

Tre Ministri e una circolare: nota sui registri comunali delle dichiarazioni anticipate

di Stefano Rossi *
(9 febbraio 2011)

Con circolare¹ interministeriale in data 19 novembre 2010, il Ministro del Lavoro e delle Politiche sociali, quello dell'Interno e quello della Salute, facendo leva su "alcune richieste di parere pervenute dai Comuni", hanno inteso intervenire – con finalità esclusivamente ideologiche – per censurare le iniziative intraprese da oltre settanta Comuni italiani, i quali tra il 2009 e il 2010, hanno istituito i cd. registri per la raccolta delle direttive anticipate.

Al di là della sua qualificazione (circolare o direttiva²), l'atto adottato dalla triade ministeriale appare inadeguato e confuso³: inadeguato sotto il profilo della sua efficacia giuridica, nella misura in cui la circolare presuppone un rapporto gerarchico tra l'ente da cui l'atto promana e quello a cui lo stesso è indirizzato. Tuttavia la ricostruzione in tali termini del rapporto tra Stato e Comuni nella materia in oggetto è negata anche nella stessa circolare, ove si dichiara che «il Comune, secondo quanto previsto dall'art. 14 del D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 gestisce, per conto dello Stato e tramite il Sindaco, nella sua qualità di ufficiale di governo, solo i servizi elettorali, di stato civile e di anagrafe [ma] nessuna norma di legge abilita il Comune a gestire il servizio relativo alle dichiarazioni anticipate di trattamento».

L'istituzione dei registri delle direttive anticipate (e il relativo servizio di raccolta delle stesse) non viene quindi assimilata alle funzioni previste dall'art. 14 del T.u.e.l., conseguentemente non si può parlare in questa ipotesi di funzioni delegate ed esercitate dal sindaco, quale ufficiale del governo, ossia quale organo periferico dello Stato, soggetto al potere gerarchico del Ministero dell'Interno⁴.

Al di fuori di ciò, la pari-ordinazione fra i diversi livelli di governo sancita dall'art. 114 Cost. impedisce comunque di ritenere la circolare uno strumento idoneo a regolare i rapporti istituzionali fra di essi.

¹ Da notare che la lettera di accompagnamento alla circolare, su carta intestata del Ministero dell'Interno, riporti in "oggetto" la dizione *Direttiva interministeriale in materia di Registri per la raccolta delle dichiarazioni anticipate di trattamento*. Si veda il testo sul sito della Prefettura di Catanzaro.

² Sulla qualificazione e distinzione SCIULLO, *Direttiva (disc. amm.)*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, 1990, 98 ss.; CLARICH, *La nozione di direttiva: problemi ricostruttivi e tendenze recenti*, in *Foro amm.*, 1984, I, 560; M. S. GIANNINI, *Circolare*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 1 ss.; CHITI, *Circolare*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, 2 ss.

³ A. PIOGGIA, *I registri comunali delle dichiarazioni anticipate di trattamento a proposito di una recente circolare ministeriale*, in www.astrid-online.it cui si rinvia per la profondità e chiarezza dell'argomentazione critica.

⁴ Secondo parte della dottrina (P. BONETTI, *La prima interpretazione costituzionalmente conforme (e restrittiva) dei provvedimenti (anche ordinari) dei sindaci in materia di sicurezza urbana: l'opinabile sopravvivenza dei Sindaci e dei Presidenti delle Giunte provinciali quali "ufficiali di Governo", l'afferenza alla sicurezza pubblica, tipologia e limiti*, in www.forumcostituzionale.it.) la figura del sindaco quale ufficiale di governo sarebbe ormai incompatibile con l'assetto dell'ordinamento venutosi a consolidare dopo l'entrata in vigore del nuovo Titolo V della Costituzione, nel quale la legge statale o regionale ai sensi dell'art. 118 Cost. affida lo svolgimento di una determinata funzione amministrativa ad un determinato ente componente la Repubblica e non già al capo di un altro ente autonomo territoriale, affinché le eserciti in modo atipico e sotto controllo gerarchico. In tal senso, nel vigente assetto costituzionale, una specifica funzione amministrativa può dunque essere alternativamente comunale o provinciale o regionale o infine statale, sicché nello svolgimento comunale delle funzioni amministrative previste dalle leggi e dai regolamenti statali non è ammissibile altra forma di ingerenza ordinaria delle autorità amministrative statali. Per cui il provvedimento così adottato dal sindaco deve essere imputato al solo Comune che ne deve rispondere.

Ad essere invece confuso, sotto il profilo strettamente giuridico, è il ragionamento, svolto nella circolare per escludere la legittimità dei registri comunali, che si sviluppa attraverso tre passaggi significativi:

- a) «la materia del 'fine vita' rientra nell'esclusiva competenza del legislatore nazionale»
- b) «il compito di disciplinare la materia delle certezze giuridiche è riservato allo Stato, al quale spetta di stabilire quali siano gli effetti probatori degli atti conservati da pubblici ufficiali. Tale attribuzione è confermata dall'art. 117 Cost., il quale assegna alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in via generale l'ordinamento civile»;
- c) «nessuna legge abilita il Comune a gestire il servizio relativo alle dichiarazioni anticipate di trattamento».

Oltre ad un uso quantomeno disinvolto dei concetti giuridici⁵, la tesi ministeriale si snoda attraverso una sorta di *vindicatio potestatis*, che però non trova alcuna giustificazione nel fenomeno concreto dei registri comunali, i quali, nella gran parte dei casi, non vengono a ledere alcuna competenza esclusiva dello Stato, ma si appalesano come servizio reso dall'ente locale alla comunità di cui è espressione.

Si deve notare infatti come, sino ad ora, l'esperienza dei registri comunali si sia caratterizzata per alcune peculiarità e modalità di attuazione differenziate, che tuttavia possono essere ricondotte entro due paradigmi principali.

Alcuni Comuni⁶ hanno previsto la redazione delle dichiarazioni anticipate davanti a un notaio⁷ lasciando all'ente locale il solo ruolo di custode degli estremi del documento, altri enti locali⁸, invece, hanno previsto la raccolta delle dichiarazioni redatte, a volte su

⁵ A. PIOGGIA, *I registri comunali delle dichiarazioni anticipate di trattamento a proposito di una recente circolare ministeriale*, cit. ricorda come la differenza fra funzioni in senso stretto e servizi sia importante e quindi appare essenziale non fare confusione fra di esse, per cui «quando si fa riferimento ad una funzione amministrativa in senso stretto, si rinvia all'esercizio da parte di una amministrazione di un potere pubblico, con le relative conseguenze in termini di produzione di effetti giuridici. Il servizio invece si profila come attività di mera prestazione, attraverso la quale una amministrazione mette a disposizione della collettività una utilità, senza modificare la consistenza dei diritti, ma semplicemente rendendone più agevole l'esercizio. Con il servizio, quindi, non si crea un diritto, ma se ne garantisce il godimento. Per intendersi, il servizio di trasporto non crea né modifica il diritto alla libera circolazione dei cittadini nel territorio dello Stato, ma ne rende possibile l'esercizio. Da tale distinzione discende la conseguenza che per esercitare una funzione in senso stretto occorre che la legge abbia quantomeno previsto le modalità di esercizio del relativo potere e le conseguenze giuridiche che da ciò discendono; per porre in essere un servizio, invece, basta, per così dire, la buona volontà di una amministrazione che decida che una certa prestazione è utile alla propria collettività ed esiste un interesse pubblico a fornirla».

⁶ Regolamento comunale per il Registro dei Testamenti biologici, approvato con deliberazione del Consiglio comunale di Firenze n. 80 del 5 ottobre 2009.

⁷ Il notaio ha in primo luogo la funzione di identificare il dichiarante - sottoscrittore delle dichiarazioni anticipate, garantendo l'assoluta certezza circa la riconducibilità della dichiarazione resa al sottoscrittore della stessa. Vi sarebbe poi l'ulteriore vantaggio derivante dal possibile riscontro da parte del notaio circa la 'spontaneità' della volontà del disponente e la sua 'consapevolezza'; riscontro tipico di quella indagine della volontà che costituisce il fulcro dell'attività notarile, e che sembrerebbe assolutamente da valorizzare in questo contesto.

⁸ Così ad esempio 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 prevede che: «1. Le DAT, redatte in forma scritta secondo il modello di cui all'allegato A del presente disciplinare, ovvero ogni altra dichiarazione in forma libera validamente resa, sono raccolte dal medico di famiglia, previa completa e adeguata informazione resa al dichiarante, il quale le sottoscrive certificando, in qualità di incaricato di pubblico servizio, ai sensi degli articoli 358, 480 e 493 del codice penale, l'autenticità della firma del dichiarante e la data apposta in calce alla relativa dichiarazione. 2. Nel caso in cui la legge vigente lo consenta, in situazioni eccezionali il medico di famiglia può sottoscrivere la DAT ed effettuare le operazioni di cui al comma 1, anche in un momento successivo alla redazione e sottoscrizione della stessa da parte del dichiarante. 3. La richiesta di registrazione della DAT, l'autenticazione della firma del dichiarante e della data apposta in calce alla relativa dichiarazione e ogni altra procedura necessaria per la registrazione della DAT sarà esente da qualsiasi onere economico, fiscale e contributivo per il dichiarante. 4. Il medico di famiglia, una volta ricevuta la DAT e acquisita agli atti del suo ufficio, ne rilascia due copie attestanti

modelli predisposti dagli enti stessi, con l'indicazione del luogo e dei soggetti presso cui sono state compilate, in particolare notai e/o medici di famiglia, i quali nella loro qualità, ne garantiscono la certezza della data di sottoscrizione e la fonte di provenienza.

Nel primo caso, si può ritenere, contrariamente a quanto sostenuto dalla circolare interministeriale, che, pur in assenza di specifiche previsioni legislative o regolamentari, la registrazione da parte del Comune del luogo e del soggetto presso il quale è conservata la D.A.T., si possa ricondurre allo svolgimento delle funzioni istituzionali proprie del Comune nei settori dei servizi alla persona e alla comunità correlate al ricevimento di dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà sulla base di quanto previsto dall'art. 47 d.PR 28 dicembre 2000, n. 445.

Anche il secondo modello di disciplina di raccolta delle dichiarazioni non pare violare la competenza statale⁹, nella misura in cui: a) a certificare data e provenienza delle dichiarazioni, non è il Comune, ma il notaio o il medico; b) il Comune svolge una funzione di raccolta e archiviazione delle dichiarazioni, senza alcun intento di disciplinare la materia del 'fine vita' o di attribuire alle D.A.T. un effetto giuridico diverso da quello che hanno già di per sé. L'iscrizione in tali registri particolari non viene affatto ad assumere carattere costitutivo di *status* ulteriori e quindi non vi è alcun riconoscimento di poteri o doveri giuridici diversi da quelli già attribuiti dall'ordinamento agli stessi soggetti, ma assume solo un effetto di pubblicità ai fini e agli scopi che l'ente locale ritiene meritevoli di tutela; c) proprio per le sue caratteristiche, l'iniziativa comunale di istituzione e tenuta di un registro delle dichiarazioni anticipate può essere qualificata in termini di mero servizio alla collettività, la cui esplicazione non trova ostacolo nella mancanza di una disciplina legislativa generale.

Appare allora evidente come nel mirino degli autori della circolare non vi fossero tanto i registri comunali quanto le direttive anticipate di trattamento come estensione del consenso informato – legittimazione e fondamento di ogni atto medico –, la cui sottoscrizione, anche a prescindere dai registri, è un fenomeno in crescita, così come sono in aumento appaiono le designazioni, ai sensi degli artt. 404 ss. c.c., di amministratori di sostegno come esecutori di tali volontà¹⁰.

Se questo è il vero obiettivo, alla base della circolare ministeriale vi è un paralogismo giuridico¹¹: infatti, è evidente che il rivendicare, come attribuzione dello Stato, la competenza a legiferare sul 'fine vita'¹² non può implicare l'irrelevanza o inefficacia

l'avvenuta dichiarazione al dichiarante. Il dichiarante, ovvero il medico ricevente, su sua richiesta, trasmette altresì copia cartacea al Comune di residenza o di domicilio sanitario, che si impegna a istituire apposito archivio». Prevede invece la raccolta delle dichiarazioni anticipate in busta chiusa e redazione di contestuale dichiarazione sostitutiva di atto notorio la Deliberazione della Giunta del Comune di Pisa n. 77 del 27 maggio 2009.

⁹ Non si può sottacere tuttavia che tale modalità di raccolta delle D.A.T. presupponendo il trattamento, da parte delle Amministrazioni, di dati personali sensibili su supporti informatici e/o cartacei al di fuori di quanto tassativamente disposto dall'art. 20 D.lgs. 30 giugno 2003 n. 196, potrebbe portare quale conseguenza all'eventuale applicabilità delle sanzioni previste al riguardo (cfr. art. 167 D.lgs. cit.).

¹⁰ In giurisprudenza Trib. Firenze, decr. 22 dicembre 2010, in www.personaedanno.it; Trib. Cagliari, decr. 22 ottobre 2009, in *Famiglia e diritto*, 2010, 2, 161; App. Cagliari, 16 gennaio 2009, *G.dir.*, 2009, 55; Trib. Modena, decr. 13 maggio 2008, in *Foro it.*, 2008, I, 2318; Trib. Modena, decr. 5 novembre 2008, in *G.dir.*, 2009, 11, 35. Sul punto rinvio a G. BONILINI, *Testamento per la vita e amministrazione di sostegno*, in AA.Vv., *Il testamento biologico*, a cura della Fondazione Umberto Veronesi, Milano, 2006, 192, il quale, in attesa di un «più organico, necessario intervento normativo», raccomanda di sfruttare ogni piccolo spazio offerto dalle norme in tema di amministrazione di sostegno; R. MASONI, *Vivere è un diritto, non un obbligo: amministrazione di sostegno e consenso ai trattamenti sanitari e di fine vita*, in *Dir. fam.*, 2008, 2, 676 ss.; S. ROSSI, *L'amministrazione di sostegno come strumento per attuare le direttive anticipate di fine vita*, in www.personaedanno.it, 2010.

¹¹ Così la notazione di G. AZZONI sul blog. *Ethica*, anche se sarebbe meglio parlare di una voluta eterogenesi dei fini perseguita dalla triade ministeriale.

giuridica delle cd. dichiarazioni anticipate di trattamento redatte e sottoscritte dai cittadini nell'esercizio del loro diritto all'autodeterminazione in materia di trattamenti sanitari¹³.

Se infatti il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente assume nel nostro ordinamento un valore centrale, tanto da non incontrare un limite nemmeno nel sacrificio del bene della vita¹⁴, allora, curando che di tale scelta di autodeterminazione sia garantita la certezza e attualità¹⁵, è indispensabile consentirne l'esercizio (in assenza di una disciplina legislativa) nelle forme ammesse dall'ordinamento¹⁶. In tal senso la recente giurisprudenza di legittimità¹⁷ ha ormai riconosciuto il rilievo del rifiuto di cure che venga manifestato: o attraverso «una articolata, puntuale, espressa dichiarazione dalla quale inequivocamente emerga la volontà di impedire la trasfusione anche in ipotesi di pericolo di vita, ovvero [attraverso] un diverso soggetto indicato quale rappresentante *ad acta* il quale, dimostrata l'esistenza del proprio potere rappresentativo *in parte qua*, confermi tale dissenso all'esito della ricevuta informazione da parte dei sanitari».

Tali strumenti, privi di espressi e stringenti vincoli di carattere formale, si aggiungono al decreto di nomina dell'amministratore di sostegno, nel definire un ventaglio di opzioni

¹² Anche se – come sottolinea A. PIOGGIA, *I registri comunali delle dichiarazioni anticipate di trattamento a proposito di una recente circolare ministeriale*, cit. – «considerare il 'fine vita' una materia è già di per sé improprio, ma, al di là di questo, nuovamente si tratta di un argomento inconferente e che in ogni caso vuole provare troppo. Il fatto che in un certo ambito materiale la competenza normativa spetti allo Stato non importa di per sé l'impossibilità per un comune di istituire un servizio che agevoli lo svolgimento dei diritti a ciò collegati, senza, si ripete, istituire di nuovi o limitare quelli esistenti».

¹³ A valorizzare tale profilo di autonomia (anche rispetto alle analoghe iniziative degli enti locali) si rammenta l'avvio, presso appositi sportelli istituiti a Milano, Roma e Napoli, della raccolta dei 'testamenti biologici' da parte della Chiesa Evangelica Valdese sulla scorta del modello del *Christliche Patientenvorsorge*, elaborato congiuntamente dalla Chiesa evangelica e cattolica tedesca.

¹⁴ Cass. civ., sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Corr. giur.*, 2007, 12, 1676 ss.

¹⁵ Sul concetto di attualità L. D'AVACK, *Scelte di fine vita*, in AA.VV., *Il testamento biologico*, cit., 83 ss. per cui «il concetto di attualità esprime un requisito logico e non meramente cronologico-temporale. Se così non fosse potrebbe diventare complesso giustificare gran parte degli interventi chirurgici, in quanto in tali ipotesi il consenso viene espresso dal paziente prima e non durante tutto il corso dell'intervento, sicché in questi casi le manifestazioni di volontà espresse non risultano essere in concomitanza temporale con la lesione e l'intervento medico», ossia non sono strettamente «attuali».

¹⁶ Come ricorda M. FRANZONI, *Testamento biologico, autodeterminazione e responsabilità*, in *Resp. civ.*, 2008, 7, 581 «Un dato è certo: non è più sostenibile affermare che l'ordinamento vieta o semplicemente giudica irrilevanti le direttive anticipate contenute in un testamento biologico. Fra l'altro in circolazione vi sono diversi modelli di testamento, provenienti anche da estensori autorevoli, penso a quello redatto dalla Fondazione Veronesi, a quello allegato alla Delibera del Consiglio nazionale del notariato del 23.6.2006, ad un testo molto agile pensato dall'Associazione per i diritti degli utenti e consumatori e ad altri ancora. Pur in mancanza di un registro nazionale telematico delle dichiarazioni anticipate, come proponeva un disegno di legge, vi sono molte associazioni che volontariamente raccolgono questi testamenti biologici. Pur non potendo essere considerata una norma fondante del testamento biologico, ugualmente una sorta di riconoscimento di effettività, sul piano dei principi, può giungere anche dall'art. 408 c.c., nella parte in cui prevede che 'l'amministratore di sostegno può essere designato dallo stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata. In mancanza, ovvero alla presenza di gravi motivi, il giudice tutelare può designare con decreto motivato un amministratore di sostegno diverso'. La ragione per la quale si richiama questa norma è che, oltre alla scelta dell'amministratore, è possibile che nello stesso atto siano dettate direttive alle quali questi si dovrà ragionevolmente attenere. Ancora la ragione per la quale questa norma spesso è invocata è che anche nel testamento biologico può essere nominato un fiduciario, con il compito di manifestare la volontà del dichiarante, se questi sia incapace. È certo che l'amministratore di sostegno non può essere equiparato al fiduciario dell'attuazione delle direttive anticipate di un testamento biologico, se non altro per il fatto che il primo è comunque nominato dal giudice, mentre il secondo dovrebbe essere direttamente incaricato dall'interessato. Diversa è, inoltre, la funzione: composita quella del primo, assolutamente diretta a realizzare il diritto all'autodeterminazione quella del secondo».

¹⁷ Cass. civ., sez. III, 15 settembre 2008, n. 23676, in *Corr. giur.*, 2008, 12, 1671.

attraverso le quali i cittadini possono veder garantite e rispettate le loro scelte in materie che attengono strettamente alla loro coscienze e qualità di agenti morali¹⁸.

* Università di Bergamo.

Forum di Quaderni Costituzionali



¹⁸ C. CASONATO, *Il malato preso sul serio: consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Corte di Cassazione*, in *Quaderni cost.*, 2008, 3, 546 per cui «nella sua essenza la scelta terapeutica è basata su un giudizio di compatibilità e coerenza della proposta medica con la struttura morale del paziente, con la rappresentazione della sua umanità, con l'immagine che ha di sé e che vuole lasciare: in una parola, con la sua dignità».

Forum di Quaderni Costituzionali