

Articoli e note

n. 9-2011 - © copyright

ENRICO BONELLI

Diritto all'autodeterminazione terapeutica e riparto di giurisdizione

Per visualizzare il testo del documento [clicca qui](#)

(pubblicato il 23.9.2011)



DIRITTO ALL'AUTODETERMINAZIONE TERAPEUTICA E RIPARTO DI GIURISDIZIONE *

DI ENRICO BONELLI
Prof. associato di Istituzioni di diritto pubblico
nell'Università Federico II di Napoli

Sommario: 1. Il quadro costituzionale di riferimento – 2. La libertà di scelta terapeutica come diritto soggettivo meritevole di tutela – 3. Il contrasto di giurisprudenza in tema di riparto di giurisdizione originato da T.A.R. Lombardia n. 214/09 e T.A.R. Lazio n. 8650/09 – 4. (Segue) La motivazione delle pronunce a confronto – 5. La tutela della posizione soggettiva azionata dinanzi al giudice amministrativo alla luce della disposizione dell'art. 133, I comma, lett. c), del codice del processo amministrativo. – 6. Qualche conclusione: la possibile "doppia tutela" del diritto all'autodeterminazione terapeutica.

1. Il quadro costituzionale di riferimento.

La drammatica vicenda che ha portato alla fine della vita Eluana Englaro ha posto all'attenzione dell'opinione pubblica del nostro paese tutta una serie di questioni di enorme spessore etico-giuridico, quali l'interruzione "volontaria" della vita dei pazienti in stato vegetativo permanente (in seguito: s.v.p.), l'*eutanasia* e il *testamento biologico*¹.

Si tratta di questioni già affrontate e risolte dal legislatore in molti paesi², mentre nel nostro, per le note resistenze di natura etico-religiosa, la *policy* non è stata in grado di

* Il presente lavoro è destinato ad essere inserito negli atti del convegno su "Il diritto alla fine della vita – Principi, decisioni, casi", organizzato dal Dipartimento di Diritto costituzionale italiano e comparato dell'Università degli studi di Napoli "Federico II", tenutosi a Napoli in data 19-21/5/2011, nell'ambito del progetto FIRB 2007 "Innovazioni biotecnologiche e diritti della persona. Un confronto interdisciplinare e comparato". La pubblicazione degli Atti del convegno è curata dal prof. Antonio D'Aloia.

¹ Sulle diverse accezioni di eutanasia può rinviarsi a C. RIMOLI, *Diritti del nascituro. Diritti delle generazioni future*, in *I diritti costituzionali*, a cura di R. Nania-P. Ridola, 2001, 350. Sul testamento biologico, v. A. GORGONI, *La rilevanza giuridica della volontà sulla fine della vita non formalizzata nel testamento biologico*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2008, 508 ss.; F.G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico fra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, 2008.

² Per le esperienze degli altri paesi si v. la puntuale analisi di M. VILLONE, *Il diritto di morire*, Napoli, 2011, in specie, 62 ss. ed ivi ampi riferimenti giurisprudenziali.

offrire soluzioni equilibrate, spianando così la strada al solito intervento “*in supplenza*” dei giudici.

È indubbio che ci si trovi di fronte a problematiche che richiedono un complesso bilanciamento fra valori costituzionali di primaria importanza, tutti implicati nella vicenda dell'interruzione degli atti medici diretti all'alimentazione e alla idratazione di Eluana, che versava da tempo in s.v.p. a causa di un grave incidente stradale e che è poi deceduta il 9 febbraio 2009, proprio a seguito della interruzione della idratazione e alimentazione artificiale, chiesta ed ottenuta, dopo una lunga battaglia giudiziaria, dal padre, Beppino Englaro, in qualità di “*tutore*”.

Non è il caso qui di ripercorrere le tappe giudiziarie e i conflitti istituzionali che hanno segnato l'intera vicenda³: basti evidenziare la conflittualità che si è instaurata tra le pronunce favorevoli all'interruzione del trattamento emesse dalla Corte di Cassazione (sentenza 16 ottobre 2007 n. 21748)⁴, dalla Corte di appello di Milano (decreto del 9 luglio 2008), dal T.A.R. della Lombardia (sentenza sez. III, 26 gennaio 2009, n. 214)⁵, e gli atti adottati dalla p.a., tutta di segno opposto, consistenti nel provvedimento del Direttore generale della sanità della Giunta regionale della Lombardia del 3 settembre 2008 (annullato appunto dal T.A.R. Lombardia), nell'atto di indirizzo del Ministro della salute del 16 dicembre 2008 (su cui il T.A.R. Lazio, con sentenza, sez. III *quater*, 12 settembre 2009, n. 8650 ha declinato la propria giurisdizione sul presupposto che oggetto della tutela sia un diritto soggettivo insopprimibile)⁶. Aggiungasi che il Governo tentò di adottare in data 5 febbraio 2009 perfino un decreto legge (non emanato dal Capo dello Stato per patente illegittimità costituzionale)⁷, sempre al fine di contrastare le dette pronunce giurisdizionali rese, in via di supplenza, dalle Corti di merito e di legittimità. Senza dire, poi, del conflitto di attribuzione sollevato dalla Camera dei

³ Sul punto, conviene rinviare alla dettagliata ricostruzione operata da M. VILLONE, *op. cit.*, 24 ss. Adde, T. GROPPPI, *Il Caso Englaro: un viaggio alle origini dello stato di diritto e ritorno*, Relazione al seminario di ASTRID su *Il potere, le regole, i controlli: la Costituzione e la vicenda Englaro*, 5 marzo 2009, in www.astrid-online.it.

⁴ Si può leggere in *Persona e danno*, 2008, 129, con nota di Campione, *Stato vegetativo permanente e diritto all'identità personale in un'importante pronuncia della Suprema Corte*.

⁵ Reperibile al sito istituzionale della giustizia amministrativa.

⁶ Anch'essa reperibile al sito istituzionale della giustizia amministrativa.

⁷ Si v., in tema, il commento dagli accenti decisamente critici di S. RODOTA', *Giornata nera per la Repubblica*, in *La Repubblica*, 7 febbraio 2009, 1 ss.

Deputati e dal Senato della Repubblica dinanzi alla Corte costituzionale, da quest'ultima risolto con ordinanza n. 334/2008, che ha dichiarato inammissibile il conflitto sollevato dalle due Camere per assenza del requisito oggettivo⁸.

Proprio per fronteggiare una grave lacuna ordinamentale, la giurisprudenza aveva affermato nel caso Englaro alcuni principi che, a leggere i testi attualmente all'esame del Parlamento, appaiono a dir poco ignorati dal legislatore⁹. Così, ad esempio, la qualificazione dell'idratazione e alimentazione artificiale come trattamento sanitario, si ritrova *expressis verbis* già nella sentenza della Cassazione n. 21748/07 ed è stata poi ripresa, con dovizia di argomenti, dal T.A.R. del Lazio nella sopracitata decisione n. 8650/09. La stessa S.C. non ha mancato di precisare nella detta pronuncia che *“deve escludersi che il diritto all'autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegue il sacrificio del bene della vita”* e che il diritto costituzionale alla salute di ognuno *“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”*.

⁸ La Corte, al riguardo, ha richiamato la propria giurisprudenza, in relazione ai limiti entro i quali è consentito sollevare il conflitto di attribuzione nei confronti dell'operato del giudice, senza trasformare il ricorso alla Corte in *“atipico mezzo di gravame avverso le pronunce dei giudici”*. In tema, cfr. C. ANNECHIARICO e E. GRIGLIO, *Il Caso Englaro: i profili costituzionali*, in *Amministrazione in cammino*, 22 maggio 2009, in www.amministrazioneincammino.luiss.it.

⁹ Ovviamente, ci si riferisce al disegno di legge costituito dall'A.C. n. 2350 *“Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazione anticipata di trattamento”*, approvato dalla Camera dei Deputati in data 12 luglio 2011 e, al momento del licenziamento del presente lavoro, non ancora esaminato in seconda lettura dal Senato. Senza entrare nel merito, va qui evidenziato che il provvedimento approvato contiene il *“no”* all'eutanasia e alla sospensione di nutrizione e l'introduzione della *Dichiarazione anticipata di trattamento*, la c.d. Dat, per gli stati vegetativi. Quest'ultima figura è disciplinata nell'art. 3 del disegno di legge, secondo cui la Dat scatterà solo per chi verrà a trovarsi in condizioni di assoluta *“assenza di attività cerebrale”*. Se nella precedente formulazione le dichiarazioni anticipate di trattamento si applicavano a chiunque si trovasse nell'incapacità di comprendere le informazioni concernenti il trattamento sanitario, nel nuovo testo esse saranno considerate valide solo quando un collegio di medici avrà accertato nel paziente *“l'assenza di attività cerebrale integrativa cortico-sottocorticale”*. È stato così esaltato il ruolo dei medici, i quali, anche a causa del possibile contenzioso giudiziario, sono chiamati ad un impegno assai gravoso. Tale disposizione, più di ogni altra, ha suscitato reazioni indignate di giuristi, operatori e associazioni operanti nel settore: cfr. ad esempio il comunicato stampa dell'Associazione italiana per le decisioni di fine vita (AIDEF) del 13 luglio 2011, reperibile al sito www.desistenzaterapeutica.it, che ha definito il testo approvato *“una legge anticostituzionale, antideontologica e antiscientifica che priva i cittadini delle libertà di scegliere a quali cure essere sottoposti, priva di valore le direttive anticipate in condizioni di emergenza/urgenza e rende obbligatoria la nutrizione artificiale, non più considerata un trattamento sanitario”*.

Sul piano esegetico, il diritto alla salute (comprendente il diritto di essere curati, ma anche quello di rifiutare le cure) appare riconducibile agli artt. 2 e 3 Cost., che garantiscono da un lato la inviolabilità della dignità umana e dall'altro l'eguale trattamento dei cittadini dinanzi alla legge; all'art. 32 Cost., il cui secondo comma in particolare prevede che nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge; all'art. 13 Cost., che garantisce da un lato l'*habeas corpus* come *libertà negativa*, ossia come diritto di estromettere i pubblici poteri dalla sfera privata dell'individuo, comprendente la libertà morale di ogni singolo - senza che ciò comporti la privazione dei pubblici poteri di svolgere un ruolo nella garanzia dei diritti -, dall'altro come *libertà positiva*, implicante la libertà del singolo di decidere volontariamente in relazione alle attività (terapeutiche) che investono il proprio corpo¹⁰.

Il quadro delle garanzie (come sopra ricostruito) porta, come suo logico corollario, ad individuare un valore fondante ed unificante *in subiecta materia*: quello della *dignità* umana, intesa come base assiologica del sistema dei diritti costituzionali e, al tempo stesso, come il fine verso il quale tende l'esercizio delle libertà, che devono realizzare lo sviluppo della persona umana¹¹.

Non può essere, invero, revocato in dubbio che il diritto alla salute, pur potendo trovare nell'ambito della riserva di legge la giustificazione per sue eventuali compressioni (mediante l'imposizione di trattamenti sanitari obbligatori), giammai può essere disciplinato dal legislatore in modo tale da superare il limite del rispetto della persona

¹⁰ Cfr. R. ROMBOLI, *Art. 5 c.c. (Atti di disposizione del proprio corpo)*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1988, 237 ss.; ID., *La "relatività dei valori costituzionali e gli aspetti di disposizione del proprio corpo"*, in *Pol. dir.* 1991, 565 ss.; A. SCALERA, *Diritto all'autodeterminazione terapeutica e atti di alimentazione e idratazione artificiale*, in *Persona e danno*, 2 novembre 2009, in www.personaedanno.it; in giurisprudenza, cfr. Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in www.cortecostituzionale.it.

¹¹ In tema, cfr. G. SCACCIA, *La dignità umana e la giurisdizione amministrativa in Italia*, intervento al Convegno 27/28 novembre 2009, tenutosi a Strasburgo, su *La dignità dell'uomo e la giurisdizione amministrativa*, il cui testo provvisorio è consultabile al sito www.agatif.org; P.F. GROSSI, *Dignità umana e libertà nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2003, 43 ss.; G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, intervento al Convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, tenutosi a Roma il 1° ottobre 2007; F. SACCO, *Note sulla dignità umana nel "diritto costituzionale europeo"*, in S. Panunzio (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005; A. PIROZZOLI, *Il valore costituzionale della dignità. Un'introduzione*, Roma, 2007, 67 ss.

umana: non a caso, l'art. 33 della L. 833/1978, istitutiva del Servizio sanitario Nazionale, laddove disciplina gli accertamenti e i trattamenti sanitari volontari e obbligatori, prevede che essi, perché siano conformi al disposto dell'art. 32 Cost., debbano intervenire “*nel rispetto della dignità della persona e dei diritti civili e politici*”¹². Nello stesso senso, l'art. 35 del Codice di deontologia medica subordina l'intervento diagnostico o terapeutico al rispetto della dignità umana e della qualità della vita.

Ne discende, quindi, che il diritto alla salute, secondo la configurazione che appare più aderente al dettato costituzionale, assume la natura propria dei *principi costituzionali*, generando, nella sua proiezione attuativa nell'ordinamento, tutta una serie: *i*) di pretese giuridiche a determinati comportamenti pubblici; *ii*) di pretese di astensione; *iii*) di situazioni soggettive di vantaggio e di svantaggio (e quindi di facoltà) nei confronti degli altri consociati¹³.

2. La libertà di scelta terapeutica come diritto soggettivo meritevole di tutela.

Va da sé che nell'ambito di una situazione soggettiva così ampia e complessa, assume autonomo rilievo il diritto alla c.d. “*autodeterminazione terapeutica*”, figura focalizzata negli ultimi tempi sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza come diritto di libertà del paziente nei confronti delle cure mediche, che si esercita mediante un atto di volontà manifestata (in caso di incapacità anche in forma indiretta mediante un rappresentante legale, tutore o amministratore di sostegno) al sanitario, dopo che quest'ultimo abbia fornito le necessarie informazioni. Deve pertanto negarsi l'esistenza di un vero e proprio obbligo di mantenersi in buona salute, in considerazione dei due forti limiti imposti dalla Costituzione ai trattamenti sanitari obbligatori nel terzo comma dell'art. 32 Cost., mentre deve ritenersi che, in applicazione delle disposizioni di cui al secondo comma di tale ultima norma, la legge possa imporre soltanto singoli trattamenti

¹² In tema, cfr. A. VALLINI, *Il valore del rifiuto di cure “non confermabile” dal paziente alla luce della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 186.

¹³ In tal senso, cfr. B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. e Società*, 1983, 25; *adde*, A. SIMONCINI E E. LONGO, *Art.32*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, 2006, vol. I, 657.

sanitari nell'interesse pubblico (si pensi ad una vaccinazione obbligatoria in caso di epidemia) e non un generale obbligo di curarsi¹⁴. Quindi, appare pienamente compatibile col quadro costituzionale (come sopra ricostruito) il diritto del paziente a rifiutare le cure, inteso quale potere del singolo di decidere se sottoporsi o meno ad una particolare terapia¹⁵. Questo potere di autodeterminazione, pur non essendo rinvenibile in espresse previsioni costituzionali, si fonda sui medesimi valori di riferimento che garantiscono il bene salute, ossia sugli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione e, in definitiva, si configura quale vero e proprio diritto della persona, strettamente connesso alla tutela del bene dignità umana.

Nell'ambito di siffatta poliedrica garanzia costituzionale, il diritto all'“autodeterminazione terapeutica” ha trovato ulteriori riferimenti normativi eteroderivati nell'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nell'art. 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nell'art. 5 della Convenzione di Oviedo¹⁶ e nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ratificata e resa esecutiva dal nostro paese con L. 3 marzo 2009 n. 18¹⁷.

Ovviamente, la questione si fa particolarmente delicata quando si tratta di “staccare la spina” ad un paziente che non sia in grado di decidere autonomamente (perché, ad esempio, in s.v.p.): in carenza di previsioni legislative la soluzione suggerita dalla giurisprudenza è quella dell'utilizzazione della figura del rappresentante legale (tutore o amministratore di sostegno), chiamato ad esprimere la volontà dell'incapace, esercitando il potere di rappresentanza, che può essere sottoposto a un duplice ordine di verifiche da parte del giudice: a) una di tipo oggettivo, c.d. “best interest”, elaborato dalle corti inglesi, volta ad individuare quale sia la soluzione che meglio risponda all'interesse dell'incapace; b) l'altra di tipo soggettivo, ispirata al criterio del *substituted*

¹⁴ Cfr. in tal senso, A. SIMONCINI – E. LONGO, *op. cit.*, 664 e ivi ampi riferimenti bibliografici, anche con specifico riferimento al rifiuto di trattamento sanitario per motivi religiosi.

¹⁵ Cfr. V. ROMBOLI, *La <<relatività>> dei valori costituzionali per gli aspetti di disposizione del proprio corpo*, in *Politica del diritto*, 1991, 565 ss.

¹⁶ In tema, cfr. A. VALLINI, *op. loc. cit.*

¹⁷ Tale Convenzione è richiamata dalla citata sentenza del T.A.R. Lazio n. 8650 del 2009. Cfr. sul punto, le osservazioni di A. PIOGGIA, *Il diritto alla salute e la direttiva Sacconi*, in www.utilla.it, che, al riguardo, richiama C. CASONATO, *La tutela multilivello dell'autodeterminazione individuale*, al sito www.astrid-online.it, che parla di “elementi di rango costituzionale consolidati all'interno di una pluralità di formanti”.

judgemente test, per lo più seguito dalla giurisprudenza nordamericana, tendente alla ricostruzione della volontà dell'incapace, secondo gli orientamenti del suo personale sistema di vita¹⁸.

Non va ignorato che anche la Corte costituzionale, dopo un primo atteggiamento di chiusura, motivatamente assunto, peraltro, in relazione alla legittimità costituzionale della disciplina dettata dal legislatore in materia di obbligatorietà di utilizzo del casco solo per i minorenni (configurato sostanzialmente come un “*trattamento sanitario*”, di cui affermò la conformità a Costituzione)¹⁹, ha progressivamente mutato atteggiamento²⁰.

Secondo l'orientamento che appare più corretto, dunque, la libertà di scelta terapeutica concreta un “*diritto personalissimo di spessore costituzionale*”, che si fonda sui principi e sui valori tutti sopra richiamati²¹.

Nondimeno, nei confronti di atti e provvedimenti emanati dalla p.a. *in subiecta materia*, la giurisprudenza ha da tempo affermato il carattere di *assolutezza* proprio delle situazioni giuridiche riferibili al bene salute, che rinvergono il proprio fondamento: a) nell'affermazione che il diritto alla salute «è *sovraposte all'amministrazione di guisa che questa non ha alcun potere, neppure per motivi di interesse pubblico specialmente rilevante, non solo di affievolirlo, ma neanche di pregiudicarlo nel fatto indirettamente*», perché incidendo in un diritto fondamentale la pubblica amministrazione «*agisce nel fatto*», dal momento che «*non essendo giuridicamente configurabile un suo potere in materia, essa per il diritto non provvede*», ma «*esplica comunque, e soltanto attività materiale illecita*»²²; b) nell'assunto che la tutela giudiziaria del diritto alla salute può essere preventiva e dare luogo a pronunce inibitorie se si riesca ad accertare - con riguardo alla situazione che

¹⁸ È stato proprio questo il criterio seguito dalla Corte di appello di Milano nel caso Englaro. Sul punto, per ulteriori riferimenti bibliografici e richiami di giurisprudenza, cfr. A. SCALERA, *op. loc. cit.*

¹⁹ V. sent. n. 180/1994

²⁰ Cfr. la già richiamata sentenza n. 438 del 2008, nonché le osservazioni svolte da M. VILLONE, *op. cit.*, in specie 50 ss.

²¹ Cfr. Cass. civ., SS.UU., 13 novembre 2008, n. 27145.

²² Cfr. in questi precisi termini: Cass., SS.UU., 20 febbraio 1992, n. 2092 in una fattispecie di realizzazione di un impianto di depurazione in prossimità di una abitazione.

verrà a determinarsi - un pericolo di compromissione per la salute di chi agisce in giudizio²³

Tale indirizzo risulta da tempo consolidato, essendosi più volte riconosciuto al diritto alla salute, la dimensione *di diritto assoluto e primario* ed essendosi conseguentemente negato – anche a fronte di situazioni di urgenza - l'esercizio di *poteri discrezionali* (compresi quelli autorizzativi) da parte della pubblica amministrazione e, quindi, la configurabilità di atti amministrativi (comunque disapplicabili ai sensi dell'art. 5 della l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E), condizionanti il diritto all'assistenza²⁴.

Ai fini di un più completo esame dell'elaborazione giurisprudenziale tendente ad assicurare, nei confronti della pubblica amministrazione, il rispetto del diritto alla salute, ritenuto già in passato diritto «forte», che impone una «difesa a tutta oltranza contro ogni iniziativa ostile»²⁵, è opportuno segnalare, in relazione ad interventi riguardanti l'ambiente naturale (in un settore cioè rappresentativo di valori anch'essi costituzionalmente protetti e definito di natura trasversale per le diverse competenze che lo caratterizzano), si sia giunti a negare - pur in presenza di uno stretto legame tra titolarità di interessi individuali da parte di singoli cittadini coinvolti dai suddetti interventi e titolarità di interessi, cosiddetti diffusi, facenti capo a collettività unitariamente considerate - alla pubblica amministrazione ogni potere ablatorio tale da fare degradare il diritto alla salute *ad interesse legittimo*²⁶.

Volendo tirare le somme del discorso fin qui compiuto, può, seppure con qualche approssimazione, affermarsi che nel nostro ordinamento si rinvencono a fronte di situazioni soggettive a “nucleo variabile” - in relazione alle quali si riscontra un potere discrezionale della pubblica amministrazione capace di far degradare (all'esito di un giudizio di bilanciamento degli interessi coinvolti) i diritti ad interessi legittimi o di

²³ Cfr., in una fattispecie di realizzazione di un elettrodotto, Cass. 27 luglio 2000, n. 9893.

²⁴ Cfr. *ex plurimis*: Cass., SS.UU., 20 agosto 2003, n. 12249; Cass., SS.UU., 28 ottobre 1998, n. 10737; Cass., SS.UU., 29 dicembre 1990, n. 12218; Cass., SS.UU., 6 luglio 2005, n. 14197; Cass., SS.UU., 24 giugno 2005, n. 13548; Cass., SS.UU., 30 maggio 2005, n. 11334.

²⁵ Cfr. in tali precisi termini: Cass., SS.UU., 6 ottobre 1979, n. 5172.

²⁶ Cfr. Cass., SS.UU., 9 marzo 1979, n. 1463 in materia di localizzazione di centrali nucleari.

espandere questi ultimi sino ad elevarli a diritti - posizioni soggettive a “*nucleo rigido*», rinvenibili unicamente in presenza di quei diritti, quale quello alla salute (comprendente la libertà di scelta terapeutica del malato), che - in ragione della loro dimensione costituzionale e della loro stretta inerenza a valori primari della persona e della dignità umana - non possono essere sacrificati o compromessi da interventi dei poteri pubblici ²⁷.

Sicché allorquando si prospettino motivi di urgenza suscettibili di esporli a pregiudizi gravi ed irreversibili, alla pubblica amministrazione manca qualsiasi potere discrezionale di incidere su detti diritti, non essendo ad essa riservato se non il potere di accertare la carenza di quelle condizioni e di quei presupposti richiesti perché la pretesa avanzata dal cittadino assuma, per il concreto contesto nel quale viene fatta valere, quello spessore contenutistico suscettibile di assicurarle una tutela rafforzata.

3. *Il contrasto di giurisprudenza in tema di riparto di giurisdizione originato da T.A.R. Lombardia, n. 214/09 e T.A.R. Lazio, n. 8650/09.*

In tale contesto vengono ad inserirsi le due ricordate sentenze del giudice amministrativo, le quali hanno risolto in modo contraddittorio la questione della giurisdizione *in subiecta materia*. Il T.A.R. Lombardia, infatti, chiamato a pronunciarsi sulla richiesta di annullamento dell'atto del Direttore generale della sanità della G.R. della Lombardia, adottato in data 3 settembre 2008, con cui si era negato al tutore di Eluana che il personale del Servizio sanitario potesse procedere alla sospensione dal sostegno vitale di cui godeva l'ammalata in s.v.p., ha ritenuto insussistente la giurisdizione del g.a. *ratione materiae*, trattandosi di giudizio vertente in materia di giurisdizione esclusiva, secondo il disposto dell'art. 33, del d.lgs. n. 80/98, come sostituito dall'art. 7, lett. a) della L. n. 205/2000: di qui l'accoglimento del ricorso e il conseguente annullamento dell'atto impugnato.

²⁷ Sulla tematica dei diritti fondamentali c.d. “*inaffievolibili*”, quale quello alla salute (comprendente tutte le facoltà connesse), cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 63-64; G. SCACCIA, *op. cit.*, 5, il quale ne individua la peculiarità nella stretta connessione col valore costituzionale della tutela della “*dignità*”. In giurisprudenza, si vedano Cass., SS.UU., 20 febbraio 1992, n. 2092; Cass. SS.UU., 9 marzo 2007, n. 5402.

Di contrario avviso, invece, è stato il T.A.R. Lazio, dinanzi al quale era stato impugnato dal Movimento difesa del cittadino l'atto di indirizzo del 16 dicembre 2008 dal Ministro del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali, emanato nell'ambito della vicenda Englaro, tendente "a garantire uniformità di trattamenti di base su tutto il territorio nazionale e di rendere omogenee le pratiche in campo sanitario con riferimento a profili essenziali come la nutrizione e l'alimentazione nei confronti delle persone in Stato Vegetativo Persistente (SVP)"²⁸. L'adito T.A.R., dopo aver rigettato diverse eccezioni pregiudiziali e preliminari (come il difetto di legittimazione a ricorrere del Movimento difesa del cittadino, carenza di lesività dell'atto impugnato, mancata impugnazione degli atti presupposti) ha dichiarato inammissibile il ricorso per difetto di giurisdizione, qualificando quale *diritto soggettivo* la situazione giuridica dedotta in giudizio.

Il contrasto di giurisprudenza appare tanto più sensibile se si considera che le due decisioni forniscono un'interpretazione divergente dei principi affermati nella materia dei servizi pubblici locali dalla giurisprudenza costituzionale, ed in particolare dalla sentenza della Corte costituzionale, n. 204 del 6 luglio 2004. In proposito, giova ricordare che il menzionato art. 33 del D.Lgs. n. 80 del 1998 (nella formulazione offerta dall'art. 7 della L. n. 205 del 2000) prevedeva espressamente che fossero devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di servizi pubblici, ivi comprese quelle afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla L. 14 novembre 1995, n. 481. Il comma secondo della norma citata, a sua volta, precisava che tali controversie fossero in particolare quelle indicate dalle lett. a)-e) della stessa disposizione²⁹. Come emergeva dalla formulazione della norma, quindi, e dall'innegabile valore preminente dell'attribuzione dell'intera materia alla sfera giurisdizionale amministrativa, l'elenco tipologico

²⁸ In tema, cfr. A. PIOGGIA, *op. loc. cit.*; F.G. PIZZETTI, *L'atto del ministro Sacconi sugli stati vegetativi, nutrizione e idratazione, alla luce dei principi di diritto affermati dalla Cassazione nel caso Englaro*, in www.astrid-online.it, il quale esprime anche dubbi sulla compatibilità costituzionale di un simile atto di indirizzo con il sistema autonomistico configurato dalla L. Cost. n. 3/2001 e dalla L. n. 131/2003.

²⁹ In tema, cfr. N. PAOLANTONIO – A. POLICE – A. ZITO, *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15 e 80/2005*, Torino, 2005, *passim*.

assumeva un carattere meramente indicativo³⁰, consentendo l'estensione della giurisdizione esclusiva a settori estranei al suddetto elenco, purchè rientranti nella connotazione del pubblico servizio inteso evidentemente secondo il criterio "oggettivo"³¹.

Ci si trovava, pertanto, di fronte ad una tipica devoluzione della giurisdizione per "blocchi di materie", sulla cui costituzionalità non è il caso di soffermarsi in questa sede³². Basterà in proposito ricordare che la cognizione esclusiva del giudice amministrativo – introdotta con i provvedimenti legislativi del 1923-24 e recepita dallo stesso testo costituzionale (artt. 24, 103 e 113 Cost.), che la rimette peraltro alla scelta del legislatore ordinario (o delegato) – si affianca alla giurisdizione generale di legittimità (per la tutela degli interessi legittimi) con carattere di "specialità", potendo cioè essere riferita soltanto a determinate materie, nelle quali vi è una stretta interconnessione fra diritti soggettivi (di norma tutelati davanti al giudice ordinario) ed interessi legittimi, tale da giustificare la valutazione di entrambe le posizioni giuridiche soggettive – in via di eccezione al principio (generale) del riparto di giurisdizione – da parte del giudice amministrativo.

Sta di fatto che sull'opzione "espansiva"³³ del legislatore si è abbattuta, da tempo, la scure della Corte costituzionale, che con la ricordata sentenza n. 204 del 2004 di tipo (disinvolvemente) manipolativo-additivo, ha imposto una profonda rimediazione del fenomeno, da cui era scaturita una sensibile dilatazione dei confini della giurisdizione

³⁰ In tal senso, cfr. F. SATTA, *Giurisdizione esclusiva*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento V, Milano, 2001, 561 ss.; A. FABRI, *op. cit.*, 1022; G. DELLA CANANEA, *La risoluzione delle controversie nel nuovo ordinamento dei servizi pubblici*, in *Riv. it dir. pubbl. comun.*, 2001, 737 ss. Per una trattazione più ampia della tematica, cfr. R. GAROFOLI, *I servizi pubblici*, in AA.VV., *Trattato sulla giustizia amministrativa*, a cura di F. Caringella, R. De Nictolis, R. Garofoli, V. Poli, Milano, 2008, 439 ss.

³¹ In tema, cfr., volendo, E. BONELLI, *Amministrazione governance e servizi pubblici locali – Tra Italia e Unione europea*, Torino, 2008, 78 ss. ed ivi ampi riferimenti di letteratura italiana e straniera. Adde A. FABRI, *L'ambito della materia dei servizi pubblici nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 1007 ss.; L. LEVA, *La teoria del servizio pubblico nell'evoluzione normativa, dottrinale e giurisprudenziale*, in *I Trib. amm. reg.*, 2001, II, 529 ss.

³² Può rinviarsi sul punto a I. ZINGALES, *Considerazioni sulla costituzionalità del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo alla luce della L. 21 luglio 2000, n. 205*, in *Cons. St.*, 2003, II, 145 ss.; F. GOISIS, *La nozione di servizio pubblico come criterio di riparto tra le giurisdizioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 238 ss.

³³ In tema, cfr. AA.VV., *L'evoluzione della giurisdizione esclusiva*, in *Atti del 49° convegno di studi di scienze dell'amministrazione*, Milano, 2004; adde, S. MURGIA, *Giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e garanzia dei diritti del cittadino*, in *Foro amm.*, 2000, 1560 ss.

amministrativa nelle materie di maggior rilievo economico-sociale, quale è appunto quella dei servizi pubblici³⁴. La Corte, infatti, dichiarava costituzionalmente illegittimo l'art. 33, primo comma, del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, come sostituito dall'art. 7, lett. a) della L. 21 luglio 2000 n. 205, nella parte in cui prevedeva che erano devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo *“tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli”* anziché *“le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché”*. Veniva altresì dichiarato costituzionalmente illegittimo *tout court* il secondo comma dell'art. 33, del D.Lgs. cit., che conteneva la ricordata elencazione *specifica* delle controversie nella materia dei servizi pubblici, devolute alla cognizione esclusiva del giudice amministrativo.

Ovviamente, il testo della norma, risultante a seguito della pronuncia del giudice delle leggi è stato poi riformulato e trasfuso nell'art. 133, primo comma, lett. c) del *“codice del processo amministrativo”*, emanato con D.Lgs. 2 luglio 2010 n. 104 (di seguito cod. proc. amm.)³⁵.

4. (Segue) La motivazione delle pronunce a confronto.

³⁴ Fra i molti commenti alla sentenza si segnalano G. MONTEDORO, *Servizi pubblici e riparto di giurisdizione dopo la sentenza n. 204/2004 della Corte Cost.*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 75; F. DE LEONARDIS, *Commento all'art. 33, d.lvo n. 80/1998*, in *Codice ipertestuale della giustizia amm.va*, Torino, 2007, 1617; V. PARISIO, *La sentenza della corte cost. n. 204/2004 e le controversie in tema di pubblici servizi*, in *Foro amm. Cds*, 2006, 3213.

³⁵ Per comodità di lettura, si riporta, per la parte che qui interessa, il testo della norma di cui all'art. 133, comma 1, lett. c) del D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104: *“1. Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge: ... omissis... c) le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni o altri corrispettivi, ovvero relative ai provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di pubblica utilità”*.

È indubbio che la diversa posizione assunta dal giudice amministrativo, con le due sentenze del T.A.R. Lombardia, n. 214/09 e del T.A.R. Lazio, n. 8650/09 - la prima affermativa e la seconda declinatoria della propria giurisdizione - abbia dato vita ad un contrasto di giurisprudenza. Ma ciò che appare più rilevante è che il detto contrasto nasce dalle due ricordate pronunce, che si riferiscono alla medesima vicenda e utilizzano gli stessi parametri normativi (art. 33, D.Lgs. n. 80 del 1998, come sostituito dall'art. 7 della L. n. 205 del 2000, nel testo risultante a seguito della sentenza della Corte costituzionale, n. 204 del 2000). Altro punto significativo di coincidenza delle due decisioni è che entrambe considerano, quale presupposto di principio rilevante ai fini del *thema decidendum*, oltre all'art. 32 Cost., anche la tutela della "*dignità umana*"; ma mentre il T.A.R. Lombardia afferma la propria giurisdizione, in quanto ritiene che tale valore venga impedito o comunque messo a rischio dal divieto imposto dalle strutture sanitarie regionali di interrompere il trattamento vitale, nella sentenza del T.A.R. Lazio la configurazione della dignità, come diritto soggettivo in sé, ha portato alla conclusione opposta in termini di giurisdizione³⁶.

Senonché, la motivazione della pronuncia del T.A.R. Lombardia afferma la propria giurisdizione sulla considerazione che la p.a. emanante (Amministrazione regionale della Lombardia), nella qualità di soggetto titolare della funzione amministrativa di organizzazione del servizio pubblico sanitario regionale - funzione volta all'identificazione dei compiti allo stesso pertinenti - si inserisca in una fase del rapporto amministrativo attinente al momento "*prettamente organizzativo del servizio pubblico concretantesi nello svolgimento del potere ad esso assegnato*". Sicché, pur ammettendosi l'esistenza di un diritto soggettivo di rango costituzionale, ove si versi in materia riservata alla cognizione esclusiva del giudice amministrativo (qual è appunto quella del *servizio pubblico*) "*competete ai giudici naturali della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica la cognizione delle relative controversie in ordine alla sussistenza dei diritti vantati e al contemperamento degli stessi in rapporto*

³⁶ Cfr. sul punto, G. SCACCIA, *La dignità umana e la giurisdizione amministrativa in Italia*, op. cit., 10, il quale, in tema, richiama Cass., SS.UU., 6 febbraio 2009, n. 1867, che, in tema di rimborso delle spese sanitarie sostenute da cittadini italiani presso centri di altissima specializzazione esteri, ha statuito che il diritto alla salute non può essere affievolito dall'amministrazione, che esercita una discrezionalità meramente tecnica in ordine ai presupposti per l'erogazione della prestazione.

all'interesse generale pubblico". Ciò sempre a condizione che la loro incisione sia dedotta dal ricorrente come *"effetto di una manifestazione di volontà o di un comportamento materiale espressione di potere autoritativo di cui si denunci la contrarietà alla legge"*³⁷.

Di segno opposto è la motivazione della sopra citata sentenza del T.A.R. Lazio n. 8650/2009, con cui si ribadisce che il diritto di rifiutare i trattamenti sanitari, riconosciuto dall'art. 32 della Costituzione come diritto fondamentale, porta con sé il diritto a prestare il consenso a una determinata prestazione sanitaria; di guisa che tale diritto va riconosciuto anche a pazienti che per il loro stato di irrimediabile perdita di coscienza non siano in grado di manifestare la propria volontà sulle cure loro praticate, allorchè tale volontà sia stata comunque ricostruita in base a indici certi. Ebbene, in questo caso, ha osservato il T.A.R. Lazio, verificare se si debbano obbligatoriamente prestare sempre e comunque i trattamenti sanitari anche in ipotesi di accertata volontà contraria del paziente (come l'atto di indirizzo del Ministro impone alle strutture sanitarie) *"attiene al diritto della dignità umana che, ai sensi dell'art. 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, deve essere tutelata"*. Su questo presupposto, riconosciuto che l'Italia ha ratificato e reso esecutiva la Convenzione delle Nazioni unite sui diritti delle persone disabili, la quale espressamente è rivolta a *"prevenire il rifiuto discriminatorio di assistenza medica o di prestazione di cure e servizi sanitari"*, il T.A.R. capitolino ha concluso che, vertendosi in materia di diritti soggettivi, la cognizione dell'eventuale lesione appartiene al giudice ordinario³⁸.

Gli effetti di un simile assunto, ai fini della tutela del diritto all'autodeterminazione terapeutica, sono facilmente intuibili: viene lasciato vivere nell'ordinamento l'atto ministeriale impugnato (qualificato dallo stesso T.A.R. *contra jus*), in quanto non sarebbe giuridicamente configurabile in capo all'amministrazione emanante alcun potere di degradare e/o affievolire un diritto inviolabile. Con l'ulteriore corollario che

³⁷ Sul punto, il T.A.R. Lombardia richiama, come precedenti, Cass., SS.UU., 28 dicembre 2007 n. 27187 e Corte cost., 27 aprile 2007 n. 140.

³⁸ Il T.A.R. Lazio non manca di richiamare, fra i precedenti di giurisprudenza, oltre alla sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004, una decisione del T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 9 aprile 2009 n. 1883, declinatoria della giurisdizione del g.a. in tema di tutela del diritto alla salute, per le medesime ragioni (sussistenza di un diritto soggettivo).

solo al momento del verificarsi in concreto della lesione del diritto, potrebbe esserne chiesta la tutela dinanzi al giudice ordinario, al quale è riservato il potere di disapplicare l'atto illegittimo ai sensi e per gli effetti dell'art. 5 della L. 20 marzo 1865 n. 2248, all. E).

5. *La tutela della posizione soggettiva azionata dinanzi al giudice amministrativo alla luce della disposizione dell'art. 133, I comma, lett. c), del codice del processo amministrativo.*

Per affrontare la questione del riparto di giurisdizione in *subiecta materia* (risolta in modo contrastante dai due T.A.R.) occorre partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004 e dallo sbocco normativo che essa ha poi ricevuto. Al primo comma, lett. c), dell'art. 133 del cod. proc. amm., infatti, il legislatore delegato ha riproposto (sia pure con alcune significative modifiche, come ad esempio l'eliminazione dell'elenco delle singole tipologie di controversie) il medesimo impianto dell'art. 33 del D.Lgs. n. 80 del 1998, tenendo tuttavia conto del fatto che la richiamata sentenza del giudice delle leggi ha imposto una profonda rimediazione del fenomeno della devoluzione della giurisdizione al giudice amministrativo per "*blocchi di materie*", con particolare riferimento a quella dei "*servizi pubblici*". La nuova formulazione letterale della disposizione, laddove afferma che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "*le controversie in materia di pubblici servizi ... ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo*", non lascia adito a dubbi: per radicare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di servizi pubblici, è condizione necessaria e sufficiente che la controversia coinvolga una p.a. *che abbia esercitato il suo potere autoritativo (anche mediante strumenti negoziali)*. Pertanto, il legislatore delegato ha fatto proprio un criterio attributivo *funzionale*, fondato sulla configurazione in concreto di poteri di supremazia della p.a.,

criterio specificato di seguito, nella stessa disposizione, con riferimento a quelle controversie relative all'affidamento del servizio e al controllo sull'operato del gestore³⁹.

Del resto, già prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, la giurisprudenza del Consiglio di Stato, nell'interpretare la disposizione dell'art. 33, D.Lgs. cit., nel testo risultante a seguito della manipolazione-addizione operata dal giudice delle leggi, non aveva mancato di rilevare che *“alla configurabilità, nella specie, della giurisdizione esclusiva si perviene anche per altra via cui il Collegio ha ritenuto di non accedere primariamente in ragione di qualche residuale perplessità interpretativa derivante da un apparente scollamento sul punto tra premesse concettuali e dispositivo della sentenza della Corte n. 204” /2004*⁴⁰. In effetti, il percorso argomentativo di tale ultima sentenza si sviluppa nella linea della inscindibile correlazione tra la *“materia dei pubblici servizi”* e l'esercizio del *“potere autoritativo”* da parte della p.a., negando validità a *“blocchi”* precostituiti di materie (nelle quali ben può essere del tutto assente – come sostiene esattamente la Corte – ogni profilo riconducibile alla Pubblica Amministrazione-Autorità). A tale parametro, quindi, ha ritenuto di conformarsi il Consiglio di Stato, pervenendo alla conclusione della esistenza della richiesta correlazione e affermando così la propria giurisdizione.

Aggiungasi che, con la sua pronuncia n. 140 del 2007, il giudice delle leggi, nel sindacare la legittimità costituzionale di una disposizione della legge finanziaria del 2005, istitutiva di nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva⁴¹, ha ulteriormente precisato che *“non v'è alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi al giudice ordinario la tutela dei diritti costituzionalmente protetti”*.

Ciò posto, agli argomenti addotti nella motivazione del T.A.R. del Lazio può senza dubbio opporsi che la tutela del diritto alla salute inteso nella sua complessità (come sopra ricostruita) comprendente la libertà di scelta terapeutica, ancorchè collegato al

³⁹ In tal senso, cfr. R. Garofoli, *Codice del processo amministrativo*, a cura di R. Garofoli e G. Ferrari, tomo III, Roma, 2010, 1792.

⁴⁰ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 5 ottobre 2004, n. 6489, reperibile al sito istituzionale della giustizia amministrativa.

⁴¹ Ci si riferisce all'art. 1, comma 552, L. 30 dicembre 2004, n. 311, che devolve alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie concernenti le procedure e i provvedimenti in materia di impianti di generazione di energia elettrica. Cfr., sul punto, G. SCACCIA, *op. loc. cit.*

valore della dignità umana, non esclude uno spazio di intervento dell'autorità amministrativa, come avviene *nel momento organizzativo del servizio pubblico sanitario*. Ne discende sicuramente un margine di competenza giurisdizionale del giudice amministrativo, nell'ambito della sua cognizione esclusiva ex art. 133, I comma, lett. c), cod. proc. amm., sempre che l'amministrazione si contrapponga al privato assumendo una veste *autoritativa*⁴². Ciò vale *a fortiori* per un atto ministeriale di indirizzo del tipo di quello impugnato dinanzi al T.A.R. del Lazio, tendente a conformare l'attività dei gestori del servizio pubblico sanitario, utilizzando l'attività provvedimentale, volta a garantire uniformità di trattamenti di base su tutto il territorio nazionale e rendere omogenee le pratiche in campo sanitario con riferimento a profili essenziali come la nutrizione e l'alimentazione (ritenuta obbligatoria) nei confronti delle persone in s.v.p.

Pertanto, il giudice amministrativo ben può essere chiamato a sindacare la legittimità dell'atto autoritativo che neghi o pregiudichi all'assistito l'esercizio di una libertà garantita dall'ordinamento, non predisponendo, al momento dell'organizzazione del servizio pubblico, le condizioni materiali perché detta libertà possa essere fruita in concreto e con effettività. In tale ottica il T.A.R. Lombardia, che ha annullato l'atto regionale impugnato, correttamente ha ritenuto che il diritto costituzionale di rifiutare le cure sia tutelabile nei confronti di chiunque instauri col paziente *un rapporto di cure*, al punto che la manifestazione di un rifiuto (ancorchè espresso in forma indiretta, come nel caso Englaro) *“rende 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 con il sistema dei valori e la visione della vita dignitosa che è propria del soggetto”*.

6. Qualche conclusione: verso la “doppia tutela” del diritto all'autodeterminazione terapeutica.

Si è visto sopra che una cosa è l'interesse pubblico alla tutela della salute e altra cosa è l'interesse del singolo alla tutela della propria salute, che dipende necessariamente,

⁴² In tal senso, G. SCACCIA, *op. loc. cit.*

come diritto di libertà, dalle opzioni dell'interessato: spetta a quest'ultimo richiedere la prestazione sanitaria alla p.a. e solo a lui spetta decidere di farsi curare, come farsi curare e da chi⁴³. È questo, dunque, il nucleo insopprimibile della situazione giuridica soggettiva spettante al titolare, indipendentemente dal fatto che essa assuma i connotati del diritto soggettivo, ovvero dell'interesse legittimo. D'altro canto, la configurazione di una posizione di interesse legittimo piuttosto che di diritto soggettivo, nell'attuale assetto costituzionale, non comporta in alcun modo una differenza nell'intensità della tutela, differenziandosi le due posizioni soltanto per la loro *conformazione strutturale*.

Insomma, la distinzione fra diritti e interessi non può minimamente alterare la consistenza della tutela costituzionale del diritto alla salute quale diritto inviolabile, tenuto conto che la nostra Carta equipara, quanto alla tutela, diritti soggettivi e interessi legittimi: a mente dell'art. 24, primo comma, e dell'art. 113, primo comma, Cost., anche quando la p.a. agisca nell'esercizio di un potere autoritativo, nei cui confronti il privato possa vantare un interesse legittimo, la tutela costituzionale deve ritenersi piena perché non può la p.a., nell'esercizio del proprio potere, ledere posizioni giuridiche tutelate dalla Costituzione⁴⁴.

Peraltro, l'ipotesi di devoluzione di una determinata materia alla giurisdizione del g.a. (come nel caso dell'art. 133, I comma, lett. c), del cod. proc. amm., la distinzione tra le due posizioni soggettive, ai fini della tutela perde ogni pratica rilevanza. Ritornando all'impugnativa dell'atto ministeriale di indirizzo, è indubbio che si sia concretata una fattispecie meritevole di tutela, rientrante nella previsione dell'art. 133, I comma, lett. c), cod. proc. amm., ai fini dell'individuazione della competenza giurisdizionale.

⁴³ Come riferimenti di carattere generale, in tema, cfr. AA.VV., *Il diritto alla salute alla soglia del terzo millennio – Profili di ordine etico, giuridico ed economico*, a cura di L. Chieffi, Torino, 2003; R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2003; B. PEZZINI, *Diritto alla salute e diritto all'assistenza tra tensione all'uniformità e logiche delle differenziazione*, in *Sanità e assistenza dopo la riforma del titolo V*, a cura di R. Balduzzi e G. Di Gaspare, Milano, 2002.

⁴⁴ In tal senso cfr. A. CATELANI, *La sanità pubblica*, Milano, 2010, 12; C.E. GALLO, *Gli utenti del Servizio sanitario nazionale e le loro situazioni giuridiche soggettive*, a cura di F.A. Roversi Monaco, *Riordinamento del Servizio sanitario nazionale*, Rimini, 1991; G. BARCELLONA, *La nuova giurisdizione amministrativa sui pubblici servizi tra le interpretazioni giurisprudenziali, l'intervento della Corte costituzionale ed il nuovo intervento del legislatore: le ragioni delle scelte e le nubi all'orizzonte*, in *Sanità pubblica e privata*, 2001, fasc. 1, 42; V. MOLASCHI, *Giurisdizione esclusiva e tutela delle situazioni giuridiche soggettive degli utenti nel Servizio sanitario nazionale*, in *Sanità pubblica*, 2000, fasc. 5, 619.

Ciò in quanto il detto provvedimento, nel dettare istruzioni di carattere organizzativo in relazione allo svolgimento del servizio sanitario, ancor prima di ledere in concreto il diritto di un privato, ha come suo effetto immediato quello di “*preconstituire*” un’organizzazione del *servizio pubblico* tale da incidere sulla posizione giuridica dei soggetti che non desiderano essere sottoposti all’alimentazione assistita e che invece, sulla base dell’*invito*” contenuto nell’atto ministeriale, a tale trattamento (qualificato come “*mere forme di sostegno vitale*”) possono essere forzosamente sottoposti, nel caso in cui *si trasformino* in pazienti in s.v.p.

Trattasi di situazione soggettiva che, indipendentemente dalla sua qualificazione giuridica (diritto soggettivo o interesse legittimo), si appalesa sicuramente tutelabile in giudizio come, del resto, afferma lo stesso T.A.R. del Lazio, riconoscendo la piena legittimazione ad agire dell’associazione ricorrente (Movimento difesa del cittadino), dal momento che quest’ultima ha impugnato un atto ministeriale “*indirizzato alle Regioni inteso a garantire un’uniformità di azione nel campo dell’assistenza sanitaria da parte di tutte le strutture sanitarie pubbliche e private, avverso un atto destinato, quindi, ad incidere direttamente sulle prestazioni che riguardano il malato che ne resta immediatamente coinvolto*”.

Peraltro, lo stesso T.A.R., contraddittoriamente, non ha tratto da tale corretta impostazione le necessarie conseguenze sul piano del riparto di giurisdizione. Non si vede, invero, come le stesse ragioni non debbano valere per consentire la tutela del privato che impugni dinanzi al giudice amministrativo un provvedimento lesivo incidente sull’organizzazione del servizio, ancor prima che tale organizzazione possa *in concreto* ledere il suo diritto soggettivo (libertà di scelta terapeutica). In realtà, il detto diritto giammai potrebbe essere tutelato *a monte*, davanti al giudice ordinario, in quanto deve ritenersi carente l’*attualità* e la *concretezza* della lesione, non essendo ravvisabile in capo al titolare del diritto alcun *pratico vantaggio* in caso di accoglimento della domanda: di qui la carenza dell’interesse ad agire davanti al giudice ordinario, alla luce del disposto dell’art. 100 c.p.c.⁴⁵.

⁴⁵ Sul punto, cfr. in dottrina, come riferimenti di carattere generale, E. ALLORIO, *Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione ad agire*, in *Problemi di diritto*, I, Milano, 1957; A. ATTARDI, *L’interesse ad agire*, Padova, 1955; ID., voce

Sicché, non pare dubbio che la competenza del giudice ordinario debba investire piuttosto il momento dell'erogazione (illecita) del servizio mediante un'azione di *condanna* dell'ente erogatore (a un *dare* o a un *facere*)⁴⁶, che presuppone una lesione già *attuale* del diritto, da cui scaturisce necessariamente l'interesse alla tutela giurisdizionale⁴⁷.

A questo punto, la soluzione che appare preferibile, per assicurare una tutela piena anche prima del prodursi della concreta lesione del diritto, è quella della *doppia tutela* giurisdizionale del diritto all'autodeterminazione terapeutica, che appare perfettamente compatibile con la struttura del diritto tutelato e con i criteri che regolano il riparto di giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo nella materia dei "*pubblici servizi*".

Pur volendosi negare, infatti, che esista in astratto una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, estesa ai diritti *in subiecta materia*, neanche può affermarsi la sussistenza della giurisdizione (esclusiva) del giudice ordinario, in caso di emanazione

Interesse ad agire, in *Digesto disc. priv.*, sez. civ., IX, Torino, 1993; *Id.*, voce *Legittimazione ad agire*, *ivi*, X, Torino, 1993; G. BALENA, *Contributo allo studio delle azioni dirette*, Bari, 1990; L. LANFRANCHI, *Note sull'interesse ad agire*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 1098; M. MARINELLI, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. Origini metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento, 2005; L. MONACCIANI, *Azione e legittimazione*, Milano, 1951; B. SASSANI, *Note sul concetto di interesse ad agire*, Rimini, 1983. Nello stesso senso la giurisprudenza nomofilattica ha statuito che l'interesse ad agire, in particolare, è da escludere quando il giudizio sia strumentale alla soluzione soltanto in via di massima od accademica di una questione di diritto *in vista di situazioni future o meramente ipotetiche* (Cass., 19 agosto 2000, n. 11010). Infatti, poiché la tutela giurisdizionale è tutela di diritti, il processo, salvo casi eccezionali predeterminati per legge, può essere utilizzato solo come fondamento di un diritto fatto valere in giudizio e non di per sé, per gli effetti possibili e futuri (Cass., 23 novembre 2007, n. 24434). Da ciò consegue che esso *deve avere necessariamente carattere attuale* (Cass., SS.UU., 15 gennaio 1996, n. 264; Cass., 18 aprile 2002, n. 5635) poiché solo in tal caso trascende il piano di una mera prospettazione soggettiva assurgendo a *giuridica ed oggettiva consistenza* e resta invece escluso quando il giudizio sia strumentale alla soluzione soltanto in via di massima o accademica di una questione di diritto in vista di *situazione future o meramente ipotetiche* (Cass., 23 novembre 2007, n. 24434).

⁴⁶ Sul punto, e per ulteriori richiami di giurisprudenza, cfr. F. GARINGELLA, *op. cit.*, 64, nel testo e nelle note.

⁴⁷ In tal senso, cfr. G. BALENA, *Elementi di diritto processuale civile*, Bari, 2007, vol. I, 58. Per quanto riguarda l'ammissibilità di un'eventuale azione di *accertamento*, secondo lo stesso A., ancor più problematica appare la sussistenza dell'interesse ad agire, poiché "*la tesi più diffusa è che l'interesse ad agire si ricolleggi alla lesione, ovvero al pericolo attuale di lesione (apprezzabile e non meramente teorico) che derivi all'attore dal permanere di una situazione obiettiva (e non solamente temuta) circa l'esistenza o l'inesistenza di un rapporto giuridico*". Lo stesso A. ritiene, inoltre, che, per quanto riguarda l'azione (che, invero, non sembra utilizzabile nella fattispecie in esame), trattasi di rimedio consentito "*in ipotesi tipiche*", per le quali la valutazione dell'interesse ad agire sarebbe stata compiuta a monte dal legislatore e rimarrebbe assorbita dalla sussistenza dei fatti costitutivi del diritto alla modificazione giuridica cui essa mira.

di *provvedimenti autoritativi* della p.a. che ostacolino la realizzazione di una pretesa connessa al diritto, non perseguibile attraverso la libera esplicazione di facoltà individuali, ma necessitante di una specifica, infungibile prestazione, da erogarsi nell'ambito del rapporto di "*servizio pubblico*", che costituisce *materia* riservata alla cognizione esclusiva del g.a. dall'art. 133, I comma, lett. c) cod. proc. amm.

Del resto, nella stessa direzione si è mossa la giurisprudenza amministrativa, quando con riferimento alle controversie in materia di pubblico impiego "*privatizzato*", ha elaborato la differenza concettuale fra atti di "*macrorganizzazione*" e atti di "*microrganizzazione*", giungendo a negare in tal modo la giurisdizione esclusiva del giudice ordinario. Ciò in quanto l'esistenza delle due tipologie di atti consente di configurare una *doppia tutela* giurisdizionale, ossia una in virtù dell'impugnazione dinanzi al giudice amministrativo dell'atto di macrorganizzazione lesivo di interessi legittimi, l'altra azionabile dinanzi al giudice ordinario, a tutela del rapporto di lavoro, senza che intercorra alcun carattere di pregiudizialità fra i due giudizi e con possibilità che questi ultimi possano avere esiti autonomi, se non tra loro contrastanti⁴⁸. È questa, in effetti, la tesi che appare più aderente alla effettiva tutela del diritto di difesa sulla base dell'art. 24 Cost., in relazione alla vasta gamma di atti organizzativi che ogni pubblica amministrazione può porre in essere; tanto che essa è stata seguita, con convincenti motivazioni, dalla giurisprudenza civile e amministrativa⁴⁹.

Nella stessa ottica, dunque, la "*doppia*" tutela del diritto all'autodeterminazione terapeutica (dinanzi al g.o. e al g.a.) appare compatibile col quadro costituzionale dei

⁴⁸ Sul punto, cfr. la sentenza del T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, n. 13054/03, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁹ Sulla rilevanza della distinzione ai fini del riparto di giurisdizione è ormai un riferimento imprescindibile Cass., sez. lav. 5 marzo 2003 n. 3252, che si può leggere in www.giuffre.it/riviste/lpa. Secondo la tesi del giudice della nomofilachia l'istituto della disapplicazione di cui all'art. 63 D.Lgs. n. 165/01 è riconducibile sostanzialmente al tradizionale istituto processuale di cui all'art. 5 della L. n. 2248/1865 all. E; sicchè è ammessa la doppia tutela, una dinanzi al giudice amministrativo avente ad oggetto l'atto di macrorganizzazione, lesivo di interessi legittimi, l'altra dinanzi al giudice ordinario coinvolgente la tutela del rapporto di lavoro e gli atti di microrganizzazione. La decisione è commentata con ampi riferimenti dottrinari e giurisprudenziali da R. Bocci, *La doppia tutela nei casi di atti amministrativi presupposti e diritti soggettivi ed i poteri del giudice ordinario. L'inesistenza del diritto soggettivo allo scorrimento della graduatoria in un Comune*, in *L.p.a.*, 2003, 607 ss. In giurisprudenza, oltre alla citata sentenza del T.A.R. Campania, Napoli, sez. v, n. 13054/03, v. anche T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 7 febbraio 2000, n. 352 in *TAR 2000*, I, 1986; T.A.R. Umbria, 8 marzo 1999, n. 193, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1528; da ultimo, v. ancora, C.di S., sez. V, 13 febbraio 2009, n. 827. *Adde*, volendo, E. BONELLI, *Politica e amministrazione: una commistione incostituzionale nei piccoli Comuni?*, in *Riv. amm.*, 2003, 1011.

valori e dei principi come sopra ricostruito e costituisce altresì una soluzione aderente all'attuale riparto di giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo e nella materia dei “*pubblici servizi*”, alla stregua del disposto dell'art. 133, I comma, lett. c) del nuovo codice del processo amministrativo.

Prof. avv. Enrico Bonelli