

## I fantasmi del diritto. Alcune riflessioni sul trattamento sanitario obbligatorio extraospedaliero

Enrico Daly\*

GHOSTS OF LAW. REFLECTIONS ON COMPULSORY COMMUNITY TREATMENT

ABSTRACT: This essay addresses the issue of compulsory community treatment (CCT) in psychiatry. The existence of this legal instrument is controversial because it is arguably incompatible with the constitutional rules and the saving clause required for all mandatory health treatments. After analyzing the evolution of the institute over time, this essay focuses on the Recommendations of the Conference of the Regions (29 April 2009). The way the CCT is characterized and operationalized led to its increasing use by territorial psychiatric services.

KEYWORDS: psychiatry; Basaglia Law; mandatory health treatments; TSOE; Conference of the Regions

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il TSO ospedaliero – 3. Il TSO extraospedaliero (TSOE) – 3.1. Il TSOE come atto prodromico del TSO ospedaliero – 3.2. Il TSOE come istituto autonomo – 3.3. L'opzione "politica" per il TSOE – 4. Le linee-guida delle Regioni – 5. La libertà personale: principio di legalità e riserva di legge – 6. Tra Stato e Regioni.

### 1. Introduzione

**C**hiunque, nell'ultimo decennio, si fosse occupato del tema dei trattamenti sanitari obbligatori per malattia mentale, si sarebbe imbattuto nell'istituto del TSOE: una ricerca più approfondita sul significato dell'acronimo avrebbe condotto a consultare una pluralità di siti istituzionali (che vanno dai siti internet delle Regioni a quelli delle singole Asl) contenenti le linee-guida in materia di trattamento sanitario obbligatorio extraospedaliero. Tale istituto ha dunque un proprio *nomen iuris* che ne attesta e sancisce l'esistenza, viene individuato da un acronimo (TSOE) che ad esso conferisce una dignità burocratica ed è strutturato come uno strumento tecnico-giuridico dotato di una propria autonomia: nelle linee-guida sono indicati i presupposti in base ai quali attivare il trattamento in questione, è delineato in modo preciso e puntuale il procedimento amministrativo a cui ricorrere e, negli allegati, compare la modulistica (molto dettagliata) da compilare per sottoporre un paziente psichiatrico a TSOE. Da Monza a Ragusa (tanto per citare i primi siti delle Asl restituiti da Google) la procedura pare essere omogenea, disciplinata allo stesso modo su tutto il territorio della penisola, ormai acquisita sia dal punto di vista amministrativo che come strumento terapeutico.

---

\* PhD student in Filosofia del Diritto; Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Milano-Bicocca. Mail: [e.daly@campus.unimib.it](mailto:e.daly@campus.unimib.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

Una simile ricerca rende agevole l'individuazione dell'istituto del TSOE e la conoscenza delle relative procedure burocratico-amministrative. Molto più difficile e complicato sarebbe riuscire a enucleare tale istituto giuridico semplicemente esaminando la legge, cioè quella fonte del diritto che dovrebbe essere la *sedes materiae* costituzionalmente prevista per la statuizione di un trattamento sanitario obbligatorio, ancorché extraospedaliero. Alla luce delle prescrizioni legislative, infatti, il TSOE si presenta come un "istituto-fantasma": appare e scompare dal panorama giuridico a seconda delle capacità interpretative di chi, in un dato periodo storico, si dedica all'esame e all'analisi della L. n. 833/1978, la legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale, normativa che ha recepito al proprio interno, con lievi modifiche, la L. n. 180/1978 (la cd. legge Basaglia). Nella legge, infatti, il TSOE non ha un proprio *nomen iuris*: l'art. 34, 4° co., della L. n. 833/1978 si limita, semplicemente, a fare riferimento a non meglio specificate "misure sanitarie extraospedaliere"; i presupposti dell'istituto *de quo* non sono individuati in modo chiaro e preciso, e lo stesso procedimento amministrativo si presenta oscuro e contraddittorio, in alcuni punti palesemente contrastante con il dettato costituzionale. L'istituto del TSOE, presente con netta chiarezza nelle linee-guida di Regioni e Asl, nella legge si fa evanescente, tanto che si potrebbe – o, secondo alcuni giuristi, addirittura si dovrebbe – dubitare della sua esistenza.

## 2. Il TSO ospedaliero

L'art. 34, 4° co., della L. n. 833/1978 enuncia i presupposti per sottoporre un paziente psichiatrico a TSO ospedaliero (in alcune linee-guida si utilizza l'acronimo TSOO). Così si esprime la legge:

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

In questa enunciazione sono contenuti i principi fondamentali della riforma psichiatrica del 1978, nella quale trova espressione una nuova concezione della malattia mentale e una diversa considerazione dei pazienti psichiatrici. In primo luogo, occorre rilevare come il trattamento sanitario obbligatorio possa essere attivato solo per curare una *persona*, unicamente per affrontare una *malattia*: il dovere del medico è quello di «agire in senso terapeutico, facendosi carico della salute psichica della persona, invece che della difesa della società»<sup>1</sup>. Si tratta davvero di una "rivoluzione copernicana": vengono abbandonate, infatti, le categorie della pericolosità sociale e del pubblico scandalo, le quali costituivano i presupposti giuridici dell'internamento secondo i criteri espressi nella legge manicomiale del 1904. In secondo luogo, la legge si concentra sull'elemento del *consenso* del paziente quale manifestazione della libertà di quest'ultimo, proprio perché il TSO non è concepito come uno strumento meramente sostitutivo del consenso della persona, ancorché affetta da gravi alterazioni psichiche. L'art. 33, 5° co., della L. n. 833/1978, infatti, così stabilisce: «Gli accertamenti e i trattamenti sanitari obbligatori [...] devono essere accompagnati da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato». Gli operatori sanitari devono dunque «farsi carico della libertà del malato»<sup>2</sup>,

<sup>1</sup> M. COLUCCI, P. DI VITTORIO, *Franco Basaglia*, Milano, 2001, 299.

<sup>2</sup> *Ivi*, 301.

al quale è riconosciuto, «per quanto possibile», il «diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura» (art. 33, 2° co., della L. n. 833/1978). I diritti del paziente possono essere assicurati solo se la *risposta del servizio psichiatrico* è efficiente e adeguata. Al riguardo giova riportare le parole di Franco Basaglia:

«Il trattamento sanitario obbligatorio si giustifica solo di fronte all'urgenza, al rifiuto della persona e se "non vi siano le condizioni e le circostanze che consentano di adottare tempestive ed idonee misure sanitarie extraospedaliere". Il che significa che trattamento sanitario obbligatorio come necessità indica quantomeno un doppio ordine di problemi: da un lato la difficoltà del soggetto, ma dall'altro la risposta del servizio, che ricorre al ricovero in ospedale psichiatrico in quanto non ha saputo o potuto organizzare altre misure tempestive ed idonee»<sup>3</sup>.

Questo è, dunque, il terzo punto sul quale si concentra la legge, cioè la capacità del servizio psichiatrico territoriale di "rispondere" in modo tempestivo e idoneo ai "bisogni" degli utenti: la legge impone un'organizzazione del servizio psichiatrico che sia in grado di fornire risposte terapeutiche efficaci sul territorio, in modo tale da evitare il ricorso a trattamenti obbligatori in regime di degenza ospedaliera, le "tempestive ed idonee misure sanitarie extraospedaliere" non implicando, di per sé, la possibilità di ricorrere alla forza nella gestione ordinaria della malattia.

Il TSO (in condizione di degenza ospedaliera) è dunque concepito come un'*extrema ratio*<sup>4</sup>, come uno strumento a cui ricorrere in casi eccezionali, la regola della cura essendo costituita dall'assistenza territoriale e da una relazione medico-paziente incardinata su un rapporto di fiducia: la filosofia della legge esclude (o, forse, sembrerebbe escludere) che le nuove forme dell'assistenza psichiatrica riformata possano comportare provvedimenti di carattere coercitivo da adottarsi sul "territorio", proprio perché "la libertà è terapeutica"<sup>5</sup> e il compito del medico è soprattutto quello di "proteggere" il più possibile la libertà del paziente al fine di rendere praticabile e realizzabile un "incontro" tra persone (tra due soggettività, per utilizzare una terminologia tipica della fenomenologia), senza ricadere nella logica istituzionale dello "scontro" tra un'autorità costituita e un individuo in stato di soggezione.

La dottrina maggioritaria<sup>6</sup> che si cimentò sulla legge Basaglia subito dopo l'entrata in vigore di tale normativa si concentrò quasi esclusivamente sull'istituto del TSO "in condizioni di degenza ospeda-

<sup>3</sup> F. BASAGLIA, M. G. GIANNICEDDA, *Legge e psichiatria*, in F. BASAGLIA, *Scritti*, Milano, 2017, 895. Recentemente si è sostenuto, invece, che «con il termine condizioni si intende riferirsi al contesto non solo strutturale dei servizi, ovvero alla loro capacità di far fronte al bisogno di cura, ma anche patologico della persona, che può influire e determinare l'idoneità e l'adeguatezza delle diverse tipologie di intervento. Diversamente le circostanze rappresentano quelle situazioni particolari, di carattere anche transitorio, che accompagnano l'evento patologico e ne determinano la natura, connotandosi in termini di azione/reazione» (S. ROSSI, *La salute mentale tra libertà e dignità. Un dialogo costituzionale*, Milano, 2015, 288).

<sup>4</sup> «Dal comportamento in quanto tale pericoloso, si passa alla necessità del trattamento ospedaliero in quanto *extrema ratio* di un sistema di servizi che non ha organizzato sul territorio una risposta efficace al caso specifico» (F. BASAGLIA, M. G. GIANNICEDDA, *op.cit.*, 895).

<sup>5</sup> Si tratta di una frase scritta a caratteri cubitali sui muri del manicomio di Trieste diretto da Franco Basaglia.

<sup>6</sup> Cfr. A. A. NEGRONI, *Profili costituzionali del trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale*, Genova, 2015, 157. L'Autore cita, come esempi, il *Dizionario di diritto pubblico* diretto da S. CASSESE, edito nel 2006 (voce *Trattamenti sanitari obbligatori*, scritta da CAVASINO, 5961 ss.) e il *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. BARTOLE, R. BIN, edito nel 2008 (commento all'articolo 32 di TRIPODINA, 321 ss.).

liera”, il quale sembrava essere l’unico tipo, l’unico modello di trattamento sanitario obbligatorio previsto dalla L. n. 833/1978: solo di tale istituto, infatti, la legge disciplina espressamente i presupposti, il procedimento, la durata (sette giorni rinnovabili) nonché il luogo di effettuazione («il ricovero deve essere attuato presso gli ospedali generali, in specifici servizi psichiatrici di diagnosi e cura»<sup>7</sup>). Testimonianza di tale orientamento dottrinale, all’epoca maggioritario, si può ritrovare in una delle prime opere sistematiche sulla riforma sanitaria del 1978, laddove si sostiene che «la legge, in sostanza, pare voler provvedere solo ai casi più eclatanti, che richiedono immediatezza di interventi terapeutici, in condizioni di degenza ospedaliera», mentre, per quanto concerne gli altri «accertamenti e trattamenti» domiciliari o ambulatoriali, occorre un’«apposita successiva normativa che [ne] disciplini dettagliatamente l’obbligatorietà» in modo tale da rispettare i «principi di legalità e riserva di legge ex art. 32, 2° comma Cost.»<sup>8</sup>.

Nella stessa prassi dei servizi psichiatrici territoriali, quando si riteneva necessario il ricorso all’uso della forza, si utilizzava esclusivamente lo strumento del TSO ospedaliero, mentre quasi<sup>9</sup> assente era il ricorso ai trattamenti sanitari obbligatori extraospedalieri. Il “mito” di Basaglia e l’esperienza ancora vicina, emotivamente coinvolgente, della sua azione riformatrice imponevano un uso limitato della forza, circoscritto ai casi più gravi, i quali venivano ricoverati in “repartino” per il più breve tempo possibile e solo al fine di risolvere lo stato di acuzie che aveva determinato il ricovero. Sul “territorio” (una parola quasi magica, fortemente evocativa per il movimento basagliano) la forza restava bandita: il rapporto del paziente con i servizi doveva essere improntato ai criteri della libera scelta e della volontarietà.

### 3. Il TSO extraospedaliero (TSOE)

Epperò nella legge esiste un’evanescenza, un’indeterminatezza all’interno della quale l’interprete può muoversi seguendo una pluralità di direzioni, anche tra loro totalmente contrapposte. Non aiuta, al riguardo, la ricostruzione dell’intenzione del legislatore in senso storico, perché anche nei lavori pre-

<sup>7</sup> Si tratta dei cd. “repartini” (come vengono chiamati in gergo gli SPDC). L’art. 64 della L. n. 833/1978 stabilisce che, fino all’adozione dei piani sanitari regionali, i “repartini” siano dotati di un numero di posti letto non superiore a 15.

<sup>8</sup> A. M. VECCHIETTI, *Salute mentale e riforma sanitaria*, Milano, 1983, 84-85. Sostiene, infatti, l’Autrice: «Tuttavia, se [...] si ravvisa un’ipotesi di incostituzionalità dell’art. 33 per la indeterminatezza dei presupposti e dei concetti stessi di “accertamento” e “trattamento” per quanto riguarda il momento del ricovero, ancor più legittimamente può dubitarsi della costituzionalità dell’art. 33, legge 833 per quanto si riferisce a tutti gli altri “accertamenti e trattamenti” domiciliari o ambulatoriali, che il sindaco potrebbe disporre, giacché per essi, non solo sono indeterminati i presupposti, ma addirittura manca una previsione del procedimento e della tutela giurisdizionale» (*Ibidem*).

<sup>9</sup> A Trieste e, soprattutto, a Perugia vi era la prassi di far pernottare i pazienti in stato acuto in apposite stanze annesse al servizio territoriale, cioè al CIM o al CSM, ma, anche in tali casi, raro era il ricorso all’uso della forza: ciò che caratterizzava lo svolgimento del servizio in questi luoghi di “punta” della nuova pratica psichiatrica erano la persuasione e, soprattutto, l’apertura 24 ore su 24 del centro di salute (o di igiene) mentale (sul lavoro di Carlo Manuali e della sua équipe a Perugia cfr. G.A. MICHELI, *I nuovi Catari. Analisi di un’esperienza psichiatrica avanzata*, Bologna, 1982).

paratori e nella discussione finale sulla legge Basaglia (la L. n. 180/1978 fu approvata dalla Commissione Igiene e Sanità pubblica riunita in sede deliberante) si registrano le medesime contraddizioni. Mentre il relatore, Bruno Orsini, afferma che

«l'art. 2 della legge introduce in modo diretto la tematica relativa ai trattamenti sanitari obbligatori di interesse psichiatrico e definisce le condizioni per le quali essi possono essere adottati [...]; sottolinea inoltre la necessità che il trattamento sanitario obbligatorio avvenga in condizioni di degenza ospedaliera, se constatato da più sanitari che tale trattamento può essere espletato correttamente solo in ospedale, per l'assenza di condizioni *extra* ospedaliere che ne consentano l'effettuazione senza il ricovero»<sup>10</sup>,

in sede di dichiarazioni finali, invece, Susanna Agnelli garantisce il voto favorevole alla legge da parte del gruppo del partito repubblicano proprio perché «il trattamento sanitario obbligatorio [...] verrà attuato esclusivamente in specifici e autonomi servizi psichiatrici degli ospedali generali»<sup>11</sup>. Se, da un lato, pare essere concretamente riconosciuta la possibilità di ricorrere a un TSOE, dall'altro, invece, si riconosce in modo altrettanto deciso il carattere *esclusivo* del TSO ospedaliero.

All'interno di quest'ambiguità delle norme, presto muove i propri passi una dottrina molto attiva e battagliera, ancorché minoritaria, la quale si mostra, fin dall'inizio, critica nei confronti dell'impostazione di fondo della legge Basaglia e che, in modo lucidamente argomentato, si pronuncia a favore dell'esistenza dell'istituto giuridico del TSO extraospedaliero, strumento che con il tempo acquisisce una sempre più precisa caratterizzazione e una maggiore autonomia operativa rispetto al TSO ospedaliero. Occorre, dunque, seguire il percorso lungo il quale s'incammina tale dottrina, perché solo così si può comprendere come, in seguito, l'istituto del TSOE, da semplice prodotto di disquisizioni meramente teoriche, sia riuscito a trasformarsi in prassi riconosciuta dei servizi psichiatrici territoriali.

### 3.1. Il TSOE come atto prodromico del TSO ospedaliero

Un rilevante contributo critico alla tipologia unica di trattamento sanitario presente nella L. n. 180/1978 è stato quello di Diana Vincenzi Amato<sup>12</sup>, la quale, prendendo atto che «non tutto ha funzionato in questi anni di applicazione»<sup>13</sup> della legge 180, propone di affiancare al modello di trattamento obbligatorio costituito dal ricovero ospedaliero – «il solo modello che si trova esplicitato»<sup>14</sup> dalla legge, «da applicare in via estrema»<sup>15</sup>, modello che «sembrerebbe anche l'unico»<sup>16</sup> – altre forme di trattamento sanitario obbligatorio da adottarsi in condizioni extraospedaliere. Il fondamento normativo del «nuovo» istituto sarebbe costituito proprio dal riferimento, operato dalla L. n. 180/1978 in ordine ai presupposti del ricovero obbligatorio in ospedale, all'assenza di condizioni e di circostanze che consentano di adottare «tempestive ed idonee misure sanitarie extraospedaliere». Se, per Basaglia, tale inciso si riferiva alla struttura organizzativa del servizio psichiatrico territoriale e alla capacità degli

<sup>10</sup> Atti della XIV Commissione Igiene e Sanità pubblica, Camera dei Deputati, seduta del 28 aprile 1978.

<sup>11</sup> Atti della XIV Commissione Igiene e Sanità pubblica, Camera dei Deputati, seduta del 2 maggio 1978.

<sup>12</sup> D. VINCENZI AMATO, *Il modello dei trattamenti sanitari nella legge 180*, in P. CENDON (a cura di), *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, Napoli, 1988.

<sup>13</sup> *Ivi*, 171. Il contributo dell'Autrice è una relazione a un convegno tenutosi «a distanza di otto anni» dall'approvazione della legge 180.

<sup>14</sup> *Ivi*, 176.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

operatori dislocati sul territorio di rispondere efficacemente ai bisogni del paziente, ora l'espressione utilizzata dall'art. 2, 2° co., della L. n. 180/1978 viene ricollegata all'indicazione precisa di un trattamento obbligatorio "diverso dal ricovero": il termine "misure", infatti, individuerrebbe "specifici" trattamenti sanitari da attuarsi da parte dei «servizi e presidi psichiatrici *extraospedalieri*» di cui all'art. 6 della L. n. 180/1978 (poi confluito nell'art. 34 della L. n. 833/1978). Quali sarebbero, però, concretamente i trattamenti sanitari extraospedalieri a cui un paziente psichiatrico potrebbe essere obbligatoriamente (e coattivamente) sottoposto? Come sottolinea l'Autrice, l'espressione "misure sanitarie" «ricorda però gli psicofarmaci, l'elettroshock, o lo shock insulinico più facilmente di quanto non ricordi l'analisi, le psicoterapie, i gruppi di lavoro»<sup>17</sup>. Poiché non è concepibile (né attuabile) l'imposizione forzosa di una psicoterapia, si può al massimo pensare a un accompagnamento coattivo del paziente ai vari centri extraospedalieri o a visite periodiche di un operatore a casa del malato, ancorché occorra riconoscere che, in codeste eventualità, l'utilizzo della coazione sarebbe francamente limitato e modesto. Per quanto concerne, invece, l'imposizione coattiva del "trattamento chimico" (cioè psicofarmacologico) in via extraospedaliera, l'Autrice ritiene che tale possibilità sussista nel momento in cui si verificano i due presupposti previsti dalla L. n. 180/1978 per il ricovero obbligatorio, vale a dire le gravi alterazioni psichiche e il rifiuto da parte del paziente degli urgenti interventi terapeutici proposti. È tale la situazione che l'Autrice definisce di "acuzie", cioè quella condizione nella quale, nonostante la svolta terminologica imposta dalla legge Basaglia, il paziente manifesta la propria "pericolosità sociale": «sebbene si tenda ad evitare di parlare di pericolo per sé o per gli altri, io non vedo proprio quali altre situazioni che non siano un "pericoloso" stato di disordine mentale, di agitazione psicomotoria, di depressione suicida, possano essere definite "acuzie" e richiedere urgenti interventi terapeutici»<sup>18</sup>. Il TSOE, dunque, diventa lo strumento più idoneo per la gestione dell'"acuzie" e consente l'imposizione coattiva di un «qualcosa di immediatamente risolutivo, i lacci, l'iniezione, l'elettroshock»<sup>19</sup>.

Vincenzi Amato, quindi, anche in una prospettiva *de iure condendo*, propone di guardare alla L. n. 180/1978 come a una normativa che delinea non un unico modello, bensì una pluralità di modelli di trattamento sanitario: da un lato vi è il trattamento sanitario *volontario* che, secondo l'Autrice, è il vero grande assente dalla legge Basaglia, trattamento diretto contemporaneamente «alla cura del paziente ed alla tutela della salute collettiva»<sup>20</sup>; dall'altro vi è il gruppo dei trattamenti sanitari *obbligatori*, dei quali fanno parte sia le cure prestate in "condizioni di degenza ospedaliera" che le "misure sanitarie extraospedaliere", cioè quell'insieme di trattamenti «in cui alla cura della salute del paziente si associa la tutela della sicurezza sua e della collettività»<sup>21</sup>, in un'ottica – come viene sottolineato in modo espresso<sup>22</sup> – eminentemente custodialistica. Come si può rilevare anche semplicemente dal lessico utilizzato, la concezione della psichiatria che compare nel contributo di Diana Vincenzi Amato risente

<sup>17</sup> *Ivi*, 177.

<sup>18</sup> *Ivi*, 177-178.

<sup>19</sup> *Ivi*, 178.

<sup>20</sup> *Ivi*, 179.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> «Beh, rispondo – e non credo o mi auguro di non fare scandalo – il trattamento in condizioni di degenza è una misura in gran parte custodialistica, anche se completamente diversa dal passato internamento manicomiale» (*Ivi*, 178). E ancora: «Lo dico ribadendo le mie convinzioni iniziali: che non vi sia spazio per trattamenti obbligatori della salute mentale se non lo si motiva con esigenze di pubblica sicurezza» (*Ivi*, 186-187).



delle categorie di pensiero di un passato che si ostina a resistere contro ogni cambiamento: è, questo, il mondo della custodia, del “ricovero coatto” (espressione spesso utilizzata dall’Autrice e che rinvia a una terminologia manicomiale), dei lacci, delle cinghie di contenzione, della pericolosità sociale, dell’elettroshock.

In questa sede, tuttavia, preme rilevare come il TSOE venga dall’Autrice enucleato unicamente come strumento per la gestione delle “acuzie”, momento al quale dovrà necessariamente seguire un ricovero ospedaliero: il trattamento sanitario obbligatorio extraospedaliero si presenta, dunque, come l’atto prodromico del trattamento ospedaliero, condividendone i presupposti giuridici e confluendo in esso quale atto sostanzialmente custodialistico (nonostante gli intendimenti della riforma Basaglia) e rispondente a logiche di tutela della sicurezza pubblica.

### 3.2. Il TSOE come istituto autonomo

È, invece, nell’elaborazione di una successiva dottrina che il TSOE si emancipa dal ricovero ospedaliero, assumendo, a poco a poco, le sembianze di un istituto giuridico autonomo con finalità specifiche. Tale dottrina, infatti, critica in modo deciso l’«idea [...] che i trattamenti obbligatori extraospedalieri non siano altro che una sorta di stato allotropico di quelli in condizioni di degenza ospedaliera»<sup>23</sup>, una loro «pura variante»<sup>24</sup>: il TSOE, invece, deve essere concepito come uno strumento autonomo e indipendente rispetto al TSO in condizioni di degenza, proprio perché – almeno secondo tale innovativo orientamento dottrinale – è la legge stessa a distinguere i due istituti. Tale netta distinzione, inoltre, giustificherebbe la diversità dei presupposti giuridici e dei procedimenti previsti per le due fattispecie.

Il fondamento giuridico per una simile differenziazione si rinviene nella stessa L. n. 833/1978, normativa che, invero, prevede una disciplina generale valida per tutti i trattamenti sanitari obbligatori. L’art. 33, 2° co., infatti, stabilisce che «nei casi di cui alla presente legge e in quelli espressamente previsti da leggi dello Stato possono essere disposti dall’autorità sanitaria accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori, secondo l’articolo 32 della Costituzione» (tale norma riproduce l’art. 1, 2° co., della L. n. 180/1978, nel quale mancava, però, il richiamo all’art. 32 Cost.); l’art. 33, 3° co., della L. n. 833/1978 disciplina, poi, in termini generali e astratti, cioè senza alcun riferimento alle patologie psichiatriche, la procedura a cui ricorrere per effettuare ogni tipo di TSO: «gli accertamenti ed i trattamenti sanitari obbligatori sono disposti con provvedimento del sindaco nella sua qualità di autorità sanitaria, su proposta motivata di un medico» (tale norma riproduce, a sua volta, in modo pressoché uguale<sup>25</sup>, l’art. 1, 6° co., della L. n. 180/1978).

Per meglio comprendere la *ratio* delle norme in questione giova, a questo punto, richiamare le parole contenute nella Relazione del governo Andreotti sul disegno di legge<sup>26</sup> rubricato «Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori», overossia sulla futura legge Basaglia:

<sup>23</sup> C. CASTRONOVO, *Dignità della persona e garanzie costituzionali nei trattamenti sanitari obbligatori*, in *Jus*, 2-3, 1990, 180.

<sup>24</sup> *Ivi*, 182.

<sup>25</sup> Nella L. n. 180/1978 il sindaco viene qualificato «autorità sanitaria locale», nella L. n. 833/1978 la qualifica del sindaco è invece quella di «autorità sanitaria».

<sup>26</sup> L’approvazione della legge Basaglia fu una vera e propria “corsa contro il tempo”: i radicali di Marco Pannella, infatti, avevano raccolto 700.000 firme per l’abolizione della legge manicomiale del 1904 e, se entro l’11 maggio 1978 non fosse stata approvata una legge sostitutiva, il popolo italiano sarebbe stato chiamato alle urne e sulla

«La previsione di possibili trattamenti obbligatori non è riferita a specifiche malattie, ma a tutti i casi espressamente previsti da leggi dello Stato. La formulazione adottata fa cadere ogni discriminazione nei confronti delle malattie mentali, che vengono prese in considerazione nell'ambito dei trattamenti obbligatori alla stregua di ogni altra malattia, senza più riferimento a una supposta pericolosità a sé o agli altri o all'occasione di scandalo»<sup>27</sup>.

Proprio per evitare discriminazioni e procedure *ad hoc* per i casi di malattia mentale, la cd. legge Basaglia si presenta come una normativa generale – a maggior ragione perché destinata a essere recepita nella legge di istituzione del Servizio sanitario nazionale – tesa a unificare in un unico procedimento amministrativo tutti i trattamenti sanitari obbligatori (espressamente) previsti dalle leggi vigenti<sup>28</sup>.

Nella sua relazione alla Camera dei deputati, però, il governo manifesta altresì un'opinione dal contenuto equivoco, destinata ad aumentare la confusione già presente nelle norme del disegno di legge. Alludendo ai trattamenti sanitari obbligatori extraospedalieri (domiciliari e ambulatoriali), sempre di carattere generale, cioè validi per tutte le tipologie di malattie per le quali la legge stabilisce un obbligo

---

questione della riforma psichiatrica avrebbe gravato l'ombra della spada di Damocle dell'esito della consultazione popolare. Da un lato vi era la possibilità che, in seguito all'approvazione del referendum da parte del corpo elettorale, si creasse un vuoto normativo nell'ordinamento, con pesanti ricadute sulle famiglie, le quali avrebbero dovuto farsi interamente carico dei pazienti psichiatrici dimessi dai manicomi provinciali; dall'altro, nel caso in cui il referendum fosse stato respinto, sorgeva il fondato timore che tutte le esperienze di riforma dell'istituzione manicomiale praticate sul campo negli anni precedenti (Gorizia, Colorno, Perugia, Reggio Emilia, Arezzo, Trieste) potessero essere neutralizzate, arrestandosi di fronte al muro invalicabile della sovranità popolare, e che la situazione degli ospedali psichiatrici italiani ritornasse indietro di almeno due decenni. Il raggiungimento di un compromesso era, quindi, nell'interesse di tutti. Poiché in Parlamento era già stato presentato il testo della riforma sanitaria, la quale inseriva la psichiatria nell'ambito della medicina e degli ospedali generali, si pensò di stralciare la materia psichiatrica (questo fu un elemento di regressione, imposto dalla pressione referendaria) e di procedere all'approvazione di una legge autonoma. Tale legge sarebbe stata poi incorporata nella legge generale di istituzione del Servizio sanitario nazionale, dalla quale era stata estrapolata, nel momento in cui si fosse giunti all'approvazione anche di quest'ultima normativa: «fu di nuovo lo psichiatra e deputato democristiano Bruno Orsini, che di quegli articoli per così dire psichiatrici era stato l'estensore, a farsi promotore di tale soluzione presso il ministro della Sanità, Tina Anselmi, e il presidente del Consiglio di allora, Giulio Andreotti. Il governo approvò così un disegno di legge denominato "Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori" che presentò alla Camera il 19 aprile 1978 (atto 2130)» (V.P. BABINI, *Liberi tutti. Manicomi e psichiatri in Italia: una storia del Novecento*, Bologna, 2009, 288-289). Sempre per ragioni di tempo, la materia fu affidata alla discussione e all'approvazione da parte di commissioni parlamentari riunite "in sede deliberante": la cd. legge Basaglia non venne approvata dall'assemblea parlamentare, ma dalle commissioni igiene e sanità dei due rami del Parlamento.

<sup>27</sup> Relazione del governo, Camera dei deputati, seduta del 19 aprile 2019 (atto 2130).

<sup>28</sup> «Il preciso riferimento, non contenuto nel testo della legge 180, al dettato costituzionale dell'art. 32 appare voler ricondurre tutti i provvedimenti d'autorità, siano essi accertamenti o siano trattamenti sanitari, che possono incidere sulla libertà del cittadino, ad un'unica normativa, contemperando gli effetti negativi di tale incidenza con il perseguimento di un fine (tutela della salute) se non più alto, almeno pari a quella» [corsivo nostro] (A. M. VECCHIETTI, *op. cit.*, 60). L'Autrice, nell'opera testé citata, riporta un catalogo esteso di tutti i trattamenti sanitari obbligatori previsti dalle leggi vigenti (*Ivi*, 61 e ss.) ed esprime le sue perplessità, peraltro tutt'oggi condivisibili, sul *modus operandi* del legislatore: «Tuttavia, proprio dal raffronto con gli altri tipi di accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori, già previsti da altre leggi dello Stato, appare molto strano che il legislatore della legge 833, nel riformare i principi su cui deve fondarsi il moderno sistema sanitario, abbia inteso disciplinare intanto solo quelli per malattia mentale, trascurando di adeguare ai criteri informativi della nuova legge anche quelli già in vigore, sia sotto il profilo della procedura, dei soggetti e dei gravami, sia sotto l'aspetto sostanziale del concetto di "salute" come dovere-diritto, affermato dall'art. 32 Cost.» (*Ivi*, 71).



di trattamento, il governo afferma: «anche se non espressamente previsto, è evidente che i trattamenti sanitari obbligatori possono assumere forme molteplici: il trattamento ambulatoriale, quello domiciliare, quello in strutture pubbliche o private dichiarate idonee dalla regione»<sup>29</sup>. Il TSOE, quindi, secondo il governo, si presenta come una manifestazione *implicita* di tutti quei trattamenti sanitari obbligatori che la legge deve comunque prevedere in modo espresso.

Il TSOE “nasce” davvero sotto il segno dell’ineffabilità. Gli stessi artt. 33 e 34 della L. n. 833/1978 hanno dato luogo a una pluralità di interpretazioni, soprattutto perché possono essere concepiti come norme autonome e tra loro separate o come disposizioni normative collegate da un rapporto di genere a specie oppure, ancora, come un’unica norma giuridica destinata a disciplinare un solo istituto. Se l’art. 33 della L. n. 833/1978 detta una disciplina generale valida per tutti i trattamenti sanitari obbligatori espressamente previsti dalle leggi dello Stato, l’art. 34, invece, si concentra in modo specifico sul TSO per malattia mentale: l’art. 34, 2° co., stabilisce che «le misure di cui al secondo comma dell’articolo precedente possono essere disposte nei confronti di persone affette da malattia mentale», mentre l’art. 34, 4° co., disciplina una complessa procedura per l’effettuazione del TSO ospedaliero (occorrono, all’uopo, la proposta di un medico, la convalida di questa da parte di un medico pubblico<sup>30</sup>, l’ordinanza del sindaco e la convalida del giudice tutelare).

È proprio sul rapporto tra l’art. 33 e l’art. 34 della L. n. 833/1978 che la dottrina si trova spaccata in due orientamenti contrapposti: da un lato vi sono coloro che ritengono che l’art. 33, 2° e 3° co., e l’art. 34, 2° co., costituiscano semplicemente le “premesse” per attivare il procedimento del TSO in regime di degenza ospedaliera di cui all’art. 34, 4° co., il quale sarebbe dunque l’unico modello di trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale previsto dalla legge (in tal senso, come si è visto, si è espressa la prima dottrina formatasi sull’esegesi delle norme in questione); dall’altro, invece, una differente dottrina ha ritenuto che «le disposizioni contenute negli artt. 33, 2° co., e 34, 2° co., della legge n. 833/1978 non [siano] semplici premesse alla disciplina del trattamento obbligatorio prevista nel quarto comma dell’art. 34, ma definisc[a]no discipline autonome e determinate: una di carattere generale, inerente l’imposizione di un qualsiasi trattamento sanitario, operando per rinvio alle discipline speciali, ed una di carattere speciale, dettata esclusivamente per le persone affette da infermità mentale»<sup>31</sup>. Secondo tale dottrina, di conseguenza, mentre l’art. 34, 4° co., disciplina il TSO ospedaliero, l’art. 33, 2° e 3° co., in combinato disposto con l’art. 34, 2° co., autorizza il ricorso a una procedura semplificata per attivare il TSOE, il quale viene dunque a configurarsi come uno strumento giuridico autonomo e indipendente rispetto al ricovero ospedaliero<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> Relazione del governo, Camera dei deputati, seduta del 19 aprile 2019 (atto 2130).

<sup>30</sup> «[...] un medico della unità sanitaria locale»

<sup>31</sup> S. ROSSI, *op. cit.*, 267. In tal senso cfr. anche E. FERRARI, *Art. 33*, in F. A. ROVERSI MONACO (coord.), *Il Servizio sanitario nazionale. Commento alla legge 23 dicembre 1978, n. 833*, Milano, 1979, 343-346; G. PELAGATTI, *I trattamenti sanitari obbligatori*, Roma, 1995, 103 e ss.

<sup>32</sup> P. ZATTI, *Infermità di mente e diritti fondamentali della persona*, in P. CENDON (a cura di), *op. cit.* L’Autore, distinguendo fra “trattamento” e “ricovero”, sostiene la tesi secondo cui, «dal momento che, nella nostra legge, il carattere obbligatorio riguarda il trattamento sanitario, cioè – secondo la lettera degli artt. 33 e 34 della legge 833 – le “cure” e gli “interventi terapeutici”», il ricovero sia solo previsto «in modo strumentale» al trattamento. Il trattamento obbligatorio, dunque, secondo l’Autore citato, può prescindere dallo stesso ricovero, qualora sia possibile l’adozione di (non meglio specificate) misure sanitarie extraospedaliere.

### 3.3. L'opzione "politica" per il TSOE

Sul punto dell'esistenza giuridica del TSOE la dottrina si è divisa a metà proprio perché l'ambiguità e l'indeterminatezza delle norme di legge lasciano aperti varchi per entrambe le interpretazioni, le quali, ancorché diametralmente opposte, risultano egualmente giustificabili sulla base di argomenti logico-razionali<sup>33</sup>: l'opzione per l'una o per l'altra tesi, di conseguenza, non può che risentire delle scelte *lato sensu* politiche dell'interprete nonché della sua concezione del mondo. I problemi interpretativi, tuttavia, non finiscono certo qui: anche tra coloro che ammettono l'esistenza giuridica del TSOE si possono enucleare tesi radicalmente differenti in ordine alla configurazione dell'istituto *de quo*, con riferimento soprattutto ai presupposti giuridici e alla funzione o finalità istituzionale del provvedimento dispositivo del trattamento in questione.

La legge prevede l'istituzione di servizi psichiatrici «a struttura dipartimentale», ai quali sono demandate «funzioni preventive, curative e riabilitative relative alla salute mentale» (art. 34, 1° co., della L. n. 833/1978). Al Dipartimento di salute mentale (DSM) afferiscono sia l'SPDC (cioè il servizio psichiatrico ospedaliero di diagnosi e cura) che i «presidi e i servizi extraospedalieri»<sup>34</sup> (art. 34, 5° co., della L. n. 833/1978), i quali svolgono funzioni di assistenza psichiatrica sul territorio, garantendo la continuità terapeutica dei pazienti dimessi dal reparto ospedaliero e gestendo i rapporti con una pluralità di residenze e comunità protette e semi-protette dislocate sull'intero territorio nazionale. Mentre il TSO ospedaliero comporta un ricovero in "repartino" (cioè in SPDC), il TSOE, insieme all'ASO (accertamento sanitario obbligatorio), è invece uno strumento a cui i servizi territoriali possono ricorrere per la "gestione" dei pazienti in (non meglio precisate) situazioni extraospedaliere (le quali possono variare entro un ampio spettro, che va dal domicilio del paziente alla struttura residenziale, dal centro diurno alla comunità alloggio). Ed è proprio in relazione alla funzione attribuita al TSOE e al ruolo svolto dai servizi psichiatrici presenti sul territorio che i sostenitori dell'esistenza giuridica di tale istituto possono essere suddivisi in teorici di orientamento tendenzialmente "conservatore" oppure più spiccatamente "progressista".

Non essendo più il TSOE concepito come una semplice articolazione, come uno stadio meramente prodromico del TSO in condizioni di degenza, si è ritenuto che anche i suoi presupposti giuridici dovessero essere diversi da quelli che legittimano il ricovero ospedaliero e che, quindi, nel ricorso al TSOE si potesse prescindere dalla gravità delle alterazioni psichiche e dall'urgenza degli interventi terapeutici. Coerentemente con questa impostazione, che potremmo definire "conservatrice"<sup>35</sup>, si è concluso che, se il TSO in regime di degenza ospedaliera adempie ai compiti di cura e riabilitazione, l'istituto del TSOE non può che svolgere

<sup>33</sup> In dottrina si è riconosciuto che la normativa in questione «può essere letta in due modi diversi» (E. FERRARI, *op. cit.*, 343). Per ragioni di ordine letterale e sistematico l'Autore citato opta per un'interpretazione che identifica «due "misure" ben diverse: una più tenue, l'altra più grave» (*Ivi*, 344).

<sup>34</sup> Si tratta dei centri di igiene o salute mentale.

<sup>35</sup> Tale interpretazione del TSOE, incentrata sulla prevenzione, tende a muoversi in una prospettiva di tipo securitario che ricorda la disciplina in vigore prima della riforma psichiatrica: «Ora, se si vuole affrontare con il dovuto candore la realtà, a me pare che, esclusa l'esigenza di reagire alla pericolosità, non rimanga altro per giustificare in nome della società l'intervento coattivo nei confronti del malato di mente» (C. CASTRONOVO, *op. cit.*, 191).

«una funzione di prevenzione rispetto a esiti di malattia più gravi e più gravosi per i malati e per coloro che ne hanno la cura, senza peraltro costituire quella limitazione così incisiva della libertà personale rappresentata dal ricovero ospedaliero e anzi intendendolo evitare»<sup>36</sup>.

Tale conclusione, tuttavia, con l'attribuzione di una funzione preventiva al TSOE, non pare allinearsi con i valori e i principi direttivi a cui si ispira la legge Basaglia, in forza della quale gli unici presupposti "espressi" del trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale (ancorché riferiti al TSO ospedaliero) debbono avere i caratteri dell'*attualità* e dell'*effettività*: è infatti la legge stessa ad autorizzare il ricorso a un TSO solo in caso di rifiuto da parte dell'infermo di interventi terapeutici definiti "urgenti", escludendo quindi la possibilità di un trattamento sanitario obbligatorio *preventivo* per malattia mentale. La prevenzione è un compito istituzionale del servizio psichiatrico territoriale e un obiettivo dell'intero Servizio sanitario nazionale (cfr. art. 2, 1° co., n. 2, della L. n. 833/1978), ma non può certo svolgersi e attuarsi attraverso l'imposizione coattiva ed estemporanea di trattamenti sanitari.

In una prospettiva "progressista" si collocano invece coloro che ritengono il TSOE un istituto perfettamente inserito nella logica di "territorializzazione" dell'assistenza psichiatrica a cui si ispira l'intera filosofia della legge Basaglia: con la previsione del TSOE, infatti, si sarebbe creato

«un sistema graduale che dà luogo ad una preminenza dell'intervento domiciliare o territoriale [...], in linea con la filosofia della psichiatria di comunità, e, solo ove necessario, dispone l'attuazione del trattamento in sede di degenza nel contesto delle strutture ospedaliere dipartimentali»<sup>37</sup>.

Il TSOE, dunque, svolgerebbe una funzione di deospedalizzazione del paziente psichiatrico, favorendo un'assistenza territoriale e relegando il TSO ospedaliero in una dimensione residuale. Pur riconoscendo a tale orientamento dottrinale ogni "buona intenzione" in un'ottica di riduzione del danno nonché la volontà di graduare e quindi, in un certo senso, di diluire e limitare l'uso della forza, preme in questa sede evidenziare i rischi e i pericoli per la libertà del paziente che tale prospettiva comporta. In primo luogo, la territorializzazione delle cure non implica, *ipso facto*, un'esportazione sul territorio dell'uso della forza e di altri strumenti coercitivi: anzi, l'utilizzo della forza sul territorio – si pensi, solo per fare alcuni esempi, a visite e colloqui psichiatrici obbligatori (ovvero coercibili), attivabili nel momento in cui il paziente abbia rifiutato di recarsi presso il servizio psichiatrico territoriale, o alla somministrazione coattiva di farmaci LAI oppure, ancora, a trattamenti sanitari obbligatori eseguiti in strutture residenziali<sup>38</sup> – rischia di trasformare la coazione, da pratica eccezionale concentrata unicamente

<sup>36</sup> *Ivi*, 184. Dopo aver perorato la causa del TSOE con funzione *preventiva*, è tuttavia lo stesso Autore citato a evidenziare i limiti giuridici dell'istituto che egli stesso ha in tal modo configurato, riconoscendo che un simile TSOE, necessariamente comportando una, per quanto esigua, restrizione della libertà personale, contrasta con l'art. 13, 2° co., Cost., nella misura in cui, nella relativa procedura, non è previsto *un atto motivato dell'autorità giudiziaria*, con conseguente violazione della riserva di giurisdizione costituzionalmente prevista. Evidentemente l'intendimento dell'Autore era quello di indicare, in una prospettiva *de iure condendo*, una possibile riforma della legge Basaglia.

<sup>37</sup> S. Rossi, *op. cit.*, 267.

<sup>38</sup> Si è inoltre sostenuto che, «quando la legge consente l'imposizione coattiva di un intervento sanitario, all'interno di un ospedale o altrove, la contenzione si può considerare legittima» (M. MASSA, *La contenzione. Profili costituzionali: diritti e libertà*, in S. Rossi (a cura di), *Il nodo della contenzione*, Merano, 2015, 97). Coerentemente con tale impostazione, il presupposto giuridico di una contenzione legittima potrebbe essere costituito da un TSOE in una struttura residenziale o addirittura a domicilio. L'aver legittimato, alla luce di una particolare interpretazione della legge Basaglia, la contenzione sul territorio (in particolare in strutture residenziali), ancorché

nell'istituto del TSO ospedaliero, in un gesto routinario, quotidiano, quasi connaturale allo svolgimento del servizio medico-psichiatrico. In tali situazioni, infatti, l'uso della forza, ancorché non concretamente esercitato, si configura come una *minaccia* sempre incombente sulla libertà del paziente e, di conseguenza, come un potenziale (se non addirittura reale) impedimento all'instaurazione di un rapporto terapeutico di tipo tendenzialmente paritario, fondato sulla reciproca fiducia e sul consenso. Inoltre, la deospedalizzazione da TSOE potrebbe rivelarsi una mera illusione o un semplice abbaglio, soprattutto nel momento in cui si ammettesse la possibilità di un trattamento sanitario obbligatorio presso residenze e comunità protette<sup>39</sup>: in una tale eventualità, infatti, non più soggetto al TSO in "repartino" (cioè in un ospedale generale pubblico, con la garanzia del controllo giudiziario), il paziente psichiatrico potrebbe, però, essere destinatario di "interventi" terapeutici obbligatori e coattivi all'interno di strutture residenziali, molte delle quali private, ancorché accreditate<sup>40</sup>, in forza di un atto amministrativo non più controllabile dall'autorità giudiziaria<sup>41</sup>. Si fatica, dunque, a comprendere come, attraverso il ricorso a uno strumento coattivo ulteriore rispetto a quelli già espressamente previsti dalla legge vigente (cioè l'ASO e il TSO ospedaliero), si possa «dare una *chance* alla libertà del paziente», ancorché «graduando le forme di intervento e di correlata coazione, in ragione delle circostanze concrete, quali le caratteristiche della patologia, l'intensità della sua manifestazione, le alternative terapeutiche e, non ultimo, il contesto socio-assistenziale di riferimento»<sup>42</sup>. Proprio per questo motivo, nel 2004, un comunicato ufficiale di Psichiatria Democratica, l'associazione degli psichiatri basagliani, si pronunciava contro il TSOE, imputando a tale istituto uno "stravolgimento" della legge di riforma psichiatrica: «La legge vigente parla [...] dell'impossibilità "di adottare tempestive e idonee misure sanitarie extraospedaliere" per effettuare un TSO, laddove le suddette misure sono considerate come trattamento volontario. Con un'acrobazia lessicale, che, di fatto, stravolge lo spirito della legge, si fa coincidere la possibilità di adottare le suddette misure con "gli estremi per il TSO extraospedaliero": bizantinismo stupefacente, ma drammatico per la libertà della persona»<sup>43</sup>.

In seguito a questa breve analisi sul TSOE, si può concludere che tale strumento, accanto a un possibile e distorto utilizzo per finalità di sicurezza pubblica, presenta altresì notevoli criticità in ordine al rispetto dei diritti fondamentali e delle garanzie costituzionali dell'individuo: TSO preventivo, attivabile senza l'intervento della magistratura e in assenza dei presupposti previsti dalla legge, l'istituto in questione, anche in un'ottica di territorializzazione degli interventi terapeutici, non sembra davvero conciliabile con i principi fondamentali, ispiratori della legge Basaglia, di libertà del paziente e di riduzione dell'uso della forza ai soli casi di assoluta necessità e urgenza. Occorre comunque rilevare che l'istituto

---

solo come *extrema ratio* e nel rispetto di tutte le cautele possibili, pare una conclusione davvero pericolosa (e sconcertante).

<sup>39</sup> I servizi psichiatrici territoriali gestiscono le Strutture Residenziali (Comunità terapeutiche, Case protette e Case famiglia, Comunità Alloggio) o direttamente oppure stipulando convenzioni con strutture private accreditate dalla Regione.

<sup>40</sup> In tal caso il servizio psichiatrico territoriale si qualifica come "servizio inviante".

<sup>41</sup> In una simile evenienza, ben illusoria si rivelerebbe la "tenuità" della misura extraospedaliera di cui parla E. FERRARI, *op. cit.*, 344, e sfumerebbe altresì la differenza fra "trattamento" e "ricovero" a cui allude P. ZATTI, *op. cit.*

<sup>42</sup> S. ROSSI, *op. cit.*, 272.

<sup>43</sup> Comunicato del 23 giugno 2004 di Psichiatria Democratica.

del TSOE, seppur sempre presente, con la sua ambiguità di fondo<sup>44</sup>, nelle opere della dottrina che negli anni si è occupata di legislazione psichiatrica, non è mai riuscito a compiere il “salto ontologico” dal pensiero alla realtà, dalla teoria alla pratica, dalle disquisizioni dei giuristi alla prassi dei servizi. Questo, almeno, fino all’intervento delle Regioni.

#### 4. Le linee-guida delle Regioni

Anche qualora si ammettesse che la L. n. 833/1978 preveda la possibilità di ricorrere al TSOE, occorre riconoscere che la legge stessa non disciplina né i presupposti giuridici né la durata né tantomeno la funzione del provvedimento in esame, il cui contenuto essenziale nella fonte primaria resta indeterminato e aperto alle più disparate interpretazioni, mentre la determinazione positiva di quelle che sono le «misure sanitarie extraospedaliere» di cui all’art. 34, 2° e 4° co. (a questo punto da ritenersi potenzialmente obbligatorie), è rimessa alla più ampia discrezionalità amministrativa, i cui limiti non sono in alcun modo individuati dalla legge.

A disciplinare in modo puntuale il TSOE sono state le linee-guida delle Regioni, nelle quali l’istituto in questione assume una configurazione tecnico-giuridica idonea e funzionale all’utilizzo pratico da parte dei servizi territoriali. Già menzionato nella Direttiva 1457/89 della Regione Emilia Romagna, il TSOE fa la sua definitiva apparizione nelle *Raccomandazioni in merito all’applicazione di accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori per malattia mentale*, pubblicate il 29 aprile 2009 dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome al fine di «facilitare l’applicazione, coerente e omogenea su tutto il territorio nazionale, delle procedure ASO e TSO di cui agli articoli 33-34-35 della Legge 833/78». In tale atto di “indirizzo operativo” il TSOE viene declinato come una delle molteplici manifestazioni del trattamento sanitario obbligatorio: caratterizzato da una procedura autonoma, viene riconosciuto come uno strumento tecnico di pieno diritto. Le *Raccomandazioni* della Conferenza delle Regioni sono state poi recepite in atti normativi delle singole Regioni (si tratta per lo più di deliberazioni della Giunta regionale o decreti dell’Assessore alla Sanità<sup>45</sup>) e ulteriormente implementate dai regolamenti delle

<sup>44</sup> Cfr. A. VENCHIARUTTI, *Nessun ricovero obbligatorio per malattia mentale senza motivazione*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 3, 15, 1999. Sostiene l’Autore: «Nessun dubbio che [...] il testo della legge ipotizzi, pure in caso di imposizione obbligatoria, oltre al trattamento in condizioni di degenza ospedaliera il trattamento extraospedaliero». I dubbi dell’Autore, però, emergono subito dopo, nel momento in cui anch’egli deve riconoscere che «la scarsità di indicazioni normative “in positivo” complica tuttavia la definizione di uno spazio autonomo per i trattamenti obbligatori extraospedalieri».

<sup>45</sup> Nelle *Raccomandazioni* della Conferenza delle Regioni si prevede che «in fase applicativa le Regioni, e le Province autonome di Trento e di Bolzano, garantiranno, sul proprio territorio, una diffusa conoscenza di queste raccomandazioni e ne promuoveranno l’applicazione». Le *Raccomandazioni* sono state recepite (l’elencazione ha scopo meramente esemplificativo) dalla deliberazione della Giunta Regionale dell’Umbria n. 917 del 29 giugno 2009, dalla deliberazione della Giunta Regionale del Piemonte n. 93 del 29 marzo 2010, dalla deliberazione della Giunta Regionale della Sardegna n. 16 del 29 marzo 2011, dal Decreto 26 marzo 2013 dell’Assessorato alla Sanità della Regione Sicilia. Con tali atti di recezione le linee-guida (*soft law*) si sono trasformate in vere e proprie norme giuridiche (*hard law*). La Regione Veneto ha adottato proprie linee guida in materia di TSO e ASO con la deliberazione della Giunta Regionale n. 847 del 31 marzo 2009, un atto emanato poco prima della pubblicazione delle *Raccomandazioni* della Conferenza delle Regioni: la Dgr. della Regione Veneto, infatti, non contiene alcun riferimento al TSOE. La Regione Umbria ha poi emanato delle “Linee di indirizzo regionali in materia di Trattamento

single Asl, nei quali il TSOE viene disciplinato minuziosamente e in ogni dettaglio pratico, né mancano le convenzioni tra le Asl e la Polizia Municipale, con proliferazione di ulteriori linee-guida. Un istituto con un appoggio evanescente e altamente discutibile nella legge dello Stato, di linea-guida in linea-guida, di implementazione in implementazione, si ritrova solidamente configurato nelle norme regolamentari che le Asl emanano per indirizzare e orientare l'attività degli operatori sanitari dei servizi psichiatrici.

Il TSOE, secondo le *Raccomandazioni* della Conferenza delle Regioni, è attivabile

«nel caso in cui, pur sussistendo le prime due condizioni previste per il TSO in degenza ospedaliera, e cioè le alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici e la non accettazione degli stessi da parte dell'infermo, manca invece la terza ed è quindi possibile “adottare tempestive ed idonee misure sanitarie extra ospedaliere”».

La procedura è semplificata: è sufficiente la proposta di un medico e l'ordinanza del sindaco, non essendo richiesta né la convalida di un medico pubblico né il controllo del giudice tutelare (evidentemente la Conferenza delle Regioni ritiene superata o irrilevante la questione di legittimità costituzionale di una procedura strutturata in modo siffatto in ordine al rispetto della riserva di giurisdizione di cui all'art. 13, 2° co., Cost.<sup>46</sup>). La durata massima del TSOE (non disciplinata dalla legge!) è fissata in 7 giorni, «in analogia con il TSO in degenza ospedaliera»<sup>47</sup>: non si comprende però se il provvedimento di TSOE sia rinnovabile, come accade per il TSO ospedaliero, oppure no (nel senso della prorogabilità del trattamento si sono pronunciati i regolamenti di alcune Asl). Il luogo in cui effettuare il TSOE resta indefinito: «l'ordinanza di tale TSO si caratterizza per il fatto che obbliga una persona a curarsi, ma il luogo non è vincolato a precise caratteristiche»<sup>48</sup>. La determinazione del luogo di effettuazione del trattamento è dunque rimessa alla più ampia discrezionalità delle Asl e dei servizi psichiatrici territoriali.

Il TSOE, nella prassi dei servizi, viene per lo più utilizzato per la somministrazione coattiva di farmaci depot (ora chiamati farmaci LAI, *Long Acting Injectables*) a pazienti non “complianti”<sup>49</sup>, nonostante la “puntura mensile” (ora anche trimestrale) non possa certo qualificarsi come un intervento sanitario “urgente” (uno dei presupposti richiesti dalle stesse *Raccomandazioni* delle Regioni). Nei regolamenti di alcune Asl<sup>50</sup>, inoltre, si trovano descritte, a scopo esemplificativo, ulteriori «situazioni in cui potrebbe

---

Sanitario Obbligatorio e Accertamento Sanitario Obbligatorio in salute mentale” con la Dgr. 15/01/2020, n. 6, nelle quali, in ordine al TSOE, rinvia alle *Raccomandazioni* della Conferenza delle Regioni.

<sup>46</sup> Nelle *Raccomandazioni* della Conferenza delle Regioni si rimarca che «nella pratica corrente l'ordinanza di TSO extra ospedaliero da parte del Sindaco viene spesso comunicata al giudice tutelare, benché tale atto non sia richiesto dalla legge». In realtà, l'atto motivato dell'autorità giudiziaria in caso di restrizione della libertà personale è imposto dalla “riserva di giurisdizione” di cui all'art. 13, 2° co., Cost. Al riguardo mi permetto di rinviare al mio E. DALY, *Trattamento sanitario obbligatorio e somministrazione coattiva di farmaci, con particolare riferimento ai LAI*, in *Notizie di Politeia*, XXXVII, 141, 2021, 98-112.

<sup>47</sup> *Raccomandazioni* della Conferenza delle Regioni, § 1.

<sup>48</sup> *Ivi*, § 3.

<sup>49</sup> Per una critica di tale prassi cfr. E. DALY, *op. cit.*

<sup>50</sup> Per esempio nei regolamenti delle Asp siciliane.



essere utile il ricorso al provvedimento del TSOE» e, tra queste, si menziona la possibilità che il trattamento in questione sia attivato dagli operatori di Strutture Residenziali (CTA<sup>51</sup>, Comunità Alloggio, Case-famiglia, etc.):

«In questo caso specifico l'affidamento alla cura nei giorni successivi al provvedimento potrà essere affidato (*sic!*) anche agli operatori sanitari della stessa Struttura Residenziale che dovranno mantenere un contatto quotidiano (anche solo telefonico) con gli operatori sanitari del D.S.M. a scopo di relazionare l'adesione al trattamento del paziente. Tale contatto quotidiano dovrà essere mantenuto per almeno tutto il periodo del provvedimento (7 giorni o più, in caso di proroga)»<sup>52</sup>.

L'attivazione di un trattamento sanitario obbligatorio in strutture psichiatriche residenziali e in comunità terapeutiche, riproponendo una "psichiatria dei contenitori"<sup>53</sup>, contrasta in modo radicale con i principi fondamentali della legge Basaglia, ne tradisce e mortifica lo spirito, negandone l'intera filosofia. Si deve qui ricordare che il progetto Burani Procaccini di riforma della legge Basaglia, proposta di legge presentata in Parlamento il 30 maggio 2001 e mai approvata, prevedeva un particolare trattamento sanitario obbligatorio per l'inserimento del paziente in strutture residenziali. Poiché tale proposta di legge è rimasta lettera morta, *de iure condito* dovrebbe essere esclusa la possibilità di effettuare TSO in strutture residenziali e in qualsiasi altro luogo diverso dai "repartini" degli SPDC presso gli ospedali generali: invece, leggendo i regolamenti delle Asl di recezione delle *Raccomandazioni* della Conferenza delle Regioni, sembra quasi che ciò che il progetto di legge Burani Procaccini non è riuscito a fare sia stato poi direttamente attuato in via amministrativa, in assenza di qualsiasi autorizzazione da parte del legislatore.

Il TSOE in comunità terapeutiche, in strutture residenziali diverse dal reparto ospedaliero, al di fuori, oltretutto, di un controllo giudiziario, è la legittimazione del "manicomietto", è il compimento del processo – latente e silenzioso di questi ultimi anni – di "re-istituzionalizzazione"<sup>54</sup>: un trattamento obbligatorio in strutture residenziali diverse dai reparti psichiatrici dell'ospedale generale, infatti, ripropone la situazione di esclusione dal mondo, cioè di segregazione, del malato psichiatrico.

<sup>51</sup> Comunità Terapeutiche Assistite.

<sup>52</sup> Art. 29, 3° co., del regolamento dell'Asp di Catania e punto 11 delle linee-guida dell'Asp di Ragusa.

<sup>53</sup> «Se disponessi di missili intelligenti, li userei per abbattere in modo mirato tutte le strutture residenziali psichiatriche che hanno sostituito i vecchi manicomi, mantenendone di fatto la logica». Così si è espresso Peppe dell'Acqua, fino al 2012 direttore del DSM di Trieste e materiale successore di Franco Basaglia, alle giornate basagliane tenutesi a Torino il 23 e 24 ottobre 2015.

<sup>54</sup> S. PRIEBE *et alii*, *Reinstitutionalisation in mental health care: comparison of data on service provision from six European countries*, in *British Medical Journal*, 2005, 123-126. In tale contributo di psichiatria sociale si sostiene che «most of the data are consistent with the assumption that deinstitutionalisation, the defining process of mental healthcare reforms since the 1950s, has come to an end. [...] This evidence indicates, therefore, that a degree of new institutionalisation does exist as an international phenomenon, despite wide differences in healthcare systems between the countries studied here [Inghilterra, Germania, Italia, Olanda, Spagna, Svezia, ndr.]. Whether this process should be described as reinstitutionalisation or only as trans-institutionalisation (that is, a mere shifting of placements from one structure to another) remains debatable». Nello stesso senso cfr. M.G. GIANNICCHEDDA, *Introduzione. L'utopia della realtà. Franco Basaglia e l'impresa della sua vita*, in F. BASAGLIA, *L'utopia della realtà*, Torino, 2005, la quale afferma che il processo di superamento dei vecchi ospedali psichiatrici «si è spesso convertito in una colossale re-istituzionalizzazione in contenitori più piccoli, a gestione privata e di stampo più assistenziale che sanitario, abitazione forzata e spesso definitiva per categorie diverse di persone, tra cui i malati di mente, che sono fuori o ai margini del mondo produttivo e del contratto sociale».

Le linee-guida, atti cd. di *soft law*, le quali non possono essere considerate in nessun modo fonti del diritto, manifestano anche nell'ambito dell'assistenza psichiatrica la loro duplice (e ambigua) natura: se, dal punto di vista meramente formale, esse indirizzano, orientano, raccomandano, ma non impongono, dal lato pratico e sostanziale (cioè dal punto di vista dei destinatari delle linee-guida, di coloro che devono attuarle) le semplici raccomandazioni vengono concepite come vere e proprie norme giuridiche, come prescrizioni alle quali doverosamente attenersi.

### 5. La libertà personale: principio di legalità e riserva di legge

In materia di diritto alla salute, la dottrina distingue tra trattamenti sanitari *obbligatori* e trattamenti sanitari *coattivi*. I trattamenti sanitari obbligatori comportano un *obbligo indiretto* di sottoporsi al trattamento (per esempio, nel caso delle vaccinazioni obbligatorie sono previste sanzioni amministrative di carattere pecuniario a carico dei genitori non ottemperanti e un divieto, per i bambini non vaccinati, di esercitare alcuni diritti, come l'ammissione alle scuole per l'infanzia). Nel caso di trattamenti sanitari *coattivi*, invece, è previsto il ricorso alla *coazione fisica* per la sottoposizione al trattamento del soggetto riluttante: tale è il caso dei TSO (ospedalieri o extraospedalieri) previsti per ragioni di malattia mentale<sup>55</sup>.

Secondo una dottrina minoritaria, ancorché autorevolissima, tutti i trattamenti sanitari, siano essi meramente obbligatori oppure coattivi, sono riconducibili all'esclusiva disciplina di cui all'art. 32 Cost., poiché,

«ad integrare la fattispecie oggetto dell'art. 13, concorrono soltanto quelle misure (anche se non incidenti materialmente sulla corporeità della persona) che implicino un giudizio di sfavore e rivestano, in questo senso, carattere "afflittivo" o "degradante" (il che evidentemente esula dal caso dei trattamenti sanitari coattivi)»<sup>56</sup>.

La dottrina maggioritaria, invece, ritiene che, «se i trattamenti sanitari obbligatori presentano l'ulteriore carattere della coattività, determinandosi una limitazione della libertà personale, è altresì necessaria l'osservanza delle prescrizioni di cui all'art. 13 Cost.»<sup>57</sup>.

<sup>55</sup> Sulla distinzione cfr. D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana*, Milano, 2002, 185 e ss.

<sup>56</sup> V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Diritto e società*, 1, 1982, 560. L'insigne giurista ritiene che «la presenza nel testo della Costituzione di un'apposita previsione dei trattamenti sanitari obbligatori, in una sede anche topograficamente distinta da quella dove figura l'art. 13 e in un contesto caratterizzato dalla particolarità della materia (la salute individuale e collettiva), indurrebbe piuttosto a ritenere che il sec. comma dell'art. 32 si ponga come *norma speciale* rispetto all'art. 13 e che pertanto ai trattamenti sanitari, anche se coattivi, debba applicarsi – almeno di regola – la sola riserva relativa di legge qui stabilita (e non la duplice riserva assoluta di legge e di giurisdizione, prevista dall'art. 13)». Nello stesso senso A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, 98 e ss.: l'Autore ritiene che rientrino nelle previsioni dell'art. 13 Cost. tutti i provvedimenti restrittivi che comportino una degradazione della "dignità sociale". Inoltre cfr. G. AMATO, *Individuo e autonomia nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 527.

<sup>57</sup> M. COSIMO D'ARRIGO, *Salute (diritto alla)*, in *Enciclopedia del diritto*, 2001. In tal senso D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana*, cit., 191 (con ulteriori riferimenti bibliografici). L'Autrice rifiuta la tesi secondo cui l'art. 32 Cost. avrebbe derogato all'art. 13 Cost., mancando all'uopo una previsione espressa (come avviene, per es., nell'art. 14, 3° co., Cost.), e respinge altresì la tesi crisafulliana dell'art. 32 Cost. come norma speciale, perché in tal caso «si finirebbe per sottovalutare la distinzione tra trattamenti sanitari obbligatori e coattivi». La tesi viene

Occorre rilevare che la Corte costituzionale, fin dalla sent. 74/1968, ha sempre sostenuto che «il provvedimento di ricovero coattivo di un soggetto sospettato di malattie mentali si inquadra tra quelli restrittivi della libertà personale», richiedendo quindi il rispetto delle guarentigie costituzionali di cui all'art. 13 Cost.<sup>58</sup> Inoltre, nell'evoluzione della propria giurisprudenza, la Corte costituzionale è pervenuta a fondare il principio del consenso informato nel "combinato disposto" di cui agli artt. 2, 13 e 32, 2° co., Cost., affiancando alla protezione della *libertà fisica* anche l'esigenza di una tutela della *libertà morale* della persona<sup>59</sup>.

In relazione al diritto alla salute, l'art. 32, 2° co., Cost. enuncia il principio di *determinatezza* dei trattamenti sanitari obbligatori, istituendo all'uopo una riserva di legge, dalla dottrina maggioritaria ritenuta semplicemente relativa<sup>60</sup>. Il principio di determinatezza e l'istituto della riserva di legge (dello Stato) sono altresì contemplati e ribaditi dalla L. n. 833/1978, la quale stabilisce che i trattamenti sanitari obbligatori possono essere disposti «nei casi di cui alla presente legge e in quelli *espressamente* previsti da leggi dello Stato»: il trattamento sanitario obbligatorio, perciò, per potersi qualificare come trattamento "determinato", oltre all'inquadramento entro un certo "tipo", chiaramente prefigurato, deve essere disciplinato dalla legge non solo in modo sufficientemente preciso, ma anche espressamente, esplicitamente, vale a dire *apertis verbis*. Inoltre, il principio di determinatezza implica che la legge possa imporre soltanto *singoli* trattamenti sanitari e non «in modo polivalente, cioè per scopi cumulati o indifferenziati»<sup>61</sup>. L'art. 13 Cost., invece, tutelando la libertà personale, istituisce una riserva assoluta di legge e prevede, altresì, una riserva di giurisdizione.

Alla luce dei precetti costituzionali e aderendo alla dottrina maggioritaria in tema di trattamenti sanitari obbligatori, la quale ritiene, parallelamente a un'analogia giurisprudenza costituzionale, che l'elemento della coattività del trattamento sanitario richieda il rispetto anche delle più stringenti tutele previste dall'art. 13 Cost., si può asserire, con un certo fondamento, non solo che l'istituto del TSOE, la cui evanescenza nelle prescrizioni di legge è già stata compiutamente esaminata, violi il principio di

---

ribadita in D. MORANA, *Libertà costituzionali e prestazioni personali imposte. L'art. 23 Cost. come norma di chiusura*, Milano, 2007, 190-191. Per la qualificazione dell'art. 13 Cost. come *norma servente* rispetto alle finalità perseguite dall'art. 32 Cost., cfr. L. ELIA, *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1964, 938 e ss.

<sup>58</sup> Cfr. altresì le sentenze 29/1973, 223/1976, 39/1977 Corte cost.

<sup>59</sup> Cfr. sent. 438/2008 Corte cost.

<sup>60</sup> Il carattere assoluto della riserva di legge di cui all'art. 32, 2° co., Cost. è sostenuto da P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 385: «La formula sembrerebbe indicare una riserva di legge relativa; ma che si tratti invece di riserva assoluta si ricava dalla disposizione seguente, che pone un "rinforzo": "la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana". Riserva di legge assoluta, quindi, [...] e rinforzata». A favore del carattere assoluto della riserva di legge si pronunciano anche D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana*, cit., 192 e ss., e B. PEZZINI, *Il diritto alla salute a quarant'anni dall'istituzione del servizio sanitario nazionale: le criticità strutturali di un diritto sociale*, in *Rivista di BioDiritto*, 2, 2019, la quale rimarca la «necessaria assolutezza» della riserva di legge di cui all'art. 32, 2° co., Cost., «in base alla qualità di stretta e fondamentale inerenza del bene-salute alla persona ed alla distinzione dalle generiche prestazioni personali ex art. 23 Cost.» (cfr. altresì Id., *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e società*, 1, 1983, 28-29, laddove l'Autrice sostiene che «gli obblighi che vengono a nascere in capo al singolo devono trovare nella legge, e solo nella legge, una disciplina compiuta, nonché la previsione del relativo presupposto, cioè della situazione al verificarsi della quale tali obblighi insorgono»).

<sup>61</sup> P. BARILE, *op. cit.*, 385.

determinatezza di cui all'art. 32, 2° co., Cost., ma che, rinvenendosi un'espressa e puntuale disciplina di tale istituto solo nelle *Raccomandazioni* della Conferenza delle Regioni e negli atti amministrativi di recezione, non sia neppure rispettata la riserva assoluta di legge di cui all'art. 13 Cost. Indubbiamente, la riserva di legge non viene rispettata se intesa in senso assoluto, ma, ancorché si volesse concedere che la riserva di legge in tema di trattamenti sanitari coattivi sia soltanto relativa (ex art. 32 Cost.), i problemi al riguardo non sarebbero egualmente risolti.

Preliminarmente occorre distinguere, dal punto di vista concettuale, la riserva di legge dal principio di legalità: il *principio di legalità*, infatti, richiede che il fondamento dell'azione amministrativa (e giudiziaria) possa rinvenirsi in una "previa norma"; la *riserva di legge*, invece, esige che tale previa norma sia una fonte legislativa e «che la legge regoli essa stessa, in tutto o in parte, ma comunque in modo sufficientemente preciso così da limitare la discrezionalità amministrativa, le materie che ne sono oggetto»<sup>62</sup>. Se il principio di legalità è «un limite al potere esecutivo e più largamente ai pubblici poteri diversi dal potere legislativo»<sup>63</sup>, la riserva di legge è «un vincolo di contenuto alla stessa legge formale»<sup>64</sup>, giacché non è sufficiente l'intervento di una norma di legge che attribuisca, genericamente e magari in blocco, una determinata materia agli organi del potere esecutivo (o amministrativo), ma occorre che il legislatore individui i limiti contenutistici della stessa azione amministrativa<sup>65</sup>. Il principio di legalità e la riserva di legge si traducono, a livello esecutivo, nel principio di *tipicità* dei provvedimenti amministrativi: poiché «l'amministrazione può esercitare i soli poteri autoritativi attribuiti dalla legge, essa può emanare soltanto i provvedimenti stabiliti in modo tassativo dalla legge stessa»<sup>66</sup>.

Amnesso e non concesso che la L. n. 833/1978 preveda lo strumento del TSOE, occorre prendere atto che i presupposti giuridici e fattuali, la funzione e la durata del trattamento in esame sono disciplinati unicamente dalle *Raccomandazioni* della Conferenza delle Regioni e dagli atti amministrativi di recezione delle stesse, mentre sui luoghi nei quali effettuare il TSOE una troppo ampia discrezionalità amministrativa rischia di sfociare, come si è evidenziato nell'analisi dei regolamenti di alcune Asl, in vere e proprie scelte arbitrarie, che nella sostanza ripropongono meccanismi di istituzionalizzazione, questa volta non più in "repartino", bensì in strutture residenziali. Troppo vaga sembra altresì l'indicazione contenuta nelle *Raccomandazioni* della Conferenza delle Regioni, in forza della quale «non è consentito un TSO extra ospedaliero che si configuri come un TSO ospedaliero senza le garanzie corrispondenti previste dalla legge», anche perché tale avvertimento sembra quasi rispondere alla preoccupazione che l'applicazione dello strumento appena "creato" possa "sfuggire di mano".

Pare dunque doveroso concludere che le linee-guida delle Regioni, con il tono sommesso di un atto meramente chiarificatore della volontà del legislatore, collocandosi sulla scia di alcune suggestioni provenienti da una dottrina controversa, abbiano configurato, se non *ex nihilo*, sicuramente *ex parvis* un istituto giuridico come il TSOE, il quale nella fonte legislativa non trova certo quella disciplina essenziale e precisa richiesta dalla riserva di legge costituzionalmente prevista, sia essa intesa in senso assoluto (ex art. 13 Cost.) oppure meramente relativo (ex art. 32 Cost.): alle perplessità sull'effettiva funzione

<sup>62</sup> V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Vol. II, *L'ordinamento costituzionale italiano*, Padova, 1984, 58-59.

<sup>63</sup> *Ibidem*.

<sup>64</sup> *Ibidem*.

<sup>65</sup> R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1989.

<sup>66</sup> E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017, 50.

di deistituzionalizzazione di uno strumento siffatto si aggiungono, quindi, anche i più che fondati dubbi sulla legittimità costituzionale degli artt. 33 e 34 della L. n. 833/1978, qualora gli stessi vengano interpretati nel senso di prevedere la possibilità, in capo all'autorità amministrativa, di disporre trattamenti sanitari obbligatori extraospedalieri per malattia mentale in assenza di una determinazione legislativa dei presupposti, delle finalità, della durata e del luogo di effettuazione dei trattamenti medesimi.

A tale conclusione, peraltro, sembra giungere anche quella stessa dottrina che aveva accreditato l'esistenza giuridica del TSOE, poiché, nell'ipotesi contemplata dall'art. 34, 2° co., «la determinazione del presupposto è veramente vaga, così da far dubitare della costituzionalità della norma»<sup>67</sup>, con la conseguenza che «la riserva di legge di cui all'art. 32, secondo comma, della Costituzione deve considerarsi elusa dalle norme in esame»<sup>68</sup>.

## 6. Tra Stato e Regioni

Resta da interrogarsi, infine, sul carattere, statale o meno, della riserva di legge di cui all'art. 32 Cost.: mentre la riserva di legge ex art. 13 Cost. è di certo una riserva di legge statale (a tale conclusione giunge, infatti, la dottrina dominante riallacciandosi al principio di eguaglianza), ci si domanda se l'art. 32, 2° co., Cost., in relazione ai trattamenti sanitari obbligatori, richieda una legge dello Stato oppure sia sufficiente, a integrare la riserva ivi prevista, anche solo una legge regionale. «Con riferimento all'assetto costituzionale del riparto di competenze fra Stato e regioni disegnato dalla Costituzione del 1947, non vi erano ragioni di dubitare del carattere statale della riserva contenuta nell'art. 32 Cost.»<sup>69</sup>: tale tesi è accolta anche dal legislatore che, infatti, nell'art. 33 della L. n. 833/1978 si riferisce alle sole «leggi dello Stato» per la previsione di trattamenti sanitari obbligatori.

Con la riforma costituzionale del 2001, però, la “tutela della salute” è diventata materia di legislazione concorrente e, quindi, si deve esaminare se, in linea di principio, sia possibile la statuizione di trattamenti sanitari obbligatori regionali. Occorre altresì rilevare che l'art. 117, 6° co., Cost. attribuisce alle Regioni una potestà regolamentare in ogni materia che non sia riservata alla legislazione esclusiva dello Stato e, quindi, anche nel settore della tutela della salute. Infine, la Corte costituzionale, in relazione all'art. 32, 2° co., Cost., aveva sostenuto, ancorché in epoca anteriore alla riforma del Titolo V della Costituzione, che «la riserva di legge così stabilita non esclude in assoluto le leggi regionali, quanto meno delle Regioni differenziate che sono titolari di specifiche funzioni in materia di igiene e sanità pubblica»<sup>70</sup>.

<sup>67</sup> E. FERRARI, *op. cit.*, 347.

<sup>68</sup> G. PELAGATTI, *op. cit.*, 110, il quale afferma che «la ricostruzione di tale fattispecie [il TSOE] mostra una lacuna inconciliabile con il principio di riserva di legge stabilito nel secondo comma dell'art. 32 della Costituzione, consistente nell'omissione delle condizioni di fatto costitutive del presupposto dell'esercizio del potere amministrativo dell'autorità sanitaria di imposizione dell'obbligo di cura» (*Ivi*, 112). L'Autore, inoltre, rileva che, «se si considera la totale assenza di un controllo giurisdizionale nell'ambito del relativo procedimento, deve concludersi che le norme istitutive del trattamento [sanitario obbligatorio extraospedaliero] appaiono incostituzionali, per contrasto con l'art. 13» (*Ibidem*).

<sup>69</sup> D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana*, cit., 198 e ss.

<sup>70</sup> Sent. 154/1980 Corte cost.

Anche in ossequio al principio di eguaglianza, sembrerebbe opportuno ricondurre i trattamenti sanitari obbligatori di carattere coattivo alle «prestazioni concernenti i diritti civili [...] che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» ex art. 117, 2° co., lett. m), Cost.: si tratta qui di una “materia trasversale” che attrae nell’orbita della legislazione esclusiva dello Stato la tutela dei diritti civili (diritti necessariamente coinvolti e ristretti in caso di TSO), eventualmente riconoscendo alla legislazione regionale la possibilità di derogare *in melius* (nel rispetto, quindi, del principio dell’inderogabilità *in peius*) alle norme statali. Ora il dubbio è stato risolto dalla Corte costituzionale in una sentenza riguardante il decreto legge n. 73/2017 (*Disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale*), pronuncia nella quale i giudici della Consulta hanno sancito in modo chiaro la competenza esclusiva dello Stato, anche e soprattutto «per ragioni di eguaglianza», a qualificare come obbligatorio un determinato trattamento sanitario<sup>71</sup>.

Tale situazione, ovviamente, non si è verificata nel caso delle *Raccomandazioni* della Conferenza delle Regioni del 2009, le quali restano un atto amministrativo di indirizzo, recepito dalle singole Regioni, almeno allo stato attuale, da ulteriori atti amministrativi, secondo una catena burocratica che si è scientemente sottratta a qualsivoglia discussione di tipo parlamentare e/o consiliare. In tale situazione la tecnica amministrativa si è sostituita alla politica e le considerazioni di efficienza (e di controllo sociale) hanno prevalso sulla tutela della libertà personale: la possibilità di effettuare un TSOE direttamente in una comunità terapeutica o in una struttura residenziale, somministrando coattivamente un farmaco a lungo rilascio a un paziente “riottoso”, senza peraltro l’obbligo di coinvolgere nella questione la magistratura, consente sicuramente una riduzione dei tempi e un’ottimizzazione delle risorse, non richiedendosi, all’uopo, neppure l’occupazione di un posto-letto in ospedale. È altrettanto evidente, però, quanto una tale prassi confligga con i principi fondamentali, lo spirito e la filosofia a cui si ispira la legge Basaglia, manifestando, al contempo, numerose e palesi criticità di ordine costituzionale. Una tale “contro-riforma” avrebbe senz’altro richiesto una discussione da parte degli organi democratici rappresentativi della sovranità popolare, come imposto, d’altronde, dalla previsione costituzionale di una riserva di legge, non potendo un siffatto *revirement* essere certificato semplicemente da un atto amministrativo, oltretutto privo di carattere normativo.

Questo preme ricordare, consapevoli che, come dice il poeta, «nessuna violenza supera quella che ha aspetti silenziosi e freddi»<sup>72</sup>.

<sup>71</sup> «Il diritto della persona di essere curata efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell’arte medica, e di essere rispettata nella propria integrità fisica e psichica [...] deve essere garantito in condizione di eguaglianza in tutto il paese, attraverso una legislazione generale dello Stato basata sugli indirizzi condivisi dalla comunità scientifica nazionale e internazionale. Tale principio vale non solo [...] per le scelte dirette a limitare o a vietare determinate terapie o trattamenti sanitari, ma anche per l’imposizione di altri. Se è vero che il “confine tra le terapie ammesse e terapie non ammesse, sulla base delle acquisizioni scientifiche e sperimentali, è determinazione che investe direttamente e necessariamente i principi fondamentali della materia” [...], a maggior ragione, e anche per ragioni di eguaglianza, deve essere riservato allo Stato – ai sensi dell’art. 117, terzo comma, Cost. – il compito di qualificare come obbligatorio un determinato trattamento sanitario, sulla base dei dati e delle conoscenze medico-scientifiche disponibili» [corsivo nostro] (sent. 5/2018 Corte cost.).

<sup>72</sup> G. UNGARETTI, *Ironia, in Vita di un uomo. Tutte le poesie*, Milano, 2009.