapientemente scritto, l'esercizio delle funzioni pubbliche è sicuramente inesauribile e, comunque, irrinunciabile ma rischia altresì di determinare un forte relativismo concettuale foriero di una esiziale, e non rimediabile, «incertezza delle regole». Su ciò – mi sia consentito ricordarlo – gli amministrativisti hanno forse una particolare (e forse anche eccessiva!) sensibilità, tant'è che il nostro convegno annuale, dello scorso ottobre, è stato proprio dedicato al tema dell'incertezza delle regole e della regolazione. Sicché...!

3. Un primo dato di fatto, e di sistema giuridico, mi sembra essere tutto sommato chiaro, molto difficilmente revocabile in dubbio, nonostante i mille (e mai sopiti conflitti) che contrappongono la Corte di cassazione al Consiglio di Stato: gli atti (*rectius*, i provvedimenti) in contestazione non si configurano come meri comportamenti materiali, manifestandosi invece come espressione di potere autoritativo e, segnatamente, della potestà di apprezzamento



discrezionale degli apparati amministrativi. Sicché non sembra dubitabile che su tali provvedimenti si eserciti il sindacato del giudice amministrativo, ora anche (*a fortiori*) alla luce del c.d. codice del processo amministrativo (d. legis. 2.7.2010, n. 104, così come successivamente modificato ed integrato). Spinge infatti in questa direzione un'imponente, ed importante, corrente giurisprudenziale che vede coinvolti tutti gli attori fondamentali di tale partita, dalla Corte costituzionale a quella di cassazione fino, naturalmente, allo stesso giudice amministrativo, secondo quanto si evince, del resto, dalla sapiente ricognizione di campo che di tali orientamenti viene effettuata proprio nella sentenza in commento.

E con ciò è lo stesso perimetro, sostanziale e formale, della tutela giudiziale della persona nei confronti del potere dell'amministrazione, allorché si manifesti nella sua forma più squisitamente autoritativa, ad essere ridefinito: non rileva il fenomeno della degradazione del diritto, e pertanto è in qualche modo inattuale la stessa scissione e separazione delle situazioni giuridiche soggettive accreditabili come (meri) interessi legittimi al confronto dei diritti soggettivi in senso proprio, in quanto ciò che davvero conta sono la rilevanza e la qualificazione della pretesa, di quella certa pretesa, rilevanza e qualificazione che sono determinate dalla loro sussunzione tra gli obiettivi ed i valori dell'ordinamento soprattutto ad opera della Costituzione.

Tutto ciò conduce, del tutto coerentemente, ad affermare, alla stregua di un corollario, che la natura di pretesa non degradabile rivestita dal diritto alla salute comporta, nel caso di specie, che la richiesta di dare attuazione ai *decisa* del giudice ordinario rivolta all'amministrazione sanitaria regionale incardina una potestà pubblicistica in capo alla regione, e non un semplice potere nel fatto, con ogni ovvia conseguenza dal punto di vista della natura della controversia, e pertanto sia in relazione ai mezzi di tutela che possono essere esperiti che all'attività di cognizione e di decisione del giudice amministrativo.

4. È in questo momento del percorso argomentativo della sentenza che finisce coll'evidenziarsi il nocciolo problematico di maggior

peso e, soprattutto, di maggior delicatezza, quello per il quale lo spazio lasciato libero dal diritto, secondo quanto ci ricorda proprio la decisione in esame, si disvela come davvero inquietante.

E cioè: se la letteratura medica internazionale considera maggioritariamente alla stregua di atti medici in senso tecnico l'idratazione e l'alimentazione forzata; se il diritto alla cura comprende, e quasi incorpora in se stesso, come possibile e legittimo rovescio della medaglia, il diritto di rifiutare la cura medesima e se, pertanto, «l'alleanza terapeutica» che dovrebbe contrassegnare le buone relazioni tra il medico ed il malato ha come suo riflesso (anche) il consenso informato che deve essere necessariamente prestato dal paziente, nel quadro di una relazione affettuosa e dialogante fra l'amministrazione della sanità e la persona, *quid iuris*?

Ossia: in che modo, e con quali risposte concrete, sarà eventualmente possibile pervenire a soluzioni affidabili, senza la legge ma secondo diritto, a conclusione di un tragitto caratterizzato dall'eterno conflitto tra legge e diritto, fra le ragioni dell'equità e della giustizia e quelle, del pari sicuramente importanti, del *nomos*, della norma formalmente data. Insomma, il dilemma, ed anzi il dramma di Antigone, paiono riproporsi alla nostra attenzione in una versione tanto tragicamente contemporanea quanto, tuttavia, fin troppo nota, e anzi persino antica.

Mi sembra, francamente, che le argomentazioni e le risposte suggerite dal giudice amministrativo siano di un certo pregio, pur dovendoci muovere (la giurisprudenza ed i suoi esegeti!) in un contesto obiettivamente caotico, tale essendo lo spazio giuridico nel quale l'amministrazione operi «senza la legge».

Sotto questo riguardo può essere avviato, e del tutto correttamente, a mio avviso, più di un percorso di lettura e di spiegazione del caso in questione, e la sentenza in esame sembra ampiamente dimostrarlo. Si può, ad esempio, dopo aver accertato come dato preliminare e punto di non ritorno che l'idratazione e l'alimentazione forzata sono atti medici in senso proprio, fare leva su quelle norme (dalla l. 23.12.1978, n. 833, istitutiva del servizio sanitario nazionale, fino al d. legis. 19.6.1999, n. 229, così come successivamente modificato ed

integrato) che codificano alla stregua di diritti (magari come diritti finanziariamente condizionati!) le pretese della persona nei confronti delle strutture del servizio pubblico, facendone da ciò discendere obblighi di *facere* in senso specifico a carico del servizio stesso, obblighi che ricorrerebbero anche nel caso di specie. E, infatti, il distacco del sondino naso-gastrico, operazione che può sicuramente rivelarsi come dolorosa, deve essere disposto dal personale sanitario, da un medico previa ogni opportuna sedazione del paziente, concludendosi che, su questa via, sarà allora necessario, e anzi doveroso, il ricovero presso una struttura del servizio sanitario, quando pure si tratti di un soggetto privato c.d. accreditato, ossia chiamato ad operare in regime di esternalizzazione (di *outsourcing*) accanto al – e di concerto col – servizio pubblico.

Sia ben chiaro: è solo da una lettura dichiaratamente mirata, e quasi finalisticamente orientata, delle norme relative alle prestazioni sanitarie di cui al cit. d. legis. n. 229/1999 che si può pervenire, seguendo una linea argomentativa in larga parte condivisibile, alle conclusioni cui giunge il giudice amministrativo. E sulla base, a ben vedere, di un teorema semplice, o comunque opportunamente semplificato: la cura della persona, in quanto valore che è direttamente fondato dall'ordinamento costituzionale (art. 32 Cost., nel combinato disposto di cui agli artt. 2 e 3, comma 2°, Cost.), si manifesta anche come diritto di rifiutare la cura medesima e, del tutto coerentemente e conseguentemente, anche la forma negativa del diritto deve essere riconosciuta e positivamente tutelata. Come dire, a voler tentare una sola (ma forse non irrilevante) valutazione comparativa, che il diritto positivo di associazione, di cui all'art. 18 Cost., si manifesta anche – e a mio avviso con importanza e risalto forse addirittura maggiori – nella sua espressione negativa, ossia come diritto di non associarsi, in quanto si preferisce essere, ad esempio, un «amante della natura allo stato brado» anziché entrare a far parte di un'associazione di protezione ambientale.

5. Come si vede il terreno di snodo di ogni problema che tale umanissima, e complicatissima, vicenda pone è quello della Costituzione,

ossia delle norme di maggior peso e valore del nostro ordinamento nazionale.

E, come si è già accennato, un vero e proprio problema nel problema è sicuramente costituito dall'art. 32 Cost., norma sulla quale sono stati ormai versati fiumi d'inchiostro, senza essere tuttavia pervenuti a sciogliere tutti i nodi sul tappeto. Nodi e criticità che fanno parlare del diritto alla salute come di una specie di *Giano bifronte*, ossia di una situazione giuridica soggettiva con una natura «ancipite», in quanto fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, secondo quanto ci ricorda anche la sentenza qui in commento.

Non mi sembra dubbio che una parte non piccola delle questioni tuttora in parte irrisolte origini, del tutto obiettivamente, dalla struttura stessa del nostro sistema delle tutele giudiziali delle pretese della persona nei riguardi dell'amministrazione pubblica, ossia dalla declinazione costituzionale (art. 24 Cost.) di un doppio ordine di situazioni giuridiche soggettive, il diritto e l'interesse legittimo. E mi sembra comunque del pari abbastanza evidente che i profili di massima criticità e complicità di siffatta duplice declinazione siano, ormai, in qualche modo residuali, in conseguenza dell'importante lavoro messo a segno dalla nostra giurisprudenza, sotto il condizionante influsso degli orientamenti di Corte di giustizia della UE e della conseguente evoluzione legislativa del nostro ordinamento (d. legis. n. 104/2010, cit.).

Ma tant'è, alcuni problemi hanno carattere persistente, soprattutto quando il diritto alla salute, così come codificato dalla nostra norma costituzionale, sia chiamato ad innestarsi e ad operare in una condizione esistenziale di «deserto normativo», ossia ad incunarsi in uno «spazio libero dal diritto», spazio nel quale, anche in ragione della labilità, oppure addirittura della mancanza di un pur tenue ed imperfetto quadro normativo, può risultare enfatizzato il potere di apprezzamento discrezionale degli apparati amministrativi.

Lo stesso interrogativo, risalente nel tempo ma per nulla inattuale, circa il significato ed il valore dell'art. 32 Cost., ossia il suo essere norma eminentemente programmatica oppure immediatamente precettiva, viene a colorarsi con modalità, e tonalità, in qualche misura peculiari

ri allorché la norma costituzionale medesima sia chiamata a direttamente fondare una pretesa non chiaramente riconosciuta come tale dalla legislazione ordinaria. Il famoso *affaire* Di Bella, del nostro recente passato, dimostra, a tutti gli effetti, la non irrilevanza della questione appena posta e, del resto, il tema affiora abbastanza scopertamente anche nel corpo motivazionale della sentenza in esame, soprattutto là ove, avallandosi per implicito il punto di vista sostenuto dal giudice amministrativo di primo grado, si suggerisce che, in fondo, la mancanza di una disposizione legislativa esplicita non impedisce ad una regola di diritto ricavata in via interpretativa di produrre un effetto conformativo pressoché equipollente.

E come sarà possibile costruire e fondare in via interpretativa siffatta regola ad effetto equipollente se non sulla base del diritto alla salute assunto come diritto fondamentale in ragione di una norma costituzionale immediatamente precettiva, e quindi a prescindere (e prima) di qualsivoglia disposizione legislativa esplicita?

Si potrebbe ancora argomentare su questa via, ed è effettivamente anche questo un profilo interessante del ragionamento sviluppato dal giudice amministrativo, che il moderno diritto amministrativo c.d. prestazionale (ossia tipico e proprio della *leistende Verwaltung*) si risolve del tutto coerentemente anche nell'imposizione di obblighi di *facere* specifico in capo all'amministrazione in vista del benessere della persona alla quale è d'uopo assicurare la frui-

zione degli essenziali livelli di assistenza sanitaria. E si può quindi affermare, in sintonia con tale più generale valore, che il benessere della persona (e dunque il suo essere oltre ogni stato di morbilità) presuppone anche il godimento di una vita degna d'essere vissuta, con tutto quanto ne può logicamente conseguire, fino a quella *extrema ratio* rappresentata dalla deliberata sospensione di ogni atto medico idoneo, ed anzi, indispensabile per conservare in vita il paziente.

E, con ciò, il cerchio in qualche modo si chiude con una indubbia coerenza argomentativa in quanto, se l'idratazione e l'alimentazione forzata si configurano come atti medici accreditabili come LEA (ossia come livelli essenziali di assistenza, nel senso di cui all'art. 117, comma 2°, lett. s), Cost.), allora ne sarà egualmente legittimo il rifiuto, anche quando si manifesti come richiesta di sospenderne o cessarne del tutto l'erogazione.

In conclusione: da ogni virgola di questa forse troppo estemporanea annotazione credo emerga la profonda convinzione di chi scrive che solo la messa in campo di una buona legge sul testamento biologico potrà contribuire a farci uscire da quel vero e proprio porto delle nebbie nel quale ci siamo forse smarriti, un vero e proprio labirinto per uscire dal quale soltanto il filo della ragione (e della *humana pietas*) possono aiutarci a tracciare la giusta direzione di marcia.