

L'ultima tessera del domino: il "caso Englaro" è chiuso*

Consiglio di Stato, sez. III[^], sent. 21 giugno 2017, n. 3058, est. Santoleri

Nicola Viceconte**

SOMMARIO: 1. La vicenda di Eluana Englaro: una ricostruzione. – 2. L'autodeterminazione nelle scelte terapeutiche. – 3. Autodeterminazione e terapie "salvavita". – 4. Rifiuto delle cure e stato d'incoscienza. – 5. Gli obblighi dell'amministrazione innanzi al diritto alla salute. – 6. La responsabilità dell'amministrazione. – 7. Riflessioni conclusive.

ABSTRACT:

Lo scritto, partendo da un'analisi del tema dell'autodeterminazione nella scelta delle terapie mediche, con particolare riferimento alle terapie di sostentamento vitale, ripercorre le varie fasi della vicenda giudiziaria di Eluana Englaro. Specifico oggetto di analisi sono le decisioni della giustizia amministrativa, tra cui in particolare la sentenza del Consiglio di Stato, sez. III[^], 21 giugno 2017, n. 3058, che hanno censurato le scelte della Regione Lombardia tese ad ostacolare l'esecuzione della decisione della Corte di Cassazione n. 21748 del 2007, che aveva sancito la possibilità di sospendere le terapie nel caso di Eluana Englaro. Con la conseguenza di condannare l'amministrazione al risarcimento del danno recato da tale condotta. Viene in rilievo, quale punto fondamentale di uno stato di diritto, l'ossequio dell'agire amministrativo alla legge. La decisione politica, infatti, non è appannaggio della pubblica amministrazione, la cui attività è strettamente legata al rispetto della legge e non alle ragioni di una coscienza che non può esistere al di fuori delle leggi.

Starting by an analysis of the issue of self-determination in the choice of medical therapies, with particular reference to life-sustaining therapies, the Author traces the various phases of the judicial affair of Eluana Englaro. The decisions of administrative justice are specifically the object of analysis, in

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Ricercatore in Diritto pubblico presso l'Istituto di studi sui sistemi regionali, federali e sulle autonomie (ISSIRFA-CNR), Assistente di studio presso la Corte costituzionale, nicola.viceconte@cnr.it

particular the judgement of the Council of State n. 3058 of 2017, which censored Lombardy's choices. The public administration, in this case, hampered the execution of the judgment of the Court of Cassation n. 21748 of 2007, which had established the possibility of suspending the treatment for Eluana Englaro. Therefore, the Region has to pay compensation for the damage caused by this illegal conduct. Fundamental point of a rule of law is the obedience of administrative action to the law. The political decision, in fact, is not prerogative of the public administration, whose activity is strictly linked to the respect of the law and not to the reasons of a conscience that cannot exist outside the law.

1. La vicenda di Eluana Englaro: una ricostruzione

La vicenda di Eluana Englaro sembra giunta, stavolta, veramente, al termine. La sentenza del Consiglio di Stato, sez. III[^], 21 giugno 2017, n. 3058, infatti, ha confermato la precedente decisione del T.A.R. Lombardia, riconoscendo al padre della ragazza il risarcimento del danno subito da parte della Regione Lombardia, chiudendo così la coda giudiziaria sopravvissuta anche alla morte di Eluana.

Com'è noto, la ragazza si era trovata dal 1992 in “stato vegetativo permanente e persistente (SVP)”¹, senza alcuna ragionevole possibilità, a detta dei medici, di recupero. Per tali ragioni il padre aveva chiesto, in qualità di tutore legale, l'autorizzazione alla sospensione dei trattamenti di sostegno vitale del malato, nella specie l'alimentazione e l'idratazione artificiale, autorizzazione, però, più volte negata dai giudici².

Successivamente, la nota sentenza della Corte di Cassazione, sez. I civ., 16 ottobre 2007, n. 21748, riconobbe la possibilità di sospendere l'alimentazione e l'idratazione artificiale in caso di stato vegetativo irreversibile e sulla base della ricostruzione della volontà del malato. Sulla base del principio di diritto espresso da tale decisione, il decreto della Corte d'Appello di Milano, sez. I civ., 9 luglio 2008, tenuto conto della sussistenza di entrambe le condizioni suddette, autorizzò la sospensione delle terapie di sostentamento vitale³.

La vicenda, nondimeno, ebbe una travagliata coda, i cui contenuti travalicarono le sue specificità. In primo luogo, vi fu un aspro dibattito in seno al mondo politico, manifestatosi dapprima nell'adozione da parte del Governo di un apposito decreto-legge (con cui, fino all'approvazione di una legge sul testamento biologico, si vietava la sospensione delle terapie di sostenta-

¹ Con cui s'intende quello stato di permanenza, mediante ausilio artificiale, delle funzioni biologiche essenziali, con l'assenza però di alcun rapporto cognitivo ed emotivo col mondo esterno, nonché di una possibile reversibilità di tale stato (che in ogni caso non consente di considerare come clinicamente morto il paziente).

² Sul punto si segnalano, in particolare, il decreto del 31 dicembre 1999, con cui la Corte d'Appello di Milano respingeva la richiesta di sospensione dei trattamenti di sostentamento vitale, non ricorrendo i presupposti dell'accanimento terapeutico. Orientamento ribadito nel decreto del 16 dicembre 2006, ove si sottolineava con più forza l'impossibilità di far seguito alla richiesta del tutore in assenza di precise direttive espresse in precedenza.

³ Critica verso la ricostruzione effettuata dalla Corte d'Appello è M. L. Di BRONTO, *Sulla decisione del giudice del caso Englaro e sulle sue implicazioni*, in *RaGiuSan*, 2009, n. 303/304, p. 160.

mento vitale), mai perfezionatasi, tuttavia, in virtù della mancata emanazione da parte del Presidente della Repubblica⁴. A ciò fece seguito il conflitto di attribuzione di attribuzione tra poteri dello Stato sollevato dalle Camere contro le decisioni della Cassazione e della Corte d'Appello; conflitto ritenuto inammissibile dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n. 334 del 2008, venendo in contestazione vizi *in iudicando* della pronunce giurisprudenziali, che, tra l'altro, in alcun modo potevano ledere il potere legislativo delle Camere, esercitabile in ogni momento⁵. In secondo luogo, con una direttiva del 16 dicembre 2008, il Ministro della salute, sulla base del parere del Comitato nazionale di bioetica del 30 settembre 2005 e della Convenzione sui diritti dei disabili⁶ (ove si sancisce il diritto dell'incapace a godere del miglior stato di salute possibile, compreso il diritto a non subire rifiuti discriminatori di cibo e prestazioni sanitarie), invitava le Regioni e le Province autonome ad adottare i comportamenti idonei al rispetto di tali disposizioni, ossia ad non considerare quali terapie rifiutabili la nutrizione e l'idratazione artificiale⁷. Sulla base di tale direttiva la Regione Lombardia adottava la nota del 3 settembre 2008, con cui la Direzione generale sanità respingeva la richiesta di messa a disposizione, da parte della Regione, di una struttura idonea al distacco del sondino naso-gastrico. Tale atto, tuttavia, era annullato dal T.A.R. Lombardia, sez. III[^], con la sentenza 22 gennaio 2009, n. 214, poiché in contrasto con un provvedimento definitivo del giudice (e al più modificabile solo dallo stesso), dettando anzi le indicazioni alle strutture sanitarie per l'esecuzione del provvedimento⁸ (tale pronuncia era poi confermata dal Consiglio di Stato, sez. III[^], con sentenza 2 settembre 2014, n. 4460).

Il 9 febbraio 2009, in una clinica di Udine, Eluana Englaro moriva in seguito alla sospensione dei trattamenti.

Tuttavia, sulla base dell'ottenuto annullamento del provvedimento della Regione Lombardia, il padre di Eluana, con apposito ricorso, chiedeva la condanna della Regione per

⁴ Per cui vedi, tra i tanti, M. E. BUCALO, *Profili costituzionali rilevanti nell'ambito del "caso Englaro" e la necessità della disciplina del fine vita*, in AA. VV. (a cura di P. FALZEA), *Thanatos e nomos. Questioni bioetiche e giuridiche di fine vita*, Napoli, Jovene, 2009, pp. 49 ss.; M. LUCIANI, *L'emanazione presidenziale dei decreti legge (spunti a partire dal caso E.)*, in *Pol. dir.*, 2009, pp. 409 ss.; F. G. PIZZETTI, *Sugli ultimi sviluppi del "Caso Englaro": limiti della legge e "progetto di vita"*, *ibidem*, p. 465; C. SALAZAR, *Riflessioni sul "caso Englaro"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 13 febbraio 2009, al sito www.forumcostituzionale.it, pp. 1 ss.; A. SPADARO, *Può il Presidente della Repubblica rifiutarsi di emanare un decreto-legge? Le "ragioni" di Napolitano*, *ibidem*, 10 febbraio 2009, pp. 3 ss.

⁵ Sul conflitto, tra i tanti, cfr. M. E. BUCALO, *Profili costituzionali rilevanti nell'ambito del "caso Englaro"*, cit., pp. 40 ss.; G. GEMMA, *Parlamento contro giudici: un temerario conflitto di attribuzioni sul "caso Eluana"*, in *Giur. cost.*, 2008, pp. 3723 ss.; R. ROMBOLI, *Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda Englaro: un caso di evidente inammissibilità*, in *Foro it.*, 2009, p. 17.

⁶ Siglata dall'Assemblea Generale dell'O.N.U. il 13 settembre 2006.

⁷ La direttiva fu oggetto d'impugnazione anche presso il T.A.R. del Lazio, che, con sentenza della sez. III[^] *quater* del 12 settembre 2009, n. 8650, dichiarò il proprio difetto di giurisdizione, con conseguente inammissibilità del ricorso. A commento vedi A. PIOGGIA, *Il diritto alla salute e la "direttiva Sacconi" sull'obbligatorietà di nutrizione e idratazione artificiali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, pp. 386 ss.

⁸ Ivi, inoltre, proprio la Convenzione sui diritti dei disabili viene richiamata come base giuridica per la sospensione del sostentamento vitale, ché altrimenti un soggetto incapace sarebbe discriminato rispetto a uno capace riguardo al potere di autodeterminazione sulle scelte terapeutiche. Sulla sentenza cfr. M. E. BUCALO, *Profili costituzionali rilevanti nell'ambito del "caso Englaro"*, cit., pp. 46 ss.

il risarcimento dei danni, patrimoniali e non patrimoniali, derivati dagli atti regionali. La condanna, riconosciuta dal T.A.R. Lombardia, sez. III^A, con la sentenza 6 aprile 2016, n. 650, ha trovato definitiva conferma con la decisione del Consiglio di Stato in commento, che sembra aver messo la parola fine su tale travagliata vicenda.

2. L'autodeterminazione nelle scelte terapeutiche

L'analisi delle peculiarità della decisione del Consiglio di Stato in esame si fondano sul riconoscimento dell'esistenza di un diritto a rifiutare le terapie mediche, quale espressione del principio consensualistico che regola i rapporti tra medico e paziente, come chiaramente indicato dalla sentenza della Cassazione n. 21748 del 2007 e richiamato dalle pronunce che hanno annullato la nota della Regione Lombardia.

L'articolo 32, comma secondo, della Costituzione, infatti, stabilendo che nessuno può essere sottoposto a trattamenti sanitari obbligatori se non in virtù di un'espressa previsione legislativa, con il divieto, tra l'altro, di trattamenti sanitari che contrastino con il rispetto della dignità umana, consente di ritenere legittimo un trattamento medico solo se fondato sul consenso del paziente, salvo il caso di cure imposte per legge. Tali cure, inoltre, sono ammissibili soltanto quando necessarie alla salvaguardia non della sola salute individuale, ma anche di imprescindibili esigenze collettive⁹ (com'è, anche se sempre con più eccezioni, per talune vaccinazioni¹⁰); ed è proprio in virtù dell'articolo 13 Cost., inoltre, che si estendono le garanzie ivi previste anche ai trattamenti sanitari obbligatori, qualora abbiano natura coattiva¹¹. Dunque, già sulla base del combinato disposto degli artt. 13 e 32 Cost. è possibile ricavare il principio consensualistico in materia di cure mediche¹², quello che comunemente è denominato «consenso informato»¹³, che ha progressivamente trovato una concreta traduzione in nu-

⁹ Così, tra le altre, Corte cost. 22 giugno 1990, n. 307, nonché Corte cost. 23 giugno 1994, n. 258. Sul punto si vedano, *ex multis*, L. CARLASSARE, *L'art. 32 Cost. e il suo significato*, in R. ALESSI (a cura di), *L'amministrazione sanitaria*, Vicenza, Neri Pozzi, 1967, pp. 105 ss.; C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Riv. inf. mal. proff.*, 1961, I, pp. 1 ss.; S. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in *Dir. e società*, 1979, pp. 904-905; C. TRIPODINA, *Art. 32 Cost.*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 2008, pp. 321 ss.; D. VINCENZI AMATO, *Tutela della salute e libertà individuale*, in *Giur. cost.*, 1982, pp. 2461 ss.

¹⁰ Vedi D. PARIS, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Firenze, Passigli, 2011, pp. 122 ss. e 194 ss.

¹¹ Cfr. Corte cost. 20 ottobre 1990, n. 471. Sul punto si vedano M. LUCIANI, voce *Salute (diritto alla) – dir. cost.*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma 1991, p. 10; S. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori*, cit., p. 888.

¹² Sul punto vedi A. SANTOSUOSSO, *Diritti del paziente e dovere dei medici nel caso dell'eutanasia*, in C. Viafora (a cura di), *Quando morire? Bioetica e diritto nel dibattito sull'eutanasia*, Padova, Gregoriana Libreria Editrice, 1996, pp. 214 ss.

¹³ Sul principio del consenso informato si vedano, tra i tanti, F. AGNINO, *Il consenso informato al trattamento medico-chirurgico: profili penalistici e civilistici*, Torino, ITA, 2006; C. CASONATO, *Il malato preso sul serio: consenso e rifiuto alla cura in una recente sentenza della corte di Cassazione*, in *Quaderni cost.*, 2008, pp. 545 ss.; G. GRASSO, *Consenso informato, libertà di scelta e disponibilità del proprio corpo*, in G. COCCO (a cura di), *Lo statuto giuridico delle informazioni*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 19 ss.; G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, Milano, Giuffrè, 2008, spec. pp. 19-184.

merose previsioni normative, da ultimo nell'art. 1 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento), che ha introdotto per la prima volta nell'ordinamento italiano una specifica disciplina in materia di "fine vita"¹⁴. La giurisprudenza, a partire dalla nota sentenza *Massimo*¹⁵, ha chiarito il contenuto del principio consensualistico, sino a delineare l'esistenza di un principio di autodeterminazione riguardo alle cure mediche, che andrebbe anche oltre quanto sancito dall'art. 32 Cost.¹⁶. La stessa Corte costituzionale, infatti, con la sentenza 15 dicembre 2008, n. 438, ha ancorato il principio del consenso informato anche agli artt. 2 e 13 Cost., quale punto di sintesi tra il diritto alla salute e il diritto all'autodeterminazione dell'individuo¹⁷.

L'affermazione di un autonomo diritto all'autodeterminazione, in tal modo, pone l'attenzione sull'aspetto più importante della scelta terapeutica e cioè la libertà di scegliere le cure ritenute più appropriate¹⁸; il che potrebbe comportare anche la scelta di astenersi da un determinato trattamento terapeutico, rifiutandolo o sospendendolo.

Così argomentando, il dovere del medico di curare dovrebbe arrestarsi innanzi alla volontà contraria del paziente, poiché, in caso contrario, un diritto individuale diverrebbe un dovere costituzionalmente imposto, un «dovere di essere sani»¹⁹.

Dunque, sebbene vi sia chi non ricostruisca la scelta di astenersi dalle cure in termini di pieno diritto individuale²⁰, pur riconoscendo l'esistenza del principio consensualistico²¹, sembra possibile postulare la sussistenza di un «diritto a rifiutare le cure», non solo quale aspetto negativo del diritto alla salute, ma quale possibile risvolto dell'autodeterminazione riguardo alle scelte terapeutiche²².

¹⁴ Per un primo commento si veda C. TRIPODINA, *Tentammo un giorno di trovare un modus moriendi che non fosse il suicidio né la sopravvivenza. Note a margine della legge italiana sul fine vita (n. 219/2017)*, in *Forum Quaderni cost.*, 12 gennaio 2018, al sito www.forumcostituzionale.it, pp. 1 ss.

¹⁵ Cass. pen., sez. V[^], 21 aprile 1992.

¹⁶ In tal senso già Corte di Cassazione, sez. III[^], sentenza 14 marzo 2006, n. 5444; conclusioni ben ribadite in Cass., sez. un., sentenza 13 novembre 2008, n. 27145.

¹⁷ Critica nei confronti dell'utilizzo dell'art. 2 Cost. per giustificare l'esistenza di diritti più esplicitamente riconducibili a precise disposizioni costituzionali è D. MORANA, *A proposito del fondamento costituzionale per il «consenso informato» ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sent. n. 438 del 2008 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2008, pp. 4971-4972.

¹⁸ Così R. BALDUZZI, D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giur. cost.*, 2008, pp. 4963-4964.

¹⁹ Così A. D'ALOIA, *Diritto di morire? La problematica dimensione costituzionale della fine della vita*, in *Pol. dir.*, 1998, p. 611. Concorde con tale impostazione è anche A. ALGOSTINO, *I possibili confini del dovere alla salute*, nota a Corte cost. 18 aprile 1996, n. 118, in *Giur. cost.*, 1996, pp. 3215 ss.

²⁰ Così P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Napoli, ESI, 1983, p. 134 e ss. Nega la sussistenza di un "diritto alla non-salute", configurando una mera "non illiceità" del non curarsi, P. BELLINI, *Aspetti costituzionali con più specifico riferimento alla libertà religiosa*, in AA.VV., *Trattamenti sanitari fra libertà e doverosità*, Napoli, Jovene, 1983, pp. 61 ss., spec. p. 66.

²¹ Così la sentenza della Corte di Cassazione n. 1572 del 2001. *Contra* Corte di Cassazione, sez. I pen., 29 maggio-11 luglio 2002, n. 26446, *Volterrani*, la quale ritiene l'attività medica legittima soltanto in base all'esigenza di salvaguardare la salute del paziente, non attribuendo così al consenso un valore determinante nel legittimare gli interventi medici. In ogni caso, anche tale pronuncia nega la legittimità di trattamenti medici praticati in contrasto con l'esplicito dissenso del paziente, postulando il ricorrere del reato di violenza privata.

²² In tal senso, tra gli altri, vedi P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984, pp. 385 ss.; R. D'ALESSIO,

L'impostazione personalista della Costituzione, che indubbiamente non nega un approccio solidaristico alla materia, non consentirebbe, infatti, di affermare una doverosità dei trattamenti medici. I doveri di solidarietà sociale, pure contemplati dall'art. 2 Cost., i quali impongono l'obbligo di prestare al paziente tutte le cure necessarie per la salvaguardia della sua salute, infatti, non possono spingersi sino al punto di ledere un diritto fondamentale dell'individuo, quale il diritto alla salute, benché nella sua accezione negativa. E anche nei casi di trattamenti imposti per legge, inoltre, si ricordava in precedenza come la Corte costituzionale abbia ritenuto che gli stessi non possano giustificarsi soltanto in base all'esigenza di tutela della salute del singolo, andando contro la sua possibilità di autodeterminazione²³.

Siffatta ricostruzione trova oggi un'esplicita traduzione legislativa all'art. 1, comma 5, della legge n. 219 del 2017, ove si precisa che «[o]gni persona capace di agire ha il diritto di rifiutare, in tutto o in parte, (...) qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso. Ha, inoltre, il diritto di revocare in qualsiasi momento (...) il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento».

3. Autodeterminazione e terapie "salvavita"

Non c'è dubbio che assai più delicata è la fattispecie del rifiuto o della sospensione dei trattamenti medici quando ciò possa comportare, come estrema conseguenza, la morte del paziente. Qui l'autodeterminazione entra in conflitto con il diritto alla vita, il quale pure trova evidente tutela costituzionale nell'art. 2 Cost.

In quest'eventualità, pertanto, non manca chi valuta la libertà di autodeterminarsi rispetto alle cure mediche recessiva rispetto all'assoluta indisponibilità della vita umana. L'autodeterminazione, quindi, incontrerebbe taluni limiti costituzionali, derivanti proprio dalla tutela dei valori di cui all'art. 2 Cost., che non consentirebbero, in particolare, la possibilità di sospendere terapie in conseguenza di cui potrebbe aversi la morte del paziente²⁴. In tal

I limiti costituzionali dei trattamenti «sanitari», in *Dir. e società*, 1981, p. 550; F. MANTOVANI, *Aspetti giuridici dell'eutanasia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, pp. 453-54; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione*, in *Dir. e società*, 1982, pp. 311-312; M. PORTIGLIATTI BARBOS, voce *Diritto di rifiutare le cure*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, pp. 30 ss.; A. SANTOSUOSSO, *Diritti del paziente*, cit., pp. 214 ss.; C. Tripodina, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Napoli, Jovene, 2004, pp. 131 ss.

²³ Tale il senso del limite del rispetto della persona umana secondo R. ROMBOLI, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto "attivo" e in quello "passivo"*, in *Foro it.*, 1991, I, p. 20.

²⁴ COSÌ L. EUSEBI, *Tra indisponibilità della vita e miti di radicale disponibilità della medicina: il nodo dell'eutanasia*, in C. VIAFORA (a cura di), *Quando morire?*, cit., pp. 241 ss.; ID., *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico penali*, in *Riv. it. med. leg.*, 1995, pp. 733 ss.; G. IADECOLA, *"Diritto di morire" e potestà medica di curare*, in *Cass. Pen.*, 1997, pp. 3661 ss.; P. RIECI, M. O. VENDITTO, *Eutanasia, diritto a morire e diritto di rifiutare le cure: equivoci semantici e prospettive di riforma legislativa*, in *Giust. Pen.*, 1993, pp. 280 ss. Di mera non punibilità del rifiuto di cure salva-vita parla, invece, S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in *Forum Quaderni cost.*, 2009, al sito www.forumcostituzionale.it, pp. 19 ss.

senso, si avrebbe una netta distinzione tra il rifiuto di una cura a rischio della morte e la sospensione di una cura vitale, poiché in tale secondo caso ammettere il diritto a sospendere le terapie equivarrebbe a consentire un diritto al suicidio²⁵.

Ciò precisato, tali argomentazioni appaiono superabili, e ciò senza necessariamente riconoscere un "diritto alla morte", in particolare al ricorso alle pratiche di eutanasia.

Ponendo sempre al centro il principio consensualistico, che si è visto dover governare l'ordinamento, infatti, in assenza di una legge che obblighi a uno specifico trattamento, a nessun malato potrebbe essere impedito di scegliere di non curarsi, anche quando ciò ponga in pericolo la sua vita²⁶. Tuttavia, se è possibile ritenere legittimo il rifiuto di una terapia salvavita, legittima dovrebbe essere anche la richiesta della sua sospensione²⁷, poiché altrimenti il consenso avrebbe carattere irrevocabile²⁸, la qual cosa appare disarmonica rispetto ai principi costituzionali e in particolare all'art. 32 Cost.²⁹. Argomentando diversamente, d'altronde, si arriverebbe al paradosso di creare timori nell'iniziare terapie, per paura di non poterle sospendere, nonché si rischierebbe di penalizzare soggetti che sono stati sottoposti a trattamenti quando si trovavano in caso d'incoscienza, che poi non potrebbero più interrompere³⁰.

Quando vi sia l'espresso e manifestato consenso del malato alla sospensione di qualsiasi terapia o trattamento di sostentamento vitale, dunque, la scelta sulle terapie dovrebbe essere ricondotta solo al paziente, consapevolmente informato e sulla base della relazione con il proprio medico³¹.

Lo stesso Comitato Nazionale di Bioetica, con il parere 24 ottobre 2008, pur con una certa moderazione, aveva affermato come la sospensione di terapie salvavita debba essere considerata legittima, risolvendosi non in aiuto a morire, quanto in un accettare che una patologia segua il suo corso. In tal senso, come si vedrà in seguito, la richiesta di sospen-

²⁵ Sul punto si veda A. RUGGERI, *Le dichiarazioni di fine vita tra rigore e pietas costituzionale*, in *Sanità pubbl. e priv.*, 2010, pp. 5 ss.

²⁶ Come osserva M. LUCIANI, *Salute (diritto alla)*, cit., 11, la Costituzione non distingue tra i vari trattamenti a seconda delle conseguenze dell'eventuale rifiuto e quindi, una volta riconosciuto un generale diritto a rifiutare le cure, questo non può escludersi per le terapie salvavita. In tal senso S. RODOTÀ, *Il paradosso dell'uguaglianza davanti alla morte*, in S. SEMPLICI (a cura di), *Il diritto di morire bene*, Bologna, Il Mulino, 2002, pp. 39 ss.

²⁷ Sul punto vedi R. ROMBOLI, *Art. 5 (Atti di disposizione del proprio corpo)*, cit., p. 306. Cfr. anche F. STELLA, *L'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 1018. Sottolinea la differenza tra rifiuto e sospensione di terapie salvavita, pur non negando tale seconda ipotesi, A. NICOLUSSI, *Al limite della vita: rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari*, in *Quaderni cost.*, 2010, pp. 279 ss.

²⁸ Irrevocabilità che, invece, sembrava ammettere la Procura di Sassari, 13 febbraio 2007, nel cd. "caso Nuvoli", ove si riteneva inammissibile la richiesta d'interruzione di trattamento di ventilazione meccanica. Sul punto vedi C. BRIGNONE, *Punti fermi, questioni aperte e dilemmi in tema di rifiuto di cure: la prospettiva civilistica*, in *Dir. famiglia*, 2010, pp. 1320-1321.

²⁹ A conclusioni siffatte, d'altronde, è giunta anche la Corte europea dei diritti dell'uomo nella nota sentenza 29 aprile 2002 sul 2 caso *Pretty* in cui, pur negando che la C.E.D.U. contempni un diritto all'eutanasia, afferma la legittimità della sospensione delle terapie salvavita quando il malato consapevole ne faccia richiesta, ritenendo che un trattamento imposto senza il consenso costituirebbe una lesione all'integrità fisica tutelata dall'art. 8, par. I, della Convenzione

³⁰ Così C. CUPELLI, *La disattivazione di un sostegno artificiale tra agire ed omettere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1161.

³¹ Vedi S. RODOTÀ, *Su Welby l'occasione mancata dai giudici*, nel suo intervento apparso su *La Repubblica* del 18/12/2006. In senso analogo mi sembrano L. D'AVACK, *Sul consenso informato all'atto medico*, in *Dir. famiglia*, 2008, p. 779; C. TRIPODINA, in P. PASSAGLIA, R. ROMBOLI (a cura di) *L'eutanasia tra bioetica e biodiritto*, *Forum*, in *Riv. dir. cost.*, 2007, p. 377.

dere le terapie potrebbe ritenersi non solo la mera manifestazione di una volontà di non essere curato, bensì di essere diversamente assistito nella fase terminale³².

La posizione della giurisprudenza più recente è apparsa progressivamente orientata nel senso qui esposto. La citata sentenza della Cassazione n. 21748 del 2007, infatti, ha affermato che la libertà di autodeterminazione innanzi alle cure mediche non può arrestarsi innanzi alle cd. terapie salvavita. Conclusioni che hanno trovato conferma e chiarimento nella sentenza *Huscher*³³, ove si è sottolineato il nesso tra consenso e autodeterminazione, intesa come possibilità di rifiutare e interrompere il trattamento medico anche nella fase terminale. Anzi, la sospensione delle terapie salvavita da parte del medico quando oggetto di una esplicita e specifica manifestazione di volontà da parte del paziente, sembra presentare carattere di doverosità³⁴, escludendosi la responsabilità penale del medico che interrompa un trattamento su richiesta del malato, in virtù del ricorrere della scriminante di cui all'art. 51 c.p. (così la sentenza del Tribunale di Roma, 23 luglio 2007, n. 2049, relativa al non luogo a procedere nei confronti del dott. Mario Riccio, che aveva sospeso le terapie su Piergiorgio Welby)³⁵.

Anche sotto tali profili l'art. 1, comma 5, della legge n. 219 del 2017 ha posto importanti chiarimenti, che appaiono in linea con l'evoluzione dottrina e giurisprudenziale sin qui illustrata. Si prevede, infatti, la possibilità di rinunciare o di rifiutare anche i trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza, pur prevedendo l'obbligo per il medico di prospettare al paziente le conseguenze di tale decisione e le possibili alternative, promuovendo ogni azione di sostegno. Il rispetto della volontà espressa dal paziente costituisce un obbligo per il medico, che, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale per le eventuali conseguenze del rifiuto o della interruzione delle terapie.

Si tratta, dunque, di una disposizione che recepisce gli orientamenti maggioritari riguardo all'autodeterminazione alle cure, valorizzando la volontà del paziente nel rispetto del disegno solidaristico della Costituzione, all'interno della "alleanza terapeutica" tra medico e paziente.

Deve aggiungersi che la legge n. 219 sembrerebbe aver risolto anche il profilo, assai controverso, concernente la definizione di terapie mediche, facendo rientrare tra i trattamenti sanitari anche la nutrizione e l'idratazione artificiali, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici. Non era mancato, infatti, chi aveva posto una distinzione tra terapie mediche e tecniche di sostentamento vitale, non ritenendo pertanto possibile

³² Così N. VETTORI, *Il diritto alla salute alla fine della vita: obblighi e responsabilità dell'amministrazione sanitaria*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, p. 1471.

³³ Cass., sez. IV, 16 gennaio 2008.

³⁴ In tal senso mi paiono le conclusioni di cui al decreto del Tribunale di Cagliari 16 luglio 2016, che ha autorizzato l'interruzione dei trattamenti vitali nel c.d. "caso Piludu". Sul punto mi si consenta di rinviare a N. VICECONTE, *Il "vuoto colmato". La decisione sul "caso Piludu" e il diritto di rifiutare le cure*, in *Diritto e salute*, n. 2/2017, pp. 10 ss.

³⁵ Sul punto vedi C. CUPELLI, *La disattivazione di un sostegno artificiale tra agire ed omettere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 1161 ss.; F. SORRENTINO, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari: sulla facoltà del malato d'interrompere le cure (tra art. 32 della Cost. e codice penale)*, in *Quaderni reg.*, p. 446; N. VICECONTE, *Il diritto di rifiutare le cure: un diritto costituzionale non tutelato? Riflessioni a margine di una discussa decisione del giudice civile sul «caso Welby»*, in *Giur. cost.*, 2007, pp. 2373-2374.

sospendere o rifiutare queste ultime³⁶ (una posizione, espressa, ad esempio, dal parere del Comitato Nazionale di Bioetica del settembre 2005, i cui contenuti furono alla base della decisione della Regione Lombardia di rifiutare l'esecuzione del decreto della Corte d'Appello di Milano). Tuttavia, già la più volte citata sentenza della Cassazione n. 21748 del 2007 aveva chiaramente qualificato come trattamenti sanitari tutti quelli che «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»³⁷. Ciò non tanto in base ad una astratta definizione di "cura" o "terapia", quanto piuttosto alla constatazione che anche la mera nutrizione e idratazione artificiali costituiscono esercizio di sapere clinico³⁸. Pertanto, se in casi estremi di necessità e urgenza il ricorso a tali forme di sostentamento vitale potrebbe avvenire anche in assenza della (impossibile) manifestazione di volontà del paziente, ciò non ne farebbe venir meno la qualificazione di trattamenti sanitari, rifiutabili in momenti successivi a quelli dell'urgenza terapeutica³⁹, trattandosi in ogni caso di trattamenti invasivi del corpo e della salute, a prescindere dalla loro qualificazione⁴⁰. D'altronde, differenziare la tutela giuridica dei casi di sospensione di terapie mediche farmacologiche dall'interruzione di terapie che avvengono mediante mezzi meccanici significherebbe togliere effettività e tutela al diritto d'interrompere le cure per quegli individui i quali, a causa della loro inabilità fisica, non sono in grado di sospendere autonomamente un determinato trattamento. Con la conseguenza paradossale che un diritto fondamentale sarebbe meno garantito nei confronti di un soggetto più debole⁴¹, generando un'evidente discriminazione nell'esercizio di un diritto costituzionale, in contrasto con l'art. 3 Cost.⁴².

³⁶ Così A. RUGGERI, *Le dichiarazioni di fine vita*, cit., 2010, p. 14, il quale ritiene possibile sospendere le pratiche di sostentamento vitale solo quando integrino gli estremi dell'accanimento terapeutico, non reagendo più ad esse il soggetto a cui vengano somministrate. In tal senso, cfr. M. L. DI BITONTO, *Sulla decisione del giudice del caso Englaro*, cit., p. 166.

³⁷ In tal senso già P. Cendon, *I malati terminali*, cit., p. 184.

³⁸ Così C. CASONATO, *Riflessioni sul fine vita. La tutela multilivello dell'autodeterminazione individuale*, relazione all'incontro organizzato dalla Fondazione Italianeuropei, Roma, 17 marzo 2009, al sito www.personaedanno.it, pp. 3-4; G.M. FLICK, *A proposito di testamento biologico: spunti per una discussione*, in *Dichiarazioni anticipate di volontà*, atti del Convegno della FNOMCeO, Terni, 12 giugno 2010, in *La professione*, 2010, 2, pp. 43-44; F.G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 277 ss. Punto di vista questo che appare percepito anche dal mondo scientifico, per cui cfr. F. CONTALDO, *Disposizioni Anticipate di Trattamento: un contributo attraverso la discussione del significato clinico e terapeutico della nutrizione Artificiale*, *La professione*, 2010, 2, pp. 103 ss.; M. MUSCARITOLI, *Cos'è la nutrizione*, ibidem, pp. 98 ss. Lo stesso art. 53 del codice deontologico, d'altronde, vieta forme di nutrizione coatta (se consapevolmente rifiutata), considerando dunque, in linea di principio, anche tale somministrazione come rifiutabile.

³⁹ Tale mi sembra la posizione di P. CENDON, *I malati terminali*, cit., pp. 185-187.

⁴⁰ Così G. FIANDACA, *Il diritto di morire tra paternalismo e diritto penale*, in *Foro it.*, 2009, V, p. 234.

⁴¹ In tal senso A. PIOGGIA, *Consenso informato e rifiuto di cure: dal riconoscimento alla soddisfazione del diritto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, p. 270.

⁴² Così S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, Milano, Feltrinelli, 2006, 254. Sulla stessa linea mi pare G. FIANDACA, *Il diritto di morire*, cit., p. 233.

4. Rifiuto delle cure e stato d'incoscienza

Nella vicenda di Eluana Englaro l'applicazione dei principi sin qui oggetto d'analisi trovava talune ulteriori complicazioni, dovute allo stato d'incoscienza del malato, privo, dunque, della possibilità di manifestare direttamente il proprio consenso (o dissenso) alle terapie. Si tratta della situazione più delicata, ossia quella dei malati terminali in stato d'incoscienza, in particolare quando non vi sia alcuna ragionevole possibilità di progressione favorevole del decorso clinico, ma neppure si riconoscano gli estremi dell'accanimento terapeutico⁴³, ossia la somministrazione di quelle cure «..da cui non si possa fondatamente attendere un beneficio per la salute del malato e/o un miglioramento della qualità della vita» (art. 16 cod. deontologia medica)⁴⁴, dovendo il medico «astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati» (art. 3, comma 2, legge n. 219 del 2017). In linea di principio, argomentando secondo la linea di pensiero sinora seguita, avrebbe potuto ritenersi che, in tutti quei casi in cui fosse possibile al medico ricostruire la volontà del paziente, egli avrebbe dovuto astenersi da qualsiasi pratica medico-chirurgica in contrasto con essa, pur se necessaria al sostentamento in vita⁴⁵; qualora ciò non fosse stato possibile, invece, l'obbligo deontologico di curare avrebbe dovuto far prediligere, nel dubbio, una volontà favorevole al trattamento⁴⁶.

In assenza di una specifica normativa sul punto, oggi prevista dagli artt. 3 e 4 della legge n. 219 del 2017, il riferimento obbligato era dato soprattutto dalla Convenzione europea sui diritti dell'uomo e la biomedicina (cd. "Convenzione di Oviedo")⁴⁷, che all'art. 9 impone al medico l'obbligo di tenere in considerazione le direttive date dal paziente precedentemente alla situazione d'incoscienza, nonché dall'art. 38 del codice di deontologia medica, ove si prescrive la necessità che il medico rispetti le volontà del malato espresse precedentemente allo stato d'incoscienza. Tali disposizioni, però, non consentivano di dare una chiara risoluzione alle questioni, poiché non sempre è agevole ricostruire le volontà del paziente. Inoltre, pur non conferendo certamente un mero valore orientativo alla volontà del paziente, le stesse non sembrano attribuire alla stessa una portata vincolante, lasciando un certo margine

⁴³ Per una ricostruzione dei profili problematici della vicenda vedi M. AZZALINI, *Tutela dell'identità del paziente incapace e rifiuto di cure: appunti sul caso Englaro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, pp. 331 ss.

⁴⁴ Per alcune definizioni del concetto di accanimento terapeutico vedi S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio*, cit., pp. 685 ss.; A. SANTOSUOSSO, *Situazioni giuridiche critiche nel rapporto medico-paziente: una ricostruzione giuridica*, in *Pol. dir.*, 1990, pp. 194 ss.

⁴⁵ Cfr. L. CARLASSARE, *La Costituzione, la libertà, la vita*, in *Il potere, le regole, i controlli: la Costituzione e la vicenda Englaro*, Seminario di ASTRID, Roma, 5 novembre 2009, al sito www.astrid-online.it, p. 3, che sotto tale profilo ritiene chiarificatrice, ma non strettamente necessaria, una legge sul testamento biologico.

⁴⁶ Su questa linea è la sentenza *Barese* della Corte di Cassazione, sez. IV pen., 9 marzo 2001, n. 28132

⁴⁷ Tale Convenzione, resa esecutiva con la l. 28 marzo 2001, n. 145, pur se ancora non formalmente in vigore nell'ordinamento italiano, in assenza di deposito della ratifica presso il Consiglio d'Europa, non è stata ritenuta priva di effetti dalla giurisprudenza, come nel caso in questione della sentenza della Corte di Cassazione, sez. I civ., 16 ottobre 2007, n. 21748, o della sentenza della Corte costituzionale n. 43 del 2008. Sulla vicenda della ratifica della Convenzione vedi S. PENASA, *Alla ricerca dell'anello mancante: il deposito dello strumento di ratifica della Convenzione di Oviedo*, in *Forum Quaderni cost.*, al sito www.forumcostituzionale.it, pp. 1 ss.

di discrezionalità al medico nel valutare se la volontà precedentemente manifestata dal paziente debba ritenersi effettivamente attuale e conforme alla situazione di fatto. Ed è su tali basi che il Comitato nazionale di Bioetica, nel parere del 18 novembre 2003, aveva fornito alcune indicazioni sulle modalità di redazione delle dichiarazioni di volontà, a cui il medico avrebbe dovuto attenersi se attuali rispetto alla situazione di fatto, configurandosi anzi tale comportamento come un suo preciso dovere, sussistendo un preciso onere motivazionale in capo al medico che intenda discostarsi dalle dichiarazioni del malato⁴⁸.

La sentenza della Cassazione n. 21748 del 2007, come già accennato, ha dettato taluni principi per la risoluzione di tali vicende. Secondo il giudice di legittimità, ai sensi degli artt. 357 e 414 c.c., è in capo al tutore legale che grava il compito di prestare il consenso informato ai trattamenti medici, poiché altrimenti l'incapace si troverebbe in condizione di discriminazione riguardo a tali aspetti, in contrasto con quanto previsto dall'art. 6 della Convenzione di Oviedo. Ciò precisato, poiché il diritto alla sospensione delle terapie mediche viene configurato quale diritto personalissimo, ne deriva la sua intrasferibilità in capo al tutore, le cui decisioni in merito sono soggette, quindi, ad alcune limitazioni e specifiche condizioni. Sotto tale profilo, recependo anche alcuni percorsi argomentativi propri in particolare della giurisprudenza statunitense e britannica⁴⁹, la Corte di Cassazione pone quale primaria condizione la ricerca sempre del "best interest" dell'incapace, decidendo "con" costui e non "per" costui, affinché la scelta del tutore sia basata sulla ricostruzione della volontà del paziente, in assenza di dichiarazioni trattamento.

Pertanto, la sospensione dei trattamenti vitali per i pazienti incoscienti risulta possibile ricorrendo due condizioni fondamentali:

- che la condizione di stato vegetativo sia, in base a un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli *standard* scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre che la persona avesse la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno a una percezione del mondo esterno;
- che la richiesta sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, concordanti e convincenti, della voce del rappresentato, tratta dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona.

Nel caso d'istanza giurisdizionale, pertanto, la stessa poteva essere accolta solo qualora tali elementi ricorressero entrambi.

Ciò che maggiormente rileva è il principio di diritto affermato dalla pronuncia, con cui si è riconosciuta la possibilità di dare rilievo anche alla "volontà presunta" dei soggetti in SVP, ma

⁴⁸ Così C. CASONATO, *Riflessioni sul fine vita*, cit., pp. 7-8; sulla stessa linea L. D'AVACK, *Sul consenso informato*, cit., p. 786, nonché F. G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita*, cit., pp. 304 ss.; in senso analogo G. FERRANDO, *Stato vegetativo permanente e sospensione dei trattamenti medici*, in AA.VV., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, IlSole24Ore, 2006, p. 156.

⁴⁹ In particolare la sentenza *Quinlan* della Corte suprema del New Jersey del 31 marzo 1976 e la decisione della *House of Lords* del 4 febbraio 1993 nel caso *Bland*.

solo ricorrendo talune condizioni scientifiche proprie di tale stato⁵⁰. Inoltre, la possibilità di accertare tale volontà sia *direttamente*, cioè con le convinzioni interiori presupposte, per mezzo delle dichiarazioni (desideri espressi), sia *indirettamente*, facendo riferimento al modo di essere della persona, che a sua volta può essere dedotto dai comportamenti, fa pensare non tanto a un'alternatività, quanto alla cumulatività di tali criteri, in cui quello indiretto funga da conferma di quello diretto, specie quando quest'ultimo non risulti da precise volontà documentate⁵¹.

Non c'è dubbio che la soluzione data dalla Cassazione al caso di specie presentasse talune perplessità, specie per quanto riguarda la sufficienza di una volontà solo *presunta* per la risoluzione di tali questioni⁵². Tuttavia, la pronuncia ha avuto senz'altro il pregio di circoscrivere gli ambiti in cui tale volontà presunta del soggetto in SVP può essere presa in considerazione ai fini della interruzione delle terapie, nel tentativo, però, di salvaguardare i principi costituzionali. La decisione, infatti, adotta un criterio volontaristico e oggettivo allo stesso tempo, dando credito alla volontà "ricostruita" solo ricorrendo determinate condizioni scientifiche, quali lo stato vegetativo permanente, richiedendosi invece un *test* maggiormente scrupoloso in vicende diverse. La legge n. 219 del 2017, nel dettare una disciplina specifica relativa alle dichiarazioni anticipate di trattamento (DAT), sembra collocarsi sulla falsariga di quanto elaborato dalla Cassazione. L'art. 3, infatti, prevede che il consenso o il rifiuto delle terapie per il soggetto incapace sia dato che chi ne ha la rappresentanza legale, oppure, ove sia nominato un amministratore di sostegno, da quest'ultimo, avendo sempre come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita della persona, nel pieno rispetto della sua dignità. L'art. 4, inoltre, stabilisce la facoltà di esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari, in previsione di una sua futura capacità di autodeterminarsi, indicando eventualmente anche un fiduciario, che ne faccia le veci e la rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie. Il medico, dunque, è tenuto al rispetto delle DAT, le quali possono essere disattese, in tutto o in parte e in accordo con il fiduciario, solo qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita. Nel caso in cui la persona divenuta poi incapace non abbia lasciato dichiarazioni anticipate, spetterà al suo rappresentante legale o amministratore di sostegno, esprimere il rifiuto alle cure proposte. Tuttavia, qualora il medico ritenga queste appropriate e ne-

⁵⁰ Dubbi su tale aspetto, che sembrerebbe tutelare in modo minore i soggetti incapaci in stato d'incoscienza permanente rispetto a quella occasionale, essendo sufficiente per i primi la ricostruzione di una volontà presunta, esprime C. TRIPODINA, *A chi spettano le decisioni politiche fondamentali sulle questioni eticamente controverse? (riflessioni a margine del "caso Englaro)*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 4089.

⁵¹ Cfr. G. di Cosimo, *La Cassazione fra coscienza e incoscienza*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 23 febbraio 2009, al sito www.forumcostituzionale.it, p. 2.

⁵² Dubbi sulle modalità di ricostruzione della volontà presunta esprime A. D'Aloia, *Al limite della vita: decidere sulle cure*, in *Quad. cost.*, 2010, pp. 260-261.

cessarie, la decisione è rimessa al giudice tutelare, cui spetta dirimere anche gli eventuali conflitti tra medico e fiduciario nei casi in cui potrebbero essere disattese le DAT.

L'intervento del legislatore, pertanto, appare innovativo sotto il profilo della puntuale disciplina delle DAT, indicando le relative formalità e la loro efficacia nei confronti del medico, pur consentendo sempre l'ipotesi di una diversa valutazione, posta in capo al medico e al fiduciario. Tuttavia, in casi quale quello di Eluana Englaro, ove non si era avuta la redazione di disposizioni anticipate di trattamento, resta ferma la necessità di valutare il *best interest* del malato, sulla base delle decisioni di chi ne ha la rappresentanza e del medico, con l'intervento del giudice tutelare nei casi in cui vi sia disaccordo tra tali soggetti. Casi in cui il giudice non potrà non tenere conto dei principi affermati dalla Cassazione in particolare nella sentenza n. 21748 del 2007, che mantiene dunque una piena attualità.

Il merito della legge n. 219 del 2007 riguardo a vicende siffatte appare quello di indirizzare le scelte di medico e dei rappresentanti legali, che dovranno tener conto della volontà e della dignità del malato, nonché quello di prevedere una specifica e chiara disciplina per la risoluzione di tali controversie, evitando così dubbi e code giudiziarie.

5. Gli obblighi dell'amministrazione innanzi al diritto alla salute

Come già ricordato, il decreto della Corte d'appello di Milano 9 luglio 2008 ha riconosciuto il ricorrere delle condizioni previste dalla sentenza n. 21748 del 2007 per la sospensione dei trattamenti, indicando anche talune precisazioni riguardo alle modalità di realizzazione, in particolare precisando la necessità di una struttura idonea, nonché l'adozione degli opportuni trattamenti sedativi. Nondimeno, lo si è accennato, la nota della Regione Lombardia del 3 settembre 2008 respingeva la richiesta di messa a disposizione di tale struttura, motivando il rifiuto con l'impossibilità di prendere in carico la paziente, perché ciò avrebbe comportato l'erogazione di prestazioni sanitarie al di fuori del normale percorso diagnostico (e dei LEA). Inoltre, i provvedimenti necessari avrebbero potuto comportare la responsabilità del personale che avesse provveduto alla sospensione dei trattamenti vitali e lo stesso decreto della Corte d'appello non avrebbe contenuto una chiara indicazione di obbligo di adempiere a carico di soggetti individuati.

La sentenza del T.A.R. della Lombardia n. 214 del 2009, confermata dal Consiglio di Stato con la decisione n. 4460 del 2014, ha censurato tale provvedimento regionale, rientrando tra gli obblighi del sistema sanitario regionale la presa in carico di un malato terminale e l'adozione di tutte le misure idonee all'accompagnamento dello stesso verso la morte, in virtù della sospensione dei sostentamenti vitali legittimamente rifiutati.

L'annullamento degli atti in questione, pertanto, consentiva al tutore di Eluana Englaro il successivo ricorso, teso al riconoscimento del danno patito in conseguenza del rifiuto regionale, ricorso accolto dalla ricordata sentenza del T.A.R. n. 650 del 2016 e confermata dalla decisione del Consiglio di Stato qui in esame.

Secondo il Consiglio di Stato, alla luce delle chiare indicazioni fornite dalla citata pronuncia della Cassazione del 2007, nonché da quanto statuito dal decreto della Corte di Appello di Milano in sede di rinvio, non potevano esservi dubbi «circa la portata dell'obbligo della Regione di provvedere a fornire la necessaria prestazione sanitaria, nel rispetto dell'accertato diritto della persona assistita all'autodeterminazione terapeutica, presso una delle strutture sanitarie regionali». Qualificata la sospensione dell'idratazione e dell'alimentazione artificiale quali trattamenti sanitari, infatti, risultava evidente l'obbligo per la Regione di adottare le necessarie misure tese a dare esecuzione alla volontà manifestata dal paziente tramite il tutore legale.

In tal senso, come già il T.A.R. aveva precisato in sede di annullamento della nota regionale, infatti, non poteva negarsi al decreto della Corte d'appello un'efficacia sostanzialmente equiparabile a quella del giudicato, poiché revocabile solo ad istanza del titolare del diritto leso⁵³. Né poteva sostenersi la mancata chiara indicazione, da parte del decreto, del destinatario dell'obbligo di dare esecuzione alla volontà del malato. Come il Consiglio di Stato aveva già chiarito nella sentenza n. 4460 del 2014, infatti, tale obbligo si rivolgeva alle istituzioni deputate allo svolgimento del servizio sanitario. Pertanto, un rifiuto assoluto quale quello della Regione Lombardia, privo tra l'altro di qualsiasi approfondimento clinico, risultava del tutto ingiustificato, dovendosi limitare la discrezionalità dell'amministrazione alla scelta della struttura più idonea.

Dunque, le citate pronunce della giurisprudenza amministrativa hanno ben chiarito come non possa limitarsi la qualificazione delle prestazioni che l'amministrazione sanitaria deve rendere solo in quelle tese all'eliminazione dello stato patologico. Come in precedenza già sottolineato, infatti, la dimensione del diritto alla salute va ormai ben oltre la mera assenza di malattia, dovendo essere legato all'idea di autodeterminazione nelle proprie scelte di vita e, dunque, ad un più ampio stato di benessere psico-fisico. Dal che ne deriva che anche il dovere di astenersi da determinati trattamenti, qualora rifiutati dal malato, rientri tra i precisi obblighi delle strutture sanitarie⁵⁴.

D'altronde, se l'idratazione e l'alimentazione forzata, come la stessa amministrazione regionale indicava, costituiscono LEA erogabili dal servizio sanitario, come tali sono rifiutabili dagli interessati. Pertanto, il *facere* dell'amministrazione conseguente all'autorizzazione alla sospensione di tali trattamenti non è dato (soltanto) da una diversa specifica prestazione, ma dal provvedere all'interruzione di terapie in corso di somministrazione⁵⁵, accompagnando però il paziente nel percorso finale⁵⁶. Si tratta, in altri termini, di fornire quegli interventi che fanno parte del diritto alla salute nella sua qualificazione di diritto sociale a prestazione⁵⁷.

⁵³ In tal senso S. ROSSI, *Sull'esecuzione del decreto emesso dalla Corte d'Appello di Milano nella vicenda Englaro*, al sito www.forumcostituzionale.it; contra A. GAMBINO, *Sull'equivoco giuridico dell'esecuzione del decreto nella vicenda Englaro*, *ibidem* (21 gennaio 2008).

⁵⁴ COSÌ V. MOLASCHI *Riflessioni sul caso Englaro*, cit., p. 995.

⁵⁵ COSÌ R. FERRARA, *Il caso Englaro innanzi al Consiglio di Stato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, pp. 9 ss., spec. p. 12.

⁵⁶ Sul punto vedi A. PIOGGIA, *Consenso informato e rifiuto di cure*, cit. pp. 275-276.

⁵⁷ Cfr. N. VETTORI, *Il diritto alla salute alla fine della vita*, cit., pp. 1472 ss.

A tal proposito, nella pronuncia in esame il Consiglio di Stato esclude che il comportamento del sanitario che interrompa i trattamenti, sebbene ciò porti al decesso del paziente, integri una responsabilità penale ai sensi dell'art. 579 c.p., trattandosi di una condotta posta in essere proprio al fine di dare esecuzione alla volontà del paziente, in ossequio al principio consensualistico che si è visto regolare i rapporti tra medico e paziente. Trova conferma, pertanto, quanto già affermato nella pronuncia n. 4460 del 2014, che, sulla falsariga della decisione del Gup di Roma sul "caso Welby", aveva riconosciuto come doveroso il comportamento di chi provveda all'interruzione delle terapie e, sul piano penalistico, scriminato ai sensi dell'art. 51 c.p., in quanto teso alla salvaguardia di un diritto costituzionalmente tutelato⁵⁸.

Inoltre, va escluso anche che alla base della nota regionale potesse esservi una sorta di "obiezione di coscienza" dell'amministrazione regionale, poiché, come chiaramente indicato nella sentenza n. 4460 del 2014, «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». Si tratta di una affermazione assai significativa, che richiama le pubbliche amministrazioni al loro primario e fondamentale dovere: l'applicazione e l'obbedienza alle leggi⁵⁹. Eventuali profili di possibili questioni di coscienza riguardanti i singoli operatori sanitari potrebbero venire in rilievo solo in caso di espressa previsione legislativa⁶⁰. In conclusione, riconosciuta la legittimità della richiesta di sospendere un trattamento, il rifiuto dell'amministrazione, oltre a violare un provvedimento giurisdizionale, appare direttamente lesivo di un diritto costituzionale e, pertanto, di per sé stesso illegittimo⁶¹.

6. La responsabilità dell'amministrazione

Venendo all'esame della responsabilità dell'amministrazione, va precisato che, nella pronuncia in esame, appare meno centrale rispetto all'appellata sentenza del T.A.R. la questione relativa alla natura della responsabilità della P.A., che il giudice di prime cure aveva ascrivito ad una responsabilità di tipo speciale⁶².

⁵⁸ Sul punto vedi E. PALERMO FABRIS, *Risvolti penalistici di una sentenza coraggiosa: il Consiglio di Stato si pronuncia sul caso Englaro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, pp. 13 ss.

⁵⁹ Sembra emergere quasi un richiamo all'art. 54 Cost. e al dovere di fedeltà alla Repubblica e alle leggi, come nota F. GRANDI, *Questioni di coscienza del pubblico potere. Risvolti costituzionali dell'infedeltà/inosservanza dell'amministrazione*, in *Giur. cost.*, 2016, pp. 1294 ss.

⁶⁰ Sulla difficoltà di una disciplina dell'obiezione di coscienza in casi di interruzione di terapie vitali vedi P. BENCIOLINI, «Obiezione di coscienza?», in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, pp. 3 ss.

⁶¹ In tal senso A. PIOGGIA, *Consenso informato e rifiuto di cure*, cit., p. 273.

⁶² Sulla responsabilità della pubblica amministrazione vedi, tra i tanti, F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo, I - La responsabilità della pubblica amministrazione*, Roma, Dike, 2012; G. DI GIANDOMENICO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale nella lesione di interesse legittimo*, in G. DI GIANDOMENICO (a cura di), *Il danno risarcibile per lesione di interessi legittimi*, Napoli, ESI, 2004, pp. 35 ss.; L. TORCHIA, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, Giuffrè, 2007.

Sul tema in questione, alla tradizionale tesi della responsabilità extracontrattuale della P.A., fondata sulla nota sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 500 del 1999, era stata contrapposta una ricostruzione della responsabilità di tipo contrattuale, in base alla natura vincolata del provvedimento da adottarsi da parte dell'amministrazione, la cui doverosità derivava da un provvedimento giudiziale, configurandosi un vero e proprio diritto di credito in capo al ricorrente per l'esecuzione delle prescrizioni statuite nella sentenza. La natura "speciale" della responsabilità della P.A., invece, veniva argomentata alla luce della difficoltà d'incanalare all'interno della responsabilità aquiliana una fattispecie come quella in esame, senza però che fosse possibile individuare la sussistenza di una vera e propria obbligazione. Mancavano, infatti, quella estraneità tra le parti e genericità del dovere di *neminem laedere* tipiche della responsabilità extracontrattuale, ma anche il diritto di credito che contraddistingue la responsabilità da inadempimento⁶³.

Secondo il Consiglio di Stato, la determinazione regionale di non adottare le richieste misure necessarie per conformare il rapporto assistenziale ai precedenti obblighi scaturiti dalle decisioni del giudice civile s'inserirebbe in un rapporto giuridico già sussistente, il che farebbe accedere, se non alla categoria del "contatto sociale qualificato", da taluni fatto rientrare nell'ambito della responsabilità contrattuale dell'amministrazione⁶⁴, almeno alla tesi della responsabilità speciale della P.A. Tuttavia, poiché la posizione giuridica incisa dal provvedimento illegittimo assume i contenuti di un diritto primario, costituzionalmente tutelato *erga omnes*, potrebbe seguirsi anche la tesi della natura aquiliana della responsabilità da atto illegittimo.

Ciò precisato, la sentenza del T.A.R. appellata, pur svolgendo un discorso introduttivo sulla natura speciale della responsabilità, non ne avrebbe tratto conseguenze significative sul piano della dimostrazione del dolo e della colpa dell'amministrazione, accertando positivamente la sussistenza dell'elemento soggettivo della responsabilità risarcitoria dell'amministrazione regionale. Tale accertamento si fondava sì sulla "presunzione relativa di colpa" del soggetto pubblico autore del provvedimento illegittimo, ma era anche il frutto di un accurato e puntuale accertamento relativo alla sussistenza della colpa concreta e del dolo. In tal senso, riguardo alla dimostrazione del danno, si restava quindi nel solco della responsabilità aquiliana⁶⁵.

Se la natura della responsabilità appare dunque "neutrale" ai fini della decisione, il Consiglio di Stato si distanzia esplicitamente dall'appellata sentenza riguardo all'elemento soggettivo della condotta dell'amministrazione regionale, ritenuta senz'altro dolosa dal T.A.R. Secondo i giudici di Palazzo Spada, invece, sarebbe indiscutibile che, in capo all'amministrazione regionale, fosse assente qualsiasi intento di nuocere deliberatamente agli interessi della persona assistita.; anzi, sotto un certo profilo, la Regione avrebbe ritenuto di adottare le condotte più opportune per tutelare il "bene" della vita della persona, ritenuto intangibile e

⁶³ Sul problema della natura della responsabilità dell'amministrazione nel caso in esame si veda C. FAVILLI, *La responsabilità della pubblica amministrazione nel caso Englaro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, pp. 1199 ss.

⁶⁴ Così C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, pp. 651 ss.

⁶⁵ Sull'inutilità della configurazione della responsabilità come di tipo speciale nel caso di specie vedi ancora C. FAVILLI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., p. 1201.

recessivo anche a fronte del diritto all'autodeterminazione della persona. Dovrebbe pertanto escludersi il dolo della Regione, nella sua accezione più estrema, quale consapevolezza e volontarietà di arrecare un danno ingiusto, in violazione dei doveri gravanti sul soggetto. Il provvedimento di diniego, inoltre, non sembrerebbe qualificabile neppure come una sorta di "ribellione" alle decisioni del giudice civile, manifestando, invece, lo scopo di individuare alcune possibili ragioni di carattere giuridico e fattuale tese a giustificare il rifiuto di eseguire le prestazioni richieste dall'avente diritto. Il che farebbe escludere l'atteggiamento doloso della Regione anche nella sua dimensione più lata, intesa come piena consapevolezza della esistenza del dovere e della deliberata volontà di non adempierlo.

Al Consiglio di Stato, invece, appare certa la condotta colposa dell'amministrazione. Infatti, gli argomenti prospettati dalla Regione per ridimensionare o escludere il proprio dovere di prestazione sarebbero in evidente contraddizione con gli accertamenti espressi dalle pronunce giurisprudenziali succedutesi sulla questione, denotando una palese carenza di diligenza dell'amministrazione. Ci si troverebbe, infatti, nella categoria degli interessi legittimi cd. "a risultato garantito", «poiché, all'esito dei giudizi civili definiti con pronunce passate in giudicato, la parte privata aveva titolo in base al giudicato al conseguimento del risultato che intendeva perseguire, conforme al diritto fondamentale della persona riconosciutole». L'atto amministrativo illegittimo, di conseguenza, si configura lesivo della posizione giuridica di Eluana Englaro, come rappresentata dal tutore, «negandole il bene della vita che le era stato riconosciuto in sede giurisdizionale, costituito dal suo diritto a rifiutare le cure, espressione, a sua volta, del fondamentale diritto di libertà di autodeterminazione terapeutica, accertato con efficacia di giudicato. L'illegittimo rifiuto della Regione, ha comportato, inoltre, la violazione del suo diritto all'effettività della tutela giurisdizionale».

Il danno ingiusto, quindi, si risolve nella violazione di due diritti fondamentali⁶⁶: quello di rifiutare le cure, di cui agli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost., e quello all'effettività della tutela giurisdizionale, fondato sugli artt. 24 Cost. e 6, paragrafi 1 e 13, della C.E.D.U., nonché sull'art. 47 della Carta dei diritti dell'U.E. La spettanza del bene della vita, infatti, era assicurata dal contenuto della pronuncia giurisdizionale che, per propria natura, non avrebbe potuto essere disattesa, pena la violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale, e della certezza del diritto, che rendeva obbligatoria l'esecuzione della pronuncia della Corte di Appello, emessa in sede di rinvio dopo la decisione della Corte di Cassazione.

Ne consegue, in definitiva, il ricorrere del nesso di causalità tra l'atto amministrativo illegittimo ed il danno evento, costituito dalla violazione dei diritti fondamentali della persona assistita, nonché tra il danno evento ed il danno conseguenza, in quanto l'impedimento frapposto dalla Regione all'esecuzione del giudicato ha prodotto perdite sia patrimoniali che non patrimoniali, con riferimento a ciascuna delle voci di danno in contestazione.

⁶⁶ In senso critico si veda C. CASTRONOVO, *Il danno non patrimoniale nel cuore del diritto civile*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, pp. 312 ss.

Sul piano squisitamente risarcitorio, una peculiarità della pronuncia è quella di aver riconosciuto (come già la sentenza di primo grado) il risarcimento del danno non patrimoniale, sia *iure hereditario*, sia *iure proprio* al padre di Eluana, per un ammontare addirittura maggiore, in virtù della lesione dei “diritti della famiglia”. Tale peculiare condanna risarcitoria, oggetto di talune perplessità da parte degli osservatori⁶⁷, è apparsa indicativa della volontà di sottolineare come la condotta dell’amministrazione sia stata lesiva del rapporto parentale e della sfera emotiva del genitore, i cui patimenti sono stati ingiustamente prolungati dalla necessità di dover differire l’assistenza necessaria all’interruzione dei trattamenti.

7. Riflessioni conclusive

La vicenda giudiziaria di Eluana Englaro è stata assai lunga e travagliata. Quanto sostenuto in questo scritto, tuttavia, mostra come la fase innanzi agli organi di giustizia amministrativa avrebbe potuto evitarsi attraverso una condotta della Regione Lombardia più corretta e aderente ai principi costituzionali.

Non c’è dubbio che fattispecie come quella esaminata siano assai delicate e tocchino profili di non facile risoluzione. Ed è indiscutibile che il recente intervento del legislatore, sovente evocato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, è stato assai opportuno, ponendo rimedio ai casi in cui l’assenza di una specifica disciplina del “fine vita” si era tradotta in un “alibi” per non risolvere gli stessi (come nel caso dell’ordinanza del Tribunale civile di Roma del 16 dicembre 2006, relativa al caso Welby).

Le decisioni della giustizia amministrativa qui esaminate, nondimeno, pur in assenza di una specifica disciplina, avevano ben sottolineato la necessità che l’amministrazione agisse, in casi di sospensione dei trattamenti terapeutici, in armonia con l’assetto costituzionale e con le eventuali decisioni giurisdizionali sul punto, senza cedere a tentazioni ideologiche e rette da finalità politiche, che devono essere estranee alla condotta della pubblica amministrazione.

Viene in rilievo, quindi, un punto fondamentale di uno stato di diritto: l’ossequio dell’agire amministrativo alla legge. Infatti, se è privilegio del legislatore compiere scelte politiche, altrettanto non può dirsi per le autorità amministrative, alle quali resta precluso adottare misure “di resistenza” dettate da finalità politiche ed ideologiche. La decisione politica non è appannaggio della pubblica amministrazione, il cui agire, lo si deve ribadire, è legato al rispetto della legge e non alle ragioni di una coscienza che non può esistere al di fuori delle leggi.

Appare di non poco momento, allora, la previsione di cui all’art. 1, comma 9, della legge n. 219 del 2017, che impone a ogni struttura sanitaria pubblica o privata di garantire, con proprie modalità organizzative, la piena e corretta attuazione dei principi espressi dalla stessa legge, tra cui, come sottolineato, rientra l’obbligo di dar seguito alla volontà del paziente, espressa o ricostruita in sede giurisdizionale.

⁶⁷ Sul punto vedi C. FAVILLI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., pp. 1202-1203.