

# Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione. Il caso della salute mentale

Valentina Gastaldo\*

MANDATORY HEALTH TREATMENTS AND CONSTITUTION. THE CASE OF MENTAL HEALTH

ABSTRACT: The work aims to examine the delicate issue of legitimacy of mandatory health treatments and the use of mechanical restraint in psychiatric studies, focusing on the assumptions of their application.

KEYWORDS: Treatments; health; physical restraint; human dignity; mayor

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La legislazione sulla salute mentale – 3. La nozione di Trattamento sanitario obbligatorio e di salute – 4. I trattamenti sanitari obbligatori nella Costituzione. Il rapporto tra la salute individuale e della collettività – 5. Il provvedimento del Sindaco in materia di trattamenti sanitari obbligatori – 6. Trattamenti sanitari obbligatori e contenzione. Limiti costituzionali – 7. Conclusioni

## 1. Introduzione

La tutela dei soggetti affetti da malattie mentali e il rispetto della loro dignità hanno rappresentato, per lungo tempo, temi di grande interesse sia per la dottrina<sup>1</sup> che per la giurisprudenza<sup>2</sup>. La tematica dei trattamenti sanitari obbligatori si intreccia, infatti, indissolubilmente

\* Professore a contratto di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Parma. Mail: [valentina.gastaldo@unipr.it](mailto:valentina.gastaldo@unipr.it). Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

<sup>1</sup> Particolarmente significativi risultano i contributi di L. CARLASSARE, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in R. ALESSI (a cura di), *L'amministrazione sanitaria*, Vicenza, 1967; S. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, in *Diritto e Società*, 1979; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e Società*, 1980; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e Società*, 1983; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Diritto e Società*, 1984.

<sup>2</sup> Sono numerose le sentenze che si sono occupate, soprattutto a partire dagli anni Novanta, dei principi costituzionali ritenuti vigenti in materia di trattamenti sanitari obbligatori. Si pensi ad esempio alle sentenze della Corte cost., 22 giugno 1990, n. 307, in *Foro italiano*, I, 1990, 2694 (in tema di danni conseguenti all'obbligo di vaccinazione antipoliomielitica); 2 giugno 1994, n. 218, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1994, 1812 (relativa ad accertamenti sanitari obbligatori dell'assenza di sieropositività all'infezione da HIV come condizione per l'espletamento di attività lavorative che comportino rischi per la salute di terzi); 23 giugno 1994, n. 258, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1994, 2097 (relativa all'omessa previsione nelle norme che impongono l'obbligo di vaccinazione di accertamenti preventivi volti alla verifica della sussistenza di eventuali controindicazioni alle vaccinazioni); 18 aprile 1996, n. 118, in *Foro Amministrativo*, 1996, 2825 (sul diritto ad un equo ristoro del danno patito al soggetto che aveva subito un danno a causa di un trattamento sanitario obbligatorio (vaccinazione antipoliomielitica obbligatoria) disposto nell'interesse della collettività); 26 febbraio 1998, n. 27, in *Ragiusan*, 168, 1998, 168, 197 (diritto all'indennizzo anche nel caso di vaccinazioni antipoliomielitiche non obbligatorie) e altre sulle quali ci si soffermerà in modo più approfondito nelle pagine che seguono considerata l'importanza di tali pronunce per i principi in esse espressi che, sebbene riguardanti principalmente il tema delle vaccinazioni, possono trovare applicazione anche nel caso dei TSO per malattie mentali.

con principi costituzionali fondamentali – primi tra tutti il diritto alla salute e alla libertà personale – che hanno dato vita a controversie di carattere etico, legale e clinico.

Se da un lato il diritto alla salute non impone un obbligo di curarsi, in quanto il bene salute è nella disponibilità di ogni persona, dall'altro, incombe sull'individuo il dovere di non ledere, né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui<sup>3</sup>. È per tale ragione che, in casi eccezionali, la tutela della salute può essere sottratta alla disponibilità dell'individuo al fine di garantire gli interessi essenziali della collettività.

Quale peso ha allora il diritto di autodeterminazione della persona nelle scelte terapeutiche – inteso come diritto di curarsi e disporre del proprio corpo, che si esprime anche con il diritto a non essere curato e a rifiutare le cure – rispetto all'interesse della collettività a non venire lesi nella propria salute? È evidente che il problema si pone in tutti i casi in cui manchi quell'indispensabile premessa di legittimità della prestazione rappresentata dal consenso della persona, e, dunque, ogni qual volta si ravvisi la necessità di ricorrere a misure coercitive di assoggettamento dell'obbligato a trattamenti sanitari. Con il presente contributo si cercherà quindi di esaminare il delicato rapporto che intercorre tra tutela della salute individuale e tutela della salute dell'intera collettività, verificando quali condizioni devono essere rispettate affinché l'imposizione di un trattamento possa considerarsi costituzionalmente legittimo.

In particolare, dopo una breve ricostruzione dell'evoluzione normativa in materia psichiatrica, si passerà ad esaminare l'istituto dei trattamenti sanitari obbligatori alla luce dei diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione e la specifica disciplina che caratterizza il procedimento di assoggettamento dell'obbligato a tale misura coercitiva.

## 2. La legislazione sulla salute mentale

La prima disciplina in ambito psichiatrico è stata la legge 14 dicembre 1904, n. 36 intitolata "Disposizioni e regolamenti sui manicomi e sugli alienati", promulgata dal governo Giolitti e completata nel 1909 da un regolamento di esecuzione<sup>4</sup>. La normativa si ispirava alla legge francese del 1838, espressione delle concezioni dello Stato liberale, e metteva in primo piano il bisogno di protezione della società dai malati di mente, considerati socialmente pericolosi.

Non erano dunque le finalità terapeutiche o riabilitative le priorità della legge, bensì le esigenze di pubblica sicurezza. Ciò che muoveva il legislatore dell'epoca era, infatti, la volontà di fornire strumenti di difesa nei confronti di soggetti che suscitavano paura, prevedendo il ricorso ad azioni repressive accompagnate da pratiche preventive. In quest'ottica, la tutela della salute del paziente veniva così subordinata alla custodia. Questo orientamento culturale dello Stato liberale si desumeva proprio dalle condizioni poste dalla legge 36/1904 a giustificazione del ricovero nei manicomi. In particolare, all'art. 1 era previsto che dovessero essere «custodite e curate nei manicomi le persone affette per qualunque causa da alienazione mentale, quando siano pericolose a sé o agli altri o riescano di pubblico scandalo e non siano e non possano essere convenientemente custodite e curate fuorché nei manicomi». Alla

<sup>3</sup> In tal senso Corte Cost., sentenza n. 307 del 1990, cit.

<sup>4</sup> Regio Decreto n. 615 del 16 agosto 1909 dal titolo "Regolamento per la esecuzione della legge 14 febbraio 1904, n. 36".

base di questa disposizione vi era quindi la convinzione che l'internamento fosse l'unica soluzione per "combattere" la pericolosità del malato di mente.

L'avvento della nuova ideologia fascista rafforza l'intento custodialistico della legge del 1904, affinando gli strumenti repressivi previsti. Venne, così, disposta l'iscrizione nel casellario giudiziale del provvedimento del Tribunale con cui veniva ordinato l'internamento e la dimissione (art. 604, co. 2, c.p.p.), creando di fatto un serio ostacolo al reinserimento della persona nell'ambiente sociale e nel mondo lavorativo. Furono, inoltre, introdotte previsioni normative volte a privare l'infermo di mente della capacità di agire in alcuni settori (mancanza di legittimazione a proporre querela, ovvero la sospensione dall'esercizio della professione di avvocato laddove il soggetto fosse stato ricoverato in manicomio).

Un primo passo nel processo di rinnovamento normativo, culturale e sociale nel campo della psichiatria si ha con l'emanazione della "legge Mariotti"<sup>5</sup> che inizia a ricondurre la malattia mentale sul piano generale della tutela della salute.

Il mutamento emerge già dal linguaggio utilizzato: si passa dal riferimento operato dalla legge del 1904 alle «norme sui manicomi e gli alienati» per arrivare alle «provvidenze per l'assistenza psichiatrica»; si abbandona il termine «manicomi» sostituito da quello di «ospedale psichiatrico» (art. 1); non più forme di alienazione, bensì «disturbi psichici» (art. 4 e «malattie mentali (art. 11). La «custodia in manicomio» viene, infine, sostituita da forme di «assistenza sanitaria, specializzata e sociale» (art. 2).

Non si tratta solo di mere sfumature terminologiche, ma piuttosto il segnale di una volontà di progressiva evoluzione e di cambiamento.

Inizia a farsi strada l'idea che il malato di mente abbia consapevolezza della propria malattia e possa dunque volontariamente decidere. Viene, così, prevista l'ammissione volontaria in ospedale psichiatrico e la possibilità di trasformare il ricovero coatto in volontario<sup>6</sup>, previo accertamento del consenso del paziente. Si determina in tal modo un cambio di paradigma rispetto al passato. Se infatti la legge 1904 prevedeva, all'articolo 53 del regolamento attuativo del 1909, la possibilità del ricovero volontario, era altresì vero che il paziente che si fosse volontariamente recato in manicomio per farsi ricoverare veniva assimilato ad un coatto, e, dunque, si presupponeva la sua totale mancanza di coscienza di malattia, e quindi la sua assoluta incapacità di intendere e di volere.

Si assiste inoltre ad alcune trasformazioni organizzative dell'ospedale psichiatrico, tendenti ad equipararlo agli ospedali generali, e all'istituzione delle attività preventive e di cura fuori dalle mura manicomiali, mediante la creazione di una rete extra-manicomiale di servizi per terapie ambulatoriali psichiatriche e psicoterapeutiche.

La vera rivoluzione copernicana si ha però, sul finire degli anni Settanta, con l'adozione della legge 13 maggio 1978, n. 180, in tema di "Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori"<sup>7</sup>, recepita

<sup>5</sup> Legge n. 431 del 1968 intitolata "Provvidenze per l'assistenza psichiatrica".

<sup>6</sup> M. ROMANO, F. STELLA, *Ricoveri, dimissioni e trattamento terapeutico dei malati di mente: aspetti penalistici e costituzionali*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1973, 395 ss.; L. BRUSCUGLIA, *Legittimità costituzionale del ricovero volontario*, in *Foro italiano*, V, 1973, 278.

<sup>7</sup> Per una approfondita analisi del percorso storico che ha caratterizzato la legislazione in materia psichiatrica si veda: S. ROSSI, *La salute mentale tra libertà e dignità. Un dialogo costituzionale*, Milano, 2015, 186 ss.; S. SBORDONI, *Devianza primaria e devianza secondaria. Il caso del trattamento sanitario obbligatorio*, in *ADIR – L'altro Diritto*, 1998; A. PIZZI, *Malattie e trattamenti sanitari. Commento alla legge 13 maggio 1978, n. 180*, Milano, 1978, 3 ss.

quasi contestualmente nella legge n. 833 del 23 dicembre 1978 istitutiva del Servizio sanitario nazionale.

Tale intervento legislativo ha portato ad un profondo mutamento nella concezione giuridica della malattia mentale ricondotta in tal modo alle normali patologie per le quali devono essere previste terapie rivolte principalmente alla tutela della salute del paziente, e non solo alla protezione della società. Non esistono più discriminazioni tra le persone portatrici di sofferenze mentali e “gli altri malati”, rendendo in tal modo effettivo anche in questo ambito il principio di uguaglianza dei cittadini.

Si assiste al tramonto delle istituzioni manicomiali, con espresso divieto di costruirne di nuovi anche sotto altra forma<sup>8</sup>, e all'introduzione della volontarietà<sup>9</sup> del trattamento sanitario. Se dunque il principio cardine dell'art. 1 della legge n. 180/1978 (poi trasfuso nell'art. 33 della legge n. 833/1978)<sup>10</sup> si esteriorizza con il consenso manifestato dall'interessato all'intervento sanitario propostogli, ne consegue come l'obbligatorietà o la necessità dei trattamenti costituiscano un'eccezione a cui ricorrere solo in presenza di determinate condizioni, e salvo il rispetto della dignità della persona e dei diritti civili e politici.

In questa visione, viene abbandonata la falsa equazione disturbo mentale/pericolosità e il paziente non è più un soggetto passivo e privo di capacità giuridiche, ma diviene a tutti gli effetti parte attiva del percorso di cura.

La legge psichiatrica si è sviluppata in simbiosi con la legge n. 833/1978, istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale che ha previsto servizi dipartimentali, sia di tipo ospedaliero che extra-ospedaliero, per la tutela della salute, istituiti normalmente in ciascuna USL<sup>11</sup>. Viene, in tal modo, previsto un percorso alternativo alle strutture manicomiali, caratterizzato dalla creazione di strutture in grado di fornire ai soggetti affetti da malattia mentale trattamenti che non sono più solo limitati al momento del sorgere della malattia ma si estendono alle fasi preventiva, curativa e riabilitativa. Va, purtroppo, segnalato il ritardo che ha caratterizzato l'attuazione di tale riforma, a causa della mancata adozione da parte delle

<sup>8</sup> I manicomi e i centri di igiene mentali (creati con la Legge Mariotti) lasciano il posto ai Dipartimenti di salute mentale, in grado di fornire non solo una risposta terapeutica ma altresì servizi di medicina preventiva.

<sup>9</sup> In tal senso F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari “non obbligatori” e Costituzione, a proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue*, in *Diritto e Società*, 1982, 308.

<sup>10</sup> L. BRUSCUGLIA, *Art. 1, Commento alla legge 13 maggio 1978, n. 180*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1979, 177 ss.; A. M. VECCHIETTI, *Salute mentale e riforma sanitaria*, Milano, 1983, 55 ss.; G. PELAGATTI, *I trattamenti sanitari obbligatori*, Roma, 1995, 91 ss.

<sup>11</sup> In particolare, in base all'art. 1 comma 3 della legge n. 180/1978 (ora art. 33 comma 3 della legge n. 833/1978) «gli accertamenti e i trattamenti sanitari obbligatori a carico dello Stato e di enti o istituzioni pubbliche sono attuati dai presidi sanitari pubblici territoriali e, ove necessari la degenza, nelle strutture ospedaliere pubbliche o convenzionate».

Regioni di apposite leggi in materia<sup>12</sup>. Un processo che ha visto solo nel 2000 un impegno fattivo particolarmente significativo da parte delle Amministrazioni regionali attraverso la legislazione, la regolamentazione e la programmazione regionale<sup>13</sup>.

### 3. La nozione di Trattamento sanitario obbligatorio e di salute

Il trattamento sanitario obbligatorio consiste in quell'insieme di attività con finalità sanitarie poste in essere in base a disposizioni di legge, nonostante il rifiuto del paziente, volte a tutelare la salute della persona e della collettività<sup>14</sup>.

Va sin da subito segnalato che il concetto di trattamento sanitario obbligatorio si è significativamente ampliato nel corso del tempo. Ed infatti fino agli anni Ottanta era la durata l'elemento discriminante, nel senso che solo le cure che si protraevano nel tempo venivano fatte rientrare nella nozione di trattamento sanitario. Pertanto, gli interventi chirurgici caratterizzati da una durata limitata, e quelli tendenzialmente istantanei (controlli medici, vaccinazioni, somministrazioni di farmaci, ecc.), venivano esclusi.

Tale orientamento è stato ben presto superato, grazie anche all'avvento delle leggi nn. 180 e 833 del 1978<sup>15</sup>, e sostituito da un'interpretazione lata che ha equiparato agli atti aventi carattere curativo (i trattamenti sanitari in senso stretto) gli accertamenti sanitari, vale a dire quelle attività preliminari finalizzate alla formulazione di una diagnosi e/o all'individuazione di un'idonea terapia<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> Nel corso degli anni Ottanta, infatti, la maggior parte delle Regioni italiane – a cui l'art. 7, co. 1, l. 180/1978 trasferì le funzioni amministrative concernenti l'assistenza psichiatrica in condizioni di degenza ospedaliera già esercitate dalle province – non adottò né leggi regionali, né Piani Sanitari. Solo l'Emilia-Romagna, il Piemonte, le Marche, la Valle d'Aosta, la Toscana, l'Umbria, il Veneto, il Friuli e la provincia autonoma di Bolzano approvano il Piano Sanitario Regionale.

<sup>13</sup> Si veda ad esempio la legge regionale Emilia-Romagna n. 2/2003 e 29/2004. Il Piano regionale per la salute mentale 2004 della Lombardia, 2009 dell'Emilia-Romagna e 2010 del Veneto. Per un approfondimento 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, 84 ss.

<sup>14</sup> Per un maggior approfondimento sulla nozione di trattamento sanitario obbligatorio: A. M. SANDULLI, *La sperimentazione clinica sull'uomo*, in *Diritto e Società*, 1978, 508; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, cit., 52 ss.; L. MEZZETTI, A. ZAMA, *Trattamenti sanitari obbligatori*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XV, Torino, 1999, 336 ss.; P. PERLINGERI, P. PISACANE, *Art. 32*, in P. PERLINGERI, *Commento alla Costituzione italiana*, Napoli, 2001, 207; E. CAVASINO, *Trattamenti sanitari obbligatori*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di Diritto pubblico*, Milano, 2006, 5959 ss.

<sup>15</sup> Tali leggi, come meglio verrà esaminato nel paragrafo successivo, hanno infatti equiparato, dal punto di vista della disciplina, i concetti di trattamenti e accertamenti sanitari obbligatori, trattandoli sempre unitariamente.

<sup>16</sup> Particolarmente interessanti sono le definizioni fornite da autorevole dottrina. Secondo B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, cit., 52-53, «la nozione di trattamento sanitario unanimemente accolta [dalla dottrina] è latissima, ricomprendendosi ogni attività diagnostica o terapeutica, volta a prevenire, o a curare malattie»; Per F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione*, cit., 303-304, nel concetto di «trattamento sanitario» rientrano «tutte le attività diagnostiche e terapeutiche volte a prevenire o a curare le malattie, a nulla rilevando l'istantaneità, la durata, il grado di «violenza esterna» o la dolorosità, per ammettere o escludere dalla categoria generale e comprensiva, contemplata nell'art. 32 cpv. Cost., l'una o l'altra specie di trattamento (dalla semplice vaccinazione, o somministrazione di un medicinale, alla sottoposizione ad un controllo medico, da un'applicazione singola o saltuaria, a un trattamento prolungato, all'intervento chirurgico, ecc.)». Per B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e Società*, 1983, 30-31, il trattamento



Estensione che ha trovato conferma anche nella giurisprudenza costituzionale<sup>17</sup> che, pur non essendosi mai spinta a fornire una definizione di trattamento sanitario, ha offerto importanti spunti per delinearne i contorni. Attraverso tali pronunce si è arrivati così ad affermare che anche gli accertamenti che comprendono prelievi ed analisi vanno ricondotti nel concetto più generale di trattamento sanitario, nel senso indicato dall'art. 32 Costituzione.

L'evoluzione della nozione non si è tuttavia arrestata trovando nuovi elementi di approfondimento con la sentenza sul caso di Eluana Englaro<sup>18</sup>. La vicenda, come noto, aveva ad oggetto la richiesta presentata dal padre, nella sua qualità di legale rappresentante, di sospendere l'idratazione e la nutrizione artificiali (NIA) da cui dipendeva la sopravvivenza, puramente biologica, della figlia costretta ad uno stato vegetativo permanente. Dietro la controversa estensione del diritto a rifiutare le cure, anche fino alle estreme conseguenze, e alla questione di chi fosse legittimato ad assumere tale decisione, è stato affrontato anche il problema di stabilire se la NIA costituisse una forma di trattamento sanitario riconducibile, in quanto tale, alla sfera di protezione di cui al secondo comma dell'art. 32 Cost.

La Suprema Corte<sup>19</sup> si è pronunciata nel senso di ricomprendere l'idratazione e l'alimentazione artificiali con sondino nasogastrico nell'ambito del trattamento sanitario, in quanto l'attivazione e la gestione di questo procedimento presenta evidenti caratteristiche tecnologiche e mediche che, a cominciare dalle sostanze utilizzate, richiedono la necessità dell'intermediazione medica nel disporre l'avvio e le modalità posologiche del trattamento, negando che costituisca una forma di accanimento terapeutico<sup>20</sup>.

---

sanitario di cui al secondo comma dell'articolo 32 «va inteso come misura sanitaria diretta alla prevenzione ed alla cura, nel senso più ampio e generale possibile. Nessuna distinzione quindi, sulla base di una pretesa maggiore o minore gravità, tra cure prolungate nel tempo e misure che si esauriscono in un solo atto (visite, vaccinazioni), tra interventi chirurgici e trattamenti farmacologici, può escludere dalla nozione di trattamento l'una o l'altra di tali categorie. Le garanzie dell'art. 32 sono predisposte non in relazione alla durata, o all'intensità del trattamento, ma – secondo quanto già chiarito – in relazione alla finalità terapeutica del trattamento stesso».

<sup>17</sup> Ci si riferisce, in particolare, alla sentenza n. 218 del 2 giugno 1994, cit., in tema di accertamenti sanitari diretti a rilevare l'assenza di sieropositività all'infezione da HIV.

<sup>18</sup> Per una più approfondita ricostruzione della vicenda si rimanda a A. SANTOSUOSSO, G. TURRI, *La trincea dell'inammissibilità dopo tredici anni di stato vegetativo permanente di Eluana Englaro*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2006, 477 ss.; T. GROPPPI, *Il caso Englaro: un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno*, in *Politica del diritto*, 2009, 483 ss.; M. IMMACOLATO (a cura di), *Sul diritto di autodeterminazione. Riflessioni critiche sulle sentenze Riccio e Englaro*, supplemento di *Bioetica*, in *Rivista interdisciplinare*, 1, 2008; A. D'ALOIA, *Il diritto di rifiutare le cure e la fine della vita. Un punto di vista costituzionale sul caso Englaro*, in *Diritti Umani e Diritto internazionale*, II, 2009, 370-395; C. CASONATO, *Il caso Englaro: fine vita, il diritto che c'è*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, 101-102.

<sup>19</sup> Cass. Civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Nuova Giurisprudenza Civile*, 1, 1, 2008, 83. Sulla riconducibilità della NIA nel concetto di trattamento sanitario si veda in particolare il punto 7.6 delle motivazioni laddove si afferma che: «esse, infatti, integrano un trattamento che sottende un sapere scientifico, che è posto in essere da medici, anche se poi proseguito da non medici, e consiste nella somministrazione di preparati come composto chimico implicanti procedure tecnologiche».

<sup>20</sup> In particolare, la sentenza ha parlato invece di un «presidio proporzionato rivolto al mantenimento del soffio vitale, salvo che, nell'imminenza della morte, l'organismo non sia più in grado di assimilare le sostanze fornite o che sopraggiunga uno stato di intolleranza, clinicamente rilevabile, collegato alla particolare forma di alimentazione».

Questa evoluzione del concetto di trattamento sanitario non deve però sorprendere rappresentando il recepimento della nuova dimensione che, sin dai primi anni Settanta, ha assunto la “salute”, espandendosi oltre i confini della sfera fisica dell’individuo e ricomprendendo anche quella psicologica. Da questa prospettiva il concetto di salute ne esce ampliato, non essendo più inteso solo nella sua accezione negativa, e, dunque, come assenza di malattia<sup>21</sup>, ma anche nel senso positivo di completo benessere biologico e psichico<sup>22</sup>, che coinvolge, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza. Questa nuova dimensione, che vede la salute come componente integrante la qualità della persona, rende ineludibile la valorizzazione anche della salute mentale come forma del benessere.

#### 4. I trattamenti sanitari obbligatori nella Costituzione. Il rapporto tra la salute individuale e della collettività

La nuova disciplina dettata dalla legge 833 del 1978, nell’invocare il principio volontaristico quale regola per l’accesso ai trattamenti sanitari, assegna un ruolo di centralità alla dignità e alla libertà della persona, dando così attuazione ai principi costituzionali espressi dall’art. 32, norma cardine a tutela del diritto della persona ad autodeterminarsi.

La formulazione del primo comma della disposizione, nel configurare la salute prima come diritto fondamentale dell’individuo e poi come interesse della collettività, lascia intendere che la tutela della salute dell’obbligato non può ritenersi cedevole rispetto alla realizzazione dell’interesse della collettività alla salute<sup>23</sup>.

Da tale disposizione discende un diritto inviolabile dell’individuo ad autodeterminarsi in ordine alle cure, decidendo se e come godere del proprio stato di salute, senza distinzione tra aspetto positivo (inteso quale consenso) e risvolto negativo<sup>24</sup> (vale a dire mettere a repentaglio il proprio stato di salute fino ad arrivare ad un dissenso a sottoporsi alle terapie).

<sup>21</sup> Questa concezione, di matrice ottocentesca, guardava alla salute in un’ottica economicistica ed assistenziale. Non era la sfera giuridica del singolo ad assumere rilevanza ma le implicazioni e le ricadute che da essa potevano derivare sul piano sociale.

<sup>22</sup> Tale interpretazione è confermata anche dall’Organizzazione Mondiale della Sanità (Oms) che, nel preambolo del proprio atto costitutivo del 1948, stabiliva che: «la sanità è uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, e non consiste solo in un’assenza di malattia o d’infermità».

<sup>23</sup> Tale impostazione è suffragata anche dalla Corte costituzionale che in diverse occasioni ha affermato che il bene alla salute «è tutelato dall’art. 32 della Costituzione non solo come interesse della collettività, ma anche e soprattutto come diritto fondamentale dell’individuo, sicché si configura come un diritto primario ed assoluto pienamente operante anche nei rapporti tra privati». Ed ancora: «La salute è un bene primario, costituzionalmente protetto, il quale assurge a diritto fondamentale della persona, che impone piena ed esaustiva tutela» (Corte cost., sentenze n. 307 e 455 del 1990, cit.), «tale da operare sia in ambito pubblicistico che nei rapporti di diritto privato» (Corte cost., sentenza 7 maggio 1991, n. 202, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1991, 1838; 18 dicembre 1987, n. 559, in *Giurisprudenza Italiana*, 1988, I, 1, 689; 14 luglio 1986, n. 184, in *Foro italiano*, 1986, I, 2053).

<sup>24</sup> In tal senso R. ROMBOLI, *La libertà di disporre del proprio corpo: profili costituzionali*, in *Commentario del Codice Scialoja-Branca, sub art. 5*, Bologna, 1988, 335 ss.

La tutela della salute non si esaurisce, però, solo nella libertà della persona di disporre del proprio corpo. Essa implica il dovere dell'individuo di non ledere, né porre a rischio con il proprio comportamento, la salute altrui, in osservanza del principio generale per cui il diritto di ciascuno trova un limite nel reciproco riconoscimento e nell'eguale protezione del coesistente diritto degli altri<sup>25</sup>.

Il necessario contemperamento tra diritto alla salute del singolo e interesse comune alla salute collettiva è disciplinato dal secondo comma dell'art. 32, laddove si assume che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge». Con l'aggiunta che: «la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

Pertanto, il singolo deve essere libero di scegliere se sottoporsi o meno ad un trattamento sanitario, attraverso la propria consapevole adesione<sup>26</sup>. Si tratta però di un valore prioritario e non assoluto che trova un limite<sup>27</sup> valicabile – e costituzionalmente legittimo – nell'esigenza di tutelare la salute della popolazione.

La necessità di garantire un bilanciamento nei rapporti tra individuo e collettività ha condotto la giurisprudenza ad affermare che la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost., se il trattamento è diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato<sup>28</sup>, ma anche a tutelare lo stato di salute degli altri<sup>29</sup>, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella

<sup>25</sup> Corte cost., sentenza 2 giugno 1994, n. 218, cit.

<sup>26</sup> Sono numerose le norme, sia a livello nazionale, che internazionale che prevedono la necessità del consenso informato del paziente nell'ambito dei trattamenti medici attribuendogli valenza di diritto umano fondamentale. Tra le leggi nazionali si ricorda ad esempio le Norme in materia di procreazione medicalmente assistita (legge 19 febbraio 2004, n. 40). A livello internazionale, invece, la Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997 e ratificata dallo Stato italiano con legge 28 marzo 2001, n. 145 che, all'art. 5, prevede che «un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero e informato»; la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, stabilisce all'art. 3 che «ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica e che nell'ambito della medicina e della biologia deve essere rispettato tra gli altri il consenso libero e informato della persona interessata». Non meno importanti la Dichiarazione di Helsinki (1964), i documenti dell'Organizzazione Mondiale della Sanità e i pronunciamenti dell'UNESCO, la Dichiarazione Universale sulla Bioetica e i diritti Umani (2005), il Regolamento n. 536 del 16 aprile 2014 del Parlamento e del Consiglio Europeo sulla sperimentazione clinica di medicinali per uso umano. In alcune sentenze la Corte cost. ha sottolineato che «[...] il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione [...]».

<sup>27</sup> Come sostenuto da M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, 455 ss., al pari di tutti i diritti di libertà, «anche la libertà di scelta terapeutica può incontrare, e di fatto incontra, alcuni limiti», talché «il terreno dell'interpretazione costituzionale, affidato in modo privilegiato alla giurisprudenza costituzionale, è specificamente caratterizzato dalla necessità di individuare quali diritti soggettivi, quali interessi generali e quali condizioni possono giustificare le limitazioni della libertà costituzionalmente protetta e quali, invece, debbono cedere di fronte all'affermazione di tali libertà».

<sup>28</sup> Tale affermazione, costituisce una chiara espressione del principio personalistico laddove, nel prevedere che il trattamento sanitario obbligatorio debba avere come finalità anche la tutela della salute del singolo esclude che l'essere umano possa essere il mezzo soltanto per l'applicazione di misure di interesse collettivo.

<sup>29</sup> Sul concetto di «salute degli altri» non è chiaro se debba trattarsi di pericolo per la collettività nel suo complesso oppure se possa trattarsi di pericolo per alcune persone, ad esempio i soli familiari del malato, o magari i suoi eventuali discendenti.

autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale<sup>30</sup>. Da ciò discende che è nell'interesse collettivo alla salute che si rinviene il fondamento e il presupposto del trattamento e non nell'obbligatorietà in quanto tale, la quale è semplicemente strumento per il perseguimento di tale interesse<sup>31</sup>.

In questa prospettiva, il potere di disporre trattamenti sanitari obbligatori potrà considerarsi costituzionalmente legittimo solo quando tutela della salute individuale e tutela della salute della collettività coesistono<sup>32</sup>, nel senso che il trattamento deve essere indispensabile per evitare una situazione di pericolo per la salute dei consociati, non potendosi comunque pregiudicare la salute di chi ne risulta sottoposto<sup>33</sup>.

C'è allora da chiedersi quando il pericolo per la salute della collettività possa essere tale da giustificare il sacrificio di un valore supremo della persona, qual è quello dell'inviolabilità del proprio corpo e più in generale della propria sfera giuridica. Il carattere eccezionale che connota l'imposizione del trattamento sanitario obbligatorio ci induce a ritenere che deve trattarsi di una situazione di eccezionale gravità, tale da colpire una pluralità indeterminata di individui<sup>34</sup>.

In ogni caso, le esigenze di tutela della collettività non potrebbero mai giustificare misure tali da incidere negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo per quelle sole conseguenze che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario e, pertanto, tollerabili<sup>35</sup>.

Se dunque nessuno può essere semplicemente chiamato a sacrificare la propria salute a quella degli altri, ne discende che l'imposizione di un trattamento sanitario obbligatorio dovrà sempre sottostare

<sup>30</sup> Sono numerose le sentenze in cui la Corte costituzionale si è trovata ad affrontare casi in cui il diritto alla salute del singolo possa entrare in conflitto con la salute della collettività. Si veda, in particolare, Corte cost. 307 del 1990, cit.; 218 del 1994, cit.; 258 del 1994, cit.; 118 del 1996, cit.

<sup>31</sup> Corte cost., 22 giugno 2000, n. 226, in *Foro italiano*, 2001, I, 5; Corte cost., 16 ottobre 2000, n. 423, in *Giustizia Civile*, I, 2001, 306; Corte cost., 26 aprile 2012, n. 107, in *Foro italiano*, IV, 1, 2013, 1123.

<sup>32</sup> A. M. SANDULLI, *La sperimentazione clinica sull'uomo*, cit., 517; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e Società*, 1980, 782; A. ALGOSTINO, *I possibili conflitti del dovere alla salute*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, 3209 ss.; M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, Padova, 1998, 93; A. D'ALOIA, *Al limite della vita: decidere sulle cure*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, 241 ss.

<sup>33</sup> P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, I, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, 154-155.

<sup>34</sup> Non sono molti i contributi in dottrina che si sono occupati di delineare i confini del concetto di collettività al fine di stabilire quale sia la soglia quantitativa di individui tali da mettere in gioco la salute collettiva. Sul punto si rimanda a A.A. NEGRONI, *Trattamenti sanitari obbligatori e tutela della salute individuale e collettiva*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2017. Interessante al riguardo è anche quanto espresso da P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 386, secondo cui l'interesse collettivo alla salute può anche riferirsi ad una collettività settoriale, come ad esempio la comunità dei detenuti. In tal senso anche Corte cost. sentenza n. 210 del 1994, con nota di L. M. MARINI, *Aids "conclamata" e divieto di custodia cautelare in carcere*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1994, 1780 ss.; Corte cost., sentenze nn. 438 e 439 del 1995, annotate da U. DE SIERVO, *La Corte cambia opinione in tema di malattia di Aids e regime carcerario*, e di A. PUGIOTTO, *Due casi di controllo della Corte costituzionale sui presupposti empirici di scelte legislative "penali"*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1995, 3455 e 3460 ss.

<sup>35</sup> Così, Corte cost., 307 del 1990 e 258 del 1994, cit.

ad un preventivo giudizio di proporzionalità che operi quel necessario bilanciamento tra soddisfacimento delle esigenze della collettività, da un lato, e adeguatezza dell'intervento verso i rischi cui il soggetto andrebbe incontro applicando, nel caso concreto, la misura, dall'altro.

Ciò non toglie, purtroppo, che in determinati casi il perseguimento dell'interesse alla salute della collettività, attraverso l'imposizione di un trattamento sanitario obbligatorio, determini per la salute di chi vi è sottoposto effetti pregiudizievoli. Qualora si verifichi tale ipotesi, la rilevanza sociale del bene salute, inteso come interesse della collettività, non è da solo sufficiente a giustificare il sacrificio della salute individuale, talché la giurisprudenza costituzionale ha sottolineato l'esigenza che sia riconosciuta una protezione specifica ai soggetti danneggiati consistente in un equo indennizzo<sup>36</sup>, fermo restando, ove se ne realizzino i presupposti, il diritto al risarcimento del danno.

Va precisato al riguardo che la possibilità di ottenere un indennizzo non si ravvisa nei soli casi in cui il trattamento sia imposto legislativamente, ricomprendendo altresì i casi in cui gli interventi siano solo sollecitati o raccomandati dalle pubbliche autorità sanitarie<sup>37</sup>. Del resto, come recentemente stabilito dalla Corte<sup>38</sup>: «non vi è ragione di differenziare il caso in cui il trattamento sanitario sia imposto per legge, da quello in cui esso sia in base a una legge, promosso dalla pubblica autorità, in vista della sua diffusione nella società» e questo «perché anche se la tecnica della raccomandazione punta sull'auto-determinazione individuale, salvaguardando, quindi, il diritto soggettivo fondamentale alla salute tutelato dall'art. 32, co. 1, Cost., essa è comunque volta ad ottenere la migliore tutela della salute come interesse (anche collettivo)».

La posizione della Corte, che giustifica che la società si accoli l'onere di un ristoro nei confronti di chi, sottomettendosi al trattamento, ha esposto a rischio la propria salute, dà, com'è evidente, adeguato risalto al dovere di solidarietà di cui all'art. 2 della Costituzione<sup>39</sup>.

In base al disposto costituzionale dell'art. 32 emerge poi, quale esigenza essenziale e irrinunciabile per la legittima compressione della sfera giuridica dell'individuo, che i trattamenti obbligatori debbano essere determinati attraverso il loro «inquadramento entro un certo tipo, chiaramente prefigurato»<sup>40</sup>. Sicché in questi termini, la legge – che come vedremo è l'unica fonte in grado di prescrivere un TSO – non potrà mai limitarsi a sancire un generale obbligo di curarsi, dovendo al contrario imporre solo singoli trattamenti sanitari, e comunque non in modo polivalente, cioè per scopi cumulati o indifferenziati<sup>41</sup>.

<sup>36</sup> Con la sentenza n. 307 del 1990, cit., i Giudici hanno ritenuto che «un corretto bilanciamento fra le due suindicate dimensioni del valore della salute – e lo stesso spirito di solidarietà (da ritenere ovviamente reciproca) fra individuo e collettività che sta a base dell'imposizione del trattamento sanitario-implica il riconoscimento, per il caso che il rischio si avveri, di una protezione ulteriore a favore del soggetto passivo del trattamento. In particolare, finirebbe con l'essere sacrificato il contenuto minimale proprio del diritto alla salute a lui garantito, se non gli fosse comunque assicurato, a carico della collettività, e per essa dello Stato che dispone il trattamento obbligatorio, il rimedio di un equo ristoro del danno patito».

<sup>37</sup> È questo ad esempio il caso della vaccinazione antinfluenzale.

<sup>38</sup> Cfr. Corte cost., 14 dicembre 2017, n. 268, in *Nuova Giurisprudenza Civile*, 7-8, 2018, 1029.

<sup>39</sup> Si veda Corte cost., sentenze 26 febbraio 1998, n. 27, in *Danno e Responsabilità*, 5, 1998, 429; 22 giugno 2000, n. 226, cit., 16 ottobre 2000, n. 423; 26 aprile 2012, n. 107, cit.

<sup>40</sup> In questi termini si è espresso V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Diritto e Società*, 1982, 561.

<sup>41</sup> Cfr. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit. 1984, 385.

Come anticipato, l'art. 32, co. 2, Cost. assicurando solo alla legge il potere di definire l'obbligatorietà di un determinato trattamento sanitario, sottopone la materia ad una riserva di legge statale, posto che, trattandosi di restrizione della libertà personale, viene in rilievo un livello essenziale di prestazione di un diritto<sup>42</sup>. Tale scelta risulta così connessa al principio di eguaglianza previsto dall'art. 3 Cost. E, infatti, solo il legislatore statale è in grado di garantire, attraverso le proprie leggi, una situazione di parità di trattamento riconoscendo a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni uniformi. Principio che rischierebbe di essere violato laddove venisse lasciata alla mera discrezionalità del legislatore regionale il compito di disciplinare, del tutto autonomamente, la materia. In quest'ottica allora, la volontà di costituire una riserva di legge statale nasce sul presupposto che sono valori fondamentali, quali il rispetto della persona e della dignità umana, a richiedere un intervento dello Stato, il solo in grado di garantire un unitario punto di equilibrio.

Del resto, quando con riferimento alla materia concorrente della tutela della salute, entra in gioco il fondamentale diritto alla salute, la disciplina normativa tende ad assumere i connotati del principio fondamentale e viene dunque attratta nella competenza del legislatore statale.

Sulla natura della riserva, le posizioni in dottrina sono discordanti, fronteggiandosi due orientamenti opposti: da un lato, i sostenitori del carattere relativo<sup>43</sup>, per i quali anche le fonti secondarie potrebbero fornire gli aspetti di dettaglio all'interno dei confini della disciplina di principio dettata dalla legge;

---

<sup>42</sup> Su questo aspetto non si ravvisano contrasti in dottrina, posto che, anche dopo la riforma del titolo V della Costituzione, se, da un lato, la materia "tutela della salute", viene inserita, dall'art. 117, co. 3, fra quelle di competenza legislativa concorrente tra Stato e regioni; dall'altro, il Legislatore riserva – come dispone l'art. 117, comma 2, lettera m) – la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali alla legislazione esclusiva dello Stato. Pertanto, nella dinamica della ripartizione di competenze disciplinata dall'art. 117 viene assegnato alle Regioni un nuovo ruolo e occasioni di crescita nella materia sanitaria, tuttavia confermando il compito primario dello Stato di assicurare *standards* di tutela uniformi su tutto il territorio nazionale per garantire le esigenze di eguaglianza e di parità di trattamento.

Cfr. R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel Servizio sanitario nazionale*, in R. BALDUZZI, G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013, 42, secondo i quali «è da sempre pacifico che soltanto la legge statale sia legittimata a prevedere l'obbligatorietà del trattamento, non essendo tollerabile una diversa disciplina differenziata a livello regionale»; C. CASONATO, *Il principio della volontarietà dei trattamenti sanitari fra livello statale e livello regionale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2009. Che si tratti di una riserva di legge statale appare confermato anche dalla Corte cost. nelle sentenze n. 2002, n. 282, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2002; 14 novembre 2003, n. 338, in *Foro italiano*, 2004, 1, 343, laddove si precisa che «[...] interventi legislativi regionali, posti in essere nell'esercizio di una competenza legislativa concorrente, come quella di cui le Regioni godono in materia di tutela della salute (art. 117, terzo comma, Cost.), sono costituzionalmente illegittimi ove pretendano di incidere direttamente sul merito delle scelte terapeutiche in assenza di – o in difformità da – determinazioni assunte a livello nazionale, e quindi introducendo una disciplina differenziata, su questo punto, per una singola Regione». In sostanza, dunque, nulla vieta che le Regioni, responsabili per il proprio territorio dei servizi sanitari, dettino norme di organizzazione e di procedura dei servizi necessari per mettere in pratica un TSO, ma non possono disciplinarsi.

<sup>43</sup> A sostegno del carattere relativo si veda: A. M. SANDULLI, *La sperimentazione clinica sull'uomo*, cit., 516; S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, cit., 901; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione*, cit. 313; M. LUCIANI, *Salute*, cit., 10; V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, cit., 558.

dall'altro, invece, chi pare preferire un'interpretazione in senso assoluto<sup>44 45</sup>, secondo i quali solo la legge potrebbe disciplinare integralmente la materia.

Su un aspetto però sono tutti d'accordo, vale a dire il carattere sostanzialmente rinforzato della riserva di legge, posto che in nessun caso l'applicazione del TSO potrà mettere a repentaglio il rispetto e la dignità della persona umana<sup>46</sup>.

## 5. Il provvedimento del Sindaco in materia di trattamenti sanitari obbligatori

Nel nostro ordinamento i trattamenti sanitari obbligatori possono essere ricondotti a due tipologie: i TSO per malattie mentali – che rappresentano l'unico esempio di TSO coattivo o coercitivo<sup>47</sup> – e delle vaccinazioni obbligatorie, ricondotti nella nozione di TSO non coattivi, che non sono però oggetto di questo saggio.

Il tratto distintivo si basa sulle modalità attraverso le quali la legge impone ad un individuo l'osservanza dell'obbligo del trattamento sanitario. In particolare, nel primo caso, tale obiettivo viene raggiunto attraverso l'uso di misure coercitive<sup>48</sup> che non necessariamente comportano l'uso della forza; nel caso

<sup>44</sup> Ritengono che la riserva sia assoluta: A. PACE, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Milano, 1967, 87 ss.; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., 28; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 385; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002, 192 ss.

<sup>45</sup> A parere di chi scrive vi sono alcuni elementi che portano a preferire tale interpretazione. Anzitutto la formulazione utilizzata. Se, infatti, l'art. 32 stabilisce che l'obbligo del trattamento sorge solo «per disposizione di legge», ben diversa è l'espressione usata all'art. 23 Cost. – che, come pacificamente ammesso da dottrina e giurisprudenza, costituisce una riserva di legge relativa – secondo cui l'imposizione di prestazioni personali e patrimoniali non è possibile se non «in base alla legge». Le conseguenze che ne discendono, com'è prevedibile, non sono solo terminologiche, posto che, nel primo caso, non sarà ammissibile alcuna apertura a fonti subordinate; mentre nell'art. 23 il riferimento alla legge è da intendersi come richiamo ad atti regolamentari basati sulla legge o che disciplinino la materia secondo quanto dispone la legge (dunque a fonti subordinate). Vi è poi una ragione sistematica. Se, infatti, l'art. 32 sottrae alla disciplina sull'imposizione delle prestazioni personali di cui all'art. 23, garantite dalla riserva relativa di legge, quelle prestazioni in grado di limitare la libertà di salute, appare allora ragionevole che la prima norma contenga una riserva di legge assoluta.

<sup>46</sup> La dignità si pone come garanzia della persona nella sua integralità e, in virtù della sua natura di qualità intrinseca alla condizione umana, rappresenta un valore super-costituzionale. Così A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Politica del Diritto*, 1991, 347. Proprio in ragione di ciò sono ritenuti illegittimi i provvedimenti che impongono trattamenti sanitari con finalità eugenetiche o di sperimentazione.

<sup>47</sup> Originariamente erano ricondotti nell'ambito dei trattamenti sanitari coattivi anche quelli previsti per la tubercolosi e la lebbra, per le malattie veneree e la tossicodipendenza che hanno poi subito un processo di progressiva abrogazione per desuetudine o di trasformazione in trattamenti meramente obbligatori.

<sup>48</sup> Le misure propriamente coercitive ricadono nella disciplina delle restrizioni della libertà personale. In tal modo, dunque, il trattamento sanitario obbligatorio rappresenta un ambito in cui diritto alla salute e libertà personale si intersecano. Ci si è dunque chiesti quale sia il rapporto tra il disposto dell'art. 32 Cost. e quello dell'art. 13. Secondo alcuni Autori (A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, 49; F. Modugno, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione*, cit., 317; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, cit., 55 ss.), le garanzie che permettono la restrizione della libertà personale per alcuni TSO sono quelle contenute nello stesso art. 32 Cost., e dunque disciplinate con legge e nel rispetto della persona umana. Di diverso avviso (A. PACE, *Libertà personale, (diritto Costituzionale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXIV, Milano, 296-298; G. GEMMA, *Sterilizzazione e diritti di libertà*, in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1978, 250 ss.; A. CERRI, *Libertà II. Libertà personale – diritto Costituzionale*, in *Enciclopedia Giuridica*, XIX, Roma, 1991, 9; I. CIOLLI, *I*

invece dei TSO non coattivi (o anche conosciuti come trattamenti sanitari meramente obbligatori) non è la coazione ad assoggettare il destinatario ad un trattamento, in quanto l'osservanza dell'obbligo è indotta attraverso l'applicazione di sanzioni<sup>49</sup>.

Passando ora ad esaminare il procedimento che porta all'adozione di un trattamento sanitario obbligatorio, le norme di riferimento sono contenute nella legge n. 833 del 1978 (come trasfusi ex art. 1 della legge 180/1978), ed in particolare agli artt. 33, 34 e 35. Nel dettaglio, mentre i primi due articoli delineano la disciplina dei trattamenti sanitari volontari e obbligatori, e quella dei trattamenti relativi alle malattie mentali, l'art. 35 è riservato ai TSO in condizioni di ricovero ospedaliero e ai relativi strumenti di garanzia amministrativa e giurisdizionale.

In sostanza, le prime due norme delineano un sistema graduale volto a privilegiare interventi di prevenzione, cura e riabilitazione da effettuarsi presso servizi e presidi territoriali o in ambiente extra-ospedaliero. Solo ove risulti poi necessario è prevista l'imposizione del trattamento attraverso il ricovero in strutture ospedaliere (art. 35).

Il profondo mutamento intervenuto nella concezione giuridica della malattia mentale – come abbiamo visto nei paragrafi precedenti, da questione di pubblica sicurezza con la legge del 1904, a problema sanitario, a seguito della legge 180 del 1978 – si riflette, così, nella previsione di un procedimento fortemente innovativo e garantista che, graduando le forme di intervento e di correlata coazione, in ragione delle circostanze che di volta in volta si presentano, delle caratteristiche della patologia, delle alternative terapeutiche, evidenzia l'attenzione alla salute e al benessere della persona.

Il differente approccio al disturbo mentale emerge, altresì, dalla scelta di attribuire al Sindaco, in qualità di autorità sanitaria locale, la competenza ad adottare il provvedimento amministrativo coercitivo. Non si tratta di una scelta irragionevole poiché gli interessi posti in pericolo sono sia quello del soggetto affetto dalla malattia, sia degli altri consociati, e proprio per tale motivo il potere decisorio è attribuito dalla legge al Sindaco, e non già alla struttura sanitaria, perché egli è in grado di valutare il rapporto esistente tra la malattia mentale del soggetto e la salvaguardia degli interessi della collettività.

All'Autorità sanitaria spetta quindi il compito di stabilire se sussistono le condizioni che lo abilitano ad intervenire imponendo l'obbligatorietà del trattamento. Si tratta di un potere intimamente connesso

---

*TSO e le proposte di riforma della legge 180 del 1978. Problemi e prospettive*, in R. FOSCHI (a cura di), *La libertà sospesa. Il trattamento sanitario obbligatorio – psicologia, psichiatria, diritti*, Roma, 2012, 36; M. MASSA, *Diritti fondamentali e contenzione nelle emergenze psichiatriche*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 1, 2013, 167 ss.) chi ritiene che per restringere la libertà personale, l'art. 32 debba essere letto congiuntamente con l'art. 13, al fine di affiancare alla garanzia sostanziale del diritto alla salute quella giurisdizionale della libertà personale.

<sup>49</sup> Nell'ambito delle vaccinazioni obbligatorie, che con la legge 119 del 31 luglio 2017 sono state estese da quattro a dieci, viene stabilito che il rispetto degli obblighi vaccinali diventa un requisito per l'ammissione all'asilo nido e alle scuole dell'infanzia (per i bambini da 0 a 6 anni) e che la violazione comporti altresì l'applicazione di sanzioni pecuniarie.

alla discrezionalità amministrativa, sebbene fondato su una proposta motivata<sup>50</sup> del sanitario<sup>51-52</sup> al quale viene richiesto di fornire la necessaria certificazione e documentazione diagnostica atte a comprovare la patologia del soggetto, posto che la scelta finale spetterà unicamente al Sindaco.

Poiché la decisione dell'Autorità sindacale è in grado di incidere sulla sfera volitiva del paziente, andando a limitare il suo diritto di autodeterminazione, è chiaro che il provvedimento dovrà essere, a sua volta, adeguatamente motivato, non essendo sufficiente un mero richiamo alle certificazioni mediche, ma dovendo altresì chiarire le ragioni che hanno formato la volontà decisoria del Sindaco.

L'atto attraverso il quale il Sindaco esercita i propri poteri assume la forma dell'ordinanza contingibile e urgente<sup>53</sup>, e del resto non potrebbe essere diversamente posto che si tratta di tipici strumenti diretti a disciplinare situazioni di pericolo imminente, non altrimenti fronteggiabili con gli ordinari strumenti di amministrazione attiva, come potrebbero essere quello della tutela della salute pubblica. La straordinarietà, peculiarità che contraddistingue questo tipo di atti, consente così di superare i limiti imposti alla normale attività amministrativa al fine di poter intervenire con immediatezza, prima che la situazione di pericolo divenga non più risolvibile.

A differenza del TSO extraospedaliero, in cui la garanzia amministrativa è rappresentata dall'ordinanza del Sindaco, nei trattamenti sanitari obbligatori in degenza ospedaliera la tutela è rafforzata posto che la libertà personale del soggetto viene incisa in maniera più incisiva. Per tale ragione, la proposta<sup>54</sup> iniziale, motivata, del sanitario dovrà essere poi convalidata da un medico dell'azienda sanitaria locale che effettua una seconda valutazione. Il Sindaco, sulla base delle certificazioni sanitarie, dispone, o meno, l'adozione del TSO. Il provvedimento, secondo quanto previsto dall'art. 35, legge 833/1978,

<sup>50</sup> Le conseguenze che possono derivare dalla proposta del TSO inducono a ritenere che non sia sufficiente da parte del medico limitarsi ad una sommaria diagnosi che dia atto dell'esistenza di un disturbo psichiatrico grave, essendo, invero, necessario indicare con precisione la "vita sanitaria" del soggetto (comportamento del paziente, precedenti ricoveri, descrizione dei fatti che hanno portato alla formulazione della proposta di trattamento sanitario obbligatorio, ecc.).

<sup>51</sup> Sulla necessità che le ragioni poste dal Sindaco a base dell'imposizione di un trattamento sanitario obbligatorio siano rinvenute nella proposta motivata del medico formulata ai sensi del combinato disposto degli artt. 33 commi 2 e 3 e 34 della L. n. 833 del 1978 si è espressa anche la giurisprudenza amministrativa. Cfr. T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. II, 9 aprile 2018, n. 306.

<sup>52</sup> La normativa non indica quale specializzazione il medico debba avere per redigere la proposta di trattamento sanitario, talché si ritiene che possa essere qualunque iscritto all'albo dei medici e chirurghi.

<sup>53</sup> Nel diritto amministrativo la locuzione "ordinanza" non si riferisce ad un singolo istituto giuridico, ricomprendendo una vasta area di atti e provvedimenti: «oltre ai provvedimenti (puntuali e concreti), il nome è utilizzato sia per atti normativi (es. regolamenti, bandi militari, ecc.) sia per atti generali attribuiti alla competenza di un organo monocratico (es. ordinanze del sindaco previste dal codice della strada)» In tal senso, R. CAVALLO PERIN, *Ordine e Ordinanza nel diritto amministrativo (aggiornamento 2010)*, in *Digesto Discipline Pubblicistiche*, X., 1995, 366 ss.).

<sup>54</sup> Tale proposta, per essere valida, richiede la contestuale presenza di tre condizioni: 1) la sussistenza di alterazioni psichiche che necessitano di urgenti interventi terapeutici; 2) l'assenza di consenso da parte della persona che dovrà essere sottoposta ai trattamenti; 3) non sia possibile ricorrere a misure sanitarie extraospedaliere.

dovrà essere assunto dal Sindaco entro 48 ore dalla convalida della proposta medica di ricovero e notificato al Giudice tutelare<sup>55</sup> territorialmente competente, entro le successive 48 ore, affinché provveda con decreto motivato alla convalida o al rigetto<sup>56</sup>, informandone il Sindaco.

Il sindacato del Giudice è piuttosto ampio estendendosi non solo ad una verifica formale dell'ordinanza sindacale, ma anche delle certificazioni sanitarie presentate dal medico. È, altresì, riconosciuta la facoltà di disporre ulteriori accertamenti medici per valutare il quadro clinico del paziente, e di disporre l'audizione<sup>57</sup> di persone in grado di fornire informazioni utili ad un completamento convincente del Giudice in ordine alla convalida del trattamento.

Poiché le ordinanze di TSO costituiscono oltre che un atto amministrativo anche un atto sanitario, la loro esecuzione richiede la presenza del personale sanitario e, ove necessario, l'uso coattivo della forza per garantire l'accompagnamento del paziente, anche della Polizia Municipale<sup>58</sup>. Come ben chiarito

<sup>55</sup> La scelta operata dalla legge 180/1978 di affidare al Giudice tutelare il compito di valutare e decidere sul provvedimento coattivo di cura, non è casuale. Come, sostenuto da G. Andreotti, nella relazione di presentazione della legge, in *Legislazione italiana*, 1978, 54: «La scelta del giudice tutelare non è senza significato: anzitutto si è fatto riferimento a una categoria di magistrati che è presente capillarmente sul territorio: inoltre nel trattamento sanitario obbligatorio si è voluto vedere non tanto una limitazione della libertà del singolo cittadino quanto piuttosto una misura sanitaria. Sarà il giudice tutelare, che è competente per la tutela dei minori, degli interdetti, degli inabilitati e degli incapaci, a valutare l'opportunità di adottare i provvedimenti urgenti che possono occorrere per conservare e amministrare il patrimonio dell'infermo». Nello stesso senso, L. BRUSCUGLIA, *Art. 3, Commento alla legge 13 maggio 1978, n. 180*, cit., 197, secondo cui la funzione sarebbe propriamente attribuita al giudice tutelare in quanto: «giudice operatore, particolarmente indicato a conoscere di questa ulteriore delicata esperienza umana, per la serie di collegamenti che egli, nell'esercizio delle sue funzioni, può instaurare coi vari centri e servizi di igiene mentale, con i centri medici ed assistenziali posti sul territorio».

<sup>56</sup> Rientra nell'ipotesi di mancata convalida anche l'inerzia dell'autorità giudiziaria. In tali casi, il provvedimento sindacale decade con efficacia *ex tunc*.

<sup>57</sup> Va segnalato che la legge non impone al Giudice l'obbligo di sentire il paziente e nemmeno di notificargli il provvedimento sindacale che dispone il trattamento sanitario obbligatorio (Cons. Stato, Sez. I, 8 aprile 2009, n. 780 in *Ragiusan*, 307-308, 2009, 214). Tale scelta potrebbe sollevare dubbi di costituzionalità per violazione del diritto di difesa. In particolare, autorevole dottrina ha chiarito che la difesa, quale diritto inviolabile dell'uomo, deve essere riconosciuta in qualsiasi forma di giudizio (in tal senso L.P. COMOGLIO, *Art. 24*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1981, 55 ss.), anche quello di volontaria giurisdizione (L. LANFRANCHI, *Giusto processo, 1) processo civile*, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 2001, 9 ss.). Pertanto, e al fine di garantire concreta applicazione a tale diritto, sarebbe auspicabile che il contraddittorio – concreta espressione del diritto di difesa – venisse assicurato prima di qualsiasi decisione, anche non definitiva, sulle istanze proposte (L. P. COMOGLIO, *Art. 24*, cit., 58).

<sup>58</sup> Rilevante al riguardo è la Circolare del Ministero dell'Interno n. 3 del 20.07.2001 che in tema di attività di scorta espletate dai vigili urbani nel corso del trasferimento con autoambulanza di persone assoggettate al trattamento sanitario obbligatorio ha espresso il proprio avviso ritenendo che: «le funzioni di accompagnamento dei soggetti per i quali si rende obbligatorio il T.S.O. debbano essere svolte dagli operatori di polizia municipale per assicurare prioritariamente l'attuazione dei principi generali di tutela della persona fissati, in particolare dalla legge 833/78, istitutiva del servizio sanitario nazionale. Ancorché tale attività di accompagnamento esuli dai compiti istituzionali propri degli operatori di polizia municipale, questi sono, tuttavia, tenuti ad assolverla, sulla scorta delle direttive impartite dal sindaco, il quale, in tal caso, assicura e coordina lo svolgimento sia delle funzioni di polizia locale (art.1 e 2 della legge 7/3/1986, n. 65), sia di quella di autorità sanitaria, di cui è titolare nei trattamenti sanitari obbligatori, in forza della legge 23/12/1978 n. 833, art. 33, titolarità riconfermata dall'art. 117 del d.lgs. 31/3/1998 n. 112, come trasfuso nell'art. 50, comma 5, del d.lgs. 18/8/2000, n. 267, laddove è previsto che in caso di emergenze sanitarie a carattere esclusivamente locale le ordinanze contingibili e urgenti sono adottate dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale».

dal Ministero della sanità<sup>59</sup> «si tratta di un'operazione congiunta laddove il personale sanitario, lungi dall'essere deresponsabilizzato dalla presenza della forza pubblica, continua a essere titolare di un ruolo tecnico mirato alla tutela della salute del paziente, al rispetto e alla cura della sua persona, nonché al recupero di un suo consenso».

Considerata la natura del provvedimento assunto dal Sindaco, in grado di incidere su interessi fondamentali dell'individuo, la legge 180/1978 si preoccupa di fornire adeguate garanzie giurisdizionali.

Così, all'art. 5, co. 1, viene riconosciuto a chi è sottoposto a trattamento sanitario obbligatorio e a chiunque vi abbia interesse, ovvero coloro che siano in grado di dimostrare un collegamento giuridicamente rilevante con uno specifico TSO<sup>60</sup>, la legittimazione all'azione<sup>61</sup>.

Analogo potere di ricorso viene, infine, attribuito al Sindaco il quale può agire avverso il decreto di mancata convalida del provvedimento di ricovero. Tale previsione, se letta unitamente al primo comma – che si preoccupa di fornire protezione all'individuo a non essere assoggettato a trattamenti che non rispettino i presupposti di legge – sottolinea l'esigenza del legislatore di non sottovalutare nemmeno l'interesse della collettività.

## 6. Trattamenti sanitari obbligatori e contenzione. Limiti costituzionali

Nonostante l'istituto del TSO, in particolar modo quello eseguito all'interno di strutture ospedaliere, sia circondato da una serie di garanzie amministrative e giurisdizionali poste a tutela del paziente, non è purtroppo infrequente il ricorso a pratiche di contenzione, vale a dire a quell'insieme di strumenti<sup>62</sup> fisici, meccanici, chimici e ambientali che vengono utilizzati coercitivamente per controllare, limitare, ridurre o escludere i movimenti di una persona o, comunque, condizionarne il comportamento<sup>63</sup>.

<sup>59</sup> Circolare del Ministero della Sanità – Direzione Generale Ospedali – Div. III, prot. N. 900.3/SM-E1 del 21 settembre 1992.

<sup>60</sup> Si ritiene che possano rientrare in tale categoria il coniuge, il legale rappresentante (genitore o tutore) e altresì il pubblico ministero considerato l'obbligo posto a suo carico dall'art. 73 dell'ordinamento giudiziario, di garantire la tutela degli incapaci.

<sup>61</sup> Va precisato che il ricorso avverso il provvedimento sindacale che dispone il trattamento sanitario obbligatorio, proposto davanti al tribunale, deve - ai sensi dell'art. 35, co. 1, legge 833 del 1978 - essere notificato al Sindaco, a pena di nullità ex art. 164, co. 4, c.p.c., e non al Comune. In tale materia, infatti, il Sindaco assume la qualità di ufficiale di governo, ossia di organo diretto dello Stato e non già del Comune, che deve ritenersi estraneo alla procedura in esame. In tal senso si v. Cass. Civ., Sez. I, 16 aprile 2004, n. 7244, in *Ragiusan*, 2004, 247.

<sup>62</sup> Per un approfondimento delle diverse tecniche di contenzione si veda G. DODARO, *Il problema della legittimità giuridica*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 6, 2011, 1487 ss.; F. FREZZA, F. ANTONI, *Note in tema di contenzione (meccanica, ma non solo...)* in campo sanitario, in [www.omceotrieste.it](http://www.omceotrieste.it); C. SALE, *Analisi penalistica della contenzione del paziente psichiatrico*, in *Diritto Penale contemporaneo*, 2014.

<sup>63</sup> Nel 1987 l'*omnibus budget reconciliation act* (OBRA) ha coniato una prima definizione di contenzione quale metodica manuale o fisica, strumento meccanico, materiale o altra attrezzatura applicata al corpo del paziente o nelle sue vicinanze, che non può essere rimossa facilmente dall'individuo e che ne limita la libertà dei movimenti ovvero la normale accessibilità al proprio corpo, in [http://www.ocba.net/trust/nursing\\_home\\_bill\\_of\\_rights.htm](http://www.ocba.net/trust/nursing_home_bill_of_rights.htm). Ulteriori definizioni sono poi state fornite da L.K. Evans, nel 1991, che definisce i mezzi di contenzione fisici e meccanici come quei dispositivi applicati al corpo, o nello spazio circostante la persona, per limitare la libertà dei movimenti volontari. Infine, la Federal Drug Administration individua i presidi di costrizione come quegli accessori o dispositivi creati per uso medico, adottati al fine di limitare i movimenti del paziente per il tempo necessario a consentire il trattamento, l'esame clinico o la protezione, in FDA: 21 CFR (Code

Il ricorso a tali misure, se da un lato sembra rievocare le strutture manicomiali ed una concezione della malattia mentale oramai superata, basata sull'idea che la persona affetta da disturbo mentale fosse pericolosa; dall'altro ci pone di fronte ad una delle questioni più controverse e complesse ancora oggi oggetto di riflessioni e dibattiti.

E, infatti, il tema della contenzione si colloca su un confine molto labile in cui diritti del paziente (primo fra tutti la dignità umana, ma altresì la libertà personale come diritto inviolabile) e doveri dei sanitari (di attivarsi per affrontare il pericolo di atti auto ed etero aggressivi del soggetto) si intersecano tra loro.

Si apre così una questione estremamente delicata che è quella di capire se l'esercizio di poteri coercitivi, incidenti su libertà costituzionalmente tutelate, può essere considerata una modalità di intervento legittima, o quantomeno giustificabile.

In questo paragrafo l'attenzione si concentrerà specificatamente sugli usi della contenzione fisica<sup>64</sup> e meccanica<sup>65</sup>, vale a dire su quegli interventi che, annullando totalmente o parzialmente la libertà personale, intesa come libertà di movimento, sono in grado di incidere in maniera maggiormente significativa sui diritti fondamentali della persona.

Utilizzare la forza fisica per vincere la resistenza di un paziente, ovvero legarlo al letto è indubbio che, in linea generale, rappresenti una pratica non di per sé lecita, potendo configurare alcune gravi ipotesi di reato quali la violenza privata (art. 610 c.p.), l'abuso di mezzi di correzione e disciplina (art. 571 c.p.), i maltrattamenti ripetuti (art. 572 c.p.), l'abbandono di incapace (art. 591 c.p.), fino al sequestro di persona (art. 605 c.p.)<sup>66</sup>. Del resto, i soggetti che vengono sottoposti contro la loro volontà a contenzione si troverebbero nelle medesime condizioni oggettive di coloro i quali subiscono abusi e lesioni fisiche e psichiche, che si configurano come attentati all'integrità personale, aggravati però dal fatto di essere commessi da persone responsabili della custodia della persona interessata.

Vi sono, tuttavia, situazioni in presenza delle quali la realizzazione di un fatto penalmente rilevante viene, dal nostro ordinamento, tollerato e dunque non punito in ragione del contesto in cui viene compiuto. Si tratta di ipotesi nelle quali sorge un problema di bilanciamento d'interessi: quello tutelato da una norma incriminatrice e quello a cui l'ordinamento giuridico riconosce, a certe condizioni, prevalenza e una conseguente efficacia scriminante.

Nell'ambito della procedura di TSO tali cause di giustificazione troverebbero la loro ragion d'essere nell'esercizio di un diritto o nell'adempimento di un dovere (art. 51 c.p.)<sup>67</sup>, ovvero nelle scriminanti operanti in situazioni di necessità (art. 54 c.p.) o di legittima difesa (art. 52 c.p.).

---

of Federal Regulations, Title 21) Part 801 (FDA Labeling Requirements) 21 CFR 880.6760(a), Government Printing Office, Revised April, 1, 2002, in <http://www.accessdata.fda.gov/scripts/cdrh/cfdocs/CFR-Search.cfm.?FR=880.6770>.

<sup>64</sup> Vale a dire quegli interventi che implicano l'uso della forza fisica per praticare terapie, senza l'ausilio di alcun mezzo impeditivo.

<sup>65</sup> Tale forma di contenzione consiste nel blocco totale o parziale del corpo attraverso l'uso di presidi o supporti impeditivi dei movimenti.

<sup>66</sup> Per un maggior approfondimento si veda F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale, I, Delitti contro la persona*, Padova, 2008, 290.

<sup>67</sup> Quando sussiste il concreto rischio che l'incolumità fisica o la vita del paziente sia in pericolo, l'operatore di salute mentale non ha solo il potere, ma anche il dovere, che gli viene imposto dalla posizione di garanzia, di intervenire, ex art. 40, co. 2, c.p., in soccorso del malato apprestando qualunque mezzo a disposizione. In tal

Invero, l'ipotesi di un dovere giuridico di contenere meccanicamente il paziente psichiatrico solleva alcune questioni, posto che l'eventuale giustificazione di strumenti o comportamenti finalizzati all'adempimento di doveri d'ufficio richiede disposizioni normative che fondino il potere contenitivo del medico. Norma giuridica che, secondo i sostenitori<sup>68</sup> di tale tesi andrebbe ricercata nell'art. 60, R.D. 16 agosto 1909, n. 615, attuativo della l. 14 febbraio 1904, n. 36.

Si tratta di una posizione tutt'altro che pacifica.

In primo luogo, perché vi sono dei dubbi in ordine al fatto che tale disciplina possa considerarsi ancora in vigore, dopo l'avvento della l. 13 maggio 1978 che l'avrebbe tacitamente abrogata, in quanto con essa incompatibile<sup>69</sup>.

Deve, inoltre, essere verificata la conformità di tale normativa alle garanzie costituzionali. In altre parole, trattandosi dell'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica, non possono considerarsi legittimi mezzi vietati dalla legge o comunque proibiti in mancanza delle particolari garanzie previste dalla Costituzione.

Si ritiene pertanto che l'intervento del medico debba ritenersi anche doveroso, alla luce della particolare qualifica soggettiva rivestita e della natura dell'attività svolta, nei limiti in cui la condotta trovi giustificazione nelle scriminanti operanti in situazioni di necessità (difensivo ex art. 52 c.p. o di necessità ex art. 54 c.p.). In altri termini, la contenzione può essere considerata legittima solo quando costituisce l'unico modo per mettere in sicurezza urgentemente interessi fondamentali – come l'incolumità fisica o la vita di una persona – contro una violenza illegale o in presenza di un pericolo determinato dallo stato di incapacità di intendere e volere del paziente.

---

senso si è espressa Cass. Pen., Sez. IV, 29 dicembre 2008, n. 48292, in F. GIUNTA, G. LUBINU, D. MICHELETTI, P. PICCIALLI, P. PIRAS, C. SALE (a cura di), *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità (2004-2010)*, Napoli, 2011, 16 ss. Tuttavia, come ribadito da Cass. Pen., Sez. V, 20 giugno 2018, n. 50497, in *Foro italiano*, 3, 2, 2019, 162, «la posizione di cui è titolare il sanitario, e gli obblighi di protezione e custodia che dalla stessa scaturiscono, non consentono comunque di superare i limiti previsti dalla legge per l'uso della contenzione e ciò in considerazione della natura dei beni costituzionalmente protetti su cui tale presidio viene ad incidere, individuabili, non solo nella libertà personale, ma anche nell'integrità fisica (viste le sofferenze fisiche e psicologiche ad esso legate) e nella dignità umana». Per una disamina in dottrina della posizione di garanzia in psichiatria si rimanda a G. DODARO, *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici. Giurisprudenza e clinica a confronto*, Milano, 2011. Dall'esame della sentenza della Cass. Pen., n. 50497/2018 pare che la scriminante di cui all'art. 51 c.p. non sia in grado di conferire assoluta liceità a qualsiasi intervento contenitivo, per quanto posto in essere da un soggetto pacificamente investito di obblighi di protezione e controllo, e questo a prescindere dal rispetto delle condizioni di necessità fissate in sentenza. Tale tesi è stata ripresa anche dalla dottrina che ricorda come ai fini dell'operatività dell'art. 51 sia necessario svolgere una valutazione di oggettiva strumentalità della condotta all'adempimento dell'obbligo, nonché, un giudizio di bilanciamento con l'interesse protetto dalla norma incriminatrice violata. In tal senso F. VIGANÒ, *sub art. 51*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI, G.L. GATTA, Milano, 2015, 69.

<sup>68</sup> G. PAVICH, *Profili generali di liceità ed illiceità nella contenzione dei pazienti psichiatrici*, in *Rivista penale*, 2008, 367 ss.

<sup>69</sup> Di contrario avviso: G.M. POLSELLI, *Iter legislativo e assistenza psichiatrica in Italia*, in S. CARTA E P. PETRINI (a cura di), *Quale futuro per la legge 180? Psicoanalisi e cure psichiatriche in Italia*, Roma, 2005, 132. In giurisprudenza, Trib. min. Bari, 2 luglio 2009, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it).



Proprio perché tali scriminanti sono in grado di rendere eccezionalmente lecito l'utilizzo della contenzione devono essere valutate in maniera rigorosa verificando la sussistenza di alcuni elementi fondamentali: l'attualità<sup>70</sup> del pericolo, la necessità della difesa o del salvataggio, la proporzionalità dell'intervento<sup>71</sup>, e, infine, la mancanza di alternative<sup>72</sup>.

Quando tale pericolo cessa, anche il ricorso alla contenzione deve interrompersi, non potendo protrarsi oltre i limiti strettamente necessari<sup>73</sup>.

Se dunque si riconosce che l'uso di tale pratica sia ammesso solo in situazioni eccezionali di pericolo all'integrità fisica delle persone (paziente e/o terzi che con lui interagiscono), si aderisce a quella tesi, recentemente confermata dalla giurisprudenza della Cassazione penale<sup>74</sup>, che nega la natura di atto

<sup>70</sup> Il concetto di attualità deve essere interpretato in modo restrittivo. Non deve dunque essere utilizzato per giustificare, in chiave precauzionale, interventi di auto difesa o di soccorso anticipati rispetto ad un comportamento non ancora giunto ad esecuzione, richiedendosi, invece, un pericolo già in atto e riconoscibile attraverso elementi obiettivi che il sanitario deve avere cura di indicare in modo puntuale e dettagliato. In tal senso, in dottrina si veda D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2011, 263. Inoltre, la valutazione dell'attualità del pericolo deve sussistere nel tempo e, questo, implica, un "costante monitoraggio del paziente", con riscontro in cartella clinica di tale monitoraggio.

<sup>71</sup> Tale requisito attiene alle modalità di applicazione della contenzione. Come chiarito da Cass. Pen. Sez. V, 20 giugno 2018, n. 50497, cit., posto che «per la sua estrema invasività, tale presidio deve essere applicato, oltre che nei limiti dello stretto necessario, verificando, anche in conseguenza clinica, se sia sufficiente il blocco solo di alcuni arti o se il pericolo di pregiudizio sia tale da imporre il blocco ad entrambi i polsi e caviglie».

<sup>72</sup> Come è stato osservato dal Comitato Nazionale per la Bioetica in un parere pubblicato sul Libro Bianco del Consiglio d'Europa, 1999, «il paziente ha diritto a un trattamento privo di coercizioni e rispettoso della dignità umana con accesso alle più opportune tecniche di intervento medico, psicologico, etico e sociale», talché «la contenzione può essere praticata solo in casi eccezionali in mancanza di alternative».

<sup>73</sup> Sul tema della durata della contenzione non vi sono indicazioni precise al riguardo. I protocolli operativi, cautamente, si limitano a fornire solo alcune indicazioni prevedendo che l'atto deve essere applicato limitatamente al tempo necessario per la risoluzione delle condizioni che l'anno motivato, fissando, nel caso di contenzione a letto, una durata di validità che in media non dovrebbe superare le dodici ore. Trascorso tale termine è possibile ricorrere nuovamente all'istituto per un numero di volte e per una durata complessiva indefinita, posto che non viene indicato alcun limite. Anche il Comitato Nazionale per la Bioetica, nel Libro Bianco del Consiglio d'Europa, dedicato al trattamento dei pazienti psichiatrici, 1999, ha richiamato l'attenzione sulla necessità che l'impiego della contenzione venga limitato nel tempo.

<sup>74</sup> Ci si riferisce alla sentenza della Cass. Pen., Sez. V, 20 giugno 2018, n. 50497, cit. Con tale sentenza è arrivata a conclusione la vicenda di Franco Mastrogiovanni, il quale era stato ricoverato il 31 luglio 2009 presso l'ospedale di Vallo della Lucania, in esecuzione di un trattamento sanitario obbligatorio disposto per lo stato di «agitazione psicomotoria, alterazione comportamentale ed etero aggressiva» riscontrato il giorno precedente. Poco dopo l'ammissione nel reparto di psichiatria viene sedato farmacologicamente (contenzione farmacologica) e successivamente anche meccanicamente, attraverso «fascette dotate di viti di fissaggio applicate ai quattro arti e fissate alle sbarre del letto». Mastrogiovanni non viene più liberato dalla contenzione e dopo oltre ottanta ore ne viene constatato il decesso. Venivano quindi formulati a carico del primario, nonché dei medici e degli infermieri che si erano succeduti in reparto, i seguenti capi di imputazione: sequestro di persona (art. 605 c.p.), morte come conseguenza di altro reato (art. 586 c.p.) e, limitatamente ai medici, falso ideologico in atto pubblico (art. 479 c.p.).

In primo grado, il Tribunale di Vallo della Lucania condanna solo i medici; mentre assolveva gli infermieri per i reati di cui agli artt. 605 e 586, ritenendo operante la scriminante dell'errore su un ordine illegittimo ex art. 51 comma 3, in conseguenza del loro ruolo subordinato. La Corte di appello di Salerno, nel confermare la condanna dei medici stante l'assenza delle condizioni previste dall'art. 54 c.p., condannava anche gli infermieri in ragione dei loro doveri professionali e dei rapporti funzionali con il personale medico. La Cassazione ha sostanzialmente confermato l'impianto della sentenza di appello.

medico<sup>75</sup> alla contenzione. È d'altra parte innegabile che l'immobilizzazione del paziente non abbia, in sé, effetti curativi, così come pare difficile escludere che possa svolgere, nell'ambito dell'assistenza al malato psichiatrico, un ruolo strumentale al trattamento medico complessivo.

Secondo i Giudici, in particolare, il ricorso a questo strumento non risponde ad una finalità di tutela della salute e dell'incolumità fisica del paziente, non essendo funzionale alla cura del soggetto né a produrre materialmente l'effetto di migliorare le condizioni di salute del paziente. A differenza, quindi, dell'attività sanitaria – caratterizzata, ai sensi dell'art. 32 Cost., da una finalità terapeutica e diagnostica, e destinata ad alleviare le sofferenze del malato terminale, in quanto comunque diretta a migliorarne le condizioni complessive (c.d. trattamento del dolore)<sup>76</sup> – la contenzione svolge una mera funzione di tipo "cautelare", essendo diretta a salvaguardare l'integrità fisica del paziente, o di coloro che vengono a contatto con quest'ultimo, allorquando ricorra una situazione di concreto pericolo per l'incolumità dei medesimi.

La ricostruzione fornita dai Giudici si pone, quindi, in linea con la legislazione in materia di salute mentale. Da sempre, infatti, la contenzione, proprio in considerazione dei suoi effetti particolarmente invasivi per l'integrità fisica, è stata considerata una pratica da circoscrivere a situazioni del tutto straordinarie<sup>77</sup>. La legge Basaglia poi, attribuendo la piena titolarità dei diritti civili dei soggetti affetti da malattie mentali – assegnando valore primario alle esigenze della persona e al diritto alla salute e alla cura – rende illecito il ricorso ai mezzi di contenzione, se non in quanto rappresenti l'unico strumento idoneo a scongiurare il pericolo di grave danno alla salute.

Ne consegue, allora, che l'uso della contenzione rappresenta una evenienza del tutto eccezionale a cui il sanitario può ricorrere solo in situazioni straordinarie in cui manchino alternative e comunque garantendo sempre il rispetto della dignità della persona<sup>78</sup>. Entro questi limiti si possono così ritenere

<sup>75</sup> Di diverso avviso R. CATANESI, F. CARABELLESE, G. TROCCOLI, *Contenzione fisica in psichiatria*, in V. VOLTERRA (a cura di), *Psichiatria forense, criminologia ed etica psichiatrica*, Milano, 2010, 970, i quali pur ritenendo che la contenzione non rappresenti una misura terapeutica in senso stretto, proprio perché non è destinata al superamento della malattia, tendono comunque a qualificarla come atto sanitario in quanto rivolta alla tutela della vita e della salute.

<sup>76</sup> In questo senso A. CRESPI, *La responsabilità penale del trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, in *Collana di Studi Penalistici*, Palermo, 1955, 8 ss.

<sup>77</sup> Fino alla legge 180 del 1978 l'uso della contenzione era eccezionalmente consentito dall'art. 60 del Regolamento per l'esecuzione della legge manicomiale del 1904 (Regio Decreto 16 agosto 1909, n. 615) che stabiliva: «Nei manicomi debbono essere aboliti o ridotti ai casi assolutamente eccezionali i mezzi di coercizione degli infermi e non possono essere usati se non con l'autorizzazione scritta del direttore o di un medico dell'Istituto. Tale autorizzazione deve indicare la natura e la durata del mezzo di coercizione. L'autorizzazione indebita dell'uso di detti mezzi rende passibili coloro che ne sono responsabili di una pena pecuniaria da L. 300 a L. 1000, senza pregiudizio delle maggiori pene comminate dal Codice penale. L'uso di mezzi di coercizione è vietato nella cura in case private. Chi contravviene a tale disposizione è soggetto alla stessa pena stabilita dal comma precedente». A tale norma si è poi ispirato l'ordinamento penitenziario (legge 354 del 1975) che all'art. 41, prevede le condizioni e i limiti per l'utilizzo della forza fisica e dei mezzi di coercizione all'interno degli istituti di pena.

<sup>78</sup> Sul punto particolarmente importante è il parere espresso dal Comitato Nazionale per la Bioetica, *La contenzione: problemi bioetici*, 23 aprile 2015. In particolare, il CNB ribadisce la necessità del superamento della contenzione, «nell'ambito di un nuovo paradigma della cura fondato sul riconoscimento della persona come tale (prima ancora che come malato e malata), portatrice di diritti. Il rispetto dell'autonomia e della dignità della persona è anche il presupposto per un intervento terapeutico efficace». Il ricorso alle tecniche di contenzione

rispettati l'art. 13 Cost., che vieta qualsiasi forma di restrizione della libertà personale se non alle condizioni tassativamente stabilite dalla legge, e l'art. 32 Cost. che sancisce il divieto di violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.

Se, dunque, la contenzione può rappresentare, seppur con i limiti sopra enunciati, un'attività non illecita, bisogna chiedersi quali conseguenze possono sorgere nel caso in cui il sanitario tenga una condotta omissiva. In altre parole, ci si chiede se la mancata applicazione di una misura contenitiva possa integrare una responsabilità in capo all'operatore.

Pare condivisa in giurisprudenza<sup>79</sup> la tesi che, in tali circostanze, possa profilarsi il reato di abbandono di persona incapace, previsto dall'art. 591 c.p., posto che rientra nell'attività del sanitario curare e prendersi cura della persona, anche attraverso l'utilizzo di strumenti che, in ragione della particolare situazione, possano considerarsi necessari.

Laddove, poi, dall'abbandono dovesse derivare la morte o le lesioni del paziente, l'operatore potrebbe essere imputato per l'aggravante di cui al comma 3 dell'art. 591 c.p., ovvero, nel caso in cui sia possibile dimostrare la sussistenza del dolo per aver accettato anche solo il rischio del verificarsi dell'evento, per i reati di omicidio doloso (art. 575 c.p.) o lesioni personali dolose (art. 582 c.p.).

## 7. Conclusioni

La metamorfosi compiuta in tema di salute mentale e, in particolare, sulla considerazione della condizione giuridica delle persone affette da tale disturbo ha portato ad un quadro normativo nel quale va consolidandosi, in forma pressoché definitiva, la dimensione individuale e consensuale del paziente nel processo decisionale clinico. Anche l'obiettivo della medicina non è più solo quello di curare una malattia, ma di massimizzare lo stato di benessere fisico e psichico dell'individuo.

In questo quadro di riferimento, in cui l'autodeterminazione del soggetto assume la qualificazione di diritto indegradabile e la volontà – che si esplica attraverso la manifestazione del consenso informato da parte del paziente – l'elemento che giustifica il legittimo esercizio degli interventi in campo sanitario, il potere di imporre trattamenti obbligatori risulta sottoposto dalla Costituzione, a precisi limiti che non devono essere superati e a condizioni che devono essere rispettate.

Il rispetto della persona umana costituisce un principio cardine che si pone alla base di tutta la normativa regolando i rapporti tra medico e paziente, le modalità di esecuzione del trattamento e promuovendo il diritto del soggetto a mantenere una vita sociale e lavorativa.

Non è stato un cammino facile ma dall'esame del contesto costituzionale della disciplina sui trattamenti sanitari obbligatori coercitivi e della giurisprudenza è possibile ravvisare, ad avviso di chi scrive, un quadro positivo delle garanzie poste a tutela delle persone affette da malattie mentali che ci induce a sostenere, almeno da un punto di vista formale, il definitivo riconoscimento del diritto di cittadinanza anche a tali soggetti.

---

meccanica «deve rappresentare l'*extrema ratio* e si deve ritenere che anche nell'ambito del Trattamento sanitario obbligatorio (TSO) possa avvenire solamente in situazioni di reale necessità e urgenza in modo proporzionato alle esigenze concrete, utilizzando le modalità meno invasive e solamente per il tempo necessario al superamento delle condizioni che abbiano indotto a ricorrevi».

<sup>79</sup> Si veda Cass. Pen., Sez. VI, 12 febbraio 2008, n. 6581, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it); Cass. Pen. Sez. IV, 20 maggio 2010, n. 19310, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

Certamente il ricovero esiste ancora, non più però con il concetto di custodia ma seguendo le esigenze terapeutiche del paziente, e, dunque, funzionale a finalità curative. Le persone portatrici di sofferenze mentali non sono più considerate come malati di mente, ma come cittadini che, al pari degli altri, godono di diritti e doveri. Sono consapevole che il richiamo ai principi di dignità e libertà della persona umana non significa accertarne la loro effettività, per tale ragione, credo che per un sistema normativo come il nostro, che assume la solidarietà e la tutela dei soggetti deboli, come obiettivo fondamentale dell'azione dei pubblici poteri e delle istituzioni sociali, non ci si debba ancora accontentare essendo necessaria, da parte del legislatore e della giurisprudenza, una costante e continua attenzione alle aspirazioni e ai bisogni concreti del soggetto vulnerabile, per arrivare a cristallizzare, quello che S. Rodotà<sup>80</sup>, richiamando la celebre definizione di Hanna Arendt<sup>81</sup>, chiama «il diritto di avere diritti».

---

<sup>80</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, 2012, Roma-Bari.

<sup>81</sup> H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, 1951. Ed. italiana 1967.