

## Profili processuali della legge sul cd. testamento biologico

di **Simone Calvigioni** (Dottorando in Diritto Processuale Civile - Università della Tuscia; Avvocato del Foro di Civitavecchia)

*Il saggio ripercorre brevemente il contenuto della legge 22 dicembre 2017, n. 219, e contiene un'analisi di alcune questioni processualcivilistiche legate all'applicazione dei nuovi istituti. In particolare, si analizzano i profili processuali relativi alle controversie sulla validità delle DAT, sulla tutela dell'incapace e del suo diritto all'autodeterminazione, con riferimento all'individuazione dei soggetti legittimati ad agire, alle forme del procedimento ed ai possibili rapporti tra tali controversie e quelle aventi ad oggetto eventuali profili di responsabilità del medico e della struttura sanitaria.*

*Briefly, the paper covers the content of the L:219, December 22, 2017, and contains an analysis of some issues of civil procedural law posed by the new provisions. In particular, we analyze the procedural profiles related to litigation on the validity of the DAT, the identification of subjects entitled to act, the protection of the incompetent and his right to self-determination, the forms of the procedure and, eventually, the connections of the pronouncements with possible profiles of responsibility of the doctor and of the healthcare structure.*

**Sommario:** **1.** La legge 22 dicembre 2017, n. 219. - **2.** Le Disposizioni Anticipate di Trattamento (DAT). - **3.** La validità delle DAT. - **4.** Le controversie sulla volontà dell'incapace. - **5.** Oggetto e natura delle azioni. I giudizi sulla responsabilità del medico per violazione della volontà dell'incapace. - **6.** I soggetti legittimati ad agire. - **7.** Il rito camerale.

### **1. La legge 22 dicembre 2017, n. 219.**

La legge 22 dicembre 2017, n. 219, recante «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento», pur non priva di problemi cui dare soluzione, rappresenta l'approdo normativo di un dibattito etico, politico e giuridico durato decenni.

Il principio cardine sul quale essa si fonda, e che viene riaffermato e chiarito, è quello di autodeterminazione nella scelta delle cure cui sottoporsi. Tale principio si sostanzia, in ambito sanitario, nel necessario rispetto del consenso

informato espresso dal paziente<sup>1</sup>, quale fondamentale presupposto e limite della relazione di cura, e, quindi, nel necessario rispetto delle sue convinzioni e dei suoi intendimenti in ordine al mantenimento della propria dignità di uomo anche nella fase terminale della vita. Si tratta di un principio presente nel nostro ordinamento e già riconosciuto grazie all'opera ricostruttiva posta in essere dalla giurisprudenza e dalla dottrina, in quanto sancito da norme costituzionali, sovranazionali e anche dal codice di deontologia medica<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Sulla violazione del consenso informato da parte del medico e sulla relativa reazione sanzionatoria dell'ordinamento (sia in sede civile, sia, eventualmente, in sede penale), la letteratura e la giurisprudenza sono vastissime. Si veda, *ex permultis*, tra le più recenti pronunce di legittimità, Cass., ord. 15 maggio 2018, n. 11749, Cass. 27 marzo 2018, n. 7516 e Cass. 23 marzo 2018, n. 7248, *Foro it.*, 2018, I, 2400, con nota di M. CAPUTI, *Consenso informato, autodeterminazione e contrasti occulti ma non troppo*. Si veda anche, per ulteriori riferimenti, la nota di A. PALMIERI a Cons. Stat. 21 giugno 2017, n. 3058, *id.*, 2017, III, 377.

<sup>2</sup> Si veda, al riguardo, quanto chiaramente affermato nella motivazione di Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748, *id.*, 2007, I, 3025, con nota di G. CASABURI, resa sul noto caso che ha riguardato Eluana Englaro, ove si legge che «il consenso informato costituisce, di norma, legittimazione e fondamento del trattamento sanitario: senza il consenso informato l'intervento del medico è sicuramente illecito, anche quando è nell'interesse del paziente; la pratica del consenso libero e informato rappresenta una forma di rispetto per la libertà dell'individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi.

Il principio del consenso informato - il quale esprime una scelta di valore nel modo di concepire il rapporto tra medico e paziente, nel senso che detto rapporto appare fondato prima sui diritti del paziente e sulla sua libertà di autodeterminazione terapeutica che sui doveri del medico - ha un sicuro fondamento nelle norme della Costituzione: nell'art. 2, che tutela e promuove i diritti fondamentali della persona umana, della sua identità e dignità; nell'art. 13, che proclama l'inviolabilità della libertà personale, nella quale «è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo» (Corte cost., sentenza n. 471 del 1990); e nell'art. 32, che tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo, oltre che come interesse della collettività, e prevede la possibilità di trattamenti sanitari obbligatori, ma li assoggetta ad una riserva di legge, qualificata dal necessario rispetto della persona umana e ulteriormente specificata con l'esigenza che si prevedano ad opera del legislatore tutte le cautele preventive possibili, atte ad evitare il rischio di complicanze.

Nella legislazione ordinaria, il principio del consenso informato alla base del rapporto tra medico e paziente è enunciato in numerose leggi speciali, a partire dalla legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale (l. 23 dicembre 1978, n. 833), la quale, dopo avere premesso, all'art. 1, che «La tutela della salute fisica e psichica deve avvenire nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana», sancisce, all'art. 33, il carattere di norma volontario degli accertamenti e dei trattamenti sanitari.

A livello di fonti sopranazionali, il medesimo principio trova riconoscimento nella Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, fatta a Oviedo il 4 aprile 1997, resa esecutiva con la legge di autorizzazione alla ratifica 28 marzo 2001, n. 145, la quale, all'art. 5, pone la seguente «regola generale» (secondo la rubrica della disposizione): «*Une intervention dans le domaine de la santé ne peut être effectuée qu'après que la personne concernée y a donné son consentement libre et éclairé.*»

Fondamentale, nell'evoluzione della nostra giurisprudenza in tema di tutela della volontà dell'incapace in ordine ai trattamenti sanitari, è stato l'approdo raggiunto nel noto «caso Englaro» all'esito di un tormentato e decennale percorso processuale, quando la Corte di cassazione ed il Consiglio di Stato hanno affermato il principio secondo cui la volontà sul fine-vita del paziente in stato di incapacità di intendere e di volere, e quindi il suo consenso o dissenso ai trattamenti sanitari salvavita, ricostruiti innanzi al giudice tutelare su istanza del tutore e nel contraddittorio necessario con un curatore speciale dell'incapace, debbono essere rispettati ed eseguiti, con la conseguenza che le strutture sanitarie, pubbliche o private che siano, non possono rifiutarsi di dare esecuzione alla volontà dell'incapace in tal modo accertata, pena il risarcimento del danno<sup>3</sup>.

La l. 219/17, quindi, in larga parte recepisce e sviluppa approdi già raggiunti<sup>4</sup>, ma non per questo la sua approvazione perde di importanza<sup>5</sup>.

---

Dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, adottata a Nizza il 7 dicembre 2000, si evince come il consenso libero e informato del paziente all'atto medico vada considerato, non soltanto sotto il profilo della liceità del trattamento, ma prima di tutto come un vero e proprio diritto fondamentale del cittadino europeo, afferente al più generale diritto all'integrità della persona.

Nel codice di deontologia medica del 2006 si ribadisce (art. 35) che 'Il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente'.

Il principio del consenso informato è ben saldo nella giurisprudenza di questa Corte». Cfr., anche, Corte cost. 23 dicembre 2008, n. 438, *id.*, 2009, I, 1328, con nota di richiami, la quale ha affermato il principio secondo cui «il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, va considerato vero e proprio diritto della persona, anzi, sintesi di due diritti fondamentali della persona, quello all'autodeterminazione e quello alla salute, radicati nei principi sanciti dagli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione», la cui disciplina deve ritenersi di competenza statale ai sensi dell'art. 117, 3° comma, Cost.

<sup>3</sup> Le pronunce rese sul caso Englaro sono tutte fondamentali per lo studio dell'argomento. Si veda Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748, cit.; App. Milano, decreto 9 luglio 2008, *id.*, 2009, I, 37, con nota di G. CASABURI, *Autodeterminazione del paziente, terapie e trattamenti sanitari «salvavita»*; la si veda anche in *id.*, 2009, I, 983, con nota di A. PROTO PISANI-R. CAPONI, *Il caso E.: brevi riflessioni dalla prospettiva del processo civile*; Cons. Stat. 2 settembre 2014, n. 4460, *id.*, Rep. 2014, voce *Sanità pubblica e sanitari*, n. 528, *Nuova giur. civ.*, 2015, I, 74, con nota di R. FERRARA e P. ZATTI, *ibid.*, 74, con nota di P. BENCIOLINI e E. PALERMO FABRIS; Cons. Stat. 21 giugno 2017, n. 3058, cit.

<sup>4</sup> L'intervento del legislatore su una materia così importante e delicata era atteso da tempo.

Per la considerazione secondo cui, nell'epoca attuale ancor più che nel passato, il momento del giudizio ha assunto e va assumendo sempre maggiore rilevanza nella formazione del diritto, con la conseguenza che le norme di diritto positivo intervengono spesso a valle del procedimento di elaborazione del diritto stesso, e non a monte di esso, v. N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, 2017, 6 ss.

<sup>5</sup> Si ricorda che l'approdo giurisprudenziale del caso Englaro non era stato risparmiato da critiche, anche aspre, da parte di autorevoli giuristi; cfr., ad es., F. GAZZONI,

L'art. 1 della l. 219/17 è rubricato «Consenso informato» e afferma, al primo comma, che «la presente legge, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona e stabilisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge»<sup>6</sup>.

Nei commi successivi stabilisce che ogni persona ha diritto di rifiutare qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico, o singoli atti del trattamento stesso, anche se necessari alla propria sopravvivenza, ivi inclusi l'idratazione e l'alimentazione artificiali, che vengono espressamente riconosciuti come trattamenti sanitari<sup>7</sup>.

A fronte del diritto del paziente di rifiutare cure anche salvavita è espressamente prevista l'esclusione della responsabilità civile e penale del sanitario che (doverosamente) adempia le volontà del paziente; ciò in forza del fondamentale principio di non contraddittorietà dell'ordinamento giuridico, che non può ad un tempo attribuire agli individui il diritto di autodeterminarsi tramite il consenso informato, imporre al medico di rispettare la volontà del paziente e poi punirlo nel caso in cui lo faccia.

Il dovere del medico di rispettare la volontà del paziente trova il limite nella previsione per la quale quest'ultimo non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali (art. 1, 6° comma, l. 219/17). È inoltre previsto che in situazioni di emergenza o di urgenza il medico e i componenti dell'equipe sanitaria debbano assicurare le cure necessarie, nel rispetto della volontà del paziente ove le sue condizioni cliniche e le circostanze consentano di recepirla.

---

*Manuale di diritto privato*, XV ed., ESI, 2011, 135, secondo cui «la rappresentanza è inconcepibile per la sospensione dell'alimentazione artificiale, attesa l'inesistenza del relativo diritto pur in capo all'interessato (formalistica Cass. 8291/05, FI 05, I, 2359. Erra Cass. 21748/07, FI 07, I, 3025)».

Per riferimenti alla non univoca giurisprudenza (specialmente di merito) successiva a Cass. 21748/07, cit., ed alle relative critiche mosse da una parte della dottrina, v. R. TRAVIA, *Biotestamento e fine vita*, KeyEditore, 2018, 238 ss., in cui vengono segnalate diverse pronunce che, anche valorizzando la figura dell'amministratore di sostegno, hanno inteso dare tutela alla volontà del malato divenuto incapace, come precedentemente manifestata.

<sup>6</sup> Per una riflessione sull'importanza di questa statuizione, per il nostro ordinamento giuridico in generale, e nel contesto della legge in particolare, v. AA.VV., *Consenso informato e DAT (disposizioni anticipate di trattamento): momento legislativo innovativo nella storia del biodiritto in Italia*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 353 ss.

<sup>7</sup> Si ricorderà che nel caso Englaro una delle questioni controverse era rappresentata dalla qualificazione dell'idratazione e dell'alimentazione artificiali come trattamenti sanitari.

A definitiva chiarezza su una questione che, nel tormentato caso Englaro, aveva dato origine ad un contenzioso amministrativo, il legislatore ha previsto poi che «ogni struttura sanitaria pubblica o privata garantisce con proprie modalità organizzative la piena e corretta attuazione dei principi di cui alla presente legge, assicurando l’informazione necessaria ai pazienti e l’adeguata formazione del personale»<sup>8</sup>.

L’articolo 2 della legge, emblematicamente rubricato «Terapia del dolore, divieto di ostinazione irragionevole nelle cure e dignità nella fase finale della vita», stabilisce che il medico, anche nel caso in cui il paziente rifiuti i trattamenti sanitari indicatigli, deve adoperarsi per alleviare le sue sofferenze con un’adeguata terapia del dolore.

Nel secondo comma è poi dettata una disposizione per contrastare i fenomeni di accanimento terapeutico. Si stabilisce infatti che «nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati», potendo ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua, in associazione con la terapia del dolore, con il consenso del paziente, qualora si sia in presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari.

Nell’articolo 3 si afferma il principio secondo cui «la persona minore di età o incapace ha diritto alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione». Si prevede quindi che il rappresentante del minore o dell’incapace debba, ove possibile, acquisire la diretta volontà del rappresentato e tenerla in debito conto o, comunque, agire avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita della persona rappresentata, nel pieno rispetto della sua dignità.

L’ultimo comma dell’art. 3 prevede infine che «nel caso in cui il rappresentante legale della persona interdetta o inabilitata oppure l’amministratore di sostegno, in assenza delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT) di cui all’articolo 4, o il rappresentante legale della persona minore rifiuti le cure proposte e il medico ritenga invece che queste siano appropriate e necessarie, la decisione è rimessa al giudice tutelare su ricorso del rappresentante legale della persona interessata o dei soggetti di cui agli articoli 406 e seguenti del codice civile o del medico o del rappresentante legale della struttura sanitaria».

---

<sup>8</sup> Si veda Cons. Stat. 2 settembre 2014, n. 4460, cit., che ha dichiarato illegittimo l’atto amministrativo della Regione Lombardia con il quale si escludeva che le strutture sanitarie regionali potessero attuare la volontà di Englaro (secondo il disposto di Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748, cit. e App. Milano, decreto 9 luglio 2008, cit.), nonché Cons. Stat. 21 giugno 2017, n. 3058, cit., che ha condannato la Regione Lombardia a risarcire il danno patrimoniale e non patrimoniale causato ad Eluana Englaro ed al suo genitore/tutore dal provvedimento illegittimo di cui sopra.

Appare probabile che i medici, anche al fine di non incorrere in eventuali responsabilità nei confronti dei congiunti dell'incapace, in assenza di disposizioni anticipate di trattamento, saranno restii a dar seguito *sic et simpliciter* al rifiuto delle cure salvavita espresso dal rappresentante dell'incapace, attendendo che la volontà del rappresentato sia accertata nell'ambito del giudizio da svolgersi, seconda espressa previsione normativa, innanzi al giudice tutelare.

Si veda, in tema, Trib. Pavia, ord. 24 marzo 2018<sup>9</sup>, che ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, 4° e 5° comma, l. 219/17, per contrasto con gli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost., nella parte in cui prevede che l'amministratore di sostegno, in assenza di disposizioni anticipate di trattamento, possa rifiutare le cure necessarie al mantenimento in vita dell'amministrato senza l'intervento del giudice tutelare<sup>10</sup>.

Gli argomenti usati da Trib. Pavia nell'ordinanza di rimessione segnalano problemi che paiono reali e che potrebbero essere soltanto attenuati accedendo alla tesi (di dubbia percorribilità, stante la lettera della legge, come esporremo meglio *infra*, sub § 6), secondo cui, anche in caso di accordo tra medico e fiduciario (o rappresentante dell'incapace) sul percorso terapeutico da seguire, dovrebbe riconoscersi la legittimazione di tutti i soggetti di cui all'art. 3, 5° comma, l. 219/17 (o di un curatore speciale ex art. 78 c.p.c.), ad adire il giudice tutelare per ottenere un vaglio sulla volontà dell'incapace, salvo, nelle more, l'accesso alla tutela cautelare. Anche adottando una tale soluzione, tuttavia, i rischi di una decisione errata da parte del rappresentante dell'incapace (ossia non conforme a quella che sarebbe stata la volontà del rappresentato in ordine ai trattamenti sanitari) non sarebbero del tutto superati, in quanto non consta che il rappresentante debba informare i congiunti del

---

<sup>9</sup> Si veda l'ordinanza, commentata da G. STAMPANONI BASSI, in <[www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com)>, nonché in *Nuova giur. civ. e comm.*, 2018, 1118 ss., con nota critica di M. PICCINI, *Decidere per il paziente: rappresentanza e cura dopo la l. 219/17*.

<sup>10</sup> Non condivide i dubbi sulla legittimità costituzionale della norma P. BORSELLINO, *'Biotestamento': i confini della relazione terapeutica e il mandato di cura*, in *Famiglia e dir.*, 2018, 799, la quale afferma che «è solo nel caso di rifiuto, da parte del decisore sostitutivo, di un trattamento reputato, invece, appropriato e necessario dal medico, che il quinto comma dell'art. 3 prevede che la decisione sia rimessa al giudice tutelare, e non in tutti i casi di rifiuto di trattamento, e in particolare di rifiuto di trattamento salvavita, riguardo ai quali pur in assenza di espresse disposizioni anticipate di trattamento, non si profilano tra il rappresentante/amministratore di sostegno da una parte e i curanti dall'altra divergenti valutazioni relative al miglior interesse del paziente. Una mancata previsione, quella relativa all'intervento del giudice tutelare anche in questi casi, che, a parere di chi scrive, non si espone a censura di incostituzionalità, non confliggendo con l'intento di tutelare, per quanto possibile, la volontà anche dei soggetti incapaci, e rispondendo, per contro, alla logica, che impronta la legge, di mantenere, in via di regola, le decisioni all'interno della relazione di cura».

rappresentato in ordine alle condizioni cliniche di costui o condividere con essi le sue scelte, sicché essi potrebbero rimanerne all’oscuro, nell’impossibilità di sottoporle al vaglio del giudice tutelare.

È nell’art. 4 che la l. 219/17 contiene la sua disposizione più innovativa. Nel primo comma di questo articolo, rubricato «Disposizioni anticipate di trattamento» (DAT), si stabilisce che «ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un’eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, può, attraverso le DAT, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari. Indica altresì una persona di sua fiducia, di seguito denominata ‘fiduciario’, che ne faccia le veci e la rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie».

Questo istituto rappresenta il riconoscimento di un potere autodeterminativo da poter esprimere «ora per allora» (ossia in un momento in cui non si è ancora vittima di alcuna patologia, affinché la propria volontà possa essere più agevolmente riconosciuta e rispettata nel futuro, al momento dell’eventuale insorgenza di una patologia invalidante), ed è espressione di un «approdo logico del consenso informato»<sup>11</sup>.

L’art. 5 disciplina la «Pianificazione condivisa delle cure» (PCC), ossia la possibilità di realizzare una pianificazione delle cure condivisa tra paziente e medico, vincolante per quest’ultimo anche nel caso in cui il malato dovesse venire a trovarsi in condizione di non poter più esprimere la propria volontà in ragione dell’evolversi di una patologia cronica e invalidante o caratterizzata da un’inarrestabile evoluzione con prognosi infausta.

Anche nell’ambito della pianificazione condivisa delle cure il paziente può indicare un fiduciario che si occuperà, nel momento in cui egli non sarà più in grado di esprimere la propria volontà, di far rispettare gli intendimenti espressi.

La differenza tra DAT e PCC è evidente: mentre le prime possono essere redatte in un momento lontano dallo stato patologico, in cui il paziente non è affetto da alcuna malattia cronica, invalidante o mortale<sup>12</sup>, le PCC nascono nel contesto di una relazione tra medico e paziente già avviata a causa di una patologia avente le caratteristiche sopra descritte. Le disposizioni espresse con le PCC sono dunque necessariamente più attuali e precise con riferimento ai

---

<sup>11</sup> Così G. BALDINI, *L. n. 219/17 e disposizioni anticipate di trattamento (DAT)*, in *Famiglia e dir.*, 2018, 807.

<sup>12</sup> Tanto che uno dei principali problemi segnalati dalla dottrina è quello riguardante la valutazione sulla loro attualità, o la loro attualizzazione. Cfr., sul tema, A. TURRONI, *Il consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento: un rapporto essenziale ma difficile*, in *Riv. not.*, 2018, 446 ss.

possibili sviluppi della patologia già in atto; sono assunte all’esito di una puntuale informazione medica e verosimilmente avranno ad oggetto specifiche diagnosi o terapie cui il malato decide di sottoporsi o non sottoporsi. Tali elementi di differenziazione hanno indotto la dottrina a ritenere che, di norma, in caso di discordanza tra DAT e PCC a prevalere è il contenuto delle seconde<sup>13</sup>.

L’ultimo comma dell’art. 5 fa rinvio alle norme di cui all’art. 4 per ogni aspetto relativo alla pianificazione condivisa delle cure non espressamente disciplinato e quindi, è da ritenere, anche per la disciplina relativa ad eventuali contrasti tra medico e fiduciario nell’applicazione della volontà del paziente espressa nell’ambito della pianificazione condivisa e, più in generale, per la disciplina anche processuale relativa alla ricostruzione della volontà dell’incapace, qualora dovessero sorgere contrasti in merito ad essa.

All’esito di un’analisi complessiva della l. 219/17, nonché alla luce dell’evoluzione giurisprudenziale culminata nelle note sentenze Englaro e Welby<sup>14</sup>, non pare possa esservi più alcun dubbio sul fatto che il nostro ordinamento riconosca e tuteli come diritto soggettivo, personalissimo e discendente già dalla corretta applicazione di norme costituzionali, quello ad autodeterminarsi, anche «ora per allora» in ordine alle scelte attinenti le indagini diagnostiche, le cure ed i trattamenti sanitari in genere ai quali sottoporsi, anche nel caso in cui l’eventuale rifiuto di essi dovesse condurre alla morte.

L’esercizio di tale diritto è affidato alla libera prestazione del consenso informato, al confezionamento di DAT e PCC, alla manifestazione della volontà del rappresentato da parte del rappresentante, e può essere tutelato in un giudizio (innanzi al giudice tutelare, secondo quanto previsto dalla l. 219/17).

---

<sup>13</sup> Cfr., *ex multis*, U. ADAMO, *Costituzione e fine vita*, Cedam, 2018, 112; nello stesso senso, v. P. SERRAO D’AQUINO, in *Diritto pubblico europeo – Rassegna on-line*, in <<https://bit.ly/2OSaCm7>>, 18, secondo cui «poiché il paziente, anche se ha redatto una DAT, con la pianificazione condivisa esprime il proprio consenso specificamente rispetto alla specifica cura proposta dal medico per una determinata patologia, anche con riguardo ai propri intendimenti per il futuro, e lo fa in forma scritta ovvero, nel caso in cui le condizioni fisiche del paziente non lo consentano, attraverso videoregistrazione o dispositivi, tale manifestazione di volontà, in quanto successiva, specifica e documentata, deve prevalere, invece, sulle DAT, da utilizzare solo eventualmente in via integrativa».

<sup>14</sup> Si tratta di Trib. Roma 17 ottobre 2007, n. 2049, in *Dir. pen e proc.*, 2008, 59, con nota di A. VALLINI, *Rifiuto di cure ‘salvavita’ e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, con cui il G.U.P. ha assolto dall’accusa di omicidio del consenziente (art. 579, 1° comma, c.p.) il medico anestesista che aveva dato seguito alla volontà espressa più volte da Piergiorgio Welby di interrompere il funzionamento dell’apparato di respirazione meccanica che lo teneva in vita, in quanto il fatto era scriminato ai sensi dell’art. 51 c.p.

## 2. Le Disposizioni Anticipate di Trattamento (DAT).

Le disposizioni anticipate di trattamento sono un atto personale, a forma vincolata, sempre revocabile o modificabile da parte del disponente (cfr. art. 4, 6° e 7° comma, l. 219/17)<sup>15</sup>.

Secondo quanto stabilito dal 1° comma dell'art. 4, le DAT possono essere confezionate da «ogni persona maggiorenne capace di intendere e di volere». I minori, quindi, stando alla lettera della legge, non possono validamente redigere DAT, neanche nel caso in cui siano maturi, prossimi alla maggiore età e capaci di intendere e volere in concreto. Tale previsione ha suscitato critiche in dottrina, anche alla luce della tendenza manifestata dal legislatore sia nell'art. 3 della stessa l. 219/17, sia in altre disposizioni normative (si pensi, ad esempio, alla riforma del diritto di famiglia ed alla portata degli artt. 315 *bis*, 336 *bis* e 337 *octies c.c.*), di attribuire sempre maggiore rilevanza alla volontà del minore, lasciando magari al giudice valutare il suo effettivo stadio di maturità e capacità di autodeterminarsi<sup>16</sup>.

Figura centrale nell'impianto dell'istituto delle disposizioni anticipate di trattamento è quella del fiduciario della persona malata.

Il 1° comma dell'art. 4 prevede infatti che il disponente possa nominare un proprio fiduciario, che avrà il compito di relazionarsi con i sanitari, con l'obiettivo di garantire l'esatta osservanza delle disposizioni dell'incapace, interpretandone ed attualizzandone il contenuto, ove necessario, alla luce della volontà e del modo di essere del disponente.

La nomina del fiduciario non è necessaria ai fini della validità delle DAT, in quanto, in mancanza di nomina da parte del disponente, oppure nel caso di

---

<sup>15</sup> Le DAT, in particolare, devono «essere redatte 'per atto pubblico o per scrittura privata autenticata ovvero per scrittura privata consegnata personalmente dal disponente presso l'ufficio dello stato civile del comune di residenza del disponente medesimo, che provvede all'annotazione in apposito registro, ove istituito, oppure presso le strutture sanitarie». Disposizioni di favore, quanto alla forma delle DAT, sono previste nel caso in cui le condizioni fisiche del paziente non consentano di partecipare all'atto pubblico o sottoscrivere la scrittura privata; in tali casi le DAT possono essere espresse attraverso videoregistrazione o dispositivi che consentano alla persona con disabilità di comunicare. Con le medesime forme esse sono rinnovabili, modificabili e revocabili in ogni momento. Qualora ragioni di emergenza e urgenza impedissero di procedere alla revoca delle DAT con le forme previste dai periodi precedenti, queste possono essere revocate con dichiarazione verbale raccolta o videoregistrata da un medico, con l'assistenza di due testimoni.

<sup>16</sup> G. BALDINI, *op. cit.*, 814, esprime perplessità sul fatto che il c.d. grande minore (ossia il minore dotato di apprezzabile maturità e capacità di autodeterminarsi) non abbia possibilità di esprimere anticipatamente le proprie volontà in ordine alle cure da ricevere nell'eventualità in cui dovesse divenire incapace.

Sul tema del rispetto della volontà del minore relativamente ai trattamenti sanitari alla luce della l. 219/17 v., anche, L. D'AVACK, *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una analisi della recente legge approvata in Senato*, in *Dir. famiglia*, 192 ss.

mancata accettazione dell’incarico da parte del nominato, o, ancora, in caso di morte o perdita della capacità di esso, è previsto che il giudice tutelare, in caso di necessità, nomini un amministratore di sostegno che assolva lo stesso compito (art. 4, 4° comma)<sup>17</sup>, secondo le regole di cui agli artt. 404 ss. c.c.; e quindi, è da ritenere, su ricorso dei soggetti ordinariamente legittimati ex art. 406 c.c., tra cui anche «i responsabili dei servizi sanitari e sociali direttamente impegnati nella cura e assistenza della persona [che], ove a conoscenza di fatti tali da rendere opportuna l’apertura del procedimento di amministrazione di sostegno, sono tenuti a proporre al giudice tutelare il ricorso di cui all’art. 407 o a fornirne comunque notizia al pubblico ministero» (così il 3° comma dell’art. 406 c.c.).

La figura del fiduciario, quale rappresentante dell’incapace malato ed interprete delle sue volontà, è fondamentale ai fini della corretta applicazione delle DAT ed introduce alla questione relativa alla vincolatività delle DAT stesse per i sanitari (ma, sarebbe meglio dire, per ogni soggetto interessato).

Il 5° comma dell’art. 4, infatti, dettando una norma di fondamentale importanza, la cui interpretazione, purtroppo ma verosimilmente, darà luogo a non pochi conflitti, afferma che «fermo restando quanto previsto dal comma 6 dell’articolo 1<sup>18</sup>, il medico è tenuto al rispetto delle DAT, le quali possono essere disattese, in tutto o in parte, dal medico stesso, in accordo con il fiduciario, qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all’atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita. Nel caso di conflitto tra il fiduciario e il medico, si procede ai sensi del comma 5, dell’articolo 3<sup>19</sup>».

Opportunamente il legislatore ha previsto che le DAT siano vincolanti e non semplicemente indicative della volontà del disponente. L’adozione di tale soluzione non era scontata, anche alla luce del vecchio disegno di legge sulla

---

<sup>17</sup> Sul punto si veda quanto sostenuto da D. CARUSI, *La legge ‘sul biotestamento’: una luce e molte ombre*, in *Corriere giur.*, 2018, 298, secondo cui «il modo ipotetico sembra implicare che, quanto meno se nessun fiduciario sia stato nominato, ben possa il medico curante portar da solo la responsabilità di dar seguito alle DAT *secundum legem*; ma anche che, quante volte il medico nutra plausibili dubbi circa il significato delle disposizioni, possa egli chiedere la nomina dell’amministratore di sostegno».

<sup>18</sup> Ai sensi del quale, come abbiamo visto *supra*, «il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale. Il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali».

<sup>19</sup> Secondo cui «[...] la decisione è rimessa al giudice tutelare su ricorso del rappresentante legale della persona interessata o dei soggetti di cui agli articoli 406 e seguenti del codice civile o del medico o del rappresentante legale della struttura sanitaria».

materia (c.d. d.d.l. Calabrò), che espressamente, all'art. 6, prevedeva la non vincolatività delle DAT<sup>20</sup>.

La l. 219/17, oltre a limitare a specifiche ipotesi la possibilità che le DAT possano essere disattese, condiziona la deviazione dalla volontà del disponente alla presenza di accordo tra medico e fiduciario. Quest'ultimo, infatti, è individuato come l'interprete e l'attualizzatore della volontà del disponente, ossia come la persona maggiormente in grado di cooperare con il medico ad esprimere la volontà dell'incapace in relazione ai trattamenti sanitari, in virtù della sua intima conoscenza del rappresentato e della nomina fiduciaria da esso stesso ricevuta<sup>21</sup>.

L'inquadramento dogmatico dell'istituto delle DAT non è pacifico nella dottrina civilistica<sup>22</sup> e la figura del fiduciario, più che a quella del mandatario o del semplice rappresentante, è stata assimilata, per le caratteristiche e l'oggetto dell'incarico che deve svolgere, a quella dell'esecutore testamentario, pur nella consapevolezza della peculiarità del suo ruolo, avente ad oggetto disposizioni di una persona non defunta, a carattere personalissimo ed a contenuto non patrimoniale<sup>23</sup>.

È pacifico che il fiduciario (così come il rappresentante dell'incapace di cui all'art. 3, l. 219/17) debba operare nell'ottica di dare voce e forza alla volontà del disponente, come semplice *nuncius*, senza che questa sia inquinata minimamente dai propri intendimenti, dalle proprie convinzioni o dai propri sentimenti<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> Lo si veda illustrato in G. ONDEI, *Il caso Englaro: commento alle sentenze della Suprema Corte di Cassazione*, in <<https://bit.ly/2A3SJbF>>, 36 ss.

<sup>21</sup> Si veda, al riguardo, U. ADAMO, *op. cit.*, 118 ss.; A. ARFANI, *Disposizioni anticipate di trattamento e ruolo del fiduciario*, in *Famiglia e dir.*, 2018, 815 ss.; G. BALDINI, *op. cit.*, 807 ss.; M. DELLI CARRI, *Considerazioni sulla legge in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Vita not.*, 2018, 590, ove si legge che il fiduciario è «incaricato non solo di rappresentare il dichiarante nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie, ma anche di interpretare ed eventualmente aggiornare le volontà del malato alla luce degli eventuali progressi della medicina e della ricerca farmacologica».

<sup>22</sup> Sul tema v. R. TRAVIA, *op. cit.*, 187 ss.

<sup>23</sup> Cfr., al riguardo, le considerazioni svolte da A. ARFANI, *op. cit.*, 820; M. CHIERICI, *Riflessioni in materia di biotestamento*, in *Vita not.*, 2018, 579; F. MIGLIORELLI, *La legge n. 219 del 2017: un nuovo importante tassello sul «fine vita»*, in *Riv. not.*, 2018, 27.

<sup>24</sup> Si veda il principio enunciato nella motivazione di Cass. 21748/07, cit., secondo cui «ad avviso del Collegio, il carattere personalissimo del diritto alla salute dell'incapace comporta che il riferimento all'istituto della rappresentanza legale non trasferisce sul tutore, il quale è investito di una funzione di diritto privato, un potere incondizionato di disporre della salute della persona in stato di totale e permanente incoscienza. Nel consentire al trattamento medico o nel dissentire dalla prosecuzione dello stesso sulla persona dell'incapace, la rappresentanza del tutore è sottoposta a un duplice ordine di vincoli: egli deve, innanzitutto, agire nell'esclusivo interesse dell'incapace; e, nella ricerca del *best interest*, deve decidere non 'al posto' dell'incapace né 'per' l'incapace,

### 3. La validità delle DAT.

Il nuovo, importante istituto rappresentato dalle disposizioni anticipate di trattamento pone diversi problemi, sia di diritto sostanziale, sia di diritto processuale.

In questa sede si analizzeranno i profili processuali del contenzioso che potrà scaturire relativamente all'applicazione della l. 219/17 (e delle DAT in particolare), dando solo brevemente conto, per quel che riguarda gli aspetti critici di diritto sostanziale, di alcuni dei problemi che verosimilmente affanneranno i pratici nell'applicazione concreta dell'istituto.

Anzitutto, potrebbero sorgere questioni relative alla validità delle DAT, sia dal punto di vista formale<sup>25</sup>, sia relativamente alla capacità del disponente al momento del loro confezionamento, sia relativamente alla presenza di vizi della volontà del disponente stesso.

La validità delle DAT è presupposto necessario anche per l'applicazione della disciplina relativa ai possibili contrasti nella loro applicazione, regolata dalla l. 219/17 all'art. 4, 5° comma, la cui soluzione è rimessa, come vedremo meglio *infra*, alla decisione del giudice tutelare, che giudicherà, evidentemente, avendo come punto di riferimento le DAT validamente confezionate.

L'assenza di valide DAT, al contrario, darebbe luogo all'applicazione diretta dell'art. 3, 5° comma, l. 219/17<sup>26</sup>. In tal caso, però, al fine di accertare la volontà dell'incapace e tutelare il suo diritto di autodeterminazione, il giudice non potrebbe fare riferimento dirimente alle DAT (invalidi), ma dovrebbe fare ricorso ad altri mezzi di prova (anche atipici). Si può discutere se, in simili circostanze, le DAT, per quanto invalidi, siano da tenere in qualche considerazione, magari con valore indiziario (in relazione anche al tipo ed alla gravità del vizio che le affligge), ai fini della decisione del giudice tutelare. Una soluzione positiva al riguardo pare preferibile, nell'ottica della maggiore tutela possibile della volontà del disponente, comunque espressa o manifestata.

D'altra parte, è innegabile, ad esempio, che DAT redatte in forma olografa (e quindi radicalmente nulle sotto il profilo formale) da un soggetto perfettamente in grado di intendere e di volere al momento della redazione,

---

ma 'con' l'incapace: quindi, ricostruendo la presunta volontà del paziente incosciente, già adulto prima di cadere in tale stato, tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche».

<sup>25</sup> Con riferimento alla forma delle DAT si veda M. CHERICI, *op. cit.*, 579 ss.

<sup>26</sup> Il quale individua nel giudice tutelare l'organo competente ad accertare la volontà dell'incapace in ordine ai trattamenti sanitari da ricevere, ed è poi richiamato anche dall'art. 4, 5° comma, l. 219/17.

non possano essere ignorate in sede di ricostruzione della volontà del disponente.

La l. 219/17 non detta regole speciali in ordine a possibili profili di invalidità delle DAT, limitandosi a disciplinarne la forma e ad individuare i soggetti capaci di disporre dello strumento, secondo quanto abbiamo visto sopra.

L'assunzione di adeguate informazioni mediche da parte del disponente prima della redazione delle DAT, richiesta dall'art. 4, 1° comma, non è espressamente prevista dalla legge come requisito di validità e non è considerata tale dalla dottrina maggioritaria<sup>27</sup>.

Secondo diversi Autori, tuttavia, il medico che si trovi a dover applicare le DAT potrebbe valutare la qualità delle informazioni ricevute dal disponente prima della loro redazione, ai fini della decisione sulla congruità delle disposizioni e, quindi, ai fini dell'eventuale loro disapplicazione<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> In questi termini P. BORSELLINO, *op. cit.*, 800, secondo cui «la legge non richiede, distanziandosi dalla previsione dell'art. 38 del Codice di deontologia medica, che, ai fini della validità delle volontà previamente manifestate, vi sia traccia documentale dell'informazione medica. Si tratta di una soluzione che potrebbe esporsi alla critica di non prevenire il rischio di scelte anticipate sulle cure poco consapevoli, ma che può apparire appropriata se collocata nella prospettiva del sopra richiamato ripensamento, richiesto dalla legge, di tutte le relazioni tra curanti e pazienti - a cominciare da quelle che ogni cittadino intrattiene con il medico di base - come relazioni improntate alla comunicazione e al dialogo [...]».

Nel senso che l'acquisizione di adeguate informazioni mediche sia «presupposto di validità delle DAT» v., tuttavia, F. MIGLIORELLI, *op. cit.*, 23.

<sup>28</sup> Si veda, al riguardo, A. TURRONI, *op. cit.*, 442 ss., il quale afferma, da un lato, che il notaio rogante ha il dovere di accertare che il disponente abbia assunto le prescritte informazioni mediche e, dall'altro lato, che il medico può disattendere le DAT a causa della carenza informativa del disponente, in quanto incongrue; S. DELLE MONACHE, *La nuova disciplina sul 'testamento biologico' e sul consenso ai trattamenti medici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1012; D. CARUSI, *La legge 'sul biotestamento': una luce e molte ombre*, in *Corriere giur.*, 2018, 299, il quale, con riferimento alla parte della disposizione richiamata nel testo secondo cui le DAT devono essere redatte «dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche», rileva che «è questa un'altra di quelle espressioni o frammenti di norma sparsi non troppo in vista nel testo che obiettivamente si prestano a interferire sul momento dell'esecuzione: tra i primissimi commentatori già è stata avanzata l'idea che il difetto di informazione (filtrato o meno dalla 'palese incongruità' di cui all'art. 4, comma 5? sospetto? presumibile? presunto?) sia tra le ragioni legittime per 'disattendere' le DAT. Per non rischiare di lasciare quel frammento dell'art. 4, comma 1, senza presidio, come un principio di buon senso vuotamente declamato, e al contempo nello spirito di garantire più saldamente i cittadini-disponenti quanto all'efficacia e al rigoroso rispetto delle loro disposizioni anticipate, un accorgimento non particolarmente ingegnoso sarebbe stato praticabile: prevedere come modalità tipica di dichiarazione delle DAT la loro ricezione da parte di un medico».

Cfr., anche, G. BALDINI, *op. cit.*, 807, secondo cui «nel silenzio della legge riguardo all'indicazioni di specifici soggetti/fonti/ modalità, non c'è chi non veda come la scelta operata dal legislatore di non prevedere espressamente uno specifico ruolo per il medico - come consulente o depositario delle DAT - rappresenti una opzione precisa

È pertanto opportuno che il disponente acquisisca adeguate informazioni, il più possibile complete ed esaustive, ed è poi auspicabile che nella redazione delle DAT, che debbono essere il più possibile chiare, si dia adeguata e puntuale nozione della ricezione di tali informazioni<sup>29</sup>.

In mancanza di specifiche disposizioni del legislatore, la disciplina applicabile alle DAT, sotto il profilo della loro validità e dei rimedi avverso la loro invalidità, va ricercata nelle disposizioni del codice civile e del codice di procedura civile.

---

sulla irrilevanza o indifferenza riguardo alla fonte dell'informazione dalla quale il disponente abbia tratto gli elementi per formare il proprio convincimento facendo un unico generico richiamo circa l'adeguatezza della stessa. E tuttavia, non c'è chi non veda come la questione risulti estremamente rilevante e per l'effetto suscettibile di essere recuperata *deinde*, posto che ai sensi degli artt. 1, comma 6 e 4, comma 5, il medico, anche di concerto col fiduciario, potrà efficacemente eccepire eventuali incongruità o difformità, riguardo al consenso espresso dal paziente».

In tema, anche, R. CALVO, *La nuova legge sul consenso informato e sul c.d. biotestamento*, in *Studium iuris*, 2018, 693.

<sup>29</sup> Si veda, al riguardo, il Parere reso al Ministero della Salute da Consiglio di Stato (Commissione speciale) 31 luglio 2018, n. 1991, in <[www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)>, ove si legge che «Col quarto quesito - considerato che, ai sensi dell'art. 4, comma 1, della richiamata legge n. 219/2017, l'assistito esprime le DAT 'dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte' - il Ministero chiede se l'acquisizione di siffatta informativa possa essere dichiarata dall'interessato, ai sensi del d.P.R. n. 445/2000 contestualmente alla disposizione anticipata.

Su tale problema osserva la Commissione speciale che - anche in relazione alle possibili responsabilità del medico che si è attenuto alle DAT considerandole valide, e della struttura sanitaria in cui è eventualmente incardinato - appare necessario che vi sia certezza in ordine alla 'adeguatezza' delle informazioni mediche acquisite dall'interessato e riguardanti le conseguenze delle scelte effettuate.

Pertanto, pur non potendo rilevare sotto il profilo della validità dell'atto, sembra decisamente opportuno che tale circostanza venga attestata, magari suggerendola nel modulo-tipo facoltativo che verrà predisposto dal Ministero della salute, così come evidenziato nella risposta al terzo quesito».

Si veda, anche, G. BALDINI, *op. cit.*, 808, secondo cui la necessità di redigere DAT di elevata qualità dovrebbe suggerire al disponente di avvalersi del supporto tecnico di qualificati professionisti medici e tecnici del diritto. Redigere DAT di elevata qualità è fondamentale, secondo l'Autore «non solo nell'ottica della tutela della posizione dell'operatore sanitario rispetto a condotte che, nel dubbio, potrebbero spingere verso atteggiamenti di c.d. 'medicina difensiva' per evitare rischi di censure giudiziali ma anche, specularmente, a tutela del paziente la cui volontà rischia di essere disattesa ove espressa in maniera troppo generica o incongrua ovvero formulata in modo inesatto, così da offrire eccessivi margini interpretativi all'operatore. Dunque l'ipotesi di prevedere, nel rispetto del testo ma anche dello spirito della legge formulata per regole e principi generali, assieme agli obblighi informativi facenti carico su Ministero, Regioni e Asl (ex art. 4, comma 8) ovvero all'interno di essi, linee guida attuative o se si vuole criteri attuativi uniformi, esemplificativi riguardo a struttura e contenuti possibili delle DAT, da condividere con gli organismi tecnici di rappresentanza, in particolare degli operatori sanitari, è tutt'altro che peregrina».

Come posto in luce dalla dottrina maggioritaria con riferimento all'inquadramento della figura del fiduciario, che abbiamo visto essere stata accostata a quella dell'esecutore testamentario (e non a quella del mandatario o del semplice rappresentante o del gestore di affari altrui), pare corretto ritenere che l'istituto delle disposizioni anticipate di trattamento presenti maggiore affinità con l'istituto del testamento che non con il contratto o con l'atto unilaterale avente contenuto patrimoniale di cui all'art. 1324 c.c.

Si potrebbe quindi fare riferimento alle disposizioni che regolano la annullabilità e la nullità del testamento ed applicarle, ove necessario, in via analogica alle ipotesi di invalidità delle DAT.

Si potrebbe così sostenere che in caso di invalidità delle DAT per incapacità, anche transitoria, del disponente, o per difetto di forma, o per vizi della volontà (errore, violenza o dolo), il vizio potrebbe essere fatto valere da chiunque vi abbia interesse, in applicazione analogica degli artt. 591, 606 e 624 c.c.

L'ampliamento della platea dei soggetti legittimati a far valere l'invalidità delle DAT, che in tal modo si otterrebbe, sarebbe funzionale (oltre che alla tutela dell'incapace e della sua volontà) anche alla tutela dei congiunti del disponente divenuto incapace, i quali possono avere interesse sia a veder rispettate le volontà di quest'ultimo, sia a tutelare lo stesso loro rapporto parentale e/o affettivo con il malato, la cui stessa sopravvivenza potrebbe cessare per effetto dell'applicazione di DAT invalide. Si potrebbe pertanto sostenere la riconoscibilità della legittimazione ad agire per far valere l'invalidità delle DAT in capo ai soggetti individuati dall'art. 3, 5° comma, l. 219/17, essendo peraltro la questione relativa alla loro validità connessa (in quanto pregiudiziale) a quella relativa alla tutela del diritto di autodeterminazione del paziente incapace relativamente alle scelte di fine vita e quindi alla individuazione della volontà dell'incapace in ordine ai trattamenti sanitari da ricevere (per il cui rispetto, come detto, possono agire tutti i soggetti individuabili ai sensi dell'art. 3, 5° comma, l. 219/17, quanto meno in caso di conflitto tra rappresentante dell'incapace e medico)<sup>30</sup>. Tuttavia, si potrebbe dubitare che una simile soluzione sia rispettosa del principio di cui all'art. 81 c.p.c. Qualora non si ritenesse di attribuire una tale legittimazione a tutti i soggetti suddetti, parrebbe comunque doversi affermare che debba riconoscersi legittimazione ad agire per la declaratoria di invalidità delle DAT in capo al legale rappresentante dell'incapace<sup>31</sup>, o ad un curatore speciale ex art. 78 c.p.c. Con particolare riferimento alla nullità, inoltre, si ricorda anche

<sup>30</sup> Si vedano, anche, le riflessioni svolte *infra sub* § 6.

<sup>31</sup> Il rappresentante, a differenza del sostituto processuale, sta in giudizio in nome e per conto del rappresentato e non esercita in nome proprio un diritto altrui (cfr. P. NAPPI, *Sub. art. 81 c.p.c.*, in *Codice di Procedura Civile Commentato*, a cura di C. CONSOLO, Walters Kluwer, 2018, Tomo I, 869, cui si rinvia per ulteriori riferimenti).

che l'art. 1421 c.c. stabilisce che essa può essere fatta valere, salva diversa disposizione di legge, da chiunque vi abbia interesse, e può essere rilevata d'ufficio dal giudice.

Quanto ai profili processuali attinenti al rito, relativi alle contestazioni della validità delle DAT, occorre notare che, se da un lato il legislatore della l. 219/17 ha espressamente previsto che ogni questione relativa alla ricostruzione o all'accertamento della volontà dell'incapace o alla interpretazione/applicazione delle DAT, in vista della tutela del suo diritto all'autodeterminazione, sia rimessa al giudizio del giudice tutelare (per un'analisi di tale scelta v. *infra*, § 7), dall'altro lato nulla ha disposto con riferimento alle azioni volte a far valere l'invalidità delle DAT.

In mancanza di espresse disposizioni processuali relative alle azioni costitutive di annullamento o dichiarative della nullità delle DAT, si dovrebbe (ragionando per principi) ritenere che simili giudizi non dovrebbero essere devoluti alla cognizione del giudice tutelare (con conseguente applicazione del rito camerale).

Nel caso in cui sorgano controversie relative alla validità delle DAT, infatti, l'oggetto del giudizio non sarebbe direttamente l'accertamento o la ricostruzione della volontà del disponente in vista della tutela del suo diritto di autodeterminazione, bensì, a monte, l'accertamento della validità giuridica dell'atto con il quale è stata espressa la volontà del disponente. Solo all'esito di tale giudizio si saprà se la volontà da rispettare e tutelare sia quella espressa nelle DAT oppure no. Nell'ipotesi in cui si accertasse la validità delle DAT, potrebbero poi sorgere questioni relative alla loro applicazione (ai sensi dell'art. 4, 5° comma); nel caso in cui, al contrario, nel giudizio relativo alla validità delle DAT queste dovessero essere annullate o dichiarate nulle, si dovrebbe fare applicazione dell'art. 3, 5° comma, l. 219/17.

Ovviamente, il disponente divenuto incapace, in un eventuale giudizio avente ad oggetto la validità delle sue DAT, dovrebbe essere adeguatamente rappresentato, nel contraddittorio con il soggetto che ha impugnato le DAT stesse.

Come detto, non pare possa esservi dubbio che, già alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale culminata nella nota Cass. 21748/07, cit., ed ora ai sensi della l. 219/17, nel nostro ordinamento sia riconosciuto il diritto soggettivo, personale e inviolabile, di dettare le proprie volontà relativamente ai trattamenti sanitari che si desidera ricevere, anche in prospettiva futura, per il caso in cui si dovesse perdere la capacità di intendere e di volere (e comunque il diritto di vedere rispettata la propria dignità e la propria volontà, eventualmente espressa da un rappresentante, anche nella fase terminale della vita).

I giudizi aventi ad oggetto la validità delle DAT (ma anche quelli aventi ad oggetto l'applicazione delle DAT e, è da ritenere, anche quelli aventi ad

oggetto la ricostruzione o l'accertamento della volontà dell'incapace in ordine alle cure da ricevere in mancanza di DAT) sono quindi giudizi su diritti soggettivi<sup>32</sup>.

La regola generale, nel nostro ordinamento, è che sia il processo ordinario di cognizione disciplinato nel Libro II del c.p.c. (o eventualmente il processo sommario di cognizione di cui agli artt. 702 *bis* ss., c.p.c.) lo strumento processuale attraverso cui accertare e tutelare situazioni giuridiche soggettive attive qualificabili come diritti soggettivi, in contraddittorio tra più parti ed in vista dell'ottenimento di una decisione stabile ed incontrovertibile (che passi in giudicato e faccia stato tra le parti, i loro eredi ed aventi causa).

La delicatezza della materia e la rilevanza degli interessi in gioco, tuttavia, rendono necessario l'approfondimento della questione.

Non sfugge a chi scrive la necessità che su tutte le questioni direttamente o indirettamente legate alla individuazione della volontà dell'incapace relativa alle cure da somministrargli sia necessario, una volta di più, che i tempi della giustizia siano rapidi.

Verosimilmente anche per questo il legislatore ha disposto che i giudizi di cui all'art. 3, 5° comma e art. 4, 5° comma, l. 219/17, si svolgano innanzi al giudice tutelare (con un procedimento deformalizzato e tendenzialmente più veloce rispetto al giudizio ordinario di cognizione), ancorché la rapidità e la deformalizzazione dei procedimenti confliggano spesso con il pieno rispetto delle garanzie processuali delle parti (predeterminazione legale delle forme e dei termini del procedimento, dei poteri del giudice, del diritto alla prova, dello svolgimento di un contraddittorio pieno, ecc.).

La pendenza di un giudizio (ordinario) di cognizione sulla validità delle DAT, o comunque l'intenzione di instaurare un simile giudizio da parte di un soggetto legittimato, potrebbe far sorgere, da un lato, esigenze cautelari, da far valere tramite il ricorso ex art. 700 c.p.c. per ottenere un provvedimento di urgenza (al fine di impedire, ad esempio, che in applicazione di DAT ritenute invalide, e nelle more del processo, si interrompano cure salvavita), e, dall'altro lato, potrebbe procrastinare per lungo tempo l'attuazione della volontà dell'incapace.

L'accesso al giudice tutelare, anche ai sensi dell'art. 3, 5° comma, potrebbe infatti rivelarsi precluso dalla pendenza del pregiudiziale giudizio sulla validità delle DAT; la contemporanea pendenza dei due giudizi potrebbe portare, del resto, a soluzioni contrastanti in ordine ad una materia tanto delicata da incidere direttamente sulla vita stessa dell'incapace, ed è perciò da evitare.

---

<sup>32</sup> Si vedano, in tal senso, A. PROTO PISANI-R. CAPONI, *Il caso E.: brevi riflessioni dalla prospettiva del processo civile*, cit., 985.

La soluzione del problema potrebbe essere trovata, in via interpretativa (ma con una forzatura del sistema), attribuendo anche i giudizi sulla validità delle DAT alla cognizione del giudice tutelare, il quale si troverà contemporaneamente a decidere sulla validità delle DAT e (comunque) sulla ricostruzione della volontà dell'incapace.

Può d'altra parte accadere che una questione relativa alla validità delle DAT sorga direttamente nei giudizi instaurati ai sensi degli artt. 3 e 4, l. 219/17, innanzi al giudice tutelare, il quale, è da ritenere, dovrebbe deciderla simultaneamente. Sarebbe comunque da scongiurare sia l'ipotesi di separazione delle cause, sia l'ipotesi di sospensione del giudizio instaurato ai sensi degli artt. 3 o 4, l. 219/17, in attesa della definizione del giudizio sulla validità delle DAT.

Secondo la soluzione appena proposta, per realizzare il *simultaneus processus* nel caso in cui le due cause (quella sulla validità delle DAT e quella promossa ex artt. 3 o 4, l. 219/17) pendano contemporaneamente innanzi a giudici diversi, andrebbe disposta la riunione innanzi al giudice individuato dal legislatore come competente per funzione e materia a decidere le cause di cui agli artt. 3 e 4, l. 219/17, il quale seguirà il rito ivi indicato. La trattazione congiunta delle due questioni con il rito ordinario di cognizione, se da un lato garantirebbe una cognizione piena ed esauriente, dall'altro non si concilierebbe con le esigenze di rapidità nella definizione di tali cause, né con la espressa disciplina di cui agli artt. 3 e 4, l. 219/17, che ha attribuito la cognizione delle cause sulla volontà del malato incapace al giudice tutelare.

È comunque auspicabile che intervenga il legislatore, individuando un rito (che dovrebbe auspicabilmente svolgersi, almeno in un grado, a cognizione piena) con cui risolvere, godendo di una corsia preferenziale per garantire rapidità, sia le questioni di validità delle DAT, sia le questioni relative alla loro applicazione, sia le questioni relative alla tutela del soggetto che è divenuto incapace senza lasciare DAT.

#### **4. Le controversie sulla volontà dell'incapace.**

Ai sensi dell'art. 4, 5° comma, l. 219/17, le DAT possono essere disattese, in tutto o in parte, soltanto con l'accordo tra medico e fiduciario e soltanto nei seguenti casi:

- a) qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente;
- b) qualora sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita.

Non è difficile immaginare che la genericità delle espressioni usate dal legislatore nell'individuare i presupposti per la disapplicazione delle DAT creerà incertezze applicative e conseguente contenzioso.

Si tratterà infatti di riempire di contenuti delle formule elastiche, o addirittura vaghe, come «palesamente incongrue»<sup>33</sup>, oppure «miglioramento delle condizioni di vita»<sup>34</sup>.

Ulteriori problemi potrebbero derivare dalla lacunosità delle DAT<sup>35</sup>: nel caso in cui il disponente abbia tralasciato di dare indicazioni relativamente ad un dato trattamento sanitario deve intendersi che abbia inteso non rifiutarlo (in applicazione del generale *favor* per la tutela della vita), oppure deve ricostruirsi la sua volontà interpretando le DAT stesse (come parrebbe maggiormente corretto, in applicazione del principio secondo cui alla volontà del malato deve essere data la priorità assoluta), o comunque con un giudizio innanzi al giudice tutelare ex art. 4, 5° comma o 3, 5° comma, l. 219/17?

È pertanto di fondamentale importanza che la formulazione delle DAT sia di elevata qualità, al fine di limitare il rischio di lacune o difficoltà interpretative. L'intervento ed il concorso di tecnici del diritto e di medici al momento della formulazione delle DAT appare del tutto opportuno e consigliabile, così come

---

<sup>33</sup> Sulla necessità di riempire di significato la formula della legge v., *ex multis*, D. CARUSI, *op. cit.*, 297, secondo cui «questo enunciato ha un nucleo minimo di significato da considerarsi sicuro: se l'autore della dichiarazione anticipata soffre di patologie o disturbi differenti da quelli cui si era riferito nel documento, o se disponibili e indicate sono cure significativamente diverse da quelle che il paziente ha preventivamente dichiarato di non volere, non c'è che da riconoscere che le direttive non sono applicabili. Il surplus di parole e l'uso dell'espressione 'disattendere' lasciano però intravedere altre possibili attribuzioni di senso: 'palesamente incongrue' potranno giudicarsi anche dichiarazioni di rifiuto indiziabili di fondarsi su falsi presupposti cognitivi, che appaiano ispirate da superstizioni o timori idiosincratici? E anche disposizioni formulate in termini tecnicamente atipici? Oltre quale limite di genericità o inappropriatezza si potranno e dovranno 'disattendere' le espressioni dell'interessato?».

<sup>34</sup> Si vedano, al riguardo, le considerazioni di P. BORSELLINO, *op. cit.*, 801, secondo cui «è vero che, nel quinto comma, si prende in considerazione anche l'ipotesi che le DAT possano essere disattese nel caso in cui si rendano disponibili terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione. Si deve però trattare di terapie in grado di offrire possibilità di miglioramento delle condizioni di vita qualificate con l'aggettivo 'concrete'. Sarebbe stato opportuno aggiungere 'e prospettate come accettabili' dal paziente, ma è ragionevole ritenere che questa sia l'interpretazione di cui la previsione è suscettibile, posto che, come si è già in precedenza osservato, è lo stesso Codice di deontologia medica (art. 16) a fare della volontà del paziente, e della sua personale valutazione della qualità della vita, criteri imprescindibili per la determinazione dell'appropriatezza di una terapia».

In tema, R. CALVO, *op. cit.*, 693, ritiene che «ad esempio, se il paziente ha dichiarato di rifiutare le cure in caso di 'malattia gravissima', le stesse dovranno essergli somministrate quando la patologia sia suscettibile (dal punto di vista della prognosi) di essere efficacemente debellata, ancorché al fine di raggiungere tale risultato sia necessario applicare protocolli complessi».

<sup>35</sup> Al riguardo si vedano le considerazioni di S. DELLE MONACHE, *op. cit.*, 1018.

la menzione nell'atto delle informazioni mediche previamente acquisite dal disponente<sup>36</sup>.

Tralasciando l'approfondimento degli aspetti sostanziali, ci si soffermerà in questa sede ad indagare i risvolti processuali dei problemi applicativi suddetti. Anzitutto, l'art. 4, 5° comma, l. 219/17, stabilisce che in «caso di conflitto tra il fiduciario e il medico, si procede ai sensi del comma 5, dell'articolo 3», il quale a sua volta stabilisce che «la decisione è rimessa al giudice tutelare su ricorso del rappresentante legale della persona interessata o dei soggetti di cui agli articoli 406 e seguenti del codice civile o del medico o del rappresentante legale della struttura sanitaria».

Pare potersi affermare che il contrasto tra medico e fiduciario può verificarsi sia nel caso in cui il medico ritenga di dover effettuare un trattamento sanitario che il fiduciario ritiene di dover rifiutare, in quanto escluso dalle DAT, sia nello speculare caso in cui il medico ritenga di non dover effettuare un trattamento sanitario ai sensi delle DAT, mentre il fiduciario sia di opposto parere.

Tale conclusione si ricava dal fatto che la disposizione parla genericamente di contrasto tra medico e fiduciario in ordine all'applicazione (o disapplicazione) delle DAT, ma con le DAT si può sia disporre di volere, sia disporre di rifiutare determinati trattamenti sanitari; si pone quindi, in caso di contrasto, una questione relativa all'esatta interpretazione delle DAT stesse.

Diverso il discorso con riferimento all'art. 3, 5° comma, dettato per risolvere il conflitto tra medico e rappresentante dell'incapace in assenza di DAT. Proprio la mancanza di DAT fa sì che in tal caso l'unico conflitto che può sorgere sia quello relativo al rifiuto di cure da parte del rappresentante, non essendo configurabile l'ipotesi del medico che ritenga di non somministrare delle cure in virtù della volontà contraria espressa dal paziente, in quanto tale volontà, evidentemente, non era stata espressa.

L'unico caso in cui, in assenza di DAT (e di PCC), si potrebbe verificare un contrasto tra medico e rappresentante dell'incapace in cui il medico vorrebbe interrompere le cure ed il rappresentante manifesti la sua contrarietà, pare essere quello in cui viene in questione il divieto di accanimento terapeutico.

Come visto, infatti, l'art. 2, 2° comma, dispone che «nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati».

Ebbene, in tali ipotesi di conflitto, pur non espressamente ricomprese nella lettera dell'art. 3, deve ritenersi ammissibile da parte dei soggetti ivi indicati, pena l'irragionevolezza della disposizione, l'accesso al giudizio tutelare per

---

<sup>36</sup> Come evidenziato da G. BALDINI, *op. cit.*, 808.

ottenere la decisione in ordine alla somministrazione delle cure che il medico ritiene ostinate e irragionevoli.

Fermo restando il principio secondo cui «nelle situazioni di emergenza o di urgenza il medico e i componenti dell'equipe sanitaria assicurano le cure necessarie, nel rispetto della volontà del paziente ove le sue condizioni cliniche e le circostanze consentano di recepirla», affermato dall'art. 1, 7° comma, l. 219/17, è ovviamente fatto salvo, nelle more dell'accertamento della volontà dell'incapace, l'accesso da parte dell'interessato alla tutela d'urgenza secondo le ordinarie norme del codice di procedura civile.

È da escludere, invece, che in via di urgenza possa ottenersi l'interruzione delle cure, sia pure sull'invocato presupposto dell'applicazione delle DAT. L'art. 700 c.p.c. stabilisce infatti che i provvedimenti di urgenza devono essere i più idonei ad assicurare «provvisoriamente» gli effetti della decisione sul merito. È evidente che un provvedimento che disponesse l'interruzione di cure, eventualmente salvavita, non potrebbe che avere effetti tragicamente non provvisori. In via di urgenza si potrà invece ottenere l'ordine di somministrazione di cure che il medico dovesse rifiutarsi di somministrare nella convinzione che la volontà del disponente fosse contraria.

In caso di contrasto sull'interpretazione o sull'applicazione delle DAT la decisione è rimessa al giudice tutelare.

Ci si propone ora di approfondire tre diverse problematiche relative alle controversie di cui sopra, e precisamente:

- a) quale sia l'oggetto dei giudizi relativi all'applicazione delle DAT e che natura abbiano le relative azioni giudiziali, nonché se il medico e/o la struttura sanitaria siano contraddittori necessari in tali giudizi, e comunque quale efficacia abbia la pronuncia resa dal giudice tutelare in un eventuale giudizio relativo alla responsabilità del medico e/o della struttura sanitaria per violazione delle DAT;
- b) chi sono i soggetti legittimati ad adire il giudice tutelare per questioni relative all'applicazione/interpretazione delle DAT;
- c) se la scelta operata dal legislatore di rimettere la decisione di tali questioni al giudice tutelare, con applicazione del rito camerale, sia costituzionalmente legittima o comunque opportuna.

##### **5. Oggetto e natura delle azioni. I giudizi sulla responsabilità del medico per violazione della volontà dell'incapace.**

Nel caso Englaro il tutore, nel contraddittorio necessario con il curatore speciale dell'incapace, e senza che al processo partecipassero i medici curanti e la struttura sanitaria, aveva rivolto al giudice tutelare «una domanda intesa ad ottenere l'emanazione di un ordine giudiziale di interruzione dell'alimentazione forzata mediante sondino nasogastrico che teneva in vita

E.»<sup>37</sup>. Nel silenzio della legge, i giudici hanno dovuto decidere, anzitutto, se nel nostro ordinamento fosse possibile per il tutore chiedere, e per il giudice concedere, un simile provvedimento. Soltanto una volta risolta in senso positivo tale questione, con conseguente riconoscimento della ammissibilità della domanda, si è passati a verificare la sussistenza del presupposto di fatto per l'autorizzazione all'interruzione delle cure, consistente nella volontà dell'incapace in tal senso, da ricostruirsi nell'istruttoria, secondo gli standard probatori del processo civile<sup>38</sup>.

Oggi, alla luce della l. 219/17, nel nostro ordinamento è esplicitamente riconosciuto il diritto di qualunque persona maggiorenne, capace di agire, di dettare la propria volontà in ordine alle cure da ricevere, anche nel futuro. Parimenti, è stabilito che, pur in mancanza di DAT, il rappresentante dell'incapace abbia il potere di esprimere la volontà di quest'ultimo anche in ordine al rifiuto di trattamenti sanitari salvavita.

È quindi espressamente tutelato il diritto soggettivo di ogni persona che abbia redatto delle DAT valide a vedere rispettata la propria volontà ivi espressa, che è immediatamente intelligibile dalla lettura di un documento.

Questo diritto soggettivo esige di essere rispettato ed attuato dai soggetti terzi coinvolti nella vicenda, ed *in primis* dai medici e dalla struttura sanitaria. Si tratta dello stesso diritto all'autodeterminazione che il malato capace di agire esercita nell'espressione del suo consenso informato.

Sappiamo che l'ordinamento reagisce, sia sul piano civile, sia, eventualmente, sul piano penale, nei confronti della violazione del consenso informato.

Occorre quindi domandarsi se analoghe reazioni devono configurarsi anche con riferimento alla violazione delle DAT da parte del medico (e della struttura sanitaria).

La risposta pare debba essere positiva<sup>39</sup>.

Si ricorderà che Cons. Stat. 21 giugno 2017, n. 3058, cit., ha confermato la condanna al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale sofferto dalla malata incapace e dal suo tutore/genitore a causa del provvedimento illegittimo della Regione Lombardia che rifiutava di dare applicazione alla

---

<sup>37</sup> Si veda A. PROTO PISANI-R. CAPONI, *op. cit.*, 985.

Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748, cit., ha riqualificato l'intervento del giudice come «forma di controllo della legittimità della scelta nell'interesse dell'incapace».

<sup>38</sup> Cfr. A. PROTO PISANI-R. CAPONI, *op. cit.*, 986.

Sugli standard probatori del processo civile v., ad es., M. TARUFFO, *La verità nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 1133 ss.

<sup>39</sup> Ovviamente, ai fini della condanna del medico e/o della struttura sanitaria devono ricorrere tutti gli elementi della relativa responsabilità, tra cui, in particolare nel caso di responsabilità aquiliana (in cui l'onere della relativa prova spetta al danneggiato), l'elemento soggettivo della colpa del danneggiante, da indagare, è da ritenere, avendo come riferimento, tra le altre cose, la chiarezza delle DAT.

pronuncia del giudice civile, divenuta definitiva, con la quale si autorizzava il tutore a ordinare l'interruzione del trattamento sanitario.

Ebbene, in caso di DAT è il documento stesso redatto dal cittadino ad avere la forza vincolante che nella vicenda Englaro ha avuto la pronuncia del giudice civile (mentre in assenza di DAT tale forza è attribuita alla manifestazione di volontà espressa dal rappresentante per conto del rappresentato), ferma restando la possibilità che nascano conflitti tra medico e fiduciario sulla interpretazione/applicazione delle DAT stesse, nel qual caso la soluzione della questione va rimessa al giudice tutelare; una volta acquisita la certezza sull'esatta portata delle DAT, si porrà eventualmente la questione relativa alla responsabilità del medico che le ha male interpretate o disapplicate.

In presenza di DAT, dunque, il medico che non rispetti la volontà ivi espressa dal paziente (e manifestata dal fiduciario), viola il suo obbligo di garantire l'attuazione del diritto soggettivo del malato a vedere rispettata la propria volontà ancor prima dell'intervento (solo eventuale) del giudice tutelare. Una simile condotta integra gli estremi dell'elemento oggettivo dell'illecito civile (o, eventualmente, dell'inadempimento).

La circostanza secondo cui alla luce del mutato assetto del diritto positivo il medico e la struttura sanitaria possono essere responsabili per la violazione della volontà dell'incapace ancor prima ed a prescindere da una pronuncia del giudice tutelare che accerti la consistenza di tale volontà, potrebbe, almeno in astratto, riflettersi sul piano processuale mutando (almeno in parte) l'oggetto dei giudizi da svolgersi innanzi allo stesso giudice tutelare, rispetto a quello che è stato l'oggetto del giudizio svoltosi nel caso Englaro.

Occorrerà quindi riflettere sulla possibilità o sulla opportunità che l'oggetto di tale giudizio si arricchisca, in particolare, per effetto dell'eventuale esperimento di domande risarcitorie contro il medico e/o la struttura sanitaria in via cumulata rispetto alla domanda volta ad ottenere l'accertamento ed il rispetto della volontà dell'incapace, e quindi del suo diritto di autodeterminazione.

Sempre alla luce del mutato assetto normativo, e dell'ormai indiscutibile diritto dell'incapace a vedere rispettata la propria volontà, con relativo dovere del medico di rispettarla, occorre poi riflettere sulla possibilità che muti il tipo di azione esercitabile innanzi al giudice tutelare. Non più volta meramente all'accertamento del diritto e della volontà del malato, con conseguente autorizzazione del rappresentante a manifestare la sua volontà (facoltà oramai esplicitamente riconosciutagli dalla legge), ma azione di condanna ad un *facere* specifico nei confronti del medico e della struttura sanitaria che segua all'accertamento della volontà dell'incapace e sia astrattamente idonea a dare luogo all'esecuzione forzata in forma specifica.

Sembra quindi che, quanto meno astrattamente, e quanto meno con riferimento ai giudizi relativi all'applicazione delle DAT (si può discutere se

lo stesso discorso sia estendibile ai giudizi di cui all'art. 3, 5° comma, l. 219/17), l'oggetto del giudizio e la natura delle azioni esperibili possano essere, almeno in parte, diversi rispetto a quanto si è visto nel citato caso Englaro.

Schematizzando quanto appena detto, paiono astrattamente proponibili, anche in forma cumulata, tre diverse azioni nello stesso giudizio sorto in seguito al contrasto tra medico e rappresentante dell'incapace ai sensi degli artt. 3 e 4, l. 219/17:

- a) un'azione volta ad ottenere la tutela del diritto di autodeterminazione dell'incapace, con accertamento della sua volontà (eventualmente espressa mediante DAT) e con autorizzazione del rappresentante a manifestarla validamente ed a farla mettere in atto (analogamente a quanto avvenuto nel caso Englaro);
- b) un'azione di condanna ad un *facere* specifico, ossia ad eseguire la volontà dell'incapace, così come accertata, nelle forme eventualmente indicate da un consulente tecnico;
- c) un'azione di condanna risarcitoria del medico e/o della struttura sanitaria per violazione della volontà dell'incapace, così come espressa nelle DAT e/o manifestata dal rappresentante.

Un'azione del tipo di cui *sub a)* è stata riconosciuta ammissibile nel caso Englaro, in cui il tutore aveva proposto «una domanda intesa ad ottenere l'emanazione di un ordine giudiziale di interruzione dell'alimentazione forzata mediante sondino nasogastrico che teneva in vita E.», ma i giudici hanno riqualificato il proprio intervento come «forma di controllo della legittimità della scelta nell'interesse dell'incapace»<sup>40</sup>.

Sembra quindi che nel caso Englaro il tutore (pur se il giudizio non si è svolto nei confronti del medico e della struttura sanitaria) aspirasse ad una sorta di condanna della specie di quella derivante dall'azione di cui *sub b)*, ma i giudici hanno riqualificato l'azione ed hanno pronunciato una sorta di sentenza di accertamento del diritto e della volontà dell'incapace, riconoscendo in capo al tutore il potere di manifestare in modo vincolante tale volontà.

Nessuna pretesa risarcitoria nei confronti del medico o della struttura sanitaria era stata avanzata in sede civile innanzi al giudice tutelare nel caso Englaro. Tale soluzione (anche a prescindere dall'assenza in giudizio del medico e della struttura sanitaria, che avrebbe comunque impedito una loro condanna) pare la conseguenza del fatto che l'ordinamento, in quel tempo ed a differenza di quanto avviene oggi, non attribuiva espressamente all'incapace il diritto di veder rispettata la propria volontà, così come espressa nelle DAT o così come espressa dal suo rappresentante. Non esistendo una volontà conoscibile e

---

<sup>40</sup> Cfr. A. PROTO PISANI-R. CAPONI, *op. cit.*, 985.

giuridicamente vincolante per il medico e la struttura sanitaria prima dell'intervento del giudice tutelare volto a ricostruire la volontà stessa, non avrebbe potuto essere esperita con successo un'azione di condanna risarcitoria nei confronti del medico e della struttura.

Oggi il quadro normativo è mutato e, come detto, le azioni di cui *sub b)* e *sub c)* paiono astrattamente ammissibili.

Occorre però chiedersi se tali azioni possono essere cumulate a quella di cui *sub a)* nel giudizio innanzi al giudice tutelare, oppure no.

Pare debba considerarsi ammissibile e cumulabile nei giudizi di cui agli artt. 3 e 4 l. 219/17 la domanda di condanna ad un *facere* specifico volta a far eseguire la volontà del malato così come accertata, in quanto essa conseguirebbe direttamente all'accertamento della volontà dell'incapace manifestata con le DAT o tramite il suo rappresentante ed all'accertamento della violazione del suo diritto di autodeterminazione.

Un tale cumulo sembra anzi opportuno, in quanto consentirebbe, anche tramite lo svolgimento di un'apposita consulenza tecnica, di definire precisamente le modalità attuative della volontà dell'incapace, scongiurando eventuali successive dispute applicative<sup>41</sup>.

Per poter ottenere validamente una condanna della struttura sanitaria e del medico ad un *facere* specifico pare necessario che essi siano parti del relativo giudizio.

Sembra invece doversi concludere per l'inammissibilità del cumulo di eventuali domande risarcitorie promosse contro il medico e/o la struttura sanitaria nell'ambito dei giudizi di cui agli artt. 3 e 4, l. 219/17, o, comunque, parrebbe opportuna la loro separazione ai sensi dell'art. 104 c.p.c., con sospensione della trattazione della domanda risarcitoria in attesa della definizione, innanzi al giudice tutelare, della questione relativa all'accertamento della volontà del malato.

Tale conclusione sembra obbligata dalla necessità di garantire che tali giudizi si svolgano in tempi rapidi (comprovata dalla scelta del rito camerale da parte del legislatore), e la domanda di risarcimento, fondandosi su fatti costitutivi in parte diversi rispetto a quelli che sostanziano l'azione volta alla tutela del diritto di autodeterminazione dell'incapace, con accertamento della sua volontà e condanna alla relativa esecuzione, appesantirebbe molto il procedimento. Si consideri, inoltre, che l'esperimento delle azioni risarcitorie per responsabilità sanitaria è, ai sensi della l. 8 marzo 2017, n. 24, art. 8, sottoposto a condizione di procedibilità (consistente nell'espletamento del

---

<sup>41</sup> Si ricorda che App. Milano, decreto 9 luglio 2008, cit., pur non condannando alcun soggetto ad un *facere* specifico, ha sentito il bisogno di specificare, in un apposito passaggio della motivazione richiamato in dispositivo, le modalità di attuazione della volontà dell'incapace (ciò ovviamente, ha potuto fare solo in modo molto sintetico e certamente poco tecnico dal punto di vista medico).

procedimento di mediazione o di accertamento tecnico preventivo ex art. 696 bis c.p.c.)<sup>42</sup>.

Ci si deve però chiedere quale sia l'efficacia dell'accertamento compiuto in sede camerale relativo alla volontà dell'incapace (e quindi alla portata delle DAT, e quindi alla correttezza della decisione del medico di disapplicarle, in contrasto con il fiduciario), nell'ambito di un eventuale successivo giudizio che veda il medico e/o la struttura sanitaria convenuti per il ristoro del danno subito dal paziente e dai suoi congiunti a causa del mancato rispetto delle sue volontà, così come manifestate nelle DAT (e successivamente accertate, o meglio, interpretate, in sede camerale).

È noto che la giurisprudenza consolidata riconosce l'attitudine a formare giudicato delle pronunce rese in sede camerale su diritti soggettivi, con conseguente esperibilità del ricorso straordinario per cassazione ex art. 111, 7° comma, Cost.<sup>43</sup>, avverso il provvedimento reso in sede di reclamo (o in unico grado ove il reclamo sia escluso dalla legge)<sup>44</sup>. Espressamente in questo senso si è espresso anche il Consiglio di Stato nel caso Englaro (cfr. Cons. Stat. 4460/14 e 3058/17, nella motivazione, con riferimento al provvedimento del giudice civile)<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> Sul punto v. M. ADORNO, *Il nuovo 'filtro' dell'art. 696 bis c.p.c. in materia di responsabilità sanitaria* e G. RICCI, *La mediazione*, in AA.VV. *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di A.D. DE SANTIS, RomaTre-Press, 2017, rispettivamente pp.105 ss. e 131 ss.

La dottrina e la giurisprudenza sulla responsabilità sanitaria sono vastissime. Per un quadro delle questioni rilevanti, anche sul piano processuale, alla luce della recente riforma di cui alla l. 8 marzo 2017, n. 24, v. AA.VV. *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, cit., specialmente G. AMMASSARI, *Introduzione. La responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria*, 9 ss., per riferimenti sulla natura della responsabilità del medico e della struttura sanitaria.

<sup>43</sup> Ricorso ritenuto infatti ammissibile dalla Cassazione nel caso Englaro.

<sup>44</sup> Si veda, ad es., Cass. 23 febbraio 2012, n. 2757, in *Foro it.*, 2012, I, 3140, con nota di richiami; Cass. 16 aprile 2003, n. 6011, in *Famiglia e dir.*, 2003, 550, con nota di VANZ, nonché in *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Camera di consiglio*, n. 14.

Cfr. le considerazioni critiche di A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, 2014, 680.

<sup>45</sup> Si veda, al riguardo, quanto chiaramente affermato da A. PROTO PISANI-R. CAPONI, *op. cit.*, 985, secondo cui «al di là della forma procedimentale e del fatto che non si è agito nei confronti di una struttura sanitaria, si è rivelato fin dall'inizio con chiarezza che oggetto del processo non era la mera gestione di un interesse della persona incapace, bensì un diritto: il diritto di chiedere l'interruzione dell'alimentazione forzata di E.

Il provvedimento finale ha statuito su un diritto, non ha gestito un interesse. Come tale, esso non è un provvedimento di giurisdizione volontaria sempre modificabile o revocabile ex art. 742 c.p.c., bensì è un provvedimento di giurisdizione contenziosa con attitudine al giudicato sostanziale, cioè a dettare una disciplina immutabile del diritto che ne costituisce l'oggetto.

Tuttavia, se pure l'accertamento della volontà dell'incapace compiuto in sede camerale possa (e debba) essere considerato opponibile *erga omnes*, obbligando tutti i medici e le strutture sanitarie a porre in essere ogni attività necessaria al concretamento della volontà del malato, non sembra sostenibile che lo stesso accertamento possa mantenere il suo valore di giudicato nell'eventuale giudizio promosso contro il medico e/o la struttura sanitaria per far valere la loro responsabilità risarcitoria dovuta al mancato rispetto della volontà dell'incapace così come accertata nell'ambito di un giudizio camerale in cui il medico e/o la struttura sanitaria fossero rimasti estranei (avesse esso ad oggetto contrasti in ordine alla portata delle DAT ex art. 4, 5° comma, ovvero la ricostruzione della volontà così come espressa dal rappresentante dell'incapace ex art. 3, 5° comma).

La differenza rispetto al caso deciso da Cons. Stat. 3058/17 è rilevante. Nel caso deciso da tale pronuncia, infatti, la decisione del giudice civile, passata in giudicato, conteneva l'accertamento della volontà del malato che il medico ha conosciuto e violato solo successivamente alla pronuncia stessa (in quanto l'ordinamento ancora non prevedeva espressamente la possibilità di lasciare volontà sulle cure «ora per allora», né prevedeva espressamente il potere del rappresentante dell'incapace di esprimere la volontà sul rifiuto di cure salvavita per conto del rappresentato).

Ciò che nel caso Englaro è stato rimproverato alle strutture amministrative e sanitarie, quindi, è stata la violazione della volontà del malato, come accertata dal giudice civile, ed alla quale, dal momento della definitività dell'accertamento, avrebbe dovuto essere data esecuzione, e non la violazione della volontà del malato, come espressa nelle DAT o manifestata al medico dal rappresentante, ed alla quale fin dal momento della lettura delle DAT o della manifestazione di volontà da parte del rappresentante il medico e la struttura sanitaria (ed amministrativa) avrebbero dovuto dare esecuzione.

Tale precedente, quindi, con riferimento all'ivi affermato valore vincolante per la struttura amministrativa (nonché per la struttura sanitaria ed i medici)

Proprio in considerazione di ciò, la Corte di cassazione ha ammesso il ricorso straordinario in Cassazione ai sensi dell'art. 111, 7° comma, Cost. La Corte suprema non lo avrebbe mai fatto, se si fosse trattato di un provvedimento di giurisdizione volontaria, sempre modificabile e revocabile.

Il contenuto del diritto dedotto in giudizio è chiaramente individuato: chiedere l'interruzione dell'alimentazione forzata di E.

Chi è il titolare del diritto dedotto in giudizio? Cass. n. 21748 del 2007, cit., si è trovata a scegliere tra due impostazioni contrapposte: quella che, facendo leva sul *best interest* del paziente e prescindendo totalmente dalla volontà di quest'ultimo, rende la vita della persona in stato vegetativo permanente oggetto di un atto di disposizione altrui (in questo caso del padre-tutore) o quella che si impernia sulla volontà della persona malata e quindi sul suo diritto di chiedere — attraverso il tutore — l'interruzione dell'alimentazione forzata.

La scelta della Cassazione è caduta univocamente su quest'ultima impostazione [...]».

della decisione del giudice tutelare sulla volontà del malato, anche ai fini risarcitori, non varrebbe con riferimento ai procedimenti nei quali si chiedesse la condanna del medico e/o della struttura sanitaria per aver violato la volontà dell'incapace espressa nelle DAT o manifestata dal rappresentante (prima, quindi, ed a prescindere dal giudizio camerale, che eventualmente, in un momento successivo, ha riconosciuto valida ed efficace la volontà dell'incapace come espressa dal fiduciario o dal rappresentante, implicitamente affermando l'errore – o il torto – del medico che con essi sia entrato in contrasto).

Solo la partecipazione del medico e della struttura sanitaria al processo camerale, quindi, renderebbe direttamente opponibile anche a loro, in un eventuale futuro giudizio sulla loro responsabilità per violazione della volontà del malato, la decisione ivi assunta in ordine all'accertamento/verifica della volontà dell'incapace come espressa nelle DAT o manifestata dal rappresentante, ed eviterebbe possibili conflitti tra giudicati.

Nel caso in cui il medico e la struttura sanitaria non partecipassero al giudizio camerale, infatti, se è vero quanto sopra affermato, ossia che la decisione presa nel camerale non sarebbe vincolante in un eventuale giudizio di responsabilità promosso successivamente nei loro confronti per violazione (non del giudicato camerale – come nel caso Englaro – ma) della volontà espressa nelle DAT o dal rappresentante dell'incapace, potrebbe verificarsi il caso che nei due giudizi si approdi a conclusioni diverse in ordine alla definizione di quella che era la volontà dell'incapace. Tale eventualità è tanto intollerabile quanto delicati sono gli interessi sottesi alla vicenda, consistenti nella cura di una persona incapace e nell'attuazione delle sue determinazioni in ordine a scelte terapeutiche.

Sarebbe stato forse opportuno prevedere la partecipazione necessaria del medico e della struttura sanitaria<sup>46</sup> ai giudizi di cui agli artt. 3 e 4, l. 219/17 e,

---

<sup>46</sup> Le Linee guida per l'applicazione della l. 219/17 predisposte da Trib. Mantova, 13 aprile 2018, in <<https://bit.ly/2Pu9dCs>>, sembrano considerare il medico come contraddittore naturale (e quindi necessario) in caso di conflitto con il fiduciario (o con il rappresentante dell'incapace); in esse si legge infatti che «dovendosi dirimere un conflitto, va assicurato il rispetto del contraddittorio ciò che non implica necessariamente la fissazione di una udienza, ritenendosi ammissibile anche la proposizione di un ricorso congiunto - sottoscritto dal medico e dal soggetto in conflitto - nel quale dovranno essere riportate le ragioni di ciascuna parte, salva restando la possibilità per il Giudice Tutelare di sentire gli interessati ovvero di disporre ulteriori approfondimenti istruttori». Le suddette Linee guida aggiungono poi, in un altro passaggio, che «nel caso di conflitto, il medico interessato dovrà fornire tutte le informazioni in suo possesso onde consentire al Giudice Tutelare di provvedere, e cioè quelle elencate dall'art. 1 co. 3 della legge n. 219/2017 (diagnosi, prognosi, benefici e rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, possibili alternative e conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi)». Desta

comunque, è opportuno estendere a loro il contraddittorio anche se, ad oggi, la loro partecipazione al processo camerale non pare necessaria ai fini della validità del giudizio (almeno nei casi in cui si chieda soltanto l'accertamento della portata della volontà dell'incapace).

#### **6. I soggetti legittimati ad agire.**

In caso di contrasto tra medico e fiduciario sull'interpretazione o applicazione delle DAT, la legittimazione ad adire il giudice tutelare spetterà, anzitutto, al fiduciario stesso, che deve fare tutto quanto è nelle sue possibilità per garantire il rispetto della volontà del rappresentato.

Ulteriori indicazioni sui soggetti legittimati ad agire innanzi al giudice tutelare si debbono rinvenire dall'analisi della disposizione di cui all'art. 4, 5° comma, l. 219/17. Il legislatore non ha direttamente individuato il giudice competente a decidere la questione, né il rito da seguire, né ha individuato i soggetti legittimati ad adire il giudice, ma si è limitato a fare rinvio a quanto stabilito nell'art. 3, 5° comma.

Pare quindi potersi affermare che il legislatore non abbia voluto differenziare la platea dei legittimati ad agire a seconda che il conflitto nasca in presenza o in assenza di DAT.

Si deve pertanto ritenere, e la soluzione pare ragionevole, che la legittimazione ad agire relativamente alle questioni di interpretazione ed applicazione delle DAT spetti a tutti i soggetti indicati nel 5° comma dell'art. 3.

In caso di contrasto tra fiduciario e medico in ordine all'applicazione delle DAT, quindi, devono ritenersi legittimati ad agire, oltre al fiduciario, il rappresentante legale della persona interessata, il medico, la struttura sanitaria ed i soggetti di cui agli articoli 406 e seguenti del codice civile, ossia il coniuge della persona incapace o la persona stabilmente convivente con lui, i suoi parenti entro il quarto grado e gli affini entro il secondo, nonché il pubblico ministero.

La circostanza secondo cui il pubblico ministero ha il potere di promuovere i giudizi di cui all'art. 3, 5° comma e 4, 5° comma, significa che, ai sensi dell'art. 70 c.p.c. il suo intervento nelle cause suddette è sempre necessario, a pena di nullità, ed ai sensi dell'art. 71 c.p.c. deve pertanto essere posto in grado di intervenire, tramite la comunicazione degli atti di causa<sup>47</sup>.

---

perplexità il fatto che le Linee guida citate attribuiscono al medico, ad un tempo, la qualità di parte del giudizio in caso di conflitto con il fiduciario (o con il rappresentante dell'incapace) e la qualità di consulente/informatore, soprattutto se si pensa che la relativa pronuncia potrebbe assumere rilevanza in un'eventuale giudizio di responsabilità del medico stesso per violazione della volontà dell'incapace.

<sup>47</sup> Nello stesso senso v. M. NOCCELLI, *La cura dell'incapace tra volontà del paziente, istituti di tutela ed organizzazione del servizio sanitario*, in <www.federalismi.it>, al

Ai sensi dell'art. 72 c.p.c., inoltre, nelle cause che avrebbe potuto proporre, il P.M. ha gli stessi poteri delle parti, ivi incluso quello di proporre impugnazioni<sup>48</sup>.

La partecipazione del P.M. nelle cause aventi ad oggetto la tutela della volontà del soggetto incapace e l'interpretazione/applicazione delle DAT appare opportuna e la scelta del legislatore è quindi condivisibile, in considerazione della delicatezza e rilevanza degli interessi in gioco e dei valori coinvolti.

Si ricorda, poi, che nel caso Englaro, a tutela del soggetto incapace, e per contrastare eventuali conflitti di interesse del suo tutore (che nella specie agiva innanzi al giudice tutelare al fine di ottenere il riconoscimento della volontà dell'incapace di interrompere le cure), la Cassazione<sup>49</sup> ha preteso l'integrazione del contraddittorio nei confronti di un curatore speciale da nominarsi ex art. 78, 2° comma, c.p.c.

Alla luce di tale approdo dovrebbe ritenersi che nei giudizi relativi alla interpretazione e applicazione/disapplicazione delle DAT, così come nei giudizi di cui all'art. 3, 5° comma, debba sempre essere integrato il contraddittorio nei confronti di un legale rappresentante dell'incapace o di un curatore speciale nominato ai sensi dell'art. 78 c.p.c., in quanto litisconsorte necessario (quanto meno qualora non si ritenesse sufficiente, come ha mostrato di fare la Cassazione nella pronuncia succitata, il coinvolgimento della figura del protutore, ove presente).

Una soluzione diversa, nel senso della superfluità della nomina di un curatore speciale per l'incapace e della sua necessaria partecipazione al giudizio, potrebbe trarsi, ora, dalla necessaria partecipazione del pubblico ministero.

Non è previsto che il fiduciario debba informare i congiunti dell'incapace dello sviluppo della malattia, sicché, specialmente nel caso in cui il fiduciario sia anche tutore dell'incapace, terzi soggetti potrebbero rimanere ignari di quanto accade e degli sviluppi processuali della vicenda relativa al proprio congiunto, rimanendo di fatto impossibilitati a promuovere eventuali giudizi o ad intervenire.

Ci si potrebbe chiedere, poi, se tutti i soggetti che sopra si è individuati come muniti di legittimazione ad agire in caso di contrasto tra fiduciario e medico

---

seguinte link < <https://bit.ly/2AE4hCu>>; in senso contrario cfr. le Linee guida per l'applicazione della l. 219/17 predisposte da Trib. Mantova, 13 aprile 2018, cit.

<sup>48</sup> Si ricorda che nel caso Englaro l'impugnazione del P.M. avverso la decisione resa dalla Corte di appello di Milano in sede di rinvio successivamente alla pronuncia di Cass. 21748/07, cit., è stata dichiarata inammissibile da Cass., sez. un., 13 novembre 2008, n. 27145, *Foro it.*, Rep. 2008, voce *Pubblico ministero civile*, n. 2; *Famiglia e dir.*, 2008, 1085, con nota di F. TOMMASEO, *Procedimenti camerali e impugnazioni del Pubblico Ministero: davvero inammissibile il ricorso per Cassazione proposto nel caso Englaro?*

<sup>49</sup> Cfr. Cass., ord. 20 aprile 2005, n. 8291, *Foro it.*, 2005, I, 2359, con nota di G. DE MARZO, cui si rinvia per ulteriori riferimenti.

dispongano di qualche strumento processuale per contestare l'interpretazione delle DAT (e la conseguente loro applicazione/disapplicazione) compiuta concordemente dal medico e dal fiduciario.

La lettera dell'art. 4, 5° comma, l. 219/17, facendo riferimento alle ipotesi di «conflitto tra il fiduciario e il medico», parrebbe escludere una simile possibilità, verosimilmente sulla base di un bilanciamento in cui il diritto di autodeterminazione esercitato dall'incapace tramite le DAT e la nomina del fiduciario è stato considerato prevalente rispetto al diritto dei congiunti del malato a non perdere il rapporto parentale, nonché rispetto al loro interesse ad esprimersi in ordine al percorso terapeutico.

L'accordo tra medico e fiduciario, tuttavia, non garantisce sulla conformità della decisione assunta alla volontà dell'incapace, in quanto le DAT, come ogni documento, sono suscettibili di interpretazione.

Pare d'altra parte indubbio che i congiunti dell'incapace abbiano il diritto a non perdere ingiustamente il proprio caro ed abbiano, specularmente, interesse a far sì che la vita di questo non si protragga per effetto dell'applicazione di terapie che egli non avrebbe voluto. Per evitare che (o quanto meno per limitare i casi in cui) le DAT vengano applicate male (e quindi la volontà dell'incapace sia frustrata), nonché per evitare che simili fatti pregiudizievoli, sia pure incolpevolmente, si producano ad opera del fiduciario e del medico come conseguenza di un'errata (ma concorde) interpretazione/applicazione delle DAT, dovrebbe sostenersi che sia da riconoscere in capo ai soggetti di cui all'art. 3, 5° comma, l. 219/17, o quanto meno al rappresentante legale dell'incapace (ove diverso dal fiduciario) o ad un curatore speciale, la possibilità di contestare, ricorrendo al giudice tutelare, l'applicazione/disapplicazione delle DAT posta in essere concordemente da medico e fiduciario (con una forzatura della lettera della legge operata sulla base di un'interpretazione guidata dal principio costituzionale di tutela della libertà, della dignità e della volontà dell'incapace, nonché sulla base del principio di ragionevolezza).

Un argomento a sostegno del riconoscimento della legittimazione ad agire innanzi al giudice tutelare in capo ai soggetti suddetti anche in caso di accordo tra medico e rappresentante dell'incapace (sia esso il fiduciario o il soggetto di cui all'art. 3, 5° comma), al fine di contestare le scelte di quest'ultimo, può ricavarsi anche dalla lettura dell'art. 410, 2° comma, c.c., secondo il quale, in caso di scelte o di atti dannosi ovvero di negligenza dell'amministratore di sostegno nel perseguire l'interesse del beneficiario, quest'ultimo, il P.M. ed i soggetti di cui all'art. 406 c.c., possono ricorrere al giudice tutelare. Parrebbe irragionevole non riconoscere una simile possibilità ai medesimi soggetti in caso di scelte relative al fine vita assunte da parte del rappresentante dell'incapace. Si consideri, peraltro, che la stessa l. 219/17 fa riferimento alla figura dell'amministratore di sostegno (ed alla relativa disciplina) là dove,

nell'art. 4, 4° comma, prevede che, «nel caso in cui le DAT non contengano l'indicazione del fiduciario o questi vi abbia rinunciato o sia deceduto o sia divenuto incapace, le DAT mantengono efficacia in merito alla volontà del disponente» e «in caso di necessità, il giudice tutelare provvede alla nomina di un amministratore di sostegno, ai sensi del capo I del titolo XII del libro I del codice civile».

L'ampliamento della platea dei legittimati ad agire per la verifica della corretta attuazione delle DAT anche in caso di accordo tra fiduciario e medico tutelerebbe i congiunti ed il malato stesso anche da eventuali comportamenti scorretti del fiduciario, magari dettati da cinico interesse (conflittuale con quello del rappresentato).

Potrebbe d'altra parte sostenersi, però, che il legislatore ha costruito la figura del fiduciario, attribuendo al disponente il potere di indicare una persona di sua fiducia, proprio nell'ottica di garantire al disponente stesso di affidare efficientemente ad una ed una sola persona la attualizzazione, interpretazione e la tutela delle sue volontà, in virtù di un *inuitus personae* particolarmente forte.

Consentire a terzi soggetti di instaurare un giudizio avente ad oggetto l'interpretazione e l'applicazione/disapplicazione delle DAT in mancanza di disaccordo tra medico e fiduciario (e quindi contro la volontà espressa dal fiduciario) rischierebbe pertanto di svuotare di senso la figura ed il ruolo del fiduciario stesso e inevitabilmente potrebbe avere ripercussioni negative sullo stesso malato, a causa del protrarsi del tempo in cui rimarrebbe sottoposto a cure magari non volute, nelle more del giudizio.

La riflessione su tale aspetto della disciplina va quindi approfondita, tenendo sempre presente che la corretta interpretazione/applicazione delle DAT si traduce in una questione di vita o di morte per l'incapace, oltre che di rispetto della sua dignità e volontà.

L'alternativa all'ampliamento dell'accesso al giudizio tutelare suddetto sembrerebbe da rinvenirsi nel sollevamento di una questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, 5° comma, l. 219/17, analoga (sia pure nella diversità delle fattispecie) a quella di cui a Trib. Pavia, ord. 24 marzo 2018, cit.<sup>50</sup>.

## 7. Il rito camerale.

---

<sup>50</sup> Si segnala che M. PICCINNI, *op. cit.*, 1121, commentando il provvedimento di Trib. Pavia citato nel testo, ha affermato che nei casi in cui «non c'è contrasto tra la prospettiva del personale curante e quella del soggetto chiamato a 'fare le veci' del paziente (secondo l'espressione utilizzata dall'art. 4, 1° comma, l. n. 219/2017), l'intervento giudiziario sembra a chi scrive inutile o, addirittura, dannoso, e quindi da escludere».

Abbiamo visto che il legislatore ha espressamente rimesso alla cognizione del giudice tutelare<sup>51</sup> le questioni inerenti la tutela della volontà (relativa ai trattamenti sanitari da ricevere) dell'incapace che non ha lasciato DAT e le questioni relative alla risoluzione di possibili contrasti sulla interpretazione/applicazione delle DAT stesse (art. 3, 5° comma e art. 4, 5° comma, l. 219/17).

Nei relativi giudizi troverà quindi applicazione la disciplina del rito camerale, di cui agli artt. 732 e 737 ss. c.p.c.<sup>52</sup>.

Si tratta di un processo (meglio, di uno schema di processo) a cognizione sommaria, semplificato, in cui le forme del contraddittorio non sono predefinite, in cui il giudice ha rilevanti poteri istruttori<sup>53</sup>, dominato dall'assoluta discrezionalità del giudice nella determinazione delle sue modalità di svolgimento (quindi non regolato dalla legge)<sup>54</sup>, destinato a

---

<sup>51</sup> Le Linee guida predisposte da Trib. Mantova, 13 aprile 2018, cit., affermano che il giudice territorialmente competente, «in difetto di indicazioni normative, vada individuato nel giudice del luogo in cui ha il domicilio il soggetto della cui situazione giuridica si discute», e, a quanto si evince, ritengono che il giudice tutelare debba decidere in composizione monocratica, affermando che «quanto alla forma, il Giudice Tutelare emetterà un decreto, eventualmente munito della clausola di cui all'art. 741 c.p.c. Occorre sottolineare che, in caso di contrasto tra i soggetti esercenti la responsabilità genitoriale sul minore circa gli interventi sanitari da praticare, dovrà essere invece proposto da costoro ricorso al Tribunale in composizione collegiale ai sensi dell'art. 316 c.c. ai fini della composizione del conflitto esistente fra di essi».

<sup>52</sup> La riflessione della dottrina processualcivilistica sul processo camerale è stata (ed è) ricchissima. Si veda, *ex multis*, A. CARRATTA, voce *Processo camerale (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia del diritto - Annali III*, Milano, 2010, 928 ss.; ID., *I procedimenti camerale-sommari in recenti pronunce della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, 1049 ss.; A. PROTO PISANI, *I diritti e le tutele*, ESI, 2008, 190 ss.; ID., *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 663 ss.; L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata*, Giappichelli, 2011, *passim*; L. MONTESANO, «Dovuto processo» su diritti incisi da giudizi camerale e sommari, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1989, 915 ss.; V. DENTI, *La giurisdizione volontaria rivisitata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1987, I, 431 ss.; L.P. COMOGLIO, *Difesa e contraddittorio nei procedimenti in camera di consiglio*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 719 ss.; F. TOMMASEO, *Giudizi camerale di potestate e giusto processo*, in *Famiglia e dir.*, 2002, 233 ss.; R. TISCINI, *L'accertamento del fatto nei procedimenti con struttura sommaria*, in <www.judicium.it>, 2010, *passim*.

<sup>53</sup> Cfr., *ex multis*, E. FABIANI, *I poteri istruttori del giudice civile*, ESI, 2008, 668 ss.

Con specifico riferimento ai giudizi camerale di cui alla l. 219/17, si vedano le Linee guida predisposte da Trib. Mantova, 13 aprile 2018, cit., secondo cui «ove ritenuto necessario, il Giudice Tutelare potrà dare corso ad una istruttoria anche in forme semplificate, eventualmente ricorrendo ad ausiliari o informatori tecnici».

<sup>54</sup> Si veda, in questi termini, A. PROTO PISANI, *I diritti e le tutele*, cit., 215 ss., ove si legge che «gli unici aspetti di questo processo predeterminati dalla legge sono: la forma del ricorso con cui i provvedimenti sono richiesti (art. 737 c.p.c.); la necessità, ove siano di competenza di un giudice collegiale, della nomina di un giudice relatore 'che riferisca in camera di consiglio' (art. 738, comma 1, c.p.c.); la necessità, ove debba essere sentito il pubblico ministero, che gli atti siano comunicati allo scopo di

concludersi (di norma) con un decreto motivato reclamabile e in ogni tempo modificabile e revocabile (quindi non idoneo ad acquisire la definitività ed immutabilità propria del giudicato formale e sostanziale). La struttura di tale procedimento è congeniale alla trattazione di questioni di c.d. volontaria giurisdizione, ossia a quella che è stata definita come una sorta di amministrazione del diritto privato, avente ad oggetto la gestione di interessi privati e non controversie su diritti o *status*<sup>55</sup>.

Al contrario, «il *proprium* del processo a cognizione piena predisposto per la tutela giurisdizionale dei diritti e degli *status* si coglie nella predeterminazione legislativa delle forme e dei termini (e dei corrispondenti poteri, doveri e facoltà processuali delle parti e del giudice) in tema di allegazioni relative a domande, eccezioni e fatti, di meccanismi di conoscenza del fatto, di termini a difesa delle parti nei vari momenti del processo. Strettamente coerente a queste caratteristiche, e alla previsione di mezzi di impugnazione, è lo sfociare del processo a cognizione piena nel giudicato formale e sostanziale»<sup>56</sup>.

Come abbiamo già visto *supra*, pare oramai pacifico (in virtù dell'evoluzione giurisprudenziale culminata nella nota Cass. 21748/07 e della successiva l. 219/17) che le questioni devolute al giudice tutelare dagli articoli 3 e 4 della l. 219/17 abbiano ad oggetto l'accertamento della volontà dell'incapace e la tutela del suo diritto soggettivo a vedere rispettata la propria volontà ed autodeterminazione in ordine ai trattamenti diagnostici e sanitari da ricevere al ricorrere di determinate situazioni di fatto ed in presenza di determinate patologie. Tali controversie possono vedere contrapposti il medico, il P.M., il rappresentante dell'incapace, gli altri soggetti di cui all'art. 406 c.c., il

---

'stendere le sue conclusioni in calce al provvedimento del Presidente' (art. 738, comma 2, c.p.c.); il potere del 'giudice' di 'assumere informazioni' (art. 738, comma 3, c.p.c.); la forma di decreto motivato del provvedimento conclusivo, 'salvo che la legge disponga altrimenti' (art. 737 c.p.c.); la reclamabilità del decreto innanzi al giudice superiore entro il 'termine perentorio di dieci giorni dalla comunicazione del decreto, se è dato in confronto di una sola parte, o dalla notificazione, se è dato in confronto di più parti' (art. 739, commi 1 e 2, c.p.c.), nonché da parte del pubblico ministero (contro i decreti del giudice tutelare e quelli del tribunale per i quali è necessario il suo parere) entro dieci giorni dalla comunicazione (art. 740 c.p.c.); la pronuncia sul reclamo nelle stesse forme del procedimento conclusivi con il decreto reclamato (art. 739, comma 1, c.p.c.); l'irreclamabilità dei decreti della corte d'appello e di quelli del tribunale pronunciati in sede di reclamo (art. 739, comma 3, c.p.c.); l'efficacia dei decreti emanati in sede di reclamo e (salvo ragioni di urgenza) dei decreti di primo grado solo quando sono decorsi i termini per proporre reclamo (art. 741 c.p.c.); la modificabilità e revocabilità in ogni tempo dei decreti, con la salvezza però dei 'diritti acquistati in buona fede dai terzi in forza di convenzioni anteriori alla modificazione o alla revoca' (art. 742 c.p.c.); la applicabilità di tali regole 'a tutti i procedimenti in camera di consiglio, ancorché [...] non riguardino materia di famiglia o di stato delle persone' (art. 742-bis c.p.c.)».

<sup>55</sup> Cfr., *ex multis*, C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, IV, XXIV ed., Giappichelli, 2015, 399.

<sup>56</sup> Così A. PROTO PISANI, *I diritti e le tutele*, cit., 215.

fiduciario del malato incapace e, comunque, quale litisconsorte necessario, un suo curatore speciale ex art. 78 c.p.c. (almeno se, come notato, non lo si consideri oggi superfluo in ragione della presenza del P.M. - cfr. Cass., ord. 20 aprile 2005, n. 8291, cit.).

Secondo quanto osservato *supra* (v. § 5), poi, potrebbe sostenersi che i procedimenti promossi ai sensi degli artt. 3 e 4, l. 219/17 potrebbero avere un oggetto anche più ampio e complesso, qualora venissero contestualmente esperite azioni di condanna.

È d'altra parte un fatto ricorrente ormai da decenni che il procedimento camerale sia utilizzato (scelto dal legislatore) per la decisione di vere e proprie controversie su diritti soggettivi, tanto da essere stato definito come «contenitore neutro»<sup>57</sup>.

Tale prassi, anche legislativa, è aspramente criticata da parte di autorevole dottrina, ancor più alla luce del novellato art. 111, 1° comma, Cost., ai sensi del quale «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge»<sup>58</sup>, ma sia la Corte costituzionale<sup>59</sup>, sia la Corte di cassazione<sup>60</sup>, hanno

<sup>57</sup> Si veda A. CARRATA, *La procedura camerale come «contenitore neutro» e l'accertamento dello «status» di figlio naturale dei minori*, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 1300.

<sup>58</sup> Cfr., *ex multis*, G. COSTANTINO, *Tutela dei diritti e regole del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 1431, il quale rileva che «imposta l'applicazione del procedimento sommario di cognizione o del procedimento camerale, la determinazione delle regole del processo è affidata alla discrezione del giudice senza alcuna possibilità di accesso ad un processo con regole predeterminate» e fa notare che ciò stride con il principio costituzionale secondo cui il processo, per essere giusto, deve essere regolato dalla legge; A. PROTO PISANI, *I diritti e le tutele*, cit., 237, secondo cui «la procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c., da sola (cioè non accompagnata dalla possibilità di ricorso in ogni tempo alla cognizione piena), è strutturalmente e funzionalmente inadeguata ad assicurare la tutela giurisdizionale dei diritti e degli status: sul piano strutturale perché non garantista, sul piano funzionale perché non consente il formarsi del giudicato (formale e sostanziale)»; G. VIGNERA, *Saggio polemico sul procedimento 'volontario' ex artt. 737 ss. c.p.c.*, in <www.judicium.it>, *passim*; ID. *Riserva di legge ex art. 111, comma 1°, Cost. e rito camerale uniforme*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, 551 ss.

<sup>59</sup> Si veda, ad es., Corte cost. 27 giugno 1975, n. 202, in <www.cortecostituzionale.it>, sull'art. 9 l. 898/1970, in materia di modifica delle condizioni dello scioglimento del matrimonio, per la quale «il procedimento in camera di consiglio non è, di per sé, contrastante con il diritto di difesa»; Corte cost. 30 gennaio 2002, n. 1, *Foro it.*, 2002, I, 3302, con nota di A. PROTO PISANI, *Battute d'arresto nel dibattito sulla riforma del processo minorile*, che, relativamente all'art. 336, comma 2°, c.c., nel testo allora vigente, in riferimento all'ordinanza di rimessione che aveva ritenuto che «l'applicabilità del rito camerale violi l'art. 111 Cost., in relazione al principio per cui il 'giusto processo' deve essere regolato dalla legge, per l'assenza in quel rito di una precisa e puntuale disciplina dei poteri del giudice e delle parti, cui non potrebbe ovviare un'interpretazione adeguatrice ex art. 24 Cost., che lascerebbe aperta la via a prassi applicative difformi per ogni ufficio giudiziario», ha ritenuto inammissibile la questione in considerazione del potere del giudice di interpretare la normativa impugnata in senso conforme a Costituzione»; ed ha aggiunto: «quanto alle eventuali

sempre avallato la prassi suddetta, riconoscendola non illegittima, a condizione che al rito camerale vengano apportati (ad opera del giudice stesso) dei correttivi ispirati ai principi cardine dei giudizi a cognizione piena<sup>61</sup>.

---

prassi distorsive, esse si risolverebbero in errori cui rimedierebbe in sede di reclamo il controllo dei provvedimenti emessi in prima istanza»; Corte cost. 26 febbraio 2002, n. 35, *id.*, 2002, I, 1290, con nota di richiami, sull'art. 14 d.lgs. 286/1998, sulla convalida dei provvedimenti di espulsione dei cittadini extracomunitari, per la quale «la procedura camerale, quando sia prevista senza l'imposizione di specifiche limitazioni del contraddittorio, non viola di per sé il diritto di difesa»; Corte cost. 23 gennaio 2013, n. 10, *Giur. costit.*, 2013, 239, con nota di R. CAPONI, sull'art. 29 d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, che ha pure dichiarato inammissibile la questione perché «il giudice remittente non si è fatto carico di individuare una possibile interpretazione delle norme censurate idonea a superare i dubbi di costituzionalità» ed ha ribadito che «la previsione del rito camerale per la composizione di conflitti di interesse mediante provvedimenti decisori non è di per sé suscettiva di frustrare il diritto di difesa, in quanto l'esercizio di quest'ultimo può essere modulato dalla legge in relazione alle peculiari esigenze dei vari procedimenti purché ne vengano assicurati lo scopo e la funzione».

<sup>60</sup> Si vedano, ad es., Cass., sez. un., 19 giugno 1996, n. 5629, *Foro it.*, 1996, I, 3070, con nota di M.G. CIVININI, sulla dichiarazione giudiziale di paternità, che, in motivazione, ha espressamente ricordato che «una parte della dottrina processualciviltistica è saldamente attestata nel ritenere la legittimità del procedimento ordinario utilizzato anche per rapporti non contenziosi, ma dubita della legittimità del procedimento camerale (o volontario) avente ad oggetto controversie su diritti o addirittura su status»; ma ha ribadito che «il procedimento in camera di consiglio, di per sé, non contrasta con il diritto di difesa» e che «il ricorso al procedimento camerale anche in tema di tutela giurisdizionale di diritti soggettivi o di status non impedisce l'osservanza del diritto di difesa e non preclude la possibilità che la relativa disciplina si conformi alle speciali caratteristiche della struttura dei singoli procedimenti, purché siano assicurati la garanzia del contraddittorio e l'esperibilità di ogni mezzo di prova, in modo da consentire alle parti di far valere tutte le loro ragioni»; e che «la recente produzione normativa [...] non toglie che [...] lo stesso legislatore ordinario debba rispettare quel minimo di garanzie procedurali in funzione della struttura del rapporto in contestazione»; Cass. 28 luglio 2004, n. 14200, *id.*, 2005, I, 777, con nota di richiami, ancora sulla dichiarazione giudiziale di paternità, per la quale «la giurisdizione camerale [...] si è gradualmente trasformata [...] in un contenitore neutro [...] la celerità e la semplicità di forme non possono mai pregiudicare, i diritti delle parti; in particolare, il diritto alla prova e la facoltà di prova, per la cui tutela giurisdizionale soccorrono, salvo specifiche disposizioni di legge, i principi che regolano il processo a cognizione piena».

<sup>61</sup> G. VIGNERA, *op. cit.*, 25 ss., rileva, tuttavia, che nella giurisprudenza più recente, soprattutto di legittimità, è in atto un mutamento di prospettiva «diventato inequivocabile con Cass., sez. un., 29 ottobre 2004, n. 20957, [in *Foro it.*, 2005, I, 80, con nota di D. PIOMBO], con la quale la Suprema Corte ha preso una netta posizione a favore della 'decamerizzazione' dei giudizi sui diritti, affermando perentoriamente: 'com'è stato sottolineato dalla stessa dottrina, ed il rilievo risulta ancora più convincente dopo la riforma dell'art. 111 Cost. in tema di giusto processo, la tutela dei diritti e degli status si realizza solo attraverso processi a cognizione piena, destinati a concludersi con sentenze ovvero con provvedimenti aventi attitudine al giudicato

In particolare, secondo la soluzione consolidatasi nella giurisprudenza costituzionale e di legittimità, nei casi in cui il rito camerale sia richiamato esplicitamente o implicitamente per la tutela giurisdizionale di diritti, al provvedimento camerale sarebbe da riconoscere piena attitudine al giudicato formale e sostanziale (con esclusione del regime di modificabilità e revocabilità di cui all'art. 742 c.p.c.); ad attenuazione della sommarietà del procedimento camerale così come descritto dalle norme codicistiche di riferimento, poi, si dovrebbe garantire la convocazione delle parti<sup>62</sup>, il normale esercizio di facoltà di prova, la congruità dei termini per il reclamo, la motivazione del provvedimento, la condanna alle spese della parte soccombente, l'assunzione delle prove (ancorché atipiche o in forma atipica) nel contraddittorio delle parti; il provvedimento emanato in sede di reclamo sarebbe ricorribile per Cassazione ex art. 111, 7° comma, Cost.<sup>63</sup>.

Si ricorda, inoltre, che il giudizio per l'accertamento della volontà di Eluana Englaro si è svolto proprio con le forme del rito camerale, innanzi al giudice tutelare, e la giurisprudenza successiva, ivi inclusa quella del Consiglio di Stato, ha espressamente riconosciuto il valore di giudicato alla pronuncia del giudice civile. Si leggano, al riguardo, le sentenze del Consiglio di Stato che hanno deciso, dapprima, sulla legittimità degli atti della Regione Lombardia che negavano la messa a disposizione di strutture sanitarie per l'esecuzione della volontà di Eluana accertata in sede civile<sup>64</sup>, e poi sulla richiesta di risarcimento dei danni causati dall'illegittimità dei provvedimenti

---

formale e sostanziale, non già con procedimenti in cui le modalità del contraddittorio siano rimesse alla determinazione discrezionale del giudice'».

L'Autore nota la stessa tendenza alla decameralizzazione in diversi dei più recenti interventi del legislatore in materia processuale, tra cui, in particolare, quello rappresentato dal «d.lgs. 1° settembre 2011 n. 150, la cui Relazione illustrativa del Governo afferma a chiare lettere: 'deve ritenersi particolarmente significativa la linea guida tracciata dalla legge delega, si ritiene anche con riferimento a possibili futuri interventi normativi, circa l'opportunità della riconduzione al rito sommario di cognizione di numerose fattispecie presenti nella legislazione speciale mediante l'adozione delle forme del procedimento in camera di consiglio stabilite dagli articoli 737 e ss. c.p.c.'» (così G. VIGNERA, *op. cit.*, 27).

<sup>62</sup> Con specifico riferimento ai procedimenti camerali previsti dalla l. 219/17, si vedano le Linee guida predisposte da Trib. Mantova, cit., secondo cui «dovendosi dirimere un conflitto, va assicurato il rispetto del contraddittorio ciò che non implica necessariamente la fissazione di una udienza, ritenendosi ammissibile anche la proposizione di un ricorso congiunto - sottoscritto dal medico e dal soggetto in conflitto - nel quale dovranno essere riportate le ragioni di ciascuna parte, salva restando la possibilità per il Giudice Tutelare di sentire gli interessati ovvero di disporre ulteriori approfondimenti istruttori».

<sup>63</sup> Cfr., in questi termini, A. PROTO PISANI, *I diritti e le tutele*, cit., 238 ss., cui si rinvia per puntuali critiche ed osservazioni.

<sup>64</sup> Cons. Stat. 2 settembre 2014, n. 4460, cit.

amministrativi suddetti (che avevano ritardato ingiustamente e colpevolmente l'applicazione della volontà della incapace)<sup>65</sup>.

Anche se una parte della dottrina continua ad essere fortemente critica nei confronti dell'impiego, per la tutela giurisdizionale di diritti, del rito camerale, come modificato ad opera della giurisprudenza, occorre prendere atto che la prassi e gli orientamenti sopra riportati sono consolidati da decenni. Salvo (auspicabili e risoluti) *revirement* in sede di giurisprudenza di legittimità o costituzionale, quindi, è da ritenere che la scelta del rito operata dal legislatore della l. 219/17 non sarà scardinata.

La peculiarità della materia oggetto della disciplina di cui alla l. 219/17 e la delicatezza degli interessi in gioco, peraltro, consigliano un approfondimento della riflessione.

Un dato di fatto desta perplessità e preoccupazione: cause aventi ad oggetto l'accertamento della volontà relativa all'accettazione o al rifiuto di trattamenti sanitari di un soggetto incapace, la cui decisione può determinare l'interruzione della somministrazione di cure, e quindi la morte della persona malata, e quindi l'evento più drammaticamente e tragicamente irreversibile e definitivo per l'essere umano, vengono trattate secondo lo schema di un rito strutturalmente congegnato per dare luogo a decisioni non definitive, in quanto sempre revocabili e modificabili.

Affidare la trattazione di simili delicatissime e pesantissime questioni ad un rito in cui un ruolo egemone, spesso definito dalla dottrina come «paternalistico», viene attribuito al giudice, che oltre ad assolvere il suo già gravoso compito è chiamato anche ad adeguare, secondo la sua discrezionalità, la struttura del rito alle esigenze della cognizione (da trasformare, da sommaria, a quanto più possibile simile alla piena), significa, oltre che intaccare i diritti di difesa delle parti, anche caricare la stessa persona del giudice di un *surplus* di responsabilità che non potrà non appesantire il carico emotivo e morale già titanico della decisione da prendere. D'altra parte, pare poco ragionevole che, una volta liberato il malato (ed anche il malato incapace) dal giogo del paternalismo del medico<sup>66</sup> grazie all'evoluzione della disciplina del consenso informato culminata nella l. 219/17, lo si assoggetti al paternalismo processuale del giudice tutelare.

Non è certo questa la sede per discutere del rapporto tra poteri del giudice e qualità del giudizio, ma pare potersi affermare che l'assoluto dominio del giudice sul rito camerale, nel contesto di questioni in cui grande peso possono avere, anche a livello inconscio, le più intime convinzioni etiche, religiose o

---

<sup>65</sup> Cons. Stat. 21 giugno 2017, n. 3058, cit.

<sup>66</sup> Cfr., al riguardo, le considerazioni svolte da P. BORSELLINO, *op. cit.*, 790.

filosofiche del giudicante, possa gettare inquietanti veli di dubbio sulla qualità dell'accertamento, e prima ancora, sulla giustizia del processo<sup>67</sup>.

È certamente vero che spesso la scelta del legislatore per il rito camerale è dettata anche da esigenze di celerità nella definizione di questioni delicate, e nella materia *de qua* tali esigenze ricorrono senza dubbio. Pare altrettanto vero, però, che seppure la scelta processuale del legislatore non dovesse essere ritenuta irragionevole e costituzionalmente illegittima (già per contrasto con l'art. 111, 1° comma, Cost.), essa presenta profili di inopportunità.

Sarebbe stato forse preferibile prevedere che almeno un grado dei giudizi di cui agli artt. 3 e 4 della l. 219/17 si svolgesse a cognizione piena, eventualmente con le forme del rito del lavoro o del procedimento sommario di cognizione, con la previsione di una corsia preferenziale per la trattazione dei relativi procedimenti.

La prassi darà indicazioni sulla bontà della scelta compiuta dal legislatore, ed eventualmente concorrerà a suggerire una modifica legislativa nel senso suddetto.

---

<sup>67</sup> Cfr. A.D. DE SANTIS, *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, Jovene, 2018, 15 ss., secondo cui «occorre avere piena consapevolezza della natura intrinsecamente umana del processo e [...] rivolgere l'attenzione su come i principî e i valori che ispirano gli uomini siano in grado di incidere sulle scelte e sulle soluzioni tecniche e, quindi, in via mediata, sul risultato del processo».