

## **Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia**

Sezione III

Sentenza 26 gennaio 2009, n. 214

### **FATTO E DIRITTO**

1. Ritiene, preliminarmente, il Collegio che il giudizio possa essere definito con sentenza in forma semplificata emessa, ai sensi dell'art. 26 l. 6 dicembre 1971, n. 1034 (come modificato dall'art. 9 l. 21 luglio 2000, n. 205), adottata in esito alla camera di consiglio per la trattazione dell'istanza cautelare, stante la completezza dell'istruttoria, l'integrità del contraddittorio e l'avvenuta esaustiva trattazione delle tematiche oggetto di giudizio e avendo il Presidente del Collegio rese edotte le parti di tale eventualità.

2. E.B., padre e tutore di E.E., da moltissimi anni in stato vegetativo permanente a seguito di grave trauma cranico encefalico riportato in un incidente stradale, con istanza del 19 agosto 2008, chiedeva all'Amministrazione Regionale della Lombardia, di indicare la struttura del servizio sanitario regionale presso cui procedere all'esecuzione del [decreto della Corte di appello di Milano pronunciato il 25 giugno 2008 e depositato il 9 luglio 2008](#). Di seguito, lo stesso ha impugnato l'atto del Direttore generale della Direzione generale sanità della Giunta Regionale Lombardia del 3 settembre 2008, con il quale si nega che il personale del Servizio Pubblico Sanitario Regionale possa procedere, all'interno di una delle sue strutture, hospice compresi, alla sospensione del sostegno vitale (idratazione ed alimentazione artificiale) di cui goda l'ammalato in stato vegetativo permanente il quale, tramite manifestazione di volontà del Tutore ed autorizzazione del Giudice Tutelare, intenda rifiutare tale trattamento. L'amministrazione afferma, all'uopo, che, ponendo in essere siffatta condotta, il personale sanitario, ivi operante, "verrebbe meno ai propri obblighi professionali e di servizio, anche in considerazione del fatto che il provvedimento giurisdizionale di cui si chiede l'esecuzione non contiene un obbligo formale a carico di soggetti o enti individuati".

3. Sulla questione dianzi indicata sussiste, senza alcun dubbio, la giurisdizione *ratione materiae* di questo Tribunale ai sensi dell'art. 33 d.lgs. n. 80/1998. Difatti, la valutazione della Amministrazione Regionale, nella 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.

Nessun rilievo, sul punto, può avere qualsivoglia considerazione sul formante di diritto soggettivo ovvero sul rango costituzionale della posizione soggettiva dedotta, dal momento che, anche in tema di diritti fondamentali tutelati dalla Carta Costituzionale, ove si versi nelle materie riservate alla giurisdizione esclusiva (come, per l'appunto, in caso di servizio pubblico), compete ai giudici naturali della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica la cognizione delle relative controversie in ordine alla sussistenza dei diritti vantati ed al temperamento degli stessi in rapporto all'interesse generale pubblico *semperché*, beninteso, 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 (cfr. Cass., sez. un., 28 dicembre 2007, n. 27187). Nessun principio e norma, infatti, riserva esclusivamente al giudice ordinario la tutela dei diritti costituzionalmente protetti (Corte Cost. 27 aprile 2007 n. 140).

Invero, gli argomenti della difesa regionale dedicati alla nullità dell'atto rimandano alla teoretica del carattere incompressibile dei diritti fondamentali che, all'unisono, il diritto positivo ed il pensiero

giuridico non ritengono più valido criterio discriminante gli ordini giurisdizionali ove il riparto sia fissato dal legislatore per materie, unicamente rilevando, in quest'ultimo caso, che la pubblica amministrazione si contrapponga all'individuo nella sua veste di autorità (Corte Cost. 6 luglio 2004, n. 204).

Il giudice amministrativo, in definitiva, detiene nella presente vicenda 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 pubblico.

4. Nell'ottobre del 2007, la Suprema Corte di Cassazione ([Sez. I, 16 ottobre 2007 n. 21748](#)), con riguardo alla tragica vicenda di E.E., ha enunciato importanti principi di diritto di cui occorre, sia pure sinteticamente, riproporre lo svolgimento.

Il principio costituzionale del "consenso informato" (art. 32 Cost.), sta alla base del rapporto medico-paziente e costituisce norma di legittimazione del trattamento sanitario. Ad esso è correlata non solo la facoltà del paziente 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. Il rifiuto delle terapie mediche, anche quando conduca alla morte, non può essere scambiato per un'ipotesi di eutanasia, ossia per un comportamento che intende abbreviare la vita, causando positivamente la morte, esprimendo piuttosto tale rifiuto un atteggiamento di scelta, da parte del malato, che la malattia segua il suo corso naturale. Posto che l'esigenza di tutela dei valori di libertà e dignità della persona sono realizzabili anche dall'incapace, avvalendosi degli strumenti posti a suo presidio (art. 357 c.c. ss., art. 424 c.c.), deve ritenersi che all'individuo che, prima di cadere irreversibilmente nello stato di totale ed assoluta incoscienza, tipica dello stato vegetativo permanente, abbia manifestato, in forma espressa o anche attraverso i propri convincimenti, il proprio stile di vita e i valori di riferimento, l'inaccettabilità dell'idea di un corpo destinato, grazie a terapie mediche, a sopravvivere alla mente, l'ordinamento dà la possibilità di far sentire la propria voce in merito alla disattivazione di quel trattamento attraverso il rappresentante legale. L'alimentazione e l'idratazione artificiali con sondino nasogastrico integrano prestazioni poste in essere da medici, che sottendono un sapere scientifico e che consistono nella somministrazione di preparati implicanti procedure tecnologiche. Esse, quindi, costituiscono un trattamento sanitario, la cui sospensione non configura un'ipotesi di eutanasia omissiva, ma può essere legittimamente richiesta nell'interesse dell'incapace.

Ne consegue il seguente dictum: in presenza di malato da moltissimi anni in stato vegetativo permanente, tenuto artificialmente in vita biologica non cognitiva mediante un sondino nasogastrico che provvede alla sua nutrizione e idratazione, il giudice, su richiesta del tutore che lo rappresenta, e nel contraddittorio con il curatore speciale, può autorizzare la disattivazione di tale presidio sanitario sempre che: a) la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico che lasci supporre la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno a una percezione del mondo esterno; e b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona.

4.1. La Corte di Appello di Milano, con decreto in data 9 luglio 2008, in dichiarata applicazione, in sede di rinvio, del principio di diritto enunciato nella predetta sentenza 16 ottobre 2007 n. 21748 della Suprema Corte, ha accolto l'istanza congiunta del tutore (il padre) e del curatore speciale di E.E. volta ad ottenere l'autorizzazione a disporre l'interruzione del trattamento di sostegno vitale

artificiale (di quest'ultima) realizzato mediante alimentazione con sondino nasogastrico. La Corte territoriale, in diversa composizione, quale designata giudice di rinvio, in esito all'indagine così demandata, ha, sul punto, espresso quindi il convincimento che le prove assunte, "attendibili, univoche, efficaci e conferenti", autorizzassero la conclusione della "correttezza della determinazione volitiva del legale rappresentante dell'incapace nella sua conformità alla presumibile scelta che, nelle condizioni date, avrebbe fatto anche e proprio la rappresentata, di cui il tutore si fa e deve farsi portavoce".

Da ultimo, la Suprema Corte, a Sezioni Unite, con [pronuncia del 13 novembre 2008 n. 27145](#), ha dichiarato inammissibile, per difetto di legittimazione, il ricorso per cassazione proposto dal pubblico ministero avverso il predetto decreto emesso dalla Corte d'Appello.

5. Il fondamento giuridico ed etico del pronunciamento della Suprema Corte nonché l'accertamento di fatto condotto dalla Corte di Appello di Milano (teso a ricostruire, sulla scorta del vissuto, la volontà di E.E.), non spetta a questo Tribunale indagare.

Spetta a questo Giudice, invece, giudicare se sia rispettosa del principio di legalità, su cui è edificato lo Stato di diritto, l'enunciazione della Amministrazione Regionale della Lombardia secondo cui il potere giuridico riconosciuto e B.E. dal Giudice Tutelare di rifiutare le cure per la propria figlia non possa trovare alcuno svolgimento nei confronti di soggetto assistito dal Servizio Pubblico Sanitario Regionale giacché l'attuazione materiale di tale potere giuridico costituirebbe una violazione degli obblighi professionali e di servizio.

5.1. Il massimo organo giurisdizionale dello Stato italiano ha ritenuto, all'esito della attività di interpretazione del diritto oggettivo che ad esso massimamente compete, di enucleare e riconoscere in capo a ciascun individuo il diritto assoluto a rifiutare le cure ad esso somministrate in qualunque fase del trattamento e per qualunque motivazione filosofica, religiosa, etica; ove sussistano le condizioni sopra descritte, anche nel caso di persona in stato vegetativo permanente. La Corte di Appello di Milano ha, poi, accertato in capo a B.E. tutti i presupposti per l'attribuzione del potere giuridico di rifiutare le cure per la propria figlia.

Costituisce principio di diritto risalente e radicato nella cultura giuridica, quello secondo cui il Giudice, anche in assenza di una norma positiva espressa, non potrebbe mai ritenersi assolto dal dovere di decidere sulla richiesta di accertamento del diritto invocato dal soggetto di diritto (c.d. divieto del non liquet) giacché, attraverso la tecnica di interpretazione, egli deve sempre "dare conto" della esistenza o meno del diritto a chi lo interpella.

La regola di diritto, ermeneuticamente desunta dall'ordinamento giuridico ed applicata nel caso concreto della giurisprudenza, non ha minore effetto conformativo dell'ordinamento generale di quella promanante dalle fonti scritte, almeno sino a quando essa non sia sconfessata dal Legislatore al quale, chiaramente, non è precluso introdurre una eventuale diversa esplicita previsione, ove ritenuta maggiormente espressiva della sensibilità del popolo italiano, finanche intesa a travolgere i giudicati già formati, contenendo quest'ultimi norme giuridiche aventi lo stesso rango delle norme di legge recanti interpretazione autentica (Cass. 7 aprile 1978 n. 1598; Cass. 11 aprile 2000 n. 4630).

Dall'ottobre 2007 ad oggi, il Parlamento, ovvero l'organo istituzionale preminente ed espressivo della sovranità popolare, non ha assunto alcuna iniziativa per sconfessare il convincimento espresso dalla Suprema Corte di Cassazione, ma si è limitato a proporre due ricorsi (sollevati dalla Camera dei deputati e dal Senato della Repubblica) per conflitto di attribuzione avverso la Corte di Cassazione e la Corte di Appello di Milano (appunto in relazione alla determinazione e

all'applicazione del principio di diritto che consente, a determinate condizioni, l'interruzione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiali), entrambi dichiarati inammissibili dalla Consulta per l'insussistenza del requisito oggettivo, in quanto non aventi per oggetto la delimitazione di sfere di attribuzioni determinate dalla Costituzione, bensì l'invocazione di errori presuntivamente commessi nello svolgimento dell'attività giurisdizionale ([Corte Cost., 8 ottobre 2008, n. 334](#)).

5.2. Nel contesto appena descritto, la nota del 16 dicembre 2008, a firma del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali, rappresenta il convincimento, senza dubbio autorevole perché proveniente dal vertice dell'Amministrazione Ministeriale, ma comunque inidoneo, secondo i principi generali sulle fonti, ad intaccare il quadro del diritto oggettivo come ricostruito con la forza e l'efficacia propri del provvedimento giurisdizionale.

Inoltre il principio di non discriminazione del disabile di cui alla Convenzione O.N.U. sui diritti delle persone con disabilità, richiamato nella nota medesima, oltre ad essere principio agevolmente desumibile dalla esegesi della Carta Costituzionale Italiana, non contraddice affatto il diritto al rifiuto di cure da parte dell'incapace giacché, al contrario, se si seguisse l'impostazione ministeriale, ovvero se al disabile (incapace) non fosse riconosciuto tale diritto, proprio allora egli sarebbe ingiustamente discriminato nell'esercizio di una libertà costituzionale.

5.3. L'obiezione della Regione, per la quale la sentenza della Cassazione non farebbe "stato" nei suoi confronti, trattandosi di provvedimento di volontaria giurisdizione, non coglie nel segno.

I provvedimenti assunti in sede di giurisdizione volontaria non contenziosa, essendo preordinati all'esigenza prioritaria della tutela degli interessi e revocabili e modificabili in ogni momento dall'autorità giudiziaria, sono normalmente inidonei ad assumere carattere di definitività ed efficacia di giudicato. Al contrario, le procedure camerale, che si concludano con un provvedimento di natura decisoria su contrapposte posizioni di diritto soggettivo, sono anch'esse suscettibili di acquistare autorità di giudicato (Cass. 16 aprile 2003, n. 6011). Al fine di sussumere in quest'ultima ipotesi anche il provvedimento camerale pronunciato nei confronti di B.E., potrebbe richiamarsi il difetto di ulteriore impugnabilità nel merito, il fatto di avere ad oggetto una decisione su diritti soggettivi costituzionali e, soprattutto, la circostanza che il ricorso ex art. 111 Cost. è stato ritenuto ammissibile dalla Suprema Corte, tale ammissibilità potendo predicarsi solo in caso di impugnativa riguardante diritti avverso una decisione atta a divenire definitiva (il che, come affermato dal Giudice del rinvio, implica che i presupposti accertamenti di fatto siano divenuti definitivi e immodificabili).

In ogni caso, a prescindere da ogni considerazione sulla discussa tematica inerente il carattere decisorio o meno dell'accertamento prodromico ad una autorizzazione del giudice camerale, si ricorda che, con la presente pronuncia, non si intende portare materialmente ad esecuzione un titolo giuridico, ma sindacare la legalità dell'azione provvedimentale amministrativa che ritenga di potere preventivamente negare ad un assistito l'esercizio di una libertà conferita dall'ordinamento civile.

Su questo versante, il Collegio ricorda che il Giudice Tutelare effettua una valutazione di opportunità in ordine alla gestione di interessi a sé esclusivamente devoluti. La pronuncia, contenente l'accertamento di un diritto soggettivo al fine di conferire il relativo potere di esercizio, costituisce essa stessa il requisito della fattispecie costitutiva del diritto. Pure nel caso di trasposizione in sede contenziosa di siffatta autorizzazione (si ipotizzi l'opposizione materiale del medico all'esercizio del diritto autorizzato), al giudice del contenzioso sarebbe comunque preclusa l'indagine sul merito delle scelte effettuate dal giudice camerale; merito il cui riesame potrebbe essere provocato dallo stesso giudice camerale in via di revoca (art. 742 c.p.c.), ad istanza del tutore e curatore; la ripartizione di funzioni tra la giurisdizione contenziosa e quella non contenziosa

comporta che la prima non possa mai esercitare poteri sostitutivi sulle valutazioni che la legge riserva al giudice camerale, cosicché la efficacia definitiva (nel senso di non più impugnabile ma solo revocabile ad istanza del titolare del diritto inciso) del decreto della Corte di Appello di Milano produce, sul punto, un effetto di preclusione quantomeno "equivalente" a quello di un giudicato (in tal senso, anche l'opinione di App. Milano, decreto 9 luglio 2008).

In definitiva, la pronuncia del Giudice Tutelare ottenuta da B.E. ha prodotto un effetto "sostantivo" nell'ordinamento generale che nessuno, se non il Giudice tutelare su istanza del titolare del diritto inciso (E. tramite tutore o curatore), può disconoscere. L'amministrazione che disconosca siffatto effetto si pone in contrasto con l'ordinamento giuridico.

5.4. Le affermazioni dell'Amministrazione secondo cui il Servizio sanitario nazionale non sarebbe obbligato a prendere in carico un paziente che a priori rifiuti le cure necessarie a tenerlo in vita e secondo cui il personale medico non potrebbe dare corso alla volontà di rifiutare le cure, pena la violazione dei propri obblighi di servizio, non appaiono conformi ai principi che regolano la materia di cui si è sopra dato conto.

Il diritto costituzionale di rifiutare le cure, come descritto dalla Suprema Corte, è un 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.

La manifestazione di tale consapevole rifiuto rende quindi doverosa la sospensione di mezzi terapeutici il cui impiego non dia alcuna speranza di uscita dallo stato vegetativo in cui versa la paziente e non corrisponda con il mondo dei valori e la visione di vita dignitosa che è propria del soggetto.

Qualora l'ammalato decida di rifiutare le cure (ove incapace, tramite rappresentante legale debitamente autorizzato dal Giudice Tutelare), tale ultima manifestazione di rifiuto farebbe immediatamente venire meno il titolo giuridico di legittimazione del trattamento sanitario (ovvero il consenso informato), costituente imprescindibile presupposto di liceità del trattamento sanitario medesimo, venendo a sorgere l'obbligo giuridico (prima ancora che professionale o deontologico) del medico di interrompere la somministrazione di mezzi terapeutici indesiderati.

Come ha precisato la Suprema Corte, tale obbligo giuridico sussiste anche ovi si tratti di trattamento di sostegno vitale il cui rifiuto conduca alla morte, giacché tale ipotesi non costituisce, secondo il nostro ordinamento, una forma di eutanasia (per tale dovendo intendersi soltanto il comportamento eziologicamente inteso ad abbreviare la vita e che causa esso positivamente la morte) bensì la scelta insindacabile del malato a che la malattia segua il suo corso naturale fino all'inesorabile exitus.

Sotto altro profilo, rifiutare il ricovero ospedaliero, dovuto in linea di principio da parte del SSN a chiunque sia affetto da patologie mediche, solo per il 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.

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

Né il rifiuto opposto dall'Amministrazione alla richiesta del sig. E. può giustificare in base a ragioni attinenti l'obiezione di coscienza.

Spetta infatti alla legge disciplinare compiutamente le modalità e i limiti entro cui possono assumere rilevanza i convincimenti intimi del singolo medico, ferma la necessità che la struttura ospedaliera garantisca comunque la doverosità dal "satisfacere officio".

5.5. Ricoveratasi presso la strutture del servizio sanitario regionale individuata con le modalità di cui al successivo punto 5.6, E.E. che, per sua stessa volontà (manifestata attraverso tutore e curatore di lei), intende lasciare scorrere le sue energie vitali seguendo il flusso degli accadimenti naturali, potrà esercitare il proprio diritto assoluto a rifiutare il trattamento sanitario consistente nell'idratazione e alimentazione artificiali e avrà altresì il diritto, a quel punto quale malata in fase terminale, e che le siano apprestate tutte le misure, suggerite dagli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, atte a garantirle un adeguato e dignitoso accadimento accompagnatorio della persona, durante tutto il periodo successivo alla sospensione del trattamento di sostegno vitale; rientrando ciò a pieno titolo nelle funzioni amministrative di assistenza sanitaria.

5.6. Conformandosi alla presente sentenza, l'Amministrazione Sanitaria, in ossequio ai principi di legalità, buon andamento, imparzialità e correttezza, dovrà indicare la struttura sanitaria dotata di requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi, tali da renderla "confacente" agli interventi e alle prestazioni strumentali all'esercizio della libertà costituzionale di rifiutare le cure, onde evitare alla ammalata (ovvero al tutore e curatore di lei) di indagare in prima persona quale struttura sanitaria sia meglio equipaggiata al riguardo.

6. Sulla domanda risarcitoria originariamente proposta dal ricorrente, non vi è allo stato luogo a provvedere, stante la rinuncia alla stessa pronunciata all'udienza camerale (cfr. verbale del 22 gennaio 2009) dal procuratore del ricorrente.

7. Residua la questione delle spese per le quali è opportuno provvedere alla compensazione integrale tra le parti, stante l'estrema delicatezza della materia coinvolta.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sez. III, definitivamente pronunciando, così provvede:

Accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato nei sensi di cui in motivazione;

Compensa interamente tra le parti le spese di lite;

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.