

Articolo 6
Norma transitoria

1. Ai documenti atti ad esprimere le volontà del disponente in merito ai trattamenti sanitari, depositati presso il comune di residenza o presso un notaio prima della data di entrata in vigore della presente legge, si applicano le disposizioni della medesima legge.

Riflessioni sui registri comunali relativi alle disposizioni anticipate di trattamento istituiti prima dell'entrata in vigore della l. n. 219/2017

Viviana Molaschi

Professore associato di diritto amministrativo, Università degli Studi di Bergamo

L'art. 6 della l. n. 219/2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento¹ stabilisce, con una norma transitoria, l'applicabilità delle proprie previsioni ai «documenti atti ad esprimere le volontà del disponente in merito ai trattamenti sanitari, depositati presso il Comune di residenza o presso un notaio» prima della data di entrata in vigore della legge medesima, sancendone pertanto la retroattività.

La disposizione deve essere letta unitamente all'art. 4, secondo il quale le disposizioni anticipate di trattamento (DAT), finalmente regolate, «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 proprio comune di residenza², che provvede all'annotazione in apposito registro, ove istituito». In alternativa, è prevista la consegna presso le strutture sanitarie, qualora le regioni che adottino modalità telematiche di gestione della cartella clinica o il fascicolo sanitario elettronico o altre modalità informatiche di gestione dei dati del singolo iscritto al Servizio sanitario nazionale abbiano con proprio atto regolamentare disciplinato la raccolta di copia delle DAT³. Malgrado il chiaro riconoscimento da parte della giurisprudenza del diritto all'autodeterminazione terapeutica anche del paziente incapace o comunque non più in grado di esprimersi consapevolmente⁴, il legislatore nazionale è rimasto a

¹ Per un'analisi della nuova l. 219/2017 v. M. AZZALINI, *Legge 219/2017: la relazione medico-paziente irrompe nell'ordinamento positivo tra norme di principio, ambiguità lessicali, esigenze di tutela della persona, incertezze applicative*, in corso di pubblicazione in *Responsabilità civile e previdenza*, 1, 2018, 1 ss.

² La normativa contempla anche la possibilità di utilizzare la videoregistrazione o dispositivi che consentano alla persona con disabilità di comunicare.

³ Al riguardo l'art. 1, commi 418-419, della l. 27 dicembre 2017, n. 205, l. di bilancio 2018, prevedono l'istituzione presso il Ministero della salute di una banca dati destinata alla registrazione delle DAT.

⁴ V. Cass., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Foro it.*, 2007, I, 3025, con nota di G. CASABURI. Su tale decisione v., tra gli altri, il commento di C. CASONATO, *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, in *Quad. cost.*, 2008, 545 ss.

lungo e, a dire il vero, ostinatamente inerte⁵: nonostante la disciplina del c.d. testamento biologico fosse l'oggetto di una crescente domanda sociale, non si riusciva o non si voleva legiferare⁶. Negli anni che hanno preceduto la recente legge, altri soggetti hanno quindi cercato di colmare il "vuoto", non già di principi ma regolatorio⁷, e di garantire ai cittadini la possibilità di esprimere le proprie decisioni terapeutiche in previsione di eventuali future incapacità, dando a queste un minimo di rilevanza giuridica – si vedrà in che termini – per evitare le difficoltà nella ricostruzione

della volontà della persona che avevano caratterizzato il caso Englaro. Si tratta del legislatore regionale, su cui si è abbattuta la scure della Consulta⁸ e dei Comuni, attraverso l'istituzione di registri per la raccolta delle dichiarazioni anticipate di trattamento o testamenti biologici⁹. Pur nel variegato panorama venutosi a creare¹⁰, in linea di massima i registri predisposti dai Comuni corrispondono ad elenchi in cui vengono indicati, in ordine progressivo, i dati anagrafici del dichiarante, la data di autenticazione della dichiarazione, il numero di protocollo attribuito e qual-

⁵ In ragione di tale attitudine verso le questioni biogiuridiche e, in special modo, verso le tematiche del fine vita, l'ordinamento italiano è stato ascritto al c.d. «modello astensionista», in contrapposizione al «modello interventista» tipico di altri Paesi: v. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, 94 ss.

⁶ Così P. ZATTI, *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, 2009, 8: «Da noi vige l'*Italian way*: non si legifera perché non si riesce e perché non si vuole...».

⁷ La libertà di autodeterminazione terapeutica trova infatti fondamento negli artt. 2, 13, 32 Cost.: v. Corte Cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Foro it.*, 2009, I, 1328 ss. Rilevanti sono altresì l'art. 9 della Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997, ratificata dall'Italia con l. 28 marzo 2001, n. 145 (seppure ancora non ne risulta depositato lo strumento di ratifica) e l'art. 3 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea.

⁸ Ci si riferisce alla l. reg. Friuli Venezia Giulia 13 marzo 2015, n. 4, «Istituzione del registro regionale per le libere dichiarazioni anticipate di trattamento sanitario (DAT) e disposizioni per favorire la raccolta delle volontà di donazione degli organi e dei tessuti», che, a seguito del ricorso per legittimità costituzionale promosso dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, era stata modificata dalla l. reg. 10 luglio 2015, n. 16, al fine di riuscire ad evitare la declaratoria di incostituzionalità. Ciononostante, la disciplina risultante dall'intervenuta modifica è stata dichiarata incostituzionale. La Consulta, con pronuncia n. 262 del 14 dicembre 2016, in *Foro it.*, 2017, I, 439 ss., ha affermato che l'attribuzione di un rilievo pubblico alle manifestazioni di volontà, espressive della libertà di cura, implica la necessità di una articolata regolamentazione, che, se recata da una norma regionale, interferisce

nella materia dell'ordinamento civile, spettante in maniera esclusiva alla competenza legislativa dello Stato ai sensi dell'art. 117, 2° comma, lettera l), Cost. Inoltre, secondo il giudice delle leggi, una normativa in tema di disposizioni di volontà relative ai trattamenti sanitari nella fase terminale della vita, al pari di quella che regola la donazione di organi e tessuti, richiede uniformità di trattamento sul territorio nazionale, per ragioni imperative di eguaglianza. Mentre in materia di organi e tessuti il legislatore statale è intervenuto con la l. 1° aprile 1999, n. 91, all'epoca della sentenza non altrettanto si era verificato in relazione al fine vita. L'assenza di una legislazione nazionale in tema di dichiarazioni anticipate di trattamento sanitario non giustificava però l'interferenza del legislatore regionale in una materia attribuita alla potestà legislativa esclusiva statale. Su tale pronuncia v. i commenti di L. COEN, *Le disposizioni anticipate di trattamento sanitario tra diritto civile e organizzazione amministrativa*, in *BioLaw Journal*, 1, 2017, 207 ss. e di L. BUSATTA, *Le dichiarazioni anticipate di trattamento, tra ordinamento civile e «ragioni imperative di eguaglianza»*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, Rassegna n. 8, 2017.

⁹ In alcuni casi nello stesso senso si sono mosse anche alcune Province; la l. n. 219/2017, però, non contiene alcun cenno a tali enti locali.

¹⁰ Per un quadro di alcune delle esperienze più significative v. E. STRADELLA, F. BONACCORSI, *L'esperienza dei Registri delle Dichiarazioni anticipate di Trattamento sanitario tra linee guida e prospettive di regolazione del fine vita*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, Napoli, 2012, in partic. 294 ss.

che altra informazione che può variare (fiduciario, luogo in cui si trova la dichiarazione, ecc.); in molti casi le pubbliche amministrazioni si sono anche occupate della catalogazione e raccolta delle dichiarazioni.

Alle numerose iniziative comunali si è risposto con un deciso “*niet*” da parte dei Ministri del Lavoro e delle Politiche sociali, dell’Interno e della Salute, che, con circolare datata 19 novembre 2010, hanno voluto scoraggiare non solo i Comuni, cui si faceva presente «un uso distorto di risorse umane e finanziarie, con eventuali possibili responsabilità»¹¹, ma anche i cittadini, affermando che i provvedimenti dei Comuni erano «privi di effetti giuridici».

I Ministri hanno basato la propria posizione sulle seguenti argomentazioni: 1) il fatto che la «materia del fine vita» rientri nell’esclusiva competenza del legislatore nazionale; 2) la spettanza allo Stato del compito di disciplinare la «materia delle certezze giuridiche», con effetti che possono condizionare l’esercizio di diritti fondamentali, in virtù dell’art. 117 Cost., 2° comma, lett. l), che assegna al legislatore statale la competenza in materia di ordinamento civile; 3) l’attribuzione alla potestà legislativa dello Stato della determinazione delle funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane, ai sensi dell’art. 117, 2° comma lett. p), disciplina cui sono state ascritte anche le «funzioni amministrative attinenti alle dichiarazioni anticipate di volontà». Nessuna norma – ha puntualizzato la circolare –

aveva affidato ai Comuni il «servizio relativo alle dichiarazioni anticipate di trattamento», ambito, tra l’altro, in cui si sottolineava la necessità di una legislazione nazionale di principio per l’implicazione di materie come la tutela della salute, della famiglia e della *privacy*. Inoltre tale attività non poteva dirsi ricompresa nei servizi elettorali, di stato civile e di anagrafe di cui all’art. 14 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267¹².

L’intervento ministeriale è andato incontro a numerose critiche, a cominciare da quelle relative all’inadeguatezza dello strumento della circolare¹³. Le circolari sono norme interne, tradizionalmente inquadrate nell’ambito di un’organizzazione di tipo gerarchico, anche se ormai utilizzate nel contesto di altri rapporti, in particolare di direzione, all’interno degli apparati amministrativi. Se anche oggi stanno in alcuni casi assumendo una dimensione intersoggettiva¹⁴, nel rapporto fra Stato e amministrazioni comunali esse sono ammissibili solo con riferimento alle funzioni che il Sindaco esercita quale ufficiale di governo per “conto” dello Stato; al di fuori di tale contesto contrastano con il principio di pari-ordinazione tra i livelli di governo costitutivi della Repubblica sancito dall’art. 114 Cost.

Nel merito, inoltre, il fenomeno dei registri non ha leso alcuna competenza legislativa esclusiva dello Stato, ponendosi oltretutto su un piano diverso da quello del riparto della potestà normativa. La contestazione dell’illegittimità dell’operato comunale, in quanto esercizio di attività non

¹¹ Stranamente, peraltro, la circolare non è stata indirizzata anche alle Province.

¹² V. oggi, altresì, l’art. 14 della l. 30 luglio 2010, n. 122, modificato dall’art. 19, del d.l. 6 giugno 2012, n. 95, convertito in legge dalla l. 7 agosto 2012, n. 135, che ha stabilito le funzioni fondamentali dei Comuni.

¹³ Per una critica sull’uso di una circolare in tale contesto v. A. PIOGGIA, *I registri comunali delle dichiarazioni anticipate di trattamento: a proposito di una recente circolare ministeriale* (2010), in <http://www.astrid-online.it/diritti-giustizia/libert-->

[di/testamento-biologico/index.html](http://testamento-biologico/index.html); S. Rossi, *Tre Ministri e una circolare: nota sui registri comunali delle dichiarazioni anticipate* (9 febbraio 2011), in <http://www.forumcostituzionale.it>.

¹⁴ Sull’articolato utilizzo delle circolari nell’ambito dell’evoluzione dei modelli organizzativi della pubblica amministrazione v. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2017, 92 ss. Sulle circolari v. M.S. GIANNINI, voce *Circolare*, in *Enc. Dir.*, vol. VII, Milano, 1960, 1 ss.

previste dalla legge, è stata in particolare superata sulla base della distinzione tra ciò che rappresenta esercizio di una funzione in senso proprio e ciò che invece costituisce un servizio reso dall'amministrazione alla persona¹⁵. I Comuni hanno cioè offerto un servizio ai cittadini, consistente ora nel garantire l'identificazione del dichiarante-sottoscrittore e nel dare certezza circa la data della sottoscrizione dei documenti, peraltro sulla base della disciplina in materia di atti notori di cui all'art. 47 del d.p.r. 450/2000; ora nel raccogliarli e conservarli. Questo non è equivalso ad attribuire diritti ulteriori rispetto a quelli costituzionalmente sanciti e riconosciuti dalla giurisprudenza; né a disciplinare l'esercizio della libertà di autodeterminazione terapeutica rispetto al fine vita e a conferire alle dichiarazioni una valenza peculiare. Un possibile fondamento dell'attività dei Comuni è stato inoltre rinvenuto nell'attribuzione a questi delle «funzioni amministrative che riguardano la popolazione e il territorio comunale, precipuamente nei settori organici dei servizi alla persona e alla comunità», ai sensi dell'art. 13, 1° comma, del d.lgs. n. 267/2000¹⁶.

Oggi la l. n. 219/2017, che prevede all'art. 4 che le DAT possano essere redatte «per scrittura privata consegnata personalmente presso l'ufficio dello stato civile del Comune di residenza del disponente medesimo, che provvede all'annotazione in apposito registro, ove istituito», sembra ricondurre la funzione di raccolta e relativa annotazione di tali disposizioni ai servizi di stato civile di cui all'art. 14 del d.lgs. 267/2000. Tale impostazione pare confermata dalla recente circolare del Ministero dell'Interno n. 1 dell'8 febbraio 2018, che, d'intesa con il Ministero della Salute,

fornisce alcune prime indicazioni operative concernenti «gli aspetti di stretta competenza degli ufficiali del Governo presso i comuni».

La formulazione dell'art. 4 presenta peraltro alcune problematiche, che ruotano attorno all'inciso «ove istituito» relativo al registro comunale: se l'istituzione dei registri è facoltativa, ciò significa che in alcuni Comuni i cittadini dovranno per forza rivolgersi a un notaio per redigere le proprie DAT, il che configura una disuguaglianza nell'esercizio del diritto di autodeterminazione terapeutica, che in questo caso, oltretutto, «costa» di più. Resta peraltro la possibilità di deposito presso le strutture sanitarie, quando tale modalità di consegna entrerà a regime.

L'art. 6, a sua volta, nel riferirsi a «documenti atti ad esprimere le volontà del disponente in merito ai trattamenti sanitari, depositati presso il Comune di residenza» sembra legittimare *ex post* i registri previsti prima dell'entrata in vigore della legge, ma solleva alcune problematiche relative alle manifestazioni di volontà raccolte.

Si noti che l'articolo in esame non utilizza l'espressione «disposizioni anticipate di trattamento», ma, appunto, quella di «documenti», atta a ricomprendere la varietà di formule impiegate in precedenza: dichiarazioni o direttive anticipate, testamenti biologici, ecc., che quindi possono non avere i requisiti formali per integrare una DAT ai sensi della legge.

Stabilire che una disciplina si applica a una situazione pregressa è cosa diversa dal salvare gli effetti di tale precedente situazione: il fatto che l'art. 6 preveda che ai documenti depositati si applichino le nuove disposizioni dettate dalla legge fa sorgere alcune questioni in merito alla loro efficacia. Che valore hanno scritture private previamente consegnate in maniera difforme rispetto

¹⁵ Sul punto v. A. PIOGGIA, *I registri comunali delle dichiarazioni anticipate di trattamento: a proposito di una recente circolare ministeriale*, cit., in partic. 3 ss.

¹⁶ V. la nota ANCI in risposta alla circolare del 27 novembre 2010.

a quanto prescritto dall'art. 4, ossia, ad esempio, non «personalmente»¹⁷? Si pensi, inoltre, al caso di archivi che contengano dichiarazioni autenticate dal medico di famiglia¹⁸, ipotesi non contemplata dalla nuova legge.

Tali questioni, peraltro, in parte si stemperano se si considera che, secondo la giurisprudenza che si è espressa sul caso Englaro, la ricostruzione della volontà della persona che sia divenuta incapace di rapportarsi con il mondo esterno deve avvenire «in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona»¹⁹. La volontà del paziente incapace, quindi, deve essere rispettata a prescindere dalla circostanza che sia espressa in un "atto", ma come "fatto", vale a dire valutando quali ne fossero in precedenza i valori, i propositi, il sentire, la filosofia di vita²⁰. Disposizioni anticipate anche non conformi alle previsioni della legge, quindi, pur avendo una minore efficacia probatoria, possono comunque contribuire, assieme a questi ulteriori elementi, ad individuare le intenzioni dei dichiaranti.

¹⁷ Tale formulazione era già stata criticata in dottrina in sede di commento al testo approvato alla Camera: fermo restando che non sarebbe legittimo escludere la consegna da parte di un delegato munito di procura notarile o autenticata, si è fatto presente il rischio di escludere la consegna munita, come avviene normalmente, di delega scritta e sottoscritta con copia di documento di identità. Per tali rilievi v. P. ZATTI, *Brevi note sul testo approvato* (01/05/2017), in <https://unidirittogentile.wordpress.com/>.

¹⁸ V., ad esempio, tra i molti, l'art. 4 del disciplinare adottato dalla Provincia di Pisa in attuazione della delibera di giunta n. 31 del 3 marzo 2010, istitutiva del

registro informatizzato di raccolta delle dichiarazioni anticipate.

¹⁹ In questi termini v. Cass., sez. I, n. 21748/2007.

²⁰ Sull'insufficienza della teoria degli atti nell'esprimere e dare corpo alle decisioni adottate nell'ambito della relazione terapeutica v., recentemente, M. AZZALINI, *Azione, omissione, astensione: semantica della condotta nell'atto medico e tutela dell'autodeterminazione del paziente*, in *Responsabilità medica*, 4, 2017.