

28 GIUGNO 2017

La responsabilità delle pubbliche
amministrazioni tra scienza (diritto) e
coscienza nell'ambito dei trattamenti
sanitari

di Fabrizio Tigano

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Catania



La responsabilità delle pubbliche amministrazioni tra scienza (diritto) e coscienza nell'ambito dei trattamenti sanitari*

di Fabrizio Tigano

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Catania

Sommario: 1. – Premesse: i trattamenti sanitari ed i valori sottesi; 2. – la problematica attuazione in via amministrativa; 3. – il ruolo della giurisprudenza: prime pronunce di carattere generale; 4. – la giurisprudenza amministrativa in materia di PMA: le pronunce più recenti e le prospettive aperte; 5. – il ruolo dei sanitari e l'obiezione di coscienza; 6. – il ruolo dell'amministrazione al vaglio della giurisprudenza in materia di "fine vita"; 7. – La responsabilità civile dell'amministrazione e la sua "coscienza"; 8. – Conclusioni.

1. Premesse: i trattamenti sanitari ed i valori sottesi

I trattamenti sanitari sono notoriamente oggetto di una disciplina normativa complessa, per lo più tassonomica e frammentata in ragione delle singole e disparate fattispecie ivi contemplate¹. Cionondimeno, è possibile operare una *reductio ad unum* e così procedere al loro esame complessivo, muovendo dal sistema di valori che vi sta alla base. Ovvio ed obbligato è, infatti, il riferimento al diritto alla salute sancito dall'art. 32 della Costituzione, cui sono correlati (quali premesse assiologiche) altri valori costituzionali rientranti tra i principi fondamentali, segnatamente quelli di solidarietà e di eguaglianza (artt. 2 e 3)².

* Relazione al Convegno di Messina, 5-6 maggio 2017 su "La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive".

¹ Per un'attenta e puntuale trattazione dei numerosi profili di responsabilità che ne discendono a carico dei sanitari e delle pubbliche amministrazioni, *Le responsabilità in ambito sanitario*, a cura di S. Aleo - R. De Matteis - G. Vecchio, Padova 2014.

² Senza pretesa di esaustività, dato l'amplessissimo panorama bibliografico maturato sulla declinazione costituzionale (ed amministrativa) del diritto alla salute, si vedano: C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Raccolta di scritti*, III, *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, Milano, 1972, 13 ss.; M. LUCIANI, *Salute. I) Il diritto alla salute – dir. Cost.*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, 1 ss.; Id., *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. soc.*, 1980, 769 ss.; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. e Soc.*, 1984, 21 ss.; Id., *Art. 32*, in *Commentario breve alla Costituzione*, diretto da V. Crisafulli – L. Paladin, Padova 1990, 215 ss.; Id., *Il diritto alla salute*, Padova 1998; R. FERRARA, *Salute (diritto alla)*, *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino 1997, 513 ss.; R. FERRARA – P.M. VIPIANA, *Principi di diritto sanitario*, Torino 1999; C. BOTTARI, *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, Milano 1991; M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, Padova 1998; Id., *Il diritto alla tutela della salute*, in *I diritti costituzionali*, a cura di R. Nania - P. Ridola, vol. II, Torino 2001, 761 ss.; D. MORANA, *La salute nella*

D'altro canto, poiché le prestazioni sono rese (direttamente o indirettamente) dal servizio sanitario nazionale, la medesima disciplina deve essere altresì coerente con i principi posti in materia di pubblica amministrazione, anzitutto l'imparzialità ed il buon andamento (art. 97), declinati in funzione dei *budget* di spesa assegnati e con il principio del pareggio di bilancio³.

I medesimi principi trovano conferma nelle fonti comunitarie: basti ricordare il diritto alla vita, solennemente proclamato dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE e dall'art. 2 § 1 della Cedu⁴, nonché il diritto all'integrità della persona, che, secondo la Corte di Giustizia, è parte del diritto UE, comprendente, nell'ambito della biologia e della medicina, il consenso libero e consapevole del donatore e del ricevente⁵.

Per quanto concerne, in particolare, la materia della procreazione assistita, va ricordato ancora l'art. 3 della medesima Carta, attraverso il quale vengono posti i punti fondamentali che informano la materia⁶.

Sul piano dei principi, quindi, non vi sono sostanziali dubbi circa la portata complessiva del diritto alla salute, ormai inserito nel novero dei diritti fondamentali (ancorchè tra quelli "*finanziariamente condizionati*")⁷.

Costituzione italiana. Profili sistematici, Milano 2002; Id. *La salute come diritto costituzionale, Lezioni*, II ed., Torino 2015; R. ROMBOLI, *Art. 5*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma 1988; P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *Rass. dir. civ.* 1982, 1020 ss.; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema comunitario delle fonti*, Napoli 2007, 728 ss.; L. CHIEFFI (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio. Profili di ordine etico, giuridico ed economico*, Torino 2003.

³ La riforma è stata operata con legge cost. 20 aprile 2012 n. 1, mediante la quale si è proceduto alla modifica degli artt. 81, 97, 117 e 119 (ri)aprendo un annoso e complesso dibattito tra il "valore" dei diritti (in particolare, dei diritti incompressibili) e le "esigenze" della finanza pubblica, anche in chiave comunitaria. In proposito, la Corte costituzionale, con la recente sentenza n. 275 del 16 dicembre 2016 (rivedendo, in un certo qual modo, la precedente n. 10/2015 – sulla quale v. il commento di A. MORRONE, *Le conseguenze finanziarie della giustizia costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2015, 575 ss. – che aveva assegnato alle esigenze di bilancio un ruolo di fatto preponderante), sembra avere preso posizione in modo netto, esprimendosi lapidariamente nei seguenti termini: "E' la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione". Per un commento a questa decisione, A. LONGO, *Una concezione del bilancio costituzionalmente orientata: prime riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*, in www.federalismi.it, n. 10/2017. All'indomani della riforma costituzionale operata nel 2012, invero, la dottrina più avvertita aveva già collocato i diritti (in particolare i diritti sociali) in posizione sovraordinata rispetto alle "ordinarie" esigenze finanziarie pubbliche; per tutti, M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, in *Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012, atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta, 22 novembre 2013*, Milano, 2014, 46 ss.

⁴ Secondo cui: "il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge".

⁵ CGE, 9 ottobre 2001, causa C377/98.

⁶ Ossia: "a) il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge; b) il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle venti come scopo la selezione delle persone, c) il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro; d) il divieto della clonazione riproduttiva degli esseri umani".

⁷ La dottrina ha, peraltro, da tempo evidenziato come lo schema dei diritti "condizionati" vada osservato in una chiave che orienti la riflessione tenendo conto dei diritti sociali. Sul punto, in particolare, G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 755 ss.; C. VENTIMIGLIA, *I diritti sociali tra garanzia costituzionale e compiti dell'autorità*, Roma 2013; G. VECCHIO, *Diritto alla salute e concezione della complessità della prestazione. "Istituzioni di mediazione", risoluzione delle asimmetrie nel rapporto di cura e ricerca del regime di responsabilità*, in *Le responsabilità...*, cit., 62 ss.; R. FERRARA, *Tutela della salute: prestazioni amministrative e posizioni soggettive*, in *La tutela della salute tra tecnica e*

2. – la problematica attuazione in via amministrativa

Non sembra potersi dire lo stesso quanto alla sua concreta declinazione, in ragione della interferenza di numerose problematiche che ne rendono in varia misura difficoltoso il tratto applicativo.

L'amministrazione sanitaria, infatti, si trova spesso nella posizione di chi sia chiamato ad adottare decisioni "scomode", talora complicate dalla concorrenza di questioni etiche la cui "scivolosità" è ben nota. Peraltro, se, da un lato, la funzione amministrativa è legata alla disciplina posta dal legislatore, dall'altro, la fase "esecutiva" risulta spesso impegnativa a causa delle incertezze interpretative che discendono dal varo di normative compromissorie e comunque fondamentalmente incerte, il che determina un duplice (e quasi contraddittorio) effetto: 1) l'ampliamento dei limiti della discrezionalità amministrativa, che diventa non più e non solo scrematura degli interessi, ma operazione interpretativa *tout court*; 2) il rinvio *de plano* alla sede giurisdizionale circa la verifica dell'operato degli organi amministrativi, rischiando, in alcuni casi, di incidere sul merito delle valutazioni discrezionali, tradizionalmente soggette al solo sindacato di legittimità⁸.

Se a quanto appena osservato si aggiunge la perdita centralità delle fonti primarie (e la correlata crisi del principio di legalità), nonché la inveterata inefficienza amministrativa, risultano evidenti le ragioni per le quali l'attività delle amministrazioni sanitarie risulti talora insicura, scoordinata e non sempre in linea con i (per vero, ridotti) *budget* assegnati⁹.

potere amministrativo, a cura di M. Andreis, Milano 2006, 43 ss., secondo cui in tema di diritto alla salute "emergono problematiche apparentemente non giuridiche, ma delle quali occorre tener conto, che attengono alla crisi fiscale dello Stato, che costituisce, per così dire, un fatto di ambientazione ... Nella misura in cui, ormai le regioni utilizzano gran parte del loro bilancio per fronteggiare le spese della sanità, è chiaro che ci troviamo al cospetto di un «diritto finanziariamente condizionato» ... E' la crisi fiscale dello Stato a determinare in qualche modo l'ampiezza, la consistenza, la possibilità di operare di questo diritto, anche se non si può non rilevare che quello che dovrebbe configurarsi come un diritto incondizionato, assoluto e primario – per non evocare altri argomenti – mal si concilia con il pagamento di un ticket".

⁸ V., ad es., CGA s.g., 17 novembre 2014 n. 617, laddove, con riferimento alla legge n. 104/1992, concernente il sostegno offerto ai disabili ed alle famiglie di appartenenza con evidenti refluenze di carattere costituzionale (artt. 3, 32, 34 e 38), è stato affermato che il disegno del legislatore "è destinato a subire inevitabilmente gli svolgimenti congiunturali, soprattutto in un periodo connotato da una crisi di durata e gravità straordinari. Sicché, se è vero che la educazione ed istruzione, piuttosto che la salute, quale diritto fondamentale dell'individuo, specie se riferiti alla cura dei minori handicappati, costituiscono altrettanti diritti personali e sociali, oggetto di tutela rafforzata, è anche vero che la tutela c.d. "incondizionata" della salute, non può per altro verso non subire oscillazioni, specialmente in tempo di crisi finanziaria acuta, che inevitabilmente si riverberano sulle scelte dell'Amministrazione, ogni qualvolta questa è chiamata a dover ponderarne la misura". Sulle modalità del sindacato del giudice amministrativo in sede di legittimità (anche qui a titolo meramente esemplificativo): A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano 1987; M.E. SCHINAIA, *Il controllo del giudice amministrativo sull'esercizio della discrezionalità della Pubblica Amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 1101 ss.; da ultimo, si rinvia al ponderoso ed interessante lavoro di F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Milano 2017 ed *ivi* ampi riferimenti bibliografici.

⁹ Altro discorso concerne la "qualità" complessiva della Sanità, laddove, viceversa, il giudizio deve essere per lo più positivo.

Né, a ben guardare, i risvolti di natura etica sarebbero agevolmente superabili se la legge e le fonti normative in genere non attraversassero l'attuale fase di crisi. Per far questo occorrerebbe accontentarsi del valore taumaturgico della legalità infusa nel crisma della certezza giuridica¹⁰.

Ma non sempre è così, nè può sottacersi come oggi vadano sempre più affermandosi nuovi valori intesi per lo più alla riscoperta del ruolo dei diritti fondamentali, rispetto ai quali la normativa di “dettaglio” cede continuamente il passo, un po’ per il suo intrinseco “respiro corto”, un po’ per la già ricordata incapacità del legislatore a porre normative chiare e ben articolate¹¹.

A tutto ciò l'amministrazione non è estranea e non lo è a maggior ragione tutte le volte in cui debba misurarsi su un terreno ove il potere discrezionale si trova in una condizione nella quale non sono sempre certi i punti di riferimento. La scienza, con i suoi progressi e le sue problematiche incertezze, non è, del resto, di grande aiuto sotto questo profilo: le tecniche terapeutiche, infatti, non precostituiscono verità assolute e risultano anch'esse "fallibili" e contingenti. Sicché, le scelte che ne derivano sono quelle convenzionalmente considerate corrette *rebus sic stantibus*, ossia secondo l'esperienza empirica maturata e gli eventuali protocolli (e/o linee guida) approvati in un certo torno di tempo¹².

¹⁰ S. PUGLIATTI, *Conoscenza*, in *E.d.D.*, IX, Milano 1961, 45 ss.; N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino 1961; N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano 1979; J. RAZ., *The Authority of Law*, Oxford 1979; L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, in *Digesto Discipline privatistiche. sez. civ.*, Torino 1988, 274 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino 1992; G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino 2005; G. PALOMBELLA, *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Bari 2006, il quale impronta la sua riflessione sul “superamento” della garanzia della «certezza» in nome della garanzia dell'«equilibrio»: “*Nelle società contemporanee, il diritto appare smarrire progressivamente i caratteri e le prerogative che aveva acquisito stabilmente nei due secoli trascorsi, il 1800 ed il 1900. Le principali pretese e le prestazioni tradizionali che ad esso erano ricondotte appaiono sfocate e indebolite*” (6).

¹¹ A parte la “comunitarizzazione” della CEDU in virtù del rinvio operato dopo il Trattato di Lisbona e la riformulazione dell'art. 6 del TUE (per cui si rinvia a M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli 2012), il riconoscimento del diritto ad una buona amministrazione, il rinnovato dibattito sul valore della democrazia e sulla corretta esplicazione dei principi democratici di R. DWORKIN (*I diritti presi sul serio*, Bologna 2010; Id., *Virtù sovrana. Teoria dell'uguaglianza*, Milano 2002; Id., *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico*, Milano 2007), la prospettiva soggettiva di T. NAGEL (*I paradossi dell'uguaglianza*, Milano 1993), il concetto di “giustizia” di J. RAWLS (*Una teoria della giustizia*, Milano 2008) di “responsabilità” di H. JONAS (*Il principio responsabilità*, Torino 1979), come anche la tutela e la protezione dei diritti delle generazioni future (A. GOSSERIES, *Lo scetticismo sui diritti delle generazioni future è giustificato?*, in *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, a cura di R. Bifulco e A. D'Aloia, Napoli 2008, 28 ss.; R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, 2009; AA.VV., *Cittadinanza e diritti delle generazioni future*, a cura di F. Astone – F. Manganaro – A. Romano Tassone – F. Saitta, Soveria Mannelli-Cz, 2010), per fare solo alcuni esempi, rimandano ad una visione dei rapporti giuridici che non consente agevolmente di essere incastonata soltanto nell'arido concetto di una “graziosa” legalità.

¹² Il rispetto dei protocolli e di eventuali linee guida costituisce un parametro attraverso il quale è stata faticosamente ricostruita la trama delle responsabilità poste a carico delle amministrazioni sanitarie e (soprattutto) dei loro operatori. In questo senso, Corte conti, sez. reg. Calabria, Catanzaro, 12 dicembre 2013 n. 379; da ultima, però, Corte conti, sez. reg. Emilia Romagna, 11 maggio 2017 n. 100, la quale, valorizzando un opposto filone interpretativo, ha ritenuto che “*qualsiasi condotta del medico difforme dalle linee guida di per sé non dimostra l'esistenza dell'elemento soggettivo della colpa grave ... perché l'odierno dato normativo si riferisce espressamente alle ipotesi colpose delle fattispecie penali cui possono incorrere i medici e non può trovare acritica applicazione anche nel giudizio di valutazione della colpa*”.

3. – il ruolo della giurisprudenza: prime pronunce di carattere generale

Stando così le cose, è fatalmente divenuto determinante il ruolo della giurisprudenza, la quale si è progressivamente interrogata su temi sempre più complessi e controversi nella materia dei trattamenti terapeutici e di cura in genere: il giudice ordinario, quello amministrativo, la Corte costituzionale, infatti, sono stati (e sono in atto) impegnati nel trovare soluzioni ai delicati nodi problematici via via emersi, sovente (re)interpretando – e qualche volta persino “riscrivendo” – il diritto vigente.

In ossequio alla sua tradizione “pretoria”, il giudice amministrativo ha, dal canto suo, mostrato una particolare sensibilità che muove dalla acclarata “poliedricità” del diritto alla salute¹³, da taluno considerato il primo tra i diritti fondamentali della persona¹⁴. Viene così chiarito che “*spetta ai pubblici poteri attivarsi per promuoverne la conservazione ed il recupero, approntando le strutture e i mezzi per attuare i programmi di prevenzione, cura, riabilitazione ed intervento a favore dei cittadini*”¹⁵. Ciò consente di definire i rispettivi compiti e ruoli: “*l’amministrazione sanitaria programma, regola, vigila, finanzia*”, mentre “*la scelta dell’operatore sanitario spetta di norma all’utente*”¹⁶.

Notoria e paradigmatica rispetto a quanto fin qui osservato, è la controversia promossa in ragione del mancato (tempestivo) aggiornamento del prontuario farmaceutico da parte dell’AIFA, laddove era in gioco la pretesa “*a ricevere prestazioni da altri (soggetti pubblici o privati)*”¹⁷.

In siffatto giudizio è stata ritenuta necessaria ed ineludibile l’adozione del chiesto provvedimento amministrativo perché l’unico in grado di soddisfare la specifica pretesa dedotta nella sede processuale e direttamente connessa alla tutela della salute, considerata anche la oggettiva inutilizzabilità della via restitutoria e/o risarcitoria¹⁸.

Ricorrendo alla cautela atipica, dall’accoglimento della domanda cautelare è così scaturito l’ordine giudiziale rivolto all’amministrazione di provvedere alla somministrazione gratuita del farmaco nelle dosi prescritte in attesa dell’aggiornamento del prontuario farmaceutico¹⁹. Anche in altre occasioni, peraltro, la tutela del diritto alla salute si è tradotta in provvedimenti cautelari adottati nelle situazioni

grava avanti alla Corte dei conti?. Si tratta di una decisione evidentemente meritevole di approfondimento, che si rinvia, tuttavia, ad altra e più opportuna sede.

¹³ M. ANDREIS, *Attuazione del diritto alla salute e modelli di sindacato*, in *La tutela della salute...*, cit., 1 ss.

¹⁴ S. OGGIANU, *I principi sulla tutela della salute*, in *Diritto e proc. amministrativo*, 2008, 169.

¹⁵ S. PUDDU, *I diritti fondamentali al vaglio del giudice amministrativo*, in *Diritto e proc. amministrativo*, 2010, 912.

¹⁶ Tar Campania, Napoli, I, 4 dicembre 2013 n. 5498.

¹⁷ Tar Lombardia, Milano, 22 maggio 2008 n. 791.

¹⁸ S. PUDDU, *op. ult. cit.*, 914.

¹⁹ Si tratta di una pronuncia di tipo “propulsivo”, espressione della volontà del giudice amministrativo di assicurare, nella specie, una tutela “effettiva” anche mediante la valutazione in concreto (esame di una serie di elementi come l’inserimento del prodotto nel registro europeo dei farmaci antitumorali) dell’efficacia del medicinale, in assenza, peraltro, di alcuna valida alternativa terapeutica e con argomentazioni assai vicine a quelle che, negli anni ’90, spinsero i tribunali ordinari a pronunciarsi a favore della c.d. terapia “Di Bella”. In argomento, tra gli altri, A. CERRI, *La salvaguardia del diritto alla salute e l’effettività della sua tutela nella sperimentazione del “multitrattamento Di Bella”*, in *Giurisprudenza italiana*, 1999, V, 160 ss.

più disparate (davvero singolare quello che ha intimato la sospensione dei rintocchi delle campane della torre civica²⁰).

Ma le aspettative che incombono sull'attività amministrativa in materia sanitaria sono anche di altro genere, laddove essa è chiamata, in ossequio al principio di proporzionalità, alla adozione di misure idonee alla prevenzione dei rischi, anche solo potenziali, ai sensi dell'art. 191 del Trattato sul funzionamento UE, ove, al comma 1, la protezione della salute umana è posta fra gli obiettivi della politica comunitaria in materia ambientale.

Se non possono essere oggetto di azioni esecutive i beni strumentali di proprietà del S.S.N. (in quanto tesi alla salvaguardia del diritto alla salute)²¹, l'amministrazione è responsabile per i danni alla salute arrecati ai soggetti che lavorino in un plesso scolastico in stato di cattiva manutenzione²² e per le patologie che derivino da emotrasfusioni²³.

Non vi è, inoltre, diretta corrispondenza tra l'esercizio dei poteri organizzatori e gli eventuali danni alla salute, come nella controversia sorta a seguito della unificazione e successivo accorpamento di alcuni reparti di un policlinico universitario²⁴.

4. – la giurisprudenza amministrativa in materia di PMA: le pronunce più recenti e le prospettive aperte

In un siffatto contesto si inscrivono leggi come la n. 40 del 19 febbraio 2004 riguardante la procreazione medicalmente assistita (c.d. "PMA"²⁵), la quale "*costituisce «la prima legislazione organica relativa ad un delicato settore ... che indubbiamente coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro*

²⁰ Tar Puglia, ord. 26 settembre 2006 n. 1016, nonché sent. 19 luglio 2009 n. 1807: "*La regolamentazione dei rintocchi dell'orologio non può essere considerata quel mero comportamento materiale della pubblica amministrazione, avulso da un precedente atto autoritativo di esercizio di poteri e funzioni pubbliche*", sicché si tratterebbe di una controversia concernente "*il corretto uso di beni in dotazione alla p.a. locale... in relazione alla quale la stessa amministrazione civica deve conformarsi al principio di buona amministrazione di cui all'articolo 97 cost. In questo contesto la pretesa della ricorrente ad una confacente regolamentazione dell'orologio della torre civica assume valenza di interesse legittimo*".

²¹ Tar Lombardia, Milano, 2 dicembre 2011 n. 3088.

²² Cass. Civ., sez. III, 27 giugno 2011 n. 14107.

²³ V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Diritto e società*, 1984.

²⁴ Tar Lazio, Roma, sez. III, 1 aprile 2010 n. 5411; le scelte organizzative conseguenza dell'applicazione della scienza medica, "*rientrano ... nella discrezionalità della amministrazione, sindacabile in sede giurisdizionale solo in ambito molto ristretti di manifesta illogicità e irragionevolezza o contraddittorietà*".

²⁵ In relazione alla PMA si veda l'art. 44 del Codice di deontologia medica: "*Le indicazioni e le correlate procedure diagnostiche e i trattamenti terapeutici relativi alla procreazione medicalmente assistita sono di esclusiva competenza del medico che opera in autonomia e responsabilità e nel rispetto dell'ordinamento. Il medico prospetta alla coppia le opportune soluzioni fondate su accreditate acquisizioni scientifiche e informa sulle possibilità di successo nei confronti dell'infertilità, sui rischi per la salute della donna e del nascituro e sulle adeguate e possibili misure di prevenzione. E' vietata ogni pratica di procreazione medicalmente assistita a fini di selezione etnica o genetica; non è consentita la produzione di embrioni ai soli fini di ricerca e ogni sfruttamento commerciale, pubblicitario, industriale di gameti, embrioni e tessuti embrionali o fetali. Sono fatte salve le norme in materia di obiezione di coscienza, senza esimere il medico dagli obblighi e dai doveri inerenti alla relazione di cura nei confronti della coppia*".

*complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa*²⁶, e quindi, sotto questo profilo «è costituzionalmente necessaria»²⁷.

Nel caso della PMA alcuni fattori eterogenei e “disaggregati” emergono in modo significativo, considerata la “vacuità” della materia, laddove le amministrazioni sanitarie spesso si muovono “a tentoni”, adottando in qualche caso decisioni frutto di vere e proprie “riserve mentali”.

A “guidare” il giudice amministrativo è soprattutto la Corte costituzionale, che, con crescente determinazione, ha “marcato” i confini della libertà di autodeterminazione degli “utenti” a scapito, forse, dell’ambito discrezionale riservato alle amministrazioni.

In un caso esaminato nel 2015²⁸ è stata sancita l’illegittimità della disciplina regionale posta con riferimento all’età della donna per essere ammessa ai cicli di PMA eterologa: sulla scorta dei dettami discendenti dalla fondamentale sentenza n. 162/2014 della Corte costituzionale, il giudice amministrativo ha, infatti, ritenuto discriminatorio l’intervento normativo regionale nella parte in cui manteneva, per la sola fecondazione omologa, criteri e requisiti soggettivi più favorevoli (50 anni) rispetto a quella eterologa (43 anni).

²⁶ Così, testualmente, Corte cost. 10 giugno 2014 n. 162. Tra i numerosi commenti a tale fondamentale decisione, v. A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in *Consulta On Line*, 11 giugno 2014, il quale, tra l’altro, esamina la decisione della Corte costituzionale anche rispetto al tema, più volte ripreso in dottrina e giurisprudenza, del conseguente “vuoto normativo”: *“Sostiene il giudice costituzionale che il divieto di eterologa “incide” su una (indimostrata) libertà di autodeterminazione (di avere figli e di formare una famiglia con figli) e sul diritto alla salute psicofisica Escluse finalità eugenetiche, nonché di protezione della salute del donante o dei donatori, l’unico interesse che il legislatore ha inteso perseguire, la protezione della persona nata per effetto della fecondazione eterologa, è agli occhi del giudice costituzionale comunque tutelato in maniera adeguata dalla legge. Non solo il legislatore ha dettato norme specifiche in caso di violazione del divieto di fecondazione eterologa, ma la legge consente, per via interpretativa, di applicare anche a questa tecnica di procreazione tutte le norme previste per quella omologa a protezione del nato. Sono così superati tutti i dubbi su un preteso vuoto normativo discendente dall’eventuale accoglimento della questione, quale causa ostativa per procedere in tal senso (punti nn. 11 e 13, diritto). Ma tutto questo basta per permettere l’applicazione delle tecniche di procreazione eterologa senza rischi e senza problemi? E’ davvero inutile un intervento legislativo?”*. Altro tema connesso alla decisione della Corte costituzionale in esame e più volte ripreso in dottrina, è quello del rapporto con la Corte Edu, tenuto conto della condanna comminata nel 2012 (caso *Costa e Pavan c. Italia*). Sul punto, per tutti: A. RUGGERI, *La Consulta apre all’eterologa, ma chiude, dopo averlo preannunciato, al “dialogo” con la Corte Edu*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 14 giugno 2014; G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in *Consulta OnLine*, 13 giugno 2014.

²⁷ La procreazione medicalmente assistita, infatti, ha ad oggetto “*plurime esigenze costituzionali*”, le quali “*toccano temi eticamente sensibili, in relazione ai quali l’individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene «primariamente alla valutazione del legislatore» (sentenza n. 347 del 1998), ma resta ferma la sindacabilità della stessa, al fine di verificare se sia stato realizzato un non irragionevole bilanciamento di quelle esigenze e dei valori ai quali si ispirano*” (v. ancora Corte cost., n. 162/2014). La sentenza n. 347/1998 è stata annotata, tra gli altri, da V. CARBONE ne *Il Corriere giuridico*, 1998, 11, 1294 ss.

²⁸ Tar Veneto, 8 maggio 2015 n. 501.

Altrettanto irragionevole e discriminatoria è stata ritenuta la distinzione posta da altro ente regionale riguardo ai costi richiesti per l'assistenza in caso di PMA eterologa ed omologa, essendo stato previsto il pagamento dell'intero trattamento nel primo caso e del solo *ticket* nel secondo²⁹.

Conforme a questo filone giurisprudenziale ed anzi ulteriormente ricca di spunti sul tema è altra recentissima decisione del Consiglio di Stato, la quale, confermando la sentenza di primo grado e ricostruendo il “quadro” evolutivo della vicenda attinente il rapporto tra PMA omologa ed eterologa, fa leva in modo deciso su fondamentali decisioni della Corte costituzionale³⁰ per affermare che, pur nei limiti del sindacato di ragionevolezza proprio della giurisdizione di legittimità, vada annullata in quanto discriminatoria sul piano del corretto esercizio del potere discrezionale la decisione di ammettere a carico del S.S.N. la (sola) PMA omologa a scapito di quella eterologa³¹. Secondo il giudice amministrativo tale distinzione, a seguito della “parificazione” operata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 162/2014, risulta (*rectius*: è divenuta) illogica e non ragionevole anche perché in patente contrasto con un esplicito *dictum* che l'ha espunta dall'ordinamento.

Il sindacato, teoricamente, rimane nei limiti della legittimità perché non entra in modo esplicito nell'ambito riservato al merito delle scelte discrezionali (ossia: se ammettere o no una prestazione a carico dell'amministrazione sanitaria anche quando “esorbitante” dall'ambito dei livelli essenziali delle prestazioni elencate nei c.d. “L.E.A.”), limitandosi a stabilire il principio secondo il quale una volta posta a carico del S.S.N. l'una prestazione, l'altra, in quanto rientrante nello stesso *genus*, non possa essere esclusa dal medesimo beneficio.

Vengono così superate anche le obiezioni relative al potenziale incremento di spesa (ed alla correlativa riduzione di introiti) in ragione della necessità di garantire la *substantia* di un diritto fondamentale, che non tollera “compressioni” derivanti da generiche e non meglio precisate ragioni economiche.

Tale analitica e circostanziata decisione apre, probabilmente, un capitolo ancora parzialmente inesplorato per quel che concerne il sindacato sulla discrezionalità amministrativa nella materia dei trattamenti sanitari³², giacché, attraverso il “grimaldello” dell'eccesso di potere, il sindacato sembra spingersi fino al limite delle “colonne d'Ercole” proprie del giudizio di legittimità per poi entrare

²⁹ Cons. Stato, III, 9 aprile 2015 n. 1486; a testimonianza di una sensibilità pacificamente acquisita in giurisprudenza, si segnala la recente sentenza della Cass., sez. lavoro n. 6575 del 5 aprile 2016 (in www.biodiritto.org), la quale ha ritenuto illegittimo (in quanto discriminatorio) il licenziamento della lavoratrice che aveva espresso la volontà di sottoporsi a tecniche di PMA.

³⁰ In particolare, le sentenze nn. 162/2014 e 96/2015.

³¹ Cons. Stato, 21 luglio 2016 n. 3297, che conferma Tar Lombardia, Milano, sez. III, n. 2271/2015.

³² Si badi, non si tratta, nella fattispecie, di esercizio di discrezionalità tecnica, perché ci si muove in un ambito nel quale la scelta discende esclusivamente da fattori di opportunità e convenienza relativamente ad un certo trattamento relativo al servizio erogato.

(seppure, come si diceva, per condivisibili ragioni) sostanzialmente nel merito della scelta operata dalla regione, “forzandone”, nella buona sostanza, la volontà.

Consapevole dei rischi potenziali connessi, lo stesso giudice amministrativo, riassumendo il proprio ragionamento, si preoccupa contestualmente di fissare i punti fondamentali dai quali è discesa la possibilità di superare le (astrattamente ragionevoli) obiezioni della regione.

Si badi, peraltro, che quest’ultima aveva adottato il provvedimento annullato in epoca antecedente la decisione della Corte costituzionale del 2014, ossia sotto la vigenza dell’art. 4 c. 3 della legge n. 40/2004, sicchè la *quaestio juris* in origine non avrebbe potuto porsi.

Si consideri, altresì, che il medesimo provvedimento aveva ampliato la gamma dei servizi assistenziali offerti agli utenti ponendo a proprio carico il costo della PMA omologa, con il solo pagamento del *ticket*.

Tenendo conto anche di questi specifici elementi, i punti fissati dal Consiglio di Stato – che costituiscono l’attuale “stato dell’arte” circa il sindacato giurisdizionale in materia – sono i seguenti:

- a) dopo la sentenza n. 162/2014 della Corte costituzionale la distinzione tra PMA omologa ed eterologa, sul piano dell’offerta dei servizi sanitari, è irragionevole e crea una disparità di trattamento lesiva “*del diritto alla salute delle coppie affette da sterilità o da infertilità assolute*”;
- b) il mancato inserimento di talune prestazioni tra quelle rientranti nei livelli essenziali, non trattandosi di un limite posto alle regioni dall’art. 117 c. 2 lett. m) Cost. in quanto connesso alla salute quale diritto finanziariamente condizionato, non costituisce *ex se* ragione sufficiente per negare del tutto siffatte prestazioni “*né può incidere sul nucleo irriducibile ed essenziale del diritto alla salute*”;
- c) sussiste certamente, *in subiecta materia*, un potere discrezionale regionale sia, in termini generali, sul piano organizzativo sia, in termini più specifici, riguardo alla fissazione dei limiti e delle condizioni attraverso le quali realizzare il diritto alla salute. In questo ambito rientra l’eventuale riconoscimento di prestazioni aggiuntive (facoltative) rispetto a quelle (obbligatorie) inserite negli elenchi dei L.E.A., ma resta fermo il fatto che tale potere discrezionale dovrà essere esercitato in modo ragionevole e non in contrasto con gli artt. 3 c. 2 e 97 della Costituzione. Ne discende *de plano* che l’uso irragionevole e discriminatorio del potere, anche quando “ampliativo” rispetto al “catalogo” delle prestazioni inerenti ai livelli essenziali, possa essere oggetto di censura da parte del giudice amministrativo, in quanto espressione del vizio di eccesso di potere, nell’ambito dell’ordinario sindacato di legittimità.

5. – Il ruolo dei sanitari e l’obiezione di coscienza

In questo quadro così composito appare opportuno prendere in considerazione anche la condizione degli operatori sanitari, legati dal giuramento d’Ippocrate “*ai principi etici della solidarietà umana*” a testimonianza della particolarità e delicatezza delle prestazioni che sono chiamati a svolgere.

A questi è, infatti, espressamente riconosciuta dall'ordinamento la peculiare facoltà di avvalersi della c.d. "obiezione di coscienza", ossia il diritto di rifiutare legittimamente una certa prestazione ordinariamente dovuta tutte le volte che essa, per il suo contenuto o per le modalità dell'intervento richiesto, entri in conflitto con i principi di carattere etico di cui i sanitari chiamati ad effettuare la prestazione siano portatori³³.

Proprio con riferimento all'obiezione di coscienza sono sorte numerose questioni, anzitutto relativamente ai limiti entro cui sia consentito avvalersene, data la necessità di fissare un punto di "equilibrio sostenibile" che garantisca, senza paralizzare l'attività amministrativa, l'effettiva erogazione della prestazione rispettando la libertà di coscienza del sanitario chiamato ad effettuare un certo intervento³⁴. Ogni qual volta non si raggiunga il punto di equilibrio ottimale tra queste due (potenzialmente, ma non necessariamente) opposte esigenze, potranno verificarsi ipotesi di responsabilità a vario titolo: l'operatore sanitario, in particolare, sarà passibile di sanzioni irrogate attraverso procedimenti disciplinari in sede amministrativa come anche di contestazioni in sede penale (per abuso d'ufficio, omissione d'atti d'ufficio e persino omicidio). Laddove il comportamento indebito, inoltre, abbia causato danni all'amministrazione o a terzi, vi saranno parimenti conseguenze sul piano risarcitorio in sede civile o amministrativo-contabile.

E' stato perciò necessario, viste le questioni interpretative insorte, precisare, in materia di interruzione volontaria della gravidanza, i momenti di "doverosità" del medico da quelli in cui questi può astenersi dall'erogare la prestazione ancorché rientrante nei suoi obblighi di servizio: si è così distinto il momento in cui venga effettuato l'intervento, ove si può opporre l'obiezione di coscienza, da quello successivo, laddove ciò non è consentito.

Ma vi è di più: poiché alla donna è riconosciuta un'intima ed intangibile sfera di autodeterminazione tra cui rientra il diritto all'aborto, l'operatore non può legittimamente rifiutarsi di eseguire la prestazione

³³ R. BERTOLINO, *L'obiezione di coscienza moderna. Per una fondazione costituzionale del diritto all'obiezione*, Torino 1994. L'obiezione di coscienza è trattata anche dal Codice di deontologia medica all'art. 43 come segue: "L'obiezione di coscienza del medico si esprime nell'ambito e nei limiti della legge vigente e non lo esime dagli obblighi e dai doveri inerenti alla relazione di cura nei confronti della donna".

³⁴ Di recente, ha destato scalpore la scelta dell'Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini di Roma di assumere due medici non obiettori al fine di garantire i servizi di interruzione della gravidanza ai sensi della legge n. 194/78. Il dibattito a favore o contro tale scelta, come può intuirsi, è stato acceso e persino aspro. In proposito, N. COLAIANNI, *Il concorso per medici non obiettori all'IVG e il signor Traps*, in *Stato Chiese e pluralismo confessionale*, 8/2017, secondo cui: "Il diritto all'obiezione, quindi, dev'essere interpretato non in sé solo, quasi fosse un attributo indefettibile della personalità *praeter legem*, ma nel contesto delle finalità della legge che lo riconosce, cioè *secundum legem*. Dev'essere interpretato, in poche parole, in modo costituzionalmente orientato, in modo cioè da bilanciare ragionevolmente gli interessi in gioco e non di far prevalere la concezione del bene, che ognuno di noi legittimamente coltiva, con l'annientamento delle altre".

non solo dopo che l'intervento sia stato effettuato, ma anche tutte le volte che vi sia un imminente pericolo di vita³⁵.

D'altro canto, la cattiva riuscita dell'intervento di interruzione volontaria della gravidanza è *ex se* suscettibile di determinare conseguenze risarcitorie che contemplano l'onere del mantenimento del figlio, nonché le spese sostenute per rimuovere le insorte difficoltà economiche ed il pregiudizio subito dalla donna alla propria salute psicofisica³⁶.

Sempre riguardo alla materia della obiezione di coscienza, la giurisprudenza amministrativa, sulla stessa falsariga, ha risolto di recente una questione sorta relativamente ad alcune prescrizioni regionali, apparentemente discriminatorie dei medici "obiettori".

Nell'ambito dei consultori familiari era stato, infatti, previsto che i sanitari, senza eccezione alcuna, dovessero attestare lo stato di gravidanza nonché la richiesta della paziente di volersi avvalere delle procedure di interruzione volontaria della gravidanza (c.d. "IVG") ex art. 5 c. 4 della legge n. 194 del 1978. Tale obbligo, secondo le associazioni di categoria, avrebbe costretto nella buona sostanza i medici obiettori a rinunciare all'incarico o a non assumere servizio presso i consultori familiari.

Il giudice amministrativo ha rigettato la domanda con una serie di argomentazioni interessanti e sostanzialmente condivisibili perché frutto di un equilibrato bilanciamento degli interessi.

Anzitutto, ha rilevato come l'obiezione di coscienza sia estremamente diffusa (in media, quasi il 70%), sicché estenderne la latitudine rischia di mettere in pericolo l'organizzazione amministrativa e la concreta erogazione della prestazione in un ambito di estrema delicatezza per la salute della donna.

In secondo luogo, ha osservato come l'attestazione circa la scelta per la procedura di IVG costituisca solo un atto di impulso di un procedimento nell'ambito del quale il sanitario obiettore non è concretamente coinvolto³⁷.

Infine, ha ricordato come, ai sensi dell'art. 9 c. 3 della l.n. 194/1978, l'obiezione di coscienza esoneri il personale sanitario dal compimento delle operazioni "*necessariamente dirette a determinare l'interruzione della gravidanza e non dall'assistenza antecedente e conseguente all'intervento*". Dunque, ogni attività non "*necessariamente*" e "*specificamente*" diretta alla interruzione della gravidanza, rientrando nei doveri d'ufficio

³⁵ Così, Cass. pen., VI, 27 novembre 2012 n. 14979: "*il diritto all'aborto è ricompreso nella sfera di autodeterminazione della donna e se l'obiettore di coscienza può legittimamente rifiutarsi di intervenire nel rendere concreto tale diritto, tuttavia non può rifiutarsi di intervenire per garantire il diritto alla salute della donna, non solo nella fase conseguente all'intervento di interruzione della gravidanza, ma in tutti i casi in cui vi sia un imminente pericolo di vita*".

³⁶ Trib. Bari, II, 13 ottobre 2009 n. 3032: "*in ipotesi di intervento fallace il danno risarcibile è costituito non già dagli oneri di mantenimento del figlio sino al raggiungimento dell'autosufficienza ... quanto dall'apporto economico necessario per rimuovere le difficoltà economiche e così eliminare la causa del pregiudizio alla salute psicofisica della donna. Se per la sottoposizione ad intervento interruttivo di gravidanza è sufficiente la valutazione prognostica "ex ante" di tale pregiudizio, ai fini dell'accoglimento della domanda risarcitoria è tuttavia necessario il suo accertamento in concreto*".

³⁷ Peraltro, i medesimi operatori sanitari sono tenuti alla prescrizione di contraccettivi di ogni genere, senza limitazione alcuna, compresi cioè i c.d. "contraccettivi post coitali".



(e professionali), va sempre resa. Laddove per qualsiasi ragione non renda la prestazione richiesta, il sanitario può incorrere nella configurazione a suo carico dei reati di omissione di atti d'ufficio e di abuso d'ufficio³⁸.

6. – Il ruolo dell'amministrazione al vaglio della giurisprudenza in materia di “fine vita”

Spetta dunque all'amministrazione, per il suo ruolo di “esecutore” della legge dotato di poteri discrezionali, garantire l'effettività (e l'efficacia) delle prestazioni. Essa rappresenta il “cardine” attorno al quale ruota la concreta attuazione di questo quadro complesso e composito. L'assiologia che lo permea è incentrata sul valore fondamentale del diritto alla salute, che a sua volta spazia verso latitudini a volte imprevedibili che muovono dai profili più squisitamente tecnici in ragione dei progressi della scienza medica fino a quelli più propriamente etici.

Sulla scorta di tale dato ci si potrebbe chiedere se sia possibile riconoscere all'amministrazione un margine di valutazione che esuli, almeno in parte ed in determinate circostanze, dal vincolo strettamente normativo, talora operando anche *de jure condendo*.

Se, in tesi, alle amministrazioni sanitarie potesse estendersi il trattamento giuridico riservato agli operatori sanitari, cui – pur con i limiti appena evidenziati – è riconosciuta la facoltà di non eseguire una prestazione in contrasto con la loro coscienza, molte ed inusitate strade potrebbero aprirsi sul piano teorico: infatti, esse sarebbero in grado di operare secondo criteri più duttili ed adattabili rispetto a realtà dove quelli prettamente “giuridici” rischiano talora di entrare in crisi.

Il quesito appena posto, come è intuibile, investe il tema della responsabilità delle amministrazioni pubbliche, giacché gli atti adottati da queste sarebbero oggetto di una valutazione più complessa, in presenza di un fondamentale fattore, per certi aspetti, “scriminante”.

Tale suggestiva ipotesi, tenendo conto delle soluzioni adottate dalla giurisprudenza amministrativa (ma anche da quella costituzionale) fin qui esaminate, non sembra agevolmente realizzabile, seppure, a ben guardare, non sia da scartare a priori.

Ulteriori ed interessanti elementi per risolvere il quesito appena posto discendono dall'esame di una vicenda molto nota, risolta dal Tar Lombardia e dal Consiglio di Stato, riguardante la materia di “fine vita” (i cui dettami, per la loro portata generale, si estendono senz'altro all'intera gamma dei trattamenti sanitari), nell'ambito della quale l'ente regionale si era rifiutato di eseguire il distacco del sondino naso

³⁸ In proposito, Cass. Penale, sez. III, 2 aprile 2013 n. 14979, riguardante il caso del medico di guardia obiettore che si è rifiutato di dare assistenza ad una donna degente nella fase successiva all'aborto indotto da altro sanitario, laddove la responsabilità penale è stata affermata sul presupposto che limite fondamentale alla obiezione di coscienza sia la tutela della salute della donna in grave ed imminente pericolo.

gastrico ad una paziente ormai in stato vegetativo, ancorché a favore di tale soluzione estrema si fosse già pronunciato il giudice ordinario.

Il diniego opposto dall'ente regionale era motivato dall'idea di fondo secondo la quale "*le strutture sanitarie sono deputate alla presa in carico diagnostico-assistenziale dei pazienti*", non potendosi formalmente qualificare "*cura*" l'assistenza che non si sostanzia nella nutrizione ed idratazione.

Superando *d'embèle* tali obiezioni, il ricorso è stato accolto sul presupposto che l'autorità sanitaria regionale aveva violato il diritto costituzionale, riconosciuto alla paziente ed affermato dalla giurisprudenza della Cassazione fin dal 2007, di rifiutare le cure, diritto di libertà assoluto in grado di imporsi *erga omnes*. Pertanto, l'amministrazione sanitaria, in esecuzione del giudicato del giudice ordinario nulla avrebbe dovuto opporre alla richiesta di assistenza fondata su siffatto diritto, accordando il ricovero in osservanza dei principi di legalità, buon andamento, imparzialità e correttezza. La questione si è riproposta in sede di appello, laddove è stata fatta rilevare dall'amministrazione la inaccogliabilità della istanza di ricovero perché in contrasto con il divieto di erogare prestazioni non previste nei livelli essenziali di assistenza.

Nel confermare la decisione di primo grado, il Consiglio di Stato ha operato una serie di precisazioni di estremo interesse, che si stima utile riportare³⁹:

- a) "*l'accettazione presso la struttura sanitaria pubblica non può ... essere condizionata alla rinuncia del malato ad esercitare un suo diritto fondamentale*";
- b) il rifiuto opposto non può giustificarsi per ragioni attinenti all'obiezione di coscienza "*poiché spetta alla legge disciplinare compiutamente le modalità e i limiti entro i quali possono assumere rilevanza i convincimenti intimi del singolo medico, ferma la necessità che la struttura ospedaliera garantisca, comunque, la doverosità del soddisfare officio*";
- c) "*l'idratazione e l'alimentazione artificiale con sondino nasogastrico costituiscono un trattamento sanitario; esse ... 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*". Si tratterebbe, dunque, nella specie, di proteggere il fondamentale diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente. Da questo punto di vista, secondo il Consiglio di Stato, è errato affermare che al concetto di "*cura*", di cui l'amministrazione deve farsi carico, sia sotteso "*un fondamentale principio di beneficiabilità, alla stregua del quale le strutture del Servizio Sanitario Nazionale devono garantire la vita e assicurare la salute del malato, sicché l'obbligo del ricovero, ... sussisterebbe solo nei casi in cui si debba (e si possa) curare una determinata patologia*".

Il ragionamento, dal quale è disceso il rifiuto di ricoverare la paziente, invece, "*ha inteso porre e imporre d'imperio una visione assolutizzante, autoritativa, della «cura», in termini di necessario beneficio per il paziente, che si è*

³⁹ Cons. Stato, III, 2 settembre 2014 n. 4460, cui si riferiscono le citazioni che seguono.

illegittimamente sostituita alla volontà del paziente, al suo specifico bisogno di cura e, in ultima analisi, al suo fondamentale e incompressibile diritto di autodeterminazione terapeutica, quale massima espressione della sua personalità".

Il momento di confronto tra paziente ed amministrazione sanitaria trova, infatti, nel consenso informato – inteso come facoltà di scelta tra le diverse possibilità terapeutiche “curative” come di rifiuto verso una certa terapia, ivi compresa la libertà di deciderne consapevolmente ed in ogni fase della vita l’interruzione – la sua "stanza di compensazione", in conformità al principio personalistico alla stregua del quale vi è *"nella persona umana un valore etico in sé"*.

Di fronte a questo valore l'amministrazione deve necessariamente arrestarsi, non potendo immaginarsi un interesse pubblico in grado di prevalere, nella "migliore" delle ponderazioni, sulla profonda *eticità* che è riconnessa al rispetto della persona umana nel suo momento più “misero”, di profonda fragilità, frutto di intime e persino dolorose decisioni che restano insindacabili ed alle quali il potere amministrativo non può legittimamente sovrapporsi. E' ammessa soltanto la c.d. "alleanza terapeutica" che *"tiene uniti il malato ed il medico nella ricerca, insieme, di ciò che è bene rispettando i percorsi culturali di ciascuno"*, nell'ambito di una *"strategia della persuasione, perché il compito dell'ordinamento è anche quello di offrire il supporto della massima solidarietà concreta nelle situazioni di debolezza e di sofferenza"*, verificando, previamente, *"che quel rifiuto sia informato, autentico ed attuale"*. Se il rifiuto presenta tali presupposti, *"non c'è possibilità di disattenderlo nel nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico"* in ragione del risvolto negativo del diritto di libertà rappresentato dal *"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"*.

La possibilità di rifiutare le cure fa sì che nella loro somministrazione sia assente ogni principio autoritativo perché la decisione terapeutica vive nell'ambito del consenso informato e della autodeterminazione del paziente, non potendo costituire il risultato di scelte etero-imposte, ancorché in base all'esercizio di una specifica competenza tecnica di carattere medico. Come ancora precisa, in proposito, il Consiglio di Stato, non può essere contrapposta a tale consapevole scelta *"nessuna visione della malattia e della salute, nessuna concezione della sofferenza e, correlativamente della cura, per quanto moralmente elevata o scientificamente accettata"*⁴⁰.

Il rischio che, tuttavia, comporta una simile impostazione è quello di incorrere in una sorta di relativismo terapeutico, nel quale è cura tutto ciò che il singolo malato vuole o crede sia “meglio” per lui⁴¹. Il ruolo del medico, perciò, è e resta fondamentale *"nel selezionare e nell'attuare le opzioni curative scientificamente valide e necessarie al caso"*, in quanto la alleanza terapeutica implica l'abbandono di una

⁴⁰ L. CARLASSARE, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in *L'ordinamento sanitario*, a cura di R. Alessi, vol. I, *L'amministrazione sanitaria*, Milano 1967, 108 ss.

⁴¹ R. DWORKIN, *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, Milano, 1994.

concezione statica e “medicale” di salute – ossia l'idea di una dimensione oggettiva e fissa del benessere psico-fisico del paziente – in favore di una concezione soggettiva e dinamica (c.d. “olistica”) del diritto alla salute, frutto di una puntuale, attenta e seria dialettica medico-paziente, avendo il consenso informato una "funzione di sintesi" tra autodeterminazione e salute⁴².

Mentre nel caso della PMA, pur con tutti i limiti che sono stati riconosciuti alla legge n. 40/2004, esiste un testo normativo, per quanto riguarda il profilo del "fine vita" – che costituisce, a ben guardare, l'anello di congiunzione e di chiusura di un sistema che non può essere osservato in una prospettiva parcellizzata – ciò manca. Sicché, l'intervento della giurisprudenza – in questo caso di quella amministrativa – colma un pericoloso vuoto, fissando una serie di principi discendenti dalla Carta costituzionale e dagli interventi della Corte delle leggi, superando concretamente una ulteriore difficoltà, che è quella di esaminare le conseguenze giuridiche delle prestazioni sanitarie rese (o rifiutate) in assenza di chiare indicazioni normative. Tale particolare condizione non può e non deve risolversi nel *"diniego di eseguire la prestazione sanitaria e ancora meno, a fronte di tale illegittimo rifiuto, in un diniego di tutela giurisdizionale"*, determinando una lesione di un diritto fondamentale quale quello in esame, *"anzi del più fondamentale e inviolabile dei diritti, quello sulla propria vita e sul proprio corpo"*.

Ne discende che il vuoto normativo – anche quello che può crearsi a seguito di un intervento della Corte costituzionale su un testo vigente, come nel caso della legge n. 40/2004 – è suscettibile di essere colmato, seppure in funzione vicaria rispetto al legislatore, consentendo di evitare un diniego fondamentalmente ingiusto (prima che illegittimo) con l'ulteriore *vulnus* del conseguente diniego di tutela giurisdizionale⁴³.

D'altro canto, il diritto alla vita, al di là della sua connotazione individuale, si proietta necessariamente in un'orbita pubblicistica dal che discende la pretesa giuridicamente tutelata alla sua soddisfazione attraverso le strutture del servizio sanitario nazionale. La proiezione sul piano pubblicistico, attraverso la correlativa responsabilizzazione della organizzazione sanitaria, accresce in modo significativo la tutela

⁴² Corte cost., n. 438/2008; R. PUCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Milano 2010, 112.

⁴³ In proposito, Tribunale di Bologna, ordinanza 14 agosto 2014 in www.biodiritto.org, laddove, dopo avere ricordato che *“la Corte costituzionale ha avuto cura nel ribadire che quella di tipo eterologo è una specie di tecnica appartenente allo stesso genere (la procreazione medicalmente assistita) delle altre, di tipo omologo”*, si sottolinea come la stessa Corte abbia escluso che dal suo intervento sia effettivamente derivato un vuoto normativo: *“Dichiarendo infondata l'eccezione di inammissibilità relativa al paventato «vuoto normativo», la Corte costituzionale è stata chiara nell'escludere «nella specie» (ossia, con riferimento ai casi concreti sottoposti alla sua attenzione, del tutto assimilabili a quello qui in esame) l'esistenza di incolmabili lacune concernenti la regolamentazione essenziale («i profili di più pregnante rilievo») dell'accesso alla PMA con donazione di gameti, sia quanto ai presupposti che quanto agli effetti. Al contrario, essa ha affermato, da un lato, che «nella specie sono [...] identificabili più norme che già disciplinano molti dei profili di più pregnante rilievo, anche perché il legislatore, avendo consapevolezza della legittimità della PMA di tipo eterologo in molti paesi d'Europa, li ha opportunamente regolamentati, dato che i cittadini italiani potevano (e possono) recarsi in questi ultimi per fare ad essa ricorso, come in effetti è accaduto in un non irrilevante numero di casi» e, dall'altro, che «non» vi sono «incertezze in ordine all'identificazione dei casi nei quali è legittimo il ricorso alla tecnica in oggetto»* .

di siffatto diritto, scongiurando la eventualità di un suo sacrificio in caso di conflitto tra medico e paziente.

L'organizzazione amministrativa, pertanto, condiziona in modo diretto ed immediato la soddisfazione del diritto in un rapporto di vincolo reciproco⁴⁴: è perciò la cura a dovere adattarsi ai bisogni del malato, il quale, nella alleanza terapeutica con il medico messo a disposizione dal s.s.n., trova le indicazioni provenienti dalla scienza e se ne serve nella misura che ritenga in relazione alla propria dignità di persona, potendo liberamente decidere se (e quando) interrompere o rifiutare un certo trattamento sanitario⁴⁵.

Tale scelta, tuttavia, non libera l'amministrazione sanitaria dall'obbligo di offrire le prestazioni o dall'adattarle alle circostanze e/o alla volontà del malato, come, del resto, dimostra implicitamente la legge n. 38 del 2010 in materia di cure palliative, laddove la c.d. "cura del dolore" viene fatta rientrare nell'ambito dei livelli essenziali delle prestazioni, accompagnando il paziente al momento di fine vita.

Particolarmente delicato risulta il profilo relativo all'obiezione di coscienza, nel quale le posizioni del sanitario e della struttura amministrativa sembrano divaricarsi. Per quanto riguarda il primo, va rilevato che un eventuale vuoto normativo rende assai problematico far valere la difficoltà a rendere una certa prestazione ancorché contraria alle sue profonde convinzioni etiche. Questo conflitto, infatti, non può tradursi *sic et simpliciter* nella integrale ed inescusabile negazione della prestazione cui il medico è, salvo espresse deroghe, ordinariamente obbligato. Per quanto riguarda la seconda, la sua responsabilità è anzitutto legata alla (in)capacità di creare una struttura organizzativa in grado di rendere la prestazione richiesta in vista della tutela del diritto alla salute inteso nella sua accezione più ampia ed onnicomprensiva.

Si può, pertanto, affermare, in sede di prima approssimazione, che: a) a prescindere dall'obiezione di coscienza del singolo, l'organizzazione amministrativa del servizio sanitario deve sempre consentire l'accesso alla prestazione; b) il sanitario che fa valere l'obiezione di coscienza è certamente chiamato a prestare la propria opera nelle fasi terapeutiche successive all'intervento che non si era sentito di eseguire; c) laddove l'intervento non sia stato assicurato o la sua esecuzione abbia causato un danno al paziente, l'amministrazione ne sarà ritenuta responsabile in sede risarcitoria, ferma restando la possibilità, da parte di quest'ultima, di agire in regresso sul proprio dipendente per le imperizie, le negligenze, gli errori e persino le attività dolose a lui imputabili.

⁴⁴ Corte cost. n. 383/1998.

⁴⁵ A. RUGGERI – A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (Prime notazioni)*, in *Politica del diritto*, 2011, 599 ss.

Si tratta, quindi, anche quando provenienti dallo stesso "titolo"⁴⁶, di responsabilità che seguono linee non corrispondenti. E ciò perché le relazioni giuridiche di cui sono titolari, rispettivamente, il medico e le strutture sanitarie nei confronti del paziente, sono improntate a regole e principi uguali solo per certi versi, discendendo in concreto da presupposti non coincidenti. L'obiezione di coscienza, in particolare, sembrerebbe pensata e consentita solo a favore del sanitario, essendo richiesto alla struttura amministrativa sanitaria la erogazione delle prestazioni in condizioni di uniformità su tutto il territorio nazionale, senza operare discriminazioni o disparità di trattamento.

Il profilo "etico" nell'attività amministrativa intesa alla protezione del diritto alla salute non sembra del tutto assente, ma trova sede e valore nel corretto (*rectius*: legittimo) esercizio dei poteri di organizzazione (messa a disposizione del servizio) e nella eventuale erogazione, ove richiesta, della prestazione al paziente.

7. – La responsabilità civile dell'amministrazione e la sua "coscienza"

Dal quadro appena tracciato emergono elementi assai interessanti in tema di responsabilità della p.a. nella materia sanitaria, segnando un punto di equilibrio tra scienza, diritto e coscienza.

Tali elementi sono stati, peraltro, coerentemente applicati in una recentissima decisione del giudice amministrativo, laddove, premessa la specialità della responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni in ragione del previo accertamento della illegittimità dei provvedimenti frutto della acclarata violazione di regole procedurali e sostanziali, viene confermato il principio secondo cui nessuna obiezione di coscienza, diretta o "per interposta persona" (cioè a favore dei propri dipendenti), possa opporre l'amministrazione sanitaria al fine di giustificare, non l'inerzia (che è comunque normalmente sanzionata), bensì il diniego rispetto ad una prestazione legittimamente richiesta e come tale dovuta⁴⁷. L'elemento soggettivo della responsabilità della p.a. risulta così individuato in un comportamento che viene considerato addirittura doloso nella misura in cui si sostanzia in un espresso diniego posto attraverso un provvedimento illegittimo.

Non serve a scriminare l'illiceità della condotta lesiva alcun motivo di "coscienza", giacché *"solo gli individui hanno una coscienza, mentre la coscienza delle istituzioni è costituita dalle leggi che le regolano"*⁴⁸. Ne deriva,

⁴⁶ R. DE MATTEIS, *Le responsabilità civili in ambito sanitario. Dal modello unitario di disciplina al sistema a doppio binario*, in *Le responsabilità...*, cit., 142 ss.: "Attraverso l'espedito tecnico del contatto sociale, come fonte di un contratto di protezione tra medico e paziente, si compie una perfetta omologazione in punto di disciplina della responsabilità del medico a quella della struttura e viene salvaguardata, in nome dalla radice comune delle due responsabilità, l'unitarietà del regime di regole applicabile ad entrambi".

⁴⁷ Tar Lombardia, Milano, III, 6 aprile 2016 n. 650.

⁴⁸ Così, testualmente, Tar Lombardia, Milano, III, 6 aprile 2016 n. 650.

in sede risarcitoria, la liquidazione del danno patrimoniale, consistente nella rifusione delle spese di cura, e di quello non patrimoniale per la lesione di diritti fondamentali⁴⁹.

8. – Conclusioni

Tirando le fila del discorso, consapevolmente circoscritto all'esame di alcuni specifici profili attinenti l'ambito amministrativo senza pretesa di esaustività, può ritenersi sostanzialmente confermato l'assunto iniziale secondo cui, relativamente all'ambito dei trattamenti sanitari, ci si muova su un terreno nel quale istanze etiche e di coscienza si inseriscono in un contesto ove la posizione dell'amministrazione è del tutto peculiare.

Tutto ciò, peraltro, che si tratti della procreazione medicalmente assistita, della interruzione della gravidanza o, come si è visto, della ipotesi di "fine vita", incide in modo sensibile sulle modalità di esercizio dei relativi poteri, il cui carattere discrezionale viene fortemente intaccato dalla necessità di rispettare e promuovere la volontà del paziente.

Da questo punto di vista, occorre preliminarmente distinguere la posizione dei sanitari da quella delle strutture assistenziali, laddove questi e non quelle fruiscono della legittimazione (a prescindere se ciò discenda da una apposita autorizzazione legislativa o derivi *de plano* dall'art. 21 Cost.) a far valere l'obiezione di coscienza.

Gli aspetti inerenti le più profonde ed intime convinzioni soggettive, dunque, non possono essere fatti valere dalle amministrazioni sanitarie (né possono essere previamente opposte da queste ultime in vece dei sanitari che ne fanno parte), le quali trovano nella legge il parametro "etico" di riferimento. Ad esse compete esclusivamente esercitare le proprie competenze istituzionali e predisporre un'organizzazione in grado di rispondere alle richieste dei pazienti, cui va assicurato un dialogo terapeutico che consenta loro di determinarsi opportunamente.

Ma questo non inganni: il cerchio, a ben guardare, si chiude in modo coerente, perché, al di là della possibile *defaillance* di sanitari che rifiutino di eseguire un certo intervento in funzione delle loro più intime convinzioni, del vuoto normativo o delle sue incertezze, è inderogabile compito dell'amministrazione sanitaria far sì che, in tutti i casi, trovi realizzazione il fondamentale diritto alla salute nelle sue plurali declinazioni su un piano concreto ed effettivo, dovendo essa mettersi al servizio della persona in modo coerente e privo di pregiudizi.

All'amministrazione è pertanto affidato un compito di garanzia che si esplica informando l'attività ai principi fissati dalla giurisprudenza esaminata (anzitutto quelli provenienti dalle pronunce della Corte costituzionale), immettendoli nel sistema attraverso un prudente apprezzamento che, in un certo qual

⁴⁹ F.D. BUSNELLI, *Il danno biologico*, Torino 2001.

modo, recupera il valore della discrezionalità come ponderazione di interessi in funzione dell'interesse pubblico primario⁵⁰, ponendo particolare attenzione ai principi dell'ordinamento interno e comunitario che tale ponderazione devono guidare e talora spingere anche al di là dello stretto dato proveniente dal diritto positivo.

Quest'ultimo – come sembra palese dall'esame giurisprudenziale condotto – non costituisce (o forse non costituisce più in un contesto dove prevale la preminente tutela dei diritti fondamentali rispetto al “mero” rispetto della legalità) un limite formale invalicabile, ma un dato da rapportare ai valori “viventi” che lo arricchiscono, lo integrano e gli consentono di colmare le lacune, le aporie, le contraddizioni e persino le discrasie del sistema nel suo complesso, anche a costo di richiedere (e persino imporre) prestazioni non esplicitamente contemplate (quando non addirittura vietate) in nome del diritto alla salute, come correlato di quello a godere di una buona vita⁵¹.

Il delicatissimo ruolo cui le amministrazioni sanitarie sono chiamate ha, in fondo, un “sapore etico” ancorché non necessariamente metagiuridico, perché postula una ponderazione discrezionale *soft* che resta nell'alveo della giuridicità, seppure richieda uno sforzo ed un adattamento maggiori in ragione della delicatezza della materia e delle vicende che in concreto si presentano, alle quali occorre dare adeguato riscontro in quanto assistite e sorrette da una rilevanza giuridica oggi sostanzialmente indiscussa.

Le regole fissate dalla giurisprudenza in questo quadro svolgono un ruolo fondamentale: esse, invero, costituiscono il risultato di un impegno meritorio, ancorché talora problematico nella sua esplicazione all'interno dei sistemi democratici contemporanei⁵², che oggi consente di tutelare una nutrita serie di

⁵⁰ La dottrina in materia di (procedimento amministrativo e) discrezionalità è, ovviamente, sterminata. Tra i contributi più significativi, si stima sufficiente rinviare a: M.S. GIANNINI, *La discrezionalità amministrativa*, Milano 1939; C. MORTATI, *Discrezionalità*, in *Nss. Dig. It.*, V, Torino 1960, 1099 ss.; F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 ss.; D. SORACE, *Promemoria per una nuova voce «atto amministrativo»*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, Milano 1988, 745 ss.; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *E.d.D.*, XIII, Milano 1963, 65 ss.; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 371 ss.; A. ANGIULI, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, Bari 1988; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova 1986; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, Milano 1993; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova 1995; E. CASETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. ec.*, 1998, 503 ss.; F.G. SCOCA, *La discrezionalità amministrativa nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1045 ss.; G. AZZARITI, *Premesse per uno studio sul potere discrezionale*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, cit., 91 ss.

⁵¹ G. PALOMBELLA, *op. cit.*, 127: “La «rivoluzione» dell'ultimo ventennio ... alla fine ha rovesciato la priorità concettuale del danno, ponendo in primo piano il danno alla persona, come pregiudizio autonomo con carattere areddituale, indipendente dalla capacità lavorativa o produttiva di reddito: dalla alla salute, in quanto diritto e interesse tutelato dall'art. 32 della costituzione italiana, visto in un contesto di principi che muovono dalla dignità dell'essere umano .. e, specie nella valutazione del danno, richiamano il rispetto dell'eguaglianza”.

⁵² Ci si riferisce, in particolare, al c.d. “paradosso della democrazia costituzionale”, su cui F.I. MICHELMAN, *La democrazia e il potere giudiziario. Il dilemma costituzionale e il giudice Brennan*, Bari 2004. Quanto al ruolo della Magistratura all'interno del nostro ordinamento, si rinvia, per brevità, alla note di G. ALPA, *Giudici e legislatori*, in *Contratto e impresa*, 2017, 1 ss. ed ai numerosi riferimenti bibliografici *ivi* riportati.

pretese giuridiche (diritti e/o interessi fondamentali) in una materia nella quale il loro sacrificio rischia di tradursi in un'ingiustizia grave e manifesta al paziente come ai suoi familiari⁵³. Tali regole discendono dalla accorta applicazione di principi generali – senza con questo “alleggerire” la posizione del legislatore, il quale non può esimersi dall'intervenire quando necessario – che consentono sovente di superare le lacune normative presenti nell'ordinamento (si è visto come la Corte costituzionale, nella sentenza n. 162/2014, risolve l'evenienza di un possibile “vuoto normativo” conseguente alla dichiarazione di illegittimità dell'art. 4 c. 3 l.n. 40/2004), come anche le imperfezioni delle leggi vigenti⁵⁴. Da quanto detto emerge la “fotografia” di un sistema *in fieri*, relativamente al quale i ripetuti interventi “correttivi” ed “integrativi” della giurisprudenza tendono progressivamente ad aggiustare il “tiro”, tracciando alcune direttrici fondamentali che le amministrazioni sono obbligate a seguire per non incorrere nell'annullamento dei propri atti e nelle conseguenti responsabilità.

L'utente, in questo quadro, si situa in una posizione centrale eppure non assume affatto una posizione dominante (quasi a far da contraltare al potere amministrativo): egli è piuttosto inserito in un contesto nel quale prevale il dialogo ed il confronto, lasciando intendere, in ultima analisi, un'idea di democraticità frutto del combinato disposto degli artt. 1, 2, 3, 32 e 97 della Costituzione, che è rispetto dei singoli e della loro sfera più intima, rendendoli consapevoli partecipi e, per quanto possibile, artefici del proprio destino personale, sia esso il primo o l'ultimo istante di vita⁵⁵.

⁵³ G. PALOMBELLA, *op. cit.*, 129: “La scelta di che cosa possa valere come interesse meritevole, o la determinazione dei criteri della sua risarcibilità offrono contenuto al funzionamento della logica correttiva della giustizia. Evidentemente, scelte etiche riduttive limitano i casi in cui essa può operare”.

⁵⁴ G. ALPA, *op. cit.*, 3.

⁵⁵ Si rinvia, in proposito, all'interessante e documentato lavoro (in due volumi, su inizio e fine vita) di S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, Milano 2012, ove emerge il *fil rouge* che lega i principi fondamentali in tema di bioetica, buona parte dei quali, probabilmente, ancora da declinare ed opportunamente raccordare ai valori della Costituzione alla luce della interpretazione fornita – *in primis*, ma non solo, vista la concorrenza delle Corti di matrice comunitaria anche con riferimento alla legge n. 40/2004 – dalla giurisprudenza costituzionale... in attesa degli “incombenti” interventi del legislatore.