

I paradigmi normativi dell'amministrazione psichiatrica. Servizi territoriali e strumenti per l'autodeterminazione terapeutica a quarant'anni dalla *Legge Basaglia*

Francesco Dalla Balla*

LEGAL PARADIGMS OF THE PSYCHIATRIC ADMINISTRATION

ABSTRACT: The paper tries to bring a systematic unity of the legal institutes ruling the therapeutic treatment for mental illness. With reference to the structure of public health services, the extension of contractual liability as prescribed by art. 1218 (Italian civil code), might allow to avoid that the lack of a positive law could lead to a lack of rights. The fact that the therapeutic treatment can be imposed to the patient just to ensure public safety is not in compliance with article 32 (of the Italian Constitution) and with the principle of solidarity. The case of the "tutor and administrator of incapable" deciding whether agreeing on the treatment or not must be subsumed under article 32 paragraph 2 of the Italian Constitution, Public administration's "weak identity" in the psychiatric environment affects the health professionals' liabilities.

KEYWORDS: involuntary psychiatric hospitalization; informed consent; public health service; legal guardian; law n. 833/1978

SOMMARIO: Premessa – 2. Processi di deistituzionalizzazione amministrativa: il ruolo dell'organizzazione territoriale tra riserva di legge e *know-how* sanitario – 3. Tutela della salute e libertà personale: una premessa – 4. Riserva di legge e ruolo dell'amministrazione: a che serve un t.s.o.? – 5. Alle origini del problema: negoziazione e consenso – 6. La fuga dal diritto amministrativo: il ruolo della rappresentanza civile alla luce dell'art. 32 Cost. – 7. Il soccorso urgente – 8. In conclusione.

1. Premessa

I muri, spesso scrostati e fatiscenti dei manicomi continuano ad influenzare con prepotenza l'assetto urbanistico di molti centri cittadini. L'«istituzione totale» che in essi operava – consentendo alla *città dei sani* di esorcizzare la *mainofobia* ancestrale latente in ogni società, nella quale «chi è sano (o si ritiene tale) odia e respinge [...] nel malato la propria patologia»¹ – è oggi smantellata.

La legge n. 180/1978 (poi assorbita dalla l. n. 833/1978), con cui il Parlamento sancì l'abolizione degli ospedali psichiatrici, fu onerata della pretesa ideologica di ostentare il sovvertimento dei presupposti politici e culturali che avevano consentito la nascita e la sopravvivenza dell'ordinamento manicomiale,

* Dottorando in Diritto, mercato e persona, Università Ca' Foscari di Venezia. Mail: francesco.dallaballa@unive.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ F. GIBERTI, R. ROSSI, *Manuale di psichiatria*, Padova, 2009, p. 4.

in primis il monopolio amministrativo nella gestione socio-sanitaria del paziente psichiatrico. A quarant'anni di distanza, tuttavia, è alquanto dubbio che l'articolato della riforma abbia ancora il potenziale sistematico per esaurire la disciplina di riferimento del settore, in quanto la debolezza strutturale del relativo impianto normativo ha favorito la ricerca di strumenti giuridici alternativi, cui ancorare la legittimazione dell'intervento sanitario. Di qui l'esigenza di una ricomposizione sistematica degli istituti che, a vario titolo, concorrono al bilanciamento tra libertà, salute, sicurezza e coercizione, legittimando la terapia del paziente psichiatrico.

Si esordirà quindi valutando lo stato di salute delle architravi che sorreggono l'impianto della riforma del 1978, considerando se il ruolo acquisito dal consenso e la scelta di organizzare il servizio su base territoriale impongano di abbandonare il malato dissenziente per il quale non sussistano gli estremi emergenziali prescritti per il trattamento coercitivo.

2. Processi di deistituzionalizzazione amministrativa: il ruolo dell'organizzazione territoriale tra riserva di legge e know-how sanitario

Il paradigma detentivo ha storicamente rappresentato il canone di reazione alla scarsa fiducia nella capacità diagnostica, predittiva e contenitiva dei freniatri². Benché originariamente privo di una base giuridica idonea ad assicurare il rispetto del principio di legalità³, nell'ordinamento manicomiale ogni

² L'estensione dell'ordinamento giuridico piemontese, conseguente all'unificazione, aveva posto fine a quei tentativi d'avanguardia e sperimentazione, che pur avevano contraddistinto alcune esperienze preunitarie come, ad esempio, il Granducato di Toscana. Il Granducato si era dotato di una normativa in materia di salute mentale sin dal 1774, deputando (tra i primi in Europa, in un'epoca in cui la follia era ancora patrimonio delle carceri e delle opere pie) lo «Spedale di Santa Dorotea» alla cura dei «Maniaci di Stato», che vi potevano essere ricoverati a spese dello Stato, per ordine dell'autorità, ma solo a seguito della visita compiuta dai «pubblici Professori», chiamati a verificare caso per caso «se realmente sia in grado di dover essere rinchiuso» (documento CXXXV, tratto dalla raccolta «Bandi e ordini da osservarsi nel Granducato di Toscana», Firenze, 1795, ottenuto per g.c. della biblioteca della Camera di Commercio di Livorno). Con la «Riforma dei Tribunali Civili e Criminali per l'amministrazione della retta giustizia nel Granducato di Toscana» (spesso definita «*Motuproprio*») del 3 agosto 1838 fu imposta dal granduca Leopoldo II l'autorizzazione dell'autorità giudiziaria. In particolare il capo CXII, del «Capitolo II», dedicato ai «Tribunali di Prima Istanza», stabiliva che «anche la semplice reclusione di una persona per causa di demenza negli Spedali» non avrebbe potuto «aver luogo che in forza di un decreto che l'autorizzi del Tribunale di Prima Istanza del domicilio della persona stessa dopo una sommara verifica in Camera di Consiglio» sul «fatto della demenza, e sulla istanza che ne sia stata fatta da alcuno di quelli che ne hanno diritto per la interdizione, o dal Regio Procuratore». Ai sensi del successivo paragrafo CXIII, inoltre, all'autorità di polizia era attribuito il potere di «sequestrare» in via cautelare la «persona affetta da demenza», ma solo a condizione che non risultasse parimenti efficace la «custodia domestica» e che entro 24 ore «le carte e notizie giustificative» fossero prodotte al Regio Procuratore per la convalida del Tribunale di Prima Istanza. Analogamente la dimissione «del recluso dall'Ospizio o Spedale in cui si trovi, attesa la salute del medesimo riacquistata» doveva essere richiesta «dall'Amministrazione dello Spedale, o Ospizio, o dalle persone che abbiano diritto d'interessarsene» allo stesso «Tribunale di Prima Istanza, sentito il Procuratore Regio» («Riforma dei Tribunali Civili e Criminali per l'amministrazione della retta giustizia nel Granducato di Toscana» del 3 agosto 1838, riportata nella raccolta «Leggi del Granducato di Toscana», Stamperia Granducale, 1838, vol. 25, p. 63).

³ Agli albori del regno d'Italia i manicomi operativi sul territorio nazionale esercitavano forti poteri coercitivi, benché lo Stato sabauda non si fosse mai dotato di una specifica legislazione di settore. Le fonti dell'epoca ritraggono una realtà amministrativa medioevale, nella quale un coacervo di provvedimenti locali, in spregio di qualunque esigenza di legalità e, più in generale, ai principi minimi dello Stato di diritto in materia di uso legittimo

considerazione in ordine alla legittimazione del trattamento sanitario era assorbita dalla pervasiva disciplina organizzativa dell'intervento pubblico. A seguito della travagliata⁴ approvazione della l. n. 36/1904 e del successivo regolamento di attuazione di cui al r.d. n. 615/1909, lo statuto dell'*amministrazione psichiatrica* svolse un'efficacia assorbente rispetto alla condizione giuridica del malato mentale: in forza dell'azione contenitiva dei manicomi non potevano esprimersi le pulsioni delinquenziali, venivano risolte con vitto e alloggio le problematiche sull'autonomia economica e l'esclusione dal circuito produttivo, veniva annullata la capacità contrattuale e di gestione patrimoniale (cfr. art. 420 c.c. nella formulazione previgente alla l. n. 180/1978), scompariva il problema della partecipazione del folle alla vita politica (cfr. art. 2, comma 1, sub 1, della l. n. 1058/1947 successivamente ripreso dal d.P.R. n. 223/1967⁵). La premessa ideologica per cui «ogni pazzo» doveva essere considerato «un pazzo criminale in potenza»⁶ giustificava le metodiche repressive del manicomio che, non dissimilmente dal campo, perseguiva «il mandato istituzionale di custodire corpi indesiderati, corpi oggetto», decaduti dall'essere centro di imputazioni giuridiche e morali⁷.

L'impostazione della relazione di cura in termini di posizione di controllo impediva di isolare un interesse autonomo dell'utente nella relazione con l'amministrazione, in quanto «il secondo polo del rapporto [il folle] non esiste, se non come oggetto da inglobare e incorporare nel sistema generale»⁸. L'ampia discrezionalità esercitabile dall'amministrazione per la reclusione del paziente psichiatrico, in applicazione delle clausole generali di cui all'art. 1 della l. n. 36/1904, integrate dall'art. 39 del r.d. n. 615/1909, veniva finalisticamente indirizzata dalla norma mediante la fluida concatenazione di posizioni di garanzia nella profilassi preventiva della società⁹: la legge non escludeva l'eventualità di un progresso clinico tale da consentire la dimissione del paziente, ma connotava quest'ipotesi con

della forza, andavano a decretare i presupposti, le modalità e le procedure per la reclusione, anche vitalizia, del malato: le prescrizioni recate dai regolamenti prefettizi di pubblica sicurezza, ai sensi della l.n. 2248/1865, si intersecavano con gli atti emanati dalle Deputazioni provinciali e gli statuti o regolamenti interni degli stessi manicomi. In questo modo «ogni regione, ogni provincia» e, in taluni casi, finanche ogni singola struttura, «seguiva le regole proprie, spesso tutt'altro che fisse e razionali» (A. GILARDONI, voce *Manicomi*, in *Dig. it.*, Torino, 1927, vol. XV, p. 586). Dove non c'era un manicomio, si supplicava con il ricorso al sistema carcerario (L. BONACOSSA, *Osservazioni sulla proposizione di legge del medico collegiato Bernardino Bertini riguardante la custodia e la cura dei mentecatti e considerazioni sullo stato attuale de' pazzi in Piemonte*, Torino, 1849, p. 15; R. CANOSA, *Storia del manicomio in Italia dall'Unità a oggi*, Milano, 1979, p. 22).

⁴ Sulle vicissitudini che precedettero l'approvazione della l. n. 36/1904 cfr. A. GILARDONI, voce *Manicomi*, cit., p. 607 e ss., Camera dei Deputati, 10 maggio 1890, resoconto stenografico p. 2744 e ss. (in particolare interventi degli on. Imbriani Poerio, Nicotera e del Ministro dell'Interno Crispi); R. CANOSA, *op. cit.*, p. 120 e ss.; A. SCARTABELLATI, *L'umanità inutile*, Milano, 2001, p. 111.

⁵ Cfr. F. DALLA BALLA, *Come vota il civilmente incapace?*, in *Forum di Quaderni costituzionali-Rassegna*, 9, 2014, p. 1 (1/2/2019); *Id.*, *Interdizione giudiziale e diritto di voto: cronaca di una questione irrisolta*, in T. PASQUINO (a cura di), *Antologia di casi giurisprudenziale*, Torino, 2015, p. 18.

⁶ A. SCARTABELLATI, *op. cit.*, p. 116.

⁷ P. CIPRIANO, *Il manicomio chimico*, Milano, 2015, p. 202.

⁸ F. BASAGLIA, *Postfazione*, in E. GOFFMAN, *Asylum. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Torino, 1974.

⁹ La responsabilità omissiva impropria assolveva ad un ruolo residuale, considerato che erano espressamente codificati i reati di omessa custodia in manicomio d'infermi di mente (art. 714 c.p.), omessa custodia privata (art. 715 c.p.), omessa denuncia della fuga d'infermi di mente dal luogo di cura (art. 716 c.p.), omessa denuncia di malattie di mente o di gravi infermità psichiche pericolose (art. 717 c.p. e art. 153 t.u.l.p.s.).

specifiche cautele procedurali e sostanziali. Solo il direttore era autorizzato a rilevare l'avvenuta «guarigione» del malato e deciderne il «licenziamento» provvisorio, assumendo ogni responsabilità per i fatti eventualmente conseguenti all'errata prognosi (art. 3, comma 3° della l. n. 36/1904 e art. 64, comma 1°, del r.d. n. 615/1909). Il medico doveva contestualmente redigere una relazione dettagliata sullo stato di salute «del licenziato che egli ritiene guarito» (art. 64, comma 2°, del r.d. n. 615/1909) da trasmettere immediatamente al Procuratore del Re, affinché fosse presentata istanza al Presidente del Tribunale per l'emissione del decreto di rimessione in libertà (art. 3, comma 4°, della l. n. 36/1904).

Dapprima, timidamente, con la l.n. 431/1968¹⁰, poi in maniera più decisa, con le ll.nn. 180/1978 e 833/1978, il legislatore ha riscoperto la necessità di de-reificare il malato psichiatrico, facoltizzando una sua partecipazione volontaria nella costruzione del rapporto terapeutico¹¹. L'abrogazione di un dettato normativo solido e pervasivo, com'era quello derivante dal combinato disposto della l. n. 36/1904 e del regio decreto n. 615/1909, tuttavia, ha ceduto il passo ad una legislazione scarna, che si è limitata ad occupare uno spazio angusto nella complessità dei problemi posti dall'analisi della patologia psichiatrica¹². Ad eccezione di alcune enunciazioni di principio («gli accertamenti e i trattamenti sanitari sono di norma volontari») e dei pochissimi accenni all'organizzazione, infatti, la disciplina della l. n. 180/1978 concerneva prevalentemente le modalità d'accesso coatto ai servizi sanitari, alle quali erano direttamente dedicati sette degli undici articoli complessivi, modello in seguito confermato dagli artt. 33 e ss. della l. n. 833/1978 con piccole limature.

Nella *ratio* originaria delle ll.nn. 180/1978 l'inversione di tendenza implicava la rinuncia ad un diritto amministrativo speciale dell'assistenza psichiatrica, la cui disciplina organizzativa doveva essere unificata alle altre branche della medicina¹³, confluendo nell'alveo della pianificazione sanitaria nazionale¹⁴

¹⁰ Pur non stravolgendo il volto totalitario dell'istituzione manicomiale (A.M. VECCHIETTI, *Evoluzione della legislazione psichiatrica italiana dalla l. n. 36 del 1904 alla l. n. 833 del 1978*, in *Riv. It. Med. Leg.*, Milano, 1, 1981, p. 119), la previsione del ricovero volontario del paziente, ad opera della l. n. 431/1968 (art. 4), rompe una serie di dogmi culturali, come l'equiparazione *tout-court* tra la malattia psichiatrica e la pericolosità, l'inconciliabilità di malattia e coscienza, il divieto di interruzione volontaria del trattamento (G. PIFFERI, *L'istituto dell'ammissione volontaria nella legislazione psichiatrica*, in *N. Rass. Idg.*, n. 11-12/1972, p. 869). In questa prospettiva il paziente non è più *corpo da rinchiudere*, ma il titolare di un diritto ad ottenere dall'amministrazione prestazioni di assistenza e cura. Con l'istituzione dei centri territoriali di igiene mentale (art. 3), cadeva il postulato dell'ineluttabilità della segregazione, a favore dell'importanza del territorio «come fattore sia di interpretazione sia di intervento in tema di igiene mentale: si riconobbe che in moltissime affezioni il disadattamento personale aveva radici in un errato inserimento familiare e sociale del soggetto, oltre che in una negativa disposizione del gruppo verso il singolo» (A. M. VECCHIETTI, *op. cit.*, p. 119). Sennonché, la riforma patì l'inevitabile scotto dell'innesto in un contesto consolidato, nel quale l'impronta totalitaria dell'istituzione manicomiale e la formazione culturale degli operatori sostanzialmente ne vanificò l'impatto pragmatico (R. CANOSA, *op. cit.*, p. 170; L.R. MOSHER, L. BURTI, *Psichiatria territoriale*, Torino, 2002, p. 189).

¹¹ R. MASONI, *La protezione giuridica dell'infermo di mente*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1, 2016, p. 405.

¹² In riferimento alla partecipazione dell'incapace alla vita politica, a seguito dell'intervento abrogativo dell'art. 11 della l. n. 180/1978 cfr. F. DALLA BALLA, *Come vota il civilmente incapace?*, cit., p. 4.

¹³ L.R. FENUCCI, *La normativa psichiatrica in Italia*, in G. GIUSTI (a cura di), *Trattato di medicina legale*, Padova, 2009, vol. I, p. 259.

¹⁴ L'art. 7 della *legge Basaglia* sanciva la competenza in capo alle Regioni sia per quanto riguarda «le funzioni amministrative concernenti l'assistenza psichiatrica in condizioni di degenza ospedaliera», sia in riferimento alla programmazione ed organizzazione «dei presidi e dei servizi psichiatrici e di igiene mentale» extraospedalieri. Ai sensi della successiva legge di istituzione del Servizio sanitario nazionale queste operazioni sarebbero dovute avvenire mediante la programmazione a cascata che riservava allo Stato il compito di definire «le linee generali

e garantendo l'integrazione dei servizi secondo attraverso il modello dipartimentale (art. 6, comma 4, della l. n. 180/1978). L'incapacità delle amministrazioni regionali di adeguarsi al nuovo corso dell'assistenza psichiatrica¹⁵, esemplificata dalla prassi delle porte girevoli¹⁶, indusse lo Stato a tornare sui propri passi, codificando una disciplina organizzativa comune attraverso i c.d. «progetti obiettivo»¹⁷. Solo in questo modo, l'elemento organizzativo, contestualizzato nell'ambito della programmazione sanitaria nazionale¹⁸, veniva ad assumere una dimensione compiutamente prestazionale, suscettibile di susunzione nei livelli essenziali di assistenza¹⁹ e quindi giuridicamente pretensibile dall'utente.

Naturalmente, l'adeguamento delle amministrazioni all'assetto descritto dagli ormai datati *Progetti-obiettivo* non esaurisce (o non dovrebbe esaurire) la complessità sistemica del rapporto tra articolazione organizzativa del servizio, obblighi dell'amministrazione e responsabilità.

Spostare l'asse dell'intervento dal ricovero ai servizi territoriali²⁰ ha imposto la necessità di rifondare l'apparato di riferimento, in modo da garantire la rispondenza ai principi statuiti dalla riforma. Innanzitutto, la rottura del nesso tra amministrazione sanitaria, funzioni di polizia e custodia ha sortito la

di indirizzo e le modalità di svolgimento delle attività istituzionali del Servizio sanitario nazionale [...] in conformità agli obiettivi della programmazione socioeconomica nazionale» (art. 53 della l. n. 833/1978), approvando con legge il piano sanitario nazionale, ai cui contenuti avrebbero dovuto dar seguito i piani sanitari regionali.

¹⁵ L. CANOVA, *Considerazioni sul percorso legislativo dell'assistenza psichiatrica (dalla legge 180 al Progetto-obiettivo)*, in P. L. SCAPICCHIO, M. TRABUCCHI (a cura di), *I servizi psichiatrici nella sanità riformata*, Bologna, 1999, pag. 86. L'analisi non intende negare l'importanza rivoluzionaria della riforma psichiatrica o non attribuire il giusto riconoscimento ai faticosi camminamenti, intrapresi da medici, pazienti e famiglie per la costruzione dal basso di un nuovo modello di assistenza. Sono infatti note le sperimentazioni antimanicomiali di Gorizia, Arezzo, Colorno Perugia, alcune delle quali nate ben prima della legge n. 180/1978 (P. CIPRIANO, *Basaglia e le metamorfosi della psichiatria*, pag. 65; P.L. SCAPICCHIO, *Struttura e funzioni del dipartimento di salute mentale: l'integrazione dei servizi territoriali psichiatrici nella sanità riformata per una politica della salute mentale in Italia*, in P. L. SCAPICCHIO, M. TRABUCCHI (a cura di), *I servizi psichiatrici nella sanità riformata*, Bologna, 1999, pag. 12), tuttavia si condivide la posizione secondo cui l'assenza di una disciplina organizzativa dell'assistenza psichiatrica e le «larghe maglie» della legge n. 180/1978 non consentirono l'effettiva e generalizzata declinazione della «nuova filosofia» nella quotidianità dei servizi (L. CANOVA, *op. cit.*, pag. 90). Il dato venne d'altronde sottolineato dagli stessi estensori del d.P.R. 7 aprile 1994, «Progetto obiettivo Tutela della salute mentale 1994-1996», descrivendo il generale ritardo nella predisposizione dei servizi territoriali e lo stato di abbandono dei pazienti, nell'ambito del quale l'organizzazione amministrativa rimaneva la grande incompiuta del processo di deistituzionalizzazione.

¹⁶ Con il decreto l. n. 168/1981, il legislatore, riconoscendo le difficoltà incontrate nella transizione verso un modello di assistenza territoriale introdusse alcune misure emergenziali destinate a pompare nuova linfa e legittimazione nelle decadenti vestigia dei manicomi: a) fu prorogato il termine perentorio previsto dall'art. 64, comma 1, per la liberazione di tutti i pazienti reclusi nei manicomi (art. 3); b) fu consentita la riammissione di coloro che fossero stati nel frattempo dimessi (c.d. porte girevoli), su richiesta dei servizi psichiatrici territoriali o dell'articolazione organizzativa a tal fine preposta dalla u.s.l. (art. 4).

¹⁷ *Progetto obiettivo Tutela della Salute Mentale 1994-1996*, Consiglio dei Ministri, deliberazione del 30 marzo 1994, emanata con d.P.R. del 7 aprile 1994, in G.U. del 22 aprile 1994, n. 93; *Progetto obiettivo Tutela della salute mentale 1998-2000*, d.P.R. 1° novembre 1999, in attuazione a d.P.R. 23 luglio 1998, *Approvazione del Piano sanitario nazionale per il triennio 1998-2000*, in G.U. Serie Generale n. 288 del 10 dicembre 1998–Suppl. Ordinario n. 201.

¹⁸ Cfr. art. 1, comma 11, lett. e) del d. lgs. n. 502/1992; D.P.R. 1° marzo 1994, *Piano Sanitario Nazionale 1994-1996*, in G.U. 23 luglio 1994, n. 171, punto 5).

¹⁹ D.P.R. 1° marzo 1994, *Piano sanitario nazionale 1994-1996*, in G.U. 23 luglio 1994, n. 171, punto 5.

²⁰ S. Rossi, *La salute mentale tra frammentazione e ricomposizione dell'identità dei diritti*, in *Ragion Pratica*, 2, 2015, p. 467.

marginalizzazione dell'attività autoritativa e l'attenuazione dell'enfasi legislativa nella demarcazione delle competenze e nella perimetrazione delle responsabilità. La ridefinizione dell'attività medico-psichiatrica in termini di erogazione all'utente di un servizio specialistico, anziché di controllo di una fonte di pericolo, ha attenuato la necessità di una tipicità legale stringente nella definizione dei soggetti e dei contenuti dell'intervento sanitario.

La gestione extraospedaliera del paziente implica tuttavia uno sforzo organizzativo di non poco conto, nel quale le esigenze di flessibilità ed il ruolo della tecnica ostano ad una analitica predeterminazione normativa. L'allocatione delle prestazioni sanitarie in un contesto prevalentemente diverso dal ricovero, infatti, non significa depotenziare la pervasività dell'intervento psichiatrico, rinunciando ad interfacciarsi con la globalità delle esigenze emergenti nella multidimensionalità esistenziale del paziente.

L'intervento territoriale non si risolve nella prescrizione farmacologica: la presa in carico impone al servizio di non abbandonare il paziente, programmando un piano di cura relativizzato alle fragilità proprie della patologia psichica, nella quale la sofferenza e la richiesta d'aiuto non emergono con la stessa immediatezza che caratterizza i sintomi fisici. L'intervento psichiatrico territoriale richiede l'adozione di protocolli adeguati per monitorare il decorso della patologia e prevenire lo stato di scompenso, l'integrazione dell'atto terapeutico con misure di protezione sociale e familiare funzionali a salvaguardarne la sfera esistenziale, l'approntamento di strumenti propedeutici alla costruzione del rapporto fiduciario e all'acquisizione del consenso etc... Si tratta di prestazioni che, pur aventi un contenuto prevalentemente organizzativo, rientrano a pieno titolo nel contratto terapeutico e vanno ricondotte agli obblighi discendenti dalla presa in carico, non potendo essere sottratte alla libera disponibilità dell'*équipe* curante. L'organizzazione dell'intervento territoriale è quindi insuscettibile di predeterminazione giuridica che irrigidisca l'applicazione delle *leges artis* e interferisca con la sacralità del rapporto medico-paziente.

La letteratura medica ha d'altronde rivendicato l'importanza dell'«elemento organizzativo» quale momento di diretta «realizzazione della pratica della medicina», confidando che «il management e [...] i professionisti» che operano nei servizi sanitari divengano essi stessi gli «attori del processo di progettazione organizzativa»²¹. Qualificare l'organizzazione del servizio in termini di declinazione casistica del sapere medico implica una parziale assimilazione alle prestazioni sanitarie in senso proprio, sottratte alla tipizzazione legislativa statica. Con la riconduzione dell'elemento organizzativo al piano prestazionale, da un modello improntato all'«*agire legale*» si passa all'«*agire efficace*»²². Analogamente a quanto accade per la prescrizione farmacologica, chi, quando e come debba occuparsi delle attività preventive, è questione che afferisce alla competenza degli operatori, cosicché l'elemento organizzativo smette di essere il presupposto dell'attività istituzionale dell'ente e ne diviene uno dei prodotti. Affidando ai servizi psichiatrici territoriali le «funzioni preventive [...] relative alla salute mentale», l'art. 34 della l. n. 833/1978 ha scaricato sulle articolazioni extraospedaliere un onere organizzativo gravoso. Tuttavia, l'assenza di *standard* assistenziali giuridicamente predeterminati ed azionabili ha sortito, nei

²¹ A. CICHETTI, I. PICONI, *Gli assetti organizzativi per l'assistenza sanitaria: modelli soluzioni e forme istituzionali nel Ssn*, in A. CICHETTI (a cura di), *I dipartimenti ospedalieri nel servizio sanitario nazionale*, Milano, 2013, p. 39.

²² L. ZAPPALÀ, *La responsabilità dirigenziale dei sanitari*, in S. ALEO, R. DE MATTEIS, G. VECCHIO (a cura di), *Le responsabilità in ambito sanitario*, Padova, 2014, tomo I, p. 582.

fatti, una deresponsabilizzazione dell'amministrazione sanitaria, in quanto a) non consente al paziente (o al suo rappresentante) di qualificare in termini prestazionali e giuridicamente vincolanti la pretesa di essere monitorato periodicamente e stabilmente nell'*excursus* patologico; b) non offre ai consociati una base tipica per la responsabilizzazione di un garante, cui imputare i fatti lesivi eziologicamente connessi allo scompensamento patologico del malato preso in carico e non adeguatamente seguito in sede territoriale.

Incrociando le risultanze sistematiche, sarebbe questo lo scotto da pagare per l'arretramento del formante legale nella pianificazione organizzativa dell'intervento sanitario: perseguire un modello elastico, decentrato e recettivo delle pratiche di *clinical governance* elaborate dalla ricerca di settore implicherebbe la parziale riconduzione delle scelte organizzative alle valutazioni specialistiche dell'*equipe* curante, riducendo gli standard prestazionali azionabili dall'utente.

Nel trattamento psichiatrico extraospedaliero, esiste un'inevitabile «connessione tra il diritto alla salute e l'organizzazione del servizio sanitario che, per così dire, *simul stabunt simul cadent*»²³, delineando il diritto dell'utente in termini assai più incisivi rispetto all'esistenza di un interesse legittimo, benché ancora poco valorizzati in sede giurisprudenziale²⁴. In questo contesto, la tendenza imperante considera il rilievo eziologico della mancata predisposizione di misure organizzative esclusivamente in riferimento ai fatti avvenuti presso le strutture di ricovero. Ed infatti l'obbligo prestazionale di predisporre «misure sanitarie extraospedaliere» – previsto dall'art. 34, comma 4, della l. n. 833/1978 per le finalità preventive e curative di cui al relativo comma primo – non può essere riduttivamente assolto con la mera attivazione di plessi ambulatoriali fisicamente separati dalle strutture di degenza. Ne deriva l'opportunità di un'estensione casistica dei confini dell'art. 1218 c.c., con un vaglio rigoroso dell'obbligo contrattuale di garantire «un'adeguata ed efficiente attività di organizzazione»²⁵. In questo senso, si condivide l'esigenza, autorevolmente rammentata in dottrina, che la stessa giurisprudenza – specie nel giudizio di responsabilità – si faccia garante della «stretta, inestricabile, osmotica interrelazione tra le situazioni fondamentali dell'individuo [...] e la stessa organizzazione del servizio pubblico»²⁶.

Al contrario, la tendenza giurisprudenziale dominante ammette la responsabilizzazione del servizio per le carenze organizzative unicamente per i fatti avvenuti in costanza del ricovero²⁷. Sono così rimasti isolati gli sporadici tentativi di tutelare la posizione dell'utente, contemperando la maggiore discrezionalità pianificatoria riconosciuta agli operatori, mediante l'irrobustimento del nesso tra efficacia organizzativa e responsabilità²⁸. Secondo la giurisprudenza tradizionale, infatti, ove non sussistano le

²³ M. NOCCELLI, *La cura dell'incapace tra volontà del paziente, istituti di tutela ed organizzazione del servizio sanitario*, in *FEDERALISMI.IT – Osservatorio di diritto sanitario*, p. 17 (1/2/2019).

²⁴ B. DE RISIO, *La responsabilità dello psichiatra*, in F. PECCENINI (a cura di), *La responsabilità sanitaria*, Bologna, 2007, p. 264.

²⁵ R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica ad una svolta?*, in *Danno e responsabilità*, Milano, 1, 2005, p. 35; A. CUCCIA, *La responsabilità dell'azienda sanitaria da deficit organizzativo*, in S. ALEO, R. DE MATTEIS, G. VECCHIO (a cura di), *Le responsabilità in ambito sanitario*, Padova, 2014, tomo II, p. 1140.

²⁶ M. NOCCELLI, *op. cit.*, p. 17.

²⁷ G. DODARO, *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici*, p. 78.

²⁸ In dottrina, O. GRECO, R. CATANESI, *La responsabilità professionale dello psichiatra*, Padova, 1990, p. 52; M. BALDO, *Gli obblighi dello psichiatra, una disputa attuale: tra cura del malato e difesa sociale*, in *Cass. pen.*, 12,

condizioni attuali per un t.s.o., al servizio psichiatrico non può essere imputato l'abbandono del malato dissenziente²⁹. Ciò ha depotenziato l'incentivo giuridico offerto dalla responsabilizzazione per le carenze organizzative nella rete territoriale, consentendo la derubricazione tra le priorità di investimento e concorrendo a perpetuare «il vuoto istituzionale nella cura e vigilanza degli infermi»³⁰ in ambito territoriale.

In sintesi, la configurazione territoriale dei servizi psichiatrici ha ampliato considerevolmente i margini di discrezionalità dell'amministrazione sanitaria nella definizione delle modalità operative della presa in carico e della risposta al bisogno. Tuttavia, occorre che a questa libertà delle forme – che investe anche e soprattutto l'elemento organizzativo – consegua un irrobustimento dei binari di responsabilità per le carenze organizzative nella rete extraospedaliera, onde evitare che il *self-restraint* del diritto riduca i margini di giustiziabilità della qualità delle prestazioni rese, pregiudicando la posizione dell'utente.

3. Tutela della salute e libertà personale: una premessa

È evidente la potenziale interferenza del trattamento obbligatorio, suscettibile di esecuzione coercitiva, con il bene giuridico salvaguardato dall'art. 13 Cost.: a differenza dei provvedimenti dell'autorità di pubblica sicurezza, il prelevamento del paziente e la sua reclusione rappresentano unicamente le precondizioni strutturali per la somministrazione coattiva della terapia rifiutata, l'imposizione dei relativi effetti collaterali, l'approntamento degli strumenti più idonei a neutralizzare le resistenze del malato, con una compressione plurioffensiva di diritti fondamentali del degente, quali l'autodeterminazione terapeutica, la libertà fisica, morale e spirituale, la privacy.

L'impiego dei criteri che legittimano la limitazione della libertà personale ai fini del bilanciamento per la previsione di trattamenti coercitivi è recepito nella giurisprudenza della Corte EDU³¹, mentre è stata a lungo dibattuta nella letteratura giuridica nazionale. Ai sensi dell'art. 13 Cost., le limitazioni alla libertà personale sono consentite esclusivamente previa soddisfazione della riserva assoluta di legge, su autorizzazione dell'autorità giudiziaria, che a sua volta implica il diritto alla difesa «in ogni stato e grado del procedimento» (art. 24, commi 2 e 3), l'obbligo di motivazione, il ricorso straordinario per Cassazione ex art. 111, comma 7°, Cost. e l'accesso a meccanismi di riparazione degli errori giudiziari. L'analisi sulla rilevanza e l'impatto del principio di libertà personale in materia di trattamenti sanitari annoverano una bibliografia sconfinata ed una pluralità di ricostruzioni dottrinali che attraversano tutte le possibili sfumature del concetto in esame³². La tendenza ormai stabilizzata distingue l'applicabilità dell'art. 13 in relazione al fatto che si tratti di trattamenti sanitari meramente obbligatori ovvero

2008, p. 4647; E. Pozzi, *Il fatto e le sue conseguenze: posizione di garanzia e legge 180*, in *Psichiatria di Comunità*, 7, 2008, p. 219; in giurisprudenza Trib. Trieste, sent. 23 novembre 1990, in *N.G.C.C.*, 1993, p. 986.

²⁹ Cass. civ. sent. 13 giugno 2008, n. 16803, in *Danno e responsabilità*, 9-9, 2008, p. 923.

³⁰ S. ROSSI, *La responsabilità dello psichiatra*, in N. TODESCHINI (a cura di), *La responsabilità medica*, Torino, 2016, p. 689.

³¹ Corte EDU, sent. 5 ottobre 2010, caso H.L. v.s. U.K.

³² A. PACE, voce *Libertà personale (diritto costituzionale)*, in *Encl. dir.*, Milano, 1974, vol. XXIV, p. 287.

suscettibili di esecuzione coercitiva³³. L'assunto è avvalorato dall'indagine diacronica della giurisprudenza costituzionale che, sebbene mai chiamata a raffrontare il disposto della l. n. 833/1978 con il principio di libertà personale, ha lasciato intendere che la natura sanitaria – quindi aprioristicamente benefica – del provvedimento coercitivo, non lo sottrae dall'obbligo di rispettare le garanzie sostanziali e procedurali prescritte in tema di *habeas corpus*³⁴. Su posizioni analoghe si è arrestato anche l'orientamento della Corte di Cassazione³⁵.

È quindi pacificamente superata l'autorevole ipotesi – per quanto non coerente con le risultanze del dibattito in Assemblea costituente³⁶ – che riteneva i trattamenti coercitivi sottratti all'ambito di applicazione dell'art. 13 Cost., in quanto implicanti un provvedimento a contenuto necessariamente benefico, privo di finalità afflittiva e stigmatizzante³⁷.

Benché, ad esempio in materia di t.s.o. extraospedaliero e diritto alla difesa tecnica del beneficiario, la l. n. 833/1978 presenti ancora rilevanti lacune, l'interpretazione consolidata non consente di ricondurre alla discrezionalità legislativa l'applicazione delle tutele del giusto processo e della nomofilachia per l'uniformazione dei presupposti provvedimentali. D'altra parte, escludere l'applicabilità dell'art. 13 in ragione della finalità terapeutica significherebbe attribuire alla *Legge Basaglia* un effetto perverso: concepita per ricondurre la cura della salute mentale dal piano dell'ordine pubblico ad una dimensione esclusivamente sanitaria, la riforma avrebbe così depotenziato l'apparato di tutele preposto alla

³³ P. CAPOTI, *Misure di prevenzione e trattamenti sanitari*, in A. BELVEDERE, S. RIONDATO (a cura di), *Trattato di bio-diritto- Le responsabilità in medicina*, Milano, 2011, p. 1259; L. SILVESTRI, *Trattamenti sanitari obbligatori e tutela della salute*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, Roma, n. n. 2/2006, p. 214; C. CASONATO, *Diritto alla riservatezza e trattamenti sanitari obbligatori: un'indagine comparata*, Università degli Studi di Trento, 1995, p. 214; L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1998, p. 609; E. CAVASINO, voce *Trattamenti sanitari obbligatori*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, vol. VI, p. 5962; S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e costituzione*, in *Diritto e società*, 4, 1979, Padova, p. 889; L. MEZZETTI, A. ZAMA, voce *Trattamenti sanitari obbligatori*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, UTET, Torino, 1999, vol. XV, p. 336; A.A. NEGRO, *Profili costituzionali del trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale*, Genova, 2016, p. 54; G. PELAGATTI, *I trattamenti sanitari obbligatori*, Roma, 1995, p. 61 e 95; M. PORTIGLIATTI BARBOS, voce *Trattamenti sanitari obbligatori*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1999, p. 339; G.L. FONTANA, Art. 35, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 1, 1979, p. 1265; M. LUCIANI, voce *Salute*, in *Encl. giur.*, 1991, vol. XXVII, p. 10; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 1969, vol. II, p. 961; A. CLARIZIA, voce *Trattamenti sanitari obbligatori*, in M. S. GIANNINI, G. DE CESARE (a cura di), *Dizionario di diritto sanitario*, Milano, 1984, p. 571; S. ROSSI, *La salute mentale tra libertà e dignità*, cit., p. 326; G. SCACCIA, *Articolo 32*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana*, Bologna, 2018, p. 218.

³⁴ Corte cost. sentt. n. 74/1968, 29/1973, 223/1976, 471/1990.

³⁵ Cass. civ. sent. 10 aprile 2008, n. 17718, in *Dejure* (1/2/2019).

³⁶ Anche in sede costituente si pose il problema della superfluità del 2° comma dell'art. 26 del *Progetto* (Art. 26: «La Repubblica tutela la salute, promuove l'igiene e garantisce cure gratuite agli indigenti. /Nessun trattamento sanitario può essere reso obbligatorio se non per legge. Sono vietate le pratiche sanitarie lesive della dignità umana.»). La questione fu risolta nel senso per cui, essendo la categoria giuridica dei trattamenti sanitari obbligatori più ampia delle sole misure coercitive, apparve infine più opportuno mantenere la specificazione ad oggi codificata – in termini leggermente diversi ma identica sostanza – nel comma 2°, primo periodo, dell'art. 32 (cfr. *Resoconto stenografico della seduta del 24 aprile 1947 dell'Assemblea costituente*, interventi degli on. Maffi e Arata).

³⁷ G. AMATO, Art. 13, in G. BRANCA, *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1977, vol. 2, p. 51; A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, p. 296; D. VINCENZI AMATO, Art. 32, in G. BRANCA, *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1976, p. 170; C. MORTATI, *Rimpatrio obbligatorio e Costituzione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1960, p. 689).

limitazione della libertà personale del malato. Senza ledere il principio di uguaglianza, il quadro di garanzie costituzionali non può essere diversamente tarato a seconda che il destinatario soggiogato con l'uso della forza sia sano o malato, specie se l'esercizio del potere autoritativo trovi causa esplicita in una condizione psicopatologica, implicante un maggior bisogno di protezione e le necessità di disporre di un garante terzo per procedere all'azione dei diritti.

Ne consegue che, ai fini dell'intervento coercitivo sul paziente, la Costituzione vieta che i contenuti dispositivi del provvedimento possano essere distratti dalle attribuzioni dell'a.g.

4. Riserva di legge e ruolo dell'amministrazione: a che serve un t.s.o.?

A norma degli artt. 34 e ss. della l. n. 833/1978, il trattamento sanitario obbligatorio è un atto dell'autorità giudiziaria³⁸, i cui effetti possono essere interinalmente anticipati da un provvedimento amministrativo complesso, co-determinato dai medici – a cui spetta il potere di iniziativa e l'asseverazione tecnica delle risultanze istruttorie – e validato dal Sindaco.

L'esercizio autoritativo di pratiche sanitarie non contrattualizzate rappresenta il frangente più delicato e caratterizzante delle prestazioni offerte a tutela della salute mentale, conseguentemente non omologabili alle attività di cura in ambito medico-chirurgico³⁹.

La tesi che si andrà ad esporre mira ad analizzare l'istituto della coercizione terapeutica, mettendo in luce come l'attuale apparato normativo che regola la condizione giuridica del paziente psichiatrico risenta di un'ambiguità strutturale intrinseca, conseguente all'adozione di un «paradigma debole», nel quale il legislatore – per distruggere il *moloch* dell'istituzione totale – ha negato la configurabilità di un diritto amministrativo della salute mentale e, conseguentemente, ha mancato di conferire all'apparato istituzionale territoriale una precisa *mission* socio-politica. È indice inequivoco di questa tendenza il conferimento di poteri provvedimentali esecutori, irrualmente senza codificarne lo scopo, né i soggetti tenuti all'esecuzione⁴⁰. Il passaggio ad una regolamentazione attuativa così sintetica ha irragionevolmente indotto la dogmatica a sostenere l'applicazione diretta della fonte costituzionale per l'integrazione a rime obbligate del dato primario.

³⁸ Cass. civ. sent. 10 aprile 2008, n. 17718, in *Dejure* (1/2/2019).

³⁹ «Il medico, quando fa lo psichiatra, non è un medico [...] come gli altri», E. POZZI, *op. cit.*, p. 220.

⁴⁰ G. PELAGATTI, *op. cit.*, p. 111; A. REALDON, *Problemi interpretativi, pratici e burocratici suscitati dalla legge sui trattamenti sanitari obbligatori dei malati di mente*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1, 1980, p. 12; R. CELLI, *Esperienze del corpo dei vigili urbani di Roma*, in AA.VV., *Atti del Convegno nazionale, tenuto a Roma il 13-14 ottobre 1980 su «La assistenza psichiatrica dopo le norme del 1978»*, Milano, 1981, p. 119; F. DALLA BALLA, *Amministrazione e cura*, Università degli Studi di Trento, 2016, p. 143. In giurisprudenza Pretore di Monfalcone, sent. 2 giugno 1980, n. 160, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1, 1980, pp. 911; T.A.R. Sicilia (Catania), sent. 3 aprile 1987, n. 331, in *Foro It.*, 1981, parte III, p. 319; T.A.R. Sicilia – Catania, sent. 6 maggio 2005, n. 799, in www.leggiditalia.it (1/2/2019); Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., sent. 6 marzo 2008, n. 187, in www.leggiditalia.it (1/2/2019); Tribunale di Mantova – Sezione Prima, comunicazione del 12 gennaio 2012, in www.ilcaso.it (1/2/2019). In ambito amministrativo cfr. Ministero dell'Interno – Direzione generale della pubblica sicurezza – Servizio di polizia amministrativa e sociale, sez. V, circolare n. 10/5812/14700 (2) del 1° ottobre 1979, consultata presso l'Ufficio territoriale del Governo di Belluno; Ministero della Salute – Direzione generale ospedali – Div. III, circ. n. 900.3/SM-E1/896 del 21 settembre 1992; Ministero dell'Interno – Gabinetto del Ministro, 24 agosto 1993, prot. n. 5300/M/10(1)/Uff.3°; Ministero dell'Interno – Dipartimento della pubblica sicurezza – Direzione centrale affari generali prot. n. 559-C.17053.14700 (1), del 13 ottobre 1995.

Complessa in ordine all'interpretazione dell'art. 32, comma 2°, è la questione della finalizzazione del trattamento sanitario imposto. I costituenti prescelsero una formulazione che esaltasse la formale unitarietà del bene giuridico protetto (*la salute*), a fronte della pluralità di interessi ad esso presupposti («fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività»). Una simile impostazione carica la norma di un forte significato simbolico e programmatico, che contribuisce ad indirizzare il legislatore nel garantire una tendenziale convergenza nella definizione degli interventi a tutela della dimensione individuale e plurale del bene (così accade, ad esempio, in riferimento alle politiche in materia di salubrità ambientale, di sicurezza nei luoghi di lavoro, di prevenzione e screening precoce).

Al contempo, nel momento in cui l'ordinamento adotta una definizione fortemente soggettivante del concetto di salute, fino a farne conseguire il diritto a non essere curato, predispone le basi per un conflitto latente con l'interesse alla salute pubblica. La Costituzione indica nel legislatore statale⁴¹ il soggetto preposto – nelle forme di cui all'art. 32, comma 2°, Cost. – al bilanciamento tra l'*habeas corpus* e la soglia di tollerabilità del rischio per la salute collettiva.

In modo pressoché unanime⁴², la dottrina ha sottolineato come la formulazione dell'art. 32 Cost. sembri prefigurare una stretta coesione tra l'istituto del trattamento obbligatorio e la protezione sanitaria

⁴¹ La Corte costituzionale ha sussunto la regolazione del diritto di autodeterminazione terapeutica tra i principi fondamentali della materia «tutela della salute» di cui all'art. 117, comma 3, Cost., affermando che l'imposizione o il divieto di taluni trattamenti presuppongono condizioni di eguaglianza ed uniformità, che possono essere soddisfatte soltanto dall'intervento dello Stato (cfr. Corte cost. sentt. n. 438/2008 e 5/2018). Coerentemente, è stata attratta dalla potestà statale l'introduzione dell'obbligo vaccinale (cfr. Corte cost. sent. n. 5/2018). Tuttavia, in materia di t.s.o. coercitivi esiste una netta prevalenza, che collega l'«ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato», l'«ordinamento civile», l'«ordine pubblico e sicurezza» e la «giurisdizione e norme processuali», agli effetti dell'art. 117, comma 2. Innanzitutto, il sindaco dispone a.s.o. e t.s.o. come ufficiale di Governo, quindi come organo dell'amministrazione statale (Cass. civ. sent. 16 aprile 2004, n. 7244, in www.leggiditalia.it, 1/2/2019). In secondo luogo, ai sensi dell'art. 13 Cost., la privazione della libertà personale è un potere esclusivamente spettante all'autorità giudiziaria. L'urgenza che legittima a fini cautelari il provvedimento amministrativo non esautorà l'a.g.o. dall'esercizio delle proprie attribuzioni, ma si limita a consentire l'anticipazione interinale degli effetti coercitivi dell'atto giudiziale. Ed infatti, rimane impregiudicata la facoltà del giudice di validare e stabilizzare gli effetti provvisori, ovvero di riconsiderare i presupposti, l'opportunità e i contenuti del provvedimento amministrativo provvisorio, travolgendo *ex tunc* gli effetti della decisione. Concordemente, l'istituto del trattamento obbligatorio ha una forte incidenza nella determinazione del contenuto del principio di libera disposizione del proprio corpo, positivizzato all'art. 5 c.c. ed afferente alla materia di cui all'art. 117, comma 2°, lett. l) (G. PELAGATTI, *op. cit.*, p. 29). Pertanto, benché afferenti al comune ambito dei trattamenti sanitari obbligatori ex art. 32, comma 2, Cost., in caso di t.s.o. coercitivo non può essere riconosciuto alle Regioni lo stesso margine di manovra consentito in tema di vaccinazioni obbligatorie (A. PATANÈ, *Obbligo di vaccinazione e riparto di competenze legislative*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1, 2018, p. 276). La coercizione terapeutica non può essere perciò ricondotta ai soli *livelli essenziali delle prestazioni* (S. ROSSI, *La salute mentale tra libertà e dignità*, cit., p. 262; E. CAVASINO, *op. cit.*, p. 5963), in quanto, in riferimento alla potestà di cui all'art. 117, comma 3, lett. m), la Corte costituzionale ha avallato la possibilità che la legislazione regionale offra ai cittadini un livello di garanzia ulteriore, più ampio, di quello definito dallo Stato (Corte cost. sentt. 387/2007 e 271/2008; G. CARPANI, D. MORANA, *Le competenze legislative in materia di tutela della salute*, in R. BALDUZZI, G. CARPANI, *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013, p. 104), circostanza che non sembra compatibile con la disciplina dei presupposti del trattamento coercitivo.

⁴² G. ALPA, E. RESTA, *Le persone e la famiglia. 1.*, Torino, 2006, p. 85; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., p. 386; F. BUZZI, A.L. VERGINE, *Rifiuto di cure e limiti all'applicazione dell'art. 33 della legge 23 dicembre 1978, n. 833*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1983, p. 64; S. CACACE, *Autodeterminazione in salute*, Torino, 2018, p. 30; L.R. FENUCCI, *op. cit.*, p. 260; U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, Milano, 2018, vol. II, p. 1102; M. LUCIANI, voce *Salute*, cit., p. 10; A. MARCHESE, A. VESTO, *Vaccinazioni obbligatorie e diritto alla salute: la «profilassi imposta»*

della collettività. Se infatti è possibile definire le componenti della salute individuale esclusivamente in relazione alle aspettative del paziente, giuridicamente garantite dal diritto all'autodeterminazione terapeutica⁴³, solo l'equipollente diritto all'integrità psicofisica degli altri consociati⁴⁴ giustifica l'ingerenza del potere nella sfera intima del paziente. Il potenziale pregiudizio alla sicurezza ed alla salute pubblica concorre alla «definizione dei rapporti tra libertà e autorità»⁴⁵, vincolando il legislatore in ordine alle finalità perseguite con la codificazione dello strumento coercitivo.

In sostanza non sono consentiti trattamenti sanitari obbligatori aventi come esclusivo oggetto la salvaguardia del benessere individuale del destinatario⁴⁶. In questo senso, la riserva di legge relativa⁴⁷ di cui all'art. 32, comma 2°, dovrebbe considerarsi implicitamente rinforzata, in quanto capace di predefinire il contenuto dispositivo dell'atto normativo.

Al di là del richiamo espresso che l'art. 32 Cost. fa all' «interesse della collettività», l'approdo interpretativo sarebbe necessitato sul piano sistematico in quanto – in assenza di un dovere giuridico di mantenersi in buona salute e nella vigenza generale del principio di libera disposizione del proprio corpo – solo «un superiore interesse collettivo direttamente rilevante»⁴⁸ rende «accettabile e costituzionalmente legittimo»⁴⁹ il sacrificio della libertà personale (essendo altrimenti irrilevante, ai fini di un eventuale rinforzo sostanziale della riserva, la perifrasi di chiusura della norma, ai sensi della quale «la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana»⁵⁰).

tra tensioni etiche e giuridiche, in *Riv. It. Med. Leg.*, 4, 2017, p. 1336; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione*, cit., p. 312; A.A. NEGRONI, *Sull'inesistenza di un "dovere alla salute" nella Costituzione italiana*, in *Bioetica*, n. 1/2014, p. 80; A.A. NEGRONI, *Profili costituzionali del trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale*, cit., p. 60; G. PELAGATTI, *op.cit.*, p. 51 e ss.; G. SCACCIA, *Articolo 32*, cit., p. 218; L. SILVESTRI, *op.cit.*, p. 205; A. SIMONCINI, P. LONGO, *Art. 32*, p. 665; D. VINCENZI AMATO, *Tutela della salute e libertà individuale*, cit. p. 2464; D. VINCENZI AMATO, *Art. 32*, cit. p. 172.

⁴³ Cass. civ. sent. n. 21748/2007, Cass. civ. sent. 23676/2008, in www.leggiditalia.it (1/2/2019); Corte App. Milano, sent. n. 2359/2011 (in riforma di Trib. Milano, sent. n. 14883/2008); In proposito C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, p. 209. L'art. 3.2 della Carta di Nizza dispone: «Nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge [...]». La Convenzione di Oviedo – che ancora non dispiega nell'ordinamento interno la pienezza dei propri effetti quale parametro interposto ex art. 117, comma 1°, Cost., in quanto manca il deposito dello strumento di ratifica, sebbene questa sia stata autorizzata dal Parlamento con la l. n. 145/2001 (cfr. Corte cost. sentt. n. 282/1983 e 379/2004; S. PENASA, *Alla ricerca dell'anello mancante: il deposito dello strumento di ratifica della Convenzione di Oviedo*, in www.forumcostituzionale.it, 31/1/2019) – stabilisce che «un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona abbia dato consenso libero e informato» (art. 5.1.), disposizione cui fanno seguito una serie di norme (artt. 6 e 7) a tutela dei pazienti che non siano in condizioni di assentire al trattamento.

⁴⁴ L.R. FENU DI, *op.cit.*, p. 260; come nota G. PELAGATTI, *op.cit.*, p. 52.

⁴⁵ G. PELAGATTI, *op.cit.*, p. 52; D. VINCENZI AMATO, *Tutela della salute e libertà individuale*, cit., p. 2468.

⁴⁶ F. BUZZI, A.L. VERGINE, *op.cit.*, p. 64.

⁴⁷ Corte cost. sent. n. 258/1994; V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, cit., p. 558; S. P. PANUNZIO, *op.cit.*, p. 900; G. PELAGATTI, *op.cit.*, p. 54; L. SILVESTRI, *op.cit.*, p. 208; F. MODUGNO, *op.cit.*, p. 311; A. CLARIZIA, *op.cit.*, p. 566; L. SILVESTRI, *op.cit.*, p. 207; contra A. PACE, *La libertà di riunione nella Costituzione*, Milano, 1967, p. 87.

⁴⁸ S.P. PANUNZIO, *op.cit.*, p. 904.

⁴⁹ A.A. NEGRONI, *Profili costituzionali del trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale*, cit., p. 63.

⁵⁰ Nonostante il diffuso convincimento dottrinale (P. CAPOTI, *op.cit.*, p. 1255; E. CAVASINO, *op.cit.*, p. 5963; L. SILVESTRI, *op.cit.*, p. 208; F. MODUGNO, *op.cit.*, p. 313; L. MEZZETTI, A. ZAMA, *op.cit.*, p. 337), il limite non sembra avere un'autonoma rilevanza prescrittiva rispetto a quanto stabilito in linea generale dagli artt. 2 e 3 Cost., in base ai quali i diritti inviolabili dell'uomo ed il rispetto della pari dignità sociale si impongono quale parametro di

Il prototipo costituzionale di trattamento sanitario obbligatorio deve quindi tendere ad un doppio fine, perseguendo a) il miglioramento del quadro clinico del paziente, b) con l'ulteriore scopo di neutralizzare un pericolo concreto ed attuale per la pubblica incolumità. L'edulcorazione del lessico non smentisce la risalente qualificazione del t.s.o. in termini di «attività amministrativa di polizia sanitaria»⁵¹, che condivide i fini dell'autorità di pubblica sicurezza e le metodiche della pratica clinica. Questo esito, d'altronde, sarebbe necessitato dal definitivo superamento di una concezione oggettiva del diritto di cui all'art. 32 Cost.: gli attori dell'interpretazione costituzionale hanno profuso grande impegno nel tentativo di avvalorare il significato normativo di «salute» come termine tecnico-scientifico, perimetrato attraverso il rinvio a definizioni extragiuridiche⁵², a tal punto estese da pregiudicarne l'effettiva attitudine prescrittiva. La salute viene quindi a coincidere con una «condizione di complessivo benessere dell'uomo», il «risultato globale» di una serie di fattori coordinati, nel quale allo «stato di equilibrio fisiologico, d'integrità fisica, di normalità dei processi biologici delle funzioni del corpo» concorre con un complesso di «funzioni logiche, affettive, relazionali [...] legati a sistemi interpersonali e strutture sociali»⁵³. Se ne ricava la necessità del consenso come cerniera e sintesi tra la multidimensionalità astratta della salute e la sua concreta estrinsecazione in termini di identità personale e legittimazione dell'attività terapeutica⁵⁴.

Anche le più note posizioni dissonanti sporadicamente emerse in letteratura⁵⁵ hanno finito per avallare la negazione dell'individualismo sanitario in termini di contrapposizione tra esercizio dell'autonomia del singolo e l'interesse della collettività, riconducendo il diritto alla salute ai «doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale» (art. 2 Cost.), sistematicamente connesso all'obbligo di svolgere una funzione che concorra al progresso materiale e spirituale della società – in conformità ai precetti di cui agli artt. 1 e 4 Cost.⁵⁶ – e alla cooperazione dell'utente per l'affrancamento dal sistema assistenziale pubblico. L'accento originariamente rimarcato dal Mortati sulla dimensione collettiva

legittimità di qualunque prestazione legalmente imposta dal potere pubblico (P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 112). Sostenere il contrario implica che, fuori dall'ambito speciale dei trattamenti sanitari obbligatori, il legislatore rimarrebbe libero di violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana, in quanto non assistito da previsione analoga a quella di cui all'art. 32, 2° comma, ultimo periodo.

⁵¹ S. LESSONA, *La tutela della salute pubblica*, in P. CALAMANDREI, A. LEVI (a cura di), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, 1950, p. 334.

⁵² Cass. pen. 11 luglio 2002, in *Ragiusan*, 2003; B. PACCAGNELLA, *L'evoluzione del concetto di salute*, cit., p. 30; C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., p. 207; G. SCACCIA, *Articolo 32*, cit., p. 214; G. PELAGATTI, *op.cit.*, p. 4; Frequente è il rinvio alle dichiarazioni dell'O.M.S. Il Preambolo allo Statuto si esprime nel senso per cui «health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity» (*Constitution of the world Health Organization*, New York, 1946). In seguito, definendo gli «Obiettivi specifici di supporto alla strategia regionale europea di salute per tutti» (Copenaghen, 1985) l'O.M.S. ha qualificato la salute in termini di «abilità con la quale un individuo o un gruppo di persone è in grado di realizzare le sue aspirazioni, di soddisfare i propri bisogni e, da un altro lato, di affrontare ed eventualmente di cambiare l'ambiente in cui vive».

⁵³ G. PELAGATTI, *op.cit.*, p. 4, sintetizzando G. PRODI, *Salute/malattia*, in *Enciclopedia Einaudi*, Torino, 1981, vol. XII, p. 398 e ss.

⁵⁴ L. BUSATTA, *La salute sostenibile*, Torino, 2018, pag. 73.

⁵⁵ Per una sintetica rassegna cfr. A.A. NEGRONI, *Sull'inesistenza di un «dovere alla salute» nella Costituzione italiana*, cit. p. 63

⁵⁶ C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 1, 1961, p. 4.

della salute, ad esempio, dilata la discrezionalità del legislatore nell'esercizio della riserva in materia di trattamenti obbligatori, ma presuppone pur sempre un giudizio di bilanciamento con l'interesse pubblico, che l'autore risolve con una scelta di chiara ispirazione ideologica, ampliando il novero delle ragioni che giustificano l'introduzione di strumenti giuridici di induzione alla cura⁵⁷.

Pertanto, finanche argomentando dalle premesse teoriche più distanti da quelle invalse nella letteratura tradizionale, non sembra esservi contrasto in ordine al fatto che «ove non vi sia un diretto riflesso sulla salute dei terzi, sussiste per l'individuo una situazione di libertà costituzionalmente garantita», che impedisce la coazione alla cura anche solo nell'interesse individuale del singolo, a pena di travolgere nientemeno che «i principi informatori della forma di Stato e in particolare l'impronta non soltanto solidaristica, ma in gran parte anche garantistica nel senso della tradizione liberale»⁵⁸. E insomma, l'induzione coattiva alla cura può essere giustificata solo da un interesse distinto da quello del singolo, che «nel contesto limitato alla salute in cui si muove l'art. 32 Cost. non può essere altro che quello della salute degli altri»⁵⁹.

Stando al convincimento prevalente, andrebbe perciò fugata la diffusa ambiguità – sporadicamente emergente nella letteratura di settore⁶⁰ – che presuppone una connessione tra il trattamento sanitario obbligatorio per malattia psichica e l'incapacità di intendere e volere. Nel codificare i presupposti del trattamento coercitivo, l'art. 34 subordina l'intervento dell'amministrazione all'esistenza di «alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici» e al rifiuto espresso della proposta di cura. La lettera della norma patisce lo scotto di una certa circolarità, tuttavia l'interpretazione viene tradizionalmente riferita al rischio di agiti auto o etero-aggressivi, esentando il medico proponente dal dimostrare se il dissenso opposto dal malato sia motivato da obnubilazione della capacità di comprendere lo scompensamento psicopatologico o da conscia opposizione. Anzi, «è comune opinione della dottrina che l'infermo di mente debba presumersi, fino a prova contraria, quale soggetto capace di intendere e di volere»⁶¹. D'altronde, indubbiamente «le ricerche cliniche indicano [...] che, con gradi diversificati, i disturbi mentali possono influire su abilità, quali la capacità di comprensione, cognizione, giudizio, previsione, critica e ragionamento logico, che rappresentano i presupposti per una scelta razionale, nell'ambito di un processo libero di *decision making*», ma occorre al contempo tener presente che sono «le stesse evidenze scientifiche ad indicare che i pazienti, anche affetti da patologie gravi, presentano nella maggioranza dei casi una buona capacità decisionale»⁶². L'incapacità di intendere e volere viene perciò considerata del tutto estranea all'istituto del trattamento obbligatorio⁶³, che ben potrebbe essere utilizzato anche per la prevenzione di atti etero lesivi nella cui eziologia concorre uno stato di scompensamento psichiatrico avente un risvolto parziale sulla capacità di intendere e volere. Ciò

⁵⁷ *Idem*, p. 3.

⁵⁸ A.A. NEGRONI, *Sull'inesistenza di un «dovere alla salute» nella Costituzione italiana*, pagg. 79.

⁵⁹ D. VINCENZI AMATO, *Tutela della salute e libertà individuale*, cit., p. 2469.

⁶⁰ O. GRECO, R. CATANESI, *op.cit.*, p. 60. L.R. FENUDEI, *op.cit.*, p. 262; G. CANEPA, *Note introduttive allo studio della responsabilità professionale dello psichiatra in ambito ospedaliero*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1, 1983, p. 20.

⁶¹ *Idem*, p. 644; B. DE RISIO, *op.cit.*, p. 273.

⁶² S. ROSSI, *La salute mentale tra libertà e dignità*, cit., p. 279.

⁶³ *Contra* E. POZZI, *op.cit.*, p. 220.

rappresenta, peraltro, un potenziale elemento di frizione ai fini dell'accesso alla giustizia degli interessi dei terzi mediante la responsabilizzazione dei servizi psichiatrici ex art. 2047c.c.⁶⁴.

Su queste posizioni si è stabilmente assestata anche la giurisprudenza della Corte costituzionale. Con un primo arresto, chiamata a decidere su una questione di legittimità concernente la mancata o lacunosa tutela risarcitoria per i danni collaterali provocati dall'adempimento all'obbligo vaccinale, la Consulta affermò che «la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 della Costituzione se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma 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 quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale»⁶⁵.

Il t.s.o., infatti, trova il proprio fondamento primario nello «spirito di solidarietà (da ritenere ovviamente reciproca) fra individuo e collettività» e, sembra potersi ritenere, nella concretizzazione di quanto stabilito dall'art. 2 Cost., in riferimento all'obbligo per le istituzioni repubblicane di garantire «l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale»⁶⁶. L'orientamento è stato uniformemente confermato nella giurisprudenza successiva⁶⁷, da ultimo con le recenti sent. nn. 268/2017 e 5/2018, mentre è stato severamente smentito in sede ordinaria⁶⁸.

Sarebbe pertanto irrimediabilmente illegittima una disciplina che preveda l'imposizione di un trattamento sanitario diretto «esclusivamente alla salvaguardia e al miglioramento della salute del singolo», senza postulare un comprovato pericolo per la salute degli altri consociati⁶⁹.

In stretta coerenza, la ricostruzione maggioritaria presuppone l'esistenza di un legame intrinseco tra l'istituto del trattamento coattivo e l'elemento empirico della pericolosità del paziente. Il rischio per la salute dei consociati diviene infatti il dato situazionale costitutivo – necessario benché non sufficiente – che legittima l'iniziativa procedimentale del medico proponente (art. 33, comma 3), costituisce l'oggetto certificato dal collega convalidante (art. 34, comma 4), fonda l'intervento del sindaco competente all'adozione dell'atto e motiva la decisione del giudice tutelare cui è attribuito il potere di validare e disporre la limitazione della libertà personale (art. 35, comma 2)⁷⁰. La sussistenza di una pericolosità per la salute pubblica va quindi chiaramente argomentata in sede di motivazione della proposta ex art. 33, comma 3, della l. n. 833/1978 e di successiva adozione del provvedimento, rispetto al quale l'obbligo di motivazione non si discosta da quanto previsto dall'art. 3 della l. n. 241/1990, che impone l'esplicitazione di tutti «i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria». Senonché è da tempo radicata in ambito medico la convinzione che la pericolosità del paziente rappresenti un elemento di scarsa

⁶⁴ Esemplificativa Trib. Reggio Emilia, sent. 18 novembre 1989, in *N.G.C.C.*, 1990, p. 549.

⁶⁵ Corte cost. sent. n. 307/1990.

⁶⁶ *Idem*.

⁶⁷ Cfr. anche Corte cost., sentt. nn. 218/1994, 258/1994, 226/2000, 423/2000, 107/2012, 268/2017.

⁶⁸ Cass. civ. sent. 13 giugno 2008, n. 16803, in *Danno e responsabilità*, n. 9-9/2008, p. 923.

⁶⁹ A.A. NEGRONI, *Profili costituzionali del trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale*, cit., p. 60.

⁷⁰ G. CANEPA, *op.cit.*, p. 20.

consistenza scientifica, la cui prognosticabilità secondo i cc.dd. parametri endogeni resta piuttosto inverosimile⁷¹.

A differenza di quanto accade per il «folle reo» ai fini di applicazione della misura di sicurezza detentiva nella REMS, infatti, la pericolosità del paziente sottoposto a trattamento sanitario obbligatorio non può essere circoscritta alla potenziale reiterazione di un percorso criminogenetico già verificatosi, quindi noto ed in parte sondato⁷²: il medico proponente dovrebbe indagare con rigore scientifico la possibilità di qualunque futuribile fattispecie di rischio potenziale, assumendosi le debite responsabilità per gli errori di giudizio diagnostico e la decisione terapeutica⁷³. Lo stereotipo generalizzato di un'attitudine delinquenziale del paziente psichiatrico⁷⁴ ha indotto la dottrina giuridica a sottovalutare la nettezza di termini con cui la letteratura di settore ha da tempo «escluso l'esistenza di un rapporto fra malattia mentale e pericolosità sociale»⁷⁵. Ne sono indice, comprensibile da chi, come chi scrive, poco conosce e comprende della materia, i riscontri che attestano in capo ai pazienti affetti da disturbo mentale un tasso di delinquenza stabilmente inferiore a quello emergente nella popolazione generale (peraltro principalmente legato ad episodi di offensività modesta⁷⁶). La stessa possibilità di concreta prognosi del gesto eterolesivo viene oggi trattata dalla letteratura di settore alla stregua di un concetto atecnico, inaffidabile, apodittico⁷⁷, prevalentemente fondato dagli stessi periti su «elementi di tipo non psichiatrico» (come, ad esempio, l'esistenza di precedenti penali), cosicché coloro che sono chiamati a giudicarla possono sortire «le medesime probabilità di successo di una persona che si affidi al lancio di una moneta per prendere una decisione»⁷⁸.

Le conclusioni interpretative dell'art. 32 Cost. condivise da dottrina e giurisprudenza costituzionale non persuadono e anzi appaiono talmente trancianti ed assiologiche che lo strumento del trattamento sanitario coercitivo parrebbe inibito finanche nelle ipotesi di rischio suicidario ed autolesionismo⁷⁹ (salvo naturalmente quanto momentaneamente consentito ai sensi dell'art. 54 c.p. in caso di «situazioni di interesse psichiatrico [...] caratterizzate da urgenza e drammaticità» che comportino «un grave e attuale rischio per l'incolumità del paziente o di terzi»; cfr. *infra*, par.7). L'indisponibilità a contemperare il precetto costituzionale con la pluralità di interessi in gioco finisce per distrarre dall'effettivo oggetto della tutela: il bene giuridico protetto dall'art. 32 rimane la tutela della salute anche e

⁷¹ A. LAURITO, *Pericolosità sociale e misure di sicurezza detentive per infermi di mente al vaglio della giurisprudenza: profili critici della L.N. 81/2014*, p. 502; L.R. FENU DI, *op.cit.*, p. 267.

⁷² G. GUARNIERI, voce *Capacità a delinquere*, in *Noviss. Dig. It.*, p. 867.

⁷³ G. CANEPA, *op.cit.*, p. 23; P. CENDON, *La responsabilità civile degli operatori e dei servizi psichiatrici*, cit., p. 575.

⁷⁴ P. CENDON, *La responsabilità civile degli operatori e dei servizi psichiatrici*, cit., p. 554.

⁷⁵ G. CANEPA, *op.cit.*, p. 24.

⁷⁶ A. AMATI, *Lotta contro i pregiudizi sulle malattie mentali e contro lo stigma*, cit., p. 984.

⁷⁷ S. ROSSI, *La salute mentale tra libertà e dignità*, cit., p. 304.

⁷⁸ G.B. TRAVERSO, S. TRAVERSO, *Responsabilità, imputabilità e cause di limitazione o esclusione della pena*, cit., p. 41.

⁷⁹ Ed infatti, Trib. Busto Arsizio, sent. 27 maggio 1999, in *Foro ambrosiano*, 2000, p. 314; di segno opposto, cfr. Cass. pen. sent. 12 aprile 2005, n. 13241, in www.leggiditalia.it (1/2/2019); sul punto cfr. B. DE RISIO, *op.cit.*, p. 264; S. JOURDAN, *La responsabilità dello psichiatra per le azioni violente compiute dal paziente: prevedibilità dell'evento e possibilità di evitarlo*, in U. FURNARI, S. JOURDAN (a cura di), *La responsabilità professionale dello psichiatra*, Torino, 2006, p. 117.

soprattutto nella sua dimensione individuale. Nelle dinamiche psicopatologiche non sempre l'assenza di una richiesta di aiuto implica l'assenza di bisogno.

Il tema della consapevolezza della malattia – che nella clinica generica afferisce al piano pre-terapeutico del consenso e degli obblighi informativi del medico – nella patologia psichiatrica può costituire parte della sintomatologia tipica del disturbo, rappresentando un obiettivo del percorso di cura più che una sua preconditione⁸⁰. La scienza psichiatrica ha tradizionalmente ricostruito la cognizione della malattia come l'esito di tre articolazioni fondamentali: consapevolezza dei sintomi, consapevolezza del disturbo e del suo legame con i sintomi, consapevolezza del bisogno di essere curato. La questione dell'*insight*, ossia la possibilità per il paziente di avere contezza dell'affezione psicopatologica e del livello di prostrazione da esso derivante, impatta in modo non trascurabile sulla capacità di giudizio necessaria per la pianificazione del percorso terapeutico, considerato che «la gravità della patologia è inversamente proporzionale al grado di consapevolezza»⁸¹. Sostenere che la Costituzione non consentirebbe mai all'amministrazione sanitaria di reagire all'«opposizione del cittadino ad interventi medici volti al trattamento di affezioni morbose produttive di nocimento, anche estremo, sulla sola salute individuale, senza ulteriori effetti più lati in capo a terze persone»⁸², significa avallare la teologia dell'abbandono.

La Corte costituzionale applica il criterio discretivo della pericolosità, senza considerare che il rifiuto del trattamento da parte del malato psichiatrico innocuo, che il sistema vorrebbe unico arbitro della propria salute, è spesso l'estrinsecazione sintomatica tipica del disturbo che lo affligge. Assecondare la patologia non significa rispettare il foro interno del paziente, come tutelare la gabbia cognitiva costruita dalla stessa non implica salvaguardare salute del cittadino. L'ossequio presuntivo al principio di autonomia si spinge a negare l'esistenza di una dimensione empirica di salute in senso oggettivo, quand'anche ciò significasse concorrere con la patologia nel condizionamento coattivo della libertà del paziente.

Nella disciplina del trattamento giuridico e sanitario del malato di mente viene così a crearsi un vuoto strutturale, che restituisce un'immagine appannata e poco solidaristica delle possibilità di cura non consensuali, costituzionalmente improntate ad una tendenziale indifferenza per le sofferenze, le necessità di cura e i bisogni individuali che il paziente non è nemmeno in condizione di comprendere e manifestare.

Ciò, peraltro, in contraddizione con il limite positivo di cui all'art. 32, 2° comma, Cost. che ampia dottrina sovrappone al principio di dignità⁸³, richiamando la necessità che il fine tipico primariamente perseguito con l'esercizio del potere di trattamento coercitivo rimanga la tutela della salute individuale del paziente.

⁸⁰ S. FERRACUTI, A. COPPOTELLI, V. VOLTERRA, *Responsabilità dello psichiatra*, in V. VOLTERRA, (a cura di), *Psichiatria forense, criminologia ed etica psichiatrica*, Milano, 2010, p. 534.

⁸¹ F. GIBERTI, R. ROSSI, *op.cit.*, p. 56.

⁸² F. BUZZI, A.L. VERGINE, *op.cit.*, p. 64.

⁸³ F. MODUGNO, *op.cit.*, p.314; G. PELAGATTI, *op.cit.*, p. 59.

5. Alle origini del problema: negoziazione e consenso

C'è dunque un convitato di pietra che – stando così le cose – influenza il dibattito, rappresentando l'antecedente assiologico dell'intera materia: quanto è grande "l'ombrello" offerto dal principio del consenso per la legittimazione dell'attività terapeutica sul paziente psichiatrico ex art. 33, comma 1, della l. n. 833/1978? Possiamo davvero fidare che esso assorba l'intero spettro di esigenze di tutela escluse dall'ambito di applicazione degli artt. 34 e 35 della l. n. 833/1978?

Anche in ambito psichiatrico⁸⁴ – fuori dai casi di obbligatorietà per rischio all'incolumità pubblica previsti da una disposizione di legge – il consenso rappresenta al contempo il fattore legittimante ed il limite essenziale della potestà di curare⁸⁵, la cui violazione, a seconda dei casi, integra i presupposti dei reati di violenza privata, lesioni personali⁸⁶ o finanche sequestro di persona⁸⁷. Lo chiariscono l'art. 1, commi 1 e 5 della l. n. 180/1978 e l'art. 33, comma 1°, della l. n. 833/1978, secondo cui la valida contrattualizzazione delle cure assorbe tutte fattispecie non eccezionalmente riconducibili al paradigma coercitivo.

Il dibattito sul consenso informato in psichiatria è articolato e complesso⁸⁸; tuttavia ci si limita in questa sede ad esemplificare succintamente alcuni profili problematici, utili a spiegare la progressiva marginalizzazione dell'impianto positivo originariamente previsto dalla legislazione speciale in materia di amministrazione e cura del paziente psichiatrico. La letteratura medica ha tradizionalmente ammonito in ordine alle fragilità intrinseche alla contrattualizzazione dell'attività terapeutica nella cura della patologia psichica⁸⁹, sottolineando che la norma sovraccarica di aspettative sia il momento informativo, sia la negoziazione del piano di cura, presupponendo «una concezione della libertà del paziente più ampia di quella che non si riveli nella realtà clinica»⁹⁰.

Stando all'elaborazione ormai classica, la valida contrattualizzazione dell'attività sanitaria presuppone l'attenuazione dell'asimmetria informativa delle parti chiamate alla condivisione della prospettiva terapeutica⁹¹, mediante una veritiera, completa ed esaustiva informazione del paziente⁹², al fine di un'adesione "competente" ad operare scelte responsabili in materia nella pianificazione condivisa delle cure⁹³. Contrariamente all'ordinaria configurazione delle prestazioni mediche come obbligazioni di mezzi, l'efficienza dell'informazione e l'acquisizione del consenso assumono le fattezze di un'obbligazione di risultato, dovendo il medico «accertarsi che il suo messaggio sia stato oggettivamente

⁸⁴ B. DE RISIO, *op.cit.*, p. 250.

⁸⁵ V. FINESCHI, E. TURILLAZZI, *Il rapporto medico paziente: consenso, informazione e segreto*, in G. GIUSTI, *Trattato di medicina legale e scienze affini*, Padova, 2005, p. 4; U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, cit., p. 1193; S. ROSSI, *La responsabilità dello psichiatra*, cit., p. 638.

⁸⁶ F. BELLAGAMBA, *Stato di necessità ed attività medico-chirurgica: profili di una relazione di incompatibilità*, in S. CANESTRARI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, T. PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, p. 22.

⁸⁷ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale – Parte speciale*, Milano, 1996, p. 157.

⁸⁸ S. FERRACUTI, A. COPPOTELLI, V. VOLTERRA, *op. cit.*, p. 533.

⁸⁹ A. ARGO, P. PROCACCIANTI, *Problematiche giuridiche*, in G. VELLA, A. SIRACUSANO (a cura di), *Il consenso informato in psichiatria*, Roma, 1996, p. 26. M. BASSI, *Il consenso informato nei contesti operativi psichiatrici*, in G. VELLA, A. SIRACUSANO (a cura di), *Il consenso informato in psichiatria*, Roma, 1996, p. 61.

⁹⁰ U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, cit., p. 1195.

⁹¹ A. ARGO, P. PROCACCIANTI, *op.cit.*, p. 22.

⁹² V. FINESCHI, E. TURILLAZZI, *op.cit.*, p. 6.

⁹³ A. ARGO, P. PROCACCIANTI, *op.cit.*, p. 29.

compreso e adeguatamente recepito dal paziente stesso»⁹⁴. L'impostazione è oggi confermata sul piano positivo dagli artt. 1, 3 e 5 della l. n. 219/2017.

Al contrario, nella cura delle psicopatologie le tecniche di *disclosure* delle informazioni rientrano nel progetto terapeutico, imponendo talvolta al medico di relativizzare l'estensione della comunicazione ai bisogni del paziente⁹⁵, in relazione al fatto che nozioni troppo dettagliate o troppo anticipate potrebbero inficiare l'esito del percorso intrapreso. L'adesione all'alleanza terapeutica può talvolta presupporre l'acquiescenza strumentale del medico alla derealizzazione dei fatti, propedeutica all'instaurazione di un rapporto fiduciario. In altri casi, l'informazione è proprio impossibile⁹⁶, nella misura in cui la comprensione dell'inesistenza di un fatto, della natura delirante di un pensiero o dell'origine psicopatologica di un comportamento costituisce, unitamente al consenso reale ed informato, l'obiettivo finale del percorso terapeutico⁹⁷, imponendo al sanitario un'inevitabile presa d'atto sulla transitoria insuperabilità dell'*insight*. Un assetto empirico a dir poco incompatibile con l'atteggiamento intransigente della giurisprudenza in materia di obblighi informativi⁹⁸.

Per quanto concerne la negoziazione del piano di cura, la stratificazione di fonti normative di vario rango impone al medico di «ottenere un consenso che egli possa ritenere valido prima di intervenire», giuridicamente rilevante soltanto se «personale, libero, attuale, esplicito, consapevole, manifesto, richiesto, gratuito, specifico, partecipe e revocabile»⁹⁹. Spetta al sanitario garantire che chi lo esprime «comprende il significato dell'informazione che gli è data» e possiede «una capacità decisionale piena ed affidabile»¹⁰⁰, tenendo conto che – quand'anche di fronte all'accettazione passiva da parte del malato – non è comunque consentito equiparare l'espressione di un consenso consapevole, libero ed informato alla mera capacità di assentire¹⁰¹.

Il *background* ideologico della l. n. 180/1978 (e della vigente l. n. 833/1978), polarizzando la legittimazione terapeutica tra consenso e coercizione, sottovaluta la complessità fenomenica della malattia mentale, radicalizzando i presupposti del trattamento proprio in un ambito nel quale – più che in qualunque altro settore della medicina – le opzioni troppo categoriche perdono il controllo della prassi, chiamata a confrontarsi con una casistica clinica nella quale il bianco ed il nero esistono prevalentemente come ipotesi scolastiche¹⁰².

⁹⁴ V. FINESCHI, E. TURILLAZZI, *op.cit.*, p. 10.

⁹⁵ A. AMATI, P. RICCI, *Consenso, riservatezza e responsabilità in psicoterapia*, in V. VOLTERRA, (a cura di), *Psichiatria forense, criminologia ed etica psichiatrica*, Milano, 2010, p. 592.

⁹⁶ A. ARGO, P. PROCACCIANTI, *op.cit.*, p. 28.

⁹⁷ S. FERRACUTI, A. COPPOTELLI, V. VOLTERRA, *Responsabilità dello psichiatra*, p. 534; A. ARGO, P. PROCACCIANTI, *op.cit.*, p. 29.

⁹⁸ Cass. civ. sent. 2 luglio 2010, n. 15698, da *Dejure* (1/2/2019).

⁹⁹ U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, cit., p. 1197 e ss.

¹⁰⁰ *Idem*.

¹⁰¹ Ad esempio, «un insufficiente mentale medio o grave; un demente; un portatore di patologia psicotica che gravemente destruttura la sua personalità; pur non avendo più alcuna capacità di comprendere il significato del loro consenso, tuttavia possono assentire» (U. FORNARI, *Il trattamento del malato di mente e la l. n. 180/1978: aspetti psichiatrico-forensi e medico-legali*, cit., p. 361).

¹⁰² M. BASSI, *Il consenso informato nei contesti operativi psichiatrici*, cit., p. 61. Il quadro di sintesi è, d'altronde, aggravato dalla (tradizionale?); cfr. A. VERGA, *Una scorsella nei campi dell'animismo*, in *Archivio italiano per le malattie nervose*, n. IV/1872, pag. 1) crisi epistemologica della scienza psichiatrica, che cerca nel diritto certezze

L'ossequio rigoroso alle premesse interpretative più garantiste, perciò, finisce per rendere accettabile e fisiologica la *truffa delle etichette*, nella quale l'assenso è sempre consenso, la condivisione del quadro clinico con i familiari è informazione, dietro il blocco della porta dell'S.P.D.C. non si verifica l'abbandono del reparto, l'intervento del tutore o dell'amministratore di sostegno non costituiscono surrogazione ma rappresentanza.

6. La fuga dal diritto amministrativo: il ruolo della rappresentanza civile alla luce dell'art. 32 Cost.

«Tanto più stringete la presa, tanti più sistemi vi sgusceranno via tra le dita», ammoniva un'efficace sintesi cinematografica. Analogamente, più il paradigma giuridico rende vincolante la pretesa performativa, più imprime alla prassi la necessità e il consenso necessario per una riemersione surrettizia degli interessi e delle istanze di tutela ingiustificatamente represses nel bilanciamento.

Il quadro descritto sembra aver prodotto una crescente sfiducia verso la capacità dell'amministrazione di reagire con decisione e certezza giuridica alle infinite ambiguità che caratterizzano la patologia psichiatrica. Ne è indice la crescente fuga verso il privato. Non nel senso, prospettato dai primi commentatori della l. n. 180/1978, del rischio di un massiccio ricorso al mercato delle strutture di degenza per supplire allo smantellamento della rete assistenziale pubblica, quanto, piuttosto, in riferimento all'impiego – da parte della giurisprudenza e della stessa amministrazione sanitaria – degli strumenti giuridici propri del diritto civile nella gestione degli *hard cases*, in sostituzione dei più tradizionali meccanismi del diritto amministrativo. Ci si riferisce alle complesse questioni circa l'applicazione degli istituti dell'amministrazione di sostegno (art. 404 e ss. del codice civile) e dell'interdizione giudiziale (art. 414 e ss. del codice civile) ai fini della «sostituzione al paziente nel consenso a terapie e trattamenti sanitari e chirurgici»¹⁰³.

I presidi di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia di cui al *titolo XII* del codice civile espressamente non introducono potestà autoritative in materia di consenso ai trattamenti sanitari¹⁰⁴, limitandosi ad impiegare circonlocuzioni generiche come «interessi e esigenze di protezione della persona» (artt. 407 e 408), «cura e [...] interessi della persona del beneficiario» (art. 408), «bisogni e aspirazioni» (art. 410), «interessi morali» (art. 44 disp. att.)...

Ciononostante, la giurisprudenza di legittimità ha da tempo superato le perplessità concernenti il divieto di rappresentanza sostanziale dell'assistito in riferimento ai c.d. *atti personalissimi*¹⁰⁵, in quanto

definitorie utili a contemperare l'ambiguità dei propri paradigmi di riferimento (S. Rossi, *La salute mentale tra libertà e dignità*, pag. 167).

¹⁰³ Trib. Asti, sent. 10 maggio 2012, in *Giurisprudenza italiana*, n. 11/2012, p. 2279; Trib. Modena, decreto 28 giugno 2004, in *Gius.* 22, 2004, p. 3939; Trib. Modena, 20 marzo 2008, in www.giuraemilia.it (1/2/2019); Trib. Milano, 5 aprile 2007, in www.personaedanno.it (1/2/2019); Trib. Milano, sent. 21 giugno 2006, in www.personaedanno.it (1/2/2019); per una rassegna giurisprudenziale cfr. G. FERRANDO, *L'amministrazione di sostegno nelle sue recenti applicazioni*, in *Studium Iuris*, 2004, nota 66.

¹⁰⁴ A. GORGONI, *Amministrazione di sostegno e trattamenti sanitari*, in *Europa e diritto privato*, 2, 2012, p. 547.

¹⁰⁵ G. BONILINI, F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno*, Milano, 2008, p. 47; A. ARFANI, *Sulla possibilità, per l'amministratore di sostegno, di manifestare l'autorizzazione all'espianto degli organi, in luogo del beneficiario*, in *Fam. dir.*, n. 4/2017, p. 353. Trib. Asti, 10 maggio 2012, in *Giurisprudenza italiana*, Torino, 11, 2012, p. 2279, con nota A. CIATTI.

la determinazione terapeutica ad opera del tutore o amministratore di sostegno non costituirebbe una limitazione del diritto di autodeterminazione del singolo, bensì una sua più autentica garanzia. Occorre infatti neutralizzare la potenziale discriminazione – insita nella contrattualizzazione dell'attività terapeutica – tra il malato al quale residui un proprio margine di decisione e quello che, proprio in ragione della posizione di maggior debolezza prodotta dall'infermità che ne limita le capacità volitive, fosse impossibilitato far valere una qualunque forma di rifiuto o adesione all'atto medico¹⁰⁶. Operando in termini di ricostruzione e rappresentazione della volontà del degente, l'amministratore e il tutore divengono così gli strumenti ausiliari dell'autodeterminazione¹⁰⁷.

L'approdo interpretativo risulta oggi confermato dall'art. 3 della l. n. 219/2017, la quale non sembra tuttavia voler ascrivere all'istituto una latitudine applicativa diversa da quella già invalsa nella pratica pregressa¹⁰⁸. Il rappresentante può quindi essere direttamente autorizzato a soppesare l'interesse alle cure «in nome e per conto» del paziente, comunicando «al personale sanitario la volontà presunta dell'incapace a ricevere la prestazione terapeutica, esprimendo», ove risultasse impossibile individuare la genuina volontà del malato «la scelta più probabile di un soggetto razionale nelle condizioni date»¹⁰⁹, in aprioristica applicazione del «principio di beneficenza»¹¹⁰.

Originariamente avallata dalla giurisprudenza di legittimità per garantire il diritto al rifiuto dei trattamenti di sostegno vitale¹¹¹, questa prassi sta progressivamente andando a riempire quella *zona grigia*, che intercorre *in medias res* tra la contrattualizzazione consapevole del trattamento e la coercizione del malato pericoloso: un «vestito su misura», che integra, supporta e – nei limiti di quanto prescritto dal provvedimento giudiziale – esprime la volontà del beneficiario. In linea di principio, di fronte alla resistenza del malato «l'amministratore di sostegno non può esprimere il consenso o il dissenso rispetto a determinati trattamenti sanitari nell'interesse dell'amministrato, laddove questi conservi, nonostante la propria patologia, un margine di capacità tale da poter esprimere una volontà consapevole ed informata rispetto ai trattamenti sanitari»¹¹². Ove così non fosse, onde emancipare il malato dalla schiavitù ad una volontà patologicamente viziata, «si giustifica e si impone» l'esigenza di facultizzare nel provvedimento giudiziale di nomina la surrogazione nella scelta tra le opzioni di cura, «quando il soggetto incapace, proprio a cagione della sua patologia, non sia in grado di manifestare volontariamente e consapevolmente il proprio consenso al trattamento sanitario necessario per la sua salute»¹¹³.

¹⁰⁶ M. BETTI, *op.cit.*, p. 581; T. BANDINI, A. ZACHEO, *Interdizione, inabilitazione, amministrazione di sostegno*, in F. DE FERRARI, L. PALMIERI, *Manuale di medicina legale*, Milano, 2007, p. 427.

¹⁰⁷ M. NOCCELLI, *La cura dell'incapace tra volontà del paziente, istituti di tutela ed organizzazione del servizio sanitario*, cit., p. 6; I. RAPISARDA, *Donazione degli organi post-mortem e incapacità di agire*, in *N.G.C.C.*, 2, 2017, p. 198.

¹⁰⁸ G. FERRANDO, *Minori e incapaci*, in *BioLaw Journal*, 1, 2018, Trento, p. 51.

¹⁰⁹ Trib. Reggio Emilia, giudice tutelare, 24 luglio 2012, in *Fam. dir.*, Milano, n. 6/2013, p. 585.

¹¹⁰ M. BETTI, *op.cit.*, p. 585.

¹¹¹ I. RAPISARDA, *op.cit.*, p. 200; A. ARFANI, *op.cit.*, p. 353, in riferimento a Cass. civ. sent. 16 ottobre 2007, n. 21748 (c.d. *caso Englaro*), in *Foro It.*, 9, 2008, I, p. 2609.

¹¹² M. NOCCELLI, *op.cit.*, p. 7.

¹¹³ *Idem*, p. 8; M. BETTI, *Il consenso agli atti sanitari nell'amministrazione di sostegno: le decisioni del giudice tutelare*, in *Fam. dir.*, 2013, p. 584; A. COSTANZO, *Il consenso dell'interdetto agli atti sanitari tra volontà residua e volontà presunta: funzione del tutore e ruolo del giudice tutelare*, p. 714. Cass. civ. sent. 20 dicembre 2012, n. 23707, in *Fam. dir.*, Milano, n. 6/2013, p. 577; Trib. Reggio Emilia, decr. 29 giugno 2011, in *Fam. Pers. Succ.*, n. 10/2012, p. 714.

L'amministratore di sostegno e il tutore intervengono quindi – in via residuale, con poteri sostitutivi¹¹⁴ – anche nell'ipotesi in cui «l'interessato si opponga fermamente», pur con «un dissenso manifestato con deliranti, confusi e contraddittori argomenti», cui non si sottrae l'ipotesi in cui «l'assunzione di stupefacenti incide sulle capacità cognitive e volitive del soggetto»¹¹⁵ e ciò consente di ascrivere all'istituto in esame anche fattispecie di alterazione psichica espressamente sottratte al perimetro applicativo dell'art. 34 della l. n. 833/1978, che presuppone l'affezione da «malattia mentale»¹¹⁶. In passato, l'interpretazione ha ottenuto, d'altronde, l'autorevole avallo della Corte di Cassazione¹¹⁷.

L'istruttoria e la decisione finale presuppongono inevitabilmente il confronto delle prospettive terapeutiche con le aspettative di un paziente-modello, teoricamente prossimo al paziente reale in quanto a condizione sociale, cura della persona, concezione della dignità, rapporti di relazione e, più in generale, interessi non patrimoniali della vita civile¹¹⁸. Pragmaticamente, l'amministratore e il tutore agiranno per adempiere il mandato specificamente conferito loro allo scopo di neutralizzare quel potenziale esito infausto, la cui incomprendimento ha originato il decreto di nomina, conformandosi al principio di beneficenza come previsto dall'art. 6 della Convenzione di Oviedo¹¹⁹. D'altronde al rappresentante è attribuito un potere tendenzialmente perimetrato dalla sola possibilità di manifestare intendimenti terapeutici convergenti con le proposte del sanitario curante, considerato che nei casi di contrasto con quest'ultimo la decisione è assunta dal giudice tutelare su ricorso del tutore, amministratore, del medico o del rappresentante legale della struttura sanitaria¹²⁰.

La distrazione giudiziale del potere di co-determinare il percorso terapeutico del malato dissenziente a favore di un amministratore surrogante – di cui solo una descrizione semplicistica potrebbe descrivere l'operato in termini di rappresentanza¹²¹ – è suscettibile di imporsi al beneficiario in termini di coazione fisica e morale, interferendo con la sensibilità dei beni giuridici tutelati dagli artt. 32 e 13 Cost¹²². La fuga dalle garanzie proprie del diritto amministrativo verso un regime di rappresentanza privatistica ha indubbiamente consentito ai soggetti dell'intervento sanitario di sviare le contraddizioni endogene della legislazione vigente, favorendo, peraltro, l'attenuazione dei rischi del professionista in materia di responsabilità. Ciò nella prevalente convinzione che l'intervento del tutore o amministratore di sostegno garantirebbe non, come in caso di applicazione degli artt. 33 e ss. della l. n. 833/1978,

¹¹⁴ I. RAPISARDA, *op.cit.*, p. 199; Trib. Asti, decr. 10 maggio 2012, in *Giur. It.*, n. 11/2012, pag. 2279.

¹¹⁵ A. GORGONI, *Amministrazione di sostegno e trattamenti sanitari*, cit. p. 572; R. MASONI, *Consenso informato, amministrazione di sostegno ed intervento medico-sanitario*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 4, 2017, p. 1315; M. PINI, *Consenso informato al trattamento sanitario: limiti al potere di rappresentanza dell'amministratore di sostegno*, in *Il Merito*, 10, 2004, pag. 11.

¹¹⁶ Cfr. F. DALLA BALLA, *Amministrazione e cura*, cit., p. 103.

¹¹⁷ Cass. civ., sent. 18 dicembre 1989, n. 5652, in *Giust. civ. mass.*, 12, 1989.

¹¹⁸ T. BANDINI, A. ZACHEO, *op.cit.*, p. 428; I. RAPISARDA, *op.cit.*, p. 198; R. MASONI, *Consenso informato, amministrazione di sostegno ed intervento medico-sanitario*, cit., p. 1310.

¹¹⁹ U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, cit., p. 1229. Trib. Modena, decreto 15 settembre 2004, in P. CENDON, R. ROSSI, *Amministrazione di sostegno*, Torino, 2009, pag. 313.

¹²⁰ Tanto varrebbe – è stato affermato con i toni pragmatici, benché poco condivisibili, della letteratura di settore – che il consenso fosse espresso direttamente dal medico, «smascherando le finzioni del consenso informato» che, specie nelle sue manifestazioni surrogate, finisce per risolversi tendenzialmente nel principio di beneficenza, come peraltro previsto dall'art. 6, comma 1°, della Convenzione di Oviedo (*idem*, p. 948).

¹²¹ Trib. Modena, 20 marzo 2008, in *www.giuraemilia.it* (1/2/2019).

¹²² P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., p. 111.

la pretermissione della volontà del paziente, quanto piuttosto la sua più circostanziata e genuina ricostruzione¹²³. A differenza del t.s.o. – con il quale, *ex art. 32, 2° comma, Cost.*, l'amministrazione si fa carico delle aspettative e dei bisogni connessi alla proiezione collettiva della salute individuale – l'intervento del terzo amministratore o tutore renderebbe giustizia alle presumibili aspirazioni non patologicamente viziate del paziente¹²⁴. Viene il sospetto che questa assiologica diversità tra gli istituti in esame presenti dei connotati più formali che sostanziali. L'istituto del trattamento sanitario obbligatorio, come tradizionalmente sussunto nelle fattispecie di cui agli artt. 13 e 32 Cost., può essere definito come l'eccezionale conferimento ad un terzo del potere di adottare specifiche determinazioni terapeutiche concrete, idonee alla legittimazione dell'attività medica in luogo della viva voce del malato. L'art. 32 assorbe qualunque fattispecie tipizzata di distrazione della decisione sanitaria e di intrusione di terzi *ex lege* nel rapporto medico-paziente. Che si tratti di t.s.o. o di amministrazione di sostegno il risultato sostanziale non sembra divergere, in ragione del fatto che gli istituti presentano un'analoga tensione tra autorità e libertà, destinato a risolversi in uno stato di soggezione del paziente ad una decisione eteronoma. Ciò al comune fine di una soluzione procedurale dello scontro tra tecnica, pronosticabilità dei paradigmi biologici e multidimensionalità della persona, mediante la rottura del nesso tra salute e identità personale¹²⁵, la quale non può essere fittiziamente equiparata al «diritto di essere rappresentato correttamente»¹²⁶.

La convinzione – secondo cui sarebbe invalido il dissenso opposto dal paziente incapace di formulare una consapevole determinazione in ordine al trattamento medico¹²⁷ – sembra più cartolare che sostanziale, considerata la necessità costituzionale che privazione della libertà, violenza e coazione siano intrinsecamente apprezzate nella loro manifestazione fattuale, piuttosto che in termini di sofismi contrattuali.

Appare sul punto esemplificativa la rassegna della giurisprudenza. Coartandone le resistenze, «l'amministratore di sostegno può essere autorizzato dal giudice tutelare ad esprimere il consenso informato relativamente ad un intervento chirurgico terapeutico cui l'incapace debba essere sottoposto, allorché quest'ultimo si rifiuti di sottoporsi all'intervento pur non avendo consapevolezza della condizione patologica in cui versa e delle conseguenze cui andrebbe incontro qualora non vi ponesse rimedio»¹²⁸. Il giudice ha inoltre facoltà di «procedere alla nomina [...] per consentire all'amministratore di sostegno di sostituire l'interessato nel consenso al ricovero», obbligandolo «a lasciare la propria casa per andare in una residenza protetta»¹²⁹.

Con ciò non s'intende certo sostenere che tutore ed amministratore di sostegno stiano surrogando o esautorando il provvedimento amministrativo previsto dall'art. 34 della legge n. 833/1978, in quanto

¹²³ Cass. civ. sent. 20 dicembre 2012, n. 23707, in *Fam. dir.*, Milano, 6, 2013, p. 577.

¹²⁴ T. BANDINI, A. ZACHEO, *op.cit.*, p. 429.

¹²⁵ R. MASONI, *Consenso informato, amministrazione di sostegno ed intervento medico-sanitario*, cit., p. 1313.

¹²⁶ A. GORGONI, *Amministrazione di sostegno e trattamenti sanitari*, cit., p. 606.

¹²⁷ U. ROMA, *Amministrazione di sostegno, cura personae e consenso al trattamento medico*, in *Fam. Dir.*, 7, 2007, pag. 732; Trib. Palermo, decr. 9 dicembre 2009, in *Fam. Dir.*, 5, 2010, pag. 492; Trib. Modena, decreto 15 settembre 2004, in P. CENDON, R. ROSSI, *Amministrazione di sostegno*, Torino, 2009, pag. 313.

¹²⁸ Tribunale di Modena, decreto del 28 giugno 2004, in *Gius.*, n. 22, 2004, p. 3939, sulla scorta dell'insegnamento di Cass. civ., sent. 18 dicembre 1989, n. 5652, in *Giust. civ. mass.*, 12, 1989.

¹²⁹ Trib. Roma, decreto 7 giugno 2005, citato da G. FERRANDO, *L'Amministratore di sostegno e le sue applicazioni*, p. 845; Trib. Torino, 26 febbraio 2007, in *Fam. Dir.*, 7, 2007, pag. 721.

le risultanze applicative attestano l'uso degli strumenti civilistici nei confronti del malato psichiatrico proprio per la valutazione ed autorizzazione di quei trattamenti necessari, che, tuttavia, non potrebbero costituire oggetto dell'ordinanza sindacale (ad es. l'attività medico chirurgica¹³⁰, clinica¹³¹ o la residenzialità assistita di lungo termine¹³²). In quest'ottica, il perimetro applicativo delle guarentigie di cui agli artt. 13 e 32 Cost. non può essere circoscritto, in termini nominalistici, ai soli istituti che la legge ordinaria rubrica come trattamento sanitario obbligatorio.

In linea teorica, peraltro, nella ricostruzione sistematica brevemente ripercorsa non vi sono elementi incontrovertibili che consentano di escludere che le medesime conclusioni possano essere potenzialmente estese anche alla terapia dell'affezione psicopatologica, in misura proporzionale al grado di incapacità del malato¹³³. Ed infatti, la questione non può essere risolta affermando l'esistenza di una dirimente discrasia teleologica tra il provvedimento amministrativo del t.s.o. e gli istituti civilistici di rappresentazione della volontà del paziente, in ragione del fatto che l'uno sarebbe previsto esclusivamente per la tutela della salute pubblica, mentre l'altro avrebbe ad oggetto esclusivo l'interesse del paziente¹³⁴. Ciò per vari ordini di ragioni:

- a) in primo luogo, si è già precedentemente censurata l'ipotesi che restringe la possibilità di imporre un trattamento sanitario alla sola fattispecie implicante un rischio per la salute e l'integrità fisica dei consociati. Ciononostante – finanche accogliendo l'impostazione invalsa nella dottrina maggioritaria (cfr. *supra*, par. 3) – il risultato non cambia: sostenere che l'art. 32 Cost. consente esclusivamente trattamenti previsti per la sicurezza pubblica non significa escludere dal perimetro applicativo delle relative garanzie l'imposizione delle cure per la sola salute individuale, ma – semmai – vieta radicalmente che la legge possa introdurre qualsivoglia forma di eteronoma imposizione terapeutica orientata a finalità diverse dalla protezione dei terzi (v. *supra*);
- b) la fisiologica e perdurante interferenza dei relativi ambiti di applicazione non consente l'esatta separazione concettuale degli istituti in esame. Come esaminato in precedenza, infatti, alla prova dei fatti non è per nulla scontato che la configurazione dell'istituto in termini di trattamento sanitario obbligatorio implichi la rinuncia ad un'azione provvedimento esclusivamente indirizzata alla salute individuale del paziente. Si pensi alle prevalenti tendenze applicative in ordine alla responsabilità colposa del medico per non aver prevenuto il suicidio, attivando gli strumenti amministrativi previsti dalla l. n. 833/1978. Analogamente, non è escluso che l'attività del tutore o amministratore di sostegno possa esplicarsi in termini di controllo, preconstituendo una posizione di garanzia azionabile dai terzi ex art. 2047 c.c., eventualmente pregiudicati dalle azioni lesive del malato sorvegliato¹³⁵. Peraltro, non si può aprioristicamente escludere che tra gli elementi globalmente valutati dall'amministratore e dal tutore al fine della miglior intrapresa terapeutica

¹³⁰ Trib. Palermo, decr. 9 dicembre 2009, in *Fam. Dir.*, 5, 2010, pag. 492; Trib. Milano, decr. 5 aprile 2007, in P. CENDON, R. ROSSI, *cit.*, pag. 305.

¹³¹ Trib. Modena, decreto 15 settembre 2004, in P. CENDON, R. ROSSI, *cit.*, pag. 314.

¹³² Trib. Roma, decreto 7 giugno 2005, citato da G. FERRANDO, *L'Amministratore di sostegno e le sue applicazioni*, p. 845; Trib. Asti, 10 maggio 2012, in *Giur.It.*, 11, 2012, p. 2279.

¹³³ M. PINI, *op. cit.*, pag. 11; *Committee on the Rights of Person with Disabilities*, Concluding observations on the initial report of Italy, 6 ottobre 2016.

¹³⁴ A. GORGONI, *Amministrazione di sostegno e trattamenti sanitari*, *cit.*, p. 547.

¹³⁵ A. THIENE, *Art. 2047*, in G. CIAN (a cura di), *Commentario breve al codice civile*, Padova, 2016, p. 2217.

nell'interesse del beneficiario¹³⁶, trovi spazio l'esigenza di protezione preventiva del malato dalle possibili ricadute personali, sociali, patrimoniali e familiari dell'atto etero-aggressivo potenzialmente futuribile¹³⁷;

- c) è tradizionalmente escluso che il proposito terapeutico valga ad escludere l'applicazione dell'art. 13 Cost. nelle fattispecie in cui essa implichi la limitazione della libertà personale del paziente, in quanto il perimetro applicativo del principio va raccordato all'esistenza di effetti intrinsecamente coercitivi, a prescindere dall'apparato di presupposti che legittimano l'intervento¹³⁸ (cfr. *supra*, par. 3).

Anche a prescindere da ciò, contrariamente al principio invalso nella giurisprudenza di legittimità¹³⁹ e stabilmente attuato dai giudici di merito¹⁴⁰, la surrogazione del paziente incapace per l'espressione del consenso a qualunque attività sanitaria (chirurgica, clinica o psichiatrica) non può legittimare una distinzione fattispecie legali di coercizione terapeutica, sottraendo all'obbligo di conformità con l'art. 32 interi istituti e dinamiche concrete. Si avrebbe infatti l'ipotesi di t.s.o. per malattia mentale che, una volta rubricato come tale, dovrebbe conformarsi alle riserve di legge e di giurisdizione, al vincolo finalistico alla tutela della salute pubblica e al limite al rispetto della persona umana; al contrario, la coazione attraverso l'istituto civilistico – non sussumibile nell'art. 32, in quanto non costituente trattamento sanitario obbligatorio – rimarrebbe esente delle guarentigie a tal fine prescritte e precedentemente analizzate (cfr. par. 2 e 3). Ciò in palese contraddizione con la *ratio* della norma, che mira alla previsione di uno standard minimo di tutela applicabile a qualunque ingerenza esterna sulla sfera intima e personalissima della salute¹⁴¹. Indicativa sul piano ermeneutico è la tendenza dottrinale a decodificare il rapporto tra t.s.o. ex art. artt. 34 e ss. della l. n. 833/1978 e amministrazione di sostegno, secondo un criterio di specialità per materia del primo (ammissibile per la sola cura del disturbo psichiatrico), rispetto al secondo (consentito per ogni altra patologia coesistente con il deterioramento delle funzioni cognitive, ma non per la diretta terapia del medesimo)¹⁴². In proposito, peraltro, non si comprende la ragionevolezza di distinguere il campo applicativo dello strumento giuridico in relazione alla natura dell'affezione, come se la distinzione nosografica potesse implicare una dequotazione delle garanzie. Anzi, la diversità di presupposti dovrebbe indurre a ritenere che possano esservi casi nei quali

¹³⁶ I. RAPISARDA, *op.cit.*, p. 197; R. MASONI, *Consenso informato, amministrazione di sostegno ed intervento medico-sanitario*, cit., p. 1310.

¹³⁷ «È del resto illusorio separare le conseguenze personali [...] da quelle verso terzi: la manifestazione di violenza ed aggressività non reca danno solo al terzo aggredito ma anche all'aggressore», cfr. Cass. pen. 14 novembre 2007, citata da G. DODARO, *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici*, cit., p. 110.

¹³⁸ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., p. 115.

¹³⁹ Cass. civ., sent. 18 dicembre 1989, n. 5652, in *Giust. civ. mass.*, 12, 1989.

¹⁴⁰ M. PINI, *op. cit.*, pag. 11; U. ROMA, *op. cit.*, pag. 728; A. COSTANZO, *Il consenso dell'interdetto agli atti sanitari tra volontà residua e volontà presunta: funzione del tutore e ruolo del giudice tutelare*, in *Fam. Pers. Succ.*, 10, 2012, p. 714; Trib. Milano, decr. 5 aprile 2007, in P. CENDON, R. ROSSI, cit., pag. 305; Trib. Reggio Emilia, decr. 29 giugno 2011, in *Fam. Pers. Succ.*, 10, 2012, p. 714; Trib. Palermo, decr. 9 dicembre 2009, in *Fam. Dir.*, 5, 2010, pag. 492.

¹⁴¹ Ne è indice interpretativo la formulazione letterale dell'art. 6 della Convenzione di Oviedo che – nel prendere in considerazione la posizione delle persone prive della capacità di prestare il consenso – omologa l'autorizzazione rilasciata dall'autorità pubblica a quella del rappresentante o di qualunque altro soggetto designato dalla legge.

¹⁴² A. GORGONI, *Amministrazione di sostegno e trattamenti sanitari*, cit., p. 547.

il paziente psichiatrico non sia in condizione di esprimere un valido consenso alla sedazione del disturbo ma, al contempo, la manifestazione non pericolosa dello scompenso escluda l'operatività dell'ordinanza comunale. Se l'applicazione dell'amministratore di sostegno innalza il livello di tutela del diritto alla salute per il paziente incapace, non si comprende perché l'istituto non possa estrinsecare i medesimi effetti nella terapia dell'alterazione psicopatologica, a maggior ragione per il fatto che la decisione dell'amministratore comunque implica l'approntamento di presidi fisici e farmacologici propedeutici ad impedire al malato di sottrarsi alla conduzione dell'intervento autorizzato.

L'azione sul paziente dissenziente al fine di fiaccarne le resistenze e procedere all'esecuzione di un qualunque intervento sanitario¹⁴³ autorizzato dal rappresentante va quindi sussunta nei trattamenti sanitari obbligatori di cui all'art. 32 Cost. e – in caso di imposizione di un obbligo di residenzialità o di ricorso a presidi fisici e farmacologici contenitivi o neutralizzanti in funzione prodromica all'intervento – nelle misure limitative della libertà personale di cui all'art. 13 Cost. Si è in passato fortemente criticata la grave carenza di tipicità delle potestà di surrogazione del paziente nell'espressione del consenso all'atto medico¹⁴⁴, in contrasto con le riserve di legge di cui agli artt. 13 e 32 Cost., atteso che la normativa codicistica non tipizza espressamente l'adesione ai trattamenti sanitari tra le facoltà esercitabili dal tutore e dall'amministratore di sostegno.

Il quadro è oggi sostanzialmente migliorato, in forza dell'art. 3 della l. n. 219/2017, che espressamente raccorda l'esercizio del potere ad una base giuridica di rango primario. La riconduzione concettuale degli istituti civilistici tra le fattispecie di trattamenti obbligatori non vale infatti ad escludere aprioristicamente il ricorso agli strumenti di rappresentanza della volontà, ma impone al legislatore di modellarne la disciplina assicurando il rispetto della riserva legge, nonché la specifica convalida ad opera dell'autorità giudiziaria, insuscettibile di essere soddisfatta dal preconfezionamento di una delega in bianco. Occorre inoltre procedere ad un confronto analitico con i dispositivi di tutela introdotti dalla disciplina vigente in materia di trattamenti coattivi, nella consapevolezza che la rinuncia ad un procedimento orchestrato dall'ente pubblico rimette illegittimamente alla discrezionalità del giudice tutelare la previsione di garanzie preposte ad assicurare la completezza e rendicontazione dell'istruttoria, la formalizzazione di adempimenti scritti che consentano la ricostruzione delle procedure seguite e la tracciabilità dei criteri di giudizio impiegati dal rappresentante. A differenza di quanto previsto dai commi 4 e 5 dell'art. 34 della l. n. n. 833/1978, il codice civile e la l. n. 219/2017 affidano inoltre alle buone prassi l'apposizione di termini massimi per la degenza nella struttura prescelta, l'adesione alle pratiche di contenzione e il rinnovo periodico delle autorizzazioni in relazione all'andamento del trattamento, rinunciando a prescrivere stabili vettori informativi periodici che – a differenza della mera cartella clinica – offrano un collegamento con l'esterno, impedendo che la gestione sull'opportunità e i modi del trattamento si esaurisca nel contesto di cura, specie quando – a seguito dell'autorizzazione al ricovero o della residenzialità forzata in un contesto di lungodegenza – la gestione della fase trattamentale di lungo periodo venga monopolizzata dalla relazione bilaterale tra il rappresentante e la struttura, specie privata, di accoglienza.

¹⁴³ Trib. Modena, decreto 15 settembre 2004, in P. CENDON, R. ROSSI, *cit.*, pag. 313; Trib. Palermo, decr. 9 dicembre 2009, in *Fam. Dir.*, 5, 2010, pag. 492.

¹⁴⁴ F. DALLA BALLA, *Amministrazione e cura*, *cit.*, p. 203.

7. Il soccorso urgente

Le perduranti incertezze ermeneutiche sull'applicazione della l. n. 833/1978 e sulla natura della posizione di garanzia dello psichiatra hanno inoltre un precipitato importante sul piano dell'intervento non consensuale in emergenza. A partire dall'art. 54 cod. pen. è stata tradizionalmente ricostruita la cornice giuridica dell'intervento sanitario, svolto in emergenza per evitare l'imminente danno grave all'integrità fisica o alla salute della persona, nell'impossibilità di acquisire il previo consenso¹⁴⁵.

L'istituto penalistico del soccorso di necessità risente di un'intrinseca ambiguità interpretativa, destinata ad aggravarsi una volta contestualizzato il relativo campo applicativo nell'ambito medico-psichiatrico. La latitudine degli interessi e dei beni giuridici potenzialmente coinvolti nella contingenza dello scompenso psicopatologico è infatti più ampia di quanto tradizionalmente non accada nell'ambito medico-chirurgico e ciò influisce sulla perimetrazione della situazione necessitante, in ragione del fatto che «l'interpretazione del concetto di danno grave alla persona deve evitare restrizioni aprioristiche: tale concetto è, di per sé, idoneo a ricomprendere qualsiasi lesione minacciata ad un bene personale giuridicamente rilevante, si tratti di un bene tutelato nell'ambito penale, ovvero in quello extrapenale»¹⁴⁶.

La fattispecie ha trovato suggello interpretativo nelle *Raccomandazioni in merito all'applicazione di accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori per malattia mentale*, approvate dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome il 29 aprile 2009 e recepite in modo discontinuo dagli enti sottoscrittori¹⁴⁷. Le linee guida ricettive degli accordi codificano tra gli «interventi sanitari che non necessitano di T.S.O.», giustificati dall'art. 54 c.p., proprio quelle «situazioni di interesse psichiatrico [...] caratterizzate da urgenza e drammaticità» che comportino «un grave e attuale rischio per l'incolumità del paziente o di terzi». Il trattamento obbligatorio disposto dall'amministrazione in applicazione degli artt. 33 e ss. della l. n. 833/1978 avrebbe infatti, stando all'interpretazione emersa in sede regionale, un ambito oggettivo di operatività ben distinto dal soccorso di necessità: a) innanzitutto l'interpretazione tradizionale richiede per la predisposizione di un t.s.o. la prognosi di un rischio di agiti pregiudizievoli per la salute dei terzi; al contrario il campo applicativo del «danno grave alla persona» si estende alla più generica considerazione del «complesso più vasto di beni giuridici, coinvolgente anche interessi attinenti alla personalità dell'uomo» soccorso¹⁴⁸; b) in secondo luogo, l'art. 34 richiede la diagnosi di un quadro patologico strettamente sussumibile nel paradigma nosografico della malattia mentale¹⁴⁹.

¹⁴⁵ F. BELLAGAMBA, *op. cit.*, p. 22; Cass. civ. sent. 12 febbraio 2015, n. 2854; Cass. pen. sent. 29 maggio 2002, n. 26446, entrambe in www.leggiditalia.it (1/2/2019).

¹⁴⁶ *Idem*, p. 309. Sul punto, per una posizione aperturista della giurisprudenza di legittimità, si veda Cass. pen. sent. 21 marzo 2014, n. 20425, in www.leggiditalia.it (1/2/2019).

¹⁴⁷ Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, *Raccomandazioni in merito all'applicazione di accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori per malattia mentale*, n. 09/038/CR/C del 29/04/2009; *Linee Guida Regionali per i Dipartimenti di Salute Mentale in materia di Trattamento Sanitario Obbligatorio e Accertamento Sanitario Obbligatorio*, Allegato A della d.G.R. del Veneto del 31 marzo 2009, n. 847; *Linee Guida Regionali in materia di Trattamento Sanitario Obbligatorio e Accertamento Sanitario Obbligatorio*, adottate dalla Regione Sardegna con delibera 29 marzo 2011.

¹⁴⁸ C.F. GROSSO, voce *Necessità (dir. pen.)*, in *Encl. dir.*, 1977, vol. XXVII, p. 883.

¹⁴⁹ Il riferimento è ai concetti di «disturbo» mentale (D.S.M.-5) e «sindrome» (I.C.D.-IV-T.R., 2000). Sul rinvio al dato tassonomico mediante una qualificazione di sintesi cfr. Cass. pen. Sez. Un., sent. n. 9136/2005, in

(mentre lo stato di necessità si presta a ricomprendere qualunque fattispecie di alterazione psichica, ivi compresi i casi riconducibili agli stati emotivi e passionali, all'abuso da sostanze etc.); c) la legittimazione dell'intervento terapeutico attraverso la norma penalistica presuppone che l'esplicitazione del dissenso alla cura possa considerarsi «non valido», in quanto viziato dall'acuzie del disturbo, mentre il t.s.o. andrebbe riferito esclusivamente ai casi in cui il soggetto rimanga giuridicamente capace esprimere il consenso, come si deduce dall'art. 33, comma 5, della l. n. 833/1978, che onera i sanitari a ricercarlo in ogni fase del procedimento. La differenziazione dei presupposti legittimanti comporta, secondo quanto stabilito dagli atti in esame, che «non è mai ammissibile, a seguito della stessa valutazione medica, avviare le procedure per il TSO e contestualmente invocare lo stato di necessità», cosicché «nell'ipotesi che esista veramente uno stato di necessità, il TSO crea un dannoso rallentamento di intervento».

La delicatezza del passaggio ermeneutico in discorso si coglie in particolare in riferimento all'ammissibilità ed alla durata delle pratiche coercitive controverse sul piano della contenzione terapeutica e farmacologica, fuori dalla cornice giuridica offerta dall'intermediazione amministrativa prevista dalla l. n. 833/1978¹⁵⁰.

L'interpretazione, avallata con uno strumento inidoneo ad incidere sull'interpretazione della fonte sovraordinata, è criticabile. Innanzitutto, non corrisponde a nessuna fonte positiva il fatto che il trattamento sanitario obbligatorio presupponga la validità giuridica del dissenso espresso¹⁵¹. Quest'ultimo, al contrario, viene rilevato come mero fatto materiale, bisognoso di superamento mediante intervento coattivo dell'amministrazione. Non sembra inoltre fondato, alla luce del tenore letterale dell'art. 34 della l. n. 833/1978, escludere che possano essere ricondotte tra le «alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici» ipotesi di rischio attuale ed incombente.

Fortemente dubbia sembra anche la compatibilità della lettura con l'obbligo di interpretazione conforme rispetto all'art. 32 Cost. Argomentando a partire da un'analisi rigorosa della disciplina costituzionale, in letteratura è stata radicalmente esclusa la legittimità di qualunque intervento sanitario su un paziente psichiatrico esplicitamente dissenziente, in assenza di un provvedimento autorizzatorio disposto in conformità agli artt. 33 e ss. della l. n. 833/1978. Il combinato disposto degli artt. 13 e 32 Cost. prescrive che la norma impositiva di un trattamento sanitario debba strutturarsi in «prescrizioni relative a trattamenti determinati»¹⁵², in quanto la riserva di legge non può considerarsi soddisfatta dalla positivizzazione di un generico riferimento situazionale di necessità, suscettibile di applicazione trasversale, come accade nella disciplina delle scriminanti. La semplice esistenza di un'obnubilazione delle facoltà intellettive, infatti, «non si trasforma [...] in un limite negativo al criterio della volontarietà dei trattamenti», a pena di strumentalizzare il formante penale per «privare di efficacia la norma costituzionale», imputando al principio di aver «perso il legame con la realtà concreta»¹⁵³.

www.leggiditalia.it (1/2/2019); G.u.p. Milano, 24 ottobre 2003, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2004, p. 484; M. CELVA, «The ghost in the machine». Il vizio di mentre tra vecchi e nuovi paradigmi: il rilievo attuale del nesso eziologico tra disturbo e condotta, in *Ind. Pen.*, 2, 2014, p. 438.

¹⁵⁰ G. DODARO, *Il problema della legittimità giuridica dell'uso della forza fisica o della contenzione meccanica nei confronti del paziente psichiatrico aggressivo o a rischio suicidario*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 6, 2011, p. 1506.

¹⁵¹ Contra U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, cit., p. 953.

¹⁵² S. ROSSI, *La salute mentale tra libertà e dignità*, cit., p. 286.

¹⁵³ *Idem*, 287.

Senonché, occorre prendere atto che, come sottolinea una letteratura non certo indiziabile di un *deficit* di garantismo, «esistono [...] situazioni in cui una persona può manifestare un evidente stato di sofferenza tanto profondo da impedire la possibilità di esprimere la propria adesione al trattamento e altrettanto grave da richiedere cure urgenti e non rinviabili, dove neppure l'ordinanza del sindaco si può attendere», a costo di «cagionare danni irreversibili alla salute della persona se non addirittura la morte»¹⁵⁴.

Porre in capo al sanitario un obbligo di astensione, da rispettare fino a che non intervenga il provvedimento amministrativo, significa onerare altri della risposta alla situazione pericolosa, derubricando l'urgenza clinica a mera questione di ordine pubblico. Procedimentalizzare il t.s.o. per tutelare il malato dall'abuso delle cure coatte non significa che, nelle more dell'*iter* autorizzativo, debba essere preferita l'opzione della forza pubblica e la "*violentizzazione*" della reazione al disturbo, specie in quelle ipotesi di tale gravità clinica da non consentire nemmeno un leggero differimento temporale nell'approntamento dei presidi sanitari.

Esiste quindi, empiricamente, una zona grigia, che impone all'interprete di orientare teleologicamente la sincronia sistematica degli strumenti previsti dall'ordinamento. Avvitare la questione sull'ermeneutica del solo dato penale travisa la necessità di coordinamento con i principi previsti dalla legislazione di settore e, in particolare, dalla l. n. 833/1978. La soluzione, ancora una volta, presuppone di l'esatta perimetrazione del diritto all'autodeterminazione terapeutica del paziente psichiatrico e degli obblighi di garanzia: nella materia in esame, infatti, ciò che non è doveroso è illecito e ciò che non è illecito è doveroso. Prescrive l'art. 33, della l. n. 833/1978 che «gli accertamenti ed i trattamenti sanitari sono di norma volontari». Solo nelle specifiche fattispecie tassativamente previste l'intervento può svolgersi neutralizzando il dissenso espresso dal paziente (comma 2). Ciò in quanto la riserva di legge è al contempo limite e legittimazione del potere normativo: spetta ai titolari del potere legislativo il compito di comporre il bilanciamento di interessi di ordine sociale, etico, politico, individuando quali specifiche fenomenologie morbose mettano in pericolo diritti ed interessi, autorizzando la compressione del diritto individuale all'autodeterminazione ai trattamenti terapeutici, mediante l'intervento sanitario coatto. In deroga al quadro giuridico positivo, nessun operatore, per quanto qualificato, può coercire il dissenso ed imporre le proprie direttive di trattamento. Argomentando a contrario rispetto a quanto statuito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 282/2002, l'art. 32, comma 2, Cost. iscrive lo spazio tecnico, riservato all'azione in scienza e coscienza del medico, in un perimetro di discrezionalità politica, legittimando la traduzione prescrittiva di valutazioni ed interessi che trascendono le risultanze scientifiche.

Ed infatti, in materia di responsabilità, la giurisprudenza ha sottolineato che non possono essere giuridicamente ricondotti alla posizione di protezione del medico i casi di dissenso che non presentino gli estremi per la proposta di t.s.o.¹⁵⁵. In sostanza, una volta accertato il dissenso, o emergono le condizioni per la formulazione della proposta di trattamento coercitivo, ovvero l'autodeterminazione dispiega piena efficacia ed il sanitario è tenuto ad arrestare l'intendimento terapeutico, deferente verso il principio di cui all'art. 32 Cost. e la relativa normativa primaria di attuazione.

¹⁵⁴ P. DELL'ACQUA, *Persone, malattia mentale e guarigione*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, Milano, 2011, p. 792.

¹⁵⁵ Cass. pen. sent. 15 maggio 2012, n. 18504, in www.leggiditalia.it (30/1/2019).

Ne consegue che l'ambito oggettivo di applicazione degli artt. 51 e 54 c.p. può essere individuato esclusivamente in combinato disposto con le fattispecie sostanziali codificate, per le quali il legislatore ammette la coartazione del dissenso espresso dal paziente. In pratica, di fronte alle resistenze del malato è ammesso il soccorso urgente solo nelle more del procedimento previsto dall'art. 34 della l. n. 833/1978, allorché sussistano le quattro condizioni che la legge prevede ai fini della disposizione del t.s.o., quando l'attesa dell'ordinanza renderebbe l'intervento troppo tardivo ed ormai inidoneo alla salvaguardia degli interessi tutelati dall'amministrazione.

In una simile prospettiva, la riserva di legge ed il bilanciamento di interessi operato in sede politica risultano rispettati, in quanto il medico non amplia la casistica clinica eccezionalmente ritenuta rilevante dalle norme attuative dell'art. 32, comma 2°, Cost. e non si sostituisce al legislatore nella composizione del bilanciamento tra gli interessi posti in pericolo dalla situazione necessitante ed i diritti lesi dall'intervento non consensuale. La carenza del provvedimento autorizzatorio consente quindi al personale sanitario di svolgere esclusivamente gli atti strettamente conservativi, utili ad evitare la degenerazione della situazione, senza poter procedere al ricovero coatto nel servizio psichiatrico di diagnosi e cura. In ambito psichiatrico, di fronte al dissenso del paziente, la pubblica necessità già valorizzata dalle Sez. Un. della Corte di Cassazione¹⁵⁶, è tale esclusivamente quando vidimata dal legislatore mediante l'indicazione della fattispecie sostanziale che fonda e legittima il trattamento sanitario obbligatorio.

8. In conclusione

Lo sguardo d'insieme mette in luce l'esistenza di una continuità tra l'ermeneutica costituzionale prevalente e la risposta operativa della l. n. 833/1978, scaturente dal riferimento ad un comune quadro assiologico, che nega l'esistenza di una dimensione oggettiva della salute ed assolutizza in termini quasi ideologici il riferimento alla contrattualizzazione dell'attività sanitaria.

L'interpretazione tradizionale dell'art. 32 Cost. ha trascurato la dimensione prestazionale del diritto all'autodeterminazione terapeutica che – non dissimilmente dalle altre libertà propriamente dette¹⁵⁷ – presuppone l'intervento positivo dello Stato nell'approntare strumenti giuridici capaci di distinguere le situazioni di partenza e rimuovere gli ostacoli che si frappongono all'esercizio dei diritti fondamentali.

La tenaglia – che stringe la legittimazione dell'intervento medico non consensuale tra l'indifferenza per l'incapacità di intendere e volere e la rilevanza assorbente accordata al requisito della pericolosità – è rimasta confinata al piano dogmatico e costituzionale, sortendo la surrettizia opposizione applicativa sia in sede amministrativa che nella giurisprudenza ordinaria. La nettezza di termini con cui la Consulta nega qualsivoglia limite all'autodeterminazione terapeutica, non dettato da esigenze di salute pubblica, contribuisce a creare un vuoto di tutela a seconda del gradiente di incapacità. Finirebbe così prigioniero dell'interpretazione, che lo vuole unico arbitro della propria salute, il malato inoffensivo che nemmeno comprende l'insorgenza della patologia.

¹⁵⁶ Art. 359 c.p.; cfr. Cass. pen. Sez. Un., sent. 18 dicembre 2008, n. 2437, in www.leggiditalia.it (1/2/2019).

¹⁵⁷ R. BIN, *Critica alla teoria dei diritti*, Milano, 2018, p. 28.

La l. n. 833/1978 è stata concepita sulla dicotomia tra prestazione terapeutica consensuale ed obbligatoria, polarizzando agli estremi le fattispecie di legittimazione dell'intervento sanitario. Un'impostazione così categorizzante si è tradotta in una forte debolezza strutturale della disciplina, che ne ha viziato *in nuce* l'applicazione. La patologia psichiatrica presenta, infatti, una variabilità casistica che si colloca prevalentemente nel limbo tra la difficoltà pratica di assicurare una legittimazione validamente consensuale al trattamento terapeutico e i limiti dell'approccio coattivo. Scontando la difficoltà di un'astratta codificazione dei presupposti patologici, il legislatore ha provato a soddisfare la riserva di legge. Tuttavia, nel tentativo di contemperare la fisiologica indeterminatezza del dato naturalistico¹⁵⁸ con le esigenze tradizionali di tassatività nella predeterminazione legislativa dei presupposti e dei contenuti del provvedimento amministrativo (artt. 13, 32 e 97 Cost.), ha finito per ricorrere a formule circolari, quali «alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti terapeutici» (art. 34, comma 4°, della l. n. 833/1978).

La c.d. *deistituzionalizzazione* si è conclusa con la transizione ad un assetto istituzionale dall'*identità debole*, nel quale l'amministrazione sanitaria fatica a identificare i contenuti dell'obbligazione prestazionale da erogare nel quadro dei pubblici poteri, strutturandosi di conseguenza.

Il fatto che l'esasperata sintesi del dato normativo non consenta a priori la ricostruzione del mandato istituzionale e delle responsabilità degli operatori psichiatrici concorre all'emersione di prassi controverse, a tutt'oggi oggetto di irrisolte contraddizioni ermeneutiche (ne sono un esempio il ruolo del tutore e dell'amministratore di sostegno, la funzione del soccorso urgente ex art. 54 c.p., la chiusura delle porte del reparto di degenza, la validità dell'assenso all'atto terapeutico, l'abbandono della struttura di degenza da parte del paziente incapace non in regime di ricovero coatto, previa sottoscrizione della cartella clinica ai fini dell'esenzione di responsabilità).

L'incertezza della normativa di settore si ripercuote sulla ricostruzione rigorosa della causalità giuridica in caso di evento infausto. Sia in ambito civile che penale, è necessario integrare le singole fattispecie di responsabilità perimetrando in termini operativi gli interessi protetti, i titolari ed i contenuti della posizione di garanzia discendente dalla l. n. 833/1978. Ne è indice l'emersione di orientamenti giurisprudenziali di segno opposto, implementati da una serie di sfumature intermedie. Ad esempio, una accreditata tendenza interpretativa, coerentemente con la menzionata giurisprudenza costituzionale, ha letto nel trattamento coercitivo uno strumento di prevenzione specificamente predisposto per la tutela consociati¹⁵⁹. Con approdi estremi, si è financo sostenuto che l'obbligo di prendere in carico il paziente e garantire la salute pubblica possa essere incidentalmente occasionato da un qualunque contesto fattuale che consenta la «prognosi e la prevedibilità di eventi più o meno improvvisi, auto od

¹⁵⁸ La difficoltà della scienza psichiatrica di offrire un consolidato paradigma definitorio (S. ROSSI, *La salute mentale tra libertà e dignità*, pag. 166; M. BUCCA, F.J. SCARSI, R. ROSSI, *Elementi di diagnostica e di classificazione psichiatrica*, in F. GIBERTI, R. ROSSI, *Manuale di psichiatria*, Padova, 2009, pag. 57; I. MERZAGORA BETSOS, *L'imputabilità*, in G. GIUSTI (a cura di), *Trattato di medicina legale e scienze affini*, Padova, 1999, vol. IV, pag. 589) non consente alla legge di abdicare al proprio ruolo (la tutela dei diritti), imponendole di modellare, anzi, i propri riferimenti positivi per evitare che le contraddizioni al sapere tecnico degli operatori si ripercuotano sulle libertà fondamentali.

¹⁵⁹ Cass. pen. sent. 11 marzo 2008, n. 10795, in *Riv. It. Med. Leg.*, 6, 2008, p. 1419; C. App. Perugia, sent. 9 novembre 1984, in *Foro It.*, 1, 1988, parte II, p. 107; Trib. Perugia, sent. 20 ottobre 1986, in *Foro It.*, 1, 1988, parte II, p. 107; Trib. Bolzano, sent. 9 febbraio 1984, in *Foro It.*, 1, 1985, p. 156.

etero aggressivi, e comunque ad eventi di danno costituiti da un aggravamento della malattia psichica (ed eventualmente anche fisica) indipendentemente da manifestazioni aggressive»¹⁶⁰. La relazione terapeutica avrebbe in questi casi un ascendente prettamente situazionale, capace di gravare qualunque medico che, una volta entrato in contatto con il malato, sia in condizione di percepirne l'alterazione acuta e grave e l'urgente necessità di ricevere interventi terapeutici¹⁶¹. Il garante tenuto alla proposta di t.s.o. andrebbe individuato integrando la l. n. 833/1978 con le fonti che regolano l'obbligo di soccorso medico in urgenza (in particolare artt. 593 e 591 c.p.), «esattamente come avviene di fronte a un'emorragia, un infarto, un ictus»¹⁶².

Altri autori hanno valorizzato «la mutata funzione del ricovero in reparto psichiatrico a seguito dell'entrata in vigore della l.n. 180/1978»¹⁶³, per dedurre l'abrogazione del concetto di pericolosità¹⁶⁴ e l'inesistenza di una qualsivoglia obbligo di controllo. La l. n. 36/1904 e il r.d. n. 615/1909 configuravano la procedura d'internamento come concatenazione di posizioni di garanzia, utile ad assicurare che nelle fasi di «consegna», «ritiro» e «custodia» vi fosse sempre un controllore preposto, cui imputare gli eventuali atti lesivi del malato¹⁶⁵. La rottura con l'ordinamento manicomiale avrebbe imposto la pretermissione delle esigenze di profilassi sociale. Stando a questo secondo filone – da alcuni definito analogamente «maggioritario»¹⁶⁶ – non esisterebbe nell'ordinamento «nemmeno una norma giuridica che gravi l'operatore psichiatrico di un compito di protezione» della collettività, tale da estendersi alla prevenzione dei reati presagibili in relazione al decorso psicopatologico ed alla condotta del proprio paziente¹⁶⁷. In definitiva, se anche «il sanitario, mal valutando il quadro clinico, omette di prestare le opportune cure, ciò non sarebbe sufficiente per ritenere la sua responsabilità colposa in ordine ai fatti reato posto in essere dal malato di mente», difettando l'obbligo giuridico di impedire l'evento¹⁶⁸. La tutela dell'incolumità pubblica sarebbe perciò un mero «riflesso accessorio» del trattamento obbligatorio¹⁶⁹, insuscettibile di preconstituire una posizione giuridica risarcibile a favore dei consociati in caso di omesso o scorretto esercizio del potere di proposta di cui all'art. 33, comma 3, della l. n. 833/1978. Anche questa ipotesi ricostruttiva – pur declinata in innumerevoli variabili, che solo una buona dose di

¹⁶⁰ A. FIORI, F. BUZZI, *Problemi vecchi e nuovi della professione psichiatrica*, in *Riv. it. med. leg.*, 6, 2008, p. 1444.

¹⁶¹ E. POZZI, *op.cit.*, p. 220; Trib. Perugia, sent. 20 ottobre 1986, in *Foro It.*, 1, 1988, parte II, p. 107; Trib. Busto Arsizio, sent. 9 dicembre 2008, non pubblicata.

¹⁶² E. POZZI, *op.cit.*, p. 220.

¹⁶³ M. BARALDO, *op.cit.*, p. 4640; S. JOURDAN, *op.cit.*, p. 116.

¹⁶⁴ B. DE RISIO, *op.cit.*, p. 251; G. FIANDACA, *Problemi e limiti della responsabilità professionale dello psichiatra*, cit., p. 111.

¹⁶⁵ Artt. 66 e 69 del r.d. n. 615/1909.

¹⁶⁶ S. ANZILOTTI, *La posizione di garanzia del medico*, cit., p. 215; S. JOURDAN, *op.cit.*, p. 121.

¹⁶⁷ G. DODARO, *La posizione di garanzia degli operatori dei servizi psichiatrici per la prevenzione di comportamenti auto o etero-aggressivi del paziente*, cit., p. 57. Sulla stessa linea S. ANZILOTTI, *op.cit.*, p. 215, secondo cui sul fronte della prevenzione dei futuribili atti di etero-aggressività «il medico non avrebbe nessun dovere di controllo o contenimento perché esulano dal perimetro dell'art. 32 Cost. compiti di tutela estesi ad impedire il compimento di reati altrui». O. GRECO, R. CATANESI, *op.cit.*, p. 57; S. JOURDAN, *op.cit.*, p. 114; M. BARALDO, *op.cit.*, p. 4641.

¹⁶⁷ Cass. pen. sent. 5 maggio 1987, in *Foro It.*, 1988, p. 107

¹⁶⁸ O. GRECO, R. CATANESI, *op.cit.*, p. 58.

¹⁶⁹ *Idem*, p. 59.

approssimazione consente di sintetizzare in un quadro unitario – ha avuto un certo seguito giurisprudenziale¹⁷⁰.

Se il combinato disposto della l. n. 833/1978 e dei residui scampoli della l. n. 180/1978 non identifica con sufficiente determinatezza gli interessi protetti mediante il conferimento di poteri autoritativi, non risponde efficacemente allo scopo ordinamentale di garantire certezza e prevedibilità degli obblighi discendenti dalla posizione di garanzia dell'amministrazione sanitaria. L'ambiguità del formante legislativo nell'orientare teleologicamente l'attività dei servizi psichiatrici rende problematico individuare le prestazioni pretensibili e tracciare il riparto di competenza tra le istituzioni preposte alla tutela di interessi contigui (in particolare l'autorità di pubblica sicurezza), tanto nell'ordinario¹⁷¹, quanto – a maggior ragione – nelle fattispecie *border-line*, di dubbia riconducibilità al paradigma nosografico della malattia mentale¹⁷².

La rigidità ideologica della l. n. 833/1978 ha favorito la ricerca di espedienti giuridici e situazionali alternativi, più adatti alla considerazione complessiva dei fattori che rendono la salute «risultato globale di una serie di fattori coordinati»¹⁷³. La prassi ha reagito al rischio di un vuoto di tutela, strumentalizzando l'ambito di applicazione di taluni istituti. Ne sono indici la veicolazione del soccorso di necessità per la legittimazione delle pratiche di contenzione¹⁷⁴ e gli effetti surrogatori riconosciuti alle misure previste dal *Titolo XII* del codice civile, cui sono ascritti effetti potenzialmente analoghi a quelli tradizionalmente propri dei trattamenti obbligatori.

Positivamente, l'impiego degli istituti civilistici di surrogazione della volontà del paziente ha in parte corrisposto alle sollecitazioni espresse da chi propugnava la riformulazione del parametro biogiuridico sulla base di una prospettiva meramente procedurale, capace di sottrarsi all'inevitabile inefficienza di un bilanciamento di interessi codificato a priori¹⁷⁵, a fronte di un pluralismo situazionale difficilmente predeterminabile. Ciò avrebbe tuttavia presupposto una riflessione profonda sull'idea che il trattamento sanitario sia privatamente coercibile, all'infuori del quadro di legalità sostanziale e procedurale che presiede l'azione dei pubblici poteri, in un contesto che storicamente riconduce allo Stato il monopolio nell'utilizzo della forza, nel rispetto delle garanzie sostanziali e procedurali preposte all'*habeas corpus*¹⁷⁶. Si è quindi erroneamente ed irragionevolmente ritenuto che un simile risultato non potesse essere conseguito, se non dissimulando la riconducibilità delle misure di protezione delle persone prive

¹⁷⁰ Cass. civ. sent. 13 giugno 2008, n. 16803, in *Danno e responsabilità*, 8-9, 2008, p. 923; Cass. pen. sent. 5 maggio 1987, in *Foro It.*, 1, 1988, p. 107; Corte App. Cagliari, sent. 9 aprile 1991, in *Rivista giuridica sarda*, X, 1992, p. 158; Cass. pen. sent. 1 luglio 1987, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1989, p. 1379; Cass. pen. sent. 11 maggio 1990, in *Cassazione penale*, 1, 1991, p. 68, con nota A. FERRARO, p. 72; Trib. Trento, sent. 29 luglio 2002, in *Riv. pen.* 2003, p. 346; Trib. Brindisi, sent. 5 ottobre 1990, in *Foro It.* parte II, p. 273; Corte Ass. Parma, sent. 10 novembre 1989, in *N.G.C.C.*, 1990.

¹⁷¹ Ministero dell'Interno, circ. n. 3/2001; Trib. Mantova, comunicazione del 12 gennaio 2012, in *www.ilcaso.it* (1/2/2019); T.A.R. Sicilia-Catania, sent. 6 maggio 2005, n. 799; C.G.A.R.S., sent. 6 marzo 2008, n. 187, entrambe consultate in *www.leggiditalia.it* (1/2/2019); Trib. Torino, sent. 16 luglio 2018, n. 2414, *inedita*.

¹⁷² Cass. pen. 29 novembre 2018, n. 53455, *inedita*, c.d. *Magherini*.

¹⁷³ G. PRODI, voce *Salute/malattia*, cit., p. 398.

¹⁷⁴ G. DODARO, *Il problema* (op.cit. nota 146), p. 1506.

¹⁷⁵ C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., p. 186.

¹⁷⁶ D. ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto*, Milano, 2002, p. 37.

di autonomia all'ambito di applicazione dell'art. 32, comma 2, Cost., quand'anche implicanti un'autoritativa imposizione dell'attività terapeutica. Le dinamiche della sussidiarietà orizzontale, che – pur inconsapevoli nella genetica legislativa – innervano gli esiti applicativi del tutore e dell'amministratore di sostegno, presuppongono una questione di allocazione del potere e selezione degli interessi protetti ed implicano esiti pragmatici sul piano delle guarentigie.

Non interrogarsi sugli effetti intrinsecamente obbligatori dello strumento civilistico ha comportato la sottovalutazione della necessità di approntare meccanismi di tutela contro i rischi della confinazione privatistica delle scelte terapeutiche nel rapporto bipolare tra struttura sanitaria e rappresentante. Ne consegue la scarsa attenzione nella costruzione di un'analogia con le garanzie procedurali e sostanziali che il legislatore aveva posto a presidio dell'intervento pubblico. Il potere discrezionale del giudice nella definizione degli oneri procedurali ed istruttori dell'attività dell'amministratore di sostegno non può sopperire alla necessità che sia la legge a fissare i limiti oggettivi alle potestà decisorie del rappresentante, i soggetti che devono essere da questo coinvolti, i criteri di rendicontazione dell'attività, prescrivendo termini, modalità e guarentigie prodromiche all'eventuale trattenimento coatto presso un luogo di cura.