

L'APORIA DELLA COERCIZIONE TERAPEUTICA "PER MALATTIA MENTALE" IN UN ORDINAMENTO LIBERALDEMOCRATICO: PROFILI DI INCOSTITUZIONALITÀ

di Carlo Landolfi

***Abstract.** Il cosiddetto trattamento sanitario obbligatorio (t.s.o.) rivolto al paziente psichiatrico presenta profili di sospetta incostituzionalità, in particolar modo nel confronto con gli artt. 13 e 32 Cost. Alcuni aspetti che lo riguardano – quali la restrizione della libertà personale, la motivazione sulla base di asserite esigenze di tutela dell'incolumità pubblica, il pregiudizio circa la pericolosità sociale del sofferente psichico – paiono segnare una profonda differenza tra tale provvedimento e le altre misure di carattere sanitario, rendendolo più simile a misure aventi natura, per così dire, "para-penale", quali le misure di prevenzione personali.*

SOMMARIO: 1. Rilevanza del carattere "para-penale" del t.s.o. rivolto al sofferente psichico nel confronto con i parametri costituzionali. – 2. Art. 13 Cost.: la libertà personale intesa come "libertà della persona fisica da arbitrarie misure coercitive". Primi profili di incostituzionalità del t.s.o. rivolto al sofferente psichico. – 3. Art. 32 Cost.: la libertà di autodeterminazione terapeutica ed il diritto di rifiutare le cure. – 3.1. Profili critici nel raffronto con l'art. 32 Cost.: l'indeterminatezza del trattamento sanitario coattivo rivolto al sofferente psichico. – 3.2. Il "rispetto della persona umana". – 3.2.1. La tutela dell'incolumità pubblica – 4. Conclusione: restrizione della libertà personale, tutela dell'incolumità pubblica e pregiudizio circa la pericolosità sociale del sofferente psichico quali elementi caratterizzanti la struttura del t.s.o. "per malattia mentale".

1. Rilevanza del carattere "para-penale" del t.s.o. rivolto al sofferente psichico nel confronto con i parametri costituzionali.

La l. n. 180/1978 (c. d. legge Basaglia) ha emendato la misura sanitaria coercitiva rivolta al paziente psichiatrico da ogni fine custodialistico-securitario (centrale, invece, nella previgente l. n. 36/1904 sui manicomi), legittimando tale provvedimento in vista di una finalità *esclusivamente* terapeutica.

Analizzando, tuttavia, il trattamento sanitario obbligatorio (t.s.o.) rivolto al sofferente psichico al di là delle definizioni legislative, e calandolo in un orizzonte più ampio, che contempra il confronto con la Costituzione, con le prassi della psichiatria d'urgenza e con la stessa scienza psichiatrica, emergono alcuni aspetti fondamentali taciuti dalla disciplina normativa, quali la natura coercitiva di tali misure (erroneamente definite obbligatorie), la malcelata esigenza di tutela dell'incolumità e della sicurezza

pubblica che esse soddisfano, e, dunque, il pregiudizio sulla pericolosità sociale del sofferente psichico che esse sottendono.

Si tratta di elementi che, come si tenterà di dimostrare, caratterizzano la struttura del t.s.o. indirizzato al paziente psichiatrico, e la cui presenza è dovuta, in principal modo, ad una disciplina normativa che non rompe in maniera netta con il passato manicomiale, conferendo all'istituzione sanitaria un potere coercitivo di natura non diversa da quello esistente all'epoca degli ospedali psichiatrici (potestà coercitiva prevista dalla norma non solo per il tempo strettamente necessario a far fronte all'acuzie del disturbo psichico, potendo il t.s.o. durare anche più settimane); disciplina che, inoltre, non dà alcuna definizione precisa delle prestazioni sanitarie da imporre coattivamente al paziente, lasciando ogni valutazione alla discrezionalità del medico (peraltro, non necessariamente psichiatra).

Si intende, pertanto, analizzare il t.s.o. oltre i *nomina iuris* e le omissioni del legislatore, evidenziandone gli elementi suddetti della natura coercitiva, della tutela dell'incolumità/sicurezza pubblica e della pericolosità sociale del sofferente psichico; elementi che differenziano tale provvedimento dalle altre misure amministrativo-sanitarie, mettendone in luce il carattere, per così dire, "para-penale", ovvero le affinità con le misure di sicurezza (relativamente alla valutazione sulla pericolosità sociale del soggetto), e, soprattutto, con le misure di prevenzione, ossia con quei provvedimenti afflittivi adottati dalla pubblica autorità *praeter delictum* e sulla base di una discutibile valutazione inerente alla pericolosità sociale del destinatario.

Il trattamento sanitario obbligatorio "per malattia mentale" è una misura che incide sulla libertà personale, sul diritto alla salute e, molto spesso, sulla dignità stessa del sofferente psichico. Appare, dunque, evidente come sia indispensabile analizzare, in primo luogo, le norme che la Costituzione pone a presidio di diritti e principi tanto fondamentali, nonché la compatibilità della disciplina legislativa vigente con tali norme costituzionali.

Il t.s.o. fu introdotto dalla l. n. 180/1978, che contemporaneamente portò alla chiusura delle istituzioni psichiatriche totali – i manicomi – ed il cui contenuto fu trasposto, in maniera pressoché immutata, negli artt. 33, 34 e 35 della legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale (l. n. 833/1978). La disciplina legislativa attualmente vigente non specifica mai cosa debba intendersi per t.s.o., in cosa consista concretamente il t.s.o. rivolto al sofferente psichico, quali siano i tipi di disturbi in corrispondenza dei quali poter intervenire e quali siano le terapie che il personale sanitario può somministrare in tali circostanze; essa adopera sempre espressioni molto generiche quali "cure", "interventi terapeutici", "accertamenti e trattamenti sanitari", contravvenendo sotto tale profilo, come si dirà in seguito, a una specifica esigenza di determinatezza posta dall'art. 32 Cost.. Dal testo degli articoli di legge menzionati, dunque, si può solo evincere che il t.s.o. rivolto al paziente psichiatrico consiste nella somministrazione coatta di una qualche forma di terapia non meglio specificata (si può a ragione ipotizzare – anche sulla

scorta di quelle che sono le testimonianze a riguardo¹ – che si tratti di una terapia prevalentemente farmacologica); somministrazione che può avvenire o in contesto extraospedaliero, o, nel caso sussistano i tre presupposti sanciti dall'art. 34, quarto comma, l. n. 833/1978², in contesto di degenza ospedaliera, ossia all'interno di quei reparti psichiatrici (Servizi Psichiatrici di Diagnosi e Cura – SPDC) istituiti negli ospedali generali con la legge Basaglia e che avrebbero dovuto in qualche modo sostituire i manicomi, almeno come *extrema ratio* nel far fronte all'acuzie del disturbo psichico.

Pare condivisibile, per le ragioni che verranno esposte fra breve, la tesi secondo cui tale misura sia restrittiva della libertà personale del soggetto, richiedendo, pertanto, le più incisive garanzie sancite dall'art. 13 Cost. (riserva di legge assoluta e riserva di giurisdizione), sia nel caso in cui la somministrazione coatta di "cure" avvenga in ambiente extraospedaliero, sia nell'ipotesi di degenza ospedaliera (in contrasto con l'art. 35, commi 1 e 2, l. n. 833/1978, che prevede la convalida del giudice tutelare entro 96 ore dall'esecuzione dell'ordinanza sindacale dispositiva del t.s.o. solo nel caso in cui quest'ultimo si svolga in condizioni di degenza ospedaliera).

2. Art. 13 Cost.: la libertà personale intesa come "libertà della persona fisica da arbitrarie misure coercitive". Primi profili di incostituzionalità del t.s.o rivolto al sofferente psichico.

In verità, il dibattito dottrinale concernente il significato di libertà personale, l'estensione dell'ambito di applicazione dell'art. 13 Cost. e, dunque, l'incidenza o meno su tale libertà di una misura a carattere sanitario, è ancora aperto, essendo state autorevolmente sostenute le tesi più diverse ed essendo stata nel tempo mutevole anche la posizione espressa dalla Consulta. A riguardo, bisogna ricordare l'opinione di chi ha sostenuto che la libertà personale tutelata dall'art. 13 Cost. non include solo la libertà da coazioni fisiche, ma anche "la salvaguardia dalle altre forme di limitazione della disponibilità della persona stessa, le quali richiedano non già valutazioni di esigenze oggettive di sicurezza o di sanità, ma anche apprezzamenti discrezionali relativi alle qualità morali dei soggetti cui esse si indirizzano"³, comportando una *deminutio* della dignità sociale della persona che vi è soggetta.

Le coercizioni morali, ossia quelle imposte tramite obblighi e divieti e non intervenendo sulla disponibilità materiale del corpo, ricadrebbero, dunque, sotto la tutela dell'art. 13 Cost., se fondate su valutazioni inerenti alla moralità dell'individuo, in maniera tale da determinarne una menomazione della dignità sociale. Un esempio in

¹ V. la "Relazione finale sulla efficacia ed efficienza del Servizio Sanitario Nazionale", approvata il 30/01/2013, in www.senato.it, p. 20.

² "Il trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale può prevedere che le cure vengano prestate in condizioni di degenza ospedaliera solo se esistano alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici, se gli stessi non vengano accettati dall'infermo e se non vi siano le condizioni e le circostanze che consentano di adottare tempestive ed idonee misure sanitarie extraospedaliere".

³ MORTATI C., *Rimpatrio obbligatorio e Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1960, p. 689.

tale senso sono le misure di sicurezza non detentive, che trovano la propria legittimazione in una qualificazione di pericolosità sociale che “è come un marchio che si imprime sulla personalità morale determinando una specie di *status*, tale da mettere il soggetto che ne è colpito in una condizione di subordinazione speciale”⁴.

A tali conclusioni si giungeva partendo dall’analisi dell’art. 14, comma 3, Cost., il quale prevede che gli accertamenti e le ispezioni domiciliari attuati per “motivi di sanità e di incolumità pubblica o a fini economici e fiscali” non siano coperti dalle garanzie di cui all’art. 13 Cost.. Da tale disposizione e dal suo collegamento con l’art. 13 si deduceva, altresì, che limitazioni della libertà personale motivate da situazioni oggettive come quelle elencate dal comma 3 dell’art.14 Cost., ed in generale quelle non lesive del prestigio sociale del soggetto, non richiederebbero la garanzia dell’autorizzazione del giudice⁵.

Proprio queste ultime considerazioni evidenziano i punti deboli della ricostruzione, che, se da un lato estenderebbe la tutela dell’art. 13 Cost. alle coercizioni morali lesive del prestigio sociale, dall’altro sembrerebbe rischiare di escludere da tali garanzie le coercizioni fisiche non ritenute socialmente degradanti, assumendo il requisito della capacità lesiva della dignità sociale quale presupposto della necessità dell’intervento dell’autorità giudiziaria, indipendentemente dalla fisicità della coazione⁶. L’orientamento analizzato, pertanto, presta il fianco a diverse obiezioni. *In primis*, si va ad “esaltare un valore”, quello della dignità sociale, “che, nell’articolazione costituzionale, esula da tale norma rientrando piuttosto nell’art. 3 Cost.”⁷; inoltre, riguardando l’art. 3 i soli cittadini, si andrebbe a privare gli apolidi e gli stranieri di una tutela che l’art. 13, invece, accorda indiscriminatamente a tutti⁸. Ma l’obiezione principale rivolta a tale posizione è che essa “legittima la gravissima conclusione di ritenere che misure incidenti sulla libertà fisica ma non ritenute socialmente degradanti – come ad es. i rilievi dattiloscopici coercitivi o l’internamento coatto in luoghi di cura –

⁴ MORTATI C., *Ibidem*.

⁵ MORTATI C., *Ivi*, p. 690.

⁶ Oltre a MORTATI, in tal senso BARBERA A., *I principi costituzionali della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1971, p.120, secondo cui la pretesa alla libertà personale va definita “come pretesa a che non vengano posti limiti (di qualsiasi natura e di qualsiasi entità) alla libertà fisica [...] che abbiano come presupposto una valutazione negativa della personalità morale del colpito, o, comunque, come effetto un’incidenza sulla dignità sociale del colpito”. V. pure AMATO G., *Commento dell’art. 13 Cost.*, in Branca G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1975, p. 52, per il quale “più chiarificante, e più persuasiva, è [...] l’opinione secondo cui restrittive della libertà personale sono le misure ‘degradanti’. In base a tale opinione, [...] in tutti i casi in cui la restrizione non è effettuata sulla base di un giudizio negativo sulla persona, le garanzie dell’art. in esame non hanno motivo di operare [...]”. Ed ancora, cfr. VINCENZI AMATO D., *Commento all’art. 32, comma 2, Cost.*, in Branca G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., p.170, ove l’A. afferma, in riferimento alle misure coercitive, che “non il loro essere coattive, ma la loro caratteristica di colpire comportamenti o atteggiamenti del soggetto, di fondarsi, in altre parole, su di un giudizio sulla personalità e pericolosità sociale, spiega appunto, ci sembra, l’esigenza dell’intervento del giudice”.

⁷ PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali*, Cedam, Padova, 1992, p. 171.

⁸ MORANA D., *Libertà costituzionali e prestazioni personali imposte*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 182.

potrebbero venire sottratte ai meccanismi di tutela dell'art. 13 Cost.⁹. Tale orientamento interpretativo determinerebbe, quindi, un'esclusione degli internamenti coatti (ossia dei t.s.o. con degenza ospedaliera, ma anche, in generale, di qualsiasi trattamento sanitario qualificabile, più che come obbligatorio, come coercitivo, in quanto posto in essere con la forza contro la volontà del soggetto) dalla tutela dell'art. 13 Cost., poiché considerato non lesivo della dignità sociale, essendo imposto non sulla base di considerazioni inerenti alla personalità morale del soggetto, ma esclusivamente a seguito di oggettive valutazioni di natura sanitaria.

Date le citate obiezioni rivolte a tale orientamento e ricordando, inoltre, l'estrema difficoltà, in alcuni contesti, di discernere le costrizioni fisiche socialmente degradanti da quelle che non lo sono, si ritiene non condivisibile la tesi appena esposta.

Sembra indispensabile lasciare intatto il nucleo, per così dire, originario del contenuto della libertà personale, ossia quello che viene a coincidere con l'*habeas corpus*¹⁰. Secondo l'orientamento più condivisibile, l'art. 13 Cost. va a tutelare in primo luogo "la libertà della persona fisica da arbitrarie misure coercitive"¹¹, assumendo come centrale l'elemento della fisicità della coercizione, indipendentemente dalla sua attitudine a ledere la dignità sociale della persona¹². L'art. 13 Cost., pertanto, va a tutelare una libertà personale intesa, nella sua accezione negativa, come libertà da "qualunque azione di altri uomini che deliberatamente, operando sul nostro corpo, immobilizzandolo, manomettendolo, chiudendolo in una cella e così via, toglie alla nostra volontà la possibilità di disporre a suo talento, frustrando i nostri impulsi volitivi, impedendo ad essi materialmente di tradursi in atti esterni equivalenti"¹³.

⁹ PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., p. 179.

¹⁰ ELIA L., *Libertà personale e misure di prevenzione*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 30, afferma che l'art. 13 Cost. "si occupa della libertà personale esclusivamente dal punto di vista dell'*habeas corpus* in termini propri, in quanto cioè presuppone un assoggettamento temporaneo o meno [...] di una persona alla forza pubblica". E più specificamente, sempre ELIA L., *ivi*, pp. 67 e ss. e 84, afferma che si ha limitazione della libertà personale in senso stretto quando "un potere, legittimo o di puro fatto, costringe *attualmente* una persona ad una serie indeterminabile di comportamenti, positivi o negativi, e soprattutto, la riduce ad una situazione di *Machtlosigkeit*". A sostegno della tesi interpretativa della libertà personale quale libertà da coazioni fisiche, anche GALEOTTI S., *Libertà personale: studio di diritto costituzionale italiano e comparato*, Giuffrè, Milano, 1953, p. 10 e ss.; PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., p. 169 e ss..

¹¹ PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., p. 175.

Oltre a tale orientamento interpretativo, bisogna ricordare la condivisibile tesi di chi sostiene la necessità di estendere le tutele dell'art. 13 Cost. oltre le coercizioni prettamente fisiche (socialmente degradanti o meno), andando ad includere anche quelle coercizioni morali ad esse equiparabili. A riguardo si veda MORANA D., *Libertà costituzionali e prestazioni personali imposte*, cit., p.184: "Le garanzie della libertà personale sono chiamate ad operare nei confronti non solo delle coazioni (degradanti o meno) che toccano la sfera fisica della persona, ma anche di quelle morali, nelle ipotesi in cui queste ultime determinino un tale costringimento nella possibilità di autonoma determinazione del soggetto, da apparire equivalenti alle prime"; v. anche GROSSI P., *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, Giappichelli, Torino, 1991, pp. 200 e s., secondo cui la libertà personale andrebbe estesa a quella morale "nelle marginali ipotesi in cui le menomazioni arrecate a quest'ultima siano tali per intensità e numero da potersi equiparare ad una vera e propria limitazione materiale della disponibilità della propria persona¹²".

¹³ GALEOTTI S., *Libertà personale: studio di diritto costituzionale italiano e comparato*, cit., p.12.

Accogliendo una tale definizione di libertà personale, non si può non concludere che il t.s.o. rivolto al sofferente psichico, traducendosi sempre in una “manomissione” operata sul corpo del paziente, è in ogni caso una misura coattiva (e non obbligatoria, come vorrebbe l’impropria denominazione legislativa), ossia restrittiva della libertà personale, sia nell’ipotesi in cui tale restrizione assuma le forme più evidenti dell’internamento in un SPDC, sia nel caso in cui essa si concretizzi nella costrizione fisica (o anche nella sola minaccia di costrizione fisica¹⁴) ad assumere farmaci in un contesto extraospedaliero. Sotto tale profilo, pertanto, si rinviene un primo problema di incostituzionalità per contrasto con l’art. 13 Cost. della normativa vigente, che prevede la convalida giudiziaria del provvedimento dispositivo del t.s.o. solo nell’ipotesi di degenza ospedaliera.

3. Art. 32 Cost.: la libertà di autodeterminazione terapeutica ed il diritto di rifiutare le cure.

Altro punto di riferimento fondamentale per la disciplina legislativa del t.s.o. è l’art. 32 Cost., che al primo comma definisce il diritto alla salute quale “fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività”, per poi realizzare, nel secondo comma, un bilanciamento tra il diritto del singolo e l’interesse collettivo, che sembra pendere decisamente a favore del primo.

È soprattutto dal secondo comma dell’art. 32 Cost. (“Nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”) che si traggono le garanzie principali in materia di trattamento sanitario obbligatorio. Primo corollario fondamentale che se ne deduce è quello della libertà di autodeterminazione terapeutica¹⁵: “Il soddisfacimento dell’interesse sul bene protetto è garantito innanzitutto dalle autonome determinazioni di volontà di ciascun soggetto, che restano l’unica *misura* possibile per la definizione delle scelte concrete in ordine al *come*, al *quando* ed, in ultima istanza, al *se* adottare trattamenti sanitari”¹⁶. La regola che viene stabilita, dunque, è quella della libertà di scelta terapeutica, il diritto all’autodeterminazione individuale in ordine al *come*, al *quando*, e soprattutto al *se*

¹⁴ PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., p. 180 e s.: vi è restrizione della libertà personale anche quando “il ricorso alla coazione, da parte della pubblica autorità, seguirebbe, pressoché automaticamente, la mancata ottemperanza dell’obbligo o del divieto”; e pertanto anche la semplice minaccia di un pubblico funzionario può configurare una misura coattiva, allorquando la mera “affermazione dell’autorità” (escludendo in radice ogni possibilità di autodeterminazione) sia tale da intimidire l’individuo e da indurlo all’obbedienza anche senza che esso venga toccato (H. Street, *Le garanzie*, p.88)”.

¹⁵ Cfr. CRISAFULLI V., *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir. Soc.*, 1982, p.557, il quale felicemente rileva che il domandarsi se e in quali casi sia ammissibile che “taluno sia obbligato e/o costretto a sottoporsi a un determinato trattamento sanitario” equivale, invertendo i termini, ad interrogarsi “se e quali limiti incontri nel vigente ordinamento italiano la libertà del singolo individuo di rifiutare un determinato trattamento sanitario”.

¹⁶ GALLO C. E., PEZZINI B., *Profili attuali del diritto alla salute*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 9.

sottoporsi a determinate prestazioni terapeutiche, la cui ineludibile componente negativa è la libertà di non curarsi, il diritto di rifiutare le cure: nei confronti di tale libertà negativa l'imposizione di trattamenti sanitari obbligatori non può che mostrarsi come l'eccezione, realizzabile esclusivamente nel rispetto delle garanzie previste dallo stesso secondo comma (riserva di legge, determinatezza del trattamento sanitario, interesse alla difesa della salute della collettività, rispetto della "persona umana"). In altre parole, può dirsi che l'ordinamento non impone né potrebbe imporre un generico dovere di mantenersi in salute¹⁷ "come principio di ordine pubblico o come supporto ontologico di tutti gli altri diritti o doveri costituzionali tipici"¹⁸; in ogni momento il singolo può rifiutare le cure, anche allorquando queste siano indispensabili alla tutela della vita stessa, potendo, ai sensi del secondo comma dell'art. 32 Cost., il legislatore imporre solo specifici trattamenti sanitari e rispettando precise condizioni, di cui si dirà a breve.

L'ago della bilancia nella definizione di un equilibrio tra interesse individuale ed interesse collettivo alla salute pende, dunque, decisamente a favore del primo, essendo esclusa *in radice* "ogni funzionalizzazione, ogni subordinazione della volontà del singolo ad un interesse che lo trascenda"¹⁹. La costruzione, tutta in negativo, del secondo comma dell'art. 32 (Nessuno può essere obbligato... se non... /La legge non può in nessun caso...) sembra senz'altro corroborare tale interpretazione.

3.1. Profili critici nel raffronto con l'art. 32 Cost.: l'indeterminatezza del trattamento sanitario coattivo rivolto al sofferente psichico.

Passando, dunque, alla disciplina specificamente prevista dal secondo comma dell'articolo 32 Cost. per i trattamenti sanitari obbligatori, e quindi al sistema di limiti e garanzie da esso disposto per circoscrivere il sacrificio della libertà di autodeterminazione terapeutica in nome dell'interesse della collettività, il primo punto in relazione al quale emergono alcuni aspetti problematici nella disciplina legislativa vigente (sorvolando sul dibattito concernente la natura della riserva di legge, relativa o assoluta) è quello della determinatezza: il secondo comma dell'art. 32 Cost. parla esplicitamente di "determinato trattamento sanitario". Quest'ultimo deve essere individuato in modo sufficientemente preciso dalla legge, così come i presupposti, i casi ed i soggetti destinatari, lasciando alla discrezionalità medica solo quello spazio decisionale che, in funzione della diversità fisica e psichica tra soggetto e soggetto, è indispensabile per il successo del trattamento²⁰.

¹⁷ *Ex multis* MORTATI C., *La tutela della salute nella Costituzione italiana* in *Riv. infortuni e malattie professionali*, I, 1961, afferma che, pur sussistendo "in via astratta" un dovere alla salute speculare al corrispondente diritto, tale dovere è insuscettibile di imposizione coattiva, ed in effetti ne rimane inibita "ogni imposizione".

¹⁸ TRIPODINA C., *Commento all'art. 32 Cost.*, in Bartole S., Bin R. (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 2008, p. 327.

¹⁹ GALLO C. E., PEZZINI B., *Profili attuali del diritto alla salute*, cit., p. 9.

²⁰ VINCENZI AMATO D., *Commento dell'art. 32, comma 2, Cost.*, in Branca G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., p.178; MORANA D., *La salute nella Costituzione italiana: profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 175; CRISAFULLI V., *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, cit., p. 561; SIMONCINI A., LONGO E., *Commento*

Al contrario, come si è detto, sia la c.d. legge Basaglia che la l. n. 833/1978 adoperano una terminologia molto generica, non specificano mai in cosa debba consistere il t.s.o., quali siano i tipi di disturbi in relazione ai quali poter intervenire e quali prestazioni sanitarie poter erogare in tali circostanze; tutto è lasciato alla valutazione discrezionale del medico che, in virtù di un preminente ed inaccessibile sapere scientifico, è l'unico a poter stabilire cosa si debba fare. Tale lacuna normativa, ossia la mancata definizione del caso e del trattamento da imporre, è stata sicuramente nefasta per la corretta esecuzione della legge. Non si è previsto alcun limite concreto a ciò che il medico può decidere. La valutazione discrezionale dello psichiatra può andare ben oltre l'adattamento della misura alla "diversità fisica tra soggetto e soggetto"²¹, può divenire potestà, potere autoritativo cui dall'altro lato non risponde che soggezione; e nell'esecuzione della legge di certo non sono mancati gli abusi²².

3.2. Il "rispetto della persona umana".

Il secondo comma dell'art. 32 Cost. afferma, altresì (e qui si arriva al cuore della disciplina e delle sue tutele), che la legge dispositiva del t.s.o. non deve violare "i limiti imposti dal rispetto della persona umana". Il primo corollario deducibile da tale disposizione, garanzia fondamentale in tutta la normativa, consiste nel rispetto della salute della persona cui viene imposto il trattamento. È stato autorevolmente sostenuto che "se è vero [...], come ha messo in luce in particolare la dottrina costituzional-penalistica nel discutere l'art. 27, che l'uomo non può mai essere il mezzo soltanto per l'applicazione di misure di interesse collettivo, ne consegue che il primo e più importante significato del principio del rispetto della persona umana nell'art. in commento è che i trattamenti sanitari imposti devono essere diretti alla cura ed alla prevenzione delle malattie²³"; ed inoltre che "ulteriore limite ricavato dal principio del rispetto della persona" è che "il trattamento sanitario, ancorché indirizzato alla tutela della salute, non

all'art. 32 Cost., in Bifulco R., Celotto A., Olivetti M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, UTET, Torino, 2006, p. 667; TRIPODINA C., *Commento all'art. 32 Cost.*, in Bartole S., Bin R. (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, cit., p. 331; BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 385.

²¹ VINCENZI AMATO D., *Commento dell'art. 32, comma 2, Cost.*, in Branca G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., p.178.

²² ROSSI S., *La salute mentale tra libertà e dignità*, Franco Angeli, Milano, 2015, p. 283: "Vi è peraltro una controindicazione nella scelta del legislatore di adottare la nozione di alterazione psichica, senza operare ulteriori precisazioni, ovvero che, data la variabilità di quadri clinici con caratteristiche differenziate, ciò possa ingenerare nella prassi un fenomeno di estensione di uno strumento legislativo originariamente pensato per la gestione delle fasi acute delle psicosi classiche (schizofrenia, paranoia, disturbi psicotici dell'umore) a uno strumento di compressione della libertà per periodi prevedibilmente non brevi in molte altre situazioni (dai disturbi del comportamento alimentare al gioco d'azzardo patologico, l'alcoolismo o le altre tossicodipendenze, per arrivare ai gravi disordini della personalità), nelle quali sarebbe più difficile enucleare una condizione propriamente 'acuta'".

²³ L'art. 32 Cost. contempla, pertanto, esclusivamente il fine di prevenzione o di cura delle patologie, rimanendone esclusa ogni altra funzionalizzazione per scopi che gli sono estranei, come quello securitario.

può essere imposto se non è volto a favorire direttamente quella del singolo che è chiamato a subirlo”²⁴.

Dunque, “rispetto della persona umana” significa *in primis* che il trattamento sanitario imposto deve migliorare o comunque non danneggiare la salute di chi vi è sottoposto, non potendo comportare conseguenze negative per la stessa, se non quelle tollerabili data la loro “temporaneità e scarsa entità”²⁵.

Ma non solo questo: il rispetto della persona umana è principio cardine che traccia le linee direttive di tutta la disciplina, imponendosi relativamente al rapporto tra il paziente, il medico e gli operatori sanitari, alle modalità esecutive del trattamento, al diritto alla riservatezza dei dati concernenti il proprio stato di salute, al diritto al mantenimento di una vita lavorativa e sociale compatibile con tale stato²⁶.

Proseguendo nell’analisi, da una lettura combinata del primo e del secondo comma dell’art. 32 Cost. si evince, come si è accennato, che la regola da porre in primo piano è quella della libertà di salute individuale, ossia la libertà del singolo di autodeterminarsi in ordine al come, al quando e al se sottoporsi alle cure, e quindi il diritto, se così si vuole, di rifiutare il trattamento. Se questa è la regola, mentre l’imposizione di misure sanitarie costituisce l’eccezione, se ne deduce che il t.s.o. non può essere disposto solo ed esclusivamente a difesa della salute del singolo – in quanto questi provvede autonomamente e liberamente alle determinazioni concernenti la propria salute – essendo necessario che contestualmente sussista anche un interesse alla tutela della salute della collettività²⁷.

Il sacrificio della libertà di autodeterminazione terapeutica può trovare la propria *ratio* legittimante, quindi, solo nella sussistenza di un interesse concreto alla tutela della salute della collettività; interesse collettivo che non andrà mai a sacrificare quello

²⁴ VINCENZI AMATO D., *Commento dell’art. 32, comma 2, Cost.*, in Branca G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., pp. 172 e ss. A riguardo, *ex multis* v. PANUNZIO S. P., *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in *Dir. Soc.*, p. 903, secondo il quale dal rispetto della persona umana deriva che i trattamenti sanitari obbligatori devono avere per scopo “innanzitutto la salute di chi è sottoposto al trattamento”, poiché “l’uomo, non solo come membro di formazioni sociali, ma ancor prima come individuo singolo (art. 2 Cost.), è fine e non già mezzo dei pubblici poteri”.

²⁵ Corte cost., sent. 22/06/1990, n. 307, in *Foro it.*, 1990, I, 2694.

²⁶ MORANA D., *La salute nella Costituzione italiana*, cit., pp. 200 e ss.; GALLO C. E., PEZZINI B., *Profili attuali del diritto alla salute*, cit., pp. 35 e 39.

²⁷ La Corte cost., nella sent. 22/06/1990, n. 307, in *Foro it.*, cit., afferma che il trattamento sanitario obbligatorio dovrà sempre essere rivolto “anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quell’autodeterminazione dell’uomo che inerisce al diritto alla salute di ciascuno in quanto diritto fondamentale”. Così anche VINCENZI AMATO D., *Commento dell’art. 32, comma 2, Cost.*, in Branca G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., pp. 172 e ss.; MORANA D., *La salute nella Costituzione italiana*, cit., pp. 175 e ss.; e infine, GALLO C. E., PEZZINI B., *Profili attuali del diritto alla salute*, cit., p. 10: “L’interesse collettivo alla salute in questo caso riassume gli interessi individuali alla salute potenzialmente in conflitto con l’autodeterminazione del singolo: uno stesso trattamento sanitario rappresenta contemporaneamente il mezzo diretto di tutela della salute dell’individuo determinato cui è rivolto, che proprio in quanto destinatario avrebbe diritto di scelta, ed il mezzo indiretto di tutela della salute degli altri soggetti, non direttamente coinvolti nel trattamento, e quindi privi del potere di assumere determinazione in ordine al trattamento stesso”.

dell'individuo a preservare la propria salute – dovendo il t.s.o. migliorare o comunque non danneggiare la salute del singolo – ma che andrà a comprimere solo la sua libertà di autodeterminazione. Tale compressione trova fondamento, per di più, nel dovere dell'individuo “di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui, in osservanza del principio generale che vede il diritto di ciascuno trovare un limite nel reciproco riconoscimento e nell'eguale protezione del coesistente diritto degli altri”²⁸.

Secondo una lettura consolidata in dottrina²⁹, dunque, difesa della salute collettiva e rispetto della salute individuale costituiscono un'inscindibile endiadi, due presupposti che devono sussistere contemporaneamente ai fini della legittimità della legge dispositiva del trattamento sanitario obbligatorio. Si tratta di due elementi in stretta connessione tra di loro, per cui il sacrificio della libertà di autodeterminazione terapeutica sarà ammissibile solo in vista di un'esigenza di preservazione della salute della collettività, e comunque tale sacrificio, giovando alla salute degli altri, dovrà essere di beneficio anche per quella del paziente; nel caso in cui non lo sia, o addirittura vada ad arrecare al benessere di quest'ultimo dei pregiudizi, comunque tollerabili data la loro “temporaneità e scarsa entità” (non essendone ammissibili di più gravi), dovrà essere valutata in maniera ancora più rigorosa l'esistenza di una concreta necessità di preservare la salute dei membri della collettività, ad esempio dal rischio di contagio di malattie infettive³⁰.

3.2.1. La tutela dell'incolumità pubblica.

Come ha sostenuto autorevole dottrina³¹, tale nesso tra stato di salute individuale e salute collettiva, e dunque la capacità del primo di incidere sulla seconda devono agire

²⁸ Corte Cost. sent. 2/06/1994, n. 218, in Foro it., 1995, I, 46.

²⁹ MORTATI C., *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1961, I, pp. 439 e ss.; CARLASSARRE L., *L'art. 32 Cost. e il suo significato*, in ALESSI R., *L'amministrazione sanitaria*, Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, Vicenza, 1967, pp. 105 e ss.; VINCENZI AMATO D., *Commento dell'art. 32, comma 2, Cost.*, in Branca G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., p. 172 e ss.; PANUNZIO S. P., *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, cit., p. 903 e ss.; GALLO C.E., PEZZINI B., *Profili attuali del diritto alla salute*, cit., *passim*; MORANA D., *La salute nella Costituzione italiana*, cit., *passim*.

³⁰ GALLO C.E., PEZZINI B., *Profili attuali del diritto alla salute*, cit., p. 36: “Il trattamento sanitario rivolto al singolo può risultare legittimamente imposto solo quando incide positivamente sulla salute collettiva [...]; ciò posto, il vantaggio per la collettività deve essere *proporzionato* rispetto al sacrificio imposto al singolo (*bilanciamento dell'interesse collettivo e degli interessi individuali in gioco*). [...] Quando [...] il trattamento presenta utilità per la collettività ma non per il singolo, il vantaggio per i terzi deve essere specificamente qualificato: così ad esempio nell'ipotesi di accertamenti diagnostici, che possono essere imposti solo di fronte ad un *serio* rischio di contagio e solo in presenza di situazioni in cui il rischio del contagio si manifesti *concretamente* (sent. 218/1994); poiché il sacrificio dell'autonomia non è neppure compensato da un'utilità diretta in termini di salute individuale, il bilanciamento esige una maggiore e più rigorosa ponderazione del vantaggio assicurato alla salute collettiva”.

³¹ CARLASSARRE L., *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in ALESSI R. (a cura di), *L'amministrazione sanitaria*, cit., p. 110 e ss.



7-8/2017

in una dinamica di immediatezza (non dal punto di vista temporale, ma da quello logico e biologico), per cui nella determinazione del singolo circa la propria salute o nella sua eventuale condizione patologica deve essere oggettivamente rinvenibile una potenziale attitudine *direttamente* lesiva dello stato di salute degli altri consociati: ciò è evidente nel caso delle vaccinazioni, laddove il rifiuto individuale può comportare, in prospettiva futura, un rischio di contagio e di epidemia; tale nesso diretto è ancor più visibile nel caso in cui la persona sia affetta da una malattia contagiosa, ove l'esigenza di difesa della salute della collettività giustificherebbe la compressione dell'autonomia individuale fino anche al ricorso all'isolamento e al trattamento coattivo.

Nel caso del trattamento sanitario imposto al sofferente psichico, invece, tale immediatezza nella relazione tra stato di salute individuale e salute collettiva, e, dunque, la necessità di preservare la salute degli altri da un pericolo immediato e diretto scaturente dalla condizione psicofisica del singolo appaiono certamente più sfuggenti: il "legame tra la salute del singolo e salute della collettività sussiste probabilmente solo con riguardo alle malattie contagiose, ed è senz'altro da escludere in presenza di malattie mentali che soltanto in modo indiretto – proprio attraverso, cioè, la eventuale pericolosità del soggetto – possono minacciare la salute degli altri"³². Il trattamento sanitario coercitivo rivolto al sofferente psichico presenta, pertanto, un'ulteriore e fondamentale problematicità nel raffronto con l'art. 32 Cost.: esso manca di un elemento imprescindibile per la sua compatibilità con il dettato costituzionale, ossia l'interesse alla tutela della salute collettiva, l'esigenza di preservare la salute degli altri da un pericolo diretto scaturente dalle condizioni psicofisiche del singolo o dalle sue determinazioni volitive in merito a queste. Le malattie mentali non costituiscono minaccia alcuna per la salute pubblica, ma solo – e solo in alcuni casi – per l'incolumità o – impiegando un concetto problematico per vaghezza e manipolabilità – per la sicurezza pubblica. È necessario tenere distinti questi due concetti: la salute, del singolo e della collettività (cui fa riferimento l'art. 32 Cost.), che può essere minacciata dalla condizione patologica dell'individuo, e l'incolumità, del singolo e della collettività (rilevante in ambito penale, più che in quello sanitario), che invece viene messa in pericolo dalle azioni del soggetto, e quindi dalla sua condotta auto o eteroaggressiva.

Dinanzi all'assenza del secondo pilastro dell'endiadi salute individuale-salute collettiva, si tenta di sostituirlo con la necessità di difendere, in determinati contesti, l'incolumità pubblica dall'aggressività del sofferente psichico, trasportando il nesso diretto ed immediato richiesto dall'art. 32 Cost. tra salute della persona e salute degli altri sul diverso piano relazionale che intercorre tra la condotta aggressiva del folle (che si presume, su presupposti privi di affidabile fondamento scientifico, sia manifestazione tipica della malattia) e l'incolumità degli altri. Oltre all'inammissibile conseguenza di introdurre nell'articolazione dell'art. 32 Cost. una vocazione securitaria che gli è certamente estranea, tale soluzione finirebbe per rivelare un'insanabile contraddizione nella legislazione vigente che, in linea di principio, non contempla il fine custodialistico-

³² VINCENZI AMATO D., *Commento dell'art. 32, comma 2, Cost.*, in Branca G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., p. 192. Così anche PANUNZIO S. P., *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, cit., pp. 903 e ss.; GALLO C.E., PEZZINI B., *Profili attuali del diritto alla salute*, cit., pp. 69-70.

securitario, né dà spazio al pregiudizio sulla pericolosità dell'infermo, ma che poi, per legittimarsi nel confronto con l'art. 32 Cost., ripiegherebbe su vecchi paradigmi di tutela dell'incolumità pubblica, non lontani, *mutatis mutandis*, dal criterio della pericolosità per sé e per gli altri dell'alienato richiesta dalla previgente l. n. 36/1904 per il ricovero in manicomio. L'enunciazione relativa al carattere esclusivamente terapeutico del t.s.o. si rivela, pertanto, alla luce di un confronto più ampio che coinvolga anche le norme costituzionali, una mera dichiarazione di stile, un contenitore vuoto.

Pur ammettendo, inoltre, che per il sofferente psichico (e, dunque, per una persona debole e bisognosa di cure) un intervento coercitivo del personale sanitario sia preferibile rispetto a quello dell'autorità di pubblica sicurezza ai fini del contenimento della fase acuta del disturbo (ricordando, comunque, che una misura sanitaria coattiva di tal tipo conserva gli elementi problematici appena esposti nel confronto con l'art. 32 Cost.), non si può di certo condividere che tale potere coercitivo venga conferito all'autorità sanitaria per un periodo di sette giorni, prolungabile senza previsione di un limite massimo³³, e dunque in un orizzonte temporale che supera di gran lunga quello dell'acuzie psicotica.

4. Conclusione: restrizione della libertà personale, tutela dell'incolumità pubblica e pregiudizio sulla pericolosità sociale del sofferente psichico quali elementi caratterizzanti la struttura del t.s.o. "per malattia mentale".

È evidente, pertanto, come già da un sintetico raffronto con le norme costituzionali, e nello specifico con gli artt. 13 e 32 Cost., emergano aspetti quali la restrizione della libertà personale, lo scopo di tutela dell'incolumità/sicurezza della collettività da una pericolosità considerata aprioristicamente connaturata al disturbo psichico, e quindi elementi che distanziano il provvedimento in analisi dalle altre misure sanitarie, rendendolo in concreto più affine alle misure afflittive adottate in ambito penale, in primo luogo alle misure *praeter delictum*.

Nel confronto con l'art. 32 Cost., emerge, dunque, il primo profilo, per così dire, aporetico della normativa vigente, contenuta principalmente nell'art. 2 della c.d. legge Basaglia. Una legge cui certamente si riconosce l'importantissimo merito di aver abolito l'alienante istituzione manicomiale ed aver eliminato, sul piano enunciativo, il fine custodialistico-securitario dai ricoveri psichiatrici, ma che, conferendo ancora all'istituzione sanitaria la potestà di agire coattivamente sull'infermo (in un arco temporale abbastanza esteso), inevitabilmente si contraddice sul piano giuridico, mentre nella prassi, con la vaghezza del suo lessico, contribuisce alla ricaduta in dinamiche neomanicomiali.

³³ Art. 35, comma 4, l. n. 833/1978.