

**La responsabilità civile della pubblica amministrazione per lesione di diritti fondamentali della persona e il risarcimento del danno non patrimoniale (Tar Milano, Lombardia, Sez. III, 6 aprile 2016, n. 650 e Consiglio di Stato, Sez. III, 21 giugno 2017, n. 3058)\***

*di Lavinia Del Corona – Dottoranda di Ricerca in Diritto Costituzionale presso l'Università degli Studi di Milano*

ABSTRACT: The paper analyses the decisions rendered by the Italian Administrative Courts related to the Englaro Case, among the very few cases of condemnation of a Public Administration by Administrative Courts to refund non-pecuniary damages suffered as a consequence of the breach of the Fundamental Right to Health. The Administrative Courts ordered the Lombardy Region to compensate the non-pecuniary damages suffered as a consequence of its breach of the Right to Health, interpreted as the right to refuse medical treatments. The paper illustrates how much the Administrative Courts' power in protecting Fundamental Rights has increased in the last decade, highlighting the most important steps that has led to such change and focusing on the issues that are still unsolved. Among those issues are the relation between the above described power of Administrative Courts to protect Fundamental Rights and the so-called "incompressible rights' theory" (teoria dei diritti indegradabili), the nature of Public Administration's civil liability, the subjective element of the breach and the criteria for the measurement of non-pecuniary damages suffered as a consequence of breach of Fundamental Rights.

SOMMARIO: 1. Introduzione. Il diritto al rifiuto delle cure e il "Caso Englaro" – 2. Il giudice amministrativo e i "diritti indegradabili" – 3. La natura speciale della responsabilità amministrativa – 4. La risarcibilità del danno non patrimoniale.

**1. Introduzione. Il diritto al rifiuto delle cure e il "Caso Englaro"**

In forza di molteplici interventi legislativi e, soprattutto, di importanti evoluzioni giurisprudenziali, il ruolo del giudice amministrativo nella tutela dei diritti fondamentali della

---

\* Scritto sottoposto a referaggio secondo le Linee guida della Rivista.

persona è fortemente mutato negli anni.

Le sentenze<sup>1</sup> con cui i giudici amministrativi hanno definitivamente concluso il noto Caso Englaro e condannato la Regione Lombardia al risarcimento del danno non patrimoniale rappresentano una chiara manifestazione di tale mutamento. Le pronunce consentono quindi di fare il punto sulle soluzioni raggiunte in dottrina e in giurisprudenza in relazione a diverse questioni, da lungo tempo dibattute, relative alla tutela da garantirsi in caso di provvedimenti o comportamenti della pubblica amministrazione lesivi di diritti fondamentali della persona.

A venire in rilievo è stato il diritto alla salute nella sua particolare accezione di diritto al rifiuto di trattamenti sanitari non voluti, che si fonda nell'ordinamento italiano su di una interpretazione sistematica dell'art. 32 Cost. con il principio di inviolabilità della libertà personale.

L'art. 13 della Costituzione, che nel suo significato più elementare tutela il singolo avverso ingerenze esterne non volute nella propria sfera personale, ha comportato infatti, in congiunzione con l'art. 32 Cost., il prevalere di una visione personalistica del diritto alla salute, come diritto dell'individuo prima che interesse della collettività<sup>2</sup>, e il riconoscimento della libertà di cura nella sua doppia accezione, positiva e negativa<sup>3</sup>. Di qui il principio del "consenso informato" che consacra una concezione della libertà di cura come facoltà non solo di scegliere tra diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di rifiutare le proposte terapeutiche o di interrompere, in qualsiasi momento, le cure cui si era previamente dato consenso, anche se necessarie al mantenimento in vita della persona.

Nel caso in questione il diritto di rifiutare trattamenti sanitari faceva capo a una persona in stato vegetativo permanente e la sentenza del giudice amministrativo si è inserita al termine di una lunga e nota battaglia svoltasi in sede civile, che aveva portato al riconoscimento, in presenza di determinate condizioni, del diritto di soggetti incapaci al rifiuto di trattamenti sanitari<sup>4</sup>. La Corte di

<sup>1</sup> Tar Milano, Lombardia, Sez. III, 6 aprile 2016, n. 650, in *Giur. Cost.*, 2016, 1180; Cons. Stato, Sez. III, 21 giugno 2017, n. 3058, in *Giur. cost.*, 2017, III, 1117.

<sup>2</sup> V. MOLASCHI, *Riflessioni sul caso Englaro. Diritto di rifiutare idratazione ed alimentazione artificiali e doveri dell'amministrazione sanitaria*, in *Foro amm. Tar*, fasc. 4, 2009, 981 ss.

<sup>3</sup> Sul diritto di autodeterminazione come parte integrante del diritto alla salute M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. soc.*, 1980, 770 ss.; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1983, I, 21 ss.; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. soc.*, 1984, 21 ss.; C.M. D'ARRIGO, *Salute (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, agg. V, Giuffrè, Milano, 2001, 1009 ss.; A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 655; R. BALDUZZI, *Salute (diritto alla)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Giuffrè, Milano, 2006, VI, 5394; P. ZATTI, *Rapporto medico-paziente ed «integrità» della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2, 2008, 403 ss.; S. RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus. La persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2010, 169 ss.; P. ZATTI, *Maschere del diritto, volti della vita*, Milano, 2011, 229 ss.; A. PIOGGIA, *Consenso informato ai trattamenti sanitari e amministrazione della salute*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, I, 2011, 156 ss.; ID., *Diritti umani e organizzazione sanitaria*, in *Riv. dir. sic. soc.*, I, 2011, 40 s.; V. ANGIOLINI, *Diritti umani. Sette lezioni*, Torino, 2012, 68 ss.

<sup>4</sup> Per una ricostruzione della vicenda, tra i tanti, A. SANTOSUOSSO, *Il confine fra difficile e indecidibile (dopo dodici anni di coma irreversibile)*, in *Quest. giust.*, 2005, 872 ss.; T. GROPPI, *Il caso Englaro: un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

Cassazione, nella sentenza n. 21748 del 2007<sup>5</sup>, aveva infatti riconosciuto la possibilità per il giudice, su richiesta del tutore, e nel contraddittorio con il curatore, di autorizzare la disattivazione di presidi sanitari, ivi inclusa l'alimentazione forzata, che tengono in vita malati in stato vegetativo permanente «(a) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre che la persona abbia la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno; e (b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, concordanti e convincenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona».

Il nocciolo del problema era quello di stabilire se l'obbligo di protezione della vita gravante sui pubblici poteri dovesse trovare un limite, oltre che dinanzi al rifiuto espresso da un soggetto capace, anche in relazione a una persona in stato vegetativo permanente, e dunque incapace di esprimere il proprio consenso o dissenso al trattamento, che avesse però manifestato in passato, prima di cadere in stato di assoluta incoscienza, «l'inaccettabilità per sé dell'idea di un corpo destinato, grazie a terapie mediche, a sopravvivere alla mente»<sup>6</sup>. La decisione era resa particolarmente difficile dall'assenza di una specifica disciplina legislativa a riguardo: l'ordinamento italiano era infatti carente di disposizioni appositamente dedicate ai casi in cui il soggetto non potesse esprimere il proprio rifiuto poiché in stato di assoluta incapacità. Il giudice civile, non potendo ritenersi per ciò solo assolto dal dovere di decidere, dovette quindi pronunciarsi interpretando le disposizioni esistenti.

Il quadro normativo, in particolare il principio di autodeterminazione nelle scelte terapeutiche che discende dagli artt. 13 e 32 della Costituzione, i doveri di cura della persona gravanti sul tutore ai sensi dell'art. 424 c.c. e dell'art. 6 della Convenzione di Oviedo, nonché il principio costituzionale di non discriminazione, portò la Corte di Cassazione a ritenere che il negare in assoluto ai soggetti incapaci la possibilità di rifiutare le cure avrebbe comportato una inaccettabile discriminazione nei loro confronti, i quali, proprio in ragione della situazione di particolare debolezza che li caratterizza, si sarebbero visti negata la possibilità di godere del diritto alla salute,

---

<sup>5</sup> Cass., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Foro it.*, 2007, I, 3025, con nota di G. CASABURI, *Interruzione dei trattamenti medici: nuovi interventi della giurisprudenza di legittimità e di merito*; e in *Giust. civ.*, 2008, 1727, con nota di D. SIMEOLI, *Il rifiuto di cure: la volontà presunta o ipotetica del soggetto incapace*. Su tale decisione tra i molti si veda M. AZZALINI, *Tutela dell'identità del paziente incapace e rifiuto di cure: appunti sul caso Englaro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, 331; F.D. BUSNELLI, *Il caso Englaro in Cassazione*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 966; P. BORSELLINO, *Il caso Englaro sedici anni dopo: verso il riconoscimento di un diritto*, in *Bioetica*, 2008, 72 ss.; C. CASONATO, *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, in *Quad. cost.*, 2008, 545 ss.; R. CAPONI, A. PROTO PISANI, *Il caso Englaro: brevi riflessioni dalla prospettiva del processo civile*, in *Foro it.*, 2009, V, 241; F.D. PIZZETTI, *Diritto a morire? Considerazioni sui principali profili del quadro costituzionale tracciato dalla Corte di Cassazione nella decisione sul "caso Englaro"*, in S. BOCCAGNA (a cura di), *Diritto di morire, decisioni senza legge, leggi sulla decisione: profili giuridici del caso Englaro*, Roma, 2014, 19 ss.

<sup>6</sup> Cass., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, cit.

nella sua accezione di diritto di autodeterminazione nelle scelte terapeutiche. Per tali ragioni è stata affermata la necessità di dare massimo rilievo alla ricostruzione della volontà espressa prima di cadere in stato di incoscienza, in linea con quanto previsto dall'art. 9 della Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, secondo cui «saranno prese in considerazione le volontà precedentemente espresse nei confronti dell'intervento medico se il paziente non è in grado di esprimere la sua volontà».

La Corte d'Appello di Milano, cui fu rinviata la decisione, riscontrando la sussistenza nel caso di specie delle condizioni per il riconoscimento del diritto, autorizzò, con decreto pronunciato il 25 giugno 2008 e depositato il 9 luglio 2008, l'interruzione della alimentazione e nutrizione artificiali.

La decisione della Corte di Cassazione fu accolta con grande favore da una parte della dottrina<sup>7</sup>, ma diede anche luogo a forti manifestazioni di dissenso<sup>8</sup>.

In primo luogo alla Corte è stata mossa l'accusa di aver travalicato i limiti della mera interpretazione del diritto e svolto una vera e propria funzione di creazione normativa, così usurpando funzioni che dovevano invece essere riservate al potere legislativo. Alla base della critica vi era l'idea per cui le norme costituzionali, in cui trovano fondamento il diritto di autodeterminazione nelle scelte terapeutiche e il divieto di accanimento terapeutico, in assenza di una disciplina legislativa che riconoscesse e regolasse le modalità di esercizio del diritto con specifico riferimento al paziente in irreversibile stato di incoscienza, non avrebbero potuto fornire al giudice una regola di giudizio direttamente applicabile al caso di specie. Ossia, il diritto avrebbe dovuto necessariamente godere di una base legislativa per poter essere esercitato, in quanto attinente a una materia in cui solo un intervento del legislatore avrebbe potuto impedire la compromissione di valori e di beni costituzionalmente protetti, tra cui quello alla vita stessa delle persone.

L'obiezione si fondava quindi su di un risalente principio, per cui determinati diritti costituzionalmente protetti non potrebbero essere azionati in assenza di una disciplina legislativa di attuazione, che ha trovato negli anni avvallo anche in parte della giurisprudenza. Si pensi, ad esempio, alla sentenza<sup>9</sup> con cui nel 2006 il Tribunale di Roma aveva dichiarato inammissibile il ricorso di un soggetto affetto da distrofia muscolare che chiedeva che fosse ordinato alla struttura ospedaliera presso cui era ricoverato di procedere al distacco del ventilatore artificiale che lo teneva

<sup>7</sup> Ad esempio S. RODOTÀ, *Chi decide sul morire*, in *La Repubblica*, 25 ottobre 2007, ha definito la sentenza «esemplare, per la capacità di leggere il diritto per quello che è, e non per quello che si vorrebbe che fosse o non fosse».

<sup>8</sup> A. BALDASSARRE, *La sentenza di Milano introduce l'eutanasia e viola la Costituzione*, in *Avvenire*, 24 luglio 2008; M. OLIVETTI, *La Costituzione sequestrata dai tribunali invadenti*, in *Avvenire*, 17 luglio 2008; ID., *Ma anche la Cassazione si può criticare*, in *Avvenire*, 22 luglio 2008; A. GAMBINO, *Sforzo davvero straordinario di usare il diritto alla rovescia*, in *Avvenire*, 22 luglio 2008.

<sup>9</sup> Trib. Roma, Sez. I, 16 dicembre 2016, in *Foro it.*, 2007, I, 571, con nota di D. MALTESE, *Diritto al rifiuto delle cure, accanimento terapeutico e provvedimenti del giudice*. Sulla sentenza si veda anche R. CAMPIONE, *“Caso Welby”: il rifiuto di cure tra ambiguità legislative ed elaborazione degli interpreti*, in *Fam. dir.*, 2007, 296; N. VICECONTE, *Il diritto di rifiutare le cure: un diritto costituzionale non tutelato? Riflessioni a margine di una discussa decisione del giudice civile sul «caso Welby»*, in *Giur. cost.*, 2007, 2359 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 220.

in vita. In quell'occasione il Tribunale di Roma aveva osservato come il diritto di autodeterminazione individuale e consapevole in ordine ai trattamenti sanitari, presupposto dialettico del rapporto medico-paziente, mancasse di concretezza ed effettività rispetto al profilo della libera e autonoma determinazione individuale sul rifiuto e interruzione delle terapie salvavita, in quanto non era rinvenibile nell'ordinamento giuridico alcuna disciplina specifica sulla condotta del medico ai fini dell'attuazione pratica del principio dell'autodeterminazione per la fase finale della vita umana; concludendo che, in base al principio per cui *«un diritto può dirsi effettivo e tutelato solo se l'ordinamento positivamente per esso prevede la possibilità di realizzabilità coattiva della pretesa, in caso di mancato spontaneo adempimento alla richiesta del titolare che intenda esercitarlo»*, il diritto del ricorrente di richiedere l'interruzione della respirazione assistita e il distacco del respiratore artificiale, pur ritenuto sussistente, alla stregua dei principi generali dell'ordinamento giuridico e, in particolare, del combinato disposto degli artt. 2, 13 e 32 Cost., non potesse tuttavia ritenersi concretamente tutelato dall'ordinamento.

Nonostante la recente entrata in vigore della legge sul biotestamento<sup>10</sup>, la questione potrebbe ancora oggi mantenere importanti margini di rilevanza. Si potrebbe porre infatti il problema di stabilire se il *dictum* della Corte di Cassazione possa continuare a valere rispetto a quei casi in cui il soggetto caduto in stato irreversibile di incoscienza non abbia previamente provveduto a redigere disposizioni anticipate di trattamento, ma tuttavia risulti accertabile univocamente, sulla base di elementi tratti dal vissuto della persona, dalla sua personalità e dai suoi convincimenti etici, religiosi, culturali e filosofici, la volontà di interrompere il trattamento.

Altra e diversa critica alla sentenza della Corte di Cassazione era quella di chi negava invece in radice che i principi generali dell'ordinamento giuridico potessero essere compatibili con la regola di giudizio desunta dalla Corte di Cassazione, sostenendo in particolare che, all'opposto, nell'ordinamento giuridico sarebbero stati rinvenibili principi incompatibili con la disattivazione del presidio medico, che avrebbero dovuto vincolare la Corte a dare massima importanza all'interesse che il soggetto incapace fosse mantenuto in vita e a escludere, quindi, qualsiasi rilevanza delle manifestazioni di volontà di segno contrario dallo stesso in precedenza manifestate. Il riferimento era in particolare alle norme del codice penale in materia di *«omicidio del consenziente»* e di *«aiuto al suicidio»*, considerate espressive di un principio di indisponibilità del bene vita, strettamente correlato all'obbligo costituzionale di adempiere ai doveri inderogabili di solidarietà sociale, di cui agli artt. 2 e 4 della Costituzione<sup>11</sup>.

A tali critiche si è obiettato ricordando in primo luogo come in base al divieto di *non liquet* di cui

<sup>10</sup> Legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento).

<sup>11</sup> P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Napoli, 1983, 145 ss.; G. IADECOLA, A. FIORI, *Stato di necessità medica, consenso del paziente e dei familiari, cosiddetto «diritto di morire», criteri per l'accertamento del nesso di casualità*, in *Riv. it. med. leg.*, 1996, 310 ss.; E. PALERMO FABRIS, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale*, Padova, 2000, 11 ss.; M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, 31 ss.; L. VIOLINI, *Bioetica e laicità*, in *Problemi pratici della laicità agli inizi del XXI secolo*, Annuario 2007 dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Napoli, 2008, 241 ss.

all'art. 12 delle Preleggi, che, in caso di lacuna normativa, impone al giudice di fare ricorso all'analogia o, ove anche tale strada non risulti percorribile, ai principi generali dell'ordinamento giuridico, la Corte di Cassazione non avrebbe potuto sottrarsi dal decidere per il sol fatto della mancanza di una specifica disciplina legislativa appositamente dedicata alla fattispecie oggetto del giudizio.

Inoltre, secondo i sostenitori della sentenza, la Corte di Cassazione avrebbe correttamente desunto dall'ordinamento giuridico l'unica regola di giudizio che poteva essere applicata al caso sottoposto, in base al principio per cui, in assenza di disposizioni di legge che appositamente imponessero limiti, non avrebbero potuto che trovare spazio esclusivamente l'inviolabile libertà del singolo di autodeterminarsi, di cui all'art. 13, comma 1, Cost., suscettibile di essere limitata nei soli casi previsti dalla legge, e il diritto alla salute inteso come diritto del singolo, di cui all'art. 32 della Cost., che include un diritto al rifiuto dei trattamenti non voluti, anch'esso suscettibile di limitazioni nelle sole ipotesi legislativamente previste per la tutela della collettività<sup>12</sup>.

Che la Corte di Cassazione non avesse usurpato funzioni proprie del potere legislativo è stato peraltro confermato dalla Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sul punto. Entrambe le Camere, nel 2008, sollevarono infatti un conflitto di attribuzioni contro la Corte di Cassazione e la Corte d'Appello, in cui, in modo alquanto contraddittorio, si lamentava che la Corte di Cassazione avesse colmato un vuoto normativo esercitando dei poteri che avrebbero dovuto essere riservati al solo Parlamento e, al contempo, che non fosse stata adeguatamente considerata l'esistenza nell'ordinamento giuridico di principi che avrebbero dovuto vincolare l'autorità giudiziaria a vietare la disattivazione delle cure.

Ciò che veniva lamentato era quindi sostanzialmente, non il fatto che l'autorità giudiziaria avesse individuato una regola di giudizio, ma il tipo di regola che era stata enucleata, così che la Corte Costituzionale non poté che dichiarare<sup>13</sup> i ricorsi inammissibili, in quanto aventi ad oggetto pretesi *errores in iudicando* e non una menomazione delle attribuzioni legislative.

È a questo punto della vicenda che fu adottato l'atto amministrativo oggetto delle sentenze in commento: il Direttore Generale Sanità della Direzione Generale Sanità della Giunta Regionale della Lombardia, a fronte della richiesta dei legali della famiglia Englaro di ricevere indicazione circa la struttura sanitaria nel territorio regionale presso cui operare il distacco del sondino nasogastrico, vietò, con atto del 3 settembre 2008, al personale del Servizio Pubblico Sanitario Regionale di procedere all'interno di una delle sue strutture alla sospensione del sostegno vitale di malati in stato vegetativo permanente, rendendo in tal modo sostanzialmente non realizzabile nel territorio della Regione l'interruzione dei trattamenti autorizzata dalla Corte d'Appello di Milano. Ne sono conseguiti giudizi per l'annullamento dell'atto, prima, e successivamente per il

<sup>12</sup> In tal senso S. ROSSI, *Il Parlamento, la Cassazione e il diritto di Eluana*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); G. GEMMA, *Parlamento contro giudici: un temerario conflitto di attribuzioni sul «caso Eluana»*, in *Giur. cost.*, fasc. 5, 2008, 3723 ss.

<sup>13</sup> Corte Cost., 8 ottobre 2008, in *Cass. pen.*, 2009, III, 876. Per un approfondimento sull'ordinanza R. BIN, *Se non sale in cielo, non sarà forse un taglio*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); R. ROMBOLI, *Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda Englaro: un caso di evidente inammissibilità*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

risarcimento dei danni, in cui anche il giudice amministrativo è stato chiamato ad affrontare le problematiche relative alla garanzia del diritto al rifiuto delle cure nell'ambito del Servizio Sanitario Nazionale.

In primo luogo, con la sentenza 26 gennaio 2009, n. 214, il Tar di Milano ha annullato il provvedimento, considerato frutto di una scelta che *«si pone in contrasto con l'ordinamento giuridico»*, fornendo una interessante specificazione del significato e delle implicazioni che il principio di legalità ha rispetto all'azione amministrativa.

Nella sentenza si è infatti precisato come la regola di diritto che vincola la pubblica amministrazione non sia da considerarsi inesistente per il sol fatto che le fonti scritte non disciplinino il caso specifico, potendo questa in tali casi essere ermeneuticamente desunta dalla giurisprudenza, cui spetta l'interpretazione ultima della legge. Si legge nella sentenza che *«la regola di diritto, ermeneuticamente desunta dall'ordinamento giuridico e applicata nel caso concreto dalla giurisprudenza, non ha minore effetto conformativo dell'ordinamento generale di quella promanante dalle fonti scritte»*. Il principio di legalità così configurato avrebbe reso quindi l'amministrazione sanitaria, pur in assenza di una disposizione legislativa che espressamente riconoscesse il diritto al rifiuto delle cure anche in capo al soggetto incapace, non libera di provvedere discrezionalmente, ma sostanzialmente vincolata all'accoglimento della richiesta di interruzione delle cure, in quanto avanzata nell'esercizio di un diritto che la Corte di Cassazione aveva espressamente riconosciuto. Secondo il Tar a venire in rilievo non era la *«discussa tematica inerente il carattere decisivo o meno dell'accertamento prodromico ad una autorizzazione del giudice camerale»* ma il sindacato *«della legalità dell'azione provvedimento amministrativa che ritenga di poter preventivamente negare ad un assistito l'esercizio di una libertà conferita dall'ordinamento civile»*. Il fatto che l'autorità giudiziaria avesse riconosciuto l'esistenza nell'ordinamento giuridico di un diritto avrebbe dovuto vincolare il potere amministrativo, pena una vanificazione sul piano sostanziale di un diritto conferito al singolo dall'ordinamento giuridico. Secondo il Tar Lombardia, quindi, i diritti enucleati dalla giurisprudenza vincolerebbero l'azione amministrativa così come i diritti espressamente riconosciuti a livello legislativo, quantomeno fin tanto che non si registri un intervento di segno opposto del Parlamento

D'altronde, il dare prevalenza, in caso di vuoto legislativo, alla interpretazione della normativa esistente elaborata dalle Corti piuttosto che a quanto sostenuto dall'autorità amministrativa pare perfettamente in linea con il fatto che la funzione principale del potere giudiziario sia proprio la tutela dei diritti, nonché con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, di cui agli artt. 24 e 113 della Costituzione, che sarebbe piuttosto svilito dal riconoscimento della possibilità che in un medesimo ordinamento il singolo possa essere con sentenza riconosciuto titolare di un diritto e al tempo stesso possa vedersi precluso dalla pubblica amministrazione l'esercizio del medesimo.

Non hanno trovato quindi accoglimento i tentativi della pubblica amministrazione di dare giustificazione al provvedimento facendo riferimento alla asserita funzione pubblica del Servizio

Sanitario Nazionale di “curare in positivo”, cioè di tenere in vita, per quanto possibile, il paziente<sup>14</sup>. È stato in particolare osservato come dal fine pubblico di tutela della salute che la legge effettivamente attribuisce al Servizio sanitario consegua un dovere di cura di tipo ben diverso da quello configurato dalla Regione: il paziente ha nell’ordinamento italiano il diritto di ottenere cure ma ha anche il diritto di rifiutarle, e quest’ultimo diritto costituisce un «*diritto di libertà assoluto*»<sup>15</sup>, avente diretto fondamento nella Costituzione, in base al quale le strutture sanitarie e il personale medico hanno dunque dovere giuridico di rispettare la scelta del paziente e di assisterlo anche nelle fasi terminali di vita. Era peraltro evidente, proprio per il tenore degli atti regionali, che la pubblica amministrazione non fosse intervenuta a tutela di un “interesse della collettività”, l’unico che ai sensi dell’art. 32 Cost. potrebbe giustificare deroghe, comunque solo legislative, dell’altrimenti intangibile diritto al rifiuto delle cure, bensì per rendere sostanzialmente non attuabile in concreto il “diritto individuale” riconosciuto in sede giudiziale.

Come osservato dal giudice amministrativo, neppure ragioni di coscienza potevano venire in rilievo a riguardo. Sicuramente non è infatti immaginabile un diritto di obiezione di coscienza delle strutture sanitarie, si avrebbe altrimenti una sostanziale vanificazione del principio di legalità con possibilità per la pubblica amministrazione di rendere impossibile l’esercizio di qualsiasi diritto a necessaria intermediazione amministrativa riconosciuto dalla legge.

In materia di interruzione volontaria della gravidanza, ad esempio, la legge n. 194/1978, pur riconoscendo il diritto di obiezione di coscienza del personale medico, ha escluso la possibilità di una “obiezione di struttura”, disponendo che le regioni e gli ospedali debbano assicurare in ogni caso l’accesso alle pratiche interruttrive di gravidanza. Sul tema si è avuto anche un recente intervento del Consiglio d’Europa<sup>16</sup> che, accogliendo il ricorso presentato dalla Cgil, ha ravvisato in Italia una sostanziale violazione del diritto alla salute poiché, nonostante quanto previsto dalla legge n. 194/1978, le donne continuano ad incontrare notevoli difficoltà nell’accesso ai servizi di gravidanza a causa della percentuale estremamente bassa di medici non obiettori operanti nelle strutture sanitarie, ribadendo in tal modo il principio per cui il riconoscimento di un diritto a livello legislativo deve comportare necessariamente l’obbligo giuridico per l’amministrazione di garantirne il godimento. Ragioni di coscienza non potrebbero venire in rilievo in senso contrario visto che, come osservato anche dal Tar di Milano, «*la coscienza delle istituzioni è costituita dalle leggi che la regolano*»<sup>17</sup>.

Nella sentenza del 2009 il Tar di Milano ha inoltre ricordato come, in base al principio per cui deve essere la legge a disciplinare le modalità e i limiti entro cui i convincimenti intimi del singolo

<sup>14</sup> In particolare nel provvedimento impugnato si adduceva che nelle strutture sanitarie della Regione dovesse sempre essere garantita «*l’assistenza di base che si sostanzia nella nutrizione, idratazione e accudimento delle persone*» (quindi anche contro la volontà dell’assistito), pena il venir meno del personale sanitario «*ai propri obblighi professionali*».

<sup>15</sup> Così Tar Milano, Sez. III, 26 gennaio 2009, n. 214, in *Foro it.*, 2010, 2, III, 100 ss.

<sup>16</sup> V. SANTARPIA, *Consiglio d’Europa: in Italia aborto troppo difficile*, 11 aprile 2016, in *www.corriere.it*.

<sup>17</sup> Tar Milano, Sez. III, 6 aprile 2016, cit.



possano legittimare l'esercizio dell'obiezione a doveri giuridici altrimenti vincolanti<sup>18</sup>, in materia di interruzione di trattamenti medici non voluti, in assenza di apposite disposizioni di legge, non sia configurabile neppure un diritto di obiezione di coscienza del singolo medico, il quale non potrà che essere sottoposto in ogni caso al dovere giuridico di interrompere il trattamento cui il paziente abbia opposto rifiuto.

## 2. Il giudice amministrativo e i "diritti indegradabili"

La sentenza del Tar di Milano n. 8650 del 2009, mediante l'annullamento dell'atto illegittimo, ha dunque ristabilito la conformità dell'azione amministrativa al principio di legalità e al dovere di contribuire alla funzione di garanzia dei diritti riconosciuti dall'ordinamento, mentre le successive sentenze, qui in commento, hanno affrontato il diverso problema della risarcibilità dei danni derivanti dalla mancata soddisfazione del diritto.

In particolare, il Tar di Milano, adito dal padre della danneggiata, il 6 aprile 2016 ha accolto quasi per intero le richieste di risarcimento avanzate. La Regione ha quindi proposto appello al Consiglio di Stato che, il 21 giugno 2017, con motivazione parzialmente diversa, ha confermato la sentenza impugnata.

Delle sentenze in commento è interessante il fatto stesso che a decidere sia stato il giudice amministrativo, cui per lungo tempo era stata tendenzialmente negata la possibilità, anche in materie riservate alla sua giurisdizione esclusiva, di conoscere della lesione di diritti fondamentali della persona. Una risalente impostazione concettuale, inaugurata dalle sentenze 9 marzo 1979, n. 1463<sup>19</sup> e 6 ottobre 1979, n. 5172<sup>20</sup>, delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, e successivamente utilizzata in numerose altre occasioni, aveva infatti voluto garantire alla categoria dei c.d. "diritti indegradabili"<sup>21</sup>, diritto alla salute *in primis*, una tutela priva dei limiti propri della giurisdizione amministrativa, riservandone la cognizione al giudice ordinario.

La "teoria della degradazione" aveva portato all'affermazione del principio per cui qualsiasi diritto soggettivo una volta inciso dal potere della pubblica amministrazione, a prescindere dalla

<sup>18</sup> B. RANDAZZO, voce *Obiezione di coscienza (dir. cost.)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. IV, Milano, 2006, 3872 ss.; sull'obiezione di coscienza nell'ambito dell'organizzazione sanitaria A. PIOGGIA, *Questioni di bioetica nell'organizzazione delle strutture sanitarie*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 407 ss.

<sup>19</sup> Cass., SS. UU., 9 marzo 1979, n. 1463, in *Foro amm.*, 1979, 2638, con nota di F. GIAMPIETRO, *Centrali nucleari e diritto alla salubrità dell'ambiente dopo la legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale*; anche in *Giust. civ.*, 1980, 703, con nota di F. PIGA., *Diritti soggettivi, interessi legittimi, interessi diffusi e tutela giurisdizionale*.

<sup>20</sup> Cass., SS. UU., 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Giust. civ.*, 1980, 357, con nota di F. PIGA, *Nuovi criteri di discriminazione delle giurisdizionali amministrativa e ordinaria: siamo ad una svolta?*

<sup>21</sup> Su tale teoria AA.VV., D. MESSINEO, *La doppia tutela dei diritti «incomprimibili»*, in *Foro amm. Tar*, fasc. 9, 2009, 2477; F. GASPARRINO, *Diritti fondamentali e giurisdizione esclusiva: possono coesistere?*, in *Resp. civ. prev.*, fasc. 6, 2010, 1287; V. GIORGIO, *Diritti fondamentali tutelati dalla costituzione, potere amministrativo e situazioni giuridiche soggettive del privato*, in *Diritto proc. amm.*, fasc. 4, 2010, 1372; M. TROZZO, *Diritti indegradabili e potere amministrativo*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2011, 139; G. D'AMICO, *Qualificazione e tutela delle situazioni non patrimoniali nel sistema pubblico-privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 931.

validità del provvedimento, si sarebbe affievolito, degradando a mero interesse legittimo. La tutela di tale posizione soggettiva avrebbe necessariamente dovuto passare dal giudice amministrativo, e solo una volta ottenuto in tal sede l'annullamento dell'atto lesivo, con conseguente riespansione del diritto soggettivo, si sarebbe potuto chiedere tutela risarcitoria al giudice ordinario.

Le Sezioni Unite esclusero però che a tale meccanismo di affievolimento fossero sottoposti anche diritti fondamentali dell'uomo, quale, in primo luogo, quello alla salute, ma anche altri, come la libertà di coscienza e di religione<sup>22</sup>, e in generale tutte le posizioni riconducibili all'art. 2 della Costituzione. Tali diritti, qualificati come "indegradabili", furono configurati come posizioni giuridiche resistenti «*a tutta oltranza contro ogni iniziativa ostile*»<sup>23</sup>, rispetto alle quali non avrebbe potuto valere neppure il c.d. "modo dell'equiparazione", ossia l'equiparazione degli effetti dell'atto invalido a quelli dell'atto valido sino alla pronuncia di annullamento<sup>24</sup>, poiché il provvedimento amministrativo non avrebbe avuto la forza di subordinare interessi di tale rilievo. Anzi, non si sarebbe potuto neppure parlare, in tal caso, di provvedimento amministrativo ma piuttosto di mero comportamento della pubblica amministrazione che, incidendo sulle posizioni costituzionalmente protette, avrebbe agito sostanzialmente in carenza di potere, sconfinando dalla sfera di potere attribuitale dall'ordinamento, in tal modo considerata delimitata anche dalle norme costituzionali poste a garanzia dei diritti fondamentali<sup>25</sup>. Partendo da questo presupposto la giurisdizione non poteva che essere attribuita al giudice ordinario anche qualora si fosse nell'ambito di materie riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, quindi anche in quegli ambiti in cui al giudice amministrativo sarebbe dovuta spettare la cognizione di interessi legittimi nonché di diritti soggettivi.

È stato osservato come l'orientamento della Cassazione si fondasse su ragioni aventi una valenza «*eticamente molto forte*»<sup>26</sup>, rispondendo, infatti, alla necessità che fossero «*le tecniche di tutela a doversi adeguare ai diritti fondamentali e non questi ad essere stuprati e sviliti, per effetto della mancanza di adeguate forme di protezione*»<sup>27</sup>, ossia alla necessità che fosse garantita ai diritti fondamentali della persona una eguale tutela, a prescindere dalla natura pubblica o privata dell'atto lesivo.

In particolare, l'esigenza di mantenere ferma la giurisdizione del giudice ordinario in materia di

<sup>22</sup> Così Cass., SS. UU., 18 novembre 1997, n. 11432, in *Danno resp.*, 1998, 368.

<sup>23</sup> Così Cass., SS. UU., 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 859.

<sup>24</sup> Sul tema M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 539, secondo cui il metodo dell'equiparazione è stato frutto di una scelta della giurisprudenza che, pur potendo optare per una diversa soluzione, ha deciso di riconoscere efficacia all'atto invalido sino alla pronuncia di annullamento; G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, che diversamente ritiene il metodo dell'equiparazione frutto della scelta legislativa di riservare al giudice amministrativo il potere di annullamento del provvedimento amministrativo e di escludere un effetto sospensivo della proposizione del ricorso.

<sup>25</sup> F. CARINGELLA, *Giudice amministrativo e diritti fondamentali*, nella sezione *Studi e contributi* del sito [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), a riguardo osserva come «*si rovesciò la formula classica secondo cui dove c'è potere non ci può essere diritto, e si affermò, all'opposto, che dove c'è un diritto fondamentale per definizione non ci può essere potere*».

<sup>26</sup> F. CARINGELLA, *Giudice amministrativo e diritti fondamentali*, cit.

<sup>27</sup> F. CARINGELLA, *Giudice amministrativo e diritti fondamentali*, cit.

diritti fondamentali si correlava all'assunta incapacità del giudice amministrativo di garantire a siffatti diritti una tutela soddisfacente dal punto di vista costituzionale<sup>28</sup>, in quanto privo dello strumento del risarcimento del danno, dei mezzi probatori tipici del processo civile e della tutela cautelare atipica.

Non a caso all'innalzamento del livello di tutela che ha caratterizzato la nuova conformazione del processo amministrativo, in cui il giudice amministrativo può ora avvalersi degli strumenti del risarcimento del danno, delle misure cautelari atipiche, della consulenza tecnica e di tutte le prove del processo civile, tranne quelle legali, si è accompagnata una inversione di rotta in giurisprudenza, con riconoscimento della possibilità per il giudice amministrativo di conoscere nelle materie attribuite alla sua giurisdizione esclusiva anche di quei "super-diritti", riconducibili alla categoria dei diritti fondamentali.

Il mutamento fu avviato da una pronuncia sul punto della Corte Costituzionale, la quale, nella sentenza n. 140 del 2007<sup>29</sup>, escluse che la natura fondamentale dei diritti soggettivi coinvolti potesse ostare alla legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 552, l. n. 311 del 2004 (finanziaria del 2005), che aveva riservato alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative alle procedure e ai provvedimenti in materia di impianti di generazione di energia elettrica, non considerando rinvenibile nel nostro ordinamento un principio che riservasse esclusivamente al giudice ordinario, escludendone il giudice amministrativo, la tutela dei diritti costituzionalmente protetti.

A questa chiara enunciazione si è, pochi mesi dopo, allineata la Corte di Cassazione nella sentenza 28 dicembre 2007, n. 27187<sup>30</sup>, riconoscendo che, allorché la lesione sia dedotta quale effetto di un comportamento o di atti della pubblica amministrazione e la materia sia riservata alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, debba spettare a quest'ultimo la cognizione esclusiva delle controversie anche se concernenti diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, poiché autorità in grado di offrire una tutela piena a diritti soggettivi aventi rilevanza costituzionale.

Infine, anche il Consiglio di Stato, esprimendo valutazioni critiche in ordine alla teoria della incomprimibilità dei diritti fondamentali, ha parimente confermato la giurisdizione del giudice amministrativo, facendo significativamente riferimento alla «piena dignità di giudice» del giudice amministrativo, da riconoscersi in virtù della «compiuta effettività della sua tutela»<sup>31</sup>.

Può dunque ritenersi che la teoria dei diritti indegradabili non sia più per molti aspetti compatibile con l'attuale contesto: da un lato la "teoria dell'affievolimento" è stata ormai superata<sup>32</sup>

<sup>28</sup> G. D'AMICO, *Qualificazione e tutela*, cit., 950 ss.

<sup>29</sup> Corte Cost., 27 aprile 2007, n. 140, in *Urban. App.*, 2007, 706, con nota di SEMPREVIVA, *Diritto alla salute e alla salubrità ambientale e giurisdizione*; anche in *Foro it.*, 2008, 436, con nota di G. VERDE, *È ancora in vita l'art. 103, 1° comma, Cost.?*

<sup>30</sup> Cass., SS. UU., 28 dicembre 2007, n. 27187, in *Giust. civ.*, 2008, 1437, con nota di R. GIORDANO, *La decisione della Suprema Corte sulla vicenda del comune di Serre: considerazioni su alcuni profili processuali*; in tal senso anche Cass., SS. UU., 5 marzo 2010, n. 5290, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 6, 1285.

<sup>31</sup> Cons. Stato, Ad. plen., 22 ottobre 2007, n. 12, in *Corr. giur.*, 2008, 253.

<sup>32</sup> La teoria è stata fortemente criticata in dottrina nel corso degli anni, già V. BACHELET aveva osservato come il fatto che gli artt. 24 e 113 Cost. menzionino tanto gli interessi legittimi quanto i diritti soggettivi dovesse implicare una

e, dall'altro lato, sono venute meno, quantomeno per la giurisdizione esclusiva, le ragioni garantistiche che potevano un tempo rendere opportuno il sottrarre determinati diritti alla cognizione del giudice amministrativo. Una volta riconosciuto il giudice amministrativo quale «*giudice idoneo ad offrire piena tutela ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa*»<sup>33</sup>, l'abbandono della teoria dei diritti indegradabili non dovrebbe comportare, infatti, riduzioni in termini di tutela. Si potrebbe, al contrario, dire che la tutela risulti in tal modo incrementata, in quanto il singolo, nelle materie di giurisdizione esclusiva, non dovrà ricorrere alla "finzione" della indegradabilità del diritto<sup>34</sup> al fine di ottenere dall'autorità giudiziaria ordinaria tutela cautelare inibitoria o sentenze di condanna ad eseguire obblighi di *facere*, ma potrà ricevere tutela adeguata rivolgendosi direttamente ai «*giudici naturali della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica*»<sup>35</sup>.

In tal senso è stato osservato come, nel contesto attuale, il negare la competenza del giudice amministrativo a conoscere di diritti fondamentali rischi di dar luogo piuttosto a una limitazione della tutela, e quindi a forme di discriminazione alla rovescia. Si escluderebbe proprio nelle ipotesi in cui l'atto amministrativo risulta lesivo di diritti costituzionalmente fondati, la possibilità di ottenere la tutela demolitoria che è propria del giudice amministrativo, in violazione del principio di cui all'art. 113 della Costituzione che vieta di escludere o limitare «*a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti*» la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi contro gli atti della pubblica amministrazione<sup>36</sup>.

Nel caso che si analizza la questione di giurisdizione era stata affrontata nel giudizio per l'annullamento dell'atto lesivo, in cui il Tar di Milano ha confermato la propria giurisdizione *ratione materiae*, ai sensi dell'art. 33 d.lgs. n. 80 del 1998, osservando come la valutazione dell'amministrazione regionale, attenendo al «*momento prettamente organizzativo del servizio pubblico*», fosse espressione di poteri autoritativi della pubblica amministrazione e giustificasse

---

configurazione degli interessi legittimi come interessi sostanziali «*escludendo invece ogni possibilità di interpretazione dei medesimi come situazioni puramente processuali o meramente strumentali alla realizzazione dell'interesse pubblico*», e come «*si dovrebbe anzi dire che la lettera della costituzione nella ripetuta formulazione degli articoli 24 e 113 (confermata anche dall'art. 103) tende piuttosto ad accentuare la equiparazione degli interessi legittimi ai diritti soggettivi*». Sul tema si veda G. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966, 17; G. VERCILLO, *Diritti fondamentali tutelati dalla costituzione, potere amministrativo e situazioni giuridiche soggettive del privato*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1370 ss., l'A. osserva come la teoria della degradazione si sia fondata «*sull'equivoco meccanismo dell'affievolimento del diritto soggettivo in interesse legittimo (...) introdotto al fine di spiegare la vicenda tutta processuale del riparto di giurisdizione, ricorrendo a soluzioni di diritto sostanziale, non codificate nel nostro ordinamento, ma introdotte in via perentoria con proposizioni enunciative di principi presupposti delle norme processuali e mai espressi dal legislatore in specifiche disposizioni sostanziali*».

<sup>33</sup> Corte Cost., 27 aprile 2007, n. 140, cit.

<sup>34</sup> D. MESSINEO, *La doppia tutela dei diritti «incomprimibili»*, cit., osserva come la tesi che predica l'incomprimibilità di taluni diritti non sia espressione di una realtà naturalistica in quanto «*è scontato ammettere la materiale capacità dell'amministrazione - non solo di conformare, ma persino - di "violare", in concreto, la sfera dei titolari di diritti "inviolabili"*».

<sup>35</sup> Così Tar Milano, Sez. III, 26 gennaio 2009, n. 214, cit.

<sup>36</sup> In tal senso D. MESSINEO, *La doppia tutela*, cit.

quindi, in base a quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 204 del 2004<sup>37</sup>, la sussistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo; ribadendo, inoltre, il principio, già espresso dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 140 del 2007, per cui nelle materie riservate alla giurisdizione esclusiva «nessun rilievo, sul punto, può avere qualsivoglia considerazione sul formante di diritto soggettivo ovvero sul rango costituzionale della posizione soggettiva dedotta»<sup>38</sup>, vista l'idoneità del giudice amministrativo a conoscere anche di tali posizioni.

La soluzione così raggiunta dal Tar di Milano poteva non essere scontata se si considera che la teoria dei diritti indegradabili non è ancora del tutto abbandonata in giurisprudenza e che infatti in un caso analogo, di poco successivo, avente ad oggetto la richiesta di annullamento di un provvedimento del Ministro del lavoro, salute e politiche comunitarie con cui si erano dettate ai Presidenti delle Regioni e delle Province Autonome di Trento e Bolzano disposizioni volte a garantire sempre la nutrizione e l'alimentazione nei confronti delle persone in stato vegetativo persistente, il Tar del Lazio giunse a soluzione opposta<sup>39</sup>, dichiarandosi privo di giurisdizione. Si ottenne in quel caso l'alquanto criticabile<sup>40</sup> risultato di negare tutela demolitoria proprio in considerazione della particolare rilevanza dell'oggetto del ricorso, il diritto del singolo di rifiutare i trattamenti sanitari non voluti.

Nel caso di specie, al contrario, il giudice amministrativo ha dimostrato di poter provvedere, mediante l'annullamento dell'atto lesivo, prima, e il riconoscimento della tutela risarcitoria, poi, alla garanzia di diritti costituzionalmente rilevanti nelle ipotesi in cui la lesione sia cagionata da provvedimenti di un'autorità pubblica.

### **3. La natura speciale della responsabilità amministrativa**

Circa la tutela risarcitoria bisogna ricordare come il ruolo del giudice amministrativo sia radicalmente mutato a seguito delle innovazioni avutesi nel XXI secolo, ed in particolare alla svolta realizzatasi con la nota sentenza della Corte di Cassazione n. 500 del 1999<sup>41</sup>. Il riconoscimento dell'art. 2043 c.c. come disposizione espressiva di un generale principio di *neminem laedere* valido *erga omnes*, quindi anche nei confronti dei pubblici poteri, ha infatti determinato un rilevante mutamento nel modo di intendere il diritto amministrativo e la pubblica amministrazione. La pubblica amministrazione è stata assoggettata al generale principio per cui il cagionare colposamente danni ingiusti a posizioni sostanziali tutelate dall'ordinamento, interessi legittimi inclusi, comporta l'insorgere di responsabilità civile. Il che ha determinato un evidente cambiamento di prospettiva rispetto alla tradizionale concezione dell'amministrazione come

<sup>37</sup> Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 204, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 214.

<sup>38</sup> Tar Milano, Sez. III, 26 gennaio 2009, n. 214, cit.

<sup>39</sup> Tar Roma, Sez. III, 12 settembre 2009, n. 8650, in *Giust. civ.*, 2010, 3, I, 759.

<sup>40</sup> Sul tema D. MESSINEO, *La doppia tutela.*, cit.

<sup>41</sup> Cass., SS. UU., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro amm.*, 2000, 2062.

soggetto che, in ragione della pubblica rilevanza degli interessi perseguiti, è sottoposto ad un suo particolare diritto, il diritto amministrativo, a portata generale ed autonomo rispetto al diritto civile. Piuttosto si è andati nel senso di un riconoscimento del diritto civile come diritto a portata generale, come tale applicabile a tutti i soggetti, pubblici e privati<sup>42</sup>, cui il diritto amministrativo può fare eccezione rispetto a taluni profili. Il giudice amministrativo ha conseguentemente assunto competenza giurisdizionale in ordine al risarcimento dei danni scaturenti da provvedimenti amministrativi e all'applicazione delle relative regole civilistiche.

Tuttavia, con la sentenza della Corte di Cassazione n. 500 del 1999 il problema della responsabilità civile della pubblica amministrazione non è stato chiuso ma, anzi, nella giurisprudenza successiva sono sorte non poche incertezze applicative<sup>43</sup>, attinenti principalmente alla compatibilità delle peculiarità che caratterizzano la pubblica amministrazione con una configurazione della responsabilità in termini di responsabilità extra-contrattuale. Dottrina e giurisprudenza non hanno mancato di dubitare della adeguatezza delle regole civilistiche in materia di responsabilità aquiliana e di cercare le regole della responsabilità amministrativa nel diverso contesto della responsabilità contrattuale. Si è in tal modo aperto il problema di individuare la disciplina civilistica più coerente per la responsabilità civile della pubblica amministrazione<sup>44</sup>.

Parte della giurisprudenza ha dato rilievo al rapporto che lega, prima ancora dell'emanazione dell'atto lesivo, il soggetto danneggiato e la pubblica amministrazione nell'ambito del procedimento amministrativo, in cui la pubblica amministrazione è tenuta al rispetto di specifici obblighi procedurali. È stato conseguentemente ritenuto configurabile, in luogo della responsabilità aquiliana, una responsabilità da "contatto sociale" qualificato, ovvero una responsabilità per violazione degli obblighi che gravano sulla p.a. in forza del rapporto qualificato che si instaura con il privato nel procedimento amministrativo<sup>45</sup>.

La categoria della responsabilità da contatto, che si rifà agli studi tedeschi dei c.d. "rapporti contrattuali di fatto"<sup>46</sup>, si è sviluppata dapprima in ambito civilistico al fine di consentire una applicazione analogica dello schema della responsabilità contrattuale per inadempimento a determinati rapporti che, pur non potendosi definire contrattuali, tuttavia comportano specifici

<sup>42</sup> In tal senso V. ANGIOLINI, *Risarcimento del danno, pubblica amministrazione e costituzione*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 140 ss.

<sup>43</sup> F.D. BUSNELLI, *Dopo la sentenza n. 500/SU. La responsabilità civile oltre il «muro» degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 335.

<sup>44</sup> A. TRAVI, *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2001, 20.

<sup>45</sup> Sul tema M. PASSONI, *Responsabilità per «contatto» e risarcimento per lesione di interessi legittimi*, in *Urb. app.*, 2001, 1219; F. CARINGELLA, M. PROTTO, *La responsabilità civile*, cit., 72 ss.; F. GARRI, G. GARRI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, Torino, 2007, 31 ss.; D. SORACE, *La responsabilità risarcitoria delle pubbliche amministrazioni per lesione di interessi legittimi dopo 10 anni*, in *Dir. amm.*, II, 2009, 379 ss.

<sup>46</sup> Il riferimento è ai noti studi che hanno portato la dottrina tedesca a individuare una serie di rapporti tipici, specie in tema di rapporto di lavoro, in cui, pur in assenza di un contratto vero e proprio, si determina comunque tra i soggetti coinvolti un tipico rapporto della vita sociale, che si differenzia dalla coesistenza di semplici terzi, e crea obblighi di protezione in virtù del reciproco affidamento che connota il rapporto. Sul tema W. SIEBERT, *BGB-System und volkische Ordnung*, in *Deutsche Rechtswis-senschaft*, 1936, 204 ss.; G. HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, in *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für H. Siber*, II, Leipzig, 1943.

obblighi di protezione di una parte nei confronti dell'altra. Applicata alla pubblica amministrazione, ha principalmente consentito di dare autonomo rilievo alla violazione di obblighi procedurali a prescindere dal giudizio di spettanza del bene della vita, posto in tal modo in secondo piano, e di alleggerire considerevolmente l'onere probatorio gravante sul privato, quale conseguenza dell'applicazione, in luogo dell'art. 2043 c.c., della disciplina prevista per i rapporti contrattuali, di cui all'art. 1218 c.c. In tal senso, per esempio, il Consiglio di Stato nella sentenza 6 agosto 2001, n. 4239<sup>47</sup>, pur escludendo l'applicabilità *in toto* della disciplina della responsabilità contrattuale, aveva accolto la tesi del contatto esclusivamente con riferimento all'onere probatorio della colpa, avallandone una sostanziale inversione.

È stato però osservato come la teoria della responsabilità da contatto, sebbene presenti il pregio di porre in evidenza la sussistenza di fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione non direttamente collegate all'accertamento della spettanza del bene della vita ma comunque meritevoli di tutela risarcitoria, rischi di ridurre l'accertamento della responsabilità della pubblica amministrazione al mero accertamento della violazione di regole procedurali, precludendo al privato di essere risarcito pienamente del danno subito per effetto del mancato conseguimento del bene della vita, e come, inoltre, mal si attagli a quelle ipotesi in cui l'atto o il comportamento amministrativo intervenga quando ancora tra privato e pubblica amministrazione non sussiste relazione<sup>48</sup>.

Proprio la constatazione del fatto che nella maggior parte dei casi la domanda risarcitoria ha ad oggetto «*il pregiudizio connesso alla preclusione dall'amministrazione frapposta alla realizzazione del bene finale anelato*»<sup>49</sup> ha portato il Consiglio di Stato ad operare un ripensamento, culminato con l'affermazione, nella sentenza Sez. IV, 6 luglio 2004, n. 512<sup>50</sup>, della necessità, pena una sostanziale elusione della domanda, che la responsabilità della pubblica amministrazione resti ancorata allo schema della responsabilità aquiliana.

Sul solco di tale *revirement* anche la giurisprudenza successiva si è sostanzialmente attestata sulla tesi della responsabilità extracontrattuale<sup>51</sup>, pur permanendo in talune sentenze il riferimento alla responsabilità della pubblica amministrazione come responsabilità di tipo "speciale"<sup>52</sup>, non riconducibile né al modello di responsabilità civile, di cui all'art. 2043 c.c., né al modello di responsabilità contrattuale, di cui all'art. 1218 c.c.

<sup>47</sup> Cons. Stato, 6 agosto 2001, n. 4239, in *Urb. app.*, 2001, 1211; chiari riferimenti alla responsabilità da contatto si rinvencono anche in Cons. Stato, 8 luglio 2001, n. 3796, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2002, 1718; Cons. Stato, 21 gennaio 2002, n. 340, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2002, 103.

<sup>48</sup> R. CHIEPPA, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, 683 ss.

<sup>49</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 15 aprile 2003, n. 1945, in *Riv. amm. R. it.*, 2003, 973 ss.

<sup>50</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 6 luglio 2004, n. 512, in *Foro amm.-C.d.s.*, 2004, 2098 ss.

<sup>51</sup> D. SORACE, *La responsabilità risarcitoria*, cit., 390.

<sup>52</sup> Sul carattere speciale della responsabilità della pubblica amministrazione anche Cons. Stato, Sez. VI, 14 marzo 2005, n. 1047, in *Servizi pubbl. app.*, 2005, 679; Cons. Stato, Sez. VI, 29 maggio 2014, n. 2792, in *Foro amm.*, 2014, 5, 1458.

È questo ad esempio il caso della sentenza del Tar di Milano del 6 aprile 2017, in cui il giudice amministrativo ha espressamente affermato che «*la responsabilità della pubblica amministrazione ha natura speciale*».

È opportuno quindi interrogarsi su quale sia il significato da attribuirsi all'affermata specialità della responsabilità amministrativa. Infatti, mentre è fuor di dubbio che la responsabilità della pubblica amministrazione presenti peculiarità rispetto alla responsabilità come praticata nel diritto privato, altra cosa è escludere per tale ragione che l'ambito di applicazione della responsabilità aquiliana possa essere ampliato fino a comprendere anche fattispecie particolari. Il configurare la responsabilità della pubblica amministrazione quale *tertium genus* di responsabilità civile<sup>53</sup> presenta il rischio di creare più incertezze di quante ne voglia eliminare, ponendo il problema di stabilire quale sia il fondamento di tale particolare forma di responsabilità pubblica, pena il lasciare il giudice sostanzialmente libero di scegliere tra le disposizioni del codice civile quelle che reputi più adeguate alle peculiarità del caso di specie, e di dare luogo, vuoi ad un ritorno di immunità e privilegi dei pubblici poteri, vuoi ad una eliminazione dell'elemento soggettivo della colpa e a forme di risarcimento in via "automatica"<sup>54</sup>.

Si può a riguardo osservare che la peculiarità principale della responsabilità della pubblica amministrazione, come osservato anche dal Tar di Milano, sia data dal fatto che essa spesso presupponga un comportamento illecito inserito nell'ambito di un procedimento amministrativo in cui l'amministrazione è tenuta, in ossequio al principio di legalità, all'osservanza di «*predefinite regole, procedurali e sostanziali, che scandiscono le modalità di svolgimento della sua azione*», e come questo non sia che una conseguenza del fatto che la pubblica amministrazione esercita poteri pubblici ed è per tale ragione tenuta, a differenza di un normale soggetto privato, al rispetto di specifici obblighi e regole d'azione.

Si tratta di un dato che influisce sicuramente sulla valutazione della responsabilità (così, per esempio, la valutazione dell'elemento soggettivo deve essere operata avendo riguardo al rispetto delle regole di imparzialità, correttezza e di buona amministrazione)<sup>55</sup>, ed anche sulla quantificazione del danno, profilandosi la possibilità di elevare a dignità di interesse legittimo tutelabile in via risarcitoria anche situazioni di affidamento nel legittimo operare della pubblica amministrazione<sup>56</sup>, ma che non necessariamente deve comportare una disapplicazione delle regole proprie della responsabilità aquiliana.

In tal senso, nel giudizio di secondo grado, il Consiglio di Stato ha considerato il riferimento alla

---

<sup>53</sup> M. PASSONI, *Responsabilità per «contatto» e risarcimento per lesione di interessi legittimi*, cit., 1225, l'Autore osserva come il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 4239 del 2001, nel riconoscere la bontà dei criteri propri della responsabilità contrattuale in ordine all'accertamento dell'elemento soggettivo dell'illecito e adattandoli alla responsabilità extracontrattuale della p.a., abbia dato vita ad «*una responsabilità speciale - in parte soggetta alla disciplina della responsabilità aquiliana e in parte a quella contrattuale - di origine puramente giurisprudenziale, con la conseguenza di costituire un discutibile, e dagli incerti contorni, tertium genus nella responsabilità di diritto civile*».

<sup>54</sup> In tal senso R. CHIEPPA, *Viaggio di andata e ritorno*, cit.

<sup>55</sup> Cass., SS.UU., 22 luglio 1999, n. 500, cit.

<sup>56</sup> Sul tema C. PAPETTI, *La colpa della pubblica amministrazione in relazione alla natura della responsabilità civile da attività provvedimento illegittima*, in *Foro amm.-TAR*, 2005, II, 1298 ss.



responsabilità della pubblica amministrazione come responsabilità di tipo speciale condivisibile solo nei limiti in cui, senza determinare conseguenze significative sul piano della dimostrazione del dolo e della colpa della p.a., esso aveva svolto l'unica funzione di porre in rilievo come *«la responsabilità della PA derivante dalla lesione di un interesse legittimo si inserisce necessariamente all'interno del rapporto tra PA e privato, il quale si svolge secondo le regole predefinite del procedimento amministrativo»*.

D'altronde, che dall'affermata natura speciale della responsabilità non fossero discese conseguenze significative in termini di disciplina speciale risulta peraltro chiaramente dal fatto che il Tar di Milano aveva comunque individuato gli elementi costitutivi di tale responsabilità nell'elemento oggettivo del fatto e della sua ingiustizia, nell'elemento soggettivo (colpevolezza o rimproverabilità), nel nesso di causalità materiale o strutturale e nel danno ingiusto, inteso come lesione alla posizione di interesse legittimo, quindi negli elementi costitutivi della responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c. così come tradizionalmente intesa.

Si può anzi dire che uno degli aspetti di maggiore interesse del caso in questione è dato proprio dal fatto che il giudice amministrativo abbia effettuato un accertamento in concreto della sussistenza dell'elemento soggettivo e che inoltre esso sia stato in un primo momento riconosciuto sussistente nella forma del dolo. Il profilo è di rilievo se si considera come sia proprio l'elemento psicologico della colpa, o del dolo, dell'"apparato" amministrativo ad aver dato luogo ai maggiori problemi, non ancora completamente superati, nella configurazione della responsabilità civile della pubblica amministrazione. Le difficoltà insite nell'accertamento dell'elemento soggettivo, date in particolare dalla non semplice applicabilità dell'astratto criterio di accertamento fornito dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 500 del 1999, facilmente confondibile con i parametri di valutazione della illegittimità del provvedimento, e dalla gravosità dell'onere probatorio ricadente sul privato, sono state infatti una delle principali ragioni sottostanti ai tentativi di configurazione della responsabilità amministrativa in termini di responsabilità contrattuale o da contatto.

Il *revirement* giurisprudenziale effettuato dal Consiglio di Stato nel 2014 ha riportato certezza in giurisprudenza circa la necessità che il riconoscimento della responsabilità civile della pubblica amministrazione non possa prescindere da un positivo accertamento dell'elemento soggettivo e che la prova dello stesso debba essere fornita dalla parte attrice, alla quale al più si riconosce la possibilità di avvalersi della prova per presunzioni di cui agli artt. 2727 e 2729 c.c., quindi della possibilità di provare la colpevolezza dell'apparato amministrativo mediante l'allegazione di "indizi" della non scusabilità dell'errore. Tuttavia il tema resta suscettibile di altri e nuovi sviluppi, in particolare sotto l'influsso del diritto comunitario, come dimostra la disciplina della responsabilità amministrativa in materia di appalti pubblici improntata sulla differente regola della responsabilità oggettiva<sup>57</sup>.

Nel caso di specie il Tar di Milano, lungi dal desumere l'elemento soggettivo della colpa dalla mera illegittimità del provvedimento, aveva positivamente accertato la sussistenza di elementi tali

---

<sup>57</sup> Sul tema C. FELIZIANI, *Responsabilità della pubblica amministrazione senza colpa? Riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte di Giustizia*, in *Foro amm.-CDS*, 2011, 3015 ss.

da addirittura comprovare la natura «*certamente dolosa*» del comportamento della Regione. Il danno era stato considerato frutto di una precisa scelta della Regione, che si sarebbe attivata proprio al fine di cagionarlo, e non di mera negligenza o errore.

Determinante ai fini della prova del dolo era stata la considerazione del fatto che, avendo la Corte d'Appello di Milano, con il decreto del 9 luglio 2008, autorizzato la richiesta di interruzione del trattamento terapeutico, il divieto imposto dalla Regione era risultato contrastante, non con generiche indicazioni giurisprudenziali, ma con una pronuncia, specificamente rivolta al caso di specie, che riconosceva un ben specifico diritto in capo alla paziente, di cui la p.a. non poteva non essere al corrente. Di qui la configurazione del divieto come esito di una precisa scelta di ledere il diritto che l'autorità giudiziaria aveva riconosciuto con decreto dotato di efficacia analoga a quella del giudicato.

Il Tar aveva inoltre osservato come sempre in tal senso deponesse il fatto che l'esercizio del diritto all'interruzione delle cure fosse stato reso in concreto non esercitabile mediante l'adozione di un espresso provvedimento, piuttosto che «*con la semplice inerzia o con un mero comportamento materiale, agendo nel "fatto", o adducendo a motivo di tale mancato adempimento l'impossibilità tecnica della prestazione richiesta o un impedimento di ordine fattuale*», da cui sarebbe stato probabilmente più difficile dedurre con certezza la specifica finalità di disattendere l'autorizzazione della Corte d'Appello.

Tale qualificazione del comportamento dell'apparato amministrativo ha rappresentato una peculiarità interessante della sentenza: l'elemento soggettivo del dolo, proprio della tradizione penalistica, sicuramente più facilmente accertabile in relazione al comportamento di persone fisiche, raramente viene in rilievo nell'accertamento della responsabilità civile della p.a., rispetto alla quale l'elemento soggettivo deve essere accertato avendo riguardo non ai singoli funzionari ma alla «*P.A. intesa come apparato*»<sup>58</sup>.

Nemmeno nel giudizio di secondo grado hanno trovato accoglimento gli argomenti con cui la Regione Lombardia aveva cercato di invocare l'errore scusabile. Secondo il Consiglio di Stato, infatti, a seguito della sentenza della Corte di Cassazione e dopo il provvedimento emesso dalla Corte d'Appello in sede di rinvio, «*non potevano sussistere seri dubbi circa la portata dell'obbligo della Regione di provvedere a fornire la necessaria prestazione sanitaria, nel rispetto dell'accertato diritto della persona assistita all'autodeterminazione terapeutica, presso una delle strutture sanitarie regionali*».

Tuttavia il Consiglio di Stato si è parzialmente discostato dalla ricostruzione operata in primo grado. Pur riconoscendo la sussistenza, oltre che di una accezione di dolo come consapevolezza e volontarietà di arrecare un danno ingiusto, di una accezione più ampia, in base a cui il dolo ricorre anche «*quando il soggetto agente – pur non finalizzando il proprio comportamento alla realizzazione di un pregiudizio, decida volontariamente di non adempiere, assumendo un atteggiamento ostruzionistico, renitente, oppositivo, pur avendo certezza – soggettiva – della*

---

<sup>58</sup> Così Cass., SS. UU., 22 luglio 1999, n. 500, cit.

*sussistenza dell'obbligo*», non ha ritenuto nel caso di specie configurabile l'elemento soggettivo nella forma del dolo, ma solo in quella meno intensa della colpa grave.

Principalmente è stato considerato ostativo alla configurabilità del dolo il fatto che le ragioni indicate nel provvedimento di diniego non si fossero ridotte a esprimere una *«frontale e apodittica volontà di non adempiere»* ma avessero invece espresso una *«asserita – per quanto infondata – convinzione dell'assenza di un puntuale obbligo di esecuzione»*. Secondo il Consiglio di Stato l'atto avrebbe quindi manifestato *«lo scopo di individuare alcune possibili ragioni di carattere giuridico e fattuale, ritenute idonee, nella prospettiva della Regione, a sorreggere il rifiuto di eseguire le prestazioni richieste dall'avente diritto»*.

Tale statuizione può destare alcune perplessità, in particolare se si considera che la Regione era rimasta ferma nella propria posizione nonostante le pronunce giurisdizionali successive all'emanazione dell'atto lesivo, tutte contrarie alla sua tesi.

Viste le circostanze del caso di specie, l'affermata non configurabilità della *«consapevolezza della esistenza del dovere»* e della *«deliberata volontà di non adempierlo»*, necessarie per la sussistenza di dolo, sembrerebbe confermare la tesi di chi nega in radice la configurabilità del dolo in capo a un apparato amministrativo.

Trattasi di una questione che ha tendenzialmente scarsi risvolti pratici in materia di responsabilità civile, posto che mentre nel diritto penale la regola generale è quella della responsabilità per dolo, operando la colpa solo nei casi espressamente previsti, nel diritto civile vige invece la regola opposta, essendo sufficiente la colpa per integrare l'illecito, e visto che inoltre nel diritto civile, diversamente dal campo penale, l'intensità del dolo e il grado di colpa non sono indicati quali criteri per la determinazione dell'entità del risarcimento, mirando questo solo alla integralità della riparazione e non alla punizione del danneggiante.

Tuttavia, vi sono casi particolari in cui il dolo può assumere rilievo decisivo in sede di giudizio sull'ingiustizia del danno, nella valutazione del nesso di causalità, ed anche nella quantificazione del danno nei casi in cui, come nel caso di specie, si debba procedere a una quantificazione equitativa dello stesso<sup>59</sup>.

#### **4. La risarcibilità del danno non patrimoniale**

Accertata la sussistenza, oltre che dell'elemento soggettivo, dell'elemento oggettivo, consistente nel fatto lesivo e nella sua ingiustizia, e del nesso di causalità tra il comportamento della pubblica amministrazione e il danno ingiusto, sono stati liquidati i danni patrimoniali e non patrimoniali. La somma complessivamente liquidata è risultata la medesima in primo e in secondo grado, benché il Consiglio di Stato abbia provveduto a una diversa quantificazione di alcune voci di danno.

Il danno patrimoniale è stato riconosciuto dal primo e dal secondo giudice nella misura di euro

---

<sup>59</sup> Sul tema, F. CARINGELLA, L. BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, Roma, 2017, 1522.

12.965,78, per i costi legati al trasferimento della paziente in Friuli Venezia Giulia, alle rette di degenza e al piantonamento fisso della struttura ospedaliera (reso necessario dalla risonanza magnetica della vicenda), tutti valutati quali conseguenze del provvedimento della Regione Lombardia.

Per quanto attiene invece i danni non patrimoniali, il ricorrente aveva chiesto il risarcimento, a titolo ereditario, del c.d. danno biologico scaturente dalla lesione del diritto alla salute del soggetto incapace, cui era stato impedito l'esercizio del diritto fondamentale di autodeterminazione in ordine alla libertà di scelta di non ricevere cure, nonché, *iure proprio*, del danno morale soggettivo e del danno esistenziale subito.

Il Tar e il Consiglio di Stato hanno avuto così modo di affrontare questioni, attinenti alla risarcibilità dei danni non patrimoniali, che per lungo tempo non sono state oggetto della cognizione del giudice amministrativo. Infatti, da un lato, l'interpretazione originaria dell'art. 2059 c.c., che riconosceva la risarcibilità del danno non patrimoniale, inteso esclusivamente come *pretium doloris*, solo nel caso in cui al fatto lesivo si fosse accompagnata la consumazione di una fattispecie penale tipica, aveva portato a riservare la cognizione dei danni non patrimoniali al giudice penale, ovvero al giudice civile in caso di giudizio per il risarcimento dei danni da reato promosso a seguito di sentenza penale di condanna<sup>60</sup>. D'altro lato, la cognizione di cause attinenti al risarcimento del c.d. danno biologico, per molti anni considerato risarcibile non *ex art. 2059 c.c.* ma sulla base di una lettura congiunta dell'art. 2043 c.c. con l'art. 32 Cost., era riservata al giudice ordinario in base all'assunto della indegradabilità del diritto alla salute e della natura meramente materiale dell'attività amministrativa che avesse voluto incidere su di esso.

Le istanze che negli anni hanno portato ad un progressivo ampliamento dell'area del danno non patrimoniale risarcibile sono state quindi oggetto della cognizione del giudice civile, di merito e di legittimità, ma non del giudice amministrativo.

Si è trattato di un tortuoso percorso giurisprudenziale, caratterizzato da ripetuti e drastici cambiamenti di posizione.

La tipicità che connota il danno non patrimoniale nel Codice Civile fu in un primo momento interpretata in senso estremamente rigoroso, tanto che l'ambito di applicazione dell'art. 2059 c.c. è stato per lungo tempo ristretto al solo risarcimento del danno morale cagionato da reato.

Seguì, nel 1986, il decisivo intervento Corte Costituzionale<sup>61</sup>, che, al fine di colmare il vuoto di tutela conseguente alla restrittiva lettura dell'art. 2059 c.c., dilatò la portata dell'art. 2043 c.c., riconoscendo il bene salute come parte integrante del patrimonio di ogni persona, e affermando la risarcibilità *ex art. 2043 c.c.* del danno biologico. L'art. 2043 c.c. ne uscì in tal modo trasfigurato, e la sua portata fu estesa tanto da comprendere non solo il risarcimento del danno alla salute ma anche il risarcimento di qualsiasi lesione di carattere non patrimoniale cagionata a diritti

<sup>60</sup> M. DIDONNA, *Il risarcimento del danno non patrimoniale innanzi al Giudice Amministrativo*, in *Danno resp.*, 2004, 72.

<sup>61</sup> Corte Cost., 14 luglio 1986, n. 186, in *Giur. cost.*, 1986, 1716 ss.

costituzionalmente protetti<sup>62</sup>.

La materia non trovò tuttavia sistemazione definitiva, in particolare la Corte di Cassazione, nelle sentenze 31 maggio 2003, n. 8827 e 8828<sup>63</sup>, riportò alla ribalta l'art. 2059 c.c., quale unico punto di riferimento per il risarcimento del danno non patrimoniale<sup>64</sup>.

È stato in particolare riconosciuto come i «*casi determinati dalla legge*», di cui all'art. 2059 c.c., siano ben riferibili, non solo all'art. 185 c.p., ma anche alle disposizioni Costituzionali che impongono all'ordinamento di apprestare tutela a beni non patrimoniali, quale la salute.

Tale lettura fu prontamente avallata dalla Corte Costituzionale che, con la sentenza 11 luglio 2003, n. 233<sup>65</sup>, constatò come l'indirizzo interpretativo che circoscriveva la risarcibilità ex art. 2059 c.c. ai soli danni non patrimoniali derivanti da reato fosse «*destinato ad entrare in crisi*», poiché la giurisprudenza aveva ormai «*da tempo individuato ulteriori ipotesi di danni sostanzialmente non patrimoniali, derivanti dalla lesione di interessi costituzionalmente garantiti, risarcibili a prescindere dalla configurabilità di un reato*».

Si è quindi tornati ad una lettura delle norme codicistiche rispettosa della distinzione tra risarcimento del danno patrimoniale, ex art. 2043 c.c., e risarcimento del danno non patrimoniale, ex art. 2059 c.c., cui si è accompagnata una estensione dell'area del danno non patrimoniale risarcibile, comprendente ora anche le lesioni arrecate ad interessi costituzionalmente garantiti. È quindi risarcibile ai sensi dell'art. 2059 c.c. il danno non patrimoniale nelle sue varie forme, di danno morale soggettivo, di danno alla salute, e di il danno esistenziale<sup>66</sup>. Categorie che, come chiarito dalle Sezioni Unite della Cassazione nel 2008<sup>67</sup>, svolgono funzione meramente descrittiva, in quanto si riferiscono a danni omogenei quanto a natura, tutti appartenenti all'unica, generale e omnicomprendente, categoria del danno non patrimoniale.

Come precisato dalla Corte Costituzionale<sup>68</sup>, non si è in tal modo creata una nuova figura di illecito, ma anche per il risarcimento del danno non patrimoniale sarà necessario l'accertamento della sussistenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito civile di cui all'art. 2043 c.c., in quanto l'art. 2059 c.c. provvederebbe solo ad estendere la responsabilità civile anche ai danni non patrimoniali.

L'ampliamento della portata applicativa dell'art. 2059 c.c., tale da consentire la risarcibilità anche di danni non patrimoniali diversi dalla sofferenza contingente e dal turbamento d'animo

<sup>62</sup> Sul tema M. BONA, *Il danno non patrimoniale dei congiunti: edonistico, da lesione del rapporto parentale, alla serenità familiare, alla vita di relazione, biologico, psichico o morale «costituzionalizzato»?*, in *Giur. it.*, 2002, 953 ss.; ID., *L'«ottava vita» dell'art. 2059 c.c., ma è tempo d'addio per le vecchie regole!*, in *Giur. it.*, 2004, 1136 ss. In giurisprudenza tra le molte sentenze si veda Cass., Sez. III, 3 aprile 2001, n. 4881, in *Guida dir.*, 2001, n. 19, 58 ss.; Cass., Sez. III, 10 maggio 2001, n. 6507, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 1177.

<sup>63</sup> Cass., Sez. III, 31 maggio 2003, n. 8827 e 8828, in *Giur. it.*, 2004, 29, con nota di M.P. SUPPA.

<sup>64</sup> Sul tema G.B. FERRI, *Les temps retrouvés dell'art. 2059 c.c.*, in *Giur. cost.*, 2003, 1990 ss.

<sup>65</sup> Corte Cost., 11 luglio 2003, n. 233, in *Giur. cost.*, 2003, 1981 ss.

<sup>66</sup> G. PONZANELLI, *Le tre voci di danno non patrimoniale: problemi e prospettive*, in *Danno resp.*, 2004, 5 ss.

<sup>67</sup> Cass., SS. UU., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Giust. civ.*, 2009, I, 913.

<sup>68</sup> Corte Cost., 11 luglio 2003, n. 233, in *Giur. it.*, 2004, 1129, in particolare nella sentenza è precisato come l'art. 2059 c.c. abbia assunto una funzione non più sanzionatoria ma «*soltanto tipizzante dei singoli casi di risarcibilità del danno non patrimoniale*».

transeunte determinati da fatto illecito integrante reato, e il parallelo riconoscimento della idoneità del giudice amministrativo a conoscere, nelle materie riservate alla sua giurisdizione esclusiva, anche di diritti fondamentali lesi da attività amministrativa illegittima, hanno fatto sì che in determinate circostanze anche al giudice amministrativo possa spettare la decisione in ordine al risarcimento del danno di natura non patrimoniale.

Anche le norme processuali che espressamente gli conferiscono il potere di condannare al risarcimento dei danni, non specificando circa la natura patrimoniale o meno dei danni, non pongono preclusioni in tal senso<sup>69</sup>.

La giurisprudenza amministrativa, sin dalla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 16 marzo 2005 n. 1096<sup>70</sup>, nel decidere del risarcimento del danno non patrimoniale si è sostanzialmente allineata alle ultime evoluzioni della giurisprudenza civile<sup>71</sup>, in linea di continuità, quindi, con il principio, già alla base della sentenza della Corte di Cassazione n. 500 del 1999, per cui anche alla pubblica amministrazione si debbono applicare le normali regole di diritto civile valide per i privati, salvo che specifiche ragioni possano giustificare un diverso trattamento. Si tratta, peraltro, di un allineamento costituzionalmente imposto dal principio di eguaglianza che non potrebbe ammettere una tutela differenziata del danno non patrimoniale scaturente dalla lesione di diritti costituzionalmente protetti a seconda della sede, civile o amministrativa, in cui la domanda risarcitoria è proposta<sup>72</sup>.

Le sentenze in commento, nel decidere in ordine alle tre categorie di danno non patrimoniale risarcibile ex art. 2059 c.c., rappresentano una chiara applicazione di tale principio, con la peculiarità, rispetto a molte altre sentenze amministrative di condanna al risarcimento del danno non patrimoniale, di attenersi anche al risarcimento del danno biologico cagionato dal provvedimento illegittimo, quindi anche a quella tipologia di danno non patrimoniale che più difficilmente può essere causata da un provvedimento amministrativo, e di conseguenza giungere nelle aule della giustizia amministrativa, e che si era addirittura dubitato potesse mai essere in concreto oggetto di cognizione del giudice amministrativo<sup>73</sup>.

Nel caso di specie è stato riconosciuto che il diniego dell'autorizzazione all'interruzione del trattamento aveva determinato una grave lesione del diritto fondamentale alla salute della paziente, nella sua dimensione di diritto di autodeterminazione in ordine alle scelte terapeutiche, con «*palese violazione degli artt. 2, 13 e 32 della Cost.*», lesioni peraltro aggravate dal perpetrarsi della violazione nonostante l'intervenuta sentenza di annullamento del Tar di Milano.

Neppure presso il Consiglio di Stato hanno trovato accoglimento gli argomenti della Regione

<sup>69</sup> M. DIDONNA, *Il risarcimento del danno non patrimoniale*, cit., 1172.

<sup>70</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 16 marzo 2005, n. 1096, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 2, 496.

<sup>71</sup> G. MICARI, *Il danno esistenziale e l'imprimatur del Consiglio di Stato: tra continuità, innovazione, incertezze*, in *Giust. civ.*, 2006, 85.

<sup>72</sup> V. ANGIOLINI, *Risarcimento del danno, pubblica amministrazione e costituzione*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 144.

<sup>73</sup> M. DIDONNA, *Il risarcimento del danno non patrimoniale*, cit., 1175, l'Autore aveva escluso che il giudice amministrativo potesse in concreto occuparsi di danno biologico, poiché «*l'attività della P.A. che potrebbe infliggere al medesimo una ingiustificata lesione appare esclusivamente quella jure privatorum*».

facenti leva sulla giurisprudenza della Corte di Cassazione in tema di danno tanatologico. La Regione aveva in particolare fatto riferimento al consolidato orientamento giurisprudenziale in base a cui il danno non patrimoniale non sarebbe risarcibile *iure hereditatis* in casi di morte immediata, o che segua dopo un brevissimo lasso di tempo alle lesioni personali, mancando in tali circostanze un soggetto al quale sia collegabile la perdita del bene vita, che possa acquisire il diritto al risarcimento e così trasmetterlo agli eredi, né in quei casi in cui, pur intercorrendo un apprezzabile lasso di tempo tra la lesione e la morte, la vittima si sia trovata in stato di incoscienza e non abbia quindi con lucidità percepito il carattere mortale delle lesioni<sup>74</sup>. La risarcibilità *iure hereditatis* del danno non patrimoniale è tendenzialmente ammessa solo laddove negli ultimi momenti precedenti alla morte la vittima sia in condizioni di comprendere l'imminenza della fine e di acquistare pertanto il diritto, *iure proprio*, trasmissibile agli eredi, al risarcimento del danno morale subito, anche detto catastrofe.

Secondo la Regione, quindi, nulla sarebbe stato dovuto per il risarcimento del danno biologico, in quanto l'intervenuto decesso della persona danneggiata avrebbe reso irreparabile il danno e, soprattutto, lo stato di incoscienza della vittima sarebbe stato incompatibile con la risarcibilità di un danno mai percepito dalla persona danneggiata.

Il Consiglio di Stato ha però chiarito come tale giurisprudenza non potesse essere trasposta nel caso sottopostogli, in quanto attinente a situazioni del tutto differenti in cui il fatto illecito lesivo dell'integrità fisica della vittima determina la morte della stessa e gli eredi chiedono *iure hereditatis* il risarcimento del danno conseguente alla perdita del bene giuridico vita. Nel caso oggetto del giudizio, invece, il pregiudizio lamentato non discendeva certo dall'evento morte della paziente, ma dalla «violazione del suo diverso diritto all'autodeterminazione terapeutica e all'effettività della tutela giurisdizionale». Sicché nel caso di specie non sussisteva, secondo il Consiglio di Stato, il problema sottostante alla logica della giurisprudenza della Corte di Cassazione sulla irrisarcibilità *iure hereditatis* del danno da morte immediata conseguente a lesioni, poiché non sussiste dubbio che il diritto al risarcimento del danno alla salute possa consolidarsi in capo al *de cuius* e che, dopo la morte, possa essere trasmesso agli eredi<sup>75</sup>.

<sup>74</sup> Sul tema C. AMATO, *Il nuovo cammino del danno biologico da morte: il trauma affettivo è un danno non patrimoniale*, in *Giur. cost.*, 1994, 4127; V. DI GREGORIO, *Criteri di risarcibilità del danno psichico da morte del congiunto: intervallo temporale e intensità della sofferenza*, in *Danno resp.*, 2002, 149; T. PERNA, *Il danno da agonia: una lettura critica*, in *Danno resp.*, 2005, 1137; S. SCALZINI, *I punti fermi della Cassazione sul risarcimento del danno tanatologico*, in *Danno resp.*, 2011, 1042 ss.; A. MIRABELLI DI LAURO, *Il danno da perdita della vita e il «nuovo statuto» dei danni risarcibili*, in *Danno resp.*, 2014, 686 ss. In giurisprudenza, tra molte, Corte Cost., 27 ottobre 1994, n. 372, in *Foro it.*, 1994, I, 3297; Cass., Sez. III, 26 settembre 1997, n. 9470, in *Giur. it.*, 1998, 1589; Cass., Sez. III, 12 novembre 1999, n. 12756; in *Danno resp.*, 2000, 321; Cass., Sez. III, 24 febbraio 2003, n. 2775, in *Danno resp.*, 2003, 1081; Cass., Sez. III, 28 novembre 2008, n. 28423, in *Riv. it. med. leg.*, 2009, 1121; Cass., SS. UU., 22 luglio 2015, n. 15350, in *Foro it.*, 2015, 9, I, 2682.

<sup>75</sup> In senso contrario al riconoscimento del risarcimento sia *iure hereditatis* che *iure proprio* C. CASTRONOVO, *Il danno non patrimoniale nel cuore del diritto civile*, in *Europa dir. priv.*, fasc. 2, 2016, 293, l'A. ritiene che la morte dovrebbe determinare un unico risarcimento, non considerando però che nelle sentenze in commento non è stato risarcito il danno da morte, ma ben diverse tipologie di danno: il danno per la violazione del diritto, proprio del malato, di autodeterminazione nelle scelte terapeutiche e il danno esistenziale dei parenti prossimi.

Non è stato considerato ostativo a riguardo neppure lo stato di incoscienza della vittima, poiché la giurisprudenza pacificamente riconosce la risarcibilità del danno biologico a prescindere dalla percezione che dello stesso abbia la vittima. È solo in relazione alle ipotesi attinenti al risarcimento del danno da perdita della vita che la risarcibilità è limitata ai casi in cui il soggetto leso abbia avuto coscienza del proprio stato e, conseguentemente, abbia subito ingenti sofferenze psichiche.

Per la quantificazione del danno biologico, trattandosi di un danno non patrimoniale, i giudici hanno proceduto in via equitativa.

A riguardo, il Consiglio di Stato ha espressamente indicato quale parametri di quantificazione, accanto a quello della «gravità degli interessi lesi», quello della «colposità della condotta lesiva». Trattasi di un dato importante in quanto espressivo del rilievo che l'elemento psicologico può assumere nella quantificazione del risarcimento allorché si debba procedere in via equitativa.

Mentre infatti quando il danno è determinato o determinabile il giudice è tenuto *ex art. 1223*, in ottica meramente riparatoria, ad operare la quantificazione sulla base dell'esclusivo criterio dell'integralità della riparazione del danno, inteso come danno emergente e lucro cessante, qualora invece il danno non risulti determinabile, il giudice deve, *ex art. 1226*, svolgere una valutazione equitativa sulla base di criteri diversi, facendo riferimento a elementi che possano considerarsi sintomatici dell'entità del danno stesso, quali appunto la rilevanza che l'ordinamento, e in particolare la Costituzione, attribuisce ai beni lesi, e l'intensità dell'elemento psicologico. Infatti, la lesione di un bene di particolare rilievo costituzionale può far presumere la sussistenza di un danno di rilevante entità e a un comportamento di natura dolosa si correla normalmente un maggior danno.

È bene precisare che in questi casi l'elemento psicologico entra in gioco nella quantificazione del danno sempre in un'ottica meramente riparatoria, ossia come indice dell'entità del danno, mentre ben diverso ruolo può svolgere laddove al risarcimento sia in via eccezionale attribuita funzione anche sanzionatoria. Nei casi di c.d. danni punitivi è infatti spesso imposto al giudice di tener conto dell'intensità del dolo o del grado di colpa al precipuo fine di sanzionare, ossia di quantificare un risarcimento che superi il danno cagionato, in modo analogo a quanto avviene nella commisurazione della pena pecuniaria *ex art. 133 c.p.* Si pensi a quanto prescritto in materia di danno ambientale all'art. 18 della legge n. 349 del 1986 e in materia di proprietà industriale all'art. 125 del D.Lgs. n. 30 del 2005.

Si è osservato come il progressivo ampliarsi delle fattispecie di danni punitivi, la cui legittimità costituzionale ha trovato conferma in una recente sentenza della Corte Costituzionale<sup>76</sup>, abbia portato allo svilupparsi nella giurisprudenza di merito di una propensione alla valorizzazione della funzione sanzionatoria del risarcimento<sup>77</sup>, accanto a quella riparatoria. Ciò in particolare nei casi di quantificazione equitativa del risarcimento, in cui il giudice gode di maggior discrezionalità e

---

<sup>76</sup> Corte Cost., 23 giugno 2016, n. 152, in *Foro it.*, 2016, 9, I, 2639.

<sup>77</sup> G.M. ARNONE, N. CALCAGNO, P.G. MONATERI, *Il dolo, la colpa e i risarcimenti aggravati dalla condotta*, Torino, 2014, 134.



rispetto a cui il limite dell'entità del danno patito risulta meno stringente.

Può quindi sembrare contraddittorio che il Consiglio di Stato abbia qualificato l'elemento soggettivo nella meno intensa forma della colpa grave e al contempo abbia considerevolmente innalzato, da euro 20.000 a euro 100.000, la somma liquidata a titolo di risarcimento del danno biologico.

Non bisogna però dimenticare che, da un lato, all'aumento di tale voce di danno è corrisposta una pari diminuzione del risarcimento liquidato a titolo di danno esistenziale e che, d'altro lato, accanto al parametro dell'intensità dell'elemento soggettivo vi sono altri elementi che consentono al giudice di presumere l'entità del danno non patrimoniale.

Emerge in particolare che, ferma restando la rilevanza dell'elemento soggettivo nella quantificazione della somma complessiva di risarcimento, il secondo giudice ha voluto dare particolare rilievo al diverso parametro del valore degli interessi lesi.

In primo luogo, tale parametro ha correttamente assunto rilievo primario al fine della ripartizione dell'entità del danno tra le due voci del danno biologico e del danno esistenziale. A riguardo nella sentenza si è infatti rilevata la sussistenza di una netta sproporzione tra la somma liquidata in primo grado a titolo di risarcimento del danno biologico e quella invece liquidata *iure proprio* al ricorrente, per la riparazione di lesioni, sì consistenti, ma certamente non pari né superiori a quella subita dalla vittima.

In secondo luogo, la particolare rilevanza costituzionale del diritto di autodeterminazione nelle scelte terapeutiche deve aver anche indotto il Consiglio di Stato a non ridurre la somma complessiva del risarcimento, nonostante la minor intensità che aveva riconosciuto all'elemento soggettivo.

Come si è anticipato, quindi, oltre al risarcimento del danno biologico, il ricorrente aveva chiesto anche la riparazione del danno esistenziale *iure proprio* patito. La domanda riguardava dunque anche tale particolare categoria di danno, cui sono ricondotte lesioni arrecate a beni giuridici immateriali della persona, tutelati dell'art. 2 della Costituzione, la cui risarcibilità, oggi fondata sull'art. 2059 c.c., è riconosciuta anche qualora il danno sia arrecato da comportamenti o da atti della pubblica amministrazione.

Il giudice amministrativo conosce del danno esistenziale per lo più in relazione a lesioni di interessi "procedimentali", causate da comportamenti scorretti posti in essere dalla pubblica amministrazione nel corso del procedimento amministrativo, ed è quindi del tutto insolito che il danno esistenziale consegua al provvedimento conclusivo del procedimento.

Nel caso di specie, invece, il danno esistenziale era lamentato quale conseguenza delle difficoltà e dei turbamenti patiti dal ricorrente proprio a causa agli ostacoli che il provvedimento regionale aveva frapposto all'attuazione della volontà della figlia di non continuare a vivere in stato di incoscienza. Si trattava quindi di una fattispecie di danno esistenziale ben diverso da quello normalmente liquidato dal giudice amministrativo per la lesione di interessi procedimentali, ed anche da quello, c.d. da perdita parentale, per la cui quantificazione i giudici ordinari si avvalgono di apposite tabelle redatte dai Tribunali.

Vista la natura del danno i giudici non hanno quindi che potuto fare riferimento ai criteri

presuntivi propri della liquidazione equitativa pura.

Sulla consistente somma di euro 100.000,00 quantificata in primo grado aveva certamente inciso, quasi in un'ottica punitiva, la considerazione della natura dolosa del comportamento e del fatto che questo avesse colpito soggetti che si trovavano in una situazione di particolare difficoltà e turbamento. Addirittura il danno è stato definito come «*di natura certamente catastrofe*», con un inusuale richiamo a una categoria, quella del danno catastrofico o catastrofe, elaborata dalla giurisprudenza italiana in altri contesti per indicare, e risarcire autonomamente, una particolare tipologia di danno, al limite tra il danno esistenziale ed il danno biologico, inerente alle gravissime sofferenze percepite dal soggetto leso prima della morte<sup>78</sup>, dunque in riferimento a situazione di dolore di massima intensità.

Nel giudizio di secondo grado il Consiglio di Stato ha confermato che in tema di danno esistenziale la prova presuntiva costituisce l'unica fonte di prova e che pertanto, in assenza di prove contrarie idonee a vincere le presunzioni operanti a favore del ricorrente, il nesso causale era da considerarsi sufficientemente provato.

L'entità del risarcimento liquidato è risultata però fortemente ridotta (da euro 100.000,00 a euro 20.000,00) in considerazione, come si è visto sopra, della minor rilevanza degli interessi indirettamente lesi dal provvedimento rispetto a quelli direttamente colpiti, cui, secondo il Consiglio di Stato, si deve presumere corrispondere un danno di portata inferiore.

Per quanto riguarda infine il danno morale soggettivo lamentato dal ricorrente, si deve ricordare come una responsabilità diretta della pubblica amministrazione per danno morale non possa essere esclusa in assoluto, in quanto il reato non necessariamente determina il venir meno del rapporto di immedesimazione organica tra l'ente e il funzionario, potendo il rapporto organico, e quindi anche la responsabilità della pubblica amministrazione, permanere nei casi in cui sia rinvenibile un nesso di causalità necessaria tra le funzioni svolte e l'atto illecito<sup>79</sup>. Inoltre, non richiedendosi più ai fini della risarcibilità del danno morale la sussistenza di una accertata responsabilità penale del danneggiante ma reputandosi sufficiente la configurabilità anche solo in astratto degli elementi costitutivi di una fattispecie di reato, è ben possibile che anche il giudice amministrativo condanni la pubblica amministrazione al risarcimento di questa particolare tipologia di danno a prescindere dal previo accertamento della sussistenza della fattispecie di reato in sede penale.

Nel caso di specie il ricorrente aveva chiesto il risarcimento del danno morale a lui arrecato da dichiarazioni di alcuni esponenti politici, titolari di cariche istituzionali, tra i quali, in particolare, l'allora Presidente della Regione Lombardia. Il Tar ha però escluso la risarcibilità del danno morale soggettivo lamentato, non ritenendo sussistente «*un nesso di causalità diretto tra l'atto regionale impugnato e gli eventuali danni subiti dal ricorrente in ragione delle dichiarazioni e dei comportamenti dei vertici politici della Regione o di altri soggetti aventi un ruolo pubblico, trattandosi di condotte di natura personale e poste in essere da soggetti non aventi una propria specifica competenza nell'adozione degli atti e delle attività richiesti all'Amministrazione*

<sup>78</sup> Sul tema A. MIRABELLI DI LAURO, *Il danno da perdita della vita e il «nuovo statuto» dei danni risarcibili*, cit.

<sup>79</sup> G. MICARI, *Il danno esistenziale*, cit., 85.

*resistente».*

Il nesso di causalità è stato quindi escluso in considerazione della natura personale delle dichiarazioni e del fatto che gli autori delle stesse non fossero competenti all'adozione del provvedimento impugnato.

A riguardo, si può osservare come l'accertamento del carattere personale delle dichiarazioni implichi lo svolgimento di una verifica circa la sussistenza o meno di un nesso funzionale tra le dichiarazioni in questione e i ruoli pubblici rivestiti dagli autori delle stesse che presenta interessanti aspetti di somiglianza con gli accertamenti cui sono sottoposte le dichiarazioni lesive rese da soggetti che beneficiano di immunità in virtù della carica pubblica ricoperta. Si pensi, ad esempio, alle dichiarazioni del Presidente della Repubblica che per poter essere fonte di responsabilità devono risultare estranee all'esercizio delle funzioni proprie della più alta carica dello Stato<sup>80</sup>, potendo questi avvalersi dell'immunità di cui all'art. 90 Cost. solo in relazione ad «atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni», e quindi alla necessità che, ai fini di un riconoscimento di responsabilità, sia svolta una previa verifica circa il collegamento sussistente tra gli atti lesivi e la funzione pubblica propria del Presidente della Repubblica.

Il concetto di inerenza degli atti o delle dichiarazioni alle funzioni presidenziali è stato variamente interpretato nel corso degli anni, sia in senso restrittivo<sup>81</sup>, sia in senso estremamente ampio<sup>82</sup>, ed infine la Corte di Cassazione, nella sentenza 27 giugno 2000, n. 8733, ha specificato che si possono considerare atti inerenti alla funzione, oltre agli atti controfirmati, anche ogni «atto, o dichiarazione o comportamento che trovi la sua causa nella funzione o in un fine ad essa inerente» e che risulti quindi «strumentale o accessorio ad una funzione presidenziale»<sup>83</sup>.

Analogamente anche per l'immunità parlamentare, la Corte Costituzionale<sup>84</sup> ha respinto una interpretazione restrittiva della nozione di «opinioni espresse e dei voti dati nell'esercizio delle loro funzioni», di cui all'art. 68, comma 1, Cost., ritenendovi riconducibili anche attività di ispezione, divulgazione, critica e denuncia politica espletate fuori dal Parlamento, purché permanga un "nesso funzionale" tra le dichiarazioni e le funzioni parlamentari.

Nel caso che si commenta, proprio evidenziando la sussistenza in giurisprudenza di tale più ampia nozione di nesso funzionale, è stato proposto appello incidentale perché fosse dal Consiglio di Stato accertato che il Presidente della Regione, facendo leva sulla carica ricoperta, e quindi nell'esercizio delle proprie funzioni pubbliche, avesse inteso influire sulla deliberazione della

<sup>80</sup> Sul tema V. LENOCI, *Sulla responsabilità del Presidente della Repubblica per gli atti compiuti fuori dall'esercizio delle proprie funzioni*, in *Dir. inform.*, 1994, n. 1, 755; A. PACE, *Le forme extrapenali di responsabilità del Capo dello Stato*, in M. LUCIANI, M. VOLPI (a cura di), *Il Presidente della Repubblica*, Bologna, 1997, 357 ss.; L. CHIEFFI, *La responsabilità del capo dello stato per le dichiarazioni estranee all'esercizio delle proprie funzioni*, in *Corr. giur.*, 2001, 219; F. FELICETTI, M. SAN GIORGIO, *I limiti della insindacabilità per le dichiarazioni rese durante il mandato*, in *Corr. giur.*, 2004, 956.

<sup>81</sup> P.G. GRASSO, *Appunti sulla responsabilità aquiliana del Presidente della Repubblica in caso di «esternazioni»*, in *Dir. soc.*, 1999, 7.

<sup>82</sup> In tal senso Corte App., 16 marzo 1998, in *Foro it.*, 1998, I, 2995.

<sup>83</sup> Così Cass., Sez. III, 27 giugno 2000, n. 8733, in *Giur. it.*, 2001, 214.

<sup>84</sup> Corte Cost., 16 aprile 2004, n. 120, in *Giur. cost.*, 2004, II, 1201.

Giunta e che, quindi, in primo grado non si fosse tenuta in debita considerazione la stretta correlazione e consequenzialità sussistente tra le dichiarazioni del Presidente della Regione e il provvedimento impugnato.

Anche il Consiglio di Stato ha però escluso la sussistenza di un nesso di causalità diretta e immediata tra il danno morale lamentato e il provvedimento regionale, osservando, da un lato, che *«le dichiarazioni personali rese da soggetti politici non possono automaticamente imputarsi all'Ente regionale»* e, d'altro lato, come non fossero state allegare sufficienti prove della presenza di una diretta correlazione tra le dichiarazioni rese dal Presidente della Regione e il provvedimento illegittimo. La domanda di risarcimento del danno morale è stata dunque rigettata in quanto promossa nell'ambito di un giudizio avente ad oggetto esclusivamente i danni derivanti dal provvedimento della Direzione Generale Sanità della Regione Lombardia del 3 settembre 2008.

La sentenza del Consiglio di Stato, non ha quindi riconosciuto ulteriori voci di danno, ma, allo stesso tempo, respingendo tutte le domande avanzate dall'appellante principale, ha confermato la somma che era stata complessivamente liquidata dal Tar di Milano.

È stata in tal modo posta definitivamente fine a una lunga e articolata vicenda sostanziale e processuale, che fortemente ha influito nella rimodulazione dei rapporti tra Stato e singoli individui in materia di autodeterminazione nelle scelte terapeutiche.