



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3000 del 2009, proposto da:

Regione Lombardia, in persona del Presidente della Giunta Regionale pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Federico Tedeschini, dall'Avv. Catia Gatto, dall'Avv. Pio Dario Vivone, con domicilio eletto presso l'Avv. Federico Tedeschini in Roma, Largo Messico, n. 7;

contro

-OMISSIS-, rappresentato e difeso dall'Avv. Sergio Vacirca, dall'Avv. Vittorio Angiolini e dall'Avv. Marco Cuniberti, con domicilio eletto presso l'Avv. Sergio Vacirca in Roma, via Flaminia, n. 1955;

nei confronti di

Franca Alessio, nella qualità di curatrice speciale di-OMISSIS-, rappresentata e difesa dall'Avv. Giovanna Fiore, con domicilio eletto presso lo stesso Avv. Giovanna Fiore in Roma, via degli Scipioni, n. 94;

Azienda Ospedaliera "Ospedale di Lecco", appellata non costituita;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - MILANO: SEZIONE III n. 00214/2009, resa tra le parti, concernente il trattamento sanitario di-OMISSIS-;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 22, comma 8, del d. lgs. 196/2003

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 luglio 2014 il Cons. Massimiliano Noccelli e uditi per le parti l'Av. Vivone e l'Avv. Angiolini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. -OMISSIS-, nella sua qualità di tutore di-OMISSIS-, impugnava avanti al T.A.R. Lombardia la nota della Regione Lombardia prot. n. M1.2008.0032878 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 artificialmente 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 costituzionale 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, osservando che la tutela di un diritto fondamentale, come quello alla salute, ben poteva spettare anche alla cognizione di questi, laddove essa dovesse misurarsi con l’esercizio di un potere autoritativo da parte dell’amministrazione sanitaria, a ciò non ostando il

preteso carattere incompressibile di tale diritto, posto che il giudice amministrativo disponeva di tutti i poteri idonei ad assicurare una tutela giurisdizionale piena ed effettiva alla lesione di diritti fondamentali asseritamente incisi dall'illegittimo esercizio del potere.

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.

16. Secondo il giudice di prime cure, pertanto, il paziente che rifiuta le cure e, quindi, anche l'alimentazione e l'idratazione artificiale, ha diritto a che le siano apprestate tutte le misure, suggerite dagli standards scientifici riconosciuti a livello internazionale, atte a garantirle un adeguato e dignitoso accudimento 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.

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'ammalata 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 impugnata 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 trattenuto la causa in decisione.

DIRITTO

1. Oggetto del presente giudizio, come si è già esposto nella parte in fatto, è la legittimità del provvedimento con il quale la Regione Lombardia ha respinto la richiesta, formulata da -OMISSIS-, tutore di-OMISSIS-, che la Regione mettesse a disposizione una struttura per il distacco del sondino naso-gastrico che alimentava e idratava artificialmente la predetta-OMISSIS-, in stato di coma vegetativo permanente.

2. Il T.A.R. Lombardia, come pure si è accennato, ha ritenuto illegittimo tale

provvedimento e lo ha conseguentemente annullato con la sentenza n. 214 del 26.1.2009, impugnata avanti a questo Consiglio dalla Regione Lombardia.

3. La Regione Lombardia anzitutto ritiene tuttora sussistente il proprio interesse ad agire, nonostante l'intervenuto decesso di-OMISSIS-, ad una pronuncia d'appello sulla legittimità del proprio operato, sottolineando, anzitutto, che attualmente esistono più di 400 persone in situazione di stato vegetativo permanente in carico al Servizio Sanitario Regionale, sicché la sentenza del T.A.R. Lombardia costituirebbe un pericoloso precedente, capace di rendere addirittura "attraente" (p. 6 del ricorso) il sistema sanitario lombardo per famiglie di soggetti in stato vegetativo permanente che desiderino un trattamento analogo a quello richiesto dal tutore di-OMISSIS-.

4. Nella perdurante assenza di un intervento del legislatore nazionale, che regoli i drammatici aspetti relativi alle dichiarazioni anticipate di trattamento, un eventuale passaggio in giudicato della sentenza qui avversata e per le motivazioni qui contestate, secondo la Regione, costituirebbe infatti un precedente "pericolosissimo", capace di influenzare le eventuali richieste, di analogo contenuto, da parte di altri pazienti e le scelte dell'Amministrazione sanitaria.

5. Non potrebbe quindi negarsi un interesse, anche solo strumentale o morale, ad una pronuncia del giudice, anche al fine di orientare autorevolmente la futura attività della pubblica amministrazione.

6. Inoltre la pronuncia sulla legittimità dell'atto avrebbe, comunque, una perdurante utilità ai fini della domanda risarcitoria, rinunciata nel presente giudizio da parte del tutore di-OMISSIS-, ma pur sempre proponibile una volta che sia passata in giudicato la sentenza che abbia accertato l'illegittimità dell'atto, annullandolo.

7. La persistenza di un concreto ed attuale interesse ad agire, in capo alla Regione appellante, è fermamente contestata dall'appellato, -OMISSIS-, il quale sostiene l'inammissibilità dell'appello, in quanto esso costituirebbe un tentativo surrettizio,

illegittimo e dunque, proprio in quanto tale, inammissibile di rimettere in discussione il contenuto e gli effetti vincolanti, per il caso di-OMISSIS- e per esso solo, derivanti da pronunciamenti divenuti inoppugnabili dell'autorità giudiziaria ordinaria.

8. La riprova di tale dedotta inammissibilità starebbe, secondo l'appellato, nella memoria depositata dalla Regione Lombardia per l'udienza pubblica del 17.7.2014, memoria nella quale, a p. 6, la Regione pone al Collegio delle questioni di principio, già risolte dalla Cassazione nella sentenza della sez. I, 16.10.2007, n. 21748, riguardanti la natura di trattamento sanitario riconoscibile all'alimentazione e all'idratazione artificiali; la configurabilità di un eventuale "abbandono del malato" in ipotesi di accanimento terapeutico, l'erogabilità di una prestazione sanitaria, come quella richiesta da -OMISSIS-, ad opera e a carico del Servizio Sanitario; il potere riconosciuto dall'ordinamento ad un qualsivoglia organo giurisdizionale, ordinario o amministrativo che sia, di imporre agli operatori sanitari di interrompere la nutrizione e l'idratazione artificiali, determinando ineluttabilmente il decesso del malato.

9. L'appello della Regione, sostiene il tutore nella memoria di replica (p. 7), non riguarderebbe dunque la sentenza del T.A.R., pur formalmente impugnata, ma mirerebbe, per vie traverse e non consentite, a fungere da impugnazione delle decisioni delle autorità giudiziarie ordinarie, Corte di Cassazione e Corte d'Appello di Milano, dei cui effetti vincolanti ed inoppugnabili, per il caso di-OMISSIS-, il T.A.R. ha tenuto doverosamente conto nella sentenza impugnata.

10. Di qui, secondo la difesa dell'appellato, la radicale inammissibilità dell'appello proposta dalla Regione Lombardia.

11. Ritiene il Collegio, seppur con le precisazioni che di seguito verranno esposte, che l'appello sia assistito da un persistente, concreto ed attuale, interesse ad agire da parte della Regione appellante, nonostante l'intervenuto decesso di-OMISSIS-.

11.1. In effetti, anche a voler tacere della perdurante utilità di una pronuncia di

questo Consiglio ai soli eventuali fini risarcitori, sussiste senza dubbio un interesse, quanto meno morale, ad una decisione, nel presente giudizio di appello, sul corretto o non corretto agire della Regione in una vicenda tanto peculiare e delicata sul piano del rapporto tra pretesa del privato e pubblico interesse.

11.2. Sul punto la giurisprudenza di questo Consiglio è costante, infatti, nell'affermare che "la dichiarazione di improcedibilità del ricorso per sopravvenuto difetto di interesse presuppone che, per eventi successivi alla instaurazione del giudizio, debba essere esclusa l'utilità dell'atto impugnato, ancorché meramente strumentale o morale, ovvero che sia chiara e certa l'inutilità di una pronuncia di annullamento dell'atto impugnato" (v., ex plurimis, Cons. St., sez. V, 13.1.2014, n. 70).

11.3. La sopravvenienza deve essere cioè tale da rendere certa e definitiva l'inutilità della sentenza, per aver fatto venir meno per il ricorrente o per l'appellante qualsiasi residua utilità della pronuncia del giudice, anche soltanto strumentale o morale (cfr., ancor più di recente, Cons. St., sez. IV, 29.4.2014, n. 2231).

11.4. Ora è ben apprezzabile, concreto e tuttora attuale, l'interesse della Regione a veder definitivamente accertata la legittimità, in ipotesi, del proprio operato e, in particolare, del provvedimento con il quale essa ha respinto la richiesta del tutore non già, si noti, adducendo una impossibilità materiale di eseguire la prestazione, per specifiche ragioni attinenti alla personale situazione del paziente o di una singola struttura, ma esercitando un vero e proprio potere discrezionale inteso a definire e ad affermare che, tanto sul piano dell'ordinamento generale che su quello organizzativo del settore sanitario, la prestazione richiesta esulerebbe, come si legge nell'ultima memoria regionale depositata in vista dell'udienza del 17.7.2014 (p. 2), "dal novero dei compiti da essa legittimamente eseguibili".

11.5. La Regione Lombardia ha dunque, in questo senso, un perdurante interesse a veder dichiarata in via definitiva la eventuale legittimità del potere in concreto

esercitato anzitutto, se non esclusivamente, nella vicenda che ne occupa, senza dire che il ricorrente potrebbe comunque chiedere il risarcimento dei danni conseguenti all'accertata illegittimità della delibera regionale, stante anche il fatto che egli aveva rinunciato alla domanda risarcitoria inizialmente proposta avanti al T.A.R., ma non certo all'azione e, dunque, all'eventuale diritto di chiedere il ristoro dei danni in ipotesi subiti, una volta passata in giudicato la sentenza di annullamento.

11.6. L'esigenza di tutela giurisdizionale (Rechtsschutzbedürfnis) rappresentata dalla Regione, con il proposto appello, non attiene dunque ad una astratta declaratoria iuris o al mero ripristino della legalità violata e, cioè, all'affermazione di un principio generale inerente alla legittimità di un qualsivoglia potere in materia, ma al concreto esercizio del potere manifestatosi nel caso di specie.

11.7. La circostanza che la Regione sottolinei l'effetto orientativo che il giudicato potrebbe avere sulla futura azione della p.a., per casi analoghi, nulla toglie alla concretezza e all'attualità dell'interesse, anzitutto morale, della Regione a vedere accertata la legittimità del potere esercitato nella specifica vicenda qui esaminata, anche se essa si è definitivamente esaurita, con la morte di-OMISSIS-, sul piano umano.

12. È appena il caso qui di aggiungere e chiarire, per dissipare ogni possibile equivoco e fugare qualsivoglia ambiguità insita nel rilievo, pur corretto, che il giudicato amministrativo ha anche l'effetto di orientare il legittimo agire della p.a. per il futuro, che non compete certo a questo Collegio rimettere in discussione il contenuto e gli effetti dei provvedimenti giurisdizionali – la sentenza della Corte di Cassazione e il decreto della Corte d'Appello di Milano nel giudizio di rinvio – che hanno interessato la concreta e dolorosa vicenda di-OMISSIS-, provvedimenti costituenti ormai res iudicata, al di là delle adesioni e delle critiche che essi hanno ricevuto da parte di commentatori e studiosi e, soprattutto, dell'ampio dibattito che hanno suscitato nell'opinione pubblica o in ambito parlamentare e in altre sedi

istituzionali.

12.1. Non può e non deve quindi questo Collegio interpretare o reinterpretare tali provvedimenti né, ancor meno, costruire sulla loro base *regulae iuris*, conformi o difformi rispetto al loro definitivo contenuto decisorio, che abbiano una portata generale o che, addirittura, si sostituiscano ad una eventuale volontà del legislatore, che resta pur sempre libero di disciplinarli ed è il solo chiamato, per la delicatezza di tale materia, a tale arduo compito, ma solo valutare, sulla base dell'ordinamento vigente, la correttezza della decisione impugnata, nell'annullare il provvedimento regionale di diniego opposto alla richiesta del tutore, e attraverso questa, nei limiti dell'effetto devolutivo connesso ai soli motivi di doglianza qui proposti, la legittimità del potere esercitato dalla Regione con il provvedimento in primo grado impugnato.

13. L'appello della Regione Lombardia, per le esposte ragioni, appare dunque pienamente ammissibile e procedibile.

14. La Regione Lombardia, ciò premesso, eccepisce in via preliminare, con un primo motivo di doglianza (pp. 8-15), l'assenza di imparzialità del giudice di primo grado e la conseguente nullità della sentenza e pone, in subordine, questione di legittimità costituzionale degli artt. 51 e 52 c.p.c., laddove interpretati letteralmente e secondo il costante orientamento interpretativo di questo Consiglio, per violazione degli artt. 111 e 117, comma primo, Cost., con riferimento all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

14.1. L'appellante lamenta, in estrema sintesi, che il dott. Dario Simeoli, estensore della sentenza, aveva pubblicato, nel fascicolo 7-8 dell'anno 2008, p. 1727, della rivista *Giustizia Civile*, una nota alla sentenza della Cass., sez. I, 16.10.2007, n. 21748, proprio relativa alla vicenda di-OMISSIS-, nella quale egli avrebbe espresso il proprio apprezzamento sulla sentenza, sottolineando come “nella diversa sede contenziosa, ovvero di accertamento dell'illiceità del rifiuto da parte

dei sanitari di dare corso all'indicazione del legale rappresentante di interrompere la terapia salvavita, il giudice possa fornire ogni tutela specifica anche condannatoria”.

14.2. Secondo la Regione non vi è chi non veda come le convinzioni manifestate dal dott. Simeoli siano state recepite pedissequamente nella sentenza da lui redatta e in questa sede impugnata.

14.3. Il caso di cui si è occupato il T.A.R. Lombardia nella sentenza qui impugnata, infatti, aveva proprio ad oggetto il rifiuto, da parte dell'Amministrazione sanitaria, di dar corso alla richiesta, avanzata dal tutore di-OMISSIS-, di indicare la struttura sanitaria all'interno della quale si sarebbe dovuta interrompere la terapia.

14.4. E puntualmente, sottolinea la Regione, il dott. Simeoli avrebbe affermato nella sentenza che la Regione Lombardia si è posta in contrasto con l'ordinamento giuridico e le ha ordinato, conseguentemente, di indicare la struttura sanitaria all'interno della quale interrompere le cure.

14.5. In altre parole il giudice amministrativo, esattamente come aveva affermato il dott. Simeoli nella sua nota alla sentenza della Cassazione, avrebbe somministrato proprio quella tutela specifica necessaria al fine di interrompere la terapia salvavita.

14.6. Anche la complessiva e discutibile motivazione, che sorregge la sentenza impugnata, dimostrerebbe, ad avviso dell'impugnante Regione, l'assenza di imparzialità, da parte del primo giudice, poiché le “forzature giuridiche” (p. 10 del ricorso), che sarebbero contenute nella sentenza, contribuirebbero a mostrare l'assenza di imparzialità di cui sostanzialmente la Regione si duole.

14.7. Da altro punto di vista, pur connesso all'ordine di censure qui esposto, la causa sarebbe stata decisa dal Collegio, con sentenza semplificata ai sensi dell'art. 26 della l. 1034/1971, con un uso improprio e affrettato di tale rito, pur a fronte di questione sì complessa e delicata, dimostrando come il dott. Simeoli, prima di

essere investito della questione, aveva già studiato i fatti di causa, si fosse formato una convinzione in merito all'esito del giudizio e, soprattutto, l'avesse già chiaramente e pubblicamente manifestata.

14.8. La Regione, insomma, vuol sostenere, come essa stessa afferma (p. 11 del ricorso in appello), che “il giudice estensore della sentenza impugnata ha giudicato secondo la sua scienza privata e non soltanto – come la Costituzione impone – sulla base degli atti di causa”.

15. Soggiunge la Regione di ben conoscere l'orientamento di questo Consiglio, secondo il quale, ai sensi del combinato disposto degli artt. 51 e 52 c.p.c., si verterebbe in una situazione di “astensione facoltativa”, per la quale non è consentito alle parti di proporre ricusazione, e che anche la violazione del dovere di astenersi, da parte del giudice, nelle ipotesi di astensione obbligatoria, non è causa di nullità della sentenza in difetto di tempestiva istanza di ricusazione (pp. 11-12 del ricorso), ma essa assume, cionondimeno, che il testo riformato dell'art. 111 Cost., come anche la costante interpretazione dell'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo da parte della Corte EDU, costituente parametro interposto di costituzionalità ai sensi dell'art. 117 Cost., impongano ora una interpretazione, costituzionalmente orientata, alla stregua della quale la situazione, in cui versa un giudice che si esprime precedentemente sui fatti di causa anticipando sostanzialmente l'esito del giudizio, integra una situazione di astensione obbligatoria, la cui mancata attuazione vizia di nullità l'intera sentenza.

16. La Regione chiede, pertanto, che questo Consiglio, laddove aderisca alla tradizionale interpretazione degli artt. 51 e 52 c.p.c., sollevi questione di costituzionalità, nei termini appena riassunti, nella parte in cui non dispongono che il giudice sia obbligato ad astenersi nei casi in cui ha già anticipato l'esito sostanziale del giudizio, per violazione dell'art. 111 e dell'art. 117, comma primo, Cost., nella parte relativa al rispetto degli obblighi derivanti da “vincoli internazionali”.

17. L'eccezione di nullità, come anche la subordinata questione di costituzionalità, deve essere disattesa.

17.1. Il motivo è anzitutto inammissibile.

17.2. Occorre muovere dal presupposto di principio secondo cui i casi di astensione obbligatoria del giudice di cui all'art. 51 c.p.c., applicabili anche al processo amministrativo, nella previgente disciplina processuale applicabile *ratione temporis* ai sensi dell'art. 47 del r.d. 17 agosto 1907 n. 642, sono di stretta interpretazione, in quanto incidono sulla capacità del giudice, determinando una deroga ai principi del giudice naturale precostituito per legge (Cons. St., sez. IV, 25.10.2006, n. 6370).

17.3. Anche volendo però, in ipotesi, accedere alla ricostruzione "costituzionalmente" orientata della normativa in materia di astensione e ricusazione, alla stregua della quale l'opinione espressa dal giudice in sede scientifica costituirebbe un "pregiudizio" integrante un motivo di astensione obbligatoria che, pur non rientrando nelle ipotesi tassative dell'art. 51 c.p.c., sarebbe nondimeno ricavabile dal sistema, l'appellante Regione non ne ha tratto le debite conseguenze, sul piano processuale, e non ha tempestivamente proposto istanza di ricusazione, proprio per l'assunta natura obbligatoria di tale astensione, nel giudizio di primo grado.

17.4. È la stessa Regione, consapevole di tale decisivo inadempimento processuale, a ricordare di non aver proposto ricusazione nei termini previsti dall'art. 48 del r.d. 642/1907 e dall'art. 52 c.p.c. (p. 14 del ricorso in appello) né basta certo a giustificare la mancata tempestiva proposizione dell'istanza l'affermata circostanza che la scelta del primo giudice di decidere la controversia in forma semplificata avrebbe reso "praticamente impossibile", alla difesa regionale, sollevare tempestiva istanza di ricusazione, poiché tale istanza poteva e doveva essere formulata, se del caso, tre giorni prima dell'udienza fissata per la trattazione dell'istanza cautelare o, al più tardi, oralmente all'udienza prima

dell'inizio della discussione, come prevedono sia l'art. 48 del r.d. 642/1947 che l'art. 52, comma secondo, c.p.c.

17.5. Non rileva, quindi, che il Collegio venga costituito a ridosso della data di trattazione, come sostiene l'appellante, perché comunque l'art. 48, comma primo, del r.d. 642/1907 prevede anche l'ipotesi che il ricusante non conosca i nomi dei giudici designati almeno tre giorni prima dell'udienza, disponendo che, in tal caso, l'istanza di ricusazione sia proposta in limine oralmente, all'udienza, prima della discussione.

17.6. La Regione non ha convincentemente dimostrato, del resto, di aver avuto notizia della nota a sentenza solo dopo il passaggio in decisione, non bastando certo a tal fine la mera allegazione che la notizia di tale nota fosse riportata nel quotidiano *Avvenire* del 9.2.2009.

17.7. Anche quindi volendo ammettere, a dispetto di ogni rigorosa tassatività in materia, che il caso rientri in una ipotesi di astensione obbligatoria, peraltro non prevista dall'ordinamento processuale, la mancata tempestiva proposizione, in primo grado, dell'istanza di ricusazione o, in subordine, della questione di costituzionalità degli artt. 51 e 52 c.p.c., rende il motivo del tutto inammissibile, al di là della sua infondatezza nel merito, e la questione di costituzionalità sollevata in subordine del tutto irrilevante ai fini del decidere, perché la mancata astensione del giudice, nelle ipotesi di sua obbligatorietà, non può costituire motivo di nullità della sentenza, ma solo motivo di ricusazione ai sensi dell'art. 52 c.p.c. e la costante giurisprudenza in materia ritiene che il mancato esercizio del potere di ricusazione del giudice, entro i termini previsti, precluda alla parte di far valere, in sede di impugnazione, la nullità della sentenza pronunciata dal giudice che abbia violato l'obbligo di astensione.

17.8. Sia questo Consiglio (sez. VI, 23.2.2009, n. 1049) che la Corte di Cassazione (sez. I, 5.12.2003, n. 18629) hanno confermato, infatti, la fondatezza della ricostruzione esegetica secondo la quale è manifestamente infondata la eccezione

di incostituzionalità degli artt. 51 e 52 c.p.c., in relazione agli artt. 3, 24, 101 e 104 Cost., laddove non prevedono né la nullità dei provvedimenti resi dai giudici obbligati alla astensione né la possibilità di tardive ricusazioni, all'uopo puntualmente richiamando la interpretazione restrittiva del giudice delle leggi (decisioni n. 363 del 1998; nn. 326 e 357 del 1997).

17.9. La ratio di tale orientamento riposa nella constatazione che il legislatore alla parte che ritenga violato l'obbligo di astensione riconosce il diritto di ricazione nel termine previsto dall'art. 52, comma secondo, c.p.c. e, dunque, un valido strumento per evitare di essere giudicati da colui del quale contesti la obbiettività, mentre la scelta di non far conseguire alla inosservanza dell'obbligo di astensione la nullità della sentenza e di imporre un termine per la ricazione risponde alla esigenza di impedire facili strumentalizzazioni all'uso di tale istituto, che verrebbe utilizzato *secundum eventum litis*, con la vanificazione di complesse attività giudiziarie espletate.

17.10. Detta impostazione, ancora di recente riaffermata dalla Cassazione civile (sez. I, 8.5.2013, n. 10724) e da questo Consiglio (sez. IV, 20.4.2012, n. 2355) si coniuga con quella, che del pari costituisce *ius receptum*, secondo la quale "la pretesa incompatibilità di uno dei giudici che hanno composto il collegio può esser fatta valere soltanto con la ricazione nelle forme e nei termini di cui all'art. 52 c.p.c. e non dà luogo al vizio di costituzione ravvisabile solo quando gli atti giudiziali siano posti in essere da persona estranea all'ufficio" (Cass., sez. I, 10.10.2007, n. 21287).

17.11. Il vizio relativo alla costituzione del giudice per la violazione dell'obbligo di astensione non può essere dedotto quale motivo di nullità della sentenza, ai sensi dell'art. 158 c.p.c., poiché l'art. 111 Cost., nel fissare i principi fondamentali del giusto processo, ha demandato al legislatore ordinario di dettarne la disciplina anche attraverso gli istituti dell'astensione e della ricazione, sancendo, come affermato dalla Corte costituzionale (sentenza n. 387 del 1999),

che – in considerazione della peculiarità del processo civile, fondato sull'impulso paritario delle parti – non è arbitraria la scelta del legislatore di garantire l'imparzialità e la terzietà del giudice solo attraverso gli istituti dell'astensione e della riconsuazione (Cass., sez. II, 29.3.2007, n. 7702).

17.12. Ad analoghe conclusioni è pervenuta, per il processo amministrativo, anche la giurisprudenza di questo Consiglio (sez. VI, 23.2.2009, n. 1049).

18. In ogni caso, quand'anche si prescindano da tale assorbente rilievo, sul piano processuale, e finanche dalla questione della riconducibilità dell'ipotesi qui dedotta ad un caso di astensione "obbligatoria" ricavabile dal sistema dei principi costituzionali ed europei, ritiene il Collegio che, di fatto, il giudice non sia venuto meno al suo dovere di imparzialità.

18.1. Nella nota in questione il dott. Simeoli non ha espresso alcun convincimento sull'illegittimità del provvedimento impugnato avanti al T.A.R. Lombardia e, quindi, non si è in alcun modo pronunciato anticipatamente sulla specifica res iudicanda portata alla sua cognizione, ma si è limitato semplicemente a manifestare, in via di principio e senza alcun riferimento al giudizio in oggetto, un'opinione scientifica, secondo la quale il giudice potrebbe assicurare la doverosa tutela specifica, anche condannatoria, di fronte ad un illecito rifiuto, da parte dei sanitari, di dar corso alla volontà del paziente, siccome ricostruita dal tutore, nel contraddittorio con il curatore speciale, ed accertata in sede giudiziale.

18.2. Tale tutela, come si legge nella nota, può essere assicurata solo di fronte all'eventuale accertamento dell'illiceità di tale rifiuto, ma non si parla né del provvedimento adottato dalla Regione Lombardia né di una sua illiceità, sicché, al di là del fatto che il dott. Simeoli abbia annotato, in senso adesivo, la sentenza della Cassazione pronunciata nel caso -OMISSIS-, l'appellante non spiega per quale motivo il dott. Simeoli avrebbe dovuto astenersi solo per aver manifestato un'opinione scientifica su una questione di diritto che non riguardava, e non poteva riguardare, il concreto provvedimento impugnato avanti al T.A.R.

18.3. Nella nota alla sentenza non si afferma, infatti, che ogni eventuale rifiuto dei sanitari sarebbe stato per ciò solo illegittimo né, ancor meno, si parla del rifiuto opposto dalla Regione nella nota in questa sede impugnata, onde non è dato comprendere in qual modo il giudice avrebbe espresso un pregiudizio sulla specifica e concreta res iudicanda che, giova ripeterlo, è unicamente lo specifico e concreto provvedimento qui impugnato, di cui mai si fa menzione nella nota a sentenza.

18.4. Né certo giova a corroborare l'assunto che il giudice abbia pronunciato sulla questione secondo un "pregiudizio" ed ex privata scientia, come afferma la Regione, il solo fatto che il Collegio abbia deciso di definire la sentenza in forma semplificata, ai sensi dell'art. 26 della l. 1034/1971, posto che, se anche tale scelta processuale, peraltro rimasta inoppugnata, sullo specifico punto, per la mancata articolazione di uno specifico motivo di censura inerente alla violazione del citato art. 26, possa apparire opinabile al cospetto di questione sì complessa, certo da tale scelta legittimamente adottata dal Collegio non può desumersi in alcun modo l'esistenza di una prescienza, addirittura privata e comunque antecedente all'instaurazione del giudizio, della res iudicata, prescienza che in alcun modo emerge dalla lettura del provvedimento impugnato, che si è attenuto rigorosamente solo agli atti di causa, e men che mai di un pregiudizio o di un preconetto convincimento circa il merito della questione.

18.5. Le ragioni addotte dal T.A.R. a base del proprio convincimento, infatti, nulla hanno a che vedere con l'analisi della sentenza della Cassazione, contenuta nella nota del dott. Simeoli, né una loro analisi rivela che esse, ben lungi dal contenere "forzature giuridiche" (p. 10), abbiano in qualche modo mutuato o pedissequamente riprodotto argomentazioni contenute nella nota, che del resto mai il provvedimento regionale ha riguardato né mai avrebbe potuto riguardare.

18.6. Il Collegio non ignora che ancor di recente, nella sentenza n. 194 del 9.7.2014, la Corte costituzionale, nel ribadire la fondamentale rilevanza del

principio di imparzialità del giudice, ha stabilito che le soluzioni legislative per realizzare questo principio non debbono prefigurare moduli necessariamente identici per tutti i tipi di processo, ma deve essere, comunque, osservata la regola che il giudice rimanga sempre *super partes* ed estraneo rispetto agli interessi oggetto del processo e sia assicurato quel minimo di garanzie ragionevolmente idonee allo scopo.

18.7. Ma nel caso di specie, per quanto attiene alla disciplina del processo amministrativo, che ai sensi dell'art. 47 del r.d. 642/1907 era mutuata nella previgente disciplina processuale da quella del processo civile, il giudice non è venuto meno a questo principio, per aver anticipato il suo giudizio in ordine alla specifica *res iudicanda*, né sussistono gravi ragioni di convenienza, legate a proprie situazioni personali, che ne farebbero venir meno la terzietà.

19. Ne consegue che la vicenda di cui è causa non rientra in alcuna delle ipotesi di astensione, obbligatoria e nemmeno facoltativa, contemplate dagli artt. 51 e 52 c.p.c., con conseguente irrilevanza, anche per tale ragione, della questione di costituzionalità sollevata in via subordinata dalla Regione appellante.

20. Occorre adesso esaminare, seguendo lo stesso ordine delle questioni proposto dall'appellante e non, come pure ha affermato questo Consiglio nella sentenza dell'Adunanza plenaria n. 4 del 2011, l'ordine del loro esame consigliato dalla loro pregiudizialità logico-giuridica, la questione pregiudiziale inerente alla giurisdizione, in questa sede riproposta, appunto con il terzo motivo (pp. 15-21), da parte della Regione appellante, benché la questione della giurisdizione, nell'ordine delle questioni pregiudiziali, debba ritenersi la prima, come ha chiarito la citata sentenza dell'Adunanza plenaria.

20.1. Ritiene il Collegio di poter prescindere, pur non mancando di rilevarne l'esistenza, dalla implicita contraddittorietà insita nell'impostazione difensiva della Regione che, se da un lato sostiene il proprio persistente interesse ad ottenere una pronuncia d'appello sulla legittimità del proprio agire, in riforma

della sentenza impugnata, dall'altro e tuttavia insiste nell'eccepire il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

20.2. Il rilievo che l'accoglimento di tale ultima eccezione determinerebbe l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata, con conseguente (ripristinata) validità del provvedimento regionale impugnato in prime cure, può forse contribuire a superare le rigorose conseguenze che, sul piano processuale, si dovrebbero pur trarre da tale intrinseca contraddittorietà, ritenendola non decisiva ai fini dell'ammissibilità dell'eccezione inerente al difetto di giurisdizione, benché non scongiuri del tutto l'impressione di un venire contra factum proprium, da parte della Regione, nell'assumere, con forza, la persistenza di un interesse, concreto ed attuale ad una pronuncia sulla legittimità di un atto, da parte del giudice amministrativo d'appello (e, non si badi, da parte di un qualsivoglia giudice munito di giurisdizione), per poi sostenerne, con altrettanta forza, la cognizione da parte del giudice ordinario.

21. Il Collegio, non senza rilevare tale singolarità, stima comunque di dover esaminare, per la sua assoluta rilevanza, anche tale fondamentale questione, che ha ritenuto di posporre alle altre due sopra esaminate, nonostante la sua indubbia pregiudizialità logico-giuridica rispetto a queste, per un motivo attinente, essenzialmente, ad una più ordinata ed organica sistemazione della materia trattata la quale, per la delicatezza delle questioni dibattute, ne ha reso opportuno, sul piano processuale, una preliminare ed anticipata verifica.

21.1. Certamente la pregiudiziale valutazione della propria potestas iudicandi costituisce un prius logico-giuridico rispetto ad ogni altra questione, ma la motivata inversione dell'esame delle questioni, senza che ovviamente ciò comporti irrazionalmente e illegittimamente, oltre che inutilmente, una pronuncia, nel merito, su questioni controverse da parte del giudice che poi si ritenga sfornito di giurisdizione, può essere consentita tutte le volte in cui il giudice ne ravvisi l'opportunità, alla luce della materia trattata, non potendo assurgere l'ordine

logico-giuridico delle questioni ad un dogma assoluto e vincolante per il giudice, ma solo ad un fondamentale criterio di orientamento, improntato alla ragionevolezza e all'economia dei mezzi processuali, per un ordinato, logico ed utile esame della materia controversa.

21.2. Al riguardo, 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 inibitorie, 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 suscettibili 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 giurisdizione 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 dell'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 cc.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, disegnato 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).

24.6. 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).

25. 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 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'interesse 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.

25.7. 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”.

26. 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 iniziato ad istanza di parte.

26.1. Non giova invocare, in senso contrario, la categoria dei cc.dd. diritti incompressibili, 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 incompressibile, sicché anche il preteso esercizio del

potere, da parte dell'Amministrazione, non radicherebbe la giurisdizione del giudice amministrativo.

26.5. La dottrina dei diritti incompressibili 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, invece, 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 OMISIS- 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.

29.1. A tale conclusione non osta, come si è detto, la natura “inviolabile” o “incomprimibile” di tale diritto, posto che, come ha chiarito la Corte costituzionale nella sentenza n. 140 del 2007, “non v’è alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi al giudice ordinario la tutela dei diritti costituzionalmente protetti”, essendo anzi evidente, proprio nell’evoluzione dello stesso ordinamento a partire dal d. lgs. 80/1998, passando dalle riforme della l. 205/2000, sino alla l. 69/2009 e, infine, all’adozione del vigente codice del processo amministrativo, la linea evolutiva del nostro ordinamento che ha consentito di riconoscere al giudice amministrativo, accanto alla tradizionale, ma pur sempre fondamentale, tutela demolitoria, una pienezza e una varietà di strumenti e di poteri processuali atti a garantire la effettività della tutela giurisdizionale.

29.2. Né giova opporre infine, come fa la Regione, la circostanza che tale controversia atterrebbe comunque ad un rapporto individuale di utenza ai sensi dell’art. 33, comma 2, lett. e), del d. lgs. 80/1998, spettante alla cognizione del giudice ordinario chiamato a verificarne solo se ne sussistano le condizioni previste ex lege, poiché tale giurisdizione si radica e si giustifica appunto nell’ambito di un rapporto di mera prestazione da parte dell’amministrazione in favore dell’utente, ove non venga in rilievo l’esercizio di poteri pubblicistici, di stampo autoritativo e organizzatorio.

29.3. Anche prescindendo dal rilievo formale che l’art. 33, comma 2, del d. lgs. 80/1998 è stato dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 204 del 2004, più volte richiamata, l’Amministrazione sostanzialmente non si presenta qui nella veste privatistica di mera esecutrice di una prestazione dovuta, limitandosi ad adempierla (o a non adempierla) materialmente secondo canoni e parametri predefiniti ex lege, bensì in quella pubblicistica di autorità che esercita un potere organizzatorio che si oppone al reclamato esercizio di un diritto.

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.

33.2. In particolare, ha soggiunto la nota regionale, negli hospice possono essere accolti solo malati in fase terminale.

33.3. 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, 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, convalidata 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 versi 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 orefizio, 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 prestazioni 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 sostanziato 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 quali 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'equipe 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 Regione 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 beneficiabilità, 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 comportare 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 trattamento 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

quello 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 dell’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 beneficalità – 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 terapeutica 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 pregresso o anche di un qualsivoglia percorso terapeutico; la scelta consapevole e informata, per quanto tragica, di accettare serenamente, anche solo 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 ancora 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 beneficiabilità, 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 personalistico, 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 anti-giuridico, 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 attui, 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, 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'enfatizzazione 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 interrottivo 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, 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, tralascia di considerare che le prestazioni richieste, per espressa ammissione della stessa Regione, attengono 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'accoglimento 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 agendi o di adeguate misure organizzative può esimere l'Amministrazione 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, diversamente 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.

64. Con il quinto motivo di appello (pp. 31-33), infine, la Regione Lombardia censura la sentenza del T.A.R., anche alla luce degli sviluppi, successivi al deposito della sentenza impugnata, che hanno condotto alla morte di-OMISSIS-.

64.1. Sostiene l'appellante che la Corte d'Appello di Milano non solo non aveva posto un obbligo a carico dei sanitari del servizio pubblico, ma aveva lasciato chiaramente intendere che l'interruzione dell'alimentazione e dell'idratazione potesse realizzarsi solo tramite l'accordo, vale a dire il consenso e la disponibilità, "del personale medico e paramedico che attualmente assiste o verrà chiamato ad assistere-OMISSIS-".

64.2. La Corte d'Appello di Milano, in altri termini, non aveva posto alcun ordine di facere a carico delle strutture del Servizio Sanitario, già prefigurando, quale soluzione, quella che -OMISSIS- ha poi effettivamente perseguito ad Udine anche

dopo la sentenza del T.A.R., avvalendosi di personale volontario e non nell'ambito del Servizio Sanitario Nazionale.

64.3. La sentenza impugnata, argomenta ancora la Regione, deduce inoltre la sussistenza di tale obbligo dall'autorità di giudicato riconosciuta alla pronuncia della Corte d'Appello, autorità che, come tale, si imporrebbe anche all'Amministrazione.

64.4. Eccepisce tuttavia la Regione che il provvedimento della Corte d'Appello è stato emanato al termine di un procedimento di volontaria giurisdizione e che, per definizione, i provvedimenti assunti in quella sede non hanno forza di giudicato, ma sono anzi revocabili e modificabili in ogni momento, proprio perché preordinati all'esigenza prioritaria della tutela dei diritti e degli interessi dei soggetti deboli.

64.5. Il T.A.R. lombardo sostiene, invece, che il provvedimento in questione avrebbe forza di giudicato, opponibile all'Amministrazione, perché sarebbe scaturito da un procedimento in contraddittorio, concluso con una decisione che incide sulle contrapposte posizioni di diritto soggettive.

64.6. La Regione si interroga, criticamente, sulla effettiva sussistenza del contraddittorio nel procedimento definito dal decreto della Corte d'Appello di Milano, contraddittorio definito "finto" (p. 33 del ricorso), poiché il curatore speciale, nominato proprio per dare spazio a interessi divergenti rispetto a quelli del tutore, ha sempre appoggiato le scelte di quest'ultimo, sicché sarebbe, secondo l'appellante, "paradossale" richiamare tale contraddittorio per giustificare l'effetto conformativo della decisione adottata dalla Corte d'Appello di Milano sull'Amministrazione.

65. La censura è destituita di fondamento.

65.1. Il decreto della Corte d'Appello di Milano, nell'impartire disposizioni pratiche e cautelative (pp. 63-64), ha precisato che "in accordo con il personale medico e paramedico che attualmente assiste o verrà chiamato ad assistere-

OMISSIS-, occorrerà fare in modo che l'interruzione del trattamento di alimentazione e idratazione artificiale con sondino naso-gastrico, la sospensione dell'erogazione di presidi medici collaterali (antibiotici o antinfiammatori, etc.) o di altre procedure di assistenza strumentale, avvengano, in hospice o altro luogo di ricovero confacente, ed eventualmente – se ciò sia opportuno ed indicato in fatto dalla miglior pratica della scienza medica – con perdurante somministrazione di quei soli presidi già attualmente utilizzati atti prevenire o eliminare reazioni neuromuscolari paradosse (come sedativi o antiepilettici) e nel solo dosaggio funzionale a tale scopo”.

65.2. Il provvedimento non ha inteso minimamente subordinare la sospensione del trattamento al volere dei sanitari, come assume la Regione, ma ha semplicemente dettato alcune misure cautelative, nell'attuazione della sospensione, che vedevano il necessario concorso del personale medico e paramedico chiamato ad attuarle.

65.3. Ciò risponde ovviamente alla natura di tali misure, inattuabili senza la positiva volontà, la competenza professionale e l'ausilio tecnico del personale medico e paramedico, che avrebbe dovuto provvedervi.

65.4. Tali misure rientrano anch'esse in quell'obbligo di prestazione, a carico della struttura sanitaria nel suo complesso (tramite, come specifica il decreto, “hospice o altro luogo di ricovero confacente), e il fatto che il provvedimento ne abbia rimesso l'attuazione al consenso del personale medico e paramedico nulla toglie alla doverosità della prestazione da parte del Servizio Sanitario nel suo complesso, doverosità che è ben scolpita dal verbo “ocorrerà”, riferentesi proprio alla natura necessaria di tali misure cautelative a tutela del paziente.

65.5. La circostanza che ad Udine, dove-OMISSIS- fu infine ricoverata, tali misure furono adottate dal personale volontario non avvalorava certo ex post la tesi dell'appellante, ma anzi dimostra che ciò si rese necessario anche per l'illegittimo rifiuto opposto dalla Regione al ricovero della paziente in adeguata struttura del suo Servizio Sanitario.

66. Nemmeno appaiono condivisibili le censure mosse dalla Regione all'autorità di cosa giudicata riconosciuta al decreto.

66.1. La Regione mostra di ben conoscere, invero, il consolidato orientamento secondo il quale nelle procedure camerali il provvedimento di natura decisoria pronunciato, anche in sede di reclamo, su contrapposte posizioni di diritto soggettivo e destinato ad incidere in via definitiva su tali posizioni è suscettibile di acquistare autorità di giudicato (Cass., sez. I, 16.4.2003, n. 6011), come è avvenuto nel caso di specie all'esito del giudizio di rinvio celebratosi avanti alla Corte d'Appello di Milano, ma contesta che tale giudicato si sia formato correttamente, nel conflitto su una posizione di diritto soggettivo quale quella fatta valere dal tutore nel (preteso) interesse dell'interdetta, in un giudizio che ha visto un contraddittorio fittizio, "finto", in quanto la curatrice speciale, nominata per tutelare la posizione di-OMISSIS-, si sarebbe supinamente adagiata alla posizione processuale assunta dal padre nonché tutore, -OMISSIS-.

66.2. Si tratta di contestazione che, oltre ad essere del tutto inammissibile in questa sede e ad opera, peraltro, di soggetto palesemente privo di legittimazione a sollevarla, è comunque errata, in diritto, poiché la rituale instaurazione del contraddittorio, sul piano della corretta dialettica processuale, non dipende certo, secundum eventum litis, dalle posizioni rispettivamente assunte dalle parti necessarie del giudizio in ordine alla res iudicanda.

66.3. Non può seriamente contestarsi, pertanto, che il decreto della Corte d'Appello di Milano, chiamato a pronunciarsi, nel contraddittorio necessario con la curatrice speciale di-OMISSIS- all'uopo nominata, sull'istanza del tutore, abbia acquisito pertanto efficacia di giudicato.

66.4. Anche tale motivo d'appello, pertanto, deve essere disatteso.

67. In conclusione, per tutte le esposte ragioni, l'appello della Regione Lombardia deve essere respinto.

68. L'eccezionalità del caso e la gravità delle ragioni esposte giustificano

l'integrale compensazione delle spese tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge, confermando per l'effetto la sentenza impugnata.

Compensa interamente tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Manda alla Segreteria di procedere, in qualsiasi ipotesi di diffusione del provvedimento, all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi dato idoneo a rivelare lo stato di salute delle parti o di persone comunque citate nel provvedimento.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 luglio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Deodato, Presidente FF

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Massimiliano Nocelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/09/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

